

FACULDADE DE DIREITO DE VITÓRIA
MESTRADO EM DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS

LUIZ AUGUSTO BELLINI

A GARANTIA CONSTITUCIONAL À RAZOÁVEL DURAÇÃO
DO PROCESSO E O PAPEL DO MAGISTRADO NO
SISTEMA JURÍDICO BRASILEIRO

VITÓRIA
2010

Livros Grátis

<http://www.livrosgratis.com.br>

Milhares de livros grátis para download.

LUIZ AUGUSTO BELLINI

**A GARANTIA CONSTITUCIONAL À RAZOÁVEL DURAÇÃO
DO PROCESSO E O PAPEL DO MAGISTRADO NO
SISTEMA JURÍDICO BRASILEIRO**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direitos e Garantias Constitucionais Fundamentais da Faculdade de Direito de Vitória – FDV, como requisito parcial para a obtenção do grau de Mestre em Direito.

Orientadora: Prof^a. Dr^a. Carolina Bonadiman Esteves.

VITÓRIA

2010

LUIZ AUGUSTO BELLINI

**A GARANTIA CONSTITUCIONAL À RAZOÁVEL DURAÇÃO
DO PROCESSO E O PAPEL DO MAGISTRADO NO
SISTEMA JURÍDICO BRASILEIRO**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direitos e Garantias Constitucionais Fundamentais da Faculdade de Direito de Vitória – FDV, como requisito parcial para a obtenção do grau de Mestre em Direito.

COMISSÃO EXAMINADORA

Prof^a. Dra. Carolina Bonadiman Esteves
Faculdade de Direito de Vitória
Orientadora

Prof. Dr. Paulo Eduardo Alves da Silva
Fundação Getúlio Vargas

Prof^o. Dr. William Couto Gonçalves
Faculdade de Direito de Vitória

VITÓRIA

2010

A Deus que se fez tão presente ao longo deste trabalho,
velando por mim e por minha família, em especial por
interceder diretamente pela vida de meu filho,
minha esposa e minha mãe.

A ti Senhor toda glória e louvor!

AGRADECIMENTOS

A minha amada esposa Anna Karine, companheira de todas as horas, amor que enche de alegria o meu viver.

A Luiz Filipe, meu adorado filho, o anjinho que Deus colocou em minha vida.

A meus pais José Luiz e Marlene, pelos incontáveis exemplos de moral, dignidade, amor e dedicação à família.

A meus irmãos Luiz Luciano e Luiz Eduardo, que sempre foram meus melhores amigos e que estão dentro do meu coração.

A Carlos, Lieide, Carol e Aline, a quem amo como minha família.

A Rodrigo Lessa, meu irmão de coração, pela compreensão, auxílio e amizade.

A Cláudia Amorim, Gabriel Sartório, Gildázio e Bruno Klippel, pelo apoio e incentivo.

Ao professor Daury pela compreensão nos momentos mais difíceis.

Ao todos os professores da FDV, em especial aos professores William, Carlos Henrique e Aloísio pelas valiosas contribuições dadas a este trabalho.

A todos os funcionários e colaboradores da FDV, em especial a Juliana Sartório, Denise e Sr. Airton.

A minha querida orientadora Carolina Bonadiman Esteves pela disposição, dedicação e carinho com que me orientou.

Combati o bom combate,
terminei a minha carreira,
guardei a fé.

(BÍBLIA. N.T. II Timóteo, cap. 4, vers. 7, 1996, p. 1524)

RESUMO

O presente trabalho científico aborda a temática da tutela jurisdicional tempestiva, demonstrando que o provimento jurisdicional só será efetivo e justo se congregarem, além do respeito às garantias constitucionais do processo e da adequação ao ordenamento jurídico, também o desenvolvimento do feito em tempo razoável. O problema que deu margem a esta pesquisa foi de que a forma de atuação do magistrado, no sistema jurídico brasileiro, pode contribuir para a concretude da tutela jurisdicional tempestiva, com esteio na garantia constitucional da razoável duração do processo? Isso porque, a razoável duração do processo é uma expressão de cunho aberto, sendo que para a identificação do seu real significado, foi necessário fazer a sua interpretação com amparo na Constituição Federal, a fim de extrair o seu conceito. Utilizou-se para o desenvolvimento deste trabalho o método dedutivo como técnica geral e de abordagem, tendo como objeto central a garantia à razoável duração do processo, partindo-se de uma análise constitucional, identificando-se as formas pelas quais esta pode ser transportada da mera abstração até a sua concretude, no âmbito do sistema jurídico brasileiro e à luz do caso concreto. Para tanto, foi necessário o empreendimento de uma análise acerca das diferenças entre direitos e garantias fundamentais, na medida em que complementam a identificação do conceito da precitada garantia. Todavia, ao abordar-se um tema como o objeto desta pesquisa, necessário se faz, outrossim, examinar outras situações que tangenciam a temática estudada, mormente a morosidade processual, verificando-se suas causas e conseqüências. Outro ponto essencial neste estudo foi a análise acerca do Poder Judiciário, com especial atenção à figura do magistrado, verificando-se a sua forma de atuar desde os primórdios dos regimes absolutistas até os dias de hoje, mormente sob o paradigma do Estado Democrático de Direito. Isso porque o objeto de pesquisa aqui desenvolvido diz respeito à atuação do julgador e sua contribuição para a concretude da tutela jurisdicional tempestiva. Como resultado, foi possível concluir que a atuação do magistrado no processo judicial de solução de conflitos é essencial para dar efetividade à garantia constitucional à razoável duração do processo. Isso se verifica pelo cumprimento dos prazos fixados em lei para a prática dos atos processuais, bem como pela gestão da atividade jurisdicional, pela constante

qualificação do magistrado, pelo empreendimento de atos e/ou procedimentos que otimizem o tempo do julgador, ou ainda, pelos procedimentos de cunho conciliatório, empreendido junto às partes e seus procuradores.

Palavras-chave: Poder Judiciário. Magistrado. Tutela jurisdicional. Tempo. Processo e razoável duração.

