



**PDF**  
Complete

*Your complimentary  
use period has ended.  
Thank you for using  
PDF Complete.*

[Click Here to upgrade to  
Unlimited Pages and Expanded Features](#)



Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais  
**Mestrado em Direito Processual**

**O DISCURSO DA EFETIVIDADE PROCESSUAL NA  
CONTEMPORANEIDADE BRASILEIRA**

**Joaquim Adelson Cabral de Souza**

**Belo Horizonte  
2009**



**PDF**  
Complete

*Your complimentary  
use period has ended.  
Thank you for using  
PDF Complete.*

[Click Here to upgrade to  
Unlimited Pages and Expanded Features](#)



Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais  
**Mestrado em Direito Processual**

## **O DISCURSO DA EFETIVIDADE PROCESSUAL NA CONTEMPORANEIDADE BRASILEIRA**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Direito Processual.

Orientador: Professor Doutor Ronaldo Brêtas de Carvalho Dias

**Belo Horizonte  
2009**



FICHA CATALOGRÁFICA

Elaborada pela Biblioteca da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais

S729d Souza, Joaquim Adelson Cabral de  
O discurso da efetividade processual na contemporaneidade brasileira /  
Joaquim Adelson Cabral de Souza. Belo Horizonte, 2009.  
161f.

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

1. Princípio de efetividade. 2. Estado de direito. 3. Riqueza ó Aspectos  
sociais. 4. Eficácia e validade do direito. I. Dias, Ronaldo Brêtas de Carvalho. II.  
Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Programa de Pós-Graduação  
em Direito. III. Título.

CDU: 347.921



Joaquim Adelson Cabral de Souza

### **O discurso da efetividade processual na contemporaneidade brasileira**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Direito Processual.

Belo Horizonte, de fevereiro de 2009.

---

Ronaldo Brêtas de Carvalho Dias (Orientador) . PUC Minas

---

Rosemiro Pereira Leal (Professor da linha de pesquisa)

---

Fernando Horta Tavares (Professor Suplente)

---

Susana Camargo Vieira (Professora convidada)



**PDF**  
Complete

*Your complimentary  
use period has ended.  
Thank you for using  
PDF Complete.*

[Click Here to upgrade to  
Unlimited Pages and Expanded Features](#)



Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais  
**Mestrado em Direito Processual**

À minha mãe,

pelo seu exemplo de vida e por toda sua luta.

Na sua simplicidade, educou seus filhos em bases pós-modernas, mesmo desconhecendo Popper, Habermas e o neo-institucionalismo.



## **AGRADECIMENTOS**

A Deus, doador da vida e da sabedoria.

À toda minha família, minha esposa Márcia, meus filhos Pedro e João, pela compreensão da minha ausência. Recebam meu afeto e minha gratidão.

A meu orientador Professor Doutor Ronaldo Brêtas de Carvalho Dias, pelo seu entusiasmo no magistério jurídico e pela seriedade com que exerce seu ofício. Registro aqui minha admiração profissional e minha gratidão por ter me aceitado como seu orientando.

Ao Professor Doutor Rosemiro Pereira Leal, sem dúvida um dos maiores cientistas contemporâneos do Direito Processual, pelos esclarecimentos em sala de aula e por sua devoção à pesquisa jurídica.

À Professora Doutora Flaviane Barros, pela sua disponibilidade, alegria e dignidade com que trata seus alunos. Seu estímulo e sua atenção foram fundamentais para a conclusão do mestrado.

À Professora Andréa Alves de Almeida que, na sua simplicidade, tornou-se seguramente uma das maiores interlocutoras do neo-institucionalismo na atualidade.

À Polícia Militar de Minas Gerais, instituição que tanto amo, por participar do grande desafio de construir um Estado Democrático de Direito. Registro especialmente o apoio da Cel Luciene Magalhães de Albuquerque, grande incentivadora da minha inscrição no concurso do Mestrado/PUC Minas.

Aos colegas mestrandos André, André Bragança, Ana Lúcia, Ana Olívia, Carlos, Wagner, Fabrício, Francis, Marius, Joaquim e Kelem pela amizade construída durante o curso e por compartilharem comigo dos bons e dos difíceis momentos que vivenciamos nos últimos dois anos. Vocês são pessoas muito especiais.



**PDF**  
Complete

Your complimentary  
use period has ended.  
Thank you for using  
PDF Complete.

[Click Here to upgrade to  
Unlimited Pages and Expanded Features](#)



Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais  
**Mestrado em Direito Processual**

***Í Perguntam-nos se somos realmente bastante ingênuos para acreditar que a democracia possa ser permanente; se não vemos que ela é apenas uma das muitas formas de governo que vêm e vão no decurso da história. Argumentam que a democracia, a fim de combater o totalitarismo, é forçada a copiar-lhe os métodos, tornando-se assim também totalitária.Î***

***Karl Popper***



## **R E S U M O**

Com a institucionalização do Estado Democrático de Direito, a teoria da efetividade processual não pode mais ser confundida com a efetividade da ação no Estado Liberal que submete o réu à vontade do autor, nem tampouco com a efetividade jurisdicional do Estado Social que atrela a justiça social ao desempenho do judiciário e, portanto, fomenta a criação de instrumentos de coerção para pronta execução do decidido pelo magistrado. A efetividade processual não está mais atrelada ao poder da parte exigir a conduta de outrem, nem à performance do juiz, muito menos às análises de custo-benefício da atividade processual que, a rigor, tendem a suprimir direitos e garantias fundamentais em nome de uma teoria da jurisdição pragmática comprometida com a distribuição de justiça e com a maximização da riqueza social.

Fundamental é a compreensão de que a democracia não pode ser responsabilizada pela ineficiência estatal no exercício das funções legislativa, administrativa (governativa) ou judicial. Não se pode defender impunemente uma teoria da efetividade processual, na contemporaneidade, sem a necessária incursão no tema da soberania popular aplicada à construção do espaço lógico-jurídico-discursivo de testificação difusa do ordenamento jurídico, permitindo-se a todos os legitimados ao processo a participação no controle da constitucionalidade das normas e decisões jurídicas.

O ganho de legitimidade democrática do sistema jurídico vigente é aferido na medida em que a autonomia pública do cidadão seja garantida pelo devido processo constitucional, ou seja, na medida em que a parte destinatária do provimento deixa a sua simples condição de submissão ao comando estatal para assumir uma função política de co-autoria do ordenamento jurídico. Deste modo, a efetividade processual está condicionada à observância dos princípios institutivos do processo (contraditório, ampla defesa e isonomia), sem os quais não se pode garantir liberdade comunicativa e direito de participação do cidadão no processo de legitimação democrática das decisões jurídicas.

**Palavras-chaves:** Efetividade Processual. Estado Democrático de Direito. Soberania Popular. Maximização da Riqueza Social. Eficiência Processual. Eficácia Processual.



## **A B S T R A C T**

After the institutionalization of the Democratic State of Right the theory of procedure effectiveness should neither be confused with the effectiveness of the Liberal State Action, which subjugates the defendant to the actor's will, nor with the jurisdictional effectiveness of Social Estate, which subjugates the Social Justice to the judicial performance and encourages the creation of coercive apparatuses so that the decisions of magistrate may be readily executed. The procedure effectiveness is no longer coupled with the power of the party that demands the conduct from another, neither with judges' performance, nor with cost-benefit analyses of proceedings, which actually tend to suppress fundamental rights and favor the theory of pragmatic jurisdiction that is committed to the distribution of justice and the maximization of social wealth.

It is necessary to comprehend that democracy cannot be held responsible for the incompetence of the State at the exercise of its legislative, administrative (government) or judicial functions. Therefore, the theory of procedure effectiveness should not be defended without raising the issue of the popular sovereignty applied to the creation of a logical-legal-discursive place for diffusive attestation of the law, which allows each person legitimately involved in the process to participate in the control of the constitutionality of rules and legal decisions.

The gain of democratic legitimacy in the current legal system is adjusted insofar as the proper constitutional process guarantees the citizen's public autonomy. That is, the respondent leaves their submissive condition under the State in order to assume a political role of co-authorship in the law. The procedure effectiveness is thus coupled with the observance of institutive principles on the process (contradictory, large defense and isonomy), without which one cannot guarantee communicative freedom and the right of citizens to participate in the process of democratic legitimization of legal decisions.

**Keywords:** Procedural Effectiveness; Democratic State of Right; Maximization of social wealth; Popular Sovereignty; Procedural Efficiency; Procedural Efficacy.



## SUMÁRIO

**AGRADECIMENTOS**

**RESUMO**

**ABSTRACT**

**INTRODUÇÃO .....12**

**CAPÍTULO I**

**EFETIVIDADE PROCESSUAL: SOBERANIA POPULAR, EQUÍVOCOS E EMPREGO  
ESTRATÉGICO NA CONTEMPORANEIDADE .....14**

**1.1 Abertura temática: o judiciário sob pressão na contemporaneidade  
brasileira .....14**

**1.2 A teoria da efetividade jurisdicional a partir das contribuições de Paulo  
Nader e de Norberto Bobbio.....18**

**1.3 Efetividade e soberania popular: a emancipação da cidadania pela  
processualidade jurídica no Estado Democrático de Direito .....23**

**1.4 A tensão entre liberdade e igualdade: o desenvolvimento de uma teoria da  
efetividade na modernidade e na contemporaneidade .....28**

**1.4.1 A teoria da efetividade no Estado Liberal .....31**

**1.4.2 A teoria da efetividade no Estado Social.....32**

**1.4.3 Noções de efetividade processual no Estado Democrático de Direito.....34**

**1.5 Efetividade processual e a Teoria da Constituição .....38**

**1.5.1 O modelo constitucional do processo: a expansividade como critério  
aferidor de efetividade .....38**

**1.5.2 Compreensão instrumentalista do modelo constitucional do processo.....41**

**1.5.3 Reforma judicial e reforma processual: o uso estratégico do discurso da  
efetividade.....42**



## **CAPÍTULO II**

### **A EFETIVIDADE PROCESSUAL: UMA REFLEXÃO A PARTIR DO DISCURSO JURÍDICO DA ESCOLA INSTRUMENTALISTA DO PROCESSO .....45**

<b>2.1</b>	<b>Introdução .....</b>	<b>45</b>
<b>2.2</b>	<b>Dinamarco: teoria da efetividade como caráter positivo da instrumentalidade .....</b>	<b>47</b>
<b>2.3</b>	<b>Humberto Theodoro: a emancipação da cidadania como causa da ineficiência do Judiciário.....</b>	<b>51</b>
<b>2.4</b>	<b>Ovídio Baptista: a obtenção de efetividade por meio da sumarização da cognição.....</b>	<b>54</b>
<b>2.5</b>	<b>Barbosa Moreira: a técnica a serviço de um processo socialmente efetivo</b>	<b>57</b>
<b>2.6</b>	<b>Calmon de Passos: a denúncia de uma teoria da efetividade como conteúdo do discurso estratégico do poder político .....</b>	<b>62</b>
<b>2.7</b>	<b>Síntese argumentativa da Escola Instrumentalista do Processo.....</b>	<b>646</b>

## **CAPÍTULO III**

### **A INTERPRETAÇÃO ECONÔMICA DO DIREITO E SEUS REFLEXOS PARA O DISCURSO JURÍDICO DA EFETIVIDADE.....72**

<b>3.1</b>	<b>Economicismo ou economicidade: a transversalidade entre a Economia e o Direito .....</b>	<b>72</b>
<b>3.2</b>	<b>Análise Econômica do Direito: a influência do pragmatismo e do realismo jurídico .....</b>	<b>76</b>
<b>3.3</b>	<b>A busca do ótimo de Pareto e da maximização da riqueza social como conteúdo dos discursos de justificação e de aplicação do Direito .....</b>	<b>82</b>
<b>3.4</b>	<b>A teoria do crime e as limitações da Análise Econômica do Direito .....</b>	<b>89</b>
<b>3.5</b>	<b>A maximização da riqueza como Í componente aleatórioÍ do discurso de aplicação do Direito .....</b>	<b>92</b>
<b>3.6</b>	<b>Convencionalismo e o Pragmatismo: a necessidade de reconstrução do modelo deliberativo no Estado Democrático de Direito .....</b>	<b>93</b>
<b>3.7</b>	<b>A Análise Econômica do Direito na contemporaneidade da ciência processual brasileira: a (im) possibilidade de testificação da efetividade da maximização da riqueza .....</b>	<b>96</b>
<b>3.8</b>	<b>A ofelividade dos princípios institutivos do processo e o manejo da reserva do possível aplicada aos direitos e garantias individuais .....</b>	<b>104</b>



## **CAPÍTULO IV**

### **ANÁLISE DOS ELEMENTOS CONFIGURATIVOS DA EFETIVIDADE NA PERSPECTIVA DA ESCOLA INSTRUMENTALISTA DO PROCESSO .....105**

- 4.1 A incompatibilidade de um í processo possívelÍ no Estado Democrático de Direito .....105**
- 4.2 A teoria da efetividade processual a partir de uma principiologia jurídica da normatividade democrática.....107**
- 4.3 Equivocidades do discurso definidor dos elementos í configurativosÍ da efetividade processual.....109**
  - 4.3.1 Simplicidade e informalidade: a oralidade, a economia processual e a instrumentalidade das formas como indicadores de efetividade .....110**
  - 4.3.2 Operosidade.....113**
  - 4.3.3 Celeridade (tempestividade): razoável duração do procedimento.....118**
  - 4.3.4 Especificidade: a coercibilidade a serviço do direito material ou da dignidade da justiça.....123**

## **CAPÍTULO V**

### **O DISCURSO NEO-INSTITUCIONALISTA COMO MARCO TEÓRICO DE ESCLARECIMENTO DA EFETIVIDADE PROCESSUAL NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO.....128**

- 5.1 Efetividade processual e legitimidade democrática.....128**
- 5.2 A eficácia processual como resultante da plebiscitarização da fiscalidade jurídica.....131**
- 5.3 Eficiência processual: o desafio da transposição da teoria do discurso para o princípio da democracia.....136**

### **CONCLUSÕES .....142**

### **REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS .....151**



## INTRODUÇÃO

A dogmática jurídica, profundamente ideológica e doutrinária, transforma o Direito num império de especialistas que se julgam investidos no poder de subjugar as pessoas, condicionando a própria existência humana e determinando o futuro do cidadão passivo e resignado. A rigor, somos súditos do império do direito, vassallos de seus métodos e ideais, subjugados em espírito enquanto discutimos o que devemos portanto fazer<sup>1</sup>.

Fundamental, então, a pesquisa científica que busque o esclarecimento da teoria processual fundada no Estado Democrático de Direito, possibilitando a radical transformação do súdito em cidadão, que possui bases jurídicas mais amplas para o pleno exercício da soberania popular. Na contemporaneidade, a observância aos princípios institutivos do processo exige uma investigação mais aprofundada de uma teoria da efetividade que prime pela legitimidade democrática das pretensões de validade do ordenamento jurídico, pois, pelo processo constitucionalizado, as leis e as decisões jurídicas devem se submeter a mais ampla e irrestrita fiscalização popular.

No entanto, não raro, promulgam-se reformas pontuais baseadas em premissas de cunho instrumentalista, reforçando, dentre outras concepções, a jurisdição como centro gravitacional do processo, a discricionariedade judicializada através da busca de provimentos fundados na percepção do bem comum, dos fins sociais, além das antecipações de tutela *audita altera pars* em nome de uma celeridade processual com quebra do contraditório.

Nesse contexto, indaga-se sobre a (in) suficiência de uma teoria da efetividade como conteúdo do discurso de justificação das intermináveis reformas da sistemática processual brasileira. Por certo, a construção de uma teoria em bases democráticas

---

<sup>1</sup> DWORKIN, Ronald. *O Império do Direito*. Tradução Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. XI.



não admite a flagrante confusão entre efetividade processual e efetividade jurisdicional, vez que a solução para a grave questão da celeridade e dos custos operacionais de uma solução judicializada de conflitos não pode prescindir dos princípios institutivos da ampla defesa, do contraditório e da isonomia.

Verifica-se que a teoria da efetividade processual carece de uma ressemantização e, portanto, de maiores esclarecimentos para possibilitar, à comunidade jurídica, uma adequada utilização nos discursos de justificação e de aplicação do Direito Democrático.

Dessarte, para investigar a legitimidade democrática da sistemática processual brasileira é necessário denunciar o uso estratégico do discurso da efetividade<sup>2</sup> pela inserção da soberania popular na teoria processual, bem como identificar e apontar, quando for o caso, as aporias do discurso pretensamente dominante na ciência processual brasileira<sup>3</sup>.

O percurso da investigação abriu caminho para a pesquisa no campo interdisciplinar da Análise Econômica do Direito<sup>4</sup> que conceitua o princípio da eficiência como resultante da relação custo-benefício, fato que se pode demonstrar pela análise crítica dos elementos<sup>5</sup> que caracterizam a efetividade processual para a escola instrumentalista do processo.

Por fim, longe de formular uma proposição teórica definitiva, a pesquisa apresenta uma noção da Teoria da Efetividade no Estado Democrático de Direito, desvencilhando-se de modelos tradicionais que desconsideram a dignidade do cidadão legitimado ao controle irrestrito da legitimidade e validade das decisões jurídicas.

---

<sup>2</sup> Capítulo I - Efetividade Processual: soberania popular, equívocos e emprego estratégico na contemporaneidade.

<sup>3</sup> Capítulo II - Efetividade Processual: uma reflexão a partir do discurso jurídico da escola instrumentalista do processo.

<sup>4</sup> Capítulo III - A Interpretação Econômica do Direito e seus reflexos para o discurso jurídico da efetividade.

<sup>5</sup> Capítulo IV - Análise crítica dos elementos configurativos da efetividade na perspectiva da escola instrumentalista do processo.



## CAPÍTULO I

### EFETIVIDADE PROCESSUAL: SOBERANIA POPULAR, EQUÍVOCOS E EMPREGO ESTRATÉGICO NA CONTEMPORANEIDADE

#### 1.1 Abertura temática: o judiciário sob pressão na contemporaneidade brasileira

É recorrente a divulgação de fatos que indicam ser, o Estado, no exercício das suas funções<sup>6</sup> administrativa, legislativa e jurisdicional, incapaz de prover e garantir o ambiente adequado para o desenvolvimento das atividades humanas.

Tanto numa perspectiva individual (inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, conforme *caput* do artigo 5º da Constituição da República de 1988), quanto numa perspectiva social (garantia de educação, saúde, trabalho, moradia, lazer, segurança, previdência social, proteção à maternidade e à infância, assistência aos desamparados, conforme artigo 6º da atual Constituição brasileira), torna-se latente um sentimento generalizado de descrença e até mesmo de abandono, pois o Estado brasileiro se mostra ineficiente e ineficaz para o desenvolvimento democrático das suas funções e responsabilidades.

Não raro, sob forte influência de argumentos de tradição e de autoridade<sup>7</sup>, chega-se a justificar a conjuntura de violência (tutela privada) sob a alegação de que o Estado

---

<sup>6</sup> Apesar da Constituição de 1988 referir-se aos *poderes* legislativo, executivo e judicial, seguir-se-á a terminologia indicada por Ronaldo Brêtas que, fundamentado em extensa pesquisa bibliográfica, assim conclui: *õ...três são as funções jurídicas essenciais ou fundamentais do Estado, a legislativa, a governativa ou administrativa e a jurisdicional, , todas exercidas por intermédio de órgãos criados pela estruturação jurídica constitucional e nos limites das normas que compõem a ordem jurídica instituídaõ. (Cf. DIAS, Ronaldo Brêtas de Carvalho. Responsabilidade do Estado pela função jurisdicional. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 75)*

<sup>7</sup> Cf. LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria Processual da Decisão Jurídica*. São Paulo: Landy, 2002, p. 23. O autor da teoria neo-institucionalista do processo afirma que a partir do postulado de que *õo processo é instrumento da jurisdição e de que o processo é uma relação jurídica entre juiz, autor e réu, como querem os instrumentalistas de*



Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais  
**Mestrado em Direito Processual**

Democrático de Direito, entendido como %espacialidade jurídica aberta por uma auto-oferta normativa de fiscalidade procedimental a todos<sup>8</sup>, estaria inviabilizando a atuação efetiva do Estado brasileiro na sua missão de garantir a ordem pública como pressuposto básico para o exercício da cidadania.

Nesse contexto conflituoso, a cada dia, ganham relevo as formas de acionamento do Estado (direito de petição) para que, no legítimo exercício de suas funções, realize a ordem jurídico-política constitucionalizada e, assim, solidifique o fundamento da dignidade da pessoa humana (livre gozo dos direitos fundamentais). Em especial, agigantam-se os contornos jurídicos institucionalizantes do processo no texto constitucional, inserido no título correspondente aos Direitos e Garantias Fundamentais. Estabeleceu-se ali a inafastabilidade da jurisdição na apreciação de qualquer lesão ou ameaça de lesão, outorgando à atividade jurisdicional o dever de apreciar todas as demandas levadas ao seu conhecimento, conferindo-lhe relevante papel instrumental de emancipação da cidadania.

Em decorrência da democratização do país, as instituições públicas, notadamente aquelas vinculadas ao aparato repressivo da ordem jurídico-política anterior, nitidamente marcada por um viés autocrático, foram inexoravelmente intimadas a proceder a revisão de sua funcionalidade, sob pena de uma atuação desprovida de legitimidade. E não é diferente com as decisões do Judiciário<sup>9</sup> que, sem dúvida,

---

*hoje e de ontem, instala-se uma confusão conceitual entre processo, jurisdição e ação, que embaraça o ensino jurídico atual e com grave prejuízo à compreensão do Estado democrático de direito, que tem suas bases teóricas na razão discursiva e não mais na filosofia do sujeito voltada à reprodução e reordenação do mundo da vida por decisões centradas na prescritividade da tradição e da autoridade.* No mesmo sentido a conclusão de André Cordeiro Leal: *õ... o paradigma do Estado Social perdeu fôlego e mostrou-se insuficiente ao enfrentamento das várias indagações oriundas do fenômeno da perda da legitimidade do direito e do questionamento incessante do mito da autoridade.* (Cf. LEAL, André Cordeiro. *O contraditório e a fundamentação das decisões no direito processual democrático*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002, p. 28.)

<sup>8</sup> LEAL, Rosemiro Pereira. *Isonomia processual e igualdade fundamental a propósito das retóricas ações afirmativas*. In: *Relativização Inconstitucional da Coisa Julgada*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005, p. 83.

<sup>9</sup> Cf. COURA, Alexandre de Castro. *Limites e possibilidades da tutela jurisdicional no paradigma do Estado Democrático de Direito: para uma análise crítica da jurisprudência de valores*. In: *Jurisdição e Hermenêutica Constitucional*. Coord. Marcelo Cattoni. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004, p. 403. Em razão da crescente perda de confiança nas decisões judiciais, o autor considera que o Judiciário encontra-se atuando sob pressão: *õNota-se que a opinião pública no Brasil tem explicitado, por inúmeras razões, uma insatisfação em relação à prática decisória do*



encontra-se sob pressão da sociedade, pois o matiz da principiologia processual, conforme disposto na Constituição de 1988, faz uma clara opção pela soberania popular e pela possibilidade concreta e desejável da participação do cidadão na construção da interpretação mais apropriada à fundamentação dos pronunciamentos jurisdicionais.

Todavia, as exigências da modernidade, freqüentemente relacionadas a questões de ordem prática, simplesmente não toleram pesquisas questionadoras, que se preocupam em criticar as proposições disponibilizadas à comunidade jurídica<sup>10</sup> sem se comprometer com conclusões e resultados de interesse de uma economia estrategicamente globalizada (organizada)<sup>11</sup>. Neste sentido, grande é a tarefa da ciência<sup>12</sup> processual neste novo milênio<sup>13</sup>. Desvencilhando-se das pressões econômicas, empresariais ou institucionais arraigadas a um modelo de Estado ultrapassado, pretende esta pesquisa identificar e testificar incessantemente, sem pausa e sem pressa, o conteúdo das teorias pretensamente predominantes sobre a efetividade processual.

---

Judiciário, criticando, muitas vezes, o próprio teor ou conteúdo das decisões judiciais. Destaca-se, então, que já é possível verificar repercussões dessa pressão até mesmo entre os juízes e tribunais brasileiros. Nesse sentido, segundo pesquisa do Instituto de Estudos Econômicos, Sociais e Políticos de São Paulo (IDESP), a politização do Judiciário, no sentido de descomprometimento dos juízes com o que é considerado, inclusive por eles mesmos, o direito vigente, em prol de alcançarem, cada qual por meio das sentenças que profere, o que lhes pareça o socialmente justo, tem aumentado consideravelmente, nos últimos anos.

<sup>10</sup> Trabalha-se, nesta pesquisa, uma idéia de comunidade jurídica não restrita aos especialistas (juristas, advogados, juizes, promotores, dentre outros). Outrossim, entende-se que ela é formada por todos os cidadãos legitimados ao processo constitucional, através do qual somente se assegura a validade das decisões jurídicas que observam a ampla defesa, o contraditório e a isonomia entre aqueles que sofrerão os efeitos do provimento.

<sup>11</sup> É preciso acautelar-se contra as fantasias e os mitos (destrutivos) criados pela globalização, pois, na análise de Paulo Nogueira, não são politicamente inocentes, mas, ao contrário, a mundialização da economia constitui uma ideologia que tende a paralisar as iniciativas nacionais. O autor cita o conceito de globalização de John Kenneth Galbraith extraído do jornal italiano *Corriere della Sera*: "Globalização (...) não é um conceito sério. Nós, os americanos, o inventamos para dissimular a nossa política de entrada econômica nos outros países". (Cf. BATISTA JÚNIOR, Paulo Nogueira. *A economia como ela é...* São Paulo: Boitempo, 2005, p. 67-72.)

<sup>12</sup> CAPONI, Gustavo A. *Karl Popper e a filosofia clássica alemã: comentário contra um racionalismo reduzido a termos positivistas de Jürgen Habermas*. Campinas: Revista Reflexão, n 59, Maio/agosto/1994, p. 31-66. Segundo Caponi, ao traçar um paralelo abordando a questão do desenvolvimento de tecnologias e da ciência, Popper chega a lamentar: "o espírito da ciência está em perigo, a ciência grande pode destruir a grande ciência".

<sup>13</sup> LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria Processual da Decisão Jurídica*. São Paulo: Landy, 2002, p. 126.



Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais  
**Mestrado em Direito Processual**

Infelizmente, grande parte da pesquisa científica, nos dias atuais, encontra-se excessivamente concentrada no desenvolvimento e no crescimento de certos programas vigentes, retirando-lhe o caráter questionador da realidade e desestimulando qualquer desafio à ortodoxia que se mostra, a cada dia, amplificada pelo poder econômico.

Não constituirá pequena empresa conciliar, de forma legítima, os ideais de efetividade (termo ainda inesclarecido, mas comumente confundido com celeridade processual), eficiência e eficácia sem comprometer a garantia fundamental do devido processo legal instituído pelos princípios da ampla defesa, isonomia e contraditório.

Desse modo, dada a insuficiência discursiva da questão na atualidade do pensamento jurídico<sup>14</sup> concretizado nas reformas intermináveis<sup>15</sup> das normas processuais brasileiras, partir-se-á da teoria neoinstitucionalista do processo<sup>16</sup> como marco referencial de testificação da efetividade processual, procurando identificar os fundamentos do discurso jurídico, na concepção instrumentalista, bem como suas conexões com a análise econômica do direito, cuja influência ainda carece de maiores esclarecimentos.

A opção pela teoria neo-institucionalista, nesta análise, decorre do fato de que ela apropria teorias do procedimentalismo habermasiano<sup>17</sup>, do estruturalismo fazzalariano<sup>18</sup>, da teoria constitucionalista<sup>19</sup> e do racionalismo crítico popperiano<sup>20</sup> para compreender o processo como uma instituição constitucionalizada legitimante do

---

<sup>14</sup> CHAVES, Terezinha Ribeiro. *A efetividade do processo no Estado Democrático de Direito*. 2003. 103f. Dissertação (Mestrado em Direito Processual) - Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, 2003, Belo Horizonte, p. 90.

<sup>15</sup> DIAS, Ronaldo Brêtas de Carvalho. *Processo Civil Reformado*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007, p. 221.

<sup>16</sup> LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria Geral do Processo*. 6ª ed. São Paulo: IOB Thomson, 2005, p. 50-54.

<sup>17</sup> HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre faticidade e validade*. Vol I e II, 2ª ed. Tradução: Flávio Breno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

<sup>18</sup> FAZZALARI, Elio. *Instituições de Direito Processual*. Trad. 8ª. Ed. Elaine Nassif. 1ª. Ed. Campinas: Bookseller, 2006.

<sup>19</sup> BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *Direito Processual Constitucional: aspectos contemporâneos*. Belo Horizonte: Fórum, 2006.

<sup>20</sup> Cf. POPPER, Karl Raimund. *Conhecimento objetivo*. Belo Horizonte: Ed. Itatiaia, 1999.



procedimento legal de criação, modificação, extinção, fiscalização e aplicação de direitos, segundo os princípios do contraditório, isonomia e ampla defesa<sup>21</sup>.

## 1.2 A teoria da efetividade jurisdicional a partir das contribuições de Paulo Nader e de Norberto Bobbio

Questão polêmica é a definição de efetividade no Estado Democrático de Direito. Paulo Nader<sup>22</sup> não a coloca como princípio jurídico, mas confere a ela o caráter de atributo de validade do direito, ao lado da vigência, eficácia e da legitimidade<sup>23</sup>. Para o autor, norma efetiva seria aquela que obtém adesão dos seus destinatários e acatamento dos órgãos encarregados de sua aplicação, ainda que seja necessário o uso da força (coercibilidade) para conter quaisquer manifestações contrárias às ideologias dominantes e, assim, obter um índice de obediência minimamente satisfatória para manutenção do *status quo ante*. Textualmente, vê-se que o uso da força torna-se, para Paulo Nader, um fator indutor de obediência:

Por efetividade nomeamos o fenômeno social de obediência às normas jurídicas. Por serem passíveis de transgressão, as normas nem sempre alcançam plena efetividade. **O índice de adesão às regras depende de vários fatores, sendo certo que a coercibilidade é força a serviço do direito. É atua como um dos estímulos da efetividade.** A adequação do direito ao fato, a racionalidade das fórmulas adotadas, o grau de justiça contido na solução preconizada para o problema social são também alguns motivos que induzem à obediência.<sup>24</sup> (grifo nosso)

Todavia, ainda que sem dominar completamente o conceito e as possibilidades da soberania popular<sup>25</sup>, o cidadão brasileiro, principalmente após a promulgação da Constituição de 1988, passou a questionar de forma contundente os resquícios do

<sup>21</sup> LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria Processual da Decisão Jurídica*. São Paulo: Landy, p. 178-179.

<sup>22</sup> NADER, Paulo. *Filosofia do direito*. 7ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998, p. 68.

<sup>23</sup> Nesta pesquisa, porém, desde já, firma-se que não há adesão às expressões "princípio da efetividade" ou "atributo da efetividade", mas recorrer-se-á, em razão da necessária testificação, à teoria da efetividade.

<sup>24</sup> NADER, Paulo. *Filosofia do direito*. 7ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998, p. 73.

<sup>25</sup> É sempre oportuno ressaltar o equívoco grave, no Estado Democrático de Direito, de redução do conceito de cidadania à garantia do sufrágio universal e às consultas populares (plebiscito e *referendum*).



Estado autoritário, tornando públicas denúncias da prática de abusos de autoridade do Executivo, indignando-se contra silêncio conivente do Legislativo e buscando alternativas à postura aviltante de juízes pretorianos inatingíveis.

Todos os setores do Estado começaram a ser incessantemente questionados sobre a necessária eficiência<sup>26</sup> que deve permear o serviço público. A flagrante inaptidão dos diversos órgãos para exercerem suas atribuições legais em consonância com os direitos e garantias fundamentais criou a conjuntura (social e política) prodigiosa em gerar manifestações e reações populares contra o excesso, a omissão e os abusos praticados por servidores investidos de competência para o exercício de uma determinada função pública.

Nesse particular, oportuna a lição de Bobbio, ao discorrer sobre a resistência à opressão: 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<sup>27</sup>. É preciso reconhecer o acerto de Bobbio no apontamento da questão com precisão cirúrgica, vez que não basta elaborar uma teoria do poder que se limita a discutir as ideologias dominantes e as sucessões políticas historicamente situadas no tempo e no espaço.

Deve-se, porém, reconhecer também que, na perspectiva do Estado Democrático de Direito, ressoa dissonante a configuração de uma teoria que concede à autoridade constituída (princípio da investidura), que exerce atribuições e cumpre deveres decorrentes do poder emanado do seu titular soberano (povo<sup>28</sup> não ficticiamente considerado), a possibilidade de voltar-se contra sua origem ou contra sua fonte perene e legitimante de forma revolucionária (golpe dissimulado), a ponto de ser

<sup>26</sup> DIAS, Ronaldo Brêtas de Carvalho. *Responsabilidade do Estado pela função jurisdicional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

<sup>27</sup> BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Rio de Janeiro. Editora Campus, 1992, p. 143.

<sup>28</sup> MÜLLER, Friedrich. *Quem é o povo: a questão fundamental da democracia*. Trad. Peter Naumann. Revisão Paulo Bonavides. São Paulo: Max Limonad, 1998, p. 66.



necessária a formulação de uma teoria de defesa do cidadão fundada em manifestações públicas de resistência ou de movimentos contestatórios.

A propósito da postura questionadora da opressão, no entanto, Bobbio se preocupou com a forma de oposição ~~deslegitimadora~~ do poder, reduzindo-a à elucidação dos traços distintivos dos fenômenos **ÍextralegaisÍ** da **resistência** e da **contestação** como instrumentos de defesa do cidadão que afetam diretamente a opinião pública, mas que absolutamente não criam nenhum vínculo jurídico-constitucional na fundamentação das decisões governativas. Provavelmente, a partir dos fenômenos extralegais, o autor citado confia a defesa do cidadão a movimentos populares, a manifestações de massa conduzida por líderes sindicais, artistas ou organizações não governamentais que, na sua perspectiva, transforma e eleva a via pública e as praças da cidade em espaço de luta política.

Ademais, a tentativa de obter uma resposta extralegal, não jurídica, frustra-se na medida em que, logo em seguida, Bobbio socorre-se na teoria geral do direito para explicar a obediência e aceitação:

[...] como primeiro expediente para destacar a diferença entre os dois fenômenos, vale a referência ao seu respectivo contrário: **o contrário da resistência é a obediência, o contrário da contestação é a aceitação**. A teoria geral do direito deteve-se muitas vezes e com prazer (ultimamente, em Hart) na diferença entre a **obediência** a uma norma ou do ordenamento em seu conjunto, **que é uma atitude passiva** (e pode ser também mecânica, puramente habitual, instintiva), e a **aceitação** de uma norma ou do ordenamento em seu conjunto, **que é uma atitude ativa**, que implica, senão um juízo de aprovação, pelo menos uma inclinação favorável a se servir da norma ou das normas para guiar a própria conduta e para condenar a conduta de quem não se conforma com ela ou elas<sup>29</sup>. (grifo nosso)

---

<sup>29</sup> BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Rio de Janeiro. Editora Campus, 1992, p. 144.



Numa tentativa de esclarecer os temas da contestação e da resistência como forma de oposição ou de deslegitimação do poder, Bobbio aponta que a **resistência**<sup>30</sup> compreende todo comportamento de ruptura contra a ordem instituída, colocando em crise o sistema estabelecido por meio de tumultos, motins, rebeliões, insurreições e até mesmo de revoluções (forma extremada de resistência).

Por sua vez, a **contestação** se refere a uma atitude de crítica, que ponha em questão a ordem constituída sem necessariamente pô-la em crise, consistindo num debate de opiniões contrárias ao sistema sem, contudo, resistir-lhe. Assim, sobressai a resistência como forma mais grave de deslegitimação do poder que, não apenas critica ou questiona as deliberações políticas mediante atos contestatórios, mas chega ao confronto físico com emprego de violência, se necessário.

O flagrante paradoxo de Bobbio em valer-se da teoria geral do direito para explicar fenômenos extralegais, conforme se extrai do texto citado, agrava-se, ainda mais, pela insuficiência conceitual<sup>31</sup> da relação entre passividade (obediência) e atividade (aceitação) em contraposição com o binômio resistência/contestação à opressão política.

Daí o diferencial da opção democrática, pois, na perspectiva popperiana, somente a democracia *fornece um arcabouço institucional que permite a reforma sem violência e, assim, o uso da razão nos assuntos políticos*<sup>32</sup>. Assim, a resistência e a

---

<sup>30</sup> Diversamente de Bobbio, Fernando Armando Ribeiro apresenta a resistência não como uma forma de ruptura da ordem instituída, mas como uma instituição de garantia constitucional, não jurisdicional, de defesa da ordem constitucional democrática. (Cf. RIBEIRO, Fernando Armando. *Conflitos no Estado Constitucional Democrático*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004, p. 344-350)

<sup>31</sup> Para Dworkin, coube a John Austin, no século XIX, a construção de uma teoria do direito como comando (ordem) de um soberano e que, portanto, a sociedade deveria simplesmente **obedecer** (postura passiva). No entanto, Hart, em seu *The Concept of Law* (O conceito de Direito), publicado em 1961, rejeitou a proposição de Austin afirmando que os verdadeiros fundamentos do direito encontram-se na **aceitação**, por parte da comunidade como um todo, de uma regra-mestra fundamental (que ele chamou de regra de reconhecimento) que atribui a pessoas ou grupos específicos a autoridade de criar leis. (Cf. DWORKIN, Ronald. *O Império do Direito*. Tradução Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 41-42).

<sup>32</sup> POPPER, Karl Raimund. *A Sociedade Aberta e Seus Inimigos*. Tradução de Milton Amado. 3ª Ed. Belo Horizonte: Itatiaia, 1987, p. 18.



contestação não colocam a ordem constitucional democrática em crise nem movimentam o aparelho repressor estatal para conter as manifestações públicas, dando causa a um ciclo interminável de violência e de rupturas entre setores de uma sociedade complexa.

Alguns chegam a defender a tese de que a desobediência civil<sup>33</sup> é considerada como direito fundamental no Estado Democrático de Direito<sup>34</sup>, pois todos os cidadãos estariam difusamente habilitados a questionarem a legitimidade da formação da opinião e da vontade política.

A testificação (crítica) constante das políticas implementadas e das decisões jurídicas constitui elemento de caracterização de um Estado Democrático, ou seja, a ausência de testificação (resistência e contestação) numa sociedade sem centro torna-se indicador de um regime autoritário.

Não é razoável admitir que a ausência de atos de contestação ou de resistência a uma norma, ao ordenamento jurídico como um todo ou a uma decisão jurídica, seja fator de testificação suficiente de sua efetividade que, no caso, consistiria no acatamento passivo (obediência) ou ativo (aceitação) por parte dos destinatários da norma ou da decisão. Ao contrário, o silêncio dos que são dominados pode nada mais

---

<sup>33</sup> Cf. REPOLÊS, Maria Fernanda Salcedo. *Desobediência civil como direito fundamental no Estado Democrático de Direito*. Revista da Faculdade Mineira de Direito. V. 4, n. 7: Belo Horizonte, 2001, p. 143-149. Segundo a autora: “[...] os atos de desobediência civil visam questionar o déficit de legitimidade e, por consequência, o déficit de eficácia que ocorre, quando os centros de decisão do sistema político onde é produzido poder administrativo se desvinculam da periferia, produtora de poder comunicativo e instância de efervescência de uma soberania difusa, que produz e reproduz canais e redes de formação de opinião e de vontades políticas. Advirta-se, no entanto, que não se pode impunemente defender uma desobediência civil praticada em praça pública como ato democrático em si mesmo. Os questionamentos das decisões e normas constituirão continente democrático se conduzidos pela linguagem jurídica do devido processo constitucional.

<sup>34</sup> “A justificação da desobediência civil apóia-se, além disso, numa compreensão dinâmica de constituição, que é vista como um projeto inacabado. Nesta ótica de longo alcance, o Estado Democrático de Direito não se apresenta como uma configuração pronta, e sim, como um empreendimento arriscado, delicado e, especialmente, falível e carente de revisão, o qual tende a reatualizar, em circunstâncias precárias, o sistema dos direitos, o que equivale a interpretá-los melhor e a institucionalizá-los de modo mais apropriado e a esgotar de modo mais radical o seu conteúdo. (Cf. HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre faticidade e validade*. Vol II, 2ª ed. Tradução: Flávio Breno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, p. 118).



ser do que demonstração inequívoca do grau de opressão totalitária e da ausência de liberdade.

Numa democracia, não se pode considerar seriamente a proposta de Paulo Nader<sup>35</sup> que coloca a efetividade como um fenômeno social aferível pelo grau de obediência ou, com Bobbio, pelo grau de passividade perante uma norma ou uma decisão jurídica. Não é sem motivo que os autores recorreram, de um lado, à força para fazer valer uma norma jurídica, fazendo o índice de adesão às regras depender do nível de coercibilidade do sistema, e de outro lado, a uma teoria política que auxilie o cidadão a defender-se contra o poder instituído. Seria, assim, a força a serviço do direito como condição e estímulo à efetividade (aceitação e obediência).

Para os autores citados, então, efetivo seria o processo no qual se verificasse o seu alinhamento com a ausência de recursos ou com a redução da oferta de contraditório para os destinatários do provimento. No Estado Democrático de Direito, porém, pode-se dizer que a teoria da efetividade não passará de uma utopia no sentido de ser algo inatingível ou irrealizável, pois sua concretização, na esteira de Paulo Nader e Norberto Bobbio, implicará necessariamente a descaracterização da própria democracia que exige, para sua configuração, a oferta de contraditório na construção de decisões jurídicas legítimas.

### **1.3 Efetividade e soberania popular: a emancipação da cidadania pela processualidade jurídica no Estado Democrático de Direito**

Na verdade, a aporia verificada no item anterior, só pode ser resolvida, numa democracia, mediante a inserção de uma teoria da processualidade jurídica como espaço vinculado de resistência e contestação (ampla defesa e contraditório) frente às medidas governativas que aviltam os direitos e garantias fundamentais do cidadão,

---

<sup>35</sup> NADER, Paulo. *Filosofia do direito*. 7ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998, p. 73.



assim considerado não só como eleitor mas principalmente como um legitimado ao processo de construção e de desconstrução do ordenamento jurídico.