ABSTRACT

This work deals with the topic *timely jurisdictional protection*, while attempting to demonstrate that the court decision will not be effective and fair, unless it includes the reasonably-timed progress of the case, besides showing respect for the constitutional rights and privileges as well as meeting the requirements of the legal system. The question under investigation is: In what ways can the magistrates' action within the Brazilian judicial system contribute towards putting into practice the timely jurisdictional protection supported by constitutional warranties related to the reasonably-timed duration of the proceeding? Considering that the reasonably-timed duration of the proceeding is an open question, it was necessary to interpret it in terms of the Federal Constitution, in order to unveil its real meaning and finally build up a concept. The focus of the analysis was then the absence of legal provision for establishing what is reasonably-timed duration for the proceeding. Research methods used, both as a general technique and in the approach here adopted, were deductive, and its central interest was to assure the reasonably-timed duration of the proceeding. We started from a constitutional analysis in order to identify ways in which the reasonably-timed duration of the proceeding could be changed from a mere abstraction to concrete action within the scope of the Brazilian Judicial System in the light of real cases. In order to reach this objective, an analysis was carried out of the differences between rights and fundamental warranties, so as to help build the concept intended. However, other situations have offered themselves for analysis, which are akin to the object of this study, such as the processual tardiness, their causes and consequences being then checked out. Another essential question in this study was the analysis of the Judicial Power, particularly the magistrates' profile, with a view to organizing a historical account of their actions from the beginning of the absolutist regimes to the present time, using the Democratic State of Rule and Law as paradigm. This is explained by the fact that the object of this investigation has to do with the role of the Court and its contribution to the materialization of timely jurisdictional protection. Results of the investigation show that the role of the magistrate in the judicial process for the solution of conflicts is essential for the effectiveness of the constitutional warranty of the reasonable duration of the proceeding. This is achieved through the fulfillment of legally established deadlines

for the practice of processual acts, as well as by means of the management of the jurisdictional activity, the permanent qualification of the magistrates, the performance of acts and/or procedures which may optimize the Court's timing, or even through conciliatory procedures before the parties and their proxies.

Keywords: Judiciary Power. Magistrate. Jurisdictional protection. Timing. Proceeding and reasonable duration.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	13
1 DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS, PROCESSO E JURISDIÇÃO.....	19
1.1 DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS	20
1.1.1 Garantias constitucionais.....	22
1.1.1.1 Breve abordagem acerca das garantias constitucionais de natureza processual	26
1.1.2 Garantias institucionais.....	26
1.2 O PROCESSO COMO GARANTIA AO DIREITO FUNDAMENTAL À JURISDIÇÃO.....	31
1.2.1 Natureza jurídica do processo: breves apontamentos	32
1.2.2 O direito fundamental à jurisdição e a sua materialização pelo processo.....	36
2 DA GARANTIA CONSTITUCIONAL À RAZOÁVEL DURAÇÃO DO PROCESSO	40
2.1 O TEMPO DO PROCESSO E SUAS CONSEQUÊNCIAS NA PRESTAÇÃO JURISDICIONAL PELO ESTADO.....	40
2.1.1 Tutela jurisdicional efetiva.....	42
2.2 DA IDENTIFICAÇÃO DA GARANTIA CONSTITUCIONAL À RAZOÁVEL DURAÇÃO DO PROCESSO.....	44
2.2.1 A determinação de um conceito	47

2.2.2 A demora excessiva na prestação jurisdicional.....	54
2.2.2.1 Da responsabilidade do Estado em decorrência da prestação jurisdicional em tempo não razoável	59
2.2.3 A tutela jurisdicional tempestiva no direito estrangeiro: breves considerações.....	61
2.3 A INSERÇÃO DO INCISO LXXVIII AO ARTIGO 5º. DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL.....	64
2.3.1 Dispositivos normativos que precederam a explicitação da garantia constitucional à razoável duração do processo no texto constitucional brasileiro	64
2.3.2 A importância da explicitação da garantia constitucional à razoável duração do processo, promovida pela Emenda Constitucional nº. 45/2004	69
3 O PAPEL DO MAGISTRADO NO SISTEMA JURÍDICO BRASILEIRO, TENDO EM VISTA A GARANTIA CONSTITUCIONAL À RAZOÁVEL DURAÇÃO DO PROCESSO.....	73
3.1 BREVE EVOLUÇÃO HISTÓRICA DA ATUAÇÃO DO MAGISTRADO	76
3.1.1 O magistrado subserviente e sem iniciativa	79
3.1.2 A mudança de atitude do magistrado.....	82
3.2 O PODER JUDICIÁRIO NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO	92
3.2.1 Dos poderes-deveres dos magistrados	94

3.2.2 Da atuação pró-ativa do magistrado.....	96
3.3 DA ATUAÇÃO DO MAGISTRADO EM PROL DA RAZOÁVEL DURAÇÃO DO PROCESSO	102
3.3.1 O crônico problema da morosidade processual	104
3.3.1.1 Das causas que contribuem para a morosidade processual...	113
3.3.2 A atuação do magistrado como fator determinante para a concretização da razoável duração do processo	118
3.3.2.1 Do respeito aos prazos processuais constantes do ordenamento jurídico brasileiro.....	121
3.3.2.2 Da gestão da atividade jurisdicional	125
3.3.2.3 Do acompanhamento e fiscalização da conduta das partes e seus procuradores.....	135
3.3.2.4 Da qualificação do magistrado como contributo à tutela jurisdicional tempestiva.....	140
3.3.2.5 Da otimização do tempo do magistrado, com a concentração de esforços na prática de atos decisórios	142
3.3.2.6 A conciliação como alternativa para a celeridade processual .	148
3.3.2.7 Propostas de alteração legislativa que podem contribuir para a razoável duração do processo.....	155
CONSIDERAÇÕES FINAIS	161
REFERÊNCIAS	177

INTRODUÇÃO

O presente trabalho científico destina-se a pesquisar o tema envolvendo a garantia constitucional à razoável duração do processo, explicitada no inciso LXXVIII do art. 5º. da Constituição Federal, com foco na atuação do magistrado, a fim de demonstrar qual o seu papel para a concretude da referida garantia no sistema jurídico brasileiro.