Bobbio se ocupa da resistência (que culmina num ato prático, podendo chegar ao uso da violência) e da contestação (que se expressa através de um discurso crítico, num protesto verbal realizado numa assembléia), sem, contudo, ocupar-se da teoria da soberania popular<sup>36</sup> no Estado Democrático de Direito. Esta sim deve ser efetivada e erigida como fundamento jurídico-político da democracia, pois, com Jorge Carpizo, é possível compreendê-la:

[p.].] El pueblo es su propio legislador y juez. El pueblo crea y destruye las leyes. El pueblo es quien decide y su voluntad convierte las simples conductas en leyes que son las guías de la voluntad creadora. El pueblo es el amo y señor, los que gobiernan son sus servidores.<sup>37</sup>

O exercício da soberania pelo povo reclama por uma melhor compreensão que, por certo, afetará a segurança da autoridade e da tradição na pós-modernidade. Frequentemente se recorre à expressão *povo* como instância ideologizada de legitimação do discurso retórico em defesa de interesses privados dissimulados e, portanto, obscuros. Neste particular, vale a lição de Rosemiro Pereira Leal:

Recentemente, em Carpizo, a teoria da soberania popular absoluta se afirmou na titularidade indelegável do povo de construir, modificar ou até destruir o Estado e a ordem jurídica, porque é o povo que decide as suas estruturas. Não há mais falar em tirania da maioria. Se a massa popular não é lúcida ou politicamente consciente para estruturar e fundamentalizar direitos universais de dignidade mínima e de liberdade política, é porque, por opressão cultural ou por manobras escusas de

<sup>36</sup> Reforçando a possibilidade de o próprio povo desconhecer seu papel numa democracia, firma-se o seguinte entendimento: "O fato de a maioria do povo, por exclusão social ou cognitiva, não ter acesso à compreensão dos direitos processuais, instituíveis pela Comunidade Política, suplica erigir a Constituição como *medium* institucional que, na contra-factualidade, há de tornar apto o povo, por direitos fundamentais implementados, a conjecturar, concretizar ou recriar o discurso da Lei Constitucional Democrática". (Cf. LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria Geral do Processo*. 6ª ed. São Paulo: Thompson-IOB, 2005, p. 101)

<sup>37</sup> Apud DEL NEGRI, André L. *Controle de constitucionalidade no processo legislativo: teoria da legitimidade democrática*. Belo Horizonte: Fórum, 2003, p. 28. "[...] O povo é seu próprio legislador e juiz. O povo cria e destrói as leis. O povo é quem decide e sua vontade converte as condutas simples em leis que são as diretrizes da sua vontade criadora. O povo é o dono e senhor, os que governam são seus servidores." (Tradução livre)



Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais  
**Mestrado em Direito Processual**

governantes, o Estado ainda se conceitua como entidade mítica (hegeliana) de preservação de classes de especialistas em justiça e bem-comum somente compreensíveis numa pragmática de decisores sábios<sup>38</sup>.

Fundamental é compreensão de que, desde 1988, o cidadão ocupa um espaço político na sua condição de legitimado ao processo, assim entendido como espaço jurídico-político demarcado de resistência e obediência (passiva) ou de contestação e aceitação (ativa) da norma ou decisão jurídica. Neste sentido, o magistério de LEAL:

O espaço-político (isegoria) de criação do direito só será continente democrático se já assegurados os conteúdos processuais dialógicos da isonomia . que são a isotopia, isomenia e isocrítica . em que haja, portanto, em sua base decisória, igualdade de todos perante a lei (isotopia), igualdade de todos de interpretar a lei (isomenia) e igualdade de todos de fazer, alterar ou substituir a lei (isocrítica). Essa situação jurídico-processual devida é que permitirá a enunciação das democracias como governo de uma nova totalidade social concreta, isto é, povo concretizador e criador da sua própria igualdade jurídica pelo devido Processo Constitucional<sup>39</sup>.

Evidentemente, à vista da teoria da soberania popular revisitada, Bobbio ainda trabalha no espaço agórico grego, assim entendido como espaço indemarcado de encontro de falas desprovidas de vínculo jurídico, advindas de um povo ficticiamente<sup>40</sup> considerado (povo icônico). Pode-se inferir que a cidadania, para Bobbio, seria satisfatória com a simples abertura da possibilidade de realização de manifestações públicas que, valendo-se de um discurso de contestação, poderia mobilizar a opinião pública a ponto de influenciar o processo decisório.

Deste modo, caberia ao Estado assumir o papel de intérprete (guardião<sup>41</sup>) da consciência popular (à exemplo do *Führer nazista*<sup>42</sup>) para, como locutor autorizado<sup>43</sup>,

<sup>38</sup> LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria Geral do Processo*. 6ª ed. São Paulo: Thompson-IOB, 2005, p. 49.

<sup>39</sup> LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria Geral do Processo*. 6ª ed. São Paulo: Thompson-IOB, 2005, p. 75.

<sup>40</sup> MÜLLER, Friedrich. *Quem é o povo?* 2ª ed. São Paulo: Max Limonad, 2000, p. 42.

<sup>41</sup> SCHMITT, Carl. *O guardião da constituição*. Trad. de Geraldo de Carvalho. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

<sup>42</sup> Cf. DI LORENZO, Wamberto Gomes. *O pensamento político de Carl Schmitt: uma breve introdução*. In *Direito e Justiça: Revista da Faculdade de Direito da PUCRS*. Vol 23. Porto Alegre, 2001, p. 335-357. Segundo o autor, Carl



tomar decisões que pretensamente representem conceitos herméticos, tais como a opinião pública, o bem comum, a distribuição de justiça, os fins sociais e, mais recentemente, como tema de interesse desta pesquisa, a busca de efetividade processual.

O exemplo histórico que se amolda à anulação da cidadania em benefício do exercício da autoridade salvadora pode ser encontrado na interpretação e na aplicação que se deu ao artigo 48 da Constituição de Weimar pelo nacional socialismo, cujo conteúdo permitia ao presidente do Reich, em caso de alteração ou perigo de agravamento da segurança e da ordem pública, adotar as medidas necessárias para o restabelecimento da segurança e ordem pública, intervindo, em caso de necessidade, com o auxílio das forças armadas, podendo o Führer governar em permanente estado de exceção<sup>44</sup> para manter a paz social.

Portanto, antes de levar adiante reformas legais intermináveis, todas em nome de uma efetividade processual inesclarecida<sup>45</sup>, cujo conteúdo na verdade realça anacronicamente a efetividade da ação e da jurisdição, há que se implantar ou efetivar

---

Schmitt é conhecido como o jurista do Nazismo, defensor do Estado totalitário e do leviatã, um *auteur maldit*, pois entendia que o princípio da liderança do *Führer* era o conceito central do nacional socialismo, nos seguintes termos: *“O ato do Führer é uma jurisdição autêntica, não se subordinando à justiça, pois seu ato é mesmo justiça superior. Logo, ao soberano (atuando na guarda da constituição), Schmitt reconheceu o poder de fugir da própria norma constitucional para salvar o Estado. Sustentava, enfim, que o Führer era inquestionável, vez que sempre tinha razão.”*

<sup>43</sup> Rejeitando a figura do locutor autorizado como monopolizador do discurso de autoridade, André Del Negri esclarece que: *“[...] o discurso da verdade feito no século V na Grécia reconhecia apenas a figura do locutor (poeta, advinho, rei de justiça), pois somente este era autorizado a enunciar verdades por meio do discurso de autoridade [...] nas democracias modernas o cidadão não pode mais aceitar qualquer discurso de forma unilateral, pois para efetivar a democracia política é necessário o abandono do discurso de autoridade.”* (Cf. DEL NEGRI, André L. *Controle de constitucionalidade no processo legislativo: teoria da legitimidade democrática*. Belo Horizonte: Fórum, 2003, p. 51).

<sup>44</sup> Hoje, na Alemanha, prevalece o direito de resistência contra o estado de exceção. Na lição de Joaquim Carlos Salgado: *“O direito de resistência aparece na Constituição alemã atual (art. 20, inciso IV) como direito de todos os alemães de resistirem à tentativa de eliminação da ordem constitucional, empreendida por quem quer que seja, desde que se não possam usar outros meios. Trata-se de resistência contra o ato que viola a Constituição, não se confundindo com a chamada desobediência civil, cuja característica é o descumprimento de uma norma positiva válida.”* (Cf. SALGADO, Joaquim Carlos. *Os direitos fundamentais*. Revista Brasileira de Estudos Políticos. Belo Horizonte, V. 82, 1996, p. 64-65).

<sup>45</sup> *“A efetividade, a eficácia e a validade no Estado de Direito Democrático não podem mais ser concebidas pelo ordenamento jurídico em si mesmo ou pelo órgão jurisdicional [...] Os destinatários são os únicos legitimados a testificar incessantemente a validade e a eficácia do ordenamento jurídico.”* (Cf. ALMEIDA, Andréa Alves de. *Processualidade jurídica e legitimidade normativa*. Belo Horizonte: Fórum, 2005, p. 135)



a cidadania como ~~o~~ deliberado vínculo jurídico-político-constitucional que qualifica o indivíduo como condutor de decisões, construtor e reconstrutor do ordenamento jurídico da sociedade política a que se filiou<sup>46</sup>.

Por definição constitucional, a democracia apresenta-se como marco teórico fundamental para o exercício das funções de Estado, sob pena de se romper com a ordem política estabelecida. É neste viés constitucionalizado que a pesquisa sobre a efetividade deve constituir objeto não só de investigações acadêmicas, mas principalmente dos fundamentos extraídos dos discursos<sup>47</sup> de justificação e de aplicação das normas processuais.

A efetivação do processo corresponde à efetivação do próprio Estado Democrático de Direito, através do devido processo constitucional. Neste sentido, Andréa Alves de Almeida, após caracterizar a modernidade sobretudo pela positivação constitucional de direitos fundamentais e ideais democráticos, bem delimita a grande questão da contemporaneidade:

[...] a problemática levantada pela contemporaneidade é como se operacionaliza (concretiza), legitima e implementa o Estado de Direito Democrático estabelecido e implantado pelo ordenamento jurídico; como se poderá efetivar as conquistas da modernidade.<sup>48</sup>

Logo, manifesta é a preocupação da contemporaneidade não apenas com a implementação do ordenamento jurídico, numa perspectiva positivista do direito, muito menos com a preservação da autoridade estatal mediante comandos imperativos, sempre acompanhadas de ameaças de coatividade e demonstrações de força, mas

<sup>46</sup> LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria processual da decisão jurídica*. São Paulo: Landy, 2002, p. 151.

<sup>47</sup> Reputa-se a distinção entre os discursos de justificação e de aplicação a Günther. A justificação (tipicamente legislativa), valendo-se de argumentos jurídicos, políticos, morais ou econômicos vincula-se à validade da norma que adquire imparcialidade quando se puder obter assentimento ou concordância universal dos envolvidos. O discurso de aplicação (tipicamente jurisdicional) diz respeito a adequabilidade da norma ao caso concreto, possuindo, portanto, uma relação de complementaridade ao discurso de justificação. (Cf. GÜNTHER, Klaus. *Teoria da argumentação no direito e na moral: justificação e aplicação*. Introdução à edição brasileira Luiz Moreira. São Paulo: Landy, 2004, p. 17).

<sup>48</sup> ALVES DE ALMEIDA, Andréa. *Processualidade jurídica e legitimidade normativa*. Belo Horizonte: Fórum, 2005, p. 17.



fundamentalmente, numa visão pós-moderna<sup>49</sup> do direito, a ciência processual há de investigar a legitimidade democrática do sistema jurídico, pois não há como efetivar as decisões excludentes da cidadania<sup>50</sup> (deslegitimação processual do povo).

#### **1.4 A tensão entre liberdade e igualdade: o desenvolvimento de uma teoria da efetividade na modernidade e na contemporaneidade**

Hodiernamente, não se pode estudar a teoria do processo sem, primeiro, conhecer a configuração político-jurídica do Estado brasileiro que, por definição constitucional, apresenta-se como Estado Democrático de Direito.

Objetivando chegar a uma noção esclarecida deste Estado, proceder-se-á uma breve digressão à tensão histórica entre os direitos à liberdade e à igualdade que se nos apresentam como verdadeiras conquistas, muitas vezes sangrentas, do ser humano, no trajeto da superação de condição de simples objeto do direito ao seu status atual de dignidade e plenitude de cidadania.

Em se tratando de uma investigação sobre a efetividade, a questão que se nos apresenta é perceber os reflexos da contemporaneidade sobre a formatação da ciência processual. Por certo, qualquer tema estudado no paradigma do Estado Liberal<sup>51</sup> ou

---

<sup>49</sup> LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria Processual da Decisão Jurídica*. São Paulo: Landy, 2002, p. 27-35.

<sup>50</sup> "Percebe-se logo a fragilidade e engano de se conceber a cidadania como núcleo central mitológico da usinagem da liberdade e dignidade humanas... porém o exercício deste direito só se torna possível e efetivo pela irrestrita condição legitimada ao devido processo constitucional." (Cf. LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria Processual da Decisão Jurídica*. São Paulo: Landy, 2002, p. 151)

<sup>51</sup> "O paradigma jurídico liberal conta com uma sociedade econômica que se institucionaliza por meio do direito privado ó especialmente por via de direitos à propriedade e liberdade de contratação ó e que se coloca à mercê da ação espontânea de mecanismos de mercado. Essa sociedade de direito privado é feita sob medida em relação à autonomia dos sujeitos de direito, que, no papel de integrantes do mercado, procuram realizar de forma mais ou menos racional os próprios projetos de vida." (Cf. Habermas, Jürgen. *A inclusão do outro*. São Paulo: Loyola, 2002, p. 302)



Estado Social<sup>52</sup> não conterà igual conteúdo e significado se refletido no Estado de Direito Democrático<sup>53</sup>.

A construção de uma teoria da efetividade processual nessas três esferas de cogitações também passa por variações relevantes que precisam ser enfrentadas e esclarecidas, sob o risco de se aceitar equivocadamente, por ingenuidade ou ignorância, a sobrevida de institutos jurídicos ultrapassados e ilegítimos.

#### 1.4.1 A teoria da efetividade no Estado Liberal

Até o século XVIII, em face de um Estado Absolutista, o indivíduo<sup>54</sup> sofria imensas restrições. Dalmo de Abreu Dallari<sup>55</sup>, ao discorrer sobre o Estado Democrático, menciona que a concepção individualista da sociedade e do Estado decorre da necessidade de contenção do poder político soberano, limitando-o através da estruturação dos seus organismos e, ao mesmo tempo, permitindo que os próprios indivíduos protegessem seus interesses. Surgia, assim, o Estado Liberal, cujos reflexos para a teoria processual foram bem sintetizados por Dhenis Cruz Madeira, *in verbis*:

---

<sup>52</sup> O modelo de Estado Social desenvolveu-se a partir da crítica que se fez ao paradigma jurídico liberal: “Este novo paradigma efetivou-se através de um Estado intervencionista, mais atuante e preocupado em estimular o crescimento e desenvolvimento das inúmeras atividades ligadas às áreas de saúde, educação, cultura, família e previdência Social. O Estado abandonou sua posição de espectador passando a interferir nesses movimentos com uma linha de crescimento constante na economia, nos empregos e nos impostos arrecadados, ocasionando, conseqüentemente, um maior bem-estar à sociedade.” (Cf. DEL NEGRI, André L. *Controle de constitucionalidade no processo legislativo: teoria da legitimidade democrática*. Belo Horizonte: Fórum, 2003, p.22). No entanto, advirta-se, é válida a observação habermasiana no sentido de que “os dois paradigmas de direito estão igualmente comprometidos com a imagem produtivista de uma sociedade econômica capitalista e industrial [...] As duas partes só discordam quanto a se poder garantir autonomia privada diretamente mediante direitos de liberdade, ou a se deve assegurar o surgimento da autonomia privada mediante outorga de reivindicações de benefícios sociais.” (Cf. Habermas, Jürgen. *A inclusão do outro*. São Paulo: Loyola, 2002, p. 303).

<sup>53</sup> LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria Processual da Decisão Jurídica*. São Paulo: Landy, 2002, p. 37.

<sup>54</sup> Vale lembrar, aqui, que Hobbes definia o “súdito” como sendo aquele que transferia ao soberano, em bases contratuais instituidoras da cidade, a sua força e riqueza, abrindo mão do seu “direito de resistência” a qualquer ato do soberano. (Cf. THOMAS, Hobbes. *Do cidadão*. Tradução de Janine Ribeiro. 3ª Ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 998).

<sup>55</sup> Cf. DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de Teoria Geral de Estado*. 20ª ed. São Paulo: Saraiva, 1998, p. 300: “A necessidade de eliminar o absolutismo dos monarcas, que sufocava a liberdade dos indivíduos, mantinha em situação de privilégio uma nobreza ociosa e negava segurança e estímulo às atividades econômicas, levou a uma concepção individualista da sociedade e do Estado.”



Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais  
**Mestrado em Direito Processual**

Iluminismo privilegiava a liberdade individual o que acabou por soerguer a concepção liberal de Estado. O Estado, assim como o juiz, basearam suas funções na intervenção mínima, privilegiando, com relação às provas e argumentos dos autos, a iniciativa das partes. Idéias como a do princípio dispositivo, princípio da inércia, da iniciativa da prova exclusivamente às partes, do recurso voluntário, *pacta sunt servanda* se baseiam na concepção de Estado Liberal, em que o Estado é um mero expectador do duelo travado pelos cidadãos.<sup>56</sup>

Sob o ideal da autonomia da vontade, própria do direito privado, formulou-se a teoria do processo como contrato<sup>57</sup>, hoje reconhecidamente inadmissível, cujo conteúdo exigia o acordo ou ajuste prévio entre os litigantes, no sentido de aceitarem ou de se submeterem voluntariamente a uma decisão estatal, proferida pelo juiz.

A crença na liberdade como valor suficiente para suprir todas as aspirações da vida em sociedade mostrou, de forma inequívoca, que a teoria beneficiava, em larga escala, àqueles que detinham o poder econômico. O processo tornou-se efetivo apenas para a classe dominante, deixando no vazio existencial os argumentos daqueles que vendiam seus serviços para os donos do capital.

No Estado Liberal<sup>58</sup>, a crença na razão, em substituição à crença religiosa que reconhecia poderes divinatórios para o rei (soberano), tornou-se alicerce para o desenvolvimento de um sistema de direitos baseado na autonomia de um indivíduo, tendo como pressuposto a sua capacidade de criar suas próprias regras de atuação (máximas).

---

<sup>56</sup> MADEIRA, Dhenis Cruz. *A cognição no direito democrático*. 2006. 228f. Dissertação (Mestrado em Direito Processual) da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Belo Horizonte, p. 87.

<sup>57</sup> Cf. LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria geral do processo*. 6ª ed. São Paulo: IOB Thomson, 2005, p. 91: ãessa teoria, de origem francesa e de cunho privatístico tem à frente Pothier (1800) como seu principal divulgador e preconizava que o processo era um contrato entre os litigantes, que firmava com o comparecimento espontâneo das partes em juízo para a solução dos conflitos.

<sup>58</sup> GALUPPO, Marcelo Campos. *Igualdade e diferença: Estado democrático de direito a partir do pensamento em Habermas*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002, p. 77.



Todavia, verificou-se ser ingênua a crença de que as desigualdades sociais seriam resolvidas num processo de geração espontânea de equidade, no qual os indivíduos livres e autônomos chegariam, pela razão, a um consenso coletivo adequado ao desenvolvimento das atividades humanas em um ambiente de convivência harmoniosa e sem conflitos.

Longe se vai a insuficiência da literalidade (igualdade formal) vinculada ao Estado Liberal, no qual o juiz atuava como boca da lei para fundamentar suas decisões. Certamente, nos dias atuais, tornou-se completamente obsoleta a tentativa de subsunção do caso concreto às hipóteses normativas, ou seja, não pode mais satisfazer a contemporaneidade a simples citação de artigos de lei para legitimar uma decisão estatal que afeta o patrimônio jurídico do cidadão qualificado como parte em um determinado processo judicial.

Notadamente, partindo das características especificadas, é de se concluir que estuda-se, no Estado Liberal, a **efetividade da ação** como resultante de um direito subjetivo de provocar uma jurisdição inerte, abrindo-se espaço para teorias imanentistas, além de polêmicas sobre sua concretude ou abstração, bem como sobre sua autonomia em relação ao direito material.

É possível incluir, no Estado Liberal, o direito de ação como um direito potestativo chiovendiano<sup>59</sup>, subjugando a parte ré que deveria tão somente se submeter ao direito do autor. Portanto, quando, na contemporaneidade, pleiteia-se um processo efetivo que conceda ao autor exatamente o conteúdo de sua pretensão encaminhada pela petição inicial, percebe-se um anacronismo conceitual que confunde efetividade processual com efetividade da ação.

---

<sup>59</sup> CHIOVENDA, Giuseppe. *A ação no sistema de direitos*. Tradução Hiltomar Martins Oliveira. Belo Horizonte: Ed. Líder, 2003, p. 28.



#### 1.4.2 A teoria da efetividade no Estado Social

Surge, então, a teoria do processo como relação jurídica de Oskar Von Büllow, em 1968, através da *Teoria das Exceções Processuais e dos Pressupostos Processuais*, tida como um marco significativo para a ciência do direito processual, principalmente em razão da sua autonomia em relação ao direito material.

Todavia, em função da discussão sobre a posição das partes e do juiz na relação processual<sup>60</sup>, própria do Estado Social, ficou a teoria processual marcada por conferir amplos poderes ao juiz que, no exercício da sua função diretiva do processo, assume status divinatório ou mitológico, sendo, portanto, portador de uma sapiência inquestionável, afinal *ordem de juiz não se discute, apenas se cumpre*.

Tal conjuntura proporcionou um terreno fértil para correntes ideológicas que, a pretexto de defesa de uma sociedade justa e igualitária, fortaleceram o poder estatal como instrumento de controle destinado a corrigir as desigualdades e injustiças, bem como promover a paz social.

As técnicas interpretativas no Estado Social avançaram no sentido de abandonar o rigor da literalidade para se ocuparem mais com a teleologia da norma legislada, absorvendo estruturas normativas que conferiram maior discricionariedade à autoridade (juiz provedor) para alcançar o bem-estar social e aumentar o grau de eficácia à tutela jurisdicional do direito material. Contudo, a busca da igualdade material a todo custo criou o ambiente político propício ao surgimento de governos autoritários baseados em

---

<sup>60</sup> FONSECA, Rodrigo Rigamonte. *Isonomia e contraditório na teoria do processo*. In: Estudos Continuados de Teoria do Processo. Vol. 1. Porto Alegre: Síntese, 2000, p. 14. O autor afirma que Büllow baseia-se na máxima de Búlgaro, jurista italiano do século XII: *judicium est actum trium personarum: judicis, actoris et rei*, criando subordinação entre as partes além de confundir o processo com procedimento, definindo o primeiro como conjunto de atos processuais e o segundo como a forma de exteriorização destes. Obviamente, no atual estágio da ciência processual, não é mais possível contentar-se com esta distinção entre processo e procedimento que, a rigor, nada esclarece, permanecendo os seus significados obscurecidos pela insuficiência de conteúdo de testificação.



ideologias que sufocaram a possibilidade de participação do cidadão no processo decisório.

O Estado Social, de cunho eminentemente intervencionista, em nome de um mítico *interesse público*, definível apenas pelo solipsismo de mentes privilegiadas, cometeu barbaridades e afrontas ao princípio da dignidade da pessoa humana. Mais uma vez, assim como no Estado Liberal, o processo não conseguiu se consolidar como metodologia de garantia de direitos fundamentais.

Nesse modelo de Estado, também chamado de Estado Providência, Estado do Bem-Estar Social, ou Welfare State, o julgador, diferentemente do que ocorria no Estado Liberal, ganhou poderes praticamente ilimitados na apreciação das provas e argumentos constantes nos autos, fundados nas expressões míticas do interesse público, do juízo de equidade e do bem comum.

Prevalece, no Estado Social, o mito da autoridade salvadora, portadora das *boas novas* (evangelho) da justiça. Ao juiz se confere o poder diretivo do processo em contraponto com o princípio da inércia e, por impulso oficial<sup>61</sup>, define isoladamente as questões processuais relevantes e as provas necessárias para fundamentação da sentença.

Cogita-se, assim, na perspectiva do Welfare State, a possibilidade de se perquirir sobre **a efetividade da jurisdição**, pois era preciso dotar o juiz dos meios adequados para fazer valer suas decisões, donde se extrai que efetividade, aqui, seria a perfeita e pronta execução do decidido e onde se avalia o desempenho do magistrado.

---

<sup>61</sup> Para Ronaldo Bretas, o dever do impulso oficial *significa zelar pela prática dos atos processuais nos prazos fixados em lei e imprimir regular movimentação aos processos, em direção à sentença de mérito, ou seja, obediência ao devido processo legal, garantia fundamental das pessoas*. Portanto, a teoria da democracia não está assentada na superatividade do juiz, mas na realização do devido processo legal. (Cf. DIAS, Ronaldo Brêtas de Carvalho. *Responsabilidade do Estado pela função jurisdicional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 157).



Assim, foram criadas medidas protetivas da dignidade da justiça, multas, estabelecimento de prazos peremptórios apenas para as partes, concessão de prazos estendidos apenas para o Estado (ferindo de morte o princípio da isonomia), além do aumento da discricionariedade judicial com a respectiva redução de oferta de recursos inerentes à ampla defesa.

Somente nessa perspectiva anacrônica de Estado poder-se-ia compreender expressões míticas que conferem ao magistrado a tarefa de *“distribuir justiça”* através da instrumentalidade do processo que, uma vez submetido aos escopos metajurídicos, projeta-se como espaço demarcado para livre atuação do juiz que, então, pode *“dar o direito”* para as partes.

#### **1.4.3 Noções de efetividade processual no Estado Democrático de Direito**

Pela via comparativa dos modelos de Estado, assim, evidencia-se o impasse histórico provocado pela tensão entre liberdade e igualdade: ou fazer prevalecer a liberdade, conscientes da possibilidade concreta de gerar desigualdades e injustiças, ou preferir a igualdade, cômicos de que esta alternativa representa o sacrifício da liberdade por meio da instrumentalização de uma sufocante superestrutura de controle rígido e coativo.

A análise, ainda que sintética, da tensão entre os princípios da liberdade e da igualdade demonstra que ambas as concepções, tomadas isoladamente como ocorreu no Estado Liberal e no Estado Social, não apenas permanece a desafiar as exigências do Estado Democrático de Direito, mas também se torna característica marcante da contemporaneidade que, a propósito de sua dilucidação, assume a necessidade de abertura discursiva em busca da solução desta tensão como questão essencial para legitimação dos processos de criação e aplicação do direito democrático.



Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais  
**Mestrado em Direito Processual**

Habermas<sup>62</sup>, preocupado com a legitimidade do direito, ressalta a distinção Güntheriana entre os discursos de justificação (a observância geral de uma norma representa um interesse universal) e discursos de aplicação (busca da norma apropriada para o juízo singular). Nesse contexto, Dhenis Cruz Madeira<sup>63</sup>, apoiado em qualificada pesquisa bibliográfica, esclarece que os discursos de justificação devem ser buscados no devido processo legislativo, por meio do qual se aceita argumentos metajurídicos (políticos, econômicos, morais) no processo de criação do direito.

Nos discursos de aplicação, próprio das funções administrativas e jurisdicionais, os argumentos devem se restringir aos aspectos jurídicos que sustentem a adequabilidade da decisão em face de um caso concreto, pois, segundo Habermas, um juízo singular deve apoiar-se em argumentos normativos<sup>64</sup>.

Todavia, permanece a dificuldade de identificação do grau de preferibilidade entre a igualdade e a liberdade nos momentos de justificação e aplicação do direito, na medida em que todos os destinatários da norma a aceitam em função das razões apresentadas discursivamente<sup>65</sup> (liberdade comunicativa).

Na contemporaneidade, a escolha da norma adequada como resultante da argumentação expendida pelos participantes do processo reclama a prevalência do contraditório<sup>66</sup>, da ampla defesa e da isonomia nos discursos de aplicação.

---

<sup>62</sup> HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre faticidade e validade*. Vol I, 2ª ed. Tradução: Flávio Breno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, p. 269.

<sup>63</sup> MADEIRA, Dhenis Cruz. *A cognição no direito democrático*. 2006. 228f. Dissertação (Mestrado em Direito Processual) da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Belo Horizonte, p. 112.

<sup>64</sup> HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre faticidade e validade*. Vol I. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, p. 271.

<sup>65</sup> HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre faticidade e validade*. Vol I. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, p. 155. Liberdade comunicativa, para Habermas, com apoio em Günther, é a possibilidade ó pressuposta no agir que se orienta pelo entendimento ó de tomar posição frente aos proferimentos de um oponente e às pretensões de validade aí levantadas, que dependem de um reconhecimento intersubjetivo.

<sup>66</sup> Daí a crítica de Rosemiro Pereira Leal a Habermas: ãAssim, a teoria da democracia em Habermas carece de compreensão da principiologia jurídica da teoria do processo institucionalizador da possibilidade jurídica da racionalidade democrática, porque ao imaginar uma procedimentalidade como medium linguístico-jurídico da passagem do princípio do discurso ao princípio da democracia não se esclareceu a índole dessa procedimentalidade



Portanto, sugere-se, na pós-modernidade, que o senso de adequabilidade não seria aferido solitariamente pelo juiz, mas exige-se a participação livre e igual das partes na atividade interpretativa típica do discurso de aplicação, pois o processo constitucional torna-se fundamental à legitimidade decisória.

Assim, a solução para a tensão entre os direitos à liberdade e à igualdade na contemporaneidade, especialmente em relação à solução dos conflitos decorrentes do ineliminável déficit de bens para satisfação de todas as necessidades e desejos experimentados pelo homem, não se resolve mais na perspectiva de um modelo de Estado que faça preponderar um direito sobre o outro, ora sobressaindo a liberdade, ora a igualdade.

Antes, a legitimidade das normas válidas, isto é, a legitimidade dos discursos de aplicação somente pode ser aferida se testificada pelo princípio do contraditório<sup>67</sup> que, através da livre e igual participação dos destinatários na preparação do provimento jurisdicional, torna possível a aplicação de uma norma geral a um caso concreto.

Este entrelaçamento entre liberdade e igualdade na compreensão do contraditório já tinha sido percebido por Aroldo Plínio Gonçalves<sup>68</sup>, partindo de sua análise sobre a contribuição fazzalariana, ao defini-lo como a *igualdade de oportunidade no processo, é a igual oportunidade de igual tratamento, que funda na*

---

neutra e canalizadora de argumentos que se conduziriam por uma razão estratégica centrada em estoques de historicidade jusracionalista pelos direitos humanos com abandono do mediun discursivo auto-ilustrativo de sua própria construção jurídica. (Cf. LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria Processual da Decisão Jurídica*. São Paulo: Landy, 2002, p. 178)

<sup>67</sup> Somente será possível a solução do dilema entre a liberdade e a igualdade pela observância do contraditório. Forte nas lições do Professor Cattoni de Olivera, o *õ contraditório é uma das garantias centrais dos discursos de aplicação jurídica institucional e condição de aceitabilidade e racionalidade do processo jurisdicionalõ*. (Cf. CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. *Direito processual constitucional*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2001, p. 198).

<sup>68</sup> GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Técnica processual e teoria do processo*. Rio de Janeiro: Editora Aide, 2001, p. 127. Acrescente-se que, na página 120, Aroldo Plínio compreende o contraditório como õgarantia de participação, em simétrica paridade, das partes, daqueles a quem se destinam os efeitos da sentença, daqueles que são os interessados, ou seja, aqueles sujeitos do processo que suportarão os efeitos do provimento e da medida jurisdicional que ele vier a imporõ.



*liberdade de todos perante a lei*+ Deste modo, aproveitando as conclusões de André Cordeiro Leal<sup>69</sup>, uma decisão que desconsidere os argumentos produzidos pelas partes em simétrica paridade deve ser considerada inconstitucional em razão da flagrante ausência de legitimidade democrática.

Portanto, o processo no qual prevalece a liberdade do indivíduo ou a igualdade num contexto social conflituoso e complexo, sem a devida oferta de contraditório, não pode **efetivar-se** no Estado Democrático de Direito, pois a autonomia privada e a autonomia pública do cidadão se pressupõem reciprocamente. Assim, é na contemporaneidade que se deve cogitar cientificamente sobre **a efetividade do processo**, não mais se adequando falar-se em efetividade da jurisdição ou efetividade do direito de ação no atual estágio de ciência processual.

No entanto, em nome de uma pretensa efetividade processual, mas com flagrante devoção à causa da efetividade jurisdicional, é que as reformas do Código de Processo Civil reforçam um modelo de Estado (Social ou Liberal) anacrônico, valendo-se do argumento da celeridade para dissimular o real objetivo. O que deveria ser cogitado, então, na atualidade, é a aplicação do princípio constitucional da eficiência<sup>70</sup> (referente lógico-jurídico para toda atividade estatal) à atuação da função jurisdicional, constituindo-se em verdadeira atecnia propugnar por uma %efetividade da jurisdição+no Estado Democrático de Direito.

---

<sup>69</sup> LEAL, André Cordeiro. *O Contraditório e a fundamentação das decisões*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002, p. 105.

<sup>70</sup> DIAS, Ronaldo Brêtas de Carvalho. *Responsabilidade do Estado pela função jurisdicional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 153.



## 1.5 Efetividade processual e a Teoria da Constituição

### 1.5.1 O modelo constitucional do processo: a expansividade como critério aferidor de efetividade

As reformas levadas a efeito pelas últimas modificações legislativas passam longe de efetivar o modelo constitucional do processo, restringindo a oferta de contraditório, ampla defesa, isonomia, juízo natural, independência dos tribunais, responsabilidade dos agentes públicos, ai incluídos os magistrados e o Ministério Público, fundamentação das decisões, indispensabilidade do advogado, reserva legal, dentre outros direitos fundamentais para o exercício pleno da cidadania.

O modelo constitucional do processo<sup>71</sup>, na perspectiva dos italianos ITALO ANDOLINA e GIUSEPPE VIGNERA, parte da necessária elevação do nível de garantias constitucionais, como pressuposto mesmo do Estado Democrático de Direito, tornando imprescindível a aproximação da Constituição e do Processo e, por derivação, limitando e condicionando a atividade processual de produção de decisões jurídicas prolatadas pelo Estado, seja no exercício da função judiciária, administrativa ou legislativa.

A principiologia constitucional do processo se torna inerente à estrutura procedimental que dela eflue e se concretiza num esquema geral do processo caracterizado pela expansividade, variabilidade e perfectibilidade:

Antes de fazer as considerações sobre os elementos particulares do processo (subjetivo e objetivo) do modelo constitucional do processo civil é necessário evidenciar o seu caráter geral que pode caracterizar-se por:

---

<sup>71</sup> Cf. ANDOLINA, Ítalo e VIGNERA, Giuseppe. *Il modello costituzionale del processo civile italiano*. Torino: Giappichelli, 1990, p.13. Ver também LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria Geral do Processo*. 6ª ed. São Paulo: IOB Thomson, 2005, p. 98.



Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais  
**Mestrado em Direito Processual**

a) a **expansividade**, consistente na sua idoneidade (acerca da posição primária das normas constitucionais na hierarquia das fontes) para condicionar a fisionomia dos procedimentos jurisdicionais singulares introduzidos pelo legislador ordinário, a qual (fisionomia) deve ser comumente compatível com as conotações de tal modelo; b) a **variabilidade**, a indicar sua atitude a assumir formas diversas, de modo que a adequação ao modelo constitucional (da obra do legislador ordinário) das figuras processuais concretamente funcionais possa advir-se segundo várias modalidades em vista da realização dos objetivos particulares; c) na **perfectibilidade**, designando sua idoneidade a ser aperfeiçoado pela legislação infraconstitucional, a qual (no respeito, talvez, daquele modelo e em função da consecução dos objetivos particulares) bem podem construir procedimentos jurisdicionais com garantias (ulteriores) e instituição de institutos ignorados pelo modelo constitucional<sup>72</sup>. (Grifo nosso)

Logo, tendo-se em vista a perspectiva de Andolina e Vignera, a necessária testificação da efetividade do modelo constitucional do processo passa pela verificação do nível de expansividade, variabilidade e perfectibilidade das diversas estruturas procedimentais criadas legislador ordinário. Em termos mais específicos, torna-se imprescindível investigar em que medida os princípios institutivos do processo<sup>73</sup> (isonomia, ampla defesa e contraditório) estão condicionando a fisionomia dos procedimentos, tornando-os compatíveis com o modelo constitucional do processo no momento de sua concretização pela elaboração legiferativa ou na abertura de novas possibilidades que podem aperfeiçoá-lo a ponto de desenvolver sua aptidão para servir a uma sociedade complexa.

---

<sup>72</sup> Cf. ANDOLINA, Italo, VIGNERA, Giuseppe. *I fondamenti costituzionale della giutizia civile*. Torino: G. Giappichelli, 1997, p.9: No original: «Prima de prendere in considerazione i singoli elementi (oggettivi e soggettivi) del modelo costituzionale del processo civile, è doveroso evidenziare in questa sede e suoi caratteri generali, che possono individuarsi: nella espansità, consistente nella sua idoneità (conseguente allá posizione primaria delle norme costituzionali nella gerarchia delle fonti) a condizionare la fisionomia dei singoli procedimenti giurisdizionali introdotti dal legislatore ordinário, la quale (fisionomia) deve essere comunque compatibilile coi connotati de quel modelo; nella variaabilità, indicante la sua attitudine ad assumere forma diverse, di guisa che l'adeguamento al modelo costituzionale (ad opera del legislatore ordinário) delle figure processuali concretamente funzionanti può avvenire secondo varie modalità in vista del perseguimento di particolari scopi; nella perfectibilità, designante la sua idoneità as essere perfezionato dalla legislazione sub-costituzionale, la quale bem può costruire procedimenti giurisdizionale da (ulteriori) garanzie ed istituti ignoti al modelo costituzionale».

<sup>73</sup> LEAL. Rosemiro Pereira Leal. *Teoria geral do Processo*. 6ª ed. São Paulo: IOB Thomson, 2005, p. 109-111.



### 1.5.2 Compreensão instrumentalista do modelo constitucional do processo

No entanto, não se pode olvidar da possibilidade da leitura instrumentalista da teoria constitucionalista do processo que, em si mesma, não consegue acompanhar a virada epistemológica da efetividade jurisdicional, própria do Estado Social, para o desenvolvimento de uma teoria voltada para a efetividade processual adequadamente situada no Estado Democrático de Direito. Com efeito, a dificuldade da linha processualista fincada no modelo constitucional em desenvolver um conceito de processo como metodologia<sup>74</sup> normativa de garantia de direitos fundamentais já fora denunciada por Rosemiro Pereira Leal:

Os seguidores do constitucionalismo processual, ainda agarrados ao modelo constitucional do processo (Adolina, Vignera) e suas variáveis perpassadas por reminiscências kantistas e hegelianas, axiológicas e historicistas (Galleotti, Häberle, Habermas), imaginam, na aplicação do direito, uma realidade não decidida (lugar do decisor garantista, portador de autoridade-poder jurisdicional), à margem da existência legal fatalmente lacunosa que sempre suplicaria uma proteção proficiente (tutoria) por uma atuação reflexiva de mentes judicantes articuladoras de um processo jurisdicional a serviço de um sinergismo ético derivado de supostos discursos políticos e expansividades normativas preservadores de integração social. Com essa posição, os filiados à Teoria Constitucionalista do processo (sem explicar qual teoria processual é informativa dessa constitucionalidade) acabam reproduzindo o ensino dos instrumentalistas bülowianos que transplantam, para o plano constitucional, o processo como instrumento de uma Jurisdição Constitucional (atividades de Juízes Guardiães da Lei) com escopos metajurídicos cappelletianos de fazer justiça social em critérios não esclarecidos por supostas probidade e seriedade (pós-positivismo) de operadores virtuosos do Direito.<sup>75</sup>

Com as ressalvas apontadas pela teoria neo-institucionalista, marcantes são as contribuições da teoria constitucionalista do processo que, superando a teoria

---

<sup>74</sup> Baseado na teoria fazzalariana, Rosemiro Pereira Leal define procedimento como o estrutura técnica de atos jurídicos seqüenciais, segundo o modelo legal, numa relação espaço-temporal, em que o ato inaugural é pressuposto do ato conseqüente e este como extensão do ato antecedente e assim sucessivamente até o final provimento (ato encerrador do procedimento). (Cf. LEAL. Rosemiro Pereira Leal. *Teoria geral do Processo*. 6ª Ed. São Paulo: IOB Thomson, 2005, p. 273).

<sup>75</sup> LEAL. Rosemiro Pereira Leal. *Teoria geral do Processo*. 6ª Ed. São Paulo: IOB Thomson, 2005, p. 104.



estruturalista fazzalariana<sup>76</sup>, no plano instituinte, teve o mérito de constitucionalizar princípios processuais que devem nortear a construção de procedimentos definidores do devido processo legal.

Somente na qualidade de um instituto jurídico constitucionalizado, o processo, na lição de Aroldo Plínio Gonçalves, poderia se efetivar como é um complexo de garantias que o cidadão dispõe para testificar a falibilidade das decisões estatais:

Garantia de o Estado não invadirá o domínio dos direitos individuais e coletivos, se não for chamado a protegê-los, de que o estado não instituirá juízos pós-constituídos, de que a privação dos bens da vida que o Direito assegura não se dará sem as formas de um processo devido e de que não se dará sem a participação e o controle dos destinatários do provimento em sua formação, de que não se dará sem a devida explicação dos jurisdicionados sobre os fundamentos de uma decisão que interfere em seus direitos e nas liberdades pelo Direito asseguradas.<sup>77</sup>

Destarte, a observância do modelo constitucionalizado do processo é que se transforma em instância de legitimação da atividade jurisdicional e em metodologia normativa de fruição de direitos fundamentais, dotando o cidadão, na qualidade de destinatário do provimento, de garantias capazes de permitir sua participação na construção, modificação ou extinção das decisões estatais que afetam sua dignidade humana (livre gozo de direitos fundamentais).

É justamente na análise da expansividade do modelo constitucional do processo que se pode aferir a compatibilidade da norma procedimental com os princípios institutivos do processo, vez que a *lei não pode conceber formas que tornem ilusória a concepção de processo consagrada na Constituição*<sup>78</sup>.

<sup>76</sup> FAZZALARI, Elio. *Instituições de Direito Processual*. Trad. Elaine Nassif. 1ª. Ed. Campinas: Bookseller, 2006, p.112.

<sup>77</sup> GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Técnica Processual e teoria do processo*. Rio de Janeiro: AIDE Editora, 2001, p. 184.

<sup>78</sup> BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *Teoria geral do processo constitucional*. Revista da Faculdade Mineira de Direito, v. 2. Belo Horizonte, 1º e 2º sem, 1999, p. 105.



Daí o risco da desconfiguração do próprio Estado brasileiro definido constitucionalmente como Estado Democrático de Direito, principalmente se o discurso de justificação do legislador ordinário abrigar conteúdo de salvação da imagem de um judiciário que carece da mitigação dos princípios processuais para continuar distribuindo justiça numa perspectiva singela de duração razoável do processo e, assim, dissimular a implantação de um estado de exceção schmittiano por via da guarda autêntica da interpretação da constitucionalidade das leis:

A concepção de democracia sem o *médium* lingüístico do processo, a pretexto de celeridade e justiça rápida, reafirma o discurso luhmanniano de que o importante não é resolver os conflitos estruturais nas comunidades políticas, mas, numa reprodução microssistêmica, reduzir o grau de hostilidade às decisões judiciais. No Brasil e em vários países ainda se sustenta a tese ingênua de que, extinta a morosidade da Justiça na resposta às demandas jurídicas, o Judiciário recuperaria seu prestígio junto ao povo, ainda que os direitos fundamentais desse povo já assegurados constitucionalmente possam ser postergados *ad infinitum* em seu reconhecimento judicial.<sup>79</sup>

### **1.5.3 Reforma judicial e reforma processual: o uso estratégico do discurso da efetividade**

O Estado Democrático de Direito é necessariamente, na contemporaneidade, um Estado Constitucional. Há uma expectativa jurídico-política de que as funções de Estado (legislação, administração e jurisdição) sejam exercidas, em sua plenitude, sob o manto da fiscalidade democrática, vez que todo poder emana do povo e ele, diretamente ou por meio de seus representantes, o exerce nos termos da Constituição. Logo, é no texto constitucional que vamos encontrar os indicadores democráticos de legitimação do exercício do poder.

---

<sup>79</sup> LEAL, Rosemiro Pereira. *Processo e democracia ó a ação jurídica como exercício da cidadania*. São Paulo: USJT, 2005. Palestra proferida no II Congresso de Direito Processual e Cidadania promovido pela Universidade São Judas Tadeu, SP, em 26/08/2005.



Nesse contexto, o constituinte elegeu as regras e os princípios que vinculam a atividade estatal no sentido de realizar os fundamentos institucionalizantes do Estado brasileiro, bem como a perseguir os objetivos<sup>80</sup> fundamentais da nossa República.

Com a criação do Conselho Nacional de Justiça, levada a efeito pela Emenda Constitucional 45, publicada em 31/12/2004, alguns indicadores que permitem aferir a eficiência da atividade jurisdicional foram estabelecidos, dentre os quais destacamos: a) aferição de merecimento conforme o desempenho e pelos critérios objetivos de produtividade e presteza no exercício da jurisdição; b) retenção indevida de autos como impedimento de promoção; c) a razoável duração do processo; d) a publicidade e a motivação dos provimentos; e) vedação à interrupção da prestação jurisdicional; f) número de juízes proporcional à demanda e à população; g) imediata distribuição das pretensões deduzidas em juízo.

O problema, nesse quadro, é a possibilidade de se implantar uma reforma processual inconstitucional sob o discurso da reforma do judiciário. Neste sentido, o ensino de Ronaldo Brêtas traduz um sentimento generalizado da comunidade jurídica:

*[...] a Emenda Constitucional n. 45, de 8/12/2004, introduzindo modificações várias no texto constitucional, visando a efetivar uma propalada e entendida reforma do judiciário, o Estado e o povo brasileiro, por meio de seus representantes, estes recepcionando a angústia e os anseios populares, declararam, implicitamente, que não estão satisfeitos com a qualidade do serviço público jurisdicional prestado e com seus agentes públicos julgadores (juízes)[...] <sup>81</sup>*

Ademais, a análise da ineficiência do judiciário aqui revisitada evidencia um sentimento generalizado de descontentamento utilizado estrategicamente como discurso de justificação para se obter resultado diverso do anunciado. Propala-se uma

<sup>80</sup> BRASIL. Constituição (1988) *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília: Senado, 1988.

<sup>81</sup> DIAS, Ronaldo Brêtas de Carvalho. *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.



reforma do judiciário quando, na verdade, flexibiliza-se as garantias processuais em nome da efetividade jurisdicional (Estado Social).

Popper, em sua luta contra os inimigos da sociedade aberta (democrática), atribuiu a Vilfredo Pareto a seguintes palavras: *“A arte de governar reside em encontrar meios para tirar vantagem de tais sentimentos, não gastando energias em fúteis esforços para destruí-los.”*<sup>82</sup> Assim, a propalada insatisfação da comunidade jurídica com a demora das decisões e com a ineficácia de se recorrer ao judiciário para obtenção da tutela legal parece justificar inúmeras alterações legislativas das normas processuais que buscam, na verdade, reforçar o poder estatal, repudiando o passivismo do Judiciário e cobrando uma magistratura comprometida com um ativismo em favor das causas sociais.

Esse é o entendimento daqueles que, propugnando por um **constitucionalismo de efetividade**<sup>83</sup> por meio de uma técnica hermenêutica de ponderação de valores, atribuem ao Judiciário a tarefa de transformação da realidade caótica num país de modernidade tardia:

Destarte, Habermas estaria se opondo às noções mais caras do constitucionalismo de efetividade, especialmente à exigência de um Judiciário comprometido/engajado com causas sociais, pois os milhões de marginalizados no país estariam esperando pela materialização real de direitos sociais, coletivos e difusos, o que somente poderia ocorrer por meio de um claro ativismo da magistratura.<sup>84</sup>

<sup>82</sup> POPPER, Karl Raimund. *A sociedade aberta e seus inimigos*. Tradução de Milton Amado. São Paulo: Itatiaia, 1987, p. 332.

<sup>83</sup> Cf. CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. *Habermas e o direito brasileiro*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2006, p. 7. O constitucionalismo brasileiro da efetividade permitiu que se procedesse por aqui uma abertura de horizontes científicos na filosofia jurídica brasileira de elementos teóricos da Tópica, da Nova Retórica, da perspectiva da filosofia da linguagem e das teorias argumentativas do direito, com destaque na obra de Alexyö.

<sup>84</sup> CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. *Op. Cit.*, p. 19 e 20. Com estas palavras, o autor sintetiza o pensamento de Lênio Luiz Streck, mas contrapõe-se a ele para defender o procedimentalismo, bem como a possibilidade de enriquecimento do constitucionalismo brasileiro a partir das contribuições de Habermas.



Entretanto, na contemporaneidade, não há mais falar-se em efetividade da ação (concretude entre o pedido e o obtido) ou da jurisdição (concretude entre o decidido e o obtido) sem a devida observância do processo constitucionalizado, de vez que já deveria estar completamente superada qualquer hipótese de admissibilidade de exercício da função jurisdicional fundada no prudente arbítrio ou na discricionariedade conveniente e oportuna do magistrado.

## **CAPÍTULO II**

### **A EFETIVIDADE PROCESSUAL COMO CONTEÚDO DO DISCURSO JURÍDICO DA ESCOLA INSTRUMENTALISTA DO PROCESSO**

#### **2.1 Introdução**

Verificada a necessidade de conhecer o conteúdo do discurso jurídico sobre efetividade, no contexto da ciência processual brasileira, torna-se imperioso a identificação dos principais argumentos utilizados na perspectiva da escola instrumentalista do processo, ressaltando pontos fundamentais que sintetizam o pensamento científico de processualistas de renome como Cândido Rangel Dinamarco, Humberto Theodoro Júnior, Ovídio A. Baptista da Silva, José Carlos Barbosa Moreira e José Joaquim Calmon de Passos, que defendem um conteúdo discursivo predominante no direito processual brasileiro.



Proceder-se-á uma visitação às suas respectivas obras com vistas ao esclarecimento do discurso instrumentalista alusivo à efetividade processual para, em seguida, agrupar os principais argumentos numa tentativa de sistematizar o conhecimento elaborado.

No decorrer da pesquisa, as proposições teóricas apresentadas serão testificadas no intuito de estabelecer eventuais acertos e equívocos em relação à teoria da efetividade processual no plano discursivo do Estado Democrático de Direito.

Adverta-se, porém, que as teorias da escola instrumentalista do processo constituem a antítese da argumentação desta pesquisa e, como tal, respeitada a trajetória científica dos autores citados, torna-se relevante apontar aporias que insistem em discutir, de forma anacrônica, teorias de efetividade da ação e da jurisdição na contemporaneidade.

O problema que se coloca, então, é o esclarecimento do conhecimento produzido pelos instrumentalistas sobre os quais recaem dúvidas quanto à elaboração de teorias progressistas<sup>85</sup> no sentido popperiano. Embora nem todos os autores que seguem a linha de pesquisa da escola paulista de processo sejam juristas da justiça (terminologia de Carl Schmitt<sup>86</sup>), a maioria deles reforçam a necessidade de uma efetividade jurisdicional, enfrentando as mesmas questões debatidas no Estado Social.

---

<sup>85</sup> Cf. POPPER, Karl Raimund. *Conhecimento objetivo*. Belo Horizonte: Ed. Itatiaia, 1999, p. 264. Para Popper: ö[...] a teoria é progressiva se nossa discussão mostrar que ela realmente fez uma diferença no problema que queremos resolver; isto é, se os problemas acabados de emergir são diferentes dos antigos. Se os problemas recém-emergentes forem diferentes, então podemos esperar aprender muitíssimas coisas novas quando passamos a resolvê-los por sua vez.ö

<sup>86</sup> SCHMITT, Carl. *O guardião da constituição*. Trad. de Geraldo de Carvalho. Belo Horizonte: Del Rey, 2007, p. 5.



## 2.2 Dinamarco: teoria da efetividade como caráter positivo da instrumentalidade

Para Cândido Rangel Dinamarco, a instrumentalidade do processo possui dois aspectos, a saber: um negativo (o processo não é um fim em si mesmo, suas regras não têm valor absoluto que sobrepuje as regras de direito substancial e as exigências sociais de pacificação de conflitos); e outro positivo (entendido como efetividade, ou seja, como capacidade de exaurir os objetivos que o legitimam no contexto jurídico, político e social). A efetividade como aspecto positivo da instrumentalidade do processo, na verdade, parte da radicalização do seu aspecto negativo, para se tornar útil socialmente na medida em que pretende pacificar os conflitos e priorizar os escopos metajurídicos. Dinamarco assim sustenta sua proposição teórica:

Processo efetivo não é apenas o que rigorosamente atue a vontade concreta do direito, mas o que seja capaz de cumprir os escopos do sistema [...] O processo que chegue ao ideal de segurança jurídica com razoável celeridade, eliminando o conflito, é eficaz e legitimado pela utilidade social, ainda que falho do ponto-de-vista jurídico.<sup>87</sup>

Neste sentido, o juiz deve ser cômico dos objetivos do processo. A efetividade constitui, na visão do autor, a expressão resumida da idéia de que o processo deve ser apto a cumprir integralmente sua função sócio-político-jurídica, atingindo em plenitude todos os seus escopos<sup>88</sup> institucionais, sejam jurídicos ou metajurídicos.

---

<sup>87</sup> DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do Processo*. 5ª ed. São Paulo, 1996, p. 325 e ss. Dinamarco não explica até que ponto o processo pode ser falho do ponto de vista jurídico, mas defende seu posicionamento valendo-se de um exemplo do Direito Penal (não cita exemplos no processo civil). Socorre-se de uma decisão do STF que relativizou o art 224, alínea *daõ* do CP, sobre a presunção absoluta de violência quando a vítima for menor de quatorze anos. Logo, o juiz deve atuar como canal de comunicação entre a realidade sócio-axiológica e os casos que julga.

<sup>88</sup> No entanto, é preciso ressaltar que toda a polêmica questão dos escopos metajurídicos do processo deságua no direito material [...] Nisto não há qualquer escopo metajurídico do processo, mas aplicação, como critério de julgamento, do direito material, que deverá regular a espécie [...] Dessarte, os escopos metajurídicos são eminentemente jurídicos e, mais, pertinentes não a normas de processo, e sim a normas de Direito material (civil, administrativo, do trabalho, tributário, comercial...). E, aqui, acaba o conflito! (Cf. GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Técnica Processual e teoria do processo*. Rio de Janeiro: AIDE Editora, 2001, p. 188).



Evidencia-se, nestes termos, a prevalência destes sobre aqueles, em total dissonância com princípio fundamental da reserva legal, isto é, da necessária busca de fundamentação das decisões jurisdicionais nos princípios e regras que integram o ordenamento jurídico. Neste intrigante jogo de prioridades, a prevalência dos escopos metajurídicos reforça a idéia de processo como instrumento de Estado, por meio do qual coloca-se em relevo o papel do juiz fazedor de justiça (princípio inquisitivo) que, em sua excelsa sabedoria, torna-se corregedor das mazelas sociais:

[...] sabe-se que, não sendo **o processo um negócio em família, mas instrumento estatal para exercício do poder** e, além disso, não sendo disponíveis todos os direitos substanciais que vêm ter a ele, estabelece-se a exigência de efetiva participação do juiz, desde os níveis menos acentuados até a outros bastante significativos [...]: está presente, assim, o **princípio inquisitivo**, cuja intromissão no processo civil moderno e conquista de espaço sempre mais amplo do lado do dispositivo são sinais do caráter público do processo e do direito processual.<sup>89</sup> (grifo nosso)

Tanto é assim que Dinamarco, considerando sua concepção de processo como relação jurídica entre o juiz, autor e réu, chega a afirmar que inexistem direitos de natureza processual<sup>90</sup>, tanto quanto o Estado não tem obrigações perante as partes. Obviamente, ele não explica a configuração ou a estrutura de uma relação jurídica sem direitos e, portanto, sem vínculos entre os sujeitos processuais. Nenhuma alusão se faz à questão da soberania popular e da cidadania no Estado Democrático de Direito, possibilitando ao legitimado testificar, fiscalizar, ratificar e criticar incessantemente o conteúdo da lei e das decisões jurídicas:

Nas constituições democráticas, a possibilidade ratificatória ocorre no espaço procedimental do PROCESSO pelo qual se postula a auto-inclusão no sistema jurídico advinda dos direitos fundamentais e se exerce o controle difuso e irrestrito de constitucionalidade.<sup>91</sup>

<sup>89</sup> DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do Processo*. 5ª ed. São Paulo, 1996, p. 348.

<sup>90</sup> DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do Processo*. 5ª ed. São Paulo, 1996, p. 349.

<sup>91</sup> LEAL, Rosemiro Pereira. *Direito econômico: soberania e mercado mundial*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005, p. 12.



Diferentemente da noção neo-institucionalista ora apontada, a proposta teórica de Dinamarco compreende o processo como um espaço de manifestação de poder estatal, fazendo do princípio inquisitivo a marca indicadora do seu conteúdo publicístico e, ao mesmo tempo, excluindo o legitimado ao processo do controle de legitimidade das decisões jurídicas.

Evidente que a assertiva instrumentalista não se compatibiliza com o Estado Democrático de Direito, pois confere ao juiz o papel de realizador do direito mediante decisões justas (ponderação entre o jurídico, social, econômico e político), ainda que distanciadas do ordenamento jurídico.

Ocorre, sem dúvida, é uma ampliação da discricionariedade nas decisões judiciais com uma conseqüente relativização do devido processo legal. Radicaliza-se o impulso oficial e a função diretiva do juiz no processo, tornando possível a inobservância das normas processuais, desde que se pretenda atingir os tais escopos metajurídicos.

A teoria da efetividade como aspecto positivo da instrumentalidade combate a figura do juiz ~~passivo~~, falho com um suposto dever social de celeridade a todo custo, esquecendo-se por completo de que a legitimidade de uma decisão que afeta (constitui, modifica ou extingue) o direito das partes está condicionada ao cumprimento do procedimento como estrutura técnica, normativa, preparatória do provimento estatal.

A noção de efetividade do processo apresentada por Dinamarco está vinculada, portanto, ao modelo de Estado Social. Afinal, considerando as premissas de que a jurisdição é a expressão do poder estatal e que o processo possui finalidades sociais e políticas, de modo que se distribui justiça através dele, conclui-se que o Estado ao qual Dinamarco se refere não pode ser o de Direito Democrático. Trata-se, na verdade, de um Estado intervencionista, cuja finalidade é distribuir (espalhar) o que determinado magistrado entende como justiça.



### 2.3 Humberto Theodoro: a emancipação da cidadania como causa da ineficiência do Judiciário

Na esteira de Dinamarco, Humberto Theodoro<sup>92</sup> afirma que a sociedade aspira por uma justa e célere realização e preservação dos direito subjetivos, através de uma justiça amoldável a todos os conflitos, ao alcance de todas as camadas sociais, com menor custo e brevidade possível, através de órgãos tecnicamente preparados e eticamente confiáveis. Sua afinidade com a teoria de Dinamarco é textualmente confessada:

Superando a antiga visão do processo como meio de fazer atuar a vontade da lei, o direito processual moderno convergiu para atribuir-lhe um papel bem maior, em que se reconhece e se valoriza, acima de tudo, a **instrumentalidade positiva do processo**. Por meio dessa instrumentalidade atribui-se ao processo a missão de realizar os escopos da jurisdição, que se confundiriam com os escopos do próprio Estado, uma vez que a jurisdição não é outra coisa senão uma das manifestações do poder estatal soberano.<sup>93</sup> (grifo nosso)

A produção intelectual de Humberto Theodoro, conforme se vê, está comprometida com a soberania estatal<sup>94</sup> em relação aos cidadãos que constituem a comunidade dos legitimados ao processo, colocando o processo como mero instrumento de manifestação do poder jurisdicional. Não comprometimento com a soberania popular.

Defende, ademais, a celeridade procedimental e a redução de custos processuais, ainda que ocorra violação ao princípio da reserva legal (assim como o faz

<sup>92</sup> THEODORO JUNIOR, Humberto. *Celeridade e efetividade da prestação jurisdicional. Insuficiência da reforma das leis processuais*. Revista de Processo, n 125, Julho, 2003, p. 61-78.

<sup>93</sup> THEODORO JUNIOR, Humberto. *A grande função do processo no Estado Democrático de Direito*. Revista Brasileira de Direito Processual, Belo Horizonte:ano 15, n.59, p.16-17.

<sup>94</sup> Com as incursões teóricas de Jorge Carpizo, Rosemiro Pereira Leal õrefuta as idéias de Maquiavel, Bodin e Hegel e assevera que a soberania deve ser realmente reestruturada, pois não pode mais ser vista como um atributo de Estadoõ. (Cf. DEL NEGRI, André. *Controle de Constitucionalidade no Processo Legislativo*. Belo Horizonte: Fórum, 2003, p. 28).



Cândido Dinamarco) vez que importante seria atender ao compromisso maior de pronunciar a solução do litígio:

O processo que leva ao novo milênio é o da efetividade, no qual não se cinge o Judiciário a dar aos litigantes uma solução conforme a lei vigente, mas a que tenha como compromisso maior o de alcançar e pronunciar, **no menor tempo possível, e com o mínimo de sacrifício econômico**, a melhor composição do litígio.<sup>95</sup> (grifo nosso)

No que concerne à gênese da efetividade, Humberto Theodoro identifica sua origem na passagem do estado liberal (previsão dos direitos) para o estado social (implementação dos direitos), mediante garantias de acesso à tutela jurisdicional (tutela justa). A universalidade da crise processual e o descompasso entre a demanda e a oferta de serviços judiciários são reconhecidos por ele, contudo, desacredita que meras modificações procedimentais ou que o simples crescimento do número de juízes seja suficiente para o aprimoramento da prestação jurisdicional<sup>96</sup>.

Ressaltando a importância da interdisciplinaridade com a estatística e planejamento institucional, Humberto Theodoro coloca o Judiciário como o poder estatal mais burocratizado, ritualista e refratário à modernização<sup>97</sup>. Portanto, impõe-se a necessidade, segundo o autor, de humildade dos juristas para reconhecerem a sua dependência de outros ramos da ciência para a promoção da modernização da Justiça, que somente se realizará se confiada a técnicos da administração e não a juristas.

Valer-se da interdisciplinaridade tornou-se discurso consensual entre os diversos ramos do conhecimento humano. Contudo, a partir da aceitação de que se deve confiar em outras áreas de conhecimento para obtenção de performances jurisdicionais mais adequadas, tal como sugere Humberto Theodoro, é desconhecer os

<sup>95</sup> THEODORO JUNIOR, Humberto. *A Reforma do Código de Processo Civil Brasileiro*. Revista do Curso de Direito da Faculdade de Ciências Humanas. FUMEC, Porto Alegre, v.2, 2000, p.7.

<sup>96</sup> THEODORO JUNIOR, Humberto. *Celeridade e efetividade da prestação jurisdicional. Insuficiência da reforma das leis processuais*. Revista de Processo. Nr 121. Revista dos Tribunais: São Paulo, 2001, p. 70.

<sup>97</sup> THEODORO JUNIOR, Humberto. *Celeridade e efetividade da prestação jurisdicional. Insuficiência da reforma das leis processuais*. Revista de Processo. Nr 121. Revista dos Tribunais: São Paulo, 2001, p. 71.



limites da transversalidade que exige aprendizado recíproco, respeito à autonomia disciplinar e permanente problematização (caráter adogmático) dos conteúdos a serem desenvolvidos.

Neste sentido, Marcelo Neves, de forma sintética e bastante esclarecedora, rejeita o autismo disciplinar, mas alerta sobre os riscos do imperialismo (colonização) econômico, sociológico e político que, na verdade, tentam estabelecer uma pretensa relação de subordinação do direito às suas premissas. Propugnando por uma comutação discursiva, assim expressa sua análise sobre a interdisciplinaridade no campo jurídico:

Em outras palavras, a interdisciplinaridade é um espaço flúido e instável de comutação discursiva.[...] Em suma, a interdisciplinaridade permite que a linguagem de um campo do saber seja traduzida e, portanto, compreendida em outro campo de saber.

[...] Isso é o que o filósofo alemão Wolfgang Welsch chama de razão transversal: ela não vem de cima, impondo aos diversos discursos uma supra-racionalidade, mas, ao observar a pretensão de autonomia e racionalidade particular dos diversos discursos, sugere-lhes transversalmente o respeito e o aprendizado recíprocos. Sendo assim, a razão transversal da interdisciplinaridade rejeita tanto o imperialismo disciplinar quanto o autismo disciplinar com relação ao direito.<sup>98</sup>

Vê-se, portanto, que o reconhecimento de Humberto Theodoro quanto à necessidade de interdisciplinaridade com as ciências da administração, estatística e planejamento, com os acréscimos teóricos da comutação discursiva entre os diversos campos do conhecimento humano, sem imperialismo ou colonialismo disciplinar, constitui-se em aspecto relevante da sua proposta teórica.

Referindo-se ao problema do prazo processual, o autor questiona, ainda, a utilidade da lei dar prazo de cinco dias para a prática de ato se a secretaria demora dois meses para publicar e distribuir os feitos, fazendo referência às etapas mortas

---

<sup>98</sup> NEVES, Marcelo. *Pesquisa interdisciplinar no Brasil: o paradoxo da interdisciplinaridade*. Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica. Vol. 1. Porto Alegre: 2005, p. 207-214.



(inatividade) do processo. Neste sentido, o autor reconhece um problema de administração no exercício da função judiciária:

Os problemas mais graves da Justiça, segundo Giuseppe Tarsia, e que provocam a enorme duração dos processos, dizem respeito ao tempo de espera (tempos mortos)[...] A sua evolução depende, portanto, em grande parte, da organização das estruturas judiciais e não das normas do Código de processo Civil... a desejada rapidez da resposta jurisdicional somente se consegue evitando as etapas mortas, ou seja, a inatividade processual durante a qual os autos ou expedientes forenses permanecem paralisados nos escaninhos forenses.<sup>99</sup>

Surpreendentemente, coloca o fácil acesso à Justiça e os baixos custos como causa de vulgarização da solução processual e, conseqüentemente, como fatores de desinteresse pela autocomposição dos litígios. A democracia teria, segundo ainda Humberto Theodoro, provocado uma euforia no ânimo de demandar (síndrome de litigiosidade ou demandismo caprichoso ou desnecessário):

Após a implantação da democracia ampla com a valorização do direito cívico de todos serem ouvidos em juízo, o volume dos processos, em todos os segmentos da jurisdição, tornou-se explosivo.  
[...] Essa vigorosa emancipação da cidadania tem gerado a tendência geral de cada vez mais se usar as vias processuais para a solução dos litígios, notando-se uma ampla disposição de amplas camadas da população a não mais se resignar diante da injustiça e a exigir sempre a proteção dos tribunais.<sup>100</sup>

Como a sociedade brasileira teria perdido a capacidade de dialogar e, portanto, carece da implantação de uma justiça coexistencial (responsável pela conciliação e mediação) como solução alternativa para a crise da justiça oficial com o objetivo de desafogar os tribunais, reduzir os custos, proporcionar maior celeridade e decisões melhores com maior qualidade. A aporia da proposição teórica de Humberto Theodoro reside na dificuldade de se definir legitimamente, na contemporaneidade, quais as

<sup>99</sup> THEODORO JUNIOR, Humberto. *As novas reformas do Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 64.

<sup>100</sup> THEODORO JUNIOR, Humberto. *Celeridade e efetividade da prestação jurisdicional. Insuficiência da reforma das leis processuais*. Revista de Processo. Nr 121. Revista dos Tribunais: São Paulo, 2001, p. 74.



lesões ou ameaças de lesões serão consideradas relevantes para a %elevada+ apreciação da função jurisdicional.

O discurso, assim, se concretiza como a antítese da efetividade processual no Estado democrático de Direito, pois a cidadania e o direito fundamental de acesso à jurisdição são flagrantemente atingidos diante da necessidade de aumento de custos para os litigantes. Deste modo, parece que a solução seria aumentar os custos processuais e reduzir as possibilidades de acesso à justiça para desafogar o judiciário, o que se colocaria como uma aporia insustentável no Estado Democrático de Direito.

Tal como Dinamarco, o autor indica que a finalidade do processo está atrelada à pacificação social e a aplacar a sede de justiça da sociedade, mediante a concentração de poderes nas mãos de um juiz pacificador, dotado dos poderes da interditalidade:

Em nome da efetividade do processo, o juiz moderno se investe nos poderes do pretor romano, quando decretava os interditos, antes do julgamento definitivo da causa. Nosso processo civil, assim, assume, em caráter geral, o feitio interdital, reclamando de seus operadores uma profunda revisão e readequação das posturas interpretativas.<sup>101</sup>

Humberto Theodoro Júnior, assim, apegado a anacrônica questão da efetividade jurisdicional, própria do Estado Social, %opera+ o direito no Estado Romano ao reconhecer virtuosidade na ampliação da interditalidade em nome da efetividade, chegando assim ao ponto de colocar a democracia como causa da deficiência da jurisdição.

## **2.4 Ovídio Baptista: a obtenção de efetividade por meio da sumarização da cognição**

---

<sup>101</sup> THEODORO JUNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*. 34 ed. Vol I. Editora Forense: Rio de Janeiro, 2000, p. 16.



Ao perquirir sobre o contraditório nas ações sumárias<sup>102</sup>, Ovídio Baptista aponta a generalização do procedimento ordinário, com demandas plenárias e cognição exauriente, como o maior obstáculo à efetividade do processo. O autor concebe o direito processual como instrumento do direito material, elegendo o procedimento ordinário como particularmente moroso e ineficiente:

Se o procedimento ordinário não pode oferecer a única vantagem que dele se poderia esperar, pois quanto mais se avolumam as questões litigiosas, mais se exacerba sua natural morosidade e maior passa a ser a insegurança do resultado final, **então o caminho que nos poderá dar alguma esperança de aliviar as tensões e reduzir a insatisfação com os resultados da jurisdição estatal será o resgate das ações sumárias, com o definitivo abandono do procedimento ordinário.**<sup>103</sup> (grifo nosso)

A tese de sumarização da cognição como resposta aos reclames por efetividade do processo, assim como exposto no trecho acima, pressupõe a possibilidade genérica de pleitear antecipação de tutela<sup>104</sup> em todas as demandas judiciais, com contraditório diferido, ainda que o direito material não reclame por esta necessidade. Em sentido diverso, Dhenis Madeira conclui sua dissertação de Mestrado da PUC/Minas afirmando que a cognição constitui um direito fundamental e, portanto, indispensável à dignidade do cidadão:

A cognição deve ser operacionalizada, na Democracia, por um procedimento (estrutura normatizada) composto de fases capazes de assegurar o exercício da ampla defesa, isonomia e contraditório, sendo inadmissível uma cognição sumarizada e que impeça o acesso discursivo das partes na construção do provimento.<sup>105</sup>

Ovídio Baptista concebe a plenitude da cognição<sup>106</sup> como ideologia ultrapassada dos filósofos do século XVII, bem como questiona o sistema recursal amplo como

<sup>102</sup> BAPTISTA DA SILVA, Ovídio Araújo. *Ações sumárias*. Revista Jurídica, Nr 287, Setembro, 2001, p 5-29.

<sup>103</sup> BAPTISTA DA SILVA, Ovídio Araújo. *Ações sumárias*. Revista Jurídica, Nr 287, Setembro, 2001, p. 26.

<sup>104</sup> VIEIRA, José Marcos Rodrigues. *A ordinariiedade reformada*. Boletim Técnico da OAB/MG. V 3. Belo Horizonte, 1996, p. 99-121.

<sup>105</sup> MADEIRA, Dhenis Cruz. *A cognição no direito democrático*. 2006. 228f. Dissertação (Mestrado em Direito Processual) da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Belo Horizonte, p. 214.

<sup>106</sup> BAPTISTA DA SILVA, Ovídio Araújo. *Ações sumárias*. Revista Jurídica, Nr 287, Setembro, 2001, p. 27.



incompatível com as promessas da plenitude de defesa que, segundo o autor, não deveria sequer estar inscrita no texto constitucional como exigência do devido processo legal por impor:

[...] um mortificante sacrifício totalmente inútil, dado que a busca da certeza sobre os fatos acompanharia todos os recursos ordinários, a testemunhar a que a almejada segurança jurídica prometida pela plenitude de cognição não passa de um sonho inatingível [...].<sup>107</sup>

No entanto, importante ressaltar que, diversamente do que propõe Ovídio Baptista, o modelo constitucional de processo não autoriza a sumarização da cognição com prejuízo para a ampla defesa em razão de sua flagrante inconstitucionalidade. Poder-se-ia tão somente preconizar a possibilidade, no Estado Democrático de Direito, de sumarização do procedimento mediante a justaposição das fases postulatória, saneadora, instrutória e decisória, sem, contudo, reduzir a oferta de cognição.

Portanto, neste particular, quem adere a Ovídio Baptista também trabalha uma teoria da efetividade na perspectiva do Estado Social, onde prevaleceu a efetividade da jurisdição sobre a processual, vez que associa a idéia de efetividade do processo com celeridade procedimental pela adoção irrestrita da interditalidade, bastando acordar do sonho do iluminismo e exorcizar nosso processo de conhecimento, arquivando-o como simples curiosidade histórica<sup>108</sup>.

<sup>107</sup> BAPTISTA DA SILVA, Ovídio Araújo. *Ações sumárias*. Revista Jurídica, Nr 287, Setembro, 2001, p. 28.

<sup>108</sup> BAPTISTA DA SILVA, Ovídio Araújo. *Jurisdição e Execução na tradição romano-canônica*. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 196. Contrariamente às formulações de Ovídio Baptista, Rosemiro Pereira Leal entende que o processo de conhecimento é uma importante conquista da humanidade: “[...] como modalidade de direito fundamental constitucionalizado (ampla defesa, contraditório e isonomia pelo devido processo legal), proscreeu, de vez, os sistemas inquisitórios e dispositivo de *livre convicção do juiz* que se fazia e ainda se faz em legislações retrógradas, como a brasileira, em bases de arbítrio e em juízos de poder, equidade e conveniência, num percurso histórico que se registra desde as tribos primitivas, passando pelos romanos, até o *common Law* de nossos dias, como se vê, principalmente, nos judiciários ingleses e americanos. (Cf. LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria Geral do Processo*. 6ª edição. São Paulo: IOB Thomson, 2005, p. 137).



## 2.5 Barbosa Moreira: a técnica a serviço de um processo socialmente efetivo

Barbosa Moreira, por sua vez, lutando por um processo socialmente efetivo, propugna por um desempenho eficiente na economia do ordenamento jurídico, sem, entretanto, esclarecer o significado dessa expressão. Lado outro, suas proposições teóricas estão direcionadas para a construção de um instrumento eficiente de realização do direito material. Será efetivo o processo quando for capaz de:

[...] veicular as aspirações da sociedade como um todo e de permitir-lhes a satisfação por meio da Justiça. [...] merecerá a denominação de efetivo, do ponto de vista social, o processo que consinta aos membros menos aquinhoados da comunidade a persecução judicial de seus interesses em pé de igualdade com os dotados de maiores forças . não só econômicas, senão também políticas e culturais.<sup>109</sup>

O autor adverte, com inexcusável lucidez, que não se deve imputar ao processo, por mais efetivo que seja, a responsabilidade de por si só tornar menos iníquas as estruturas sociais, de corrigir-lhes as tristes deformidades que marcam um país como o Brasil. Assim, justiça social não se promove através do aparelho judicial, sendo necessário cobrar mais da instância administrativa e da própria comunidade que não cumpre suas obrigações<sup>110</sup>.

Segundo o autor, um dos grandes desafios do processo é a desigualdade<sup>111</sup> de forças entre os litigantes. Além do aspecto econômico, as diferenças culturais

<sup>109</sup> MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Por um processo socialmente efetivo*. Revista Síntese Nr 11, Mai/Jun 2001, p. 5-6.

<sup>110</sup> Barbosa Moreira cita o exemplo Ação Civil Pública, regulamentada pela Lei 7347/85, onde as associações não se valem de sua legitimação, deixando praticamente ao Ministério Público a responsabilidade da iniciativa.

<sup>111</sup> Para o neo-institucionalismo, as diferenças econômicas, sociais, culturais se resolvem economicamente no espaço-tempo da estrutura procedimental processualizada e não pela segurança discriminadora de uma jurisdição sábia, filantrópica e providencial. O negro, o índio, o homossexual, a lésbica, o deficiente, não são desiguais a ninguém quanto a direitos fundamentais na teoria da constitucionalidade democrática. Tanto eles quanto os brancos, os não-índios, o heterossexual: homem ou mulher, são iguais em direitos fundamentais e titulares de igualdade processual (simétrica paridade-isonomia) no direito democrático. (Cf. LEAL, Rosemiro Pereira. *Isonomia processual e igualdade fundamental a propósito das retóricas ações afirmativas*. In: *Relativização Inconstitucional da Coisa Julgada*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005, p. 80).



Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais  
**Mestrado em Direito Processual**

(analfabetismo) colocam as partes em desequilíbrio, sendo desejável o aumento da simplicidade e da informalidade dos recintos judiciais para aproximar o cidadão à Justiça.

Contudo, a solução proposta acarretaria o aumento da competência dos juizados especiais. Barbosa Moreira adverte, partindo de uma comparação irônica entre a Justiça e a estrada que, se for melhorada, tende a de aumento do tráfego (demandismo) e, logo, espera-se uma piora da estrada em decorrência da melhora. O argumento, democrática e cientificamente insustentável, coloca o sistema judiciário num beco sem saída. Destarte, %executa-se+o Judiciário na %*força de Hamã*+<sup>112</sup>, vez que o princípio da democracia, tal como o pensamento de Humberto Theodoro, constitui causa e justificativa para a ineficiência da função jurisdicional do Estado brasileiro.

Obviamente, o processo socialmente efetivo depende da existência de um juiz<sup>113</sup> empenhado nesta direção, fato que coloca sua proposição teórica no âmbito da efetividade jurisdicional do Estado Social. Barbosa Moreira defende que %precisamos de juízes compenetrados da relevância social de sua tarefa e das repercussões que o respectivo desempenho produz no tecido da sociedade+. E conclui: %sem a sua colaboração, por melhores leis que tenhamos, jamais lograremos construir um processo socialmente efetivo+.

---

<sup>112</sup> Conta a narrativa bíblica que Hamã, ouvindo os conselhos de sua esposa Zeres, mandou construir uma forca para nela executar seu desafeto. Tão logo foi cientificado do plano de Hamã, que intentava contra a vida de um súdito leal, o rei resolveu enforcá-lo no seu lugar. Na verdade, Hamã construiu sua própria forca. (BÍBLIA SAGRADA. Livro de Ester. Capítulo 7. Tradução de João Ferreira de Almeida. Rio de Janeiro: Imprensa Bíblica Brasileira, 1990). O Estado brasileiro, *mutatis mutandis*, constitucionalizou o Estado Democrático de Direito para romper com o autoritarismo do regime militar, mas dá sinais de que se sente pendurado na forca da democracia, seja em razão da síndrome de litigiosidade (demandismo) de Humberto Theodoro ou em razão do paradoxo da reforma da estrada de Barbosa Moreira. O Estado Democrático de Direito, assim, é a força que estrangula a expectativa de poder fundada na coerção e no argumento de autoridade.

<sup>113</sup> MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Por um processo socialmente efetivo*. Revista Síntese Nr 11, Mai/Jun 2001, p. 13-14.



Ressaltando o caráter fluido do tema e sem desconsiderar a existência de riscos<sup>114</sup> para a ciência processual, Barbosa Moreira aponta cinco itens como programa básico de efetividade, deixando claro que o processo deve se submeter ao direito material com o mínimo de custos operacionais<sup>115</sup>. Textualmente, eis o programa:

- (1) o processo deve dispor de instrumentos de tutela adequados, na medida do possível, a todos os direitos (e outras posições jurídicas de vantagem) contemplados no ordenamento jurídico [...];
- (2) os instrumentos devem ser praticamente utilizáveis, ao menos em princípio, sejam quais forem os supostos titulares dos direitos [...], inclusive quando indeterminado ou indetermináveis o círculo dos eventuais sujeitos;
- (3) impende assegurar condições propícias à exata e completa reconstituição dos fatos relevantes [...];
- (4) em toda extensão da utilidade prática, o resultado do processo há de ser tal que assegure à parte vitoriosa o gozo pleno da específica utilidade a que faz jus segundo o ordenamento;
- (5) cumpre que se possa atingir semelhante resultado com um mínimo de dispêndio de tempo e energias.<sup>116</sup>

O autor, no item dois, introduz a complexa questão da realização dos direitos difusos e coletivos sem, contudo detalhá-los, mas teve o mérito de não esquecê-los dada à sua importância na atualidade. O seu programa básico, porém, apresenta uma discordância com Ovídio Baptista que busca efetividade através da sumarização das ações, vez que no item (3), reputa-se a cognição plena como fator relevante para a efetividade processual.

Valiosa a lição do autor quando faz conexão entre efetividade e boa técnica processual e ressalta sua complementaridade e jamais a sua incompatibilidade. A técnica bem aplicada constitui precioso instrumento a serviço da efetividade. Neste sentido, Barbosa Moreira ressalta que a participação dos operadores do direito mostra-

---

<sup>114</sup> Cf. MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Efetividade do processo e técnica processual*. Revista Forense Nr 329, Out/2002, p. 99. Neste artigo, com equilíbrio e cautela, o autor adverte sobre os riscos da efetividade processual: (1) efetividade como valor absoluto, sem preocupação com o preço desta meta; (2) Sobreposição da celeridade em detrimento da verdade, e vice-versa; (3) desvalorização das descobertas científicas (técnicas) do passado.

<sup>115</sup> Racionalidade econômica da eficiência como custo-benefício.

<sup>116</sup> MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Efetividade do processo e técnica processual*. Revista Forense Nr 329, Out/2002, p. 97.



se imprescindível tanto na formulação quanto na aplicação da norma jurídica. A deficiência técnica na formulação da norma acarreta dúvidas e controvérsias hermenêuticas que alimentam os incidentes processuais, além de gerar a sobrevivência inútil de processos (carga podre) que já deveriam ser extintos.

Ainda, observa-se também que Barbosa Moreira atrela a efetividade do processo ao princípio da celeridade, tanto que esse é um dos aspetos abordados por ele para a solução da problemática da efetividade.

Portanto, infere-se que Barbosa Moreira, ainda que de forma mais ponderada, também trabalha dentro de um modelo de Estado Social, tal como fez Dinamarco e Humberto Theodoro e Ovídio Baptista, porquanto se busca a distribuição de justiça e a efetividade social do processo, que é, por sua vez (em seu entendimento) o instrumento da jurisdição (expressão de poder do Estado).

## **2.6 Calmon de Passos: a denúncia de uma teoria da efetividade como conteúdo do discurso estratégico do poder político**

Destaca-se, dentre os processualistas citados anteriormente, a visão crítica de Calmon de Passos sobre a temática da efetividade, sendo necessária a realização de um corte epistemológico para bem delimitar sua perspectiva teórica. O autor, diferenciando-se e, portanto, distanciando-se dos fundamentos da escola instrumentalista do processo, ressalta a carga simbólica das expressões cidadania e efetividade<sup>117</sup> como detentoras de uma força revestidora de convicções que descartam qualquer possibilidade de reflexão (manipulação ideológica) e isentam o comportamento de qualquer valoração crítica.

---

<sup>117</sup> CALMON DE PASSOS, José Joaquim. *Cidadania e efetividade do processo*. Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil. Nr 1. Set-Out/99, p. 30-35.



O autor inicia sua reflexão ressaltando o entrelaçamento dos termos: (1) efetividade (que se manifesta por um efeito real); (2) eficácia (produção de um resultado desejado); e (3) eficiência (virtude de produzir certo efeito). Calmon não se ocupa com a efetividade tomada pela equivalência entre o decidido pelo magistrado e o concretamente obtido, vez que transcende ao jurídico<sup>118</sup>. Ocorre que este sentido de efetividade, ainda que o argumento seja atrativo, pode significar ou corresponder a uma tentativa de sobrevivência da vocação despótica dos detentores do poder.

Calmon de Passos perfaz sua análise valendo-se da distinção entre utilidade (para quê?) e significância (em nome quê?), apropriando-se dos ensinamentos de Hannah Arendt, advertindo sobre o risco do despotismo. Em outras palavras, quando a utilidade (os fins justificam os meios) é promovida a significância, gera-se a ausência de significado.

Deve-se refletir sobre *em nome de quê*+postula-se efetividade da tutela, antes de equipará-la à efetividade da decisão do magistrado, pois na democracia, segundo Calmon de Passos, não nos submetemos ao governo de homens, mas ao de normas. Logo, não se deve ingenuamente falar-se em teoria da efetividade da sentença ou de um ato de poder, pois do contrário seria propugnar pela inefetividade da cidadania:

O discurso, neste prisma, torna-se oblíquo e despistador, pois sob a colocação de porfiarmos em prol de uma garantia individual constitucionalmente assegurada e de um benefício para o usuário, preocupamo-nos exclusivamente em prestigiar, *tour court*, o ato de poder, a autoridade da decisão do magistrado.<sup>119</sup>

Calmon de Passos, citando PRZEWORSKI, assevera:

---

<sup>118</sup> Calmon de Passos explica que *“Sempre é possível a existência de obstáculos externos capazes de inviabilizar a concreção do decidido ou desfuncionalizá-lo, frustrando-o de produzir os efeitos perseguidos”*. (Cf. CALMON DE PASSOS, José Joaquim. *Direito, poder, justiça e processo: julgando os que nos julgam*. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 72.

<sup>119</sup> CALMON DE PASSOS, José Joaquim. *Cidadania e efetividade do processo*. Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil. Nr 1. Set-Out/99, p. 32.



Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais  
**Mestrado em Direito Processual**

[...] democracia não é nem mesmo, em termos radicais, o poder do povo, a transferência da soberania do povo, abatido o Príncipe, mas sim, a destruição de qualquer príncipe, qualquer senhor ou soberano, encarado o poder político pragmaticamente, como um sistema de negociações e de equilíbrios parciais e instáveis entre os interesses diferentes opostos.<sup>120</sup>

Dever-se-ia, então, propugnar pela ordem jurídica positivada, pois a efetividade constitui a marca do ordenamento jurídico, pois o direito não é um dizer meramente descritivo, mas prescritivo (um dispor prático). A efetividade é de todo dependente do que precede a decisão. Vale dizer, depende da cognição e da certificação que antecederam a sentença<sup>121</sup>:

Destarte, postular a efetividade da tutela jurídica só se legitima se o que se advoga é a vinculação necessária do magistrado ao que lhe foi prescrito impositivamente como diretriz para solução dos conflitos. Precisamente porque a isso ele se submete, deve também, através de sua decisão submeter os cidadãos. Obedecendo ao governo de normas e não ao governo de homens, permanecemos livres quando somos submetidos, ao passo que nada mais somos do que servos ou súditos quando obedecemos apenas a quem formalmente se diz investido de poder para submeter-nos.<sup>122</sup>

Conclui Calmon de Passos, com suas lições, que o discurso da efetividade pode mascarar o propósito, consciente ou inconscientemente, de se recuperar o exercício antidemocrático do poder político na sua dimensão jurisdicional<sup>123</sup> mediante o favorecimento do poder e a conseqüente restrição do espaço dos governados. O pensamento de Calmon de Passos, neste sentido, se compatibiliza integralmente com o ensino de Couture, que também se preocupou com a extensão dos poderes do magistrado:

Toda doutrina que resuelva el problema del proceso a expensas del juez, renuncia implícitamente a ser una solución, para

<sup>120</sup> CALMON DE PASSOS, José Joaquim. *Cidadania e efetividade do processo*. Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil. Nr 1. Set-Out/99, p. 33.

<sup>121</sup> CALMON DE PASSOS, José Joaquim. *Cidadania e efetividade do processo*. Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil. Nr 1. Set-Out/99, p. 35.

<sup>122</sup> CALMON DE PASSOS, José Joaquim. *Cidadania e efetividade do processo*. Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil. Nr 1. Set-Out/99, p. 33-34.

<sup>123</sup> Vide item 1.5.3 sobre o uso estratégico do discurso da efetividade.



Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais  
**Mestrado em Direito Processual**

constituye en una evasión. Decir que el problema procesal se resuelve invistiendo al juez de los plenos poderes discrecionales de un jefe de estado autoritario, reforzando al máximo su autoridad, significa dejar las cosas en su punto anterior. Porque entonces, de allí en adelante, el problema será el juez... Pero para saber lo que en definitiva ese hombre vale, como expresión definitiva del derecho, hay necesidad de investigar este punto fundamental: lo que ese hombre significa dentro del sistema político al que sirve.<sup>124</sup>

A concepção de processo nos autores expostos anteriormente mostra-se completamente incompatível com visão de direito democrático de Calmos de Passos. Para ele, processo<sup>125</sup> não é apenas uma relação entre meio/fim, instrumental, como se proclama, porém orgânica, integrativa. Calmon de Passos não trabalha com a efetividade da decisão do magistrado, mas fala em efetividade da vontade política expressa na norma de caráter geral, que cumpre seja fielmente atuada no caso concreto.

Com tais observações, o autor oferta suas reflexões sob o manto do Estado Liberal. Formula sua teoria da efetividade, desvinculando-a da decisão do magistrado e tenta inseri-la na concepção do Estado Democrático de Direito, implantado juridicamente desde 1988.

Todavia, apesar de ser possível diferenciá-lo dos instrumentalistas anteriormente citados, o autor não conseguiu romper com a normatividade legislada, deixando de expor a necessidade do direito positivo retornar à processualidade (plebiscitarização processual incessante<sup>126</sup> para aferir a legitimidade do ordenamento legal na democracia) por meio do devido processo legal.

<sup>124</sup> COUTURE, Eduardo Juan. *Estúdios de Derecho Procesal Civil: La Constitucion y el Proceso Civil*. Buenos Aires: Ediar, 1948, p.340.

<sup>125</sup> CALMON DE PASOS, José Joaquim. *Direito, poder, justiça e processo: julgando os que nos julgam*. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 74.

<sup>126</sup> LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria processual da decisão jurídica*. São Paulo: Landy, 2002, p. 173.



Não obstante Calmon de Passos afastar a idéia de que efetividade está ligada ao ato do juiz e na velocidade (celeridade) em que ele é dado, aproximando-se, desta forma, à noção de Estado de Direito Democrático, sua proposta teórica de efetividade não é do processo, mas do ordenamento<sup>127</sup>.

## 2.7 Síntese argumentativa da Escola Instrumentalista do Processo

A análise das exposições permite inferir que o tema da efetividade processual não é recente, perfazendo uma preocupação que remonta a tempos anteriores à Constituição brasileira de 1988. A complexidade do assunto definitivamente não facilita a pesquisa nem permite da unicidade das intelecções, sendo possível encontrar divergências inclusive dentro da escola instrumentalista do processo que comumente confunde celeridade e com efetividade.

Também é possível afirmar que a questão posta não é restrita ao Brasil, mas constitui fonte e conteúdo de compromissos internacionais de implementação dos direitos fundamentais. No entanto, pode-se afirmar que nenhum dos autores consultados trabalha a efetividade do processo como o ganho de legitimidade para o sistema jurídico pelo devido processo constitucionalizado.

Assim, com a necessária ressalva de que os trechos citados, extraídos das proposições teóricas ofertadas à crítica pelos processualistas brasileiros, constituem apenas uma seleção concisa de uma lavra rica e relevante para os estudiosos do direito processual, importante apresentar, ainda que de forma sintética, as principais características da efetividade identificadas na escola instrumentalista do processo:

---

<sup>127</sup> Esta é a crítica de Andréia Alves de Almeida a Calmon de Passos, após reconhecer o seu registro sobre o desacerto da concepção de que a efetividade do processo decorre do mero confronto entre o decidido e o concretamente obtido, ressaltando: “Contudo, ao tentar, numa visão positivista (normativista), emprestar segurança jurídica (previsibilidade) à decisão, não entende, para a legitimidade da decisão no Estado Democrático, faz-se necessário constante retorno da normatividade legislada à processualidade por meio do devido processo legalö. (Cf. ALMEIDA, Andréa Alves de. *Processualidade jurídica e legitimidade normativa*. Belo Horizonte: Fórum, 2005, p. 103).



a) Efetividade é o aspecto positivo da instrumentalidade que deve possuir a capacidade de exaurir os escopos metajurídicos<sup>128</sup> do processo, ou seja, a sua capacidade de atingir os objetivos políticos, sociais e econômicos. A preocupação dos instrumentalistas em ressaltar a existência de escopos processuais metajurídicos fica evidenciada e justificada num discurso que defende a busca da ordem jurídica justa:

A instrumentalidade do processo é aquele aspecto objetivo da relação que liga o sistema processual à ordem jurídico-material e ao mundo das pessoas e do Estado, com realce à necessidade de predispor-lo ao integral cumprimento de todos os seus escopos sociais, políticos e jurídico. Falar em instrumentalidade nesse sentido positivo, pois, é alertar para a necessária efetividade do processo, ou seja, para a necessidade de ter-se um sistema processual capaz de servir de eficiente caminho à ordem jurídica justa. Para tanto, não só preciso ter a consciência dos objetivos a atingir, como também conhecer e saber superar os óbices econômicos e jurídicos que se antepõem ao livre acesso à Justiça.<sup>129</sup>

b) A jurisdição constitui o centro gravitacional da efetividade processual. Este, o processo, apresenta-se como instrumento a serviço do Estado-juiz inquisitivo responsável pela composição dos litígios, pela pacificação social e pela distribuição da justiça. Tanto é assim que se combate à tradição do juiz passivo, que falha com seu dever social.

A concentração de poderes no magistrado é claramente identificada na proposta de Anteprojeto de Código Brasileiro de Processo Coletivo<sup>130</sup> que, em seu art. 2º, positiva vinte e dois princípios da tutela jurisdicional coletiva, dentre eles o acesso à justiça e à ordem jurídica justa, o ativismo judicial, a economia processual e a

<sup>128</sup> Dinamarco explica a efetividade como a ideia de que o processo deve ser apto a cumprir integralmente toda sua função sócio-política-jurídica, atingindo em toda a sua plenitude todos os seus escopos institucionais. (Cf. DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do Processo*. 5ª ed. São Paulo, 1996, p. 270).

<sup>129</sup> CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini e DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. 16ª ed. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 41.

<sup>130</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini; MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; WATANABE, Kazuo. *Direito Processual Coletivo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 453-464.



flexibilização da técnica processual. Ora, diante de tais expressões do anteprojeto, a interpretação ofertada pelo magistrado torna-se-á, na prática, irrecorrível:

Especialmente tratando-se de ações movidas para a tutela de direitos coletivos, impõe-se ao juiz um peculiar modo de pensar o direito, tomando em conta não apenas a solução de um litígio, mas a repercussão que a sua decisão terá para os demais jurisdicionados. A massificação dos direitos, assim, é fator que não poderá passar despercebido, seja pelo legislador, seja pelo juiz. Ademais, **a criação legislativa de mecanismos que propiciem a realização mais rápida da tutela jurisdicional, naturalmente, atribui maior poder de interpretação ao juiz**, já que o legislador não é capaz de regular especificamente todas as situações carentes de tutela que emergem da sociedade.<sup>131</sup> (grifo nosso)

c) Mede-se a efetividade radicalizando-se a perspectiva chiovendiana<sup>132</sup>, na medida em que o processo deve proporcionar ao autor a obtenção de uma justa<sup>133</sup> e célere<sup>134</sup> realização e preservação dos direitos subjetivos<sup>135</sup>, mas também deve preocupar-se com a justiça social e com a repercussão econômica do pronunciamento jurisdicional.

Assim, na perspectiva instrumentalista de distribuir justiça social através da atuação heróica do magistrado, o processo torna-se vilão a ser combatido por se

<sup>131</sup> MEDINA, José Miguel Garcia. *Sobre os poderes do juiz n atuação executiva dos direitos coletivos*. In: *Direito Processual Coletivo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 281-290.

<sup>132</sup> ãNenhum trabalho que trate de questões como efetividade e duração do processo pode deixar de lembrar ó ainda que de mera repetição se trate, porquanto já mencionada a exaustão ó a célebre frase de Chiovenda: Na medida em que for praticamente possível, o processo deve proporcionar a quem tem direito tudo aquilo e precisamente aquilo que ele tem direito de obter. (Cf. HOFFMAN, Paulo. *Razoável Duração do Processo*. São Paulo: Quartier Latim, 2006, p. 40)

<sup>133</sup> Cf. BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Direito e Processo: influência do direito material sobre o processo*. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 66. Segundo o autor, ão processo deve proporcionar total proteção ao direito substancial. Isto é, somente se pode falar em efetividade do processo se o seu resultado for socialmente útil, proporcionando ao titular de um direito, em cada caso concreto, o acesso à ordem jurídica justa. Assim, a conexão entre efetividade e justiça nessa linha de pensamento permite afirmar que o processo efetivo não se satisfaz com a mera pacificação dos conflitos, mas é preciso pacificar com justiça social.

<sup>134</sup> ãA celeridade é resultado inexorável da desmitificação do processo, para que seja calcado na oralidade, simplicidade e informalidade, buscando, sempre que possível, a conciliação entre as partes. (Cf. HOFFMAN, Paulo. *Razoável Duração do Processo*. São Paulo: Quartier Latim, 2006, p. 41).

<sup>135</sup> Sobre o direito subjetivo, recomenda-se a leitura de GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Técnica Processual e teoria do processo*. Rio de Janeiro: AIDE Editora, 2001, p. 75-78; MACIEL JÚNIOR, Vicente de Paula. *Teoria das Ações coletivas*. São Paulo: LTr, 2006, p. 69-116. As obras aqui relacionadas esclarecem - denunciam - a construção da teoria do processo como Relação Jurídica, pois teria poder de exigir a conduta de outrem quem possui direito subjetivo.



apresentar como fator de limitação das atividades jurisdicionais na elevada missão interpretar a norma e aplicá-la ao caso concreto:

Podemos dizer que a efetividade, sem dúvida, é atualmente o escopo primordial do processo civil, eis que garante, concomitantemente, a entrega da tutela jurisdicional (dando a cada um o que é seu, o *suum cuique tribuere* dos latinos) e a igualdade entre os cidadãos . não só a igualdade processual, mas sobretudo, a substancial, tratando todos igualmente perante a lei. **Se já superamos a fase cientificista do direito processual** (quando se impôs como ramo autônomo do direito) é necessário encarar o processo sob o seu enfoque atual, **não podendo ele servir de óbice à aplicação do direito material**. Ao contrário: deve ser meio, instrumento hábil para a solução dos conflitos de interesses concretamente existentes.<sup>136</sup> (grifo nosso)

O processo tornou-se, assim, em nome de uma efetividade do direito material, em óbice na realização da justiça feita pelas mãos do magistrado. Não se questiona a premente necessidade das decisões jurídicas, no Estado Democrático de Direito, serem legitimadas pelo direito fundamental ao devido processo legal, cuja caracterização não admite a supressão do contraditório, ampla defesa e isonomia em nome da celeridade processual.

d) Enaltecimento da celeridade e da economia processual<sup>137</sup>, fundadas nos princípios<sup>138</sup> da oralidade, informalidade e simplicidade, em detrimento da cognição plenária e do princípio dispositivo.

Marcelo Zenkner, ao discorrer sobre a contribuição da doutrina estrangeira (italiana) para a formatação de um conceito de efetividade processual, acata a tese de superação da cognição plena pela efetividade:

---

<sup>136</sup> ZENKNER, Marcelo. *Ministério Público e efetividade do processo civil*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006, p. 19-20.

<sup>137</sup> Para Nelson Nery, o princípio econômico prescinde de demonstração (é um axioma de aplicação intuitiva, praticamente incontrovertido) e permite õ[...] obter o máximo do processo com o mínimo de dispêndio de tempo e de atividade, observadas sempre as garantias das partes e as regras procedimentais e legais que regem o processo civilõ. (Cf. NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios do Processo Civil na Constituição Federal*. 5ª ed. São Paulo: RT, 1999, p. 28).

<sup>138</sup> Este o sentido do artigo 2º da Lei 9099/1995 (Lei dos Juizados Especiais).



Em verdade, pertence a Andréa Proto Pisani a acepção exata de que a efetividade do processo consiste na sua aptidão de alcançar os fins para os quais foi instituído. A partir desse entendimento, o festejado autor italiano deixa clara a tendência moderna de dar maior relevância à efetividade dos direitos reconhecidos pela ordem jurídica, **com o correspondente sacrifício da segurança obtida com o processo ordinário de cognição plena.**<sup>139</sup> (grifo nosso)

Ao lado da redução da cognição, cada vez mais flexibiliza-se o princípio dispositivo, vez que a pacificação social e a distribuição de justiça social exige o aumento de discricionariedade do magistrado e das suas atribuições exercidas *ex officio*, inclusive a produção de provas que achar pertinentes. Vale ressaltar que o artigo 130 do Código de Processo Civil permite ao juiz ordenar de ofício provas necessárias à instrução do processo, além das provas apresentadas pelas partes. Assim, os defensores do aumento dos poderes do juiz assim se posicionam:

[...] o processo civil moderno, além de procurar reduzir o princípio dispositivo, deve ser impregnado de justiça social, no qual as partes, situadas num plano de autêntica igualdade, possam expressar pública e livremente suas pretensões.<sup>140</sup>

Sendo o processo dependente da iniciativa da parte, não poderia o julgador, segundo o princípio dispositivo, proceder de ofício (*nemo iudex sine actore; ne procedat iudex ex officio*), decorrendo daí a limitação imposta ao Estado de ir além das pretensões deduzidas em juízo. Contudo, para se atingir os escopos metajurídicos do processo, alcançáveis apenas pela mente privilegiada de um juiz especialista, fica o princípio dispositivo cada vez mais reduzido em razão de uma efetividade jurisdicional empenhada nas questões de justiça social.

<sup>139</sup> ZENKNER, Marcelo. *Ministério Público e efetividade do processo civil*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006, p. 25.

<sup>140</sup> ARAÚJO, Justino Magno. *Os poderes do juiz no processo civil moderno (visão crítica)*. Revista de Processo 32/104, ano VIII. São Paulo: RT, Out-Dez, 1983.



e) O discurso de efetividade para a escola instrumentalista funda-se na análise econômica do direito<sup>141</sup>, por meio da qual o juiz deve se preocupar com os custos da transação e com a maximização da riqueza da sociedade, na dimensão de uma racionalidade econômica<sup>142</sup> que pondera a relação de custo-benefício (máximo de resultado com o mínimo de atividades processuais).

f) O conceito de efetividade permanece hermeticamente fechado e, portanto, inesclarecido, mas suficientemente manejado para justificar a criação de normas que reduzem a *cognitio* e ampliam as possibilidades de atuação juiz (princípio inquisitivo). O discurso empregado pela escola instrumentalista não foi construído por acaso, pois reflete basicamente o discurso da modernidade fundado no desempenho ou na performance (adequação entre meios e fins) do neoliberalismo<sup>143</sup>, promovendo uma confusão entre eficiência (aceleração) e efetividade.

---

<sup>141</sup> O próximo capítulo será dedicado a Análise Econômica do Direito.

<sup>142</sup> A comprovação da assertiva pode ser encontrada na Revista Veja 2005, de 25Abr2007, de onde se extrai a preocupação com os prejuízos empresariais: “Ao provar que previsibilidade, estabilidade e respeito a contratos e regras são essenciais para a redução dos custos das transações, o economista inglês Ronald Harry Coase ganhou o Prêmio Nobel, em 1991. Ele demonstrou que países com sistemas judiciais deficientes acabam com a capacidade competitiva das empresas. Chamada a atuar na resolução de conflitos, cabe à Justiça a tarefa de estabelecer o clima de confiança necessário para atrair investimentos [...] Sua ineficiência e sua corrupção acabam por inibir o desenvolvimento econômico do país. As lições de Coase devem servir como uma bússola.”

<sup>143</sup> “Anotese que a reforma do judiciário foi perigosamente na linha consumidor-eficiência, manipulando-se a *Good Governance*. É que confundindo efetividade (fins) com eficiência (meios) grudando falsamente os significantes como sinônimos, na ânsia de melhorar a realidade, muitos atores jurídicos caem na armadilha do discurso neoliberal, ao preço da exclusão (sempre existem vítimas, ecoa Dussel) e da democracia, por se vilipendiar, necessariamente, os direitos então fundamentais e rebaixados à condição de meros direitos patrimoniais. (Cf. ROSA, Alexandre de Moraes. *A Constituição no país do jeitinho: 20 anos à deriva do discurso neoliberal (Law and Economics)*. In: Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica. Vol 1, n. 6. Porto Alegre: 2008, p. 17).



## CAPÍTULO III

### A INTERPRETAÇÃO ECONÔMICA DO DIREITO E SEUS REFLEXOS PARA O DISCURSO JURÍDICO DA EFETIVIDADE

#### 3.1 Economicismo ou economicidade: a transversalidade entre a Economia e o Direito

A pesquisa realizada até este ponto, como se depreende das inúmeras possibilidades de aprofundamento temático, demonstra a necessidade científica de se produzir conhecimento específico sobre os fundamentos (às vezes velados) que norteiam as reformas processuais. E se de fato é assim, o que se percebe é um déficit teórico sobre as principais características do discurso predominante, principalmente no se refere às implicações decorrentes da análise econômica do direito, apresentando-se inadiável a testificação desta teoria em face dos direitos fundamentais expressos na constituição brasileira.

As relações entre Direito e Economia (*Law and Economics*) começaram a ser teorizadas cientificamente na década de 1960, quando o movimento começa a ganhar corpo com a publicação de *The Problem of Social Cost*, de Ronald H. Coase<sup>144</sup>, professor da Escola de Chicago, passando por Richard Posner com sua *Economic Analysis of Law*, da mesma escola, cuja influência será objeto de melhor esclarecimento em razão da efetividade jurisdicional perseguida pelas constantes reformas processuais.

Na prática, o discurso está impregnado de retórica neoliberal mediante forte tendência de flexibilização da interpretação e da aplicação do direito levando-se em

---

<sup>144</sup> LEOPOLDINO DA FONSECA, João Bosco. *Direito Econômico*. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 36.



conta as repercussões (custo-benefício) das decisões jurídicas numa nova realidade de um mundo ~~globalizado~~<sup>145</sup>:

O movimento, fortemente influenciado pelo liberalismo econômico, tem como precursores e expoentes os professores Ronald Coase e Richard A. Posner, ambos da Universidade de Chicago, e Guido Calabresi, da Universidade de Yale.

[...] O fator comum é o da implementação de um ponto de vista econômico no trato das questões que eram eminentemente jurídicas. O objeto de estudo da AED deixou de acontecer exclusivamente no plano do Direito da Concorrência para ganhar novos campos: propriedade, contratos, responsabilidade civil e contratual, direito penal, processo (civil e penal), direito administrativo, direito constitucional, direito de família, infância e juventude.<sup>146</sup>

Richard Posner, corifeu da Law and Economics, procura fundamentar as decisões judiciais pela Análise Econômica do Direito (AED)<sup>147</sup> a partir de uma relação entre custos e vantagens. Seus enunciados teóricos revelam a tentativa de sujeição do processo de construção, interpretação e aplicação das normas jurídicas à racionalidade econômica, cabendo ao conteúdo dos discursos de aplicação apenas a confirmação dos postulados da ciência econômica.

Neste ponto, percebe-se o flagrante contato interdisciplinar da ciência jurídica com a ciência econômica, o que por si somente demonstra a necessidade de implementação de pesquisas jurídicas sobre os impactos econômicos decorrentes das leis e decisões jurídicas.

---

<sup>145</sup> O termo ~~globalizado~~ está entre aspas por recomendação do economista Paulo Nogueira Batista Júnior, pesquisador da Fundação Getúlio Vargas, que suspeita do seu uso ideológico pelas nações que comandam o processo de internacionalização da economia: ~~Um dos efeitos práticos da mitologia da globalização, em especial da idéia de que estamos submetidos à ação de forças econômicas globais incontrolláveis, é paralisar as iniciativas nacionais, que passam a ser rotuladas como ineficazes, sem maior discussão.~~ (Cf. BATISTA JR, Paulo Nogueira. *A economia como ela é*. São Paulo: Boitempo, 2005, p. 38)

<sup>146</sup> ROSA, Alexandre de Moraes. *A Constituição no país do jeitinho: 20 anos à deriva do discurso neoliberal (Law and Economics)*. In: Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica. Vol 1, n. 6. Porto Alegre: 2008, p. 19.

<sup>147</sup> ALMEIDA, Andréa Alves. *A efetividade, eficiência e eficácia do processo no Estado Democrático*. In: LEAL, Rosemiro Pereira (coord.) *Estudo continuados de teoria do processo*. Vol IV. Porto Alegre: Síntese, 2004, p. 81-103.



Assiste-se, de forma contemplativa e não crítica, uma tentativa de colonização (subordinação) do direito à economia<sup>148</sup> (economicismo), na exata medida em que o método econômico já considera o ambiente normativo do processo decisório dos agentes econômicos:

O pensamento econômico encontra dentro do seu próprio movimento os conceitos que lhe permitem captar o efeito da norma sobre a vida econômica; é também capaz de entender a evolução da norma como adaptação às vicissitudes da vida econômica ou como resultante da ação de grupos de interesse; não é, no entanto, capaz isoladamente de compreender a evolução da norma quando decorrente de dinâmicas normativas ou internas ao próprio sistema jurídico.<sup>149</sup>

Em contrapartida, não raro, o direito considera apenas o impacto das decisões jurídicas em casos individualizados, sem dimensionar a capacidade do Estado Democrático de Direito influenciar a conjuntura econômica num ambiente de mercado. E mais, os juristas<sup>150</sup> desconhecem os limites da avaliação econômica e em que medida ela necessita do auxílio do direito para ampliar a sua compreensão do fenômeno jurídico-normativo, vez que o pensamento econômico é incapaz de apreender integralmente o complexo sistema jurídico. Interessante notar que a passividade científica da comunidade jurídica acaba por contribuir para o imperialismo da ciência econômica.

<sup>148</sup> Cf. ABBAGNAMO, Nicola. *Dicionário de Filosofia*. Tradução de Alfredo Bossi e Ivone Castilho Benedetti. 5ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007. Ocorre, na verdade, o economicismo, assim entendido como a doutrina que atribui à economia papel proeminente e determinante em relação às demais atividades humanas. É redução do jurídico-político a simples epifenômeno da esfera econômico-social.

<sup>149</sup> ARIDA, Pérsio. *A pesquisa em Direito e em Economia: em torno da historicidade da norma*. In: ZYLBERSZTAJN, Décio e SZTAJN, Rachel. *Direito e Economia*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005, p. 61.

<sup>150</sup> Cf. SZTAJN, Rachel. *Law and Economics*. In: ZYLBERSZTAJN, Décio e SZTAJN, Rachel. *Direito e Economia*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005, p. 82. Neste sentido, a autora afirma que: "Para Coase, quando os operadores do direito dominarem os conceitos econômicos, suplantarão os economistas na avaliação econômica dos efeitos das normas jurídicas, refinando o método de estudo do direito."



Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais  
**Mestrado em Direito Processual**

No imbricamento entre Direito e Economia, torna-se fundamental, para o discurso jurídico, o esclarecimento das noções de economicismo para uma economia de mercado e de economicidade para a aplicação do direito no Estado Democrático de Direito. Em obra especializada de Direito Econômico, Leopoldino da Fonseca expõe o princípio da economicidade, sem distingui-lo do economicismo, afirmando:

O princípio da economicidade é o critério que condiciona as escolhas que o mercado ou o Estado, ao regular a atividade econômica, devem fazer constantemente, de tal sorte que o resultado final seja sempre mais vantajoso que os custos sociais envolvidos. Nessas escolhas, estarão sempre presentes os critérios da quantidade e da qualidade, de cujo confronto resultará o ato a ser praticado.<sup>151</sup>

A aceitação de que as escolhas do Estado (economicidade) passam pelo mesmo critério do mercado (economicismo) tendem à colonização do direito pela economia. Promove-se a análise econômica do direito, olvidando-se da análise jurídica da economia e, portanto, impossibilitando a testificação das escolhas e sua necessária fiscalidade a partir do rol de direitos fundamentais entendidos como títulos executivos<sup>152</sup> já acertados no plano constitucional. Do contrário, não poderia ser outra a conclusão de Leopoldino da Fonseca, citando Guido Alpa sem aduzir qualquer crítica, sujeitando o direito à uma economia normativa:

**Deste modo, o ordenamento jurídico assume a função de instrumentário de ordens possíveis, ou seja, compatíveis com**

---

<sup>151</sup> Referindo-se a Richard Posner, Leopoldino da Fonseca assevera: **“Segundo esse autor, a economia normativa dita a lei ao legislador, ao juiz e ao intérprete.** Entende Posner que a economia não está destituída de uma escala de valores, impregnando-se dos valores fixados. O fundamento dessa escala de valores é a eficiência, entendendo ele que um dos sentidos de justiça é exatamente o de eficiência, pois o homem é um maximizador racional de seus fins na vida, de suas satisfações. Os instrumentos de que se serve nessa avaliação são as noções de preço, custo, custo das oportunidades, de gravitação dos recursos em direção a um uso mais vantajoso. Para Posner **a eficiência** é a utilização dos recursos econômicos de modo que o valor, ou seja, a satisfação humana, alcance o nível máximo, através da maximização da diferença entre os custos e as vantagens. (Cf. LEOPOLDINO DA FONSECA, João Bosco. *Direito Econômico*. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 36-37)

<sup>152</sup> LEAL, Rosemiro Pereira. *O garantismo processual e direitos fundamentais líquidos e certos*. In: MERLE, Jean-Christophe; MOREIRA, Luiz. *Direito e Legitimidade*. São Paulo: Landy, 2003, p. 335.



Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais  
**Mestrado em Direito Processual**

**as leis da economia:** o direito tem uma função de mimese do mercado; não se devem dar (e é aqui que nasce a economia normativa, e é ainda aqui que se descobre a escala de valores que Ackerman imputa a Posner) normas em contraste com o mercado, mas somente normas que transformem em comportamento vinculado as exigências objetivadas dele provenientes.<sup>153</sup>

Uma conclusão assim articulada resulta de uma flagrante ausência de pesquisa no Estado Democrático de Direito, bem como atende aos interesses de mercado que supostamente possuiria uma escala de valores suficiente para a gênese de normas indutoras de comportamentos eficientes, segundo a conceituação apresentada por Posner.

Verifica-se, assim, uma tentativa de retorno ao Estado Liberal (neo-liberalismo) para influenciar o discurso de justificação e de aplicação do direito com a finalidade de atender as necessidades do mercado globalizado. Na verdade, desde a colonização<sup>154</sup> do Brasil, ocorre o manejo da autoridade estatal como instrumento eficaz de dominação e exploração econômica do povo.

Importante ressaltar, ainda, a necessidade de acoplamento do princípio da economicidade à teoria da soberania popular no Estado Democrático de Direito que, por sua vez, impõe vinculação ao postulado da dignidade da pessoa humana e não mais pode se contentar com um balanço positivo na relação entre custo e benefício.

<sup>153</sup> LEOPOLDINO DA FONSECA, João Bosco. *Direito Econômico*. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 37.

<sup>154</sup> Em 1785, D Maria I, conhecida como Rainha Louca, emitiu um alvará que restringiu a instalação da atividade industrial brasileira: “Por essa decisão, ficaram proibidas todas as manufaturas de fios, panos e bordados na colônia, com a única exceção de fazendas grossas de algodão que serviam para vestuário dos escravos ou para empregar em sacaria [...] O famoso decreto era uma reação ao desenvolvimento incipiente de algumas fábricas no Brasil. Ao substituir importações, estas fábricas brasileiras acarretavam prejuízos às indústrias de Portugal e às receitas do governo metropolitano, que auferia direitos alfandegários sobre a entrada no Brasil de produtos têxteis da Inglaterra e de outros países. (Cf. BATISTA JÚNIOR, Paulo Nogueira. *A economia como ela é...* São Paulo: Boitempo, 2005, p. 441).



Assim, a chamada economia normativa possui limites instituídos no plano constitucional:

A normação da realidade econômica pela economicidade já implicaria, em nossa opinião, uma política econômica consentânea com o significado enunciativo da soberania popular. Na exposição do Professor Washington Albino, o conceito de economicidade não coincide com a idéia capitalista de lucro monetário ou de acréscimo patrimonial+ ou no sentido vulgar e comum do lucro. Está a economicidade identificada com uma linha de maior vantagem, a que se referiu Max Weber ao conceituar o econômico, apartada da idéia de lucro material.<sup>155</sup>

A ciência do direito não é auto-suficiente ou *uma categoria isolada, um compêndio, um conjunto de conhecimentos unificados e perenemente concordantes, concretos e fixos, ou como uma entidade capaz de agir por si mesma*<sup>156</sup>, e, portanto, torna-se desejável e necessário valer-se de teorias produzidas por outros ramos do conhecimento<sup>157</sup> humano:

Percebe-se [...] a existência concomitante de uma articulação entre o pensamento jurídico e o pensamento econômico, de modo orgânico e indissociável, sem que se subordinasse ou se precedesse historicamente um ao outro [...]<sup>158</sup>

Assim, este capítulo será dedicado a uma análise sintética da teoria econômica do direito, bem como suas implicações para o desenvolvimento da efetividade processual no Estado de Direito Democrático. A importância dessa análise reside no fato de que a transversalidade entre Direito e Economia constitui-se ainda num desafio

<sup>155</sup> LEAL, Rosemiro Pereira. *Direito econômico: soberania e mercado mundial*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005, p. 15-16.

<sup>156</sup> LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria Geral do Processo*. 6ª ed. São Paulo: IOB Thomson, 2005, p. 20.

<sup>157</sup> "Todo conhecimento, em qualquer área, é fruto de muitos esforços conjugados, em que conceitos e teorias se substituem e se renovam, e, não raras vezes, a renovação se faz com esteio nas antigas concepções repudiadas ou como respostas a elasö. (Cf. GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Técnica Processual e teoria do processo*. Rio de Janeiro: AIDE Editora, 2001, p. 13).

<sup>158</sup> LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria Geral do Processo*. 6ª ed. São Paulo: IOB Thomson, 2005, p. 21.



à pesquisa por parte da comunidade jurídica, o que requer, por si só, humildade científica<sup>159</sup>.

Outrossim, independente da satisfatoriedade democrática da relação discursiva competitiva que se estabelece entre os argumentos que atendem aos interesses de mercado e o conteúdo dos direitos fundamentais, a realidade complexa e dinâmica de um mundo globalizado economicamente está impregnando os provimentos<sup>160</sup> estatais e afetando diretamente a vida das pessoas.

### **3.2 Análise Econômica do Direito: a influência do pragmatismo e do realismo jurídico**

Andréa Alves de Almeida tem o mérito de alertar para uma teoria da efetividade processual baseada no conceito de eficiência econômica. Para ela, coube a Richard Posner, da Escola de Chicago, abordar o conceito de eficiência de forma mais aprofundada. E adverte:

Com base na análise posneriana, os adeptos da escola instrumentalista do processo entendem que deve haver uma necessária proporção entre fins e meios, para o equilíbrio do binômio custo benefício. Preconiza-se o máximo resultado na atuação do direito com o mínimo emprego possível de atividades processuais.<sup>161</sup>

Posner, trabalhando na perspectiva do sistema da *common law*, defende a tese de que a ordem jurídica tem por finalidade assegurar a maximização da eficiência

---

<sup>159</sup> Adota-se aqui a noção de humildade científica de Ronaldo Brêtas: *õ[...] postura ou predisposição de compreender que todos podem nos trazer valiosos ensinamentos e de que nem sempre as melhores idéias surgem da leitura de autores de maior destaque na comunidade acadêmicaõ*. (Cf. DIAS, Ronaldo Brêtas de Carvalho. Responsabilidade do Estado pela função jurisdicional. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 10).

<sup>160</sup> GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Técnica Processual e teoria do processo*. Rio de Janeiro: AIDE Editora, 2001, p. 102.

<sup>161</sup> ALVES DE ALMEIDA, Andréa. *A Efetividade, Eficiência e Eficácia do Processo no Estado Democrático*. In: Estudos Continuados de Teoria do Processo. Coord. de Rosemiro Pereira Leal. Vol V, Porto alegre: Síntese, 2004, p. 81-103.



Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais  
**Mestrado em Direito Processual**

econômica da sociedade, liberando o julgador de se ater apenas ao pedido das partes e vinculando-o a um dever de pensar preventivamente e de procurar evitar, com sua decisão, a ocorrência de casos semelhantes<sup>162</sup> mediante o desencorajamento de comportamentos geradores de novas lesões e danos.

Posner, jurista da justiça<sup>163</sup>, defende uma filosofia do direito que tenha afinidades com o realismo jurídico<sup>164</sup> e com o pragmatismo<sup>165</sup>. Assim, partindo de suas próprias afirmações, pode-se inferir que se preocupa com os motivos sociais<sup>166</sup> e psicológicos<sup>167</sup> da aplicação do direito pelos tribunais. Para ele, por certo, o direito pode até não ser criado ou produzido pelo jurista, mas só pode ser descoberto pela mente prodigiosa do magistrado:

Pelo realismo jurídico, a razão, embora a-histórica, quer, pela escola do direito natural racional, impor-se como instrumento de controle da sociedade pela geração racional de um direito apriorístico decorrente do ajuste lógico da razão dos juristas à concretude da vida social. O juiz seria, portanto, a fonte complementadora e ordenadora da realidade econômica e social como ente carismático,

<sup>162</sup> FARIA, Guiomar Theresinha Estrela. *Interpretação econômica do direito*. Porto Alegre: Livraria do advogado, 1994, p. 38.

<sup>163</sup> Posner, no prefácio de sua obra, se declara naturalmente fascinado pela questão da objetividade das decisões judiciais desde que se tornou juiz em 1981. A expressão õjurista de justiçaõ foi usada por Carl Schmitt no seu embate teórico com Kelsen, indicando dificuldades de aceitação da produção teórica daqueles que foram nomeados juizes da Corte Constitucional (Cf. SCHMITT, Carl. *O guardião da constituição*. Trad. de Geraldo de Carvalho. Belo Horizonte: Del Rey, 2007, p. 5).

<sup>164</sup> Diga-se que Rosemiro Pereira Leal critica a õa antiqüíssima e autocrática escola do realismo jurídico, que toma o direito positivo como peça de mera ajuda ou subsídio do decisor que evita distúrbios sociaisõ. (Cf. LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria Processual da Decisão Jurídica*. São Paulo: Landy, 2002, p. 87).

<sup>165</sup> POSNER, Richard A. *Problemas de Filosofia do Direito*. Tradução Jeferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. XIII.

<sup>166</sup> No entanto, importante a denúncia de Andréa Alves no sentido que o õrealismo jurídico, apropriando-se do discurso invocado por todos os excluídos nas lutas sociais e políticas, dissimula a prevalência dos interesses da burguesia, aquietando as reivindicações do proletariadoõ. (Cf. ALVES DE ALMEIDA, Andréa. *Processualidade jurídica e legitimidade normativa*. Belo Horizonte: Fórum, 2005, p. 81).

<sup>167</sup> õMais pobre em filosofia, mas mais rico em Psicologia e em Sociologia, é o realismo norte-americano, que pode ser considerado uma psicologia do juiz, por se preocupar muito com os fatores, conscientes ou inconscientes, determinadores do comportamento dos magistrados. O comportamento do juiz é, diz Aronson, o único objeto capaz de cientificamente ser estudado por depender a norma desse comportamento. O que fazem os juizes, escreveu, em 1930, K. Llewelyn, é o próprio direitoõ. (Cf. GUSMÃO, Paulo Dourado. *Introdução ao Estudo do Direito*. 10ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 1984, p. 482.)



Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais  
**Mestrado em Direito Processual**

capaz de inatamente possuir e criar critérios do justo na solução dos problemas das desigualdades e aflições humanas.<sup>168</sup>

Ao se autodenominar um pragmático, Posner indica preocupar-se com os temas jurídicos sólidos, eficazes e úteis para justificar sua proposta teórica, bem como ocupar-se com uma história instrutiva<sup>169</sup> (precedente com autoridade) capaz de orientar as escolhas do magistrado na promoção do bem estar<sup>170</sup> da sociedade. Assim sendo, verifica-se o acerto da advertência de Andréa Alves de Almeida quando assevera que a teoria *posneriana* atende perfeitamente aos propósitos instrumentalistas, pois, segundo Lalande, pragmatismo é uma doutrina segundo a qual o *«a.] conhecimento é um instrumento a serviço da atividade, o pensamento tem um caráter essencialmente teleológico.»*<sup>171</sup>

Para Dworkin, o pragmatismo e convencionalismo são teorias da jurisdição<sup>172</sup>, que em suas variáveis se distinguem na medida em que respectivamente consideram os juízes livres ou vinculados às regras jurídicas preexistentes ao caso *sub judice*. Em outras palavras, no pragmatismo o juiz não reconhece o dever geral de adotar as normas vigentes ou os precedentes com autoridade no exercício da atividade

<sup>168</sup> LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria Geral do Processo*. 6ª ed. São Paulo: IOB Thomson, 2005, p. 25.

<sup>169</sup> LALANDE, André. *Vocabulário Técnico e Crítico da Filosofia*. São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 1284. Inclui-se, aqui, a teoria do romance em cadeia de Dworkin: «Podemos comparar o juiz que decide sobre o que é direito em alguma questão judicial [...] com o crítico literário que destrinça as várias dimensões de valor em uma peça ou um poema complexo. Os juízes porém são igualmente autores e críticos. Um juiz [...] introduz acréscimos na tradição que interpreta: os futuros juízes deparam com uma nova tradição que inclui o que foi feito por aquele. [...] Em tal projeto, um grupo de romancistas escreve um romance em série; cada romancista da cadeia interpreta os capítulos que recebeu para escrever um novo capítulo, que é então acrescentado ao que recebe o romancista seguinte, e assim por diante. (Cf. DWORKIN, Ronald. *O Império do Direito*. Tradução Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 275-276).

<sup>170</sup> O termo pragmático foi usado pela primeira vez por Políbio ao apresentar sua noção de história pragmática como sendo a *«[...] a mais útil para ensinar como o homem deve proceder na vida social [...]»*. Posteriormente a palavra também foi usada por Kant: *«Uma história é composta pragmaticamente quando nos torna prudentes, vale dizer, quando ensina à sociedade de hoje a maneira de obter mais benefícios que a sociedade de ontem, ou pelo menos tantos benefícios quanto ela obteve.»* (Cf. ABBAGNAMO, Nicola. *Dicionário de Filosofia*. Tradução de Alfredo Bossi e Ivone Castilho Benedetti. 5ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 919)

<sup>171</sup> LALANDE, André. *Vocabulário Técnico e Crítico da Filosofia*. São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 838.

<sup>172</sup> DWORKIN, Ronald. *O Império do Direito*. Tradução Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 181.



jurisdicional, pois rejeita a possibilidade de existência de direito em prejuízo da comunidade:

[...] os juízes devem seguir qualquer método que produza aquilo que acreditam ser a melhor comunidade futura, e ainda que alguns juristas pragmáticos pudessem pensar que isso significa uma comunidade mais rica, mais feliz ou mais poderosa, outros escolheriam uma comunidade com menos injustiças, com uma melhor tradição cultural e com aquilo que chamamos de alta qualidade de vida. O pragmatismo não exclui nenhuma teoria sobre o que torna uma comunidade melhor. Mas também não leva a sério as pretensões juridicamente tuteladas.

[...] Segundo o pragmatismo, aquilo que chamamos de direitos atribuídos a uma pessoa são apenas os auxiliares do melhor futuro: são instrumentos que construímos para esse fim, e não possuem força ou fundamentos independentes.<sup>173</sup>

A excessiva preocupação com o futuro<sup>174</sup> (conseqüência da decisão), dando ao juiz a função de timoneiro da história<sup>175</sup> em busca de uma sociedade melhor, e o flagrante descomprometimento com uma teoria dos direitos fundamentais estabelecidos em favor da dignidade da pessoa humana, tornam o pragmatismo, assim entendido como uma teoria jurisdicional, incompatível com o Estado Democrático de Direito.

---

<sup>173</sup> DWORKIN, Ronald. *O Império do Direito*. Tradução Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 195.

<sup>174</sup> O juiz deve fazer uma escolha entre políticas públicas, e a escolha é ditada pelos resultados do levantamento e da avaliação das conseqüências das opções alternativas: conseqüência para o Estado de Direito, para as partes, para a economia, para a ordem pública, para a civilização, para o futuro- em suma, para a sociedade. (Cf. POSNER, Richard A. *Problemas de Filosofia do Direito*. Tradução Jeferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 178). André Pereira Leal, ao criticar a figura do Juiz Hércules, imaginado por Dworkin, manifesta sua incredulidade em relação a atuação preocupada com o futuro da sociedade: “[...] o juiz deverá, ainda, dar sua contribuição para o melhor futuro dessa sociedade, a partir de uma leitura adequada da realidade social presente, mediante uma reconstrução do Direito com vistas ao futuro institucional, o que torna ainda mais irrealizável sua tarefa. (Cf. LEAL, André Cordeiro. *O Contraditório e a fundamentação das decisões*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002, p. 23).