Para o desenvolvimento do trabalho foi utilizado o método dedutivo como técnica geral e de abordagem, em um processo de argumentação que conclui a partir de um elemento total para o particular. Seu objeto nuclear foi a garantia à razoável duração do processo, partindo-se de uma análise constitucional, bem como identificando as formas pelas quais ela pode ser levada da abstração da norma à concretude da realidade judicial brasileira, à luz do caso concreto e motivado pela atuação do magistrado.

O questionamento que norteou a pesquisa é: de que forma a atuação do magistrado, no sistema jurídico brasileiro, pode contribuir para a concretude da tutela jurisdicional tempestiva, com esteio na garantia constitucional da razoável duração do processo?

Para responder ao referido questionamento supra, necessário se faz examinar outras nuances que permeiam a tutela jurisdicional tempestiva, mormente: qual o seu conteúdo? Quais as causas que contribuem para a sua não efetivação, incorrendo em morosidade processual? Trata-se de inovação trazida ao ordenamento jurídico por força da Emenda Constitucional nº. 45/2004? Qual a importância da sua explicitação no texto constitucional?

Verifica-se, portanto, que inúmeros são os questionamentos acerca do tema nuclear da pesquisa, os quais serão respondidos, com base nos argumentos expendidos nos capítulos constantes deste trabalho.

Algumas hipóteses se apresentam como alternativas às dúvidas suscitadas anteriormente, quais sejam:

- a) a necessidade do empreendimento de um esforço interpretativo para a identificação da garantia constitucional da razoável duração do processo, haja vista seu conceito aberto;
- b) evitar dilações indevidas dos prazos processuais;
- c) o respeito aos prazos fixados no ordenamento para a prática dos atos do processo, mormente aqueles de competência do magistrado;
- d) o acompanhamento e fiscalização da conduta das partes e seus procuradores, com o fito de evitar práticas procrastinatórias;
- e) a gestão da atividade jurisdicional;
- f) o incremento e incentivo à conciliação judicial;
- g) a constante qualificação técnica do magistrado;
- h) a otimização do tempo do magistrado para a prática de atos decisórios;
- i) a tutela jurisdicional tempestiva já estava inserida tanto na legislação constitucional, quanto na infraconstitucional, bem como tinha previsões no ordenamento jurídico estrangeiro, antes da sua explicitação por meio da Emenda Constitucional nº. 45/2004;
- j) a importância da explicitação da razoável duração do processo no texto constitucional reside em atribuir-lhe *status* de garantia constitucional fundamental.

A pesquisa empreendida tem como objetivo geral verificar a atuação do magistrado no paradigma do Estado Democrático de Direito, com vistas a identificar de que forma a atuação pode contribuir para que a tutela jurisdicional tempestiva deixe de ser mera abstração e se revele como direito fundamental efetivo do jurisdicionado.

Evidente que além do objetivo geral, existem objetivos específicos a serem desenvolvidos neste trabalho, quais sejam:

- a) identificar o conceito da razoável duração do processo, sua amplitude e aplicabilidade;
- b) analisar a tutela jurisdicional, sob o foco da efetividade, em contraposição com a morosidade processual;
- c) verificar as causas que contribuem para a morosidade processual;
- d) estabelecer as diferenças entre tempo do cotidiano e tempo processual;

- f) rememorar o surgimento do Estado, como foco no estabelecimento do Poder Judiciário e sua interferência nos conflitos de interesse;
- g) verificar a atuação do magistrado e de que forma essa atuação pode contribuir para a tutela jurisdicional tempestiva.

Os marcos teóricos utilizados neste trabalho científico são variados, sendo possível destacar: Canotilho¹ e Comparato², na questão afeita ao Estado Democrático de Direito; Bonavides³ na temática acerca dos direitos e garantias fundamentais; Gonçalves⁴, Cruz e Tucci⁵, Bedaque⁶, Dinamarco⁷, Amendoeira Jr⁸, Cappelletti e Garth⁹, nas análises acerca do processo, do Poder Judiciário, da tutela jurisdicional efetiva e da morosidade processual.

Pois bem, a relevância da pesquisa reside na crise enfrentada pelo Poder Judiciário, que não vem conseguindo resolver o problema da morosidade processual, de forma a promover a entrega do provimento jurisdicional em tempo razoável.

¹ CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. Coimbra: Almedina, 2000.

² COMPARATO, Fábio Konder. **O poder judiciário no regime democrático**. *Scientific Electronic Library Online*, site: <http://www.scielo.br/>. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0103-40142004000200008&script=sci_arttext>, publicado em 19/06/2004. Acesso em: 08 set. 2008.

³ BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2008.

⁴ GONÇALVES, William Couto. **Garantismo, Finalismo e Segurança Jurídica no Processo Judicial de Solução de Conflitos**, Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2004.

⁵ CRUZ E TUCCI, José Rogério. **Tempo e Processo: uma análise empírica das repercussões do tempo na fenomenologia processual (civil e penal)**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

⁶ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Poderes instrutórios do juiz**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

⁷ DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil**. São Paulo: Malheiros, 2002.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. São Paulo: Malheiros, 2000.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Fundamentos do processo civil moderno**. São Paulo: Malheiros, 2000.

⁸ AMENDOEIRA JR., Sidnei. **Poderes do juiz e tutela jurisdicional: a utilização racional dos poderes do juiz como forma de obtenção da tutela jurisdicional, efetiva, justa e tempestiva**. São Paulo: Atlas, 2006.

⁹ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryan. **Acesso à justiça**. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1998.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryan. **Juízes legisladores?** Trad. Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1989.

Segundo levantamento feito em 2008 pelo Conselho Nacional de Justiça - CNJ¹⁰ a taxa de congestionamento na Justiça Federal foi de 59,8% (cinquenta e nove vírgula oito por cento), na segunda instância foi de 76,1% (setenta e seis vírgula um por cento) em primeira instância. Na Justiça Estadual, os números são igualmente substanciais, sendo que na segunda instância a taxa de congestionamento foi 42,5% (quarenta e dois vírgula cinco por cento) e na primeira instância atingiu 80% (oitenta por cento).

A título de esclarecimento, há que se entender como taxa de congestionamento o índice que reflete o quantitativo de processos não decididos do ano de 2008, o qual será acrescido aos feitos que serão ajuizados, gerando um déficit na prestação jurisdicional, que se propagará para o ano seguinte e, se este quadro não mudar, assim ocorrerá sucessivamente.