<sup>175</sup> Nestes termos, o processo seria o espaço taumaturgo em que a linguagem é inerente ao entendimento conduzido por uma história terapêutica que vai sarando a humanidade pelo *remedium juris* de operadores de um Executivo, Legislativo e Judiciário sensitivos, onividentes e imbuídos de ações sociais sinceras. (Cf. LEAL, Rosemiro Pereira. *Isonomia processual e igualdade fundamental a propósito das retóricas ações afirmativas*. In: *Relativização Inconstitucional da Coisa Julgada*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005, p. 78).



Apresentados os esclarecimentos necessários à compreensão dos fundamentos das proposições teóricas de Posner, não é de se estranhar que o autor, em seu manifesto pragmático, considere que as normas jurídicas, do ponto de vista do juiz, *assemelham-se mais a diretrizes ou práticas*<sup>176</sup>. Ademais, quando forem *incapazes, nos casos complicados, de fundamentar a decisão ou na lógica ou na ciência, os juízes são forçados a recuar para o saco de surpresas dos métodos informais de raciocínio*<sup>177</sup>, o que Posner denominou *razão prática*<sup>178</sup>. Assim, não poderia ser outra sua definição de direito como:

[...] atividade de profissionais habilitados que chamamos de juízes, que tem o alcance de sua habilitação circunscrita somente pelos difusos limites externos do decoro profissional e do consenso moral.<sup>179</sup>

Uma noção de direito assim formulada, segundo Posner<sup>180</sup>, pode ser sintetizada com argumentos teóricos que, de forma resumida, segue relacionada:

- Não há raciocínio jurídico. Advogados e juízes se valem de lógica simples e raciocínio prático para resolver problemas. A atitude científica e a metodologia da ciência não se sentem à vontade no direito.
- A justificação de uma decisão jurídica é freqüentemente impossível;

<sup>176</sup> POSNER, Richard A. *Problemas de Filosofia do Direito*. Tradução Jeferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 608.

<sup>177</sup> POSNER, Richard A. *Problemas de Filosofia do Direito*. Tradução Jeferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 609.

<sup>178</sup> Embora Posner afirme ter adotado o pragmatismo de Habermas, dele se afasta, neste particular, da proposição habermasiana que substitui a razão prática pela razão comunicativa. (Cf. HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre faticidade e validade*. Vol 1, 2ª ed. Tradução: Flávio Breno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, p. 19)

<sup>179</sup> Cf. POSNER, Richard A. *Problemas de Filosofia do Direito*. Tradução Jeferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 610. Na Introdução do livro, Posner define o direito como o corpo doutrinário desenvolvido por juízes e expresso, ou implícito, em suas sentenças (p. 16) e que somente os advogados podem compreendê-los; os advogados traduzem o discurso oracular para os leigos (p. 18).

<sup>180</sup> POSNER, Richard A. *Problemas de Filosofia do Direito*. Tradução Jeferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 613-615.



Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais  
**Mestrado em Direito Processual**

- Nos casos complicados, decisão objetiva é decisão razoável;
- Tanto a retórica quanto a realidade podem mudar o direito;
- Não existe um direito positivo preexistente às decisões judiciais que se aplicam e, ao longo do processo, confirmam, modificam, ampliam e rejeitam os comandos do soberano;
- A essência da tomada de decisões está em considerar as conseqüências das decisões alternativas;
- Não existem conceitos abrangentes de justiça dos quais o sistema jurídico possa apoderar-se para dar um rumo a sua atividade. A justiça corretiva (resíduo do pensamento vingativo do direito e da sociedade) e a maximização da riqueza (persistência do espírito utilitarista, instrumentalista e pragmático da sociedade norte-americana) têm aplicações importantes, mas limitadas. A justiça distributiva parece bastante inútil;
- Direito é funcional. Nas áreas em que a função social é a alocação eficiente de recursos, o direito segue apropriadamente o exemplo da economia.

Daí a lacuna democrática (vazio científico) apontada pelo neo-institucionalismo ao se deparar com uma produção de conhecimento reduzida à instrumentalidade técnica de decidir pragmaticamente:

O que se conhece atualmente, com raríssimas e louváveis ressalvas, a pretexto dos trabalhos científicos em Direito, são compêndios de doutrinas, teorias concludentes e dogmáticas que se empenham na edição, dissertação, interpretação e sistematização de leis, atos e decisões judiciais, pela cronologia da história judiciária (*jurisprudence*), absolutamente desinteressados em questionar as realidades jurídicas (conteúdo e forma) e as implicações socioeconômicas da normatividade vigente. O exemplo dessa *jurisprudence* (história do judiciário) é a escola do pragmatismo jurídico que, proibindo um distanciamento entre o agir e o pensar, imagina que é possível esclarecer conteúdos (textos) a partir da casuística que, contemplando a



tópica, não se preocupa em colocar suspeitas nas asserções, mas em resolver o caso por várias modalidades metodológicas.<sup>181</sup>

Eis a grande questão de fundo deste capítulo: a possibilidade de questionamento da realidade jurídica e das suas implicações socioeconômicas. Existem princípios consagrados constitucionalmente que fomentam ou limitam as atividades econômicas, pois a ordem econômica fundada no Estado brasileiro deve assegurar a todos uma existência digna, ou seja, é preciso pensar a transversalidade existente entre o Direito e a Economia numa tentativa de construir, a partir da noção de economicidade, uma *teoria jurídica comprometida com a implementação dos direitos fundamentais designativos do Estado Democrático de Direito.*<sup>182</sup>

### **3.3 A busca do ótimo de Pareto e da maximização da riqueza social como conteúdo dos discursos de justificação e de aplicação do Direito**

Ainda que reconheça a existência de limitações na aplicação do princípio da maximização da riqueza no campo da interdisciplinaridade entre Direito e Economia, o pressuposto básico da proposta de Posner encontra-se fundada no fato de que todas as atividades humanas que implicam um processo de tomada de decisões (escolhas) são estratégicas, ou seja, todas as pessoas são maximizadores racionais (adequação entre meio e fim) de suas próprias satisfações<sup>183</sup>, sejam elas monetárias ou não monetárias.

<sup>181</sup> LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria Geral do Processo*. 6ª ed. São Paulo: IOB Thomson, 2005, p. 36.

<sup>182</sup> LEAL, Rosemiro Pereira. *Direito econômico: soberania e mercado mundial*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005, p. 101.

<sup>183</sup> Posner exclui do universo estratégico apenas as crianças, os dementes e as pessoas sob efeito de drogas e álcool. Quanto aos legisladores ele chega a afirmar: "Presumo que os legisladores sejam maximizadores de suas satisfações tanto quanto as outras pessoas. Portanto, nada do que fazem é motivado pelo interesse público enquanto tal. Todavia, eles querem ser eleitos e reeleitos, e precisam de dinheiro para fazer uma campanha eficaz. O mais provável é que esse dinheiro venha de grupos bem organizados, e não de indivíduos desorganizados." (Cf. POSNER, Richard A. *Problemas de Filosofia do Direito*. Tradução Jeferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 474)



Assim, o criminoso, o legislador, o juiz, a parte num processo judicial e os agentes econômicos habituais (negociantes e consumidores) encontram-se diante de situações semelhantes em suas ações. Os grupos organizados que pleiteiam aprovação ou rejeição de um projeto de lei farão, segundo a análise econômica, uma avaliação dos custos das negociações no legislativo para obterem a defesa dos seus interesses.

Contudo, a aplicação da lei pelos tribunais independentes<sup>184</sup> pode se transformar num obstáculo àqueles grupos que investiram na solução legislada. Para Posner, um judiciário independente também deve fornecer soluções que estimule a atividade econômica: *“como se os juízes quisessem adotar as regras, os procedimentos e os resultados de casos que contribuíssem para aumentar a riqueza da sociedade”*<sup>185</sup>.

Então, importante é caracterizar a riqueza da comunidade que se pretende maximizar. Posner entende que a riqueza<sup>186</sup> é a soma de todos os bens e serviços ponderados pelos preços ofertados (o que as pessoas se dispõem a pagar) e os preços solicitados (o que as pessoas querem pelos seus bens). No mesmo sentido a lição de Dworkin, apesar de se tornar crítico da análise econômica do direito:

A esse respeito, a teoria econômica oferece uma definição bastante especial (e nem sempre intuitiva): a riqueza de uma comunidade é o valor de todos os seus bens e serviços, e o valor de alguma coisa é a quantidade

---

<sup>184</sup> Richard Posner não dá garantias de que os grupos econômicos que atuaram no legislativo também não atuarão no sentido de influenciar as decisões dos tribunais. Portanto, a independência do magistrado constitui-se no maior penhor de objetividade das decisões: a criação de um judiciário independente envolve a substituição da legitimidade política pelo profissionalismo e experiência prática [...]. (Cf. POSNER, Richard A. *Problemas de Filosofia do Direito*. Tradução Jeferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 607).

<sup>185</sup> POSNER, Richard A. *Problemas de Filosofia do Direito*. Tradução Jeferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 477.

<sup>186</sup> POSNER, Richard A. *Problemas de Filosofia do Direito*. Tradução Jeferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 477.



Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais  
**Mestrado em Direito Processual**

máxima em dinheiro, ou o valor em dinheiro, que alguém está disposto a pagar caso tenha condições de fazê-lo.<sup>187</sup>

A avaliação da riqueza da comunidade não é uma tarefa simples. Ao discorrer sobre o princípio da economicidade, Leopoldino da Fonseca<sup>188</sup>, lança a seguinte questão: *“que é melhor, a maior quantidade de bens ou a maior qualidade de vida?”*<sup>189</sup>

Para respondê-la, o autor conduz suas reflexões trilhando pelo prazer edonista de Epicuro, pelos interesses de Bentham, pela maior felicidade de Stuart Mill e pelo princípio econômico de Stammler, que defendeu a busca da *“satisfação das necessidades mediante a menor quantidade possível de esforço e sacrifício em trabalhos que não tenham em si mesmos a finalidade e a recompensa”*

Dessarte, definir como aferir a capacidade ou a eficiência de uma norma ou decisão judicial possa atingir o desiderato de maximizar a riqueza da sociedade torna-se o grande desafio para os juristas adeptos da análise econômica do direito. O próprio Posner, após reconhecer a escassez dos testes estatísticos sobre a propriedade da maximização da riqueza, conclui que a tarefa de:

[...] definir as regras jurídicas como eficientes ou ineficientes, em circunstâncias nas quais o cálculo de custos e benefícios é impraticável, ou simplesmente não foi tentado, é um procedimento repleto de subjetividade que torna difícil avaliar as alegações de

<sup>187</sup> Cf. DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 334. Dworkin entende que a teoria econômica do direito irá fracassar e que é insuficiente para que o juiz Hércules elabore uma interpretação abrangente de todas as partes do direito desde a estrutura constitucional até os detalhes de regras de evidência e procedimento.

<sup>188</sup> LEOPOLDINO DA FONSECA, João Bosco. *Direito Econômico*. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 33.

<sup>189</sup> Dworkin pergunta, partindo da tese de que o bem-estar da comunidade como um todo encontra-se em sua riqueza geral, se temos o dever de aumentar a riqueza da comunidade. Sua resposta é conclusiva: *“Portanto, aumentar a riqueza social não faz com que a comunidade se torne necessariamente melhor”*. (Cf. DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 347).



Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais  
**Mestrado em Direito Processual**

que a teoria foi confirmada ou refutada ao ser confrontada com as verdadeiras regras de direito ou os resultados concretos de casos. A indefinição da teoria econômica não ajuda em nada.<sup>190</sup>

Para a ciência da Economia, nos casos de transações voluntárias (contratos), existem agentes autônomos voltados para o interesse individual que se articulam socialmente através do mercado, restando ao ordenamento jurídico ser compatível (benéfico) ou prejudicial (nocivo) ao que denominam de *ótimo de Pareto*<sup>191</sup>.

Na verdade, o objetivo da Economia Política seria determinar qual a melhor combinação possível de elementos econômicos e, assim, determinar o *optimum* da situação econômica ou, em outras palavras, identificar qual a combinação proporciona a solução mais econômica. Neste sentido, caberia ao legislador e ao juiz realizar suas escolhas após proceder a análise econômica da norma jurídica e dos eventuais efeitos da decisão jurídica. Na terminologia de Posner fala-se do princípio econômico *Pareto-superior*<sup>192</sup>, por meio do qual a transação voluntária efetivamente melhora a situação das pessoas envolvidas, sem prejudicar ninguém. Por tal princípio, uma transação econômica poderia ser considerada *Pareto-superior* quando deixa pelo menos uma pessoa em melhor situação e nenhuma em má situação, diferenciando-se do princípio da maximização da riqueza que *exige apenas que os lucros do vencedor excedam os prejuízos do perdedor*<sup>193</sup>.

---

<sup>190</sup> POSNER, Richard A. *Problemas de Filosofia do Direito*. Tradução Jeferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 498.

<sup>191</sup> Cf. LALANDE, André. *Vocabulário Técnico e Crítico da Filosofia*. 3ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 1999. Interessante dizer, além da citação de Popper constante do Capítulo I, que Pareto é identificado entre os ideólogos do movimento facista liderado por Mussolini, tendo sempre manifestado desprezo pelas instituições democráticas. A Enciclopédia Saraiva de Direito apresenta Vilfredo Pareto como defensor de uma **democracia possível**, ressaltando a impossibilidade de o povo governar-se a si mesmo e a conseqüente necessidade de uma elite governativa que estaria comprometida com o ideal do bem comum. Tais ponderações, por si só, além de indicarem uma necessidade de pesquisa, tornam suspeita a adoção do ótimo de Pareto no Estado Democrático de Direito sem maiores esclarecimentos.

<sup>192</sup> POSNER, Richard A. *Problemas de Filosofia do Direito*. Tradução Jeferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 479.

<sup>193</sup> POSNER, Richard A. *Problemas de Filosofia do Direito*. Tradução Jeferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 522.



No entanto, em um litígio judicializado a decisão imporá, na maioria das vezes, perda de patrimônio em razão do dever de indenizar eventuais danos que tenham sido provocados, culposamente ou dolosamente, fato que limita a compreensão ou a utilização do princípio econômico de Pareto como indicador de maximização da riqueza. Diante da dificuldade jurídica na identificação e compreensão da extensão econômica de cada decisão jurídica, ou seja, se os juízes não estão sendo capazes de maximizar a riqueza, o analista econômico irá pressioná-lo a alterar sua prática ou doutrina da melhor maneira possível.<sup>194</sup>

Assim, o grande objetivo da Análise Econômica do Direito, na visão do seu principal autor e segundo uma complexa literatura especializada, ainda pouco estudada pela ciência jurídica no marco teórico do Estado Democrático de Direito, seria implantar um discurso de justificação e de aplicação do direito no qual as decisões jurídicas tendam à eficiência econômica (prosperidade social):

[...] os tribunais devem compreender as conseqüências econômicas de suas decisões e devem, até o ponto que isto for possível e sem criar muitas incertezas a respeito da posição legal propriamente dita, levar em consideração estas conseqüências ao tomar suas decisões.<sup>195</sup>

Neste particular, se aos juízes cabem a função de maximizar a riqueza da sociedade valendo-se da sentença como instrumento de política econômica, torna-se perfeitamente viável a tese de Dinamarco que, ao se preocupar com a razoável celeridade e com a utilidade social do processo, toma-o por legítimo e eficaz *ainda que falho do ponto-de-vista jurídico*<sup>196</sup>. Todavia, a emancipação da cidadania pela processualidade jurídica no Estado Democrático de Direito pode até admitir a eficácia

<sup>194</sup> POSNER, Richard A. *Problemas de Filosofia do Direito*. Tradução Jeferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 484.

<sup>195</sup> SZTAJN, Rachel; ZYLBERSZTAJN, Décio e MUELLER, Bernardo. *Economia dos direitos de propriedade*. In: ZYLBERSZTAJN, Décio e SZTAJN, Rachel. *Direito e Economia*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005, p. 99.

<sup>196</sup> Conforme citado no capítulo II.



das decisões pragmáticas dos tribunais, mas jamais irá reconhecer sua validade e legitimidade.

### 3.4 A teoria do crime e as limitações da Análise Econômica do Direito

Posner, ciente do risco de ser acusado de reducionista, insiste que boa parte da doutrina jurídica e das decisões dos tribunais, no *common law*, podem ser explicadas em razão da natureza essencialmente econômica. Uma decisão judicial eficiente, pelo crivo da análise posneriana, seria aquela que impõe um custo (desperdício) social menor do que a sanção imposta ao sucumbente.

Trata-se, assim, de uma compreensão do direito advinda de um historicismo materialista atenuado<sup>197</sup> pela atuação de um magistrado capaz interferir no curso dos acontecimentos de modo a promover a prosperidade social e a desestimular práticas que elevam os custos de mercado. O juiz é investido na condição de mecânico social que, valendo-se da instrumentalidade da tecnologia do direito, controla e mantém os interesses capitalistas de maximização da riqueza com a finalidade *de por os mercados em funcionamento*<sup>198</sup>. Até os crimes, antes de serem propriamente infrações penais, seriam:

[...] ilícitos civis praticados por réus insolventes, porque se todos os criminosos pudessem pagar pela totalidade dos custos sociais de seus crimes, a tarefa de dissuadir o comportamento anti-social poderia ficar a cargo da responsabilidade civil extracontratual.<sup>199</sup>

<sup>197</sup> POPPER, Karl Raimund. *A Sociedade Aberta e Seus Inimigos*. Tradução de Milton Amado. Vol II. 3ª Ed. Belo Horizonte: Itatiaia, 1987, p. 173.

<sup>198</sup> POSNER, Richard A. *Problemas de Filosofia do Direito*. Tradução Jeferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 500.

<sup>199</sup> POSNER, Richard A. *Problemas de Filosofia do Direito*. Tradução Jeferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 487.



A teoria do crime vista do ponto de vista econômico pode explicar boa parte da violência contemporânea, bem como tende a justificar ações afirmativas (artifício absolutório da omissão pública)<sup>200</sup> de distribuição de renda e de oportunidades como medidas de defesa social (prevenção criminal). No entanto, desconsidera a grande maioria de pessoas insolventes e honestas que residem nos barracos pobres das grandes cidades.

A teoria econômica do crime também não cogita dos crimes cometidos em condomínios de luxo, ou seja, ela não se ocupa dos ilícitos civis praticados por réus solventes. Não leva em conta as guerras patrocinadas em países periféricos, nem a destruição do meio ambiente promovida pelos interesses econômicos. Não explica a lavagem de capital, a sonegação de impostos, a corrupção, desvios de dinheiro público e os delitos de colarinho branco, vez que comportam condutas ilícitas praticadas por detentores de vasto patrimônio e que prejudicam um número maior de vítimas.

Muito menos se propõe, ao menos ostensivamente, que tais condutas (crimes cometidos por réus solventes) sejam punidas simplesmente pelo dever jurídico de indenizar os afetados (prejudicados) ou pela teoria da responsabilidade civil extracontratual. Assim, verifica-se que a necessidade de maximização (acumulação) de riqueza imposta pelo capitalismo, na verdade, é inesgotável e poderia explicar e até mesmo justificar a motivação criminosa da elite social e governativa.

Posner, porém, não desconhece as limitações da análise econômica para explicar todos fenômenos sociais. Embora não concorde com as refutações geralmente

---

<sup>200</sup> A retórica das ações afirmativas como atuação dos decididores de mentes arejadas e sensíveis à realização de justiça social vem propiciando o retorno ao realismo jurídico que preconiza decisões extrassistêmicas com apoio numa jurisprudência de conceitos ou catálogo de valores descobertos pela inteligência salvadora de uma república de eruditos ou de homens de boa-vontade. (Cf. LEAL, Rosemiro Pereira. *Isonomia processual e igualdade fundamental a propósito das retóricas ações afirmativas*. In: *Relativização Inconstitucional da Coisa Julgada*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005, p. 86)



apresentadas pelos seus críticos, está ciente de que sua teoria poderia justificar também os regimes de escravidão, as confissões involuntárias, a tortura, o roubo, a pena de morte, a subvenção religiosa, a supressão de crenças, a destruição das minorias, os monopólios, a venda privilegiada de remédios, sempre sob o argumento de redução de custos sociais. Sem ser explícito, parece cogitar a existência de direitos fundamentais oponíveis ao princípio da maximização da riqueza:

[...] não permitimos as invasões degradantes da autonomia individual meramente por considerar que, em termos gerais, a invasão configuraria um acréscimo líquido à riqueza social. E, quaisquer que sejam as bases filosóficas deste sentimento, ele está por demais arraigado em nossa sociedade atual para que se dêem rédeas soltas à maximização da riqueza.<sup>201</sup>

Numa demonstração de honestidade científica, a análise posneriana afirma que a teoria econômica do direito é defensável quando restrita à esfera do *common law*<sup>202</sup>, onde o juiz participa do processo de formulação de políticas públicas, não se justificando, portanto, a importação inesclarecida de uma teoria da efetividade processual que propõe a redução de cognição, do contraditório, da ampla defesa e da isonomia em nome de uma celeridade pretensamente redutora de custos, tal como se depreende das reformas legislativas.

### **3.5 A maximização da riqueza como í componente aleatório do discurso de aplicação do Direito**

---

<sup>201</sup> POSNER, Richard A. *Problemas de Filosofia do Direito*. Tradução Jeferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 510. Não há uma referência expressa daquilo que se compreende, no direito constitucional pátrio, de direitos fundamentais. Posner, na obra em comento, entende apenas que existe uma distribuição inicial de direitos que é confrontada pelo princípio de maximização de riqueza (princípio condutor da decisão judicial na *common Law*).

<sup>202</sup> POSNER, Richard A. *Problemas de Filosofia do Direito*. Tradução Jeferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 501.



Partindo-se da classificação legal dos atos do juiz, consoante previsão normativa do art. 162 do Código de Processo Civil, elaborado sob a influência das concepções de Liebman<sup>203</sup>, os atos do juiz podem ser sentenças, decisões interlocutórias e despachos. Como não é oportuno aqui pormenorizar tais categorias jurídicas, importa á presente pesquisa indicar a relevância do conteúdo decisório na maioria das manifestações do juiz no processo, afetando o plano jurídico das partes, seja declarando, constituindo ou modificando seus direitos.

Sabe-se, no atual estágio da ciência processual, que as decisões judiciais são espécies de provimento construído pelas partes, em contraditório, e emanado pelo juízo competente. Outrossim, sabe-se também que a decisão já constituiu espaço reservado ao soberano para implementar sua vontade de forma inquestionável de manifestação de poder<sup>204</sup>, numa concepção hoje já ultrapassada pela concretude do Estado Democrático de Direito. Neste sentido, a própria construção teórica de Liebman parte desta vertente:

Provimento são as declarações de pensamento do juiz, expressas no exercício do poder (*potestá*) jurisdicional e pela forma determinada em lei: é justamente através dos provimentos que o juiz exerce o poder de que é investido.<sup>205</sup>

Então, para Liebman, a decisão jurídica constitui um espaço de manifestação de poder do magistrado que, atuando de forma isolada, solipsista, subjetiva, prolatava sua sentença como *locus* de declaração do seu pensamento. Fundados nessa concepção, a escola instrumentalista apropria-se dessa formulação teórica para incluir a decisão jurídica como matéria exclusiva da jurisdição que, por sua vez, impõe imperativamente suas decisões com a finalidade de pacificação social.

<sup>203</sup> Enrico Tullio Liebman, processualista italiano, foi aluno de Chiovenda. Fugindo da II Grande Guerra, aportou no Brasil em 1940 e, num período aproximado de cinco anos, influenciou juristas de renome como Alfredo Buzaid (autor do anteprojeto do Código de Processo Civil) e José Frederico Marques, dentre outros.

<sup>204</sup> DIAS, Ronaldo Bretas de Carvalho. *Responsabilidade do Estado pela Função Jurisdicional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 61-118. O autor dedica boa parte de sua obra para esclarecer a equivocidade da expressão *õpoder judiciário*, vez que, tecnicamente, a terminologia correta exige referir-se às funções de Estado (administrativa, legislativa e judicial) e não poderes de Estado.

<sup>205</sup> LIEBMAN, Enrico Tullio. *Manual de Direito Processual Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1984, p. 238.



O problema reside, assim, não no fato incontestável de que ao juiz compete decidir (aliás espera-se que ele o faça num prazo razoável<sup>206</sup>, sem dilações indevidas, conforme preceitua o texto constitucional), mas na fundamentação das suas decisões, que exige uma técnica estruturada normativamente para obter legitimidade e validade. Sabe-se que o termo decisão *[p.a.] corresponde ao que Aristóteles e os escolásticos chamavam de escolha, ou seja, o momento conclusivo da deliberação no qual se adere a uma das alternativas possíveis*<sup>207</sup>.

Portanto, inerente ao conceito de decisão está a possibilidade de escolha e esta, por sua vez, pressupõe um estado de liberdade do decisor que prefere uma alternativa em relação à outra. Interessante ler, então, as formulações instrumentalistas baseadas nas conclusões de Aristóteles:

[...] entre duas interpretações aceitáveis, (o juiz) deve pender por aquela que conduza a um resultado mais justo, ainda que aparentemente a vontade do legislador seja em sentido contrário.<sup>208</sup>

O processo que chegue ao ideal de segurança jurídica com razoável celeridade, eliminando o conflito, é eficaz e legitimado pela utilidade social, ainda que falho do ponto de vista jurídico.<sup>209</sup>

Os textos citados conferem ao juiz, a pretexto de um resultado justo (com utilidade social e eliminação de conflitos), o poder de decidir baseado numa interpretação que amplia a independência do magistrado, conferindo-lhe liberdade de convencimento acima do próprio legislador e, em decorrência, afrontando o princípio da reserva legal.

<sup>206</sup> DIAS, Ronaldo Bretas de Carvalho. *Direito à Jurisdição Eficiente e Garantia da Razoável Duração do Processo na Reforma do Judiciário*. Belo Horizonte: Revista da Faculdade Mineira de Direito, 2005, p. 230-240.

<sup>207</sup> ABBAGNANO, Nicola. *Dicionário de Filosofia*. Tradução de Alfredo Bossi. 5ª Ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

<sup>208</sup> CINTRA, Antônio Carlos de Araújo, GRINOVER, Ada Pellegrini, DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. São Paulo: Malheiros, 1996, p. 35.

<sup>209</sup> DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do Processo*. 5ª Ed. São Paulo: Malheiros, 1996, p. 351-352.



Ademais, acabam por limitar a atuação das partes, em contraditório, apenas à produção probatória, reforçando a idéia equívoca de que a fase decisória constitui um momento de solidão de um magistrado ao mesmo tempo livre e sensível aos escopos sociais do processo, afinal, na concepção instrumentalista, o processo *é o melhor racionalmente conduzido pelo juiz cômico dos objetivos preestabelecidos é o melhor penhor da segurança dos litigantes*<sup>210</sup>. (grifo nosso)

Nada mais incompatível com a cidadania no Estado Democrático de Direito. Confiar a função de decidir exclusivamente à opinião, à vontade, ao desejo, à conveniência, à sensibilidade e às preferências de um juiz pretensamente cômico dos objetivos do sistema não é garantia que se ofereça numa democracia.

Nesses termos, a ciência do processo, assim como a Economia, mais se adéqua à teoria dos jogos no qual às partes, desconhecendo as preferências do magistrado, se submetem (regra de reconhecimento de Hart) cegamente às suas escolhas:

A chamada teoria dos jogos parte do pressuposto de que o indivíduo não controla todas as variáveis de que depende o resultado de seu comportamento [...] Nesses jogos, a vitória do indivíduo depende não só dos seus movimentos mas também dos movimentos dos outros e de um componente aleatório. Cada jogador pode escolher entre várias estratégias, ou seja, entre vários modos de jogar a partida. Diremos que ele se comporta racionalmente quando, entre todas as estratégias, escolhe a melhor.<sup>211</sup>

Trata-se, na verdade, de retrocesso à teoria de Schmitt sobre o estado de exceção, ou seja, *o ordenamento jurídico, assim como qualquer outro ordenamento jurídico repousa numa decisão, e não numa norma*<sup>212</sup>. Esta decisão baseia-se no *o*ada+como manifestação da soberania do presidente do Reich, pois a ele *é dado*

<sup>210</sup> DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do Processo*. 5ª Ed. São Paulo: Malheiros, 1996, p. 329.

<sup>211</sup> ABBAGNANO, Nicola. *Dicionário de Filosofia*. Tradução de Alfredo Bossi. 5ª Ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 356.

<sup>212</sup> ABBAGNANO, Nicola. *Dicionário de Filosofia*. Tradução de Alfredo Bossi. 5ª Ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 269.



o poder de fugir da norma constitucional para salvar o Estado<sup>213</sup>. Superado por completo o pensamento político de Schmitt, verifica-se, pelas trilhas instrumentalistas que confere liberdade de escolha ao juiz, a cogitação teórica do deslocamento do poder do *Führer* (juiz supremo e guarda da Constituição e do Estado) para as mãos do magistrado, sem, contudo, atender as exigências principiológicas do Estado Democrático de Direito.

### **3.6 Convencionalismo e o Pragmatismo: a necessidade de reconstrução do modelo deliberativo no Estado Democrático de Direito**

Não há dúvida de que a decisão instrumentalista encontra amparo na análise econômica do direito, apregoada por Richard Posner, adepto da razão prática, onde as comparações de custo-benefício e a verificação de racionalidade entre meio-fim conferem ao juiz um papel de formulador de políticas públicas. Segundo o autor:

O direito utiliza muitos métodos da razão prática. Este capítulo discute os dois que têm recebido maior atenção: **a confiança na autoridade e o raciocínio por analogia** [...] O primeiro remete ao fato de que, no direito, a autoridade desempenha um papel diferente daquela da ciência, sendo essencialmente político no primeiro e epistêmico no segundo; na verdade, que na esfera do direito **a confiança na autoridade É profunda, porém necessária É retarda o surgimento de um ethos científico no direito**. O segundo afirma que o raciocínio por analogia não é um método de raciocínio claramente jurídico, e pode reduzir-se à tomada de decisões com base em todas as informações disponíveis, inclusive aquelas contidas nas decisões anteriores.<sup>214</sup>

Posner se supera na crença que a sociedade deveria ter na autoridade das decisões judiciais, pois, para ele, as decisões jurídicas têm autoridade não quando

<sup>213</sup> DI LORENZO, Wambert Gomes. *O Pensamento Político de Carl Schmitt: uma breve introdução*. Vol 23. Porto Alegre: Revista Direito e Justiça da PUCRS, 2001, p.335-357.

<sup>214</sup> POSNER, Richard A. *Problemas de filosofia do direito*. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 105.



geram um consenso entre os advogados (o que equivaleria a um consenso de cientistas), mas *quando emanam do topo da hierarquia judicial*<sup>215</sup>.

Vê-se, portanto, que não se trata de uma crença na autoridade intelectual dos juristas, mas uma crença fundada na autoridade política de uma corte judicial.

No que concerne ao raciocínio por analogia, Posner parte da concepção de que a experiência (casos anteriores) pode fornecer subsídios, razões e técnicas para fundamentar a decisão de um caso novo. Na verdade, ele faz uma interessante leitura popperiana das decisões submetidas ao teste do tempo, assim, o caso novo representaria uma nova carga de testificação. Daí a diferenciação entre precedente com autoridade e precedente como opinião do magistrado.

Neste sentido, quando o juiz se depara com um caso difícil (sem precedente como autoridade) ele formula uma política pública, pois *dentro de sua esfera de liberdade e de discricionariedade, pode ser tão livre quanto um legislador*<sup>216</sup>, ou seja, a decisão de aplicar uma regra jurídica é uma decisão sobre políticas públicas.

Rejeitando uma abordagem *pedigree*<sup>217</sup> de cunho formalista, positivista, na qual os juízes são meramente agentes dos legisladores, dos criadores da constituição ou de juízes anteriores, Posner defende uma abordagem pragmática da liberdade dos juízes na apreciação das políticas públicas, até mesmo como forma mais ágil e eficiente de proporcionar, na contemporaneidade, a construção de uma boa sociedade baseada na

<sup>215</sup> POSNER, Richard A. *Problemas de filosofia do direito*. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 106.

<sup>216</sup> POSNER, Richard A. *Problemas de filosofia do direito*. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 175.

<sup>217</sup> Uma decisão com *pedigree*, para Posner, é uma decisão atribuível ao comando de uma autoridade superior, e, portanto, legitimada para ser exigida. Dela provém uma sanção pesada em caso de desobediência. O magistrado é visto como agente fiel do legislador e como verdadeiro oráculo da soberania popular expressa no texto da Constituição. Posner pondera que os juízes deveriam avaliar os custos de uma sentença que nega uma decisão justa em nome de uma fidelidade ao legislador soberano. (Cf. POSNER, Richard A. *Problemas de filosofia do direito*. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 181).



razoabilidade das decisões judiciais<sup>218</sup>. Tal raciocínio implica a aceitação da tese de que uma decisão judicial seja preferível em relação a uma emenda constitucional.

Aqui, em meio a esta discussão sobre prevalência de uma abordagem positivista ou de uma abordagem pragmática, defendida por Richard Posner, nos Estados Unidos, e pela escola instrumentalista, em São Paulo, surge a necessidade de se buscar uma alternativa que seja mais adequada direito democrático.

Na medida em que conseguimos aprofundar a leitura da teoria neo-institucionalista do processo<sup>219</sup>, podemos alcançar as razões da denúncia feita por Rosemiro Pereira Leal à tentativa de aproximação (adequação) do positivismo kelseniano (validação de uma norma pelo grau de harmonia intrínseca do sistema legal) ao pragmatismo posneriano (utilidade social pela implementação de políticas públicas). A esse respeito, aponta-se a insuficiência dessa tentativa diante das exigências de um direito democrático:

[...] quando se fala hoje de um método positivista de interpretação jurídica, o que se afere é o esforço de se fundir o pragmatismo de uma solução objetivamente útil com o idealismo de estar ela condizente com a lei. É um positivismo híbrido (caleidoscópico) que descaracteriza as suas próprias origens de oposição aos sociologistas. Parece que o positivismo é, atualmente, um método ocultista, isto é: abandonam-se os métodos e se encontra um jeito legal de fazer os problemas sumirem momentaneamente. O importante é desconsiderar a lei sem provocar reações fortes ou obedecer a lei se eficaz para a ocultação dos conflitos estruturais (misto Kelsen-Luhmann).<sup>220</sup>

<sup>218</sup> Cf. POSNER, Richard A. *Problemas de filosofia do direito*. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 176.

<sup>219</sup> Por conseguinte, é de se reclamar uma teoria (neo) institucionalista do processo, voltada a qualificar o discurso da procedimentalidade fundante do direito democrático, a que nos dedicamos, em que seja o processo instituição constitucionalizada de controle e regência popular soberana legitimante dos procedimentos como estruturas técnicas de argumentos jurídicos assegurados, numa progressiva relação espaço-temporal de criação, recriação transformação, extinção, fiscalização, aplicação (decisão) e realização (execução) de direitos, segundo os princípios do contraditório, isonomia e ampla defesa. (Cf. LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria Processual da Decisão Jurídica*. São Paulo: Landy, 2002, p.178-179)

<sup>220</sup> LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria Processual da Decisão Jurídica*. São Paulo: Landy, 2002, p. 64-65.



Desse modo, constata-se a insuficiência da decisão instrumentalista (caleidoscópica) em face das exigências do Estado Democrático de Direito, pois o discurso retórico dominante afirma que o magistrado deve cumprir e fazer cumprir a lei, mas a elevada missão social de promover a paz e distribuir justiça coloca-o na posição política privilegiada de prevalência sobre as normas jurídicas pré-existentes.

Na tensão entre positivismo e pragmatismo, optam pelo hibridismo<sup>221</sup> de um discurso estratégico que proporciona a visão de uma decisão judicial como uma sentença justa (simétrica), democrática (multicolorida) e com pretensões de irrecorribilidade (agradável aos olhos da parte observadora). Não se cogita da necessária revisitação à teoria fazzalariana (processo como procedimento em contraditório) e ao falibilismo popperiano para se obter eficácia processual e, portanto, legitimidade das decisões a partir da inclusão da parte como co-autora do conteúdo argumentativo das decisões normativas.

### **3.7 A Análise Econômica do Direito na contemporaneidade da ciência processual brasileira: a (im) possibilidade de testificação da efetividade da maximização da riqueza**

Investigar sobre as possibilidades de aproveitamento de uma teoria pragmática do sistema jurídico *common law* torna-se, ao mesmo tempo, um desafio e uma necessidade para a construção do conhecimento. A pesquisa desafia a comunidade jurídica na medida em que ela pode descartar proposições interessantes, aplicáveis ou não, que contribuiriam para o esclarecimento das instituições do sistema processual brasileiro.

---

<sup>221</sup> Os processualistas da escola instrumentalista trabalham com um híbrido positivismo, utilizam o ordenamento positivo para instituir o pragmatismo jurídico (valorização da prática jurisdicional do juiz na definição do direito) com as intermináveis reformas introduzidas no Código de Processo Civil. (Cf. ALVES DE ALMEIDA, Andréa. *Processualidade jurídica e legitimidade normativa*. Belo Horizonte: Fórum, 2005, p. 100).



Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais  
**Mestrado em Direito Processual**

Outrossim, a ausência de conhecimento do conteúdo das teorias importantes geram oportunidades de seu aproveitamento estratégico, sem a necessária testificação (crítica) pelos afetados que, no Estado Democrático de Direito, conquistaram a soberania popular pelo direito fundamental da processualidade jurídica das decisões.

Não se pode subestimar a importância dos aspectos econômicos da vida social, mas é preciso, com Popper, identificar similitudes da análise econômica do direito que pretende maximizar a riqueza da sociedade com a interpretação materialista da história<sup>222</sup> dos marxistas vulgares, cuja pretensão era explicar o curso da história justificando o comportamento dos indivíduos e dos grupos sociais a partir da motivação do lucro e do interesse de classes. No entanto, a análise de Popper sobre o materialismo histórico de Marx<sup>223</sup> rejeita a versão vulgar, propugnando por uma interpretação mais elevada dos fenômenos psicológicos (ambição e motivação do lucro):

[...] como sintomas da influência corruptora do *sistema social*, isto é, de um **sistema de instituições** desenvolvido durante o curso da história, como efeitos mais do que causas da corrupção, como repercussões antes que forças moventes da história. Certo ou errado via em fenômenos tais como a guerra, a depressão, o desemprego e a fome em meio à abundância, não o resultado de uma astuta conspiração da parte do *alto negócio* ou dos *imperialistas* fazedores de guerra, mas as indesejadas conseqüências sociais de ações dirigidas para resultados diferentes, por agentes que são aprisionados na rede do sistema social. Encarava os atores humanos no palco da história, inclusive os *grandes*, como simples títeres, irresistivelmente

<sup>222</sup> POPPER, Karl Raimund. *A Sociedade Aberta e Seus Inimigos*. Tradução de Milton Amado. Vol II. 3ª Ed. Belo Horizonte: Itatiaia, 1987, p. 107-117.

<sup>223</sup> Mas vale a pena recordar que, desde as suas origens no século XIX, havia no pensamento marxista ó ou pelo menos em certas vertentes do marxismo ó elementos que também estão bem representados na ideologia da globalização. Primeiro, o economicismo, ou seja, a idéia de que a história da humanidade é comandada, no essencial, por forças econômicas, em especial pela evolução das relações de produção e pelo progresso tecnológico. Segundo, o determinismo ou o fatalismo, vale dizer, a propensão a identificar inexorabilidades e irreversibilidades no curso da história. Terceiro, o internacionalismo, em especial a idéia de que a evolução do capitalismo tende a romper as fronteiras nacionais e a provocar a obsolescência do Estado nacional. (Cf. BATISTA JÚNIOR, Paulo Nogueira. *A economia como ela é...* São Paulo: Boitempo, 2005, p. 87)



Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais  
**Mestrado em Direito Processual**

movimentados por fios econômicos, por forças históricas sobre as quais não tinham controle.<sup>224</sup> (grifo nosso)

Com Popper, mas também com Marx, afastando-se do psicologismo social<sup>225</sup>, verifica-se a relevância de se repensar as instituições que compõem a complexa rede do sistema social. É certo que não se deve olvidar de que as pessoas, tal como propõe Posner, são estratégicas e agem movidas por seus próprios interesses, porém é preciso fortalecer instituições jurídicas que garantam a realização do Estado de Direito Democrático, pois somente elas podem dessacralizar e impessoalizar o exercício do Direito.<sup>226</sup>

Assim é que a instituição do processo sobressai-se, na contemporaneidade, como espaço democrático de uma cidadania que escreve a sua própria história como participante ativa da construção, alteração e aplicação dos provimentos (atos administrativos, leis e sentenças):

Nessa conjectura, a garantia de direitos pela instituição do processo constitucionalizado não decorre mais da autoridade de um Poder Legislativo ou Judiciário comprometido com a Administração Pública de uma realidade econômico-social extra-ordenamental, mas de um nível histórico-jurídico de uma comunidade política que não mais permitiria retrocessos em seus fundamentos constitucionais de processualização da atividade jurídico-procedimental.<sup>227</sup>

<sup>224</sup> POPPER, Karl Raimund. *A Sociedade Aberta e Seus Inimigos*. Tradução de Milton Amado. Vol II. 3ª Ed. Belo Horizonte: Itatiaia, 1987, p. 108.

<sup>225</sup> "Uma formulação concisa da oposição de Marx ao psicologismo, isto é, à plausível doutrina de que todas as leis da vida social devem ser, em última instância, redutíveis às leis psicológicas da natureza humana, está em seu famoso epigrama: Não é a consciência do homem que determina sua existência; antes, é sua existência social que determina sua consciência. (Cf. POPPER, Karl Raimund. *A Sociedade Aberta e Seus Inimigos*. Tradução de Milton Amado. Vol II. 3ª Ed. Belo Horizonte: Itatiaia, 1987, p. 96)

<sup>226</sup> LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria Geral do Processo*. 6ª ed. São Paulo: IOB Thomson, 2005, p. 81.

<sup>227</sup> LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria Geral do Processo*. 6ª ed. São Paulo: IOB Thomson, 2005, p. 101.



Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais  
**Mestrado em Direito Processual**

Institucionalizado o processo de construção das decisões jurídicas, num espaço assegurador de isonomia, ampla defesa e contraditório como conteúdo cogente da fundamentação dos provimentos estatais, perde relevância perquirir sobre aspectos psicológicos que motivam o comportamento social, retirando do magistrado a função de títere da economia, bem como sua obrigação de maximizar a riqueza da comunidade.

No atual estágio da ciência processual, o juiz não pode simplesmente valer-se de seu sentimento pessoal de justiça, de sua autoridade, ou de sua especialidade de compreender e fomentar a prosperidade social, tal como aceita-se no sistema realista e pragmático da *common law*, onde se espera que o judiciário possua compromisso com a nobre missão<sup>228</sup> de defender os interesses vitais daquela sociedade. Resolver o problema da efetividade processual pelo anacronismo de uma teoria da jurisdição pragmática<sup>229</sup> é, na contemporaneidade, investir o magistrado na condição de mecânico social utópico pretensamente capaz de comandar o navio colossal<sup>230</sup> da sociedade e que, portanto, não pode garantir a eficiência econômica das políticas públicas encontradas e definidas em suas decisões.

Importante afirmar que os próprios economistas não podem garantir a permanência do *ótimo de Pareto* nas transações de mercado e muito menos na implementação de políticas públicas que, por sua vez, são marcadas pelo risco do próprio negócio (empreendimento) e pelas vulnerabilidades externas que geralmente

---

<sup>228</sup> “[...] a ciência jurídica dos realistas tem funções sociais, pedagógicas e tecnológicas de evitar a explosão da sociedade pelo caminhar seguro de guias habilidosos (assembleia de especialistas ou república dos eruditos) que, ao desenvolverem uma interpretação preventiva das perturbações sociais (*praeter legem*), indicam soluções salvadoras da ordem jurídica.” (Cf. LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria Processual da Decisão Jurídica*. São Paulo: Landy, 2002, p. 67).

<sup>229</sup> Popper afirma que Marx foi quem desenvolveu as primeiras concepções de pragmatismo: “A ciência, ensinou, deveria fornecer resultados práticos. Olhai sempre para os frutos, as conseqüências práticas de uma teoria! Eles dirão até mesmo algo de sua estrutura científica. Uma filosofia ou uma ciência que não fornecem resultados práticos simplesmente interpretam o mundo em que vivemos; mas poderiam e deveriam fazer mais, deveriam mudar o mundo.” (Cf. POPPER, Karl Raimund. *A Sociedade Aberta e Seus Inimigos*. Tradução de Milton Amado. Vol II. 3ª Ed. Belo Horizonte: Itatiaia, 1987, p. 92)

<sup>230</sup> POPPER, Karl Raimund. *A Sociedade Aberta e Seus Inimigos*. Tradução de Milton Amado. Vol II. 3ª Ed. Belo Horizonte: Itatiaia, 1987, p. 94.



estão fora de controle (teoria dos jogos). É o que afirma Paulo Nogueira Batista Júnior ao se debater sobre os ~~consensos~~+dogmáticos do neo-liberalismo:

Os oráculos acadêmicos do modelo que nos impingiram vão certamente alegar, com ampla cobertura da mídia, que o programa liberal não foi inteiramente cumprido nem corretamente aplicado. **Eis aí uma vantagem inestimável do economista: nossas teses e recomendações raramente podem ser submetidas a um teste inequívoco.** Diante do fracasso, temos quase sempre o recurso de reclamar que **faltou um pedaço importantel, que o programa não foi suficientemente radicall, que foi mal aplicado.**<sup>231</sup> (grifo nosso)

Um juiz que fundamenta sua decisão no princípio da maximização da riqueza da sociedade terá, portanto, dificuldades de encontrar argumentos passíveis de testificação de legitimidade, justamente por ser altamente questionável a pretensão (mito) de objetividade e da neutralidade da ciência econômica como conteúdo de fundamentação de uma decisão jurídica.

Assim, quem acredita levar vantagem numa transação de mercado após avaliar a relação de custo e benefício (eficiência econômica), pode ~~nao se dar conta de que talvez nesse momento mesmo esteja sendo passado para trás por alguém sem o saber~~<sup>232</sup>.

É por isso que Habermas, mesmo reconhecendo a importância do direito como *médium* de transposição da teoria do discurso para o princípio da democracia, salienta a possibilidade de imposição de interesses não suficientemente filtrados, conferindo aparência<sup>233</sup> de legitimidade a iniciativas não democráticas.

<sup>231</sup> BATISTA JÚNIOR, Paulo Nogueira. *A economia como ela é...* São Paulo: Boitempo, 2005, p. 18.

<sup>232</sup> ROSA, Alexandre de Moraes. *A Constituição no país do jeitinho: 20 anos à deriva do discurso neoliberal (Law and Economics)*. In: Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica. Vol 1, n. 6. Porto Alegre: 2008, p. 34.

<sup>233</sup> Cf. HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre faticidade e validade*. Vol I, 2ª ed. Tradução: Flávio Breno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, p. 62. Habermas afirma textualmente: "Como meio



### 3.8 A ofelividade dos princípios institutivos do processo e o manejo da reserva do possível aplicada aos direitos e garantias individuais

O que se assiste nas reformas processuais, em nome de uma eficiência e de uma celeridade desarrazoada, é a supressão ou a restrição dos princípios institutivos do processo constitucional com a promessa (discurso estratégico proposto por Pareto) de redução dos custos da solução judicializada e de maximização da riqueza social:

Daí a crença popular, sempre estimulada pelo Judiciário, de que o Juiz pode fazer %justiça rápida+ aos pobres, prestar uma acolhedora %tela judicial+, porque, ao lhe ser facultado, por um talento especial, manejar a essência da lei, os direitos fundamentais do contraditório, ampla defesa, isonomia, direito ao advogado, à jurisdição gratuita, como extensão da procedimentalidade processualizada, seriam formalismos procrastinatórios do exercício imediato e prestante da instituição (intuição) holística da judicância.<sup>234</sup>

Em razão do flagrante *déficit* teórico sobre a efetividade processual, as modificações legislativas dificultam a compreensão do processo constitucional como espaço lógico-jurídico de consolidação da cidadania pela expansividade da soberania popular procedimentalizada.

Com efeito, na perspectiva pragmática, a instituição %processo+, longe de ser a marca da contemporaneidade e de se constituir no próprio paradigma do Estado Democrático de Direito, é reduzido a uma noção de transação judicial onerosa<sup>235</sup> que,

---

organizacional de uma dominação política, referida aos imperativos funcionais de uma sociedade econômica diferenciada, o direito moderno continua sendo um meio extremamente ambíguo da integração social. **Com muita frequência o direito confere aparência de legitimidade ao poder ilegítimo.** (grifo nosso).

<sup>234</sup> LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria Processual da Decisão Jurídica*. São Paulo: Landy, 2002, p. 74.

<sup>235</sup> Com efeito, no Brasil, o sistema Jurídico é acusado de ser dos principais obstáculos ao crescimento econômico, especificamente pelos custos necessários para o *contractual enforcement* e o *contractual repudiation*, ou seja, de se constituir um obstáculo ao *bem estar do mercado* na ótica neoliberal. O *custo país*, entendido como todos os custos acrescidos ao da transação, aponta para a ausência de maior eficiência do Poder Judiciário na garantia dos dogmas (propriedade privada e contrato), já que estes elementos seriam fundamentais para o perfeito funcionamento do mercado. A deficiente qualidade do sistema de Justiça é apontada como um dos fatores responsáveis pela estagnação



mediante a criação de atalhos (interditalidade<sup>236</sup>) para chegar ao provimento eficiente, precisa ser flexibilizado (instrumentalizado) para atender aos interesses metajurídicos do mercado.

Segundo Abbagnano, Vilfredo Pareto, criador do Curso de Economia Política em 1896, utilizou o termo *ofelividade*<sup>237</sup> para referir-se ao valor de uso como qualidade dos objetos econômicos. O que estrategicamente não se explicita, por certo, é a ofelividade<sup>238</sup> (o valor do uso ou a desejabilidade) dos princípios constitucionais sacrificados por elevar o custo do sistema e, portanto, o preço democrático que se paga pela eficiência econômica:

Entendo-se a Jurisdição como se contrato fosse; os custos da transação expressos pelos custos globais da Justiça (custas judiciais, advogados, tempo investido, etc) tornam, de regra, a resolução judicial ineficiente do ponto de vista econômico.[...] O discurso político hegemônico consiste em despolitizar as questões sociais, indicando um caminho natural mercadológico das coisas. O antagonismo social é relevado em nome dos interesses da comunidade inserida na ordem mundial. A eficiência faz com que as idéias que funcionam sejam aplicadas irrefletidamente, sem demoras.<sup>239</sup>

---

econômica, demandando, assim, um realinhamento à nova ordem mundial. (Cf. ROSA, Alexandre de Moraes. *A Constituição no país do jeitinho: 20 anos à deriva do discurso neoliberal (Law and Economics)*. In: Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica. Vol 1, n. 6. Porto Alegre: 2008, p. 20-21).

<sup>236</sup> Causando estranheza a Rosemiro Pereira Leal, Ovídio Batista considera os interditos romanos como *õforma superior de tutela jurisdicionalõ exercida por õjuizes democraticamente responsáveisõ que se colocam entre a õlei e seus consumidoresõ. (Cf. LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria Processual da Decisão Jurídica*. São Paulo: Landy, 2002, p. 18; BAPTISTA DA SILVA, Ovídio Araújo. *Jurisdição e Execução na tradição romano-canônica*. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 197).*

<sup>237</sup> ABBAGNANO, Nicola. *Dicionário de Filosofia*. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 848.

<sup>238</sup> õTermo criado por Vilfredo Pareto (Curso de Economia Política, 1896) para designar com uma só palavra e com mais precisão aquilo a que muitas vezes se chamou valor de uso, quer dizer, a característica de um objeto que consiste no fato de ele corresponder ao desejo de um dado indivíduoõ. (Cf. LALANDE, André. *Vocabulário Técnico e Crítico da Filosofia*. São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 765).

<sup>239</sup> ROSA, Alexandre de Moraes. *A Constituição no país do jeitinho: 20 anos à deriva do discurso neoliberal (Law and Economics)*. In: Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica. Vol 1, n. 6. Porto Alegre: 2008, p. 24-25.



Então, de forma velada, a racionalidade econômica radicaliza o manejo da reserva do possível<sup>240</sup> ampliando sua aplicação para além dos direitos sociais, conforme sua teorização inicial, afetando a interpretação e a aplicação dos direitos e garantias fundamentais individuais (ai incluindo a instituição do devido processo constitucional), e reduzindo a dignidade da cidadania pela mitigação dos princípios da ampla defesa, contraditório e isonomia.

Na esteira de Pareto, defensor e teorizador de uma democracia dependente de uma elite governativa, a cláusula de reserva do possível é aplicada não só como condicionante fática e jurídica dos direitos sociais que exigem uma prestação positiva do Estado, mas agora, por via da necessidade da redução de custos globais da função jurisdicional<sup>241</sup>, expande seus efeitos como conteúdo do discurso de justificação dos provimentos legislativos que restringem direitos fundamentais que, em tese, não geram custos para serem efetivados, ou seja, não afetam diretamente o orçamento público.

Daí infere-se que no imbricamento da maximização de riqueza, como alternativa à impossibilidade de realização jurisdicional do *ótimo* de Pareto, e da radicalização da reserva do possível, como justificação de uma democracia condicionada por uma realidade definida segundo os interesses de mercado (economicismo), surge a

---

<sup>240</sup> A utilização da expressão reserva do possível tem, ao que se sabe, origem na Alemanha, especialmente a partir do início dos anos de 1970. De acordo com a noção de reserva do possível, a efetividade dos direitos sociais a prestações materiais estaria sob a reserva das capacidades financeiras do Estado, uma vez que seriam direitos fundamentais dependentes de prestações financiadas pelos cofres públicos. A partir disso, a reserva do possível (*Der Vorbehalt des Möglichen*) passou a traduzir [...] a idéia de que os direitos sociais a prestações materiais dependem da real disponibilidade de recursos financeiros por parte do Estado, disponibilidade esta que estaria localizada no campo discricionário das decisões governamentais e parlamentares, sintetizadas no orçamento público. (Cf. SARLET, Ingo Wolfgang. *Os direitos fundamentais sociais e os vinte anos da constituição federal de 1988: resistência e desafios à sua eficácia e efetividade*. In: Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica. Vol 1, n. 6. Porto Alegre: 2008, p. 186)

<sup>241</sup> Esta é a preocupação central de Marcelo ZenKner: "É mais, o economista Ronald Coase, ganhador do prêmio Nobel de 1991, demonstrou que os custos de transação das empresas em países com sistemas judiciais inoperantes geram ineficiências enormes que destroem a capacidade das mesmas de competir globalmente. Com uma justiça emperrada, concluiu Coase, nenhum país pode ter êxito em um mundo cada vez mais integrado e de competição econômica quase selvagem. (Cf. ZENKNER, Marcelo. *Ministério Público e efetividade do processo civil*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006, p. 18).



intelecção do princípio jurídico como "mandado de otimização"<sup>242</sup>, de Robert Alexy, como discurso estratégico que visa a obtenção da resignação (aceitação e obediência) do cidadão excluído do devido processo constitucional de construção dos provimentos.

Assim, se os princípios institutivos do processo<sup>243</sup> (ampla defesa, isonomia e contraditório) podem se entendidos como mandados de otimização, ou seja, podem ser manejados em vários graus diferentes por juízes pretensamente conscientes de sua responsabilidade social e democrática, para que se realizem da melhor forma possível de acordo com as possibilidades fáticas e jurídicas, tendo em conta a "reserva do possível", não seria de todo desarrazoado teorizar o processo constitucionalizado embasado pela análise econômica do direito.

Contudo, contrariamente às teorias já testificadas no Estado Democrático de Direito, a proposta de fundamentação do discurso de aplicação de princípios jurídicos de forma gradual e valorativa de Alexy não efetivam o devido processo constitucional, mas otimiza, velada e estrategicamente, a %talentosa liberdade que se concede ao feitor e aplicador da lei em seus solitários saberes<sup>244</sup>.

## CAPÍTULO IV

---

<sup>242</sup> Para Alexy, regras e princípios seriam normas jurídicas, mas o ponto decisivo para distinção entre ambas as espécies estaria em que os princípios seriam aplicados na medida mais elevada possível, levando-se em conta as possibilidades jurídicas e fáticas consideradas (adequabilidade). Na hipótese de colisão ou conflito entre princípios (tensão entre princípios, cada princípio teria de ceder perante o outro, de modo que ambos atuassem em termos ótimos, ou seja, o melhor possível. Assim, para Alexy, os princípios seriam enunciados, preceitos ou mandados de otimização (*Optmierungsgebote*). (Cf. DIAS, Ronaldo Brêtas de Carvalho. *Responsabilidade do Estado pela função jurisdicional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 120)

<sup>243</sup> LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria Geral do Processo*. 6ª ed. São Paulo: IOB Thomson, 2005, p. 109.

<sup>244</sup> LEAL, Rosemiro Pereira. *A principiologia jurídica do processo na teoria neo-institucionalista*. In: Uma Pesquisa Institucional de Estado, Poder Público e União na Constitucionalidade Brasileira. LEAL, Rosemiro Pereira coord.); Carlos H. (Org.) et ali. Belo Horizonte: Del Rey, 2008, p. 502.



## ANÁLISE DOS ELEMENTOS CONFIGURATIVOS DA EFETIVIDADE NA PERSPECTIVA DA ESCOLA INSTRUMENTALISTA DO PROCESSO

### 4.1 A incompatibilidade de um *Í* processo possível<sup>l</sup> no Estado Democrático de Direito

O processo efetivo, no Estado Democrático de Direito, suplica uma revisão teórica dos seus fundamentos a partir de uma testificação constante dos postulados ultrapassados da modernidade<sup>245</sup> (poder, tradição, certeza, autoridade, segurança, justiça, bem comum, vontade da maioria, dentre outros).

A tarefa de *decidir*, para obter validade e legitimidade democrática, não pode mais ser concebida, desde a Constituição de 1988, como atribuição exclusiva de um julgador dotado de virtudes especiais decorrentes de uma mente privilegiada, guardadora de um saber inacessível ao cidadão.

Após a experiência dos governos autoritários, historicamente situados tanto no eixo norte (centro) quanto no eixo sul (periferia) de um mundo economicamente globalizado<sup>+</sup>, a exigência democrática de compartilhamento isegórico do espaço decisório com os destinatários do provimento, como condição de ingresso na pós-modernidade<sup>246</sup>, tornou-se um imperativo resistente às críticas (testificações) e à fiscalidade incessante da epistemologia contemporânea.

---

<sup>245</sup> ã...confrontam-se a teoria discursiva das decisões, que marca a passagem para a pós-modernidade da constitucionalidade democrática, e as arcaicas ideologias da sentença proferida em fundamentos de metodologias estratégicas (Carlos Maximiliano e seus seguidores) do Estado liberal clássico e do Estado social de direito. (Cf. LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria Processual da Decisão Jurídica*. São Paulo: Landy, 2002, p. 15).

<sup>246</sup> LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria Processual da Decisão Jurídica*. São Paulo: Landy, 2002, p. 82.



Paradoxalmente, as recentes e constantes reformas das normas processuais caminham dissociadas da realidade constitucional brasileira, ignorando a soberania popular procedimentalizada como fator legitimante das decisões estatais, seja no âmbito administrativo, legislativo ou judicial.

É recorrente valer-se o legislador pátrio, atuando como homologador cego (incapaz de crítica) das hipóteses constitucionais para iniciativas de lei, de estratégias de sumarização de cognição, incremento da interditalidade, ampliação da discricionariedade e efetivação da jurisdição como centro gravitacional do processo, esquecendo-se (ou omitindo-se conscientemente) do seu dever de elaborar normas infraconstitucionais segundo a expansividade, a variabilidade e a perfectibilidade do modelo constitucional do processo<sup>247</sup>.

Desse modo, através de técnicas específicas (súmulas vinculantes, concentração do controle de constitucionalidade, sentenças clonadas, dentre outras), assiste-se, com as mencionadas reformas, o aumento do risco de controle (censura) e determinação de conteúdo das decisões judiciais numa sociedade constitucionalmente estabelecida como pluralista e descentralizada, sempre em nome de uma celeridade e de uma efetividade inesclarecida no contexto do Estado Democrático de Direito.

Em linhas gerais, pretende-se, neste capítulo, a partir das implicações decorrentes da compreensão do processo como instituição constitucionalizada, denunciar o perigo do pragmatismo das decisões judiciais no Estado de Direito Democrático, bem como os riscos da ampliação dos efeitos do impulso oficial (celeridade) como argumento de flexibilização do processo constitucional.

---

<sup>247</sup> O modelo constitucional do processo eleva o nível das garantias constitucionais, colocando-as como essenciais à sua caracterização e fornece um esquema geral de processo que deve ser observado pelo legislador infraconstitucional. (Cf. ANDOLINA, Ítalo Augusto. *O papel do processo na atuação do ordenamento constitucional e transnacional*. Revista de Processo. Nr 87. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 63-69. Ver também CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. *Jurisdição e Hermenêutica Constitucional*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004, p. 47-78).



Em contraposição da noção de um processo possível, apresentar-se-á, ainda que de forma propedêutica, as bases teóricas do processo efetivo no Estado Democrático Direito.

#### **4.2 A teoria da efetividade processual a partir de uma principiologia jurídica da normatividade democrática.**

Para chegar à noção mais adequada da efetividade processual, no marco teórico do Estado Democrático de Direito, é preciso, antes, esclarecer que principiologia jurídica cinge-se ao estudo dirigido à elucidação dos princípios criados pelo Direito Positivo<sup>248</sup> (direito pós-ativo<sup>249</sup> ou direito a ser ativado), especialmente expressos nos enunciados das normas constitucionais, e não dos princípios advindos de uma mente privilegiada e talentosa de uma autoridade ou de uma necessidade mercadológica (factualidade).

É a própria Constituição que expressa os princípios da ampla defesa, contraditório e isonomia como elementos necessários da base jurídico-existencial do Processo, conferindo-lhe a configuração de uma instituição constitucionalizada que deve ser referenciada na expansividade de suas implicações procedimentais.

Portanto, não podem os pragmáticos manejar estrategicamente a aplicação gradual<sup>250</sup> (otimização ou ponderação de valores de Alexy) dos princípios institutivos do

---

<sup>248</sup> LEAL, Rosemiro Pereira. *Direito econômico: soberania e mercado mundial*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005, p. 3.

<sup>249</sup> LEAL, Rosemiro Pereira. *A principiologia jurídica do processo na teoria neo-institucionalista*. In: Uma Pesquisa Institucional de Estado, Poder Público e União na Constitucionalidade Brasileira. LEAL, Rosemiro Pereira coord.); Carlos H. (Org.) et alii. Belo Horizonte: Del Rey, 2008, p. 498.

<sup>250</sup> Habermas, ao criticar a falsa metodologia de controle de constitucionalidade da corte alemã, assim se expressa: "Para o Tribunal Constitucional Federal, a Lei Fundamental da República Federal da Alemanha não constitui tanto um sistema de regras estruturado através de princípios, mas uma ordem concreta de valores. Böckenförde, concordando com o teor de fundamentações importantes de juízos do Tribunal Constitucional Federal, também interpreta os princípios como valores: normas fundamentais objetivas devem apoiar-se em decisões valorativas. [...] ele adere à proposta de R. Alexy, a qual consiste em interpretar os princípios transformados em valores como mandamentos de otimização, de maior ou menor intensidade. Essa interpretação vem ao encontro do discurso da ponderação de valores, corrente entre juristas, o qual, no entanto, é frouxo. [...] Princípios ou normas mais elevadas,



processo que, na contemporaneidade, são referentes lógico-jurídicos balizadores dos conceitos jurídicos deles inferidos<sup>251</sup>.

É por isso que Habermas conclui sua crítica à metodologia de controle da constitucionalidade da jurisprudência de valores no sentido de que os direitos fundamentais, ao contrário, [...] não caem sob uma análise dos custos e vantagens<sup>252</sup>, nos moldes da análise econômica do direito. No mesmo sentido a afirmação de Cattoni de Oliveira:

[...] um direito não pode ser compreendido como um bem, mas como algo que é devido e não como algo que seja (meramente) atrativo. Bens e interesses, assim como os valores, podem ter negociada a sua aplicação, são algo por que se pode ou não optar, já que estará tratando de preferências otimizáveis. Já direitos, não. Tão logo os direitos sejam compreendidos como bens ou valores, eles terão que competir no mesmo nível que esses pela prioridade no caso individual.<sup>253</sup>

Assim, no Estado Democrático de Direito, a aplicação dos princípios institutivos do processo não são cambiáveis numa análise de custo e benefício, não são restringíveis pela reserva do possível, nem realizados na melhor medida do possível como concessão (benevolência) da autoridade.

A ausência de contraditório, ampla defesa e isonomia, no marco teórico do neo-institucionalismo, deslegitima a decisão jurídica e compromete a própria existência de

---

em cuja luz outras normas podem ser justificadas, possuem um sentido deontológico, ao passo que os valores têm um sentido teleológico. Normas válidas obrigam seus destinatários, sem exceção em igual medida, a um comportamento que preenche expectativas generalizadas, ao passo que valores devem ser entendidos como preferências compartilhadas intersubjetivamente. (Cf. HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre faticidade e validade*. Vol 1, 2ª ed. Tradução: Flávio Breno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, p. 315-316)

<sup>251</sup> LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria Geral do Processo*. 6ª ed. São Paulo: IOB Thomson, 2005, p. 110.

<sup>252</sup> HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre faticidade e validade*. Vol 1, 2ª ed. Tradução: Flávio Breno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, p. 322.

<sup>253</sup> CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. *Direito Processual Constitucional*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2001, p. 151.



processo constitucional por meio do qual os afetados (destinatários) das normas coercitivas se reconhecem como co-autores racionais<sup>254</sup> do provimento.

#### **4.3 Equivocidades do discurso definidor dos elementos í configurativosí da efetividade processual**

Zenkner<sup>255</sup>, alinhado à escola instrumentalista e preocupado com as necessárias reformulações das funções praticadas pelo Ministério Público, apresenta a simplicidade (informalidade), a operosidade, a celeridade (tempestividade) e a especificidade como elementos configurativos (integrantes) da efetividade processual.

No entanto, como se verá no próximo capítulo, a identificação de tais componentes apenas indica (informa) a teoria da efetividade no Estado Democrático de Direito, pois o conteúdo discursivo ainda se mostra insuficiente para esclarecer a formação ou a própria existência de um processo efetivo na contemporaneidade.

Assim, antes de indicar os requisitos de uma teoria da efetividade processual para o neo-institucionalismo, é preciso, ainda que de forma sucinta, criticar (testificar) a teoria de Zenkner para esclarecer seu conteúdo e, se for o caso, apontar aporias ou insuficiências do discurso no Estado Democrático de Direito.

---

<sup>254</sup> HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre faticidade e validade*. Vol 1, 2ª ed. Tradução: Flávio Breno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, p. 54.

<sup>255</sup> ZENKNER, Marcelo. *Ministério Público e efetividade do processo civil*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006, p.12. Diga-se, ainda, que o Ministério Público, dada à sua incumbência constitucional de atuar na defesa da ordem jurídica e do regime democrático, já foi criticado por reforçar o discurso estratégico de desconsideração do papel do cidadão na formação dos provimentos estatais: *õEntretanto, o Judiciário e o Legislativo, sem qualquer reação do Ministério Público, negando vigência à norma fundamental de resistência democrática do legislador ordinário (o cidadão), têm restringido, por condutas várias, num retrocesso octocentista, o círculo de intérpretes da constituição aos sítios privilegiados de um controle concentrado de órgãos e poderes do arcaico Estado Liberal ou social de direito e por entes corporativizados, pseudo-institucionais, associativos ou empresariais, mediante o atuar de uma õjurisdiçãoõ estranha e avessa ao paradigma da teoria da democraciaõ*. (Cf. LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria Processual da Decisão Jurídica*. São Paulo: Landy, 2002, p.134)



Diga-se, por oportuno, que a obra de Zenkner foi escolhida por apresentar argumentos de forma racional e didática (organização do saber), mas também pelo fato do autor integrar o Ministério Público, instituição responsável pela defesa da ordem jurídica democrática estabelecida pela constituição brasileira e que, portanto, poderia reagir contra as tentativas de redução da soberania popular que apenas vota e se submete (aceita, obedece<sup>256</sup>) aos poderes constituídos.

#### **4.3.1 Simplicidade e informalidade: a oralidade, a economia processual e a instrumentalidade das formas como indicadores de efetividade**

Sem esclarecer se foi influenciado por Alexy, Zenkner realça que, para o intérprete e aplicador da lei processual, seria imprescindível ~~perquirir~~ pela valoração normativa inserta em seu conteúdo<sup>257</sup>, pois o que importa é averiguar se, no caso concreto, o ato processual alcançou sua meta ou serviu a sua finalidade. Expressamente influenciado por Luiz Guilherme Marinoni, instrumentalista de escol, integrando do Ministério Público do Espírito Santo, reconhece as virtudes dos procedimentos do Juizado Especial:

Assim, é forçoso concluir que menor dose de solenidade e formalismo contribuirá enormemente para suavizar o desconforto do ingresso em juízo, vindo exatamente daí a filosofia implantada pelos Juizados Especiais Cíveis. Nesse sentido, deixa expresso o art. 2º da respectiva lei regulamentadora (Lei 9099/1995) que o processo deve ser orientado pelos critérios da simplicidade e da informalidade, exatamente porque verificou o legislador que a submissão obrigatória do jurisdicionado às vias judiciais tradicionais para a solução de causas menos complexas importaria em negação, por via oblíqua, do acesso à justiça e do direito de ação.<sup>258</sup>

<sup>256</sup> Vide as posições de Paulo Nader e Norberto Bobbio apresentadas no Capítulo I.

<sup>257</sup> ZENKNER, Marcelo. *Ministério Público e efetividade do processo civil*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006, p. 29.

<sup>258</sup> ZENKNER, Marcelo. *Ministério Público e efetividade do processo civil*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006, p.30.



O que se percebe, a seguir a linha de argumentação ora exposta, apesar da nobreza dos propósitos, é a flagrante confusão entre efetividade processual e efetividade jurisdicional. Sem mencionar as dificuldades da definição do que venha a ser uma causa complexa ou uma causa simples num país de excluídos, o desconforto do cidadão ao exercer seu direito de ação não pode ser atribuído à observância, pelo juiz, dos princípios institutivos do processo constitucionalizado, mas, antes, pelo arcaísmo da interditalidade romana e pela idiosincrasia do magistrado na apreciação (cognição) das provas.

Portanto, diante da proposição teórica que aponta a simplicidade (informalidade) como elemento de efetividade, torna-se importante revisitar os princípios informativos do processo, especialmente a oralidade, a economia processual e a instrumentalidade das formas no marco teórico do Estado Democrático de Direito, ou seja, como variáveis lógico-jurídicas dos princípios institutivos do processo que não são exclusivos do procedimento adotado nos Juizados Especiais.

A observância da oralidade, assim, torna-se um inferente lógico-jurídico do instituto da ampla defesa e não um reforço da sacralidade (a palavra tem poder) da voz solipsista do magistrado na condução dos procedimentos inerentes à administração da justiça (exercício da função jurisdicional<sup>259</sup>). Para o neo-institucionalismo, a oralidade apresenta-se como um dever do Estado-juiz incluir o cidadão no processo decisório, inclusive os mais humildes, por meio do compartilhamento isegórico:

O princípio da oralidade opera-se pela imediação ou imediatividade que consiste na aproximação das partes, juiz, demais sujeitos do processo, testemunhas, informantes, para, participando democraticamente do círculo hermenêutico (interpretativo) dos fatos suscitados no *iter* (andamento) procedimental, possam transmitir, uns aos outros, na presença do

---

<sup>259</sup> DIAS, Ronaldo Brêtas de Carvalho. *Responsabilidade do Estado pela função jurisdicional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 95.



Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais  
**Mestrado em Direito Processual**

juiz, impressões e entendimentos sobre a realidade litigiosa regida pelo processo.<sup>260</sup>

A busca pela efetividade por meio da economia processual, na contemporaneidade, não pode ser compreendida como conteúdo do discurso de justificação para a redução das atividades cognitivas, como querem os instrumentalistas, elegendo a duração do processo e o custo financeiro da solução judicializada como vícios a serem superados pela argúcia e o talento dos cientistas do processo e dos legisladores<sup>261</sup>.

Na verdade, a economia processual é apresentada como argumento de combate à cognição exauriente, pois a cognição sumária:

[...] atende à exigência da economia (evitando o custo do processo de cognição plena quando inexistir uma contestação idônea que a justifique) e impede tanto o abuso de direito de defesa por aquele que efetivamente não tenha razão, quanto o comprometimento da efetividade da tutela pela natural demora do processo de cognição plena.<sup>262</sup>

Por essa via, verifica-se uma tendência de sumarização da cognição como solução para a questão que, submetida à testificação no marco teórico do Estado Democrático de Direito, torna-se argumento insuficiente e até mesmo violador dos direitos fundamentais à ampla defesa<sup>263</sup> e ao contraditório, pois a economia processual:

Não se trata do parâmetro econômico financeiro do *custo-benefício*. No Estado Democrático de Direito não há cogitar

<sup>260</sup> LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria Geral do Processo*. 6ª ed. São Paulo: IOB Thomson, 2005, p. 113.

<sup>261</sup> BAETA, Edson Ribeiro. *Procedimento Sumaríssimo e Cognição exauriente*. In: Estudos Continuidos de Teoria do Processo. Vol. II. Rosemiro Pereira Leal (Coord). Porto Alegre, Síntese, 2001, p. 157.

<sup>262</sup> MARCATO, Antônio Carlos. *O processo monitorio brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 29.

<sup>263</sup> Referindo-se ao instituto da ampla defesa, Rosemiro Pereira Leal explica: "Há de ser ampla, porque não pode ser estreitada (comprimada) pela sumarização do tempo a tal ponto de excluir a liberdade de reflexão cômoda dos aspectos fundamentais de sua produção eficiente. É por isso que, a pretexto de celeridade processual ou efetividade do processo, não se pode, de modo obcecado, suprimindo deficiências de um Estado já anacrônico e jurisdicionalmente inviável, sacrificar o tempo da ampla defesa, que supõe a oportunidade de exaurimento das articulações de direito e produção de prova". (Cf. LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria Geral do Processo*. 6ª ed. São Paulo: IOB Thomson, 2005, p. 112)



Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais  
**Mestrado em Direito Processual**

resultados financeiros e econômicos pelo encurtamento da atividade processual ou na rapidez (celeridade) dos procedimentos para otimização do custo do serviço público ou do pronto atendimento dos pleitos judiciais, pois a única vantagem buscada pela lei processual é assegurar, de modo irrestrito, o direito-garantia da ampla defesa, do contraditório e da isonomia.<sup>264</sup>

Na perspectiva de Dinamarco, o princípio da instrumentalidade das formas é manejado para justificar a compreensão do próprio processo como mero instrumento da jurisdição<sup>265</sup>, transformando o juiz numa espécie de guardião-mosqueteiro<sup>266</sup> do sistema jurídico, social e econômico, que, com proficiência egressa da sensibilidade e da sua rara agilidade mental, assume a função de distribuir paz social com celeridade.

Todavia, no Estado Democrático de Direito, o princípio da instrumentalidade das formas<sup>267</sup> como inferente lógico-jurídico está plenamente recepcionado e sedimentado como critério limitador da teoria das nulidades processuais, possibilitando o aproveitamento dos atos procedimentais relativamente anuláveis.

#### 4.3.2 Operosidade

Sem esclarecer se foi influenciado por Wach<sup>268</sup>, Zenkner entende que o sistema processual deve possuir instrumentos de tutela adequados para desobstruir as vias jurisdicionais, de forma a assegurar o direito daquele que tem razão, ou seja, de modo que juiz possa lançar mão de expedientes que assegurem essa utilidade prática e concreta da tutela a ser dispensada<sup>269</sup>. E, para tanto, aponta a antecipação de tutela

<sup>264</sup> LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria Geral do Processo*. 6ª ed. São Paulo: IOB Thomson, 2005, p. 116.

<sup>265</sup> DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do Processo*. 5ª ed. São Paulo, 1996, p. 348. Reforçando o princípio inquisitivo no processo civil, Dinamarco apóia-se em Liebman para afirmar: "Por outro lado, sabe-se que, não sendo o processo um negócio em família mas instrumento estatal para o exercício do poder [...]."

<sup>266</sup> LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria Processual da Decisão Jurídica*. São Paulo: Landy, 2002, p.105.

<sup>267</sup> LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria Geral do Processo*. 6ª ed. São Paulo: IOB Thomson, 2005, p. 116.

<sup>268</sup> HENNING, Fernando Alberto Corrêa. *Ação Concreta: relendo Wach e Chiovenda*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2000.

<sup>269</sup> ZENKNER, Marcelo. *Ministério Público e efetividade do processo civil*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006, p. 31.



como a grande inovação, inserta no artigo 273 do Código de Processo Civil, das reformas processuais que buscam a efetividade processual.

Assim, pelo que se pode depreender da argumentação de ZenKner, a operosidade se realiza na medida em que há uma equivalência entre o decidido pelo juiz e o concretamente obtido, o que equivaleria dizer que, preenchidas as condições genéricas (prova inequívoca e verossimilhança da alegação) e específicas (dano irreparável ou de difícil reparação e abuso de defesa ou propósito protelatório do réu) para antecipação da tutela, estaria o magistrado autorizado a antecipar, ainda que provisoriamente, a tutela (proteção) jurisdicional por meio da sumarização da cognição e da supressão dos princípios institutivos do processo.

Na verdade, partindo-se da orientação neo-institucionalista, o juiz não antecipa efeitos da futura sentença (tutela jurisdicional), mas aplica-se a tutela da lei por via de uma decisão interlocutória<sup>270</sup> em atenção ao princípio da reserva legal.

Em se tratando o processo de uma instituição constitucionalizada que rege a criação, interpretação e aplicação dos procedimentos do devido processo legal, vinculando o legislador infraconstitucional, resta saber se o juiz poderá soberanamente antecipar a tutela legal requerida, em nome da efetividade processual, escudando-se apenas nas razões do seu convencimento (artigo 131 do Código de Processo Civil). A favor da decisão fundada no livre convencimento motivado do juiz, é conhecida a passagem de Nelson Nery:

Quando a citação do réu puder tornar ineficaz a medida, ou, também, quando a urgência indicar a necessidade de concessão imediata da tutela, o juiz poderá fazê-lo *inaudita altera pars*, que não constitui ofensa, mas sim limitação imanente do contraditório, que fica diferido para momento posterior do procedimento.<sup>271</sup>

<sup>270</sup> LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria Geral do Processo*. 6ª ed. São Paulo: IOB Thomson, 2005, p. 152.

<sup>271</sup> NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de Processo Civil Comentado e legislação extravagante*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 648. No mesmo sentido, Dierle José Coelho Nunes também admite a possibilidade do contraditório sucessivo, postecipado ou *ex-post* para assegurar a eficácia do provimento e



Todavia, a escolha da hipótese legal encaminhadora da decisão de antecipação de tutela não pode, na contemporaneidade, ficar adstrita à subjetividade do decisor, como que *captado de algo metafísico, religioso e revelado por este novo homem sagrado da sociedade moderna, o magistrado*<sup>272</sup>, pois, presentes os pressupostos de inequívocidade da prova e a verossimilhança das alegações, deve-se definir (aferrir) no procedimento se há fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação ou, ainda, se há abuso de defesa ou propósito protelatório do réu. Daí a conclusão de Rosemiro Pereira Leal:

Assim, concorrentemente ou, por exclusão de um deles, os aspectos de receio de dano irreparável ou abuso do direito de defesa devem ser de inferência possível no momento da antecipação da tutela do art. 273 do CPC, exigindo-se, portanto, para a legalidade do ato sentencial, que a oportunidade de defesa já tenha sido dada ao réu no instante da antecipação total ou parcial da tutela pretendida no pedido inicial. Daí a impossibilidade de se falar em liminar *inaudita altera parte* na antecipação de tutela no Processo de Conhecimento ao qual açodadamente se agregou o instituto criado pelo art. 273 do CPC.<sup>273</sup>

Ressalte-se que, se houver configurado o abuso do direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório, ficaria de todo desarrazoado sequer imaginar supressão de contraditório no *iter* procedimental viabilizador do instituto da antecipação de tutela legal, ficando o perigo de dano irreparável como hipótese legal de maior incidência de decisão de antecipação de tutela legal com restrição do contraditório.

---

quando houver maior adequabilidade de aplicação de algum outro princípio constitucional. (Cf. NUNES, Dierle José Coelho. *O princípio do contraditório*. In: Revista de Direito Civil e Processo Civil. Porto Alegre: Síntese, n.29, Mai/Jun, 2004, p. 80-81). O próprio FAZZALARI admite que, por vezes, a jurisdição realiza-se por mero procedimento, isto é, sem contraditório: *õ[...] quando se apresenta risco para a aplicação de cautela, o juiz pode concedê-la inaudita altera parte, por despacho, com base nas informações sumárias (com a obrigação, todavia, de instituir o contraditório para a confirmação, ou a revogação, ou a modificação do provimento)õ*. (Cf. FAZZALARI, Elio. *Instituições de Direito Processual*. Trad. 8ª. Ed. Elaine Nassif. 1ª. Ed. Campinas: Bookseller, 2006, p. 139 e 247).

<sup>272</sup> CALMON DE PASSOS, José Joaquim. *Cidadania e efetividade do processo*. Revista de Direito Civil e Processual Civil. Porto Alegre: Síntese, Set/Out. 1999, p. 33.

<sup>273</sup> LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria Geral do Processo*. 6ª ed. São Paulo: IOB Thomson, 2005, p. 161.



Não há dúvida de que a antecipação da tutela legal constitui-se em valiosa técnica de aceleração procedimental manejável no Estado Democrático de Direito, desde que não se desfigure ou torne inefetivo o processo constitucional<sup>274</sup>, principalmente em relação às alegações incontroversas e aos direitos fundamentais já acertados no plano constitucionalizado.

No entanto, as tutelas de urgência proferidas mediante cognição sumária, além de não proporcionar uma necessária maturação das questões no espaço de compartilhamento isegórico, deveriam ser medidas excepcionais e não a regra<sup>275</sup>, como se tornou para boa parte dos operadores do direito. Na visão neo-institucionalista, porém, a tutela judicial não se legitima:

Ou seja, formalização de defesa após antecipação de tutelas ou cautelas, com exclusão do advogado na estruturação do procedimento, a pretexto de legalidade em parâmetros herméticos, tais como: verossimilhança; dano irreparável; prova inequívoca; *fumus boni jûris*; *periculum in mora*; o-juiz-poderá; se-for-o-caso; fica-facultado-ao-juiz; preço-vil; o-juiz-deciderá-o-processo-com-liberdade; o-juiz-adotará-decisão-que-reputar-mais-justa-e-equânime; enfim, um relicário ordálico da Lei Processual Civil Brasileira só decifrável pelo transcendental poder do juiz+e

<sup>274</sup> A cautelaridade decisória ou a tutelaridade antecipada, em suas variáveis procedimentais, preventivas, preparatórias, inibitórias, mandamentais ou executivas, somente se legitimam na constitucionalidade do direito democrático, se realizadas sob o devido processo constitucional, no qual os princípios do contraditório, ampla defesa e isonomia que lhe são institutivos, à finalidade de liminar atendimento *inaudita altera parte*, já tenham sido atendidos, na estrutura procedimental constituinte, em devido processo legislativo de criação normativa das situações jurídicas (direitos-garantias) de fundamentalidade não cambiáveis (liberdade, igualdade, dignidade, patrimonialidade), desde que também suscetíveis de ampla e intercorrente correição na estrutura espaço-temporal discursiva dos procedimentos instaurados ao pleito das denominadas tutelas de urgência. (Cf. LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria Processual da Decisão Jurídica*. São Paulo: Landy, 2002, p. 157).

<sup>275</sup> Esta é preocupação de Paulo Hofmam, mas com motivação estranha à contemporaneidade: ãÉ natural que o advogado assimile a angústia e a necessidade do cliente e que brigue para minimizá-la e para recompensar a confiança nele depositada, mas não se pode neste afã por justiça e celeridade esquecer de que o magistrado não é uma máquina sempre pronta a decidir em tempo exíguo e sem a devida preparação. Em sentido inverso, porém, deve o bom juiz se lembrar de que o advogado é a voz do jurisdicionado a clamar por justiça e a esperar a efetiva e contemporânea proteção do seu direito para que haja, assim, cooperação e respeito entre advogado e juiz, neste importante mister público. (Cf. HOFFMAN, Paulo. *Razoável Duração do Processo*. São Paulo: Quartier Latim, 2006, p. 146) . Sobre a figura do bom juiz ou do complexo de Magnaud, ver DIAS, Ronaldo Brêtas de Carvalho. *Responsabilidade do Estado pela função jurisdicional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 134.



Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais  
**Mestrado em Direito Processual**

não pelo direito das partes+que deveria ser expresso em normas claras e facilmente inteligíveis e cumpridas em contraditório.<sup>276</sup>

A questão, então, para os instrumentalistas, se resolve mediante a entrega da responsabilidade ao juiz no sentido de não permitir *que a garantia do devido processo legal, com ampla defesa e o contraditório que lhe são inerentes, se apresente como fator gerador de obstáculos a uma prestação jurisdicional efetiva*<sup>277</sup>. Certamente, isso somente será possível considerando legítima a ponderação (Alexy) entre os valores colidentes, dentre os quais prevalece a efetividade sobre o contraditório e a ampla defesa.