Os números anteriormente referenciados demonstram a gravidade do problema e refletem a dificuldade encontrada pelo Estado em prestar à coletividade uma atividade jurisdicional efetiva, sendo que para tanto, há necessidade de que o provimento final seja proferido em tempo razoável, sob pena de perecimento do direito ou ineficácia da decisão judicial.

A pesquisa desenvolvida neste trabalho se inicia com um estudo prévio acerca dos direitos e garantias fundamentais, do processo e da jurisdição, o que é empreendido no primeiro capítulo do trabalho. Essa análise é importante, pois se configura como ponto de partida para o presente trabalho, sendo essencial a identificação correta dos conceitos de direitos e garantias fundamentais, bem como as características de cada um deles, para que se possam aferir as diferenças, embora seja inegável a correlação e conexão existente entre ambos.

Desenvolvendo ainda mais o tema das garantias, será identificado o que são as garantias constitucionais, na medida em que tal análise é de suma relevância para

¹⁰ BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Relatório Justiça em Números**. Site: <http://www.cnj.jus.br/>. Disponível em: http://www.cnj.jus.br/images/imprensa/resumojustica_em_numeros_2008.pdf. Acesso em: 5 jan. 2010.

que se possa aferir a importância, no paradigma do Estado Democrático de Direito, das referidas garantias, no que tange à efetivação dos direitos fundamentais.

Será empreendida, também, uma abordagem acerca das garantias constitucionais do processo e das garantias institucionais, para posteriormente ser trabalhado o próprio processo como garantia fundamental ao direito à jurisdição. Destaca-se ainda que, no tocante ao processo, serão desenvolvidas questões inerentes à sua natureza jurídica e a sua importância para a materialização da jurisdição.

Já no segundo capítulo, será desenvolvida a temática da garantia constitucional à razoável duração do processo. Inicialmente traçando-se um paralelo entre o tempo do processo e sua correlação com a atividade jurisdicional desenvolvida pelo Estado, apurando-se o significado da tutela jurisdicional tempestiva em contraposição com a demora excessiva desta função estatal, bem como a eventual responsabilização decorrente desta demora.

Ainda no segundo capítulo buscar-se-á a identificação do conceito de razoável duração do processo, dada a sua natureza aberta, sem uma definição fechada. Para auxiliar tal identificação, far-se-á, também, uma breve abordagem acerca da razoável duração do processo em diplomas estrangeiros. Por fim, será trabalhada a questão envolvendo sua explicitação na Constituição Federal e a razão de ser de tal fato, haja vista a existência de precedentes desta garantia no ordenamento jurídico brasileiro e a importância de sua inserção no texto constitucional.

O último capítulo trata da questão inerente à atuação do magistrado com vistas a dar concretude à garantia constitucional à razoável duração do processo. Principiando o assunto, faz-se uma abordagem simplificada acerca da evolução do Estado, no que tange à intervenção para a solução do conflito de interesses advindo do corpo social, que culmina na sua função jurisdicional, analisando-se, também, a evolução histórica da atuação do magistrado investido deste poder, na medida em que corporifica no estado na atividade jurisdicional.

Aborda-se, ainda, no último capítulo a temática envolvendo o Poder Judiciário no Estado Democrático de Direito, analisando-se as garantias constitucionais e

institucionais deste poder, bem como os poderes do magistrado e a questão inerente ao ativismo judicial.

Outro ponto trabalhado no capítulo referido é a atuação do magistrado, sob o enfoque da razoável duração do processo. Para tanto, faz-se uma análise acerca da morosidade processual, com auxílio de dados estatísticos oriundos de pesquisas empreendidas pelo Conselho Nacional de Justiça – CNJ. Busca-se, ainda, identificar as causas prováveis da morosidade e, até que ponto à atuação do magistrado é determinante para que a atividade jurisdicional seja empreendida em tempo razoável.

No que pertine à atuação do magistrado, analisa-se a questão do respeito aos prazos processuais, mormente aqueles da competência do julgador; faz-se ainda, uma abordagem acerca da gestão da atividade jurisdicional, com auxílio na ciência da Administração; além disso, aborda-se, também o acompanhamento pelo magistrado da conduta das partes, seus procuradores e auxiliares da Justiça, com o enfoque na lealdade e boa-fé processuais, que não se coadunam com estratégias procrastinatórias e/ou obstrutórias ao pleno e efetivo desenvolvimento da atividade jurisdicional.

Permeia, também, a atuação magistrado com vistas a dar concretude à razoável duração do processo, a temática envolvendo a constante qualificação profissional do julgador; a otimização do seu tempo com a prática de atos decisórios, deixando aqueles de mero expediente à competência de outras pessoas, bem como uma atuação adequada aos anseios modernos, no que diz respeito à conciliação judicial, que tem sido tema recorrente de campanhas empreendidas pelo Conselho Nacional de Justiça – CNJ.

Por fim, são apresentadas algumas sugestões de alterações legislativas de índole processual, que têm por objetivo otimizar o tempo do magistrado, de forma a que este concentre seus esforços na prática de atos de cunho decisórios, o que fatalmente contribuirá para a diminuição do tempo de tramitação dos processos, sem comprometer a qualidade do provimento jurisdicional, coadunando-se com aquilo que é estatuído pela garantia constitucional à razoável duração do processo.

1 DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS, PROCESSO E JURISDIÇÃO

A correta identificação do que vem a ser direito fundamental e garantia fundamental é de extrema relevância para o desenvolvimento deste trabalho científico. Além disso, constitui-se também, em objeto de estudo por parte da doutrina pátria e pauta de pesquisas e trabalhos científicos, como o que ora se apresenta.

A delimitação precisa da amplitude e extensão do tema em foco é necessária, pois sem ela não é possível concluir-se corretamente acerca do seu conteúdo. Decorre daí a necessidade de se mapear e explicitar as diferenças entre direitos e garantias, a fim de se evitar confusões, ainda que cometidas de maneira involuntária.

Não bastassem tais aspectos há que se verificar a exata conformação conceitual do processo, sua relevância e a razão de ser da sua existência. Neste sentido, não há como se prescindir de um estudo acerca da jurisdição, haja vista que o processo serve a essa relevantíssima função estatal, que por reiteradas vezes tem se configurado como a última instância disponível ao titular de um direito para torná-lo efetivo ou mesmo resguardá-lo dos arroubos de outrem.