Essa é a denúncia feita por Rosemiro Pereira Leal ao tratar do fetiche das urgencialidades levadas a efeito naquilo que considerou como verdadeira judicialização do processo nas últimas reformas do Código de Processo Civil:

Acolhe paradoxalmente que o legislador ordinário pode restringir o direito fundamental ao devido processo (art. 5º, LIV da CB/88) em nome da *efetividade do processo*+ como *efetividade da jurisdição*+em critérios solipsistas e realistas (ditos democráticos) de ponderação principiológica (Alexy). Entende que as tutelas de urgência têm amparo na atuação do Judiciário e não pela garantia do devido processo legal. Em sua alocução, o Judiciário é que é garantista e tutor do direito, uma vez que ao fundamentar as tutelas de urgência, arrima-se no inciso XXXV do art. 5º da CB/88 e não nos seus incisos LIV e LV que, no direito Constitucional Democrático, são os balizadores da legitimidade das decisões em qualquer esfera estatal. [...] Para estes, o importante é a perenização do fetiche da justiça rápida, cuja velocidade pode ser aumentada pela supressão do processo e, até mesmo, do procedimento, com a altaneira supremacia da jurisdição. É neste vértice que nos incumbe analisar a coerente judicialização do processo civil como instrumento de eficiência tirânica de uma jurisdição justiceira.<sup>278</sup>

<sup>276</sup> LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria da defesa no processo civil*. In: *Relativização inconstitucional da coisa julgada*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005, p. 45.

<sup>277</sup> ZENKNER, Marcelo. *Ministério Público e efetividade do processo civil*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006, p. 35.

<sup>278</sup> LEAL, Rosemiro Pereira. *A Judicialização do processo nas últimas reformas do CPC*. In: *Processo Civil Reformado*. (Coord.) Ronaldo Brêtas de Carvalho Dias e Luciana Diniz Nepomuceno. Belo Horizonte: Del Rey, 2007, p. 256.



Nessa perspectiva democrática, fica difícil entender, como defende Zenkner, que o Judiciário deva assumir uma postura mais ativa, *servindo como última trincheira contra a lógica totalitária da globalização em seu aspecto negativo*<sup>279</sup>. Percebe-se, assim, que o autor (e, por extensão, o próprio Ministério Público) trabalha uma teoria da efetividade da jurisdição mais adequada ao modelo de Estado Social que, na contemporaneidade, não se encontra prestigiado pela constituição brasileira.

#### **4.3.3 Celeridade (tempestividade): razoável duração do procedimento**

Além da complexa questão dos custos de um processo judicial, para os instrumentalistas, o tempo constitui o outro fator comprometedor da efetividade jurisdicional<sup>280</sup>. Para os instrumentalistas, o juiz encontra-se com um enorme problema, pois, a partir do seu compromisso social, está com a Espada de Dâmocles<sup>281</sup> sobre sua cabeça:

[...] ao mesmo tempo em que eles são responsáveis por evitar atrasos no trâmite processual que possam causar o perecimento ou o desvirtuamento do bem da vida controvertido, devem também observar os postulados basilares do processo enquanto meio de solução de conflitos estabelecido como garantia do cidadão.<sup>282</sup>

Entretanto, como bem indica Fernando Horta, *responsabilizar o tempo por danos soa como evasiva mítica, sendo inevitável questionar-se sobre o quê ou quem se esconde, ou o que se quer proteger ou poupar para justificar a inaplicabilidade do*

<sup>279</sup> ZENKNER, Marcelo. *Ministério Público e efetividade do processo civil*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006, p. 40.

<sup>280</sup> "Fala-se no binômio custo-duração como o eixo em torno do qual gravitam todos os males da justiça contemporânea [...]". (Cf. DINAMARCO, Cândido Rangel. *A reforma do código de processo civil*. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 140).

<sup>281</sup> BENNETT, William J. *O livro das virtudes*. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1995, p. 157.

<sup>282</sup> ZENKNER, Marcelo. *Ministério Público e efetividade do processo civil*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006, p. 35.



denominado *direito à tempestividade da resposta jurisdicional*<sup>283</sup>, pois o tempo em si - um acontecimento natural - não pode ser apontado como inimigo<sup>284</sup> do processo nem dos cidadãos litigantes.

Na verdade, a responsabilidade pela dilação indevida dos prazos processuais decorre da ineficiência ou desídia dos juízes ou dos graves problemas estruturais do aparelho estatal no exercício de suas funções, mas atribuí-la às próprias partes é manifesto desconhecimento dos institutos jurídicos da prescrição, decadência e preclusão e perempção.

A Emenda Constitucional 45, de 08 de dezembro de 2004, acrescentou o inciso LXXIII ao artigo 5º da Constituição brasileira, assegurando a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação, instituindo o que se transformou na tópica (lugar comum) do Princípio da Efetividade do Processo.

Contudo, apesar da propalada inovação no ordenamento jurídico brasileiro, a razoabilidade dos prazos processuais já estava integrada ao ordenamento jurídico brasileiro por força do artigo 8º, alínea I, do Pacto de San José da Costa Rica, a partir do Decreto 678, de 06.11.1992. Cite-se, por dever de justiça, que Ronaldo Brêtas, antes mesmo da Emenda Constitucional 45, já antecipava a existência de exigência normativa de obter a decisão jurisdicional em tempo útil ou prazo razoável, sem dilações indevidas, mas com importante ressalva de que o Estado não poderia impingir ao povo brasileiro a redução das garantias processuais em nome de uma celeridade procedimental. Assim analisa o processualista mineiro:

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

<sup>283</sup> TAVARES, Fernando Horta. *Tempo e processo*. In: O Brasil que queremos: reflexões sobre o Estado Democrático de Direito. Belo Horizonte: PUC Minas, 2006, p. 217.

<sup>284</sup> O tempo não pode ser encarado como inimigo a ser combatido, pois, na realidade, ão processo é um estrutura progressiva de preclusões. (Cf. VIEIRA, José Marcos Rodrigues. *Teoria Geral da Efetividade do Processo*. Revista da Faculdade Mineira de Direito. V.1. N.1, 1º Semestre 1998, p. 90-107).



Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais  
**Mestrado em Direito Processual**

jurisdicional em prazo 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.<sup>285</sup>

Portanto, em razão do assunto não ser novidade no ordenamento jurídico brasileiro<sup>286</sup>, torna-se incompreensível as proposições de ZenKner no sentido de que, a partir da nova previsão constitucional, *“o juiz não poderá mais se esquecer que a lei estipula [...] prazos para prática de atos processuais”*, ou *“le agora em diante”* existe uma especial necessidade de observância de prazos, ou ainda, *“ao que parece, os prazos impróprios [...] deixaram de ser letra morta para constituir uma regra de observância cogente pelos órgãos judicantes”*<sup>287</sup>.

Tais expressões apenas ratificam o conteúdo do discurso estratégico de manutenção de impunidade da magistratura, imputando-se ao processo e às garantias constitucionais a responsabilidade pela morosidade e ineficiência da jurisdição brasileira:

Na realidade, não é o processo que se mostra moroso, mas morosa é a atividade essencial e monopolizada do 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.<sup>288</sup>

---

<sup>285</sup> DIAS, Ronaldo Brêtas de Carvalho. *Responsabilidade do Estado pela função jurisdicional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 117.

<sup>286</sup> Ronaldo Brêtas já apregoava a responsabilidade pessoal do juiz fundado no art. 133 do Código de Processo Civil, quando omitir ou retardar providência, bem como no §6º do art. 37, da Constituição brasileira de 1988, que impõe às pessoas jurídicas de direito público a responsabilidade pelos danos causados por seus agentes. (Cf. DIAS, Ronaldo Brêtas de Carvalho. *Responsabilidade do Estado pela função jurisdicional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 174-183).

<sup>287</sup> ZENKNER, Marcelo. *Ministério Público e efetividade do processo civil*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006, p. 40-41.

<sup>288</sup> DIAS, Ronaldo Brêtas de Carvalho. *Responsabilidade do Estado pela função jurisdicional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 157.



Zenkner, em face do novo inciso LXXIII, preocupa-se com uma nova onda de demandismo<sup>289</sup>, agora não mais pela facilidade de acesso à jurisdição ou pela melhoria da estrada, seguindo respectivamente o raciocínio de Humberto Theodoro e de Barbosa Moreira, apontadas no capítulo II, mas agora ao fundamento de que novas ações judiciais serão propostas para afastar eventuais omissões do juiz, vez que *as milhares de processos administrativos instaurados para apurar a demora poderão se transformar em outros milhares de processos judiciais*<sup>290</sup>.

Nesse sentido, é de se esperar impetração de mandado de segurança para garantir direito líquido e certo da parte prejudicada pela demora processual, ou ainda, ação civil pública para assegurar direito fundamental dos jurisdicionados vinculados a comarcas com apenas uma única vara, onde é rotineiro o prejuízo do cidadão pela tramitação irregular dos processos.

Obviamente, o próprio Zenkner antecipa-se para sugerir a indicação da pessoa jurídica de direito público interno, conforme o caso, para figurar como litisconsórcio necessário dessas ações em razão das *questões orçamentárias e da reserva do possível*<sup>291</sup>, cujo manejo estratégico foi denunciado no capítulo III (item 3.8).

Na perspectiva do Estado Democrático de Direito, é oportuno esclarecer que a celeridade processual não é incompatível com o contraditório<sup>292</sup> que, em nome da rapidez, não pode ser suprimido. Do mesmo modo, não se pode cogitar em assegurar

---

<sup>289</sup> As simples modificações legislativas, além de inúteis, geram apenas dissensos (recursos) e lesões ou ameaças de lesões aos direitos fundamentais, tornando ainda mais complexa a situação do Judiciário. Foi o que ocorreu na Itália, através da chamada *Legge Pinto* que, modificando art. 375 do Código de Processo Civil, introduziu a previsão de reparação nos casos de violação do prazo razoável de duração do processo. Nesse sentido, Paulo Hoffman salienta que *o processo civil italiano continua lento e insatisfatório*. E afirma ainda mais: *Na verdade, o julgamento dos pedidos indenizatórios trouxe uma sobrecarga ao Tribunal italiano, já por demais atarefado, sem a devida contraprestação, fato que torna o processo ainda mais moroso*. (Cf. HOFFMAN, Paulo. *Razoável Duração do Processo*. São Paulo: Quartier Latim, 2006, p. 78.)

<sup>290</sup> ZENKNER, Marcelo. *Ministério Público e efetividade do processo civil*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006, p. 43.

<sup>291</sup> ZENKNER, Marcelo. *Ministério Público e efetividade do processo civil*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006, p. 50.

<sup>292</sup> GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Técnica Processual e Teoria do Processo*. Rio de Janeiro: AIDE Editora, 2001, p. 124.



celeridade sem ampla defesa (esgotamento da *cognicio*) e da isonomia (simétrica paridade de tempo procedimental).

Assim, a compreensão (crítica) do seja %razoável duração do processo+ e também dos %meios que garantam celeridade de sua tramitação+ sem a necessária justificação pela principiologia processual da teoria neo-institucionalista fundamenta a criação anacrônica de exceções Schmittianas com supressão de direitos fundamentais com a finalidade de salvaguardar a imagem do Judiciário pela atuação %ponderada+ (Alexy) do juiz.

Duração razoável e celeridade se vinculam ao procedimento<sup>293</sup> (estrutura normativa preparatória do provimento) que possui uma relação espaço-temporal mensurável de realização das fases postulatória, instrutória e decisória, e não ao processo como instituição constitucionalizada regida pelos princípios autocríticos (contraditório, ampla defesa e isonomia). Assim, salvo como conteúdo do discurso estratégico da administração da justiça, confundir processo e procedimento na contemporaneidade já não mais se justifica:

Por isso é que seria uma mal-dicção (maldição) encaixotar (leito do Procusto) o tempo processual (tempo discursivo) no tempo cronológico-procedimental em nome da retórica (ideologia) da %duração do processo+ como transcurso temporal do procedimento.<sup>294</sup>

Verifica-se, assim, que a tentativa de acomodação do tempo lógico-discursivo processual ao tempo cronológico procedimental torna-se, no Estado Democrático de Direito, uma ofensa ao princípio da dignidade da pessoa humana pela deformação (violência) do processo constitucional de construção dos provimentos estatais

<sup>293</sup> GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Técnica Processual e Teoria do Processo*. Rio de Janeiro: AIDE Editora, 2001, p. 102.

<sup>294</sup> LEAL, Rosemiro Pereira. *A principiologia jurídica do processo na teoria neo-institucionalista*. In: Uma Pesquisa Institucional de Estado, Poder Público e União na Constitucionalidade Brasileira. LEAL, Rosemiro Pereira (coord.); Carlos H. (Org.) et alii. Belo Horizonte: Del Rey, 2008, p. 506.



(produção de decisões jurídicas). E, como se sabe, as decisões e as normas ilegítimas são impassíveis de efetividade.

#### **4.3.4 Especificidade: a coercibilidade a serviço do direito material ou da dignidade da justiça**

Partindo da perspectiva Chiovendiana, tal como esclarecido no capítulo II, Zenkner entende que o processo deve dar à parte exatamente aquilo que ela teria se o direito não tivesse sido lesado, ou seja, é por meio do processo que se realiza o direito material:

E vejam que essa consciência não é recente . já dizia Chiovenda: *Na medida do que for praticamente possível, o processo deve proporcionar a quem tem um direito tudo aquilo e precisamente aquilo que ele tem direito de obter. No direito pátrio, mais uma vez Barbosa Moreira também deixou registrado: Se o processo constitui um instrumento para realização do direito material, só se pode a rigor considerar plenamente eficaz a sua atuação quando ele se mostre capaz de produzir resultado igual ao que se produziria se o direito material fosse espontaneamente observado.*<sup>295</sup>

A proposição teórica de Chiovenda e Barbosa Moreira, conforme se viu, entende que a finalidade do processo é a realização do direito material, ainda que seja necessário sacrificar, sob a denominação de formalismos, as garantias fundamentais da parte. Na verdade, apregoa-se que o processo teria a finalidade de salvação da sociedade e de correição das suas mazelas sociais, dotando o judiciário de mecanismos de distribuição de justiça.

No entanto, como uma técnica deve ser valorada segundo sua aptidão para cumprimento de seus objetivos, é preciso denunciar o processo instrumentalista como

---

<sup>295</sup> ZENKNER, Marcelo. *Ministério Público e efetividade do processo civil*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006, p. 51.



técnica inidônea, incapaz de cumprir os escopos metajurídicos numa sociedade altamente complexa, injusta, desigual e com elevado déficit de implementação de direitos fundamentais.

Assiste-se, sob o discurso estratégico de efetividade (dominação pelo judiciário), uma forte tendência de recrudescimento de demandas judiciais e, por conseqüência, uma insaciável sede por discricionariedade e interditalidade sem cognição (ausência de testificação).

As medidas coercitivas dos instrumentalistas<sup>296</sup> não efetivam a tutela da lei (ordenamento jurídico) em face da lesão ou ameaça ao direito, mas contemplam ou procuram resguardar, em nome da dignidade da administração da justiça, a tutela do juiz como autoridade que milita em favor das grandes causas sociais<sup>297</sup>.

E assim, toma-se o processo como técnica de realização do direito material pela força (Zwang<sup>298</sup>), ou seja, a norma processual é elaborada como instrumento que pressiona o adimplemento do direito (como se verifica nos procedimentos executivos), pois é preciso garantir a tutela judicial e a efetividade jurisdicional. Paulo Nader, como se viu no capítulo I, diante da possibilidade concreta do ilícito, aponta a coercibilidade .

---

<sup>296</sup> Grinover e Watanabe ressaltam o elevado nível de recepção dos institutos próprios do *common law*, dentre eles os *writs* (instrumentos de defesa das liberdades), *Small claims* (causa cíveis de menor complexidade), *Class Actions* (processo coletivo), *Injunctions* (ordens do juiz com sanções) e o instituto da *Contempt of Court*, cuja explicação vale ser citada: ãA partir do CPC de 1973, muito preocupado com os princípios éticos e o abuso do processo, o sistema processual civil brasileiro conheceu diversos dispositivos punindo a litigância de má-fé e o descumprimento de decisões judiciais. [...] **O contempt of court, entendido como prática de qualquer ato que tenda a ofender um tribunal na administração da justiça ou a diminuir sua autoridade ou dignidade**, inclusive mediante a desobediência a uma ordem, tem contornos próprios no sistema brasileiro. Na redação do art. 14 são deveres das partes e de todos aqueles que participam do processo, entre outros, **cumprir com exatidão os provimentos mandamentais e não criar embaraços à efetivação dos provimentos judiciais**, de natureza antecipatória ou final.õ (Cf. GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo. *Recepção e transmissão de institutos processuais civis*. In: Revista de Processo Nr 140. São Paulo: Revista dos Tribunais, Out/2006, p. 143-154). (grifo nosso).

<sup>297</sup> É por isso que Aroldo Plínio se antecipa ao discurso estratégico ao analisar a questão dos escopos metajurídicos: ãQuando os argumentos se desenvolvem em nome da justiça social, é por certo difícil vencer o fascínio que eles provocam, principalmente quando vêm revestidos pelo vigor da cultura e pela elegância da formaõ. (Cf. GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Técnica Processual e teoria do processo*. Rio de Janeiro: AIDE Editora, 2001, p. 179).

<sup>298</sup> GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Técnica Processual e teoria do processo*. Rio de Janeiro: AIDE Editora, 2001, p. 53.



força a serviço do direito . como um estímulo à efetividade aferida pelo índice de adesão às normas jurídicas.

É exatamente neste ponto que foi possível incluir, no capítulo II desta pesquisa, Calmon de Passos como jurista da modernidade, pois preconiza, em obra especializada, que a efetividade das opções institucionalizadas é dependente do poder:

Para isto se faz indispensável institucionalizar um poder que monopolize a coerção e possa fazer uso legítimo da força, sem o que inexistiria ordem social e careceriam de sentido aquelas primeiras opções institucionalizadas.

[...] O Direito, conseqüentemente, antes de ser um agente conformador ou transformador da convivência social, é, quase que exclusivamente, um instrumento assegurador de determinado modelo de convivência, o que só alcança em virtude de sua impositividade que, por sua vez, o vincula necessariamente ao poder político institucionalizado. Sem poder não há impositividade e sem impositividade não há Direito.<sup>299</sup>

Pode-se dizer, todavia, a começar pelas lições de Aroldo Plínio, que o processo somente teria, de forma mediata, a finalidade de proteger os direitos lesados ou ameaçados, isto é, somente se a existência do direito alegado se confirmasse no *iter* que prepara a formação da sentença:

A primeira proteção que ordenamento jurídico necessita oferecer aos jurisdicionados é a proteção de seu direito de, quando destinatário dos efeitos da sentença, participar dos atos que a preparam, concorrendo para sua formação, em igualdade de oportunidades.<sup>300</sup>

Uma vez confirmado o direito alegado, no espaço lógico-discursivo submetido à principiologia processual constitucionalizada, torna-se o provimento legítimo fundamento de medidas judiciais específicas para efetivar o ordenamento jurídico no

---

<sup>299</sup> CALMON DE PASOS, José Joaquim. *Direito, poder, justiça e processo: julgando os que nos julgam*. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 51.

<sup>300</sup> GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Técnica Processual e teoria do processo*. Rio de Janeiro: AIDE Editora, 2001, p. 173.



plano fático. A finalidade do processo, então, não é mero confronto entre o decidido e o concretamente obtido<sup>301</sup>, mas, antes, visa a garantir aos legitimados a participação na construção do provimento, bem como o exercício do contraditório, ampla defesa e isonomia.

Destarte, não pretende o neo-institucionalismo eternizar o conflito e inviabilizar a solução judicializada, mas definitivamente não podem ser efetivadas decisões ilegítimas construídas unilateralmente pela clarividência do juiz. Não há dúvidas de que é preciso assegurar<sup>302</sup> o exercício dos direitos constitucionais pela instrumentalidade do procedimento (modelo legal) manejável por todos os legitimados ao processo (soberania popular).

Todavia, no Estado Democrático de Direito, o devido processo legal não constitui o espaço de manifestação de poder . jurisprudência . das altas cortes que decidem fundadas em juízos de conveniência, equidade, proporcionalidade e adequabilidade<sup>303</sup>.

Resistindo ante a possibilidade concreta de um retrocesso à compreensão do direito pela sua coatividade e pela sua impositividade, Andréa Alves de Almeida ressalta:

Nessa concepção, define-se o direito pela sanção porque se pontua que a força do direito, ou seja, o que o torna efetivo (concretizado), é a coerção, ficando acentuada a co-existência necessária da imposição (poder) e o direito.

[...] A sanção não é particularidade do sistema jurídico e, além disso, não é esse fator que a possibilita a integração social estável e duradoura e a efetividade da norma.<sup>304</sup>

<sup>301</sup> CALMON DE PASSOS, José Joaquim. *Cidadania e efetividade do processo*. Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil. Nr 1. Set-Out/99, p. 31.

<sup>302</sup> LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria Geral do Processo*. 6ª ed. São Paulo: IOB Thomson, 2005, p. 100.

<sup>303</sup> LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria Geral do Processo*. 6ª ed. São Paulo: IOB Thomson, 2005, p. 105.

<sup>304</sup> ALVES DE ALMEIDA, Andréa. *Processualidade jurídica e legitimidade normativa*. Belo Horizonte: Fórum, 2005, p. 114.



Numa democracia, torna-se fundamental o retorno da norma positivada que se pretende efetivar à processualidade jurídica, ou seja, a força do direito está na participação dos destinatários na criação, aplicação e fiscalização dos provimentos jurisdicionais, legislativos e administrativos. Para o neo-institucionalismo, a validade de uma norma jurídica tende a legitimar-se pela testificação legal continuada por hipóteses conduzidas (argumentos) pela linguagem jurídica processual (vinculação à principiologia autocrítica do processo)<sup>305</sup>.

Portanto, no processo legislativo, valer-se do argumento da efetividade do direito material como conteúdo estratégico do discurso de justificação das normas processuais que aumentam os instrumentos de coerção do juiz, soa como retórica de dominação não democrática. Um exemplo típico é a introdução do inciso V no artigo 14 do Código de Processo Civil, estipulando multa para os sujeitos processuais que ~~abusam~~ do processo, conforme terminologia utilizada por Ada Pellegrini e Kazuo Watanabe, quando na verdade a tutela da lei resguardou a dignidade da administração da justiça, valendo-se da coercitividade para a efetivação dos provimentos judiciais.

Enfim, a especificidade do direito material como elemento integrante da teoria da efetividade fornece uma argumentação envolvente que reforça a impositividade do sistema jurídico nas mãos do magistrado.

Desse modo, trata-se de um eufemismo dos defensores do Estado Social que reforça o mito da autoridade como condição de eficácia dos direitos fundamentais, pois, na realidade, não é o órgão jurisdicional que dá efetividade ao Estado Democrático de Direito, mas são os destinatários da normatividade legislada, quando se reconhecem como co-autores do ordenamento jurídico, que testificam a validade das normas e constroem o conteúdo do discurso de aplicação pela via do devido processo legal.

---

<sup>305</sup> ALVES DE ALMEIDA, Andréa. *Processualidade jurídica e legitimidade normativa*. Belo Horizonte: Fórum, 2005, p. 97.



## CAPÍTULO V

### O DISCURSO NEO-INSTITUCIONALISTA COMO MARCO TEÓRICO DE ESCLARECIMENTO DA EFETIVIDADE PROCESSUAL NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

#### 5.1 Efetividade processual e legitimidade democrática

A teoria da efetividade, como se viu, tem sido objeto de preocupação da ciência processual brasileira. Muito se tem discutido sobre a necessidade de implementar os direitos fundamentais, *evitando transformá-los em meras expressões formais de aformoseamento do texto constitucional, destituídas de qualquer eficácia prática*<sup>306</sup>, ou ainda, na linguagem de Lassale<sup>307</sup>, fazendo com que a constituição deixe de ser apenas uma folha de papel manejada pelos fatores reais de poder.

---

<sup>306</sup> DIAS, Ronaldo Brêtas de Carvalho. *Responsabilidade do Estado pela função jurisdicional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 91.

<sup>307</sup> LASSALE, Ferdinand. *A essência da constituição*. Rio de Janeiro: Líber Júrís, 1988.



No entanto, o que restou evidente nesta pesquisa é a ausência de uma noção minimamente esclarecida sobre a efetividade processual. Afirmar que o processo é efetivo quando atinge escopos metajurídicos, quando é desburocratizado, quando aproveita novas tecnologias da ciência da informática, quando se encontra aberto para recepcionar institutos jurídicos da *common law*, quando se preocupa com as questões sociais, quando, enfim, otimiza a relação custo-benefício para fazer frente a alta demanda do serviço jurisdicional, não explica, não esclarece nem favorece o desenvolvimento da ciência processual.

Diga-se, por oportuno, que a identificação de aporias no percurso teórico de autores renomados não traz nenhum demérito para eles, ao contrário, significa que depararam com um problema complexo<sup>308</sup>, no caso, a grave questão da construção de uma teoria da efetividade processual no Estado Democrático de Direito.

A teoria neo-institucionalista preocupa-se com a testificação incessante das pretensões de certeza<sup>309</sup> (coerção) institutiva do ordenamento jurídico<sup>310</sup> por meio do devido processo constitucionalizado para aferir sua efetividade no Estado Democrático de Direito, ou seja, centraliza seus esforços para potencializar o ganho de legitimidade do sistema jurídico por meio da principiologia jurídico-constitucional regente dos

---

<sup>308</sup> Popper deixa claro que o falibilismo é inerente ao crescimento do conhecimento, pois “[...] se considerarmos que todos os exemplos históricos conhecidos de falibilidade humana ó incluindo todos os exemplos conhecidos de erros judiciários ó são exemplos de avanço em nosso conhecimento. Mesmo a descoberta de um erro constitui real avanço em nosso conhecimento. Como diz Roger Martin Du Gard em Jean Barois, já é alguma coisa sabermos onde a verdade não irá ser encontrada. [...] Esta indicação, muito simplesmente, é a de que devemos procurar nossos erros ó ou, em outras palavras, devemos tentar criticar nossas teorias. A crítica, parece, é o único modo que temos de identificar nossos erros e de aprender com eles de maneira sistemática. (Cf. POPPER, Karl Raimund. *A Sociedade Aberta e Seus Inimigos*. Tradução de Milton Amado. Vol II. 3ª Ed. Belo Horizonte: Itatiaia, 1987, p. 396)

<sup>309</sup> No atual estágio da ciência processual, não é mais possível admitir-se que operadores jurídicos (juízes, promotores, advogados) trabalhem no mito da certeza (öepistemeö) e da verdade, mas é preciso reconhecer a falseabilidade e a provisoriidade das alegações e proposições normativas. Neste sentido, ensina Popper: “O velho ideal científico da *episteme* ó do conhecimento absolutamente certo, demonstrável ó mostrou não passar de um ídolo. A exigência de objetividade científica torna inevitável que todo enunciado científico permaneça provisório para sempre [...] Apenas em nossas experiências subjetivas de convicção, em nossa fé subjetiva, podemos estar absolutamente certos [...] A visão errônea da ciência se trai a si mesma na ânsia de estar correta, pois não é a posse do conhecimento, da verdade irrefutável, que faz o homem de ciência ó o que faz é a persistente e arrojada procura crítica da verdade. (Cf. POPPER, Karl. *A lógica da pesquisa científica*. Trad. Leônidas Hegenberg e Octanny Silveira da Mota, 10 ed. São Paulo: Cultrix, 2003, p. 306).

<sup>310</sup> LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria Processual da Decisão Jurídica*. São Paulo: Landy, 2002, p. 13.



procedimentos legais como fator de inclusão da soberania popular na construção das decisões jurídicas.

Portanto, para a construção de uma teoria da efetividade processual, são necessárias incursões em Popper (fiscalidade irrestrita do controle de constitucionalidade) e em Habermas (inclusão do destinatário da norma na sua criação, fruição, modificação, substituição e aplicação do ordenamento jurídico) para a obtenção da legitimidade democrática.

Dito de outro modo, reduzir o legitimado ao processo à condição de mero consumidor<sup>311</sup> (cliente) de justiça distribuída pelo magistrado (novo soberano) constitui retrocesso incompatível com o Estado Democrático de Direito. Não há falar-se em efetividade sem a institucionalização do processo como espaço lógico-jurídico-discursivo destinado ao exercício da soberania popular.

Deve-se ressaltar, ainda, o caráter interdisciplinar da presente pesquisa que busca conhecimentos já consolidados pela Teoria Geral da Administração<sup>312</sup>, pois as noções de eficiência (fazer corretamente as coisas . *the best way*) e eficácia (fazer as coisas certas) utilizadas para a proposição de uma teoria da efetividade processual, conforme exposto a seguir, foram extraídos da abordagem contingencial das estruturas organizacionais que, dentre outras especificidades, trabalha com um *homem complexo*<sup>313</sup>, cuja compreensão se adéqua à teoria da democracia que pressupõe a

---

<sup>311</sup> Cf. LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria Processual da Decisão Jurídica*. São Paulo: Landy, 2002, p. 32. Segundo o autor: *“A paz ilusória que a desatinada celeridade anuncia por uma jurisdição relâmpago (sumarização cognitiva) implica um clientelismo consumista episodicamente satisfeito numa lógica fetichizada de um mercado de decisões ágeis, sem que os conflitos sociais e econômicos sofram redução pelo exercício fiscalizatório popular e incondicional de controle da constitucionalidade democrática na base de produção e aplicação das leis no marco jurídico-teórico do devido processo constitucionalö.*

<sup>312</sup> CHIAVENATO, Idalberto. *Teoria Geral da Administração*. 3ª Ed. São Paulo: McGraw-Hill, 1987, p. 502-541. A noção de efetividade processual será obtida por uma situação ideal em que seja possível encontrar elevada concentração simultânea de eficiência e eficácia.

<sup>313</sup> Ressaltando a insuficiência da redução humana ao *homo economicus* ou ao homem social, a teoria da contingência compreende o homem como um *sistema* de necessidade biológicas, de motivos psicológicos, de valores e de percepções. Mais adiante, Chiavenato acrescenta: *“O conceito de homem complexo pressupõe que, em suas transações com o ambiente organizacional, os indivíduos são motivados por um desejo de usar suas habilidades*



coesão interna entre direitos humanos e soberania popular de modo a permitir o pleno exercício da autonomia política do cidadão legitimado ao processo, ou seja:

[...] a legitimidade do direito apóia-se, em última instância, num arranjo comunicativo: enquanto participantes de discursos racionais, os parceiros do direito devem poder examinar se uma norma controvertida encontra ou poderia encontrar o assentimento de todos os possíveis atingidos. Por conseguinte, o almejado nexos interno entre soberania popular e direitos humanos só se estabelecerá, se o sistema dos direitos apresentar as condições exatas sob as quais as formas de comunicação . necessárias para uma legislação política autônoma . podem ser institucionalizadas juridicamente.<sup>314</sup>

Esse é o desafio deste último capítulo: demonstrar que as condições exatas das formas de comunicação, não explicitadas por Habermas, das quais dependem a possibilidade de realização simultânea da autonomia pública e privada dos cidadãos, são viabilizadas pela teoria da efetividade processual que, ao mesmo tempo, confere liberdade de comunicação e de participação para testificação do ordenamento jurídico e conduz (rege) a apresentação dos argumentos dos afetados pela principiologia constitucional do processo.

## **5.2 A eficácia processual como resultante da plebiscitarização da fiscalidade jurídica**

Não se cogita, na teoria neo-institucionalista, de uma eficácia compreendida a partir do poder coercitivo do Estado que impõe a aceitação e a obediência dos legitimados ao processo, na tentativa de conformar a conduta humana ao prescrito pela norma ou pela decisão judicializada.

---

de solucionar problema ou de dominar os problemas com os quais eles se defrontam. Em outros termos: **os indivíduos se esforçam por dominar o mundo externo**. (Cf. CHIAVENATO, Idalberto. *Teoria Geral da Administração*. 3ª Ed. São Paulo: McGraw-Hill, 1987, p.502-506). (grifo nosso)

<sup>314</sup> HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre faticidade e validade*. Vol I, 2ª ed. Tradução: Flávio Breno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, p. 138.



Essa proposição, na verdade, constitui um retorno aos argumentos de Kelsen que, a seu tempo, considerava uma ordem jurídica válida quando as suas normas jurídicas são eficazes, ou seja, quando são de fato observadas e aplicadas.<sup>315</sup> A partir desse modelo, como Estado e ordem jurídica são compreendidos como expressões sinônimas, a eficácia do ordenamento jurídico se confunde com a eficácia do próprio Estado ao impor a observância do direito positivo, facilitando a construção de teoria mais adequada à efetividade jurisdicional.

Acontece, porém, que no Estado Democrático de Direito, onde se cogita da efetividade do processo, não se chega à eficácia pela coercibilidade (autoridade), pois, com Habermas, é possível afirmar que *a legitimidade de uma regra independe do fato dela conseguir impor-se*<sup>316</sup>. Assim, é pela inclusão da cidadania no círculo de hermeneutas participantes da construção das decisões jurídicas que se cogita construir uma teoria da eficácia da normatividade:

A institucionalização constitucional do Processo acarreta a impessoalização das decisões, porque estas, assim obtidas, se esvaziam de opressividade potestativa (coatividade, coercibilidade) pela deslocação do seu *imperium* (impositividade) do poder cogente da atividade estatal para a conexão jurídico-política da vontade popular constitucionalizada.<sup>317</sup>

Também não constitui objeto de análise neo-institucionalista a verificação da aplicabilidade da norma processual para aferir sua eficácia no tempo e no espaço, numa perspectiva dogmático-procedimental. Tampouco a teoria de base necessária à construção de uma noção adequada de efetividade processual, na contemporaneidade, alinha-se com a noção de eficácia processual orientada pela sua aptidão para alcançar os escopos metajurídicos propostos pelo instrumentalismo.

<sup>315</sup> KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Tradução de João Baptista Machado. 6ª Ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 237.

<sup>316</sup> HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre faticidade e validade*. Vol 1, 2ª ed. Tradução: Flávio Breno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, p. 50.

<sup>317</sup> LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria Geral do Processo*. 6ª ed. São Paulo: IOB Thomson, 2005, p. 102.



A eficácia do processo como instituição constitucionalizada reside na sua expertise de aferir a legitimidade democrática da *causa de pedir próxima* expressa *pelos fundamentos jurídicos existentes na lei positiva que dão suporte à pretensão manifestada*<sup>318</sup>, ou seja, é no processo que os conteúdos normativos<sup>319</sup> da fundamentação jurídica do pedido são testificados pela teoria dos direitos fundamentais.

E a fiscalidade irrestrita dos destinatários do provimento como eixo condutor da eficácia processual é realizável pelo acoplamento das instituições jurídicas do devido processo constitucional e da soberania popular que, numa sociedade democrática, permite o compartilhamento da dicção do direito entre o juiz (aplicador e julgador) e a parte (articulador e construtor)<sup>320</sup> por meio do reconhecimento da autonomia pública dos cidadãos:

O princípio da soberania do povo estabelece um procedimento que, a partir de suas características democráticas, fundamenta a suposição de resultados legítimos. Esse princípio expressa-se nos direitos à comunicação e à participação que garantem a autonomia pública dos cidadãos.<sup>321</sup>

Nesses termos, processo torna-se eficaz pela substituição do discurso do acatamento (aceitação e obediência de Paulo Nader e Bobbio; regra de reconhecimento de Hart) pelos princípios democráticos da isomenia (igualdade na interpretar a lei) e da isocrítica (igualdade no construir, modificar ou substituir a lei).

É exatamente por este visível ganho de legitimidade que a teoria neo-institucionalista, na contemporaneidade, apresenta-se mais resistente à testificação

<sup>318</sup> LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria Geral do Processo*. 6ª ed. São Paulo: IOB Thomson, 2005, p. 132.

<sup>319</sup> São os conteúdos normativos do Ordenamento Jurídico que informam o grau de civilização dos Estados-Nações: se explicitamente autocráticos, se retoricamente autocráticos ou se concretamente democráticos. (Cf. LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria Geral do Processo*. 6ª ed. São Paulo: IOB Thomson, 2005, p. 126).

<sup>320</sup> LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria Geral do Processo*. 6ª ed. São Paulo: IOB Thomson, 2005, p. 77.

<sup>321</sup> HABERMAS, Jürgen. *Sobre a legitimação pelos direitos humanos*. In: MERLE, Jean-Christophe; MOREIRA, Luiz. *Direito e Legitimidade*. São Paulo: Landy, 2003, p. 69.



pelos direitos fundamentais, incluindo a fiscalidade soberana do povo, agora não mais ficticiamente considerado, no controle irrestrito de constitucionalidade<sup>322</sup>.

Com Popper, partindo-se da noção falibilista do ordenamento jurídico, a validade de uma norma decorre de sua resistência (legitimidade) à testificação (crítica) aberta a todos os legitimados ao processo e não somente ao magistrado ou à corte constitucional.

O Judiciário, com Alexy, consegue encontrar os princípios salvadores da integridade do sistema jurídico e, por isso, se autodenomina guardião<sup>323</sup> ou depositário fiel da interpretação da constituição (espaço do soberano<sup>324</sup>). Entretanto, com o necessário compartilhamento isegórico apregoado pelo neo-institucionalismo, abriu-se a possibilidade de inclusão do cidadão no círculo de hermeneutas dos direitos fundamentais, pois o Estado Democrático deve ser compreendido como:

[...] espaço juridicamente institucionalizado a uma constante aprendizagem processual de exercício testificador dos direitos fundamentais (criados e garantidos pelo devido processo constitucional) em que os destinatários da normatividade legislada legitimam a validade e a eficácia do ordenamento jurídico pela via procedimental do devido processo legal irrestrito (aberto a todos como fundamento da soberania popular), mediante o qual se reconhecem autores das normas vigentes e aplicáveis por um controle confirmativo ou recriativo de constitucionalidade do direito posto (plebiscitarização da fiscalidade jurídica).<sup>325</sup>

---

<sup>322</sup> A teoria neo-institucionalista como *medium* hermenêutico da procedimentalidade realizadora do direito democrático é devolutiva ao povo, por habilitações de todos ao devido processo legal, da fiscalidade soberana, direta e simultânea, das esferas de produção e aplicação do direito pela plebiscitarização processual (legitimação plenária *ad processum* e *ad causam*) do controle irrestrito e incessante da constitucionalidade. (Cf. LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria Processual da Decisão Jurídica*. São Paulo: Landy, 2002, p.171).

<sup>323</sup> LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria Processual da Decisão Jurídica*. São Paulo: Landy, 2002, p. 94.

<sup>324</sup> A expressão "espaço do soberano" refere-se às situações em que a conveniência, a oportunidade e os fundamentos de uma decisão encontram-se hermeticamente reservados para a manifestação da autoridade. São exemplos típicos a aplicação de costumes (art. 126 do Código de Processo Civil e o art. 4º da Lei de Introdução ao Código Civil) e de equidade (art. 127 do Código de Processo Civil) como fundamento das decisões jurídicas. No presente estudo, verifica-se que aí também pode ser incluído a maximização da riqueza social como espaço exclusivo do magistrado que atua em favor das causas sociais.

<sup>325</sup> LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria Processual da Decisão Jurídica*. São Paulo: Landy, 2002, p. 145.



Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais  
**Mestrado em Direito Processual**

Assim, o processo eficaz é compreendido como espaço lógico-jurídico de testificação da validade normativo-democrática das alegações jurídicas, desafiando os dogmas, os mitos, a retórica e a própria sacralidade da jurisprudência dominante (vinculante) como conteúdo dos discursos de fundamentação (justificação e aplicação) do Direito. Outrossim, haverá processo ineficaz se nele não se ~~exerce~~ *testabilidade e fiscalidade confirmatória ou correicional, ampla e irrestrita, da validade do ordenamento jurídico*<sup>326</sup>.

Numa sociedade aberta (democrática), não existem instâncias de poder ou instituições jurídicas imunes à crítica<sup>327</sup> (atividade intelectual de testificação<sup>328</sup>), pois, no processo constitucionalizado, as alegações de validade normativa são incessantemente experimentadas por teorias concorrentes para aferir o grau de resistência (validade e legitimidade democrática) diante do conteúdo dos direitos fundamentais. No estudo da eficácia processual, a atividade fiscalizatória ganha relevo porque:

[...] é na perquirição da base produtiva do direito que se afere a legitimidade da norma aplicável e tal relevância só é questionável na estrutura do procedimento instaurado como espaço compartilhado de fiscalidade permanente da constitucionalidade do direito vigorante em instância das garantias processuais de ampla defesa, contraditório e isonomia.<sup>329</sup>

Em decorrência, o processo constitucional é eficaz na medida em que disciplina a atuação jurisdicional e orienta o encaminhamento das questões no *iter* procedimental, garantindo a participação<sup>330</sup> dos destinatários na construção do provimento. Portanto, é pela plebiscitarização do direito que se dá a legitimação do ordenamento jurídico,

<sup>326</sup> LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria Processual da Decisão Jurídica*. São Paulo: Landy, 2002, p.171.

<sup>327</sup> POPPER, Karl Raimund. *A Sociedade Aberta e Seus Inimigos*. Tradução de Milton Amado. Vol II. 3ª Ed. Belo Horizonte: Itatiaia, 1987, p. 399.

<sup>328</sup> LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria Geral do Processo*. 6ª ed. São Paulo: IOB Thomson, 2005, p. 59.

<sup>329</sup> LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria Processual da Decisão Jurídica*. São Paulo: Landy, 2002, p. 68.

<sup>330</sup> Para que uma decisão jurisdicional seja construída democraticamente, não basta possuir leis democráticas, é necessário que a norma em que a sentença se fundamenta tenha sido fruto das implicações hermenêuticas dos destinatários da sentença. Daí se conclui mais uma vez a indispensabilidade da estrutura processual do procedimento (contraditório, isonomia, ampla defesa e direito a advogado). Não é possível haver norma, nos Estados de Direito Democrático, sem a interferência intelectual dos destinatários. (Cf. ALVES DE ALMEIDA, Andréa. *Processualidade jurídica e legitimidade normativa*. Belo Horizonte: Fórum, 2005, p. 110.



abrindo-se a todos os legitimados a real possibilidade de fiscalização irrestrita da constitucionalidade no espaço procedimental<sup>331</sup> para se obter a pretendida eficácia processual.

### **5.3 Eficiência processual: o desafio da transposição da teoria do discurso para o princípio da democracia**

Embora as cobranças recaiam com maior frequência sobre a Administração Pública, a função judiciária também deve ser compreendida, no Estado Democrático de Direito, como serviço público sujeito ao princípio da eficiência<sup>332</sup>, não se admitindo mais argumentos<sup>333</sup> que insistem em sustentar a irresponsabilidade do Estado pelo mau funcionamento, pelo não funcionamento ou pelo funcionamento tardio da Administração da Justiça.

As avançadas conclusões de Ronaldo Brêtas, fundadas numa extensa bibliografia, reforçam a compreensão do discurso estratégico das reformas processuais que impunemente tentam ocultar a ineficiência do serviço judiciário com a retórica do processo dispendioso, formalista e inadequado para o juiz distribuir justiça.

Portanto, a racionalidade econômica do custo-benefício não esclarece satisfatoriamente a desejada eficiência como componente constitutiva da teoria da efetividade processual no Estado Democrático de Direito. A eficiência posneriana aferida pela relação direta entre a redução de custos e a maximização de vantagens, consoante os esclarecimentos expostos no capítulo III, favorece aos adeptos da escola instrumentalista do processo na medida em que possibilita o reforço da autoridade e da

<sup>331</sup> LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria Processual da Decisão Jurídica*. São Paulo: Landy, 2002, p. 181.