O poder estatal de aplicar o direito ao caso concreto, objetivando a solução dos conflitos da sociedade em busca da paz social e em respeito à ordem jurídica estabelecida, configura-se no conceito clássico de jurisdição¹¹. Todavia, não se pode utilizar, tampouco fixar-se unicamente neste conceito para o desenvolvimento de tão relevante tema. Necessário se faz estabelecer uma correlação entre a jurisdição e o processo, no intuito de vislumbrar corretamente de que forma este pode contribuir a efetiva prestação jurisdicional.

¹¹ Jurisdição é função do Estado que tem como escopo a atuação da vontade concreta da lei por meio da substituição, pela atividade de órgãos públicos, da atividade de particulares ou de órgãos públicos, já no afirmar a existência da vontade da lei, já no torna-la, praticamente efetiva” (CHIOVENDA, Giuseppe. *Istituzioni di diritto processuale civile*, tradução de J. Guimarães Menegale: *Instituições de direito processual civil*. São Paulo: Saraiva, 1969, vol. II, nº. 137 a 140, pp. 3 a 14).

1.1 DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS

Geleotti e Quintana trabalham a etimologia da palavra garantia de forma afirmar que se configura em uma derivação *garant* do alemão *gewähren-gerwähr-leistung* (conceder), cujo significado é *Sicherstellung* (garantir).¹²

A garantia não pode ser confundida com o direito, na medida em que evidencia a fragilidade deste, bem como a necessidade de que existam mecanismos ou meios de proteção para resguardá-lo, a fim de que o seu beneficiário possa ser usufruído em sua plenitude.

Para Viamonte:

[...] Garantia é a instituição criada em favor do indivíduo, para que, armado com ela, possa ter ao seu alcance imediato o meio de fazer efetivo qualquer dos direitos individuais que constituem em conjunto a liberdade civil e política.¹³

Direitos e garantias, portanto, têm vida distinta, embora a garantia seja importante para preservar, resguardar e permitir a efetivação do direito. Todavia, “o fracasso da garantia não significa a inexistência de um direito; suspensão de garantias não pode significar supressão de direitos”.¹⁴

Rui Barbosa destaca que:

A confusão, que irrefletidamente se faz muitas vezes entre direitos e garantias, desvia-se sensivelmente do rigor científico, que, deve presidir à interpretação dos textos, e adultera o sentido natural das palavras. Direito ‘é faculdade reconhecida, natural, ou legal, de pratica ou não praticar certos atos’. Garantia ou segurança de um direito é o requisito de legalidade, que o defende contra a ameaça de certas classes de atentados de ocorrência mais ou menos fácil.¹⁵

¹² QUINTANA, V. Liñares. *Tratado de la Ciencia del Derecho Constitucional*. Buenos Aires: Alfa, t. V, 1956, pp. 336/337. In: BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 525.

¹³ VIAMONTE, Carlos Sánchez. *El “Habeas Corpus”: la libertad y su Garantía*. Buenos Aires: Valerio Abeledo, 1927, p. 01. In: BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 527.

¹⁴ RÉBORA, Juan Carlos. *El Estado de Sitio y la Ley Histórica del Desborde Institucional*. Universidad Nacional de La Plata: La Plata, 1935, § 11, pp. 68-69. In: BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 527.

¹⁵ BARBOSA, Rui. A Constituição e os atos inconstitucionais do Congresso e do Executivo ante a Justiça Federal. Rio de Janeiro: Flores & Mano, s/d, 2. ed., pp. 193-194. In: BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 528.

Verifica-se, portanto, que a razão de ser da garantia é o direito, na medida em que é por ele que ela existe.

Etimologicamente falando, as garantias têm por finalidade, dar segurança ao titular do direito, o qual é tão valioso, quanto frágil, de forma a possibilitar-lhe sua efetivação.

Correta a análise feita por Miranda ao estabelecer que os:

[...] direitos representam só por si certos bens, as garantias destinam-se a assegurar a fruição desses bens; os direitos são principais, as garantias são acessórias e, muitas delas, adjetivas [...]; os direitos permitem a realização das pessoas e inserem-se direta e imediatamente, por isso, nas respectivas esferas jurídicas, as garantias só nelas se projetam pelo nexos que possuem com os direitos; na acepção jusracionalista inicial, os direitos declaram-se, as garantias estabelecem-se.¹⁶

Assim sendo, pode-se concluir que os direitos referem-se às pessoas, ao ser; enquanto que as garantias existem para modular a atuação do Estado, atribuindo-lhe o encargo de tornar possível a efetivação dos direitos da coletividade que o instituiu.

Por meio das garantias o Estado dispõe de mecanismos que lhe permitem dar efetividade aos direitos de um povo¹⁷, especialmente aqueles tidos como fundamentais – os quais serão melhor abordados na seqüência deste trabalho, mormente no que tange à sua importância e prevalência.

A ausência de garantias pode cominar na inefetividade dos direitos, ainda que declarados no ordenamento jurídico, na medida em que é por meio destas forjada a forma de atuação do Estado, com o fito de permitir, viabilizar e dar efetividade aos direitos de um dado povo, de forma a possibilitar que seus titulares os alcancem de fato e de direito.

¹⁶ MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**. 4. ed. Coimbra: Coimbra, 1988, t. IV, pp. 88-89.

¹⁷ Adota-se neste trabalho o conceito jurídico de povo de Bonavides, qual seja: "aqueles que se acham no território como fora deste, no estrangeiro, mas presos a um determinado sistema de poder ou ordenamento normativo, pelo vínculo de cidadania". (BONAVIDES, Paulo. **Ciência Política**. São Paulo: Malheiros, 2001, pp. 74 a 78).

Confundir direitos e garantias é o mesmo que tratar como sinônimas expressões que na realidade têm dimensões diferentes. Enquanto os direitos são, na grande maioria das vezes, objetivos primordiais de um dado povo – para o qual, inclusive, foram instituídos; as garantias se revestem de uma natureza acessória, no sentido de dar segurança ao titular do direito, com vistas à sua efetivação.

A segurança referida no parágrafo supra diz respeito à série mecanismos e formas de atuação do Estado - garantidor dos direitos declarados no ordenamento jurídico, no sentido de que sejam adotadas todas as medidas necessárias e possíveis para tornar o acesso ao direito, o mais plausível e substancial possível.

A propósito diz Jorge Miranda que: “as liberdades velem por aquilo que vale a pessoa, as garantias têm valor instrumental derivado.”¹⁸

1.1.1 Garantias constitucionais

Rui Barbosa conceituou as garantias constitucionais como sendo “solenidades tutelares, de que a lei circunda alguns desses direitos contra os abusos do poder”¹⁹.

Em sua cátedra o precitado autor e boa parte dos doutrinadores clássicos, tinham como paradigma o modelo político do Estado Liberal, sendo sob tal paradigma analisado e desenvolvido do tema atinente aos direitos fundamentais.

Ressalta-se que, o paradigma do Estado Liberal burguês tinha como principais bandeiras a proteção aos direitos à liberdade e à propriedade, dentro de uma concepção estritamente individualista, atribuindo a esses direitos o *status* de fundamentais.

Não se pretende neste trabalho ignorar ou mesmo desconsiderar a concepção de direitos fundamentais assentada com base na filosofia política do liberalismo. Ao

¹⁸ MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**. 4. ed. Coimbra: Coimbra, 1988, t. IV, p. 89.

¹⁹ BARBOSA, Op.Cit., p. 190.

contrário, o que se pretende é partindo-se da referida concepção, verificar se não haveria uma conotação mais ampla a ser atribuídas aos referidos direitos, deixando de lado a limitação individualista destacada.

Outrossim, tendo em vista o exposto em item próprio anterior, não há que se confundir direitos fundamentais com garantias constitucionais. Assim como, não se pode considerar estas últimas como expressões sinônimas das garantias individuais, como fez Amancio Alcorta (*Las Garantías Constitucionales*) e inúmeros outros publicistas como: Francisco Ramirez Fonseca (*Manual de Derecho Constitucional*) e Ignacio Burgoa (*Las Garantías Individuales*).²⁰

Marnoco e Souza diferenciam direitos individuais de garantias individuais. No entanto, dá a estas últimas o significado de garantias constitucionais: “[...] são as normas constitucionais que asseguram aos cidadãos o gozo deste ou daquele direito individual [...] dão a estes direitos à sanção proveniente da força própria da lei constitucional [...]”.²¹

Bonavides assevera que:

Sem as garantias constitucionais os direitos contidos nas declarações formais cairiam no vazio das esferas abstratas, ou perderiam o fio institucional de contato com a realidade concreta, aquela que deverá propiciar em termos de eficácia a fruição completa das liberdades humanas.²²

Desta forma, invalida-se a declaração de direitos caso não existam meios e/ou mecanismos destinados à sua efetivação. Neste contexto aparecem as garantias constitucionais, as quais, dada a proeminência de derivarem da Constituição Federal, se sobrepõem sobre as demais garantias (infraconstitucionais), devendo ser observadas pelos “titulares de qualquer dos Poderes, obrigados ao respeito e acatamento de direitos que norma suprema protege”.²³

²⁰ BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 531.

²¹ BONAVIDES, Op.Cit., p. 532.

²² BONAVIDES, Op.Cit., p. 532.

²³ BONAVIDES, Op.Cit., p. 532.

As garantias constitucionais ainda se subdividem em próprias e impróprias, sendo que estas estão expressas na Constituição Federal ou ainda, alocadas como garantias dos direitos subjetivos derivados da lei maior.

Em se tratando de garantias constitucionais próprias, o escopo é a preservação da ordem constitucional, neste sentido tem-se: o instituto da reforma à Constituição e o estado de sítio, como exemplos. Já no tocante à tutela dos direitos subjetivos derivados do texto constitucional, tais garantias visam à proteção direta dos direitos fundamentais.

Neste sentido ressalta Bonavides:

[...] temos visto nos ordenamentos constitucionais contemporâneos crescer de importância a figura da garantia constitucional, que repercute não somente no campo do direito constitucional de amplitude clássica, senão também que se dilata à esfera do direito processual, atraindo-o, no tocante à tutela jurisdicional da liberdade e dos direitos fundamentais, para o vasto território onde se renova e amplia cada vez mais o estudo da matéria constitucional. (negrito acrescido).²⁴

As garantias constitucionais são de extrema relevância, na medida em que ou destinam-se à proteção da Constituição ou salvaguardam direitos fundamentais. Essas garantias conformam a ação do Estado em todos os seus níveis: Executivo, Legislativo e Judiciário. Sem elas, a atuação do Estado estaria consideravelmente prejudicada o que poderia levar à sua ineficácia no seu *modus procedendi*²⁵, quando houvesse necessidade de uma intervenção estatal.

Assim sendo, só verifica-se a eficácia na atuação do Estado, quando se lança mão das garantias constitucionais, em especial, quando se tem por paradigma o Estado Democrático de Direito, haja vista os compromissos assumidos por este Estado, os quais se encontram assegurados na Constituição, pois se configuram como os direitos mais preciosos de um dado povo, mormente aqueles considerados como fundamentais.

²⁴ BONAVIDES, Op.Cit., p. 532.

²⁵ Tradução livre: forma de atuar, de proceder.

Segundo Canotilho²⁶, Estado Democrático de Direito é aquele que tem “uma ordem de domínio legitimada pelo povo” e sob a ótica de uma Constituição democraticamente construída.

O referido autor assevera ainda que: “o elemento democrático não foi apenas introduzido para ‘travar’ o poder [...] foi também reclamado pela necessidade de legitimação do mesmo poder”.²⁷

No paradigma do Estado Democrático de Direito além dos direitos fundamentais, os quais inegavelmente encontram nas garantias constitucionais um forte elemento de efetivação, existem outros direitos que transcendem à esfera do indivíduo. Esses direitos também devem ser garantidos, não mais por meio de garantias constitucionais, mas sim pelas chamadas garantias institucionais.²⁸

Rui Barbosa aponta, exemplificativamente a: “dualidade de câmaras, a colaboração do chefe de Estado na produção de leis, a responsabilidade dos funcionários, a organização da justiça”²⁹, dentre outras, como espécies de garantias institucionais.

Quando Carl Schmitt começou a trabalhar a idéia de garantias institucionais, o mundo passava por uma mudança de paradigma: saía de cena o Estado Liberal (burguês) e entrava o Estado Social (*Welfare State*), o qual se iniciou no Brasil, ainda que de forma tímida, em 1930 com o início da Era Vargas, a qual perdurou até 1945.

O ápice da temática inerente ao Estado Social, ao menos em termos de Brasil, se deu com o advento da Constituição de 1988, que procurou congrega preceitos norteadores do *Welfare State*, com as conquistas inerentes ao Estado de Direito. Neste cenário surgem garantias constitucionais até então inéditas, alcançando tanto direitos objetivos, quanto subjetivos.

²⁶ CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. Coimbra: Almedina, 2000, p. 98.

²⁷ CANOTILHO, Op.Cit., p. 100.

²⁸ BONAVIDES, Op.Cit., p. 532.

²⁹ BARBOSA, Op.Cit., p. 207.

1.1.1.1 Breve abordagem acerca das garantias constitucionais de natureza processual

A Constituição Federal de 1988 trouxe no contexto das garantias constitucionais, algumas de natureza processual, com o intuito de preservar o constitucionalismo do Estado Brasileiro, fortemente influenciado pela ideologia do *Welfare State*.

Um exemplo disso é a regra inserta no art. 5º. , inciso LXXI do texto constitucional, ao estabelecer que se conceda mandado de injunção, sempre que “a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania”.

Além do mandado de injunção podem ser destacadas, ainda, as seguintes garantias constitucionais de natureza processual: o mandado de segurança coletivo (art. 5º., inciso LXX da CRFB); o *habeas data* (art. 5º., inciso LXXII da CRFB) e a ação de descumprimento de preceito constitucional (art. 102, § 1º. da CRFB), dentre outras, demonstrando, portanto, a preocupação do legislador constitucional com a defesa dos direitos subjetivos do povo brasileiro.

1.1.2 Garantias institucionais

Da cátedra de Paulo Bonavides, pode-se identificar que a garantia institucional destina-se:

[...] a proteção que a Constituição confere a algumas instituições, cuja importância reconhece fundamental para a sociedade, bem como a certos direitos fundamentais providos de um componente institucional que os caracteriza.³⁰

No desenvolvimento deste tema serão abordados os direitos fundamentais e necessário se faz que a amplitude desses direitos seja observada com cautela, pois no paradigma do Estado Liberal seu alcance é estritamente individualista, restrito aos direitos à liberdade e aos direitos da personalidade.

³⁰ BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 532.

Destaca-se, no entanto, que a partir do século XX houve uma profunda mudança de paradigma – passagem do Estado Liberal para o Estado Social, quando então este passa a adotar uma postura intervencionista, em busca da efetivação dos direitos individuais declarados, com o escopo de conferir-lhes efetividade.

Essa atuação intervencionista do Estado está fortemente ligada às instituições por ele constituídas como forma de empreender sua atividade, objetivando como dito, a efetivação de direitos fundamentais, ainda que esses direitos, sob a ótica do liberalismo fossem eminentemente individuais.

Há quem questione a viabilidade de uma subdivisão das garantias em constitucionais e institucionais, alegando que uma acaba por abarcar a outra. Em verdade, nada impede que se dê às garantias constitucionais uma amplitude maior, no sentido de contemplar, também, a proteção às instituições do Estado destinadas à efetivação dos direitos fundamentais do povo para o qual foi constituído.

Para tentar explicar essa ligação estreita entre as garantias constitucionais e as institucionais, Stern criou a teoria constitucional das garantias institucionais, por meio da qual estabelecia o reconhecimento de determinadas instituições, as quais deveriam ser preservadas, haja vista o seu conteúdo, forma de atuação e importância na efetivação de direitos, mormente os fundamentais.³¹

Carl Schmitt destacou a importância das garantias institucionais, atribuindo-lhes a responsabilidade por dar especial proteção às instituições do Estado essenciais à efetivação dos direitos fundamentais.³²

Acerca da proteção às instituições, Thoma ressaltou que o escopo da Constituição é “consolidar de maneira absoluta o próprio instituto, a saber, o mínimo daquilo que lhe compõe a essência”.³³

³¹ STERN, Klaus. *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland*. Munique: 1989, v. III/1. In: BONAVIDES, Op.Cit., p. 539.

³² SCHMITT, Carl. *Verfassungslehre, reimp.* Berlim: Neukoeln, 1954, p. 170.

³³ THOMA, R. *Die juristische Bedeutung der Grundrechtliche Sätze der deutschen Reichsverfassung im Allgemeinen*. In: H. C. Nipperdey (Orgs.), *Grundrechte und Grundpflichten der Reichsverfassung*, v. I, 1929. In: BONAVIDES, op.cit., p. 540.

O referido autor acrescenta que:

As garantias institucionais, repetidamente mencionadas, são proibições dirigidas ao Legislativo para não ultrapassar na organização do instituto aqueles limites extremos, além dos quais o instituto como tal seria aniquilado ou desnaturado.³⁴

De acordo com Anschütz, a eficácia da garantia institucional “[...] é que ela garante o instituto de modo absoluto e com toda a força da proteção constitucional contra uma total supressão ou também apenas contra uma lesão ao mínimo daquilo que lhe perfaz a essência”.³⁵

E conclui afirmando que:

As garantias institucionais são prescrições da Constituição que [...] no substancial aspiram a uma garantia de certos institutos jurídicos, de modo a assentar o respectivo instituto na Constituição, sem entrar na determinação de todas as particularidades do seu conteúdo.³⁶

De acordo com a forma e amplitude que cada Estado confere às suas instituições, as garantias institucionais podem variar em termos de abrangência e força.

Inegável que as manifestações sociais, com as pressões que lhe são inerentes, podem representar instrumento propulsor do Estado, no sentido de conferir às instituições responsáveis pela promoção da igualdade e respeito às liberdades - dentro do conceito moderno de dignidade da pessoa humana, uma proteção mais qualificada, valendo-se para tanto das garantias institucionais.

Em verdade, pode-se concluir que as instituições existem para preservar a identidade do Estado, ou pelo menos para resguardar os conceitos e aspirações que motivaram um dado povo a atribuir a este ente abstrato, a força e o papel relevante que exerce.

O Estado, por sua vez, assume para com o povo que o instituiu uma série de compromissos, os quais se configuram na própria essência do ente. Tais

³⁴ THOMA, apud BONAVIDES, 2008, p. 30.

³⁵ ANSCHÜTZ, G. *Die Verfassung des Deutschen Reichs vom 11*. Berlim: 1933, 4. ed., p. 520. apud BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2008.

³⁶ ANSCHÜTZ, Op.Cit., p. 520.

compromissos devem, a todo o momento, ser preservados e resguardados pelo Estado, como forma de conferir-lhe legitimidade.

A importância das instituições reside justamente no fato de que a própria essência da sua existência é a manutenção e/ou preservação da ordem constitucional de direitos de um povo. E quando isto é deixado de lado, não só a instituição deixa de ter fundamento substantivo, como o próprio Estado falha e viola o compromisso assumido, o que pode desestabilizar todo o sistema político de um país e via de consequência, causar a revolta do povo.

Estes aspectos foram bem retratados por Klein:

A garantia institucional simplesmente pode impedir e impedirá que uma modificação, erosão, dano, desnaturação, quebra, arranhão, restrição, esvaziamento, abuso e lesão da instituição sejam equivalentes a sua destruição completa e existencial.³⁷

Outro aspecto importante e que merece consideração é a questão inerente à distinção entre garantias institucionais e direitos fundamentais, isto porque, somente com a identificação correta dos institutos pesquisados é que um trabalho científico pode ser concluído satisfatoriamente.

Assim, sobre o tema lecionou Canotilho:

[...] as instituições, como tais, têm um sujeito e um objeto diferente dos direitos dos cidadãos. Assim a maternidade, a família, a administração autônoma, a imprensa livre, o funcionalismo público, a autonomia acadêmica, são instituições protegidas diretamente como realidades sociais objetivas e só indiretamente se expandem para a proteção dos direitos individuais.³⁸

Todavia, não há que se estabelecer um rigor extremo na distinção dos direitos fundamentais e garantias institucionais, até porque, com o advento do *Welfare State*, foram estabelecidos vínculos importantes entre eles.

Muito provavelmente o temor que levou Carl Schmitt a trabalhar a distinção entre os direitos fundamentais e as garantias institucionais, foi o clima político existente à

³⁷ KLEIN, F. *Institutionelle Garantien und Rechtsgarantien*. 1934, pp. 130, 134 e 134. In: BONAVIDES, Op.cit., p. 542.

³⁸ CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. Coimbra: Almedina, 2000, pp. 438-439.

época em que a referida teoria foi construída, pois, o mundo se encontrava em estado de guerra e desrespeito freqüente aos direitos fundamentais, mormente os direitos à igualdade e à liberdade.

Importante destacar, ainda, que além das garantias institucionais, existem as garantias do instituto, sendo que as primeiras se destinam a proteção das instituições de direito público e as segundas, à proteção dos institutos de direito privado.³⁹

Ainda sobre a influência de Schmitt, a ordem constitucional (à época) separou os direitos fundamentais (igualdade, liberdade, participação político, dentre outros), das garantias institucionais, estas destinadas a modular, proteger, dar forma e relevância às instituições do Estado, importantíssimas à sua atuação, no sentido de preservar a essência dos compromissos assumidos com o povo, expressos na Constituição.

Bonavides citando Duerig distinguiu as garantias institucionais das garantias do instituto, asseverando que:

Garantias do instituto [...] são garantias das instituições relacionadas com direitos fundamentais, cuja “causa” vem a ser os direitos fundamentais enquanto direitos subjetivos, ao passo que as garantias institucionais são aquelas cuja existência independe de direitos fundamentais subjetivos.⁴⁰

Apesar de serem tecnicamente diferentes, alguns direitos fundamentais possuem um duplo caráter, como bem ressalta Canotilho, pois têm natureza de jurídica de direito subjetivo, sem deixar de lado o atributo de garantia constitucional. O referido autor exemplifica citando que a Constituição reconhece o direito do cidadão de constituir família, ao mesmo que assegura a proteção a este relevante instituto.⁴¹

Como bem destaca Canotilho, as garantias institucionais não asseguram aos particulares “posições subjetivas autônomas e daí a inaplicabilidade do regime dos direitos, liberdades e garantias”, exceção feita às situações em que as garantias institucionais se justapõem aos direitos fundamentais. Esclarece o autor afirmando

³⁹ BONAVIDES, Op.Cit., p. 544.

⁴⁰ BONAVIDES, Op.Cit., p. 544.

⁴¹ CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. Coimbra: Almedina, 2000, p. 195.

ser praticamente impossível dissociar o direito de liberdade de imprensa, da proteção à instituição da imprensa livre.⁴²

1.2 O PROCESSO COMO GARANTIA AO DIREITO FUNDAMENTAL À JURISDIÇÃO

O estudo, ainda que breve, do processo é essencial ao desenvolvimento deste trabalho, na medida em que se configura como garantia constitucional de materialização da jurisdição, direito fundamental assegurado pela Constituição da República Federativa do Brasil.

Neste estudo acerca do processo, a ontologia se apresenta como um valioso auxílio no sentido de desvelar a essência deste importante instrumento garantidor da jurisdição.

Gonçalves destaca a importância do processo, afirmando que:

Da relação em que se polarizam Estado Constitucional, Estado de Direito e o cidadão, com ênfase nos Direitos Fundamentais do Homem como corolário da noção mais bem delineada do conceito de dignidade da pessoa humana, o direito à jurisdição sobressai garantido somente por meio do Processo Judicial de Solução dos Conflitos, disso resultando o seu caráter garantístico (garantia primeira) e nisso estando a sua essência. [...] O Processo é temporal, e a jurisdição que ele garante, operacionaliza, restringe, materializa, faz-se específica e eficaz, é intemporal.⁴³

Segundo Palomino, etimologicamente falando, a palavra processo deriva da expressão latina *processus*⁴⁴, originária do direito canônico e que foi difundida pela ciência jurídica alemã no século XIX.⁴⁵

⁴² CANOTILHO. Op.Cit., p. 439.

⁴³ GONÇALVES, William