<sup>332</sup> DIAS, Ronaldo Brêtas de Carvalho. *Responsabilidade do Estado pela função jurisdicional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 153.

<sup>333</sup> Ronaldo Brêtas refuta, com inexecedível lucidez, os argumentos da soberania do judiciário, da coisa julgada, da falibilidade humana, da independência dos juizes e da ausência de texto legal expresso como conteúdos possíveis do discurso de fundamentação tendente a justificar a tese de irresponsabilidade do Estado pela ineficiência da função jurisdicional. (Cf. DIAS, Ronaldo Brêtas de Carvalho. *Responsabilidade do Estado pela função jurisdicional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 159-173).



interditalidade, sob o argumento econômico que fundamenta a obrigação do Estado-juiz procurar obter o máximo de resultado na atuação do direito com o mínimo emprego possível de atividades processuais, reduzindo a *cognicio* e a estrutura procedimental como fórmula para a redução dos custos envolvidos numa transação judicializada.

A compreensão de eficiência processual no Estado democrático de Direito, em razão de vários argumentos retóricos e estratégicos, carece de uma correção de rumo, pois, não se cogita aqui da eficiência jurisdicional. Como se viu, é preciso perquirir sobre a capacidade do processo constitucional, de forma adequada (democrática), abrir a todos a possibilidade de fiscalização (testificação) da constitucionalidade do ordenamento jurídico. Neste sentido, Habermas entende que o exame das pretensões de validade só é possível na forma de um processo de comunicação exigente:

Todo aquele que se envolve numa prática de argumentação tem que pressupor pragmaticamente que, em princípio, todos os possíveis afetados poderiam participar, na condição de livres e iguais, de uma busca cooperativa de verdade<sup>334</sup>, na qual a única coerção admitida é a do melhor argumento.<sup>335</sup>

Ora, a busca do melhor argumento testificador se realiza pela adoção da principiologia constitucionalizada do processo como critério não cambiável<sup>336</sup> de legitimação imediata<sup>337</sup>, e não *a posteriori*, do ordenamento jurídico, isto é, a

<sup>334</sup> Ressalte que a busca da verdade, em Popper, não é errônea, pois ele admite que é possível buscá-la até mesmo encontrá-la. Contudo, a questão é que ãonunca podemos estar inteiramente certos de que a encontramos. Portanto, o equívoco reside na tentativa de busca de certeza e não na busca da verdade. (Cf. POPPER, Karl Raimund. *A Sociedade Aberta e Seus Inimigos*. Tradução de Milton Amado. Vol II. 3ª Ed. Belo Horizonte: Itatiaia, 1987, p. 395).

<sup>335</sup> HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre faticidade e validade*. Vol II, 2ª ed. Tradução: Flávio Breno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, p. 215.

<sup>336</sup> O princípio como norma de permissão, vedação ou dever, ao aplicador da lei, é lei também, porque não pode ser livremente cambiável por outro princípio, quando assegura um entendimento estrito como condição de legitimidade (validade-eficácia) do ato a ser praticado. [...] A existência do procedimento em contraditório é fator irreduzível de manutenção de uma *comunidade de intérpretes* do ordenamento jurídico nas bases de produção e aplicação da lei. (Cf. LEAL, Rosemiro Pereira Leal. *Processo e Hermenêutica Constitucional a partir do Estado de Direito Democrático*. In: *Relativização Inconstitucional da Coisa Julgada*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005, p. 94)

<sup>337</sup> Cf. LEAL, Rosemiro Pereira. *O garantismo processual e direitos fundamentais líquidos e certos*. In: MERLE, Jean-Christophe; MOREIRA, Luiz. *Direito e Legitimidade*. São Paulo: Landy, 2003, p. 335. Para o neo-institucionalismo, o próprio Estado democrático de Direito é entendido como espaço jurídico hermenêutico de difusa e irrestrita fiscalização, correição e executividade processuais dos conteúdos constitucionalizados e indeturpáveis da normatividade de aplicação imediata à realização da integração social.



compreensão da democracia envolve o conhecimento e a efetivação da teoria processual erigida na Constituição de 1988.

A teoria da eficiência processual encontra-se entrelaçada com o princípio da economicidade e não ao princípio da economia normativa (comprometimento ou submissão do direito aos interesses de mercado que prioriza o discurso do custo-benefício) que, a rigor, pretende ocultar e conservar uma realidade sócio-econômica, isto é, intenta mascarar a exclusão de *mais de dois terços da população planetária como fato não pretendido pela estrutura ultracapitalista*<sup>338</sup>

A medida de eficiência, então, é indicada pela expertise da linguagem principiológica constitucionalizada (contraditório, ampla defesa e isonomia) em reger o devido processo legal como espaço procedimentalizado de testificação e de legitimação do ordenamento jurídico, ou seja, pela sua capacidade de potencializar o princípio da economicidade<sup>339</sup> em prol da implementação de direitos fundamentais. É que no Estado Democrático de Direito, a ordem econômica deve assegurar, até mesmo por força do artigo 170 da Constituição de 1988, uma existência digna para todos, vinculando a economia ao postulado da dignidade da pessoa humana.

Assim, a necessária compreensão do princípio da economicidade, apartada da idéia de lucro material<sup>340</sup>, em conexão com princípio institutivo da isonomia procedimental, proporciona a elaboração de uma noção de eficiência processual na medida em que a disparidade econômica das partes não prejudica nem deslegitima o processo de criação, modificação e aplicação do direito, vez que já foi

---

<sup>338</sup> Cf. LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria Geral do Processo*. 6ª ed. São Paulo: IOB Thomson, 2005, p. 32. A ciência jurídica que se resume a descrever, a sacralizar e a legitimar os privilégios jurídico-processuais dos grupos dominantes, no neo-institucionalismo, permanece alheia ao seu próprio objeto que deveria ser o esclarecimento da realidade jurídica, social e economicamente intertextualizada.

<sup>339</sup> A interdisciplinaridade entre Direito e Economia pela compreensão do princípio da economicidade foi melhor analisada no capítulo III.

<sup>340</sup> LEAL, Rosemiro Pereira. *Direito econômico: soberania e mercado mundial*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005, p. 15-16.



constitucionalmente assegurado a todos os cidadãos a dignidade da pessoa humana na fruição isonômica dos direitos fundamentais.

Nesse sentido, a eficiência não pode ser aferida por distribuição de justiça fundada no eixo da isonomia substancial (igualdade dos iguais e desigualdade dos desiguais), mas somente no plano discursivo da isonomia processual, pois *o processo no direito democrático é o ponto discursivo da igualdade dos diferentes*<sup>341</sup>.

A teoria da eficiência, assegurada a existência digna dos legitimados no plano constitucionalizado pela compreensão do princípio da economicidade, apresenta o processo como *médium*<sup>342</sup> institucionalizado de transposição da teoria do discurso habermasiano para o princípio da democracia<sup>343</sup>. A eficiência processual, da qual depende a legitimidade do sistema de direitos, será obtida pela institucionalização de um espaço discursivo<sup>344</sup>, demarcado pelo devido processo legal, onde se desenvolve a

---

<sup>341</sup> LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria Processual da Decisão Jurídica*. São Paulo: Landy, 2002, p. 75. Neste sentido, Andrea Alves esclarece que a teoria neo-institucionalista distingue a isonomia substancial (material) da isonomia processual [...] porque o direito ao processo não tem conteúdos de criação de direitos diferenciados pela disparidade econômica das partes, a disparidade econômica não pode impedir ou dificultar a prática de atos processuais, diferentemente da isonomia substancial ou material, que consiste em tratar os iguais de modo igual e os diferentes de modo diferente a fim de se atingir igualdade de condição econômica. (Cf. ALVES DE ALMEIDA, Andréa. *Processualidade jurídica e legitimidade normativa*. Belo Horizonte: Fórum, 2005, p. 69).

<sup>342</sup> Devido às suas características formais, o direito positivo, que surge na modernidade como resultado de um processo de aprendizagem processual, pode ser tomado como meio adequado para a estabilização das expectativas de comportamento; e parece não haver, nas sociedades complexas, um equivalente para ele. A filosofia não necessita de argumentos morais para demonstrar que é recomendável organizar nossa convivência com os meios do direito, ou seja, formar comunidades jurídicas em geral, pois bastam argumentos funcionais. O filósofo deve satisfazer-se com a idéia de que, em sociedades complexas, só é possível estabelecer, de modo confiável, condições morais de respeito mútuo, inclusive entre estrangeiros, se se apelar para o médium do direito. (Cf. HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre faticidade e validade*. Vol II, 2ª ed. Tradução: Flávio Breno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, p. 322-323).

<sup>343</sup> Como não podemos aprofundar sobre esta transposição, vale citar o próprio Habermas: o princípio do discurso só pode assumir a figura de um princípio da democracia, se estiver interligado com o médium do direito, formando um sistema de direitos que coloca a autonomia pública numa relação de pressuposição recíproca. (Cf. HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre faticidade e validade*. Vol I, 2ª ed. Tradução: Flávio Breno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, p. 165).

<sup>344</sup> Em direito democrático, o processo abre, por seus princípios institutivos (isonomia, ampla defesa, contraditório), um espaço jurídico discursivo de auto-inclusão do legitimado processual na comunidade jurídica para a construção conjunta da sociedade jurídico-política. (Cf. LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria Processual da Decisão Jurídica*. São Paulo: Landy, 2002, p. 150).



linguagem jurídica processual balizada<sup>345</sup> (vinculada) pelos princípios da ampla defesa, contraditório e isonomia, com vistas à testificação (eficácia) das pretensões de validade normativa.

A verdade é que a ineficiência processual não se dá pela morosidade nem pelos custos do serviço público jurisdicional como entende a escola instrumentalista. Ao contrário, numa democracia, a criação de privilégios (institucionalização de tratamentos diferenciados com flagrante negação de isonomia) e a restrição de autonomia pública dos legitimados ao processo, mediante a redução de liberdade comunicativa (comprometimento da ampla defesa) e de participação (mitigação do contraditório) no *iter* procedimental, é que inviabilizam a necessária testificação das pretensões de validade e legitimidade do discurso de aplicação do ordenamento jurídico.

O processo ineficiente, então, é aquele que não esclarece nem realiza o princípio da democracia implantado pela Constituição de 1988, pois a hermenêutica do direito democrático se notabiliza pela transposição da teoria do discurso<sup>346</sup> na base de produção, exercício e aplicação do direito<sup>347</sup>, para o princípio da democracia. Neste sentido, o esclarecimento de Rosemiro Pereira Leal:

A legitimidade da decisão só ocorre em fundamentos procedimentais processualizados, porque o PROCESSO como direito de primeira geração (instituição jurídica constituinte e constituída de produção de direitos subseqüentes) **é direito fundamental de eficiência autodeterminativa da comunidade jurídica** que se fiscaliza, renova-se e se confirma, pelos princípios processuais discursivos da isonomia, ampla defesa e contraditório, ainda que nas estruturas procedimentais encaminhadoras das vontades jurídicas não sejam pretendidas resoluções de conflitos.<sup>348</sup> (grifo nosso)

<sup>345</sup> Cf. ALVES DE ALMEIDA, Andréa. *Processualidade jurídica e legitimidade normativa*. Belo Horizonte: Fórum, 2005, p. 42. "Tal balizamento somente será possível a partir do médium lingüístico jurídico da processualidade, isto é, da principiologia institutiva do contraditório, da ampla defesa e da isonomia em toda a estrutura procedimental [...]."

<sup>346</sup> HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre faticidade e validade*. Vol I, 2ª ed. Tradução: Flávio Breno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, p. 158.

<sup>347</sup> LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria Processual da Decisão Jurídica*. São Paulo: Landy, 2002, p. 121.

<sup>348</sup> LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria Processual da Decisão Jurídica*. São Paulo: Landy, 2002, p. 124.



O enunciado neo-institucionalista afirma que a democracia, para se efetivar, carece de uma teoria do processo eficiente como direito fundamental apto para, mediante conexão ao instituto da soberania popular, resgatar e estabelecer juridicamente a autonomia pública dos legitimados ao controle democrático de constitucionalidade.

Nesse sentido, a eficiência processual pode ser aferida na medida em que o espaço discursivo se constitua no *medium* instituído para *auto-inclusão do legislador-político-originário (o cidadão legitimado ao devido processo legal) na dinâmica testificadora da validade, eficácia, criação e recriação do ordenamento jurídico[...]*.<sup>349</sup> Portanto, é a inclusão da soberania popular na teoria do processo que legitima o discurso de justificação e de aplicação do direito democrático, tornando inócua, para a eficiência processual, a adoção de argumentos que realçam a efetividade de uma jurisdição garantidora, guardiã, depositária, salvadora e pacificadora.

Portanto, como a transposição da teoria do discurso ao princípio da democracia é condição de efetivação do Estado Democrático de Direito, o processo só será eficiente quando sua base principiológica (ampla defesa, contraditório e isonomia) constitucionalizada demarcar a construção dos procedimentos legais de criação e aplicação coercitiva do ordenamento jurídico.

Assim, a construção neo-institucionalista da teoria da efetividade processual, como ganho de legitimidade do sistema jurídico, é possível por incursões nas proposições teóricas do falibilismo popperiano e pela compreensão do procedimentalismo habermasiano, ou seja, há que se obter uma relação de complementaridade entre a eficácia (testificação das pretensões de validade) e a

---

<sup>349</sup> LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria Processual da Decisão Jurídica*. São Paulo: Landy, 2002, p. 150. Daí a importância do estudo do instituto da cidadania (capítulo I) na base de construção de uma teoria da eficiência processual, pois, em direito democrático, não mais pode ser compreendida como um conceito sintético (mitológico) desprovido de conteúdo efetivador da dignidade da pessoa humana.



eficiência (demarcação do espaço jurídico-discursivo pela principiologia processual constitucionalizada) para que o cidadão legitimado ao processo seja, ao mesmo tempo, destinatário e co-autor das normas jurídicas.

## CONCLUSÕES

O desenvolvimento de pesquisas jurídicas sobre a Teoria da Efetividade Processual no Estado Democrático de Direito enfrenta duas grandes dificuldades operacionais. A primeira, apesar do recorrente discurso (ideologia) de justificação das constantes reformas infraconstitucionais, refere-se ao caráter assistemático e desorganizado com que o tema é tratado, sendo encontrado de forma esparsa em textos que, não raro, tangenciam a questão apenas no intuito de obter um argumento de amparo (acessório, secundário) de outro assunto principal.

A outra dificuldade reside na ausência de estudos mais aprofundados no marco teórico do direito democrático, propiciando o manejo anacrônico e estratégico da expressão *efetividade processual* para reforçar a perspectiva instrumentalista de compreensão do processo como espaço reservado ao magistrado para *soberanamente* corrigir desigualdades sociais e distribuir justiça.

Reconhecendo o esforço e o percurso teórico dos pesquisadores que se preocuparam em promover o avanço da ciência processual, verificou-se a necessidade de testificar as proposições que se propõem a esclarecer o conteúdo da efetividade, seja para confirmar as teorias resistentes ou para refutar argumentos superados, pois, como afirma Aroldo Plínio, *[...]* no momento em que a ciência renunciar a continuar investigando seu objeto e as complexas relações a que pode ser submetido pela análise, terá renunciado, antes, a si própria[...]<sup>350</sup>.

---

<sup>350</sup> GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Técnica Processual e teoria do processo*. Rio de Janeiro: AIDE Editora, 2001, p. 14. O autor defende a liberdade da investigação científica ainda que diante dos conceitos fixados em lei.



Verdade é que, no decorrer da pesquisa realizada, foram identificadas algumas aporias no discurso dominante, demonstrando a necessidade de esclarecimento do discurso da efetividade processual comprometido epistemologicamente com o Estado Democrático de Direito. Portanto, a necessidade identificada somente será suprida satisfatoriamente por meio de uma investigação crítica submetida à principiologia constitucional.

Daí a escolha da teoria neo-institucionalista do processo como marco teórico desta pesquisa, em razão da qual, com humildade científica, oferta-se à crítica da comunidade jurídica as seguintes conclusões:

1. A insuficiência discursiva da questão da efetividade processual na criação, aplicação e modificação do Direito Democrático exige dos pesquisadores permanente revisitação do tema, porquanto o Estado brasileiro, administrado sob a pressão de uma gestão por resultados, não pode reduzir a oferta de direitos fundamentais para efetivar sua funcionalidade.

2. A tentativa de esclarecer o conteúdo da efetividade, como fez Paulo Nader, como fenômeno social (extra-jurídico) aferido pelo nível de adesão (obediência ou aceitação) das decisões jurídicas (legislativa, governativa ou judicial) mostra-se totalmente incompatível com a teoria da soberania popular no Estado Democrático de Direito, ainda mais quando a força . coerção . é usada como estímulo+à efetividade.

3. A defesa dos direitos fundamentais do cidadão contra a opressão não é oferecida no espaço público . vias e praças . como quer Bobbio, nem pelo reconhecimento de uma autoridade qualificada para criar e a aplicar o direito, como visto em Hart. Na esteira destes autores, a teoria da efetividade processual seria elaborada a partir da redução da oferta de ampla defesa (recursos) e de contraditório.



4. A resistência e a contestação, numa democracia, se realizam pela via do processo constitucional, assim considerado como espaço lógico-jurídico demarcado de testificação de toda norma ou decisão tendente a subjugar o titular soberano do poder. O cidadão, como legitimado ao processo, ocupa um espaço político (isegórico) que o habilita a desmascarar toda tentativa de dominação pela impositividade do direito.

5. Mostra-se insuficiente e inadequado, na contemporaneidade, restringir o discurso de aplicação do direito em bases meramente legislativas (positivista), jurisprudenciais (precedentes) ou pragmáticas (utilidade social), sem cogitar da soberania discursiva das partes como condição ou requisito de validade, legitimidade e efetividade processual.

6. Não há falar-se em efetividade do processo sem a correspondente efetivação do Estado Democrático de Direito, pois, se a modernidade teve o mérito de positivizar os direitos fundamentais, o desafio da contemporaneidade é, por meio do processo, aferir a legitimidade democrática do sistema jurídico, pois não há como efetivar as decisões e normas excludentes da cidadania e da soberania popular.

7. A efetividade processual, no Estado Democrático de Direito, não pode ser confundida com a efetividade a ação (Estado Liberal) ou jurisdição (Estado Social). No entanto, em nome de uma pretensa efetividade processual, as reformas do Código de Processo Civil reforçam um modelo de Estado (Social ou Liberal) anacrônico, valendo-se dos argumentos da celeridade e da redução de custos para dissimular a criação de mecanismos de efetivação da jurisdição.

8. Valendo-se de uma complexa teia de argumentos que fundamentam inúmeras modificações legislativas que comprometem a própria sistematicidade processual brasileira, as proposições teóricas da escola instrumentalista deixam inesclarecida a questão da efetividade processual, embora pretenda atribuir-lhe virtudes extraordinárias. Suas premissas reforçam a jurisdição como centro gravitacional do



processo, a discricionariedade, a confusão terminológica entre efetividade processual e efetividade jurisdicional, a sumarização da cognição e as antecipações de tutela *in audita altera parte* como requisitos indispensáveis para conferir celeridade aos procedimentos judicializados. Neste sentido, o instituto da efetividade carece de uma ressemantização que possibilite, à comunidade jurídica, além do esclarecimento do seu conteúdo, a adequada utilização terminológica no Estado Democrático de Direito.

9. Daí decorre o risco da desconfiguração do próprio Estado brasileiro definido constitucionalmente como Estado Democrático de Direito, principalmente se o discurso de justificação do legislador ordinário abrigar conteúdo de salvação da imagem de um judiciário que carece da mitigação dos princípios processuais para continuar distribuindo justiça numa perspectiva singela de duração razoável do procedimento.

10. Assim, a propalada e interminável reforma processual tende a reforçar o poder estatal e, fundada num constitucionalismo de efetividade, entende ser necessário a atuação do juiz em favor das causas sociais, atribuindo-lhe a tarefa de transformação da realidade caótica num país de modernidade tardia.

11. A interdisciplinaridade que deve ocorrer entre a ciência do Direito e as demais ciências, principalmente com a Economia, não pode ser encaminhada por discursos que impõem dependência, colonização (imperialismo) ou prevalência (subordinação) de uma sobre a outra. É preciso rejeitar o autismo científico do Direito, mas a tentativa de obtenção de performances judiciais mais adequadas não pode desconhecer os limites da transversalidade (Wolfgang Welsch) que exige aprendizado recíproco, respeito à autonomia disciplinar e permanente problematização (caráter adogmático) dos conteúdos a serem desenvolvidos.

12. A efetividade processual obtida pela radicalização da sumarização do processo de conhecimento agride o modelo constitucional de processo e o direito fundamental à cognição. Não é adequado, no Estado Democrático de Direito, associar



a idéia de efetividade do processo com celeridade procedimental pela adoção irrestrita da interditividade.

13. Com Habermas, afirma-se que os paradigmas de Estado Liberal e Estado Social estão igualmente comprometidos com a imagem produtivista de uma sociedade econômica capitalista e industrial. Diversamente, no Estado Democrático de Direito, o economicismo (proeminência da economia sobre o direito) é substituído pelo princípio da economicidade (comprometimento com a dignidade da pessoa humana), cuja teorização carece de maiores desenvolvimentos por parte da comunidade jurídico-acadêmica.

14. Não se pode impunemente aceitar que uma economia normativa dite a lei para o legislador, o juiz e o intérprete. Assim como o jurista possui limitações na compreensão do impacto da criação e da aplicação do direito no mercado, os economistas também possuem dificuldades científicas na apreensão integral da complexidade do sistema jurídico. A normatividade da economia pelo Estado Democrático de Direito deve ser encaminhada pela análise jurídica do mercado, a fim de que a necessária fiscalidade democrática, a partir do rol de direitos fundamentais, exerça controle de constitucionalidade daquilo que for economicamente possível.

15. O pragmatismo jurídico do *common Law* constitui-se numa teoria da jurisdição, adequada ao Estado Social, que se ocupa mais com a consequência da decisão, atribuindo ao juiz a responsabilidade de construir um futuro melhor para a sociedade. Entretanto, registra-se, ao mesmo tempo, um desprezo ao princípio da reserva legal e um descomprometimento com a teoria dos direitos fundamentais estabelecidos em favor da dignidade da pessoa humana, que coloca sob suspeita toda leitura pragmática do Estado Democrático de Direito.



16. A não ser pelo subjetivismo do magistrado, a ciência do Direito Processual não pode garantir a concretude da maximização da riqueza da sociedade como argumento de fundamentação das decisões judiciais, pois a Economia lida com variáveis que elevam o risco das transações. Ainda que num primeiro momento perceba-se ganho quantitativo maior que a imposição de custos ao sucumbente, a eficiência de uma norma ou decisão judicial só pode ser aferida satisfatoriamente *a posteriori*, ou seja, o desiderato de maximizar a riqueza da sociedade foge à possibilidade de fiscalização endoprocessual pelos legitimados ao processo, tornando a efetividade processual mensurável apenas como fenômeno sócio-econômico.

17. A maximização da riqueza social afigura-se, pelo pragmatismo do *common Law*, como componente aleatório não submetido à necessária testificação dos argumentos em contraditório, pelas partes, conferindo ao juiz o poder e a liberdade decisória até mesmo acima do princípio da reserva legal. Deste modo, em afronta ao Estado Democrático de Direito, acredita-se que a confiança na autoridade do magistrado comissionado a manter a paz social constitui o penhor de segurança dos litigantes.

18. Aliás, a escola instrumentalista, consciente da tensão entre o pragmatismo e o princípio da reserva legal, adota uma postura híbrida (caleidoscópica) que estrategicamente ignora a norma legislada e privilegia a discricionariedade do juiz sob as promessas de celeridade e redução de custos da solução judicializada. Assim, oculta-se manifestações de poder ilegítimo seguindo a receita de Pareto, ou seja, aproveita o sentimento generalizado de ineficiência do Estado para promover o reconhecimento da autoridade do magistrado.

19. A extensão discursiva da reserva do possível para além dos direitos sociais, limitando a interpretação e a aplicação dos direitos individuais, aí incluídos a ampla defesa, o contraditório e a isonomia, somente é possível se tais direitos forem



compreendidos, com Alexy, como mandados de otimização manejáveis por juízes de acordo com as possibilidades fáticas e jurídicas. Contudo, no Estado Democrático de Direito, os princípios institutivos do processo constituem direitos individuais não cambiáveis pela autoridade, a não ser que se confesse paradoxalmente uma submissão às influências do economicismo neoliberal (flexibilização de direitos constitucionalizados) sem comprometer o mito da autoridade estatal possuidora de reservas de interditalidade (Estado Social).

20. A partir de Zenkner, com as ressalvas neo-institucionalistas, é possível organizar propedeuticamente a compreensão da efetividade processual informada pelos elementos da simplicidade (oralidade, economia processual e instrumentalidade das formas), operosidade (tutelas de urgência), celeridade (tempo procedimental) e da especificidade (realização do ordenamento jurídico). Entretanto, apesar de reconhecer a relevância científica na identificação dos elementos informativos da efetividade processual, verificou-se sua insuficiência para esclarecer o conteúdo da teoria da efetividade no Estado Democrático de Direito.

21. Para a teoria neo-institucionalista, a efetividade processual concretiza-se pelo ganho de legitimidade democrática aferido no discurso de aplicação do sistema jurídico que inclui a soberania popular na construção das decisões jurídicas. Os elementos configurativos (institutivos) da teoria da efetividade processual, assim, são resultantes da sua eficácia (testificação do ordenamento jurídico) e da sua eficiência (observância da principiologia constitucionalizada).

22. Eficácia é a capacidade de fazer a coisa certa; ou seja, é eficaz o processo que possibilita a fiscalidade e o controle difuso da constitucionalidade democrática das normas e decisões jurídicas. Às partes, por meio do compartilhamento isegórico, é reconhecido o direito de testificar incessantemente o ordenamento jurídico pela teoria dos direitos fundamentais sem imposições de acatamento (obediência e aceitação) ou de reconhecimento da autoridade do juízo emissor de uma decisão



jurídica. Portanto, torna-se imprescindível o retorno da norma à processualidade jurídica para fins de confirmação ou correção da constitucionalidade e validade democrática.

23. A resistência e a contestação das ordens do soberano não colocam a ordem constitucional democrática em ~~risco~~ movimento o aparelho repressor estatal para conter as manifestações públicas, dando causa a um ciclo interminável de violência e de rupturas entre setores de uma sociedade complexa. A testificação (eficácia processual) constante das políticas implementadas e das decisões jurídicas constitui elemento de caracterização de um Estado Democrático, ou seja, a ausência de um espaço jurídico de testificação (resistência e contestação) do ordenamento jurídico indica a existência de um processo ineficaz.

24. Eficiência é capacidade de ~~fazer certo a coisa certa~~, logo, não basta testificar o ordenamento jurídico para se obter ganho de legitimidade democrática. A plebiscitarização da fiscalidade de validade e legitimidade constitucional deve ocorrer pela demarcação da linguagem jurídico-principiológica (contraditório, ampla defesa e isonomia) regente do devido processo legal (espaço procedimental de testificação e de legitimação do ordenamento jurídico). Como não é aceitável, no Estado Democrático de Direito, desigualdade na fruição dos direitos fundamentais, o processo eficiente acopla o princípio da economicidade ao instituto da isonomia para impedir que a disparidade econômica das partes deslegitime os discursos de justificação e de aplicação do direito.

25. Não se pode impunemente, na contemporaneidade, referir-se à ineficiência processual para estrategicamente ocultar a ineficiência jurisdicional. O processo eficiente impõe limites ao arbítrio, à discricionariedade e à idiosincrasia da interpretação de uma mente privilegiada perseguindo o conceito mitificado de justiça social, vez que o provimento estatal deve ser constituído pelos argumentos conduzidos endoprocessualmente, onde as partes compartilham isonomicamente a hermenêutica do ordenamento jurídico.



26. O processo será eficiente quando se torna o *médium* institucionalizado de transposição da teoria do discurso habermasiano para o princípio da democracia, pois haverá ganho de legitimidade democrática se o espaço jurídico-discursivo permitir ou viabilizar o livre desenvolvimento da linguagem jurídica processual demarcada pelos institutos da ampla defesa, contraditório e isonomia, com vistas à testificação (eficácia) das pretensões de validade normativa.

27. A efetividade processual reforça a autonomia pública dos legitimados ao processo que, uma vez incluídos na dinâmica testificadora de validade e legitimidade do ordenamento jurídico, usufruem de liberdade comunicativa (ampla defesa) e do direito à participação (contraditório) no *iter* procedimental de construção do discurso de aplicação do direito.

28. A teoria da efetividade processual é resultante lógico-discursiva da relação entre a eficácia (testificação das pretensões de validade) e a eficiência (demarcação do espaço jurídico-discursivo pela principiologia processual constitucionalizada) para promoção da soberania popular nas estruturas normativas que possibilitam a construção legítima dos provimentos estatais, permitindo ao cidadão legitimado ao processo ser, ao mesmo tempo, destinatário e co-autor das normas jurídicas.



## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABBAGNAMO, Nicola. *Dicionário de Filosofia*. Tradução de Alfredo Bossi e Ivone Castilho Benedetti. 5ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

ALVES DE ALMEIDA, Andréa. *A Efetividade, Eficiência e Eficácia do Processo no Estado Democrático*. In: Estudos Continuados de Teoria do Processo. Coord. de Rosemiro Pereira Leal. Vol V, Porto alegre: Síntese, 2004.

ALVES DE ALMEIDA, Andréa. *Processualidade jurídica e legitimidade normativa*. Belo Horizonte: Fórum, 2005.

ANDOLINA, Ítalo Augusto. *O papel do processo na atuação do ordenamento constitucional e transnacional*. Revista de Processo. Nr 87. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

ANDOLINA, Ítalo e VIGNERA, Giuseppe. *Il modello costituzionale del processo civile italiano*. Torino: Giappichelli, 1990

ANDOLINA, Italo, VIGNERA, Giuseppe. *I fondamenti costituzionale della giutizia civile*. Torino: G. Giappichelli, 1997.

ARAÚJO, Justino Magno. *Os poderes do juiz no processo civil moderno (visão crítica)*. RePro 32/104, ano VIII. São Paulo: RT, out-dez, 1983.

ARIDA, Pérsio. *A pesquisa em Direito e em Economia: em torno da historicidade da norma*. In Zylbersztajn, Décio e Sztajn, Rachel. *Direito e Economia*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005.

BAETA, Edson Ribeiro. *Procedimento Sumaríssimo e Cognição exauriente*. In: Estudos Continuados de Teoria do Processo. Vol. II. Rosemiro Pereira Leal (Coord). Porto Alegre, Síntese, 2001

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

BATISTA JÚNIOR, Paulo Nogueira. *A economia como ela é...* São Paulo: Boitempo, 2005.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Direito e Processo: influência do direito material sobre o processo*. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

BENNETT, William J. *O livro das virtudes*. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1995.



BÍBLIA SAGRADA. Livro de Ester. Capítulo 7. Tradução de João Ferreira de Almeida. Rio de Janeiro: Imprensa Bíblica Brasileira, 1990.

BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Rio de Janeiro. Editora Campus, 1992.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília: Senado, 1988.

CALMON DE PASSOS, José Joaquim. *Cidadania e efetividade do processo*. Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil. Nr 1. Set-Out/99.

CALMON DE PASOS, José Joaquim. *Direito, poder, justiça e processo: julgando os que nos julgam*. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

CAPONI, Gustavo A. *Karl Popper e a filosofia clássica alemã: comentário a %ontra um racionalismo reduzido a termos positivistas+ de Jürgen Harbemas*. Campinas: Revista Reflexão, n 59, Maio/agosto/1994.

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

CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. *Jurisdição e Hermenêutica Constitucional*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004.

CHAVES, Terezinha Ribeiro. *A efetividade do processo no Estado Democrático de Direito*. 2003. 103f. Dissertação (Mestrado em Direito Processual) - Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Belo Horizonte.

CHIOVENDA, Giuseppe. *A ação no sistema de direitos*. Tradução Hiltomar Martins Oliveira. Belo Horizonte: Ed. Líder, 2003.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pelegrini e DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. 16ª ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

COSTA, Luciana Silva. *Jurisdição Constitucional - uma reconstrução à Luz do Paradigma do Estado Democrático de Direito*. 2002. Dissertação (Direito Processual) . Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Belo Horizonte.

COURA, Alexandre de Castro. *Limites e possibilidades da tutela jurisdicional no paradigma do Estado Democrático de Direito: para uma análise crítica da jurisprudência de valores*. In: *Jurisdição e Hermenêutica Constitucional*. Coord. Marcelo Cattoni. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004.



COUTURE, Eduardo Juan. *Estúdios de Derecho Procesal Civil: La Constitucion y el Proceso Civil*. Buenos Aires: Ediar, 1948.

CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. *Habermas e o direito brasileiro*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2006.

DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de Teoria Geral de Estado*. 20ª ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

DEL NEGRI, André L. *Controle de constitucionalidade no processo legislativo: teoria da legitimidade democrática*. Belo Horizonte: Fórum, 2003.

DICIONÁRIO ITALIANO-PORTUGUÊS. Coordenação Ivone C. Benedetti. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

DI LORENZO, Wamberto Gomes. *O pensamento político de Carl Shmitt: uma breve introdução*. In *Direito e Justiça: Revista da Faculdade de Direito da PUCRS*. Vol 23. Porto Alegre, 2001.

DIAS, Ronaldo Brêtas de Carvalho. *A Garantia da Fundamentação das decisões jurisdicionais no Estado Democrático de Direito*. Revista da Faculdade Mineira de Direito. Vol 8. Belo Horizonte: PUC Minas, 2005.

DIAS, Ronaldo Brêtas de Carvalho. *Direito à jurisdição eficiente e garantia da razoável duração do processo na reforma do judiciário*. Vol 8. Revista da FMD. Belo Horizonte. 2005.

DIAS, Ronaldo Brêtas de Carvalho. *Responsabilidade do Estado pela função jurisdicional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do Processo*. 5ª ed. São Paulo, 1996.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *A reforma do código de processo civil*. São Paulo: Malheiros, 2001

DWORKIN, Ronald. *O Império do Direito*. Tradução Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

FARIA, Guiomar Theresinha Estrela. *Interpretação econômica do direito*. Porto Alegre: Livraria do advogado, 1994.

FAZZALARI, Elio. *Instituições de Direito Processual*. Trad. 8ª. Ed. Elaine Nassif. 1ª. Ed. Campinas: Bookseller, 2006.



FONSECA, Rodrigo Rigamonte. *Isonomia e contraditório na teoria do processo*. In: Estudos Continuidos de Teoria do Processo. Vol. 1. Porto Alegre: Síntese, 2000

GALUPPO, Marcelo Campos. *Igualdade e diferença: Estado democrático de direito a partir do pensamento em Habermas*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.

GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Técnica Processual e teoria do processo*. Rio de Janeiro: AIDE Editora, 2001.

GRINOVER, Ada Pelegrini; MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; WATANABE, Kazuo. *Direito Processual Coletivo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

GRINOVER, Ada Pelegrini; WATANABE, Kazuo. *Recepção e transmissão de institutos processuais civis*. In: Revista de Processo Nr 140. São Paulo: Revista dos Tribunais, Out/2006.

GÜNTHER, Klaus. *Teoria da argumentação no direito e na moral: justificação e aplicação*. Introdução edição brasileira Luiz Moreira. São Paulo: Landy, 2004.

GUSMÃO, Paulo Dourado. *Introdução ao Estudo do Direito*. 10ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 1984.

Habermas, Jürgen. *A inclusão do outro*. São Paulo: Loyola, 2002.

HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre faticidade e validade*. Vol I, 2ª ed. Tradução: Flávio Breno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre faticidade e validade*. Vol II, 2ª ed. Tradução: Flávio Breno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

HABERMAS, Jürgen. *Sobre a legitimação pelos direitos humanos*. In: MERLE, Jean-Christophe; MOREIRA, Luiz. *Direito e Legitimidade*. São Paulo: Landy, 2003.

HENNING, Fernando Alberto Corrêa. *Ação Concreta: relendo Wach e Chiovenda*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2000.

HOFFMAN, Paulo. *Razoável Duração do Processo*. São Paulo: Quartier Latim, 2006.

KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Tradução de João Baptista Machado. 6ª Ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

LALANDE, André. *Vocabulário Técnico e Crítico da Filosofia*. São Paulo: Martins Fontes, 1999.



Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais  
**Mestrado em Direito Processual**

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

LEAL, Rosemiro Pereira. *A Judicialização do processo nas últimas reformas do CPC*. In: *Processo Civil Reformado*. (Coord.) Ronaldo Brêtas de Carvalho Dias e Luciana Diniz Nepomuceno. Belo Horizonte: Del Rey, 2007

LEAL, Rosemiro Pereira. *A principiologia jurídica do processo na teoria neo-institucionalista*. In: *Uma Pesquisa Institucional de Estado, Poder Público e União na Constitucionalidade Brasileira*. LEAL, Rosemiro Pereira (coord.); Carlos H. (Org.) et ali. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

LEAL, Rosemiro Pereira. *Direito econômico: soberania e mercado mundial*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

LEAL, Rosemiro Pereira. *Isonomia processual e igualdade fundamental a propósito das retóricas ações afirmativas*. In: *Relativização Inconstitucional da Coisa Julgada*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

LEAL, Rosemiro Pereira Leal. *Processo e Hermenêutica Constitucional a partir do Estado de Direito Democrático*. In: *Relativização Inconstitucional da Coisa Julgada*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria da defesa no processo civil*. In: *Relativização inconstitucional da coisa julgada*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria Geral do Processo*. 6ª ed. São Paulo: IOB Thomson, 2005.

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-Christophe; MOREIRA, Luiz. *Direito e Legitimidade*. São Paulo: Landy, 2003.

LEAL, Rosemiro Pereira. *Processo e democracia . a ação jurídica como exercício da cidadania*. São Paulo: USJT, 2005. Palestra proferida no II Congresso de Direito Processual e Cidadania promovido pela Universidade São Judas Tadeu, SP, em 26/08/2005.

LEITE, Eduardo de Oliveira. *Monografia Jurídica*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.



Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais  
**Mestrado em Direito Processual**

LEOPOLDINO DA FONSECA, João Bosco. *Direito Econômico*. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

LIEBMAN, Enrico Tullio. *Manual de Direito Processual Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1984.

MADEIRA, Dhenis Cruz. *A cognição no direito democrático*. 2006. 228f. Dissertação (Mestrado em Direito Processual) - Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Belo Horizonte.

MARCATO, Antônio Carlos. *O processo monitorio brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 1998.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Por um processo socialmente efetivo*. Revista Síntese Nr 11, Mai/Jun 2001.

MÜLLER, Friedrich. *Quem é o povo?* 2ª ed. São Paulo: Max Limonad, 2000.

NADER, Paulo. *Filosofia do direito*. 7ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de Processo Civil Comentado e legislação extravagante*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios do Processo Civil na Constituição Federal*. 5ª ed. São Paulo: RT, 1999.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Código de Processo Penal Comentado*. 4ª ed. São Paulo: Editora revista dos Tribunais, 2005.

NUNES, Dierle José Coelho. *O princípio do contraditório*. In: Revista de Direito Civil e Processo Civil. Porto alegre: Síntese, n.29, Mai/Jun, 2004.

POPPER, Karl Raimund. *A Sociedade Aberta e Seus Inimigos*. Tradução de Milton Amado. Vol I. 3ª Ed. Belo Horizonte: Itatiaia, 1987.

POPPER, Karl Raimund. *A Sociedade Aberta e Seus Inimigos*. Tradução de Milton Amado. Vol II. 3ª Ed. Belo Horizonte: Itatiaia, 1987.

POPPER, Karl Raimund. *Conhecimento objetivo*. Belo Horizonte: Ed. Itatiaia, 1999.

POPPER, Karl. *A lógica da pesquisa científica*. Trad. Leônidas Hegenberg e Octanny Silveira da Mota, 10 ed. São Paulo: Cultrix, 2003.

POSNER, Richard A. *Problemas de filosofia do direito*. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2007.



REPOLÊS, Maria Fernanda Salcedo. *Desobediência civil como direito fundamental no Estado Democrático de Direito*. Revista da Faculdade Mineira de Direito. V. 4, n. 7: Belo Horizonte, 2001.

ROSA, Alexandre de Moraes. *A Constituição no país do jeitinho: 20 anos à deriva do discurso neoliberal (Law and Economics)*. In: Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica. Vol 1, n. 6. Porto Alegre: 2008.

SALGADO, Joaquim Carlos. *Os direitos fundamentais*. Revista Brasileira de Estudos Políticos. Belo Horizonte, V. 82, 1996.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Os direitos fundamentais sociais e os vinte anos da constituição federal de 1988: resistência e desafios à sua eficácia e efetividade*. In: Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica. Vol 1, n. 6. Porto Alegre: 2008.

SCHMITT, Carl. *O guardião da constituição*. Trad. de Geraldo de Carvalho. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

SILVA, Ovídio Araújo Baptista. *Teoria Geral do Processo Civil*. 4ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.

SZTAJN, Rachel. *Law and Economics*. In: Zylbersztajn, Décio e Sztajn, Rachel. *Direito e Economia*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005.

SZTAJN, Rachel; ZYLBERSZTAJN, Décio e MUELLER, Bernardo. *Economia dos direitos de propriedade*. In: ZYLBERSZTAJN, Décio e SZTAJN, Rachel. *Direito e Economia*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005.

TAVARES, Fernando Horta. *Tempo e processo*. In: O Brasil que queremos: reflexões sobre o Estado Democrático de Direito. Belo Horizonte: PUC Minas, 2006.

THEODORO JUNIOR, Humberto. *A grande função do processo no Estado Democrático de Direito*. Revista Brasileira de Direito Processual, Belo Horizonte: ano 15, n.59.

THEODORO JUNIOR, Humberto. *Celeridade e efetividade da prestação jurisdicional. Insuficiência da reforma das leis processuais*. Revista de Processo, n 125, Julho, 2003.

THEODORO JUNIOR, Humberto. *A Reforma do Código de Processo Civil Brasileiro*. Revista do Curso de Direito da Faculdade de Ciências Humanas. FUMEC, Porto Alegre, v.2, 2000.

THEODORO JUNIOR, Humberto. *As novas reformas do Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2006.



Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais  
**Mestrado em Direito Processual**

THEODORO JUNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*. 34 ed. Vol I. Editora Forense: Rio de Janeiro, 2000.

THOMAS, Hobbes. *Do cidadão*. Tradução de Janine Ribeiro. 3ª Ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

VIEIRA, José Marcos Rodrigues. *A ordinariade reformada*. Boletim Técnico da OAB/MG. V 3. Belo Horizonte, 1996

VIEIRA, José Marcos Rodrigues. *Teoria Geral da Efetividade do Processo*. Revista da Faculdade Mineira de Direito. V.1. N.1, 1º Semestre 1998.

ZENKNER, Marcelo. *Ministério Público e efetividade do processo civil*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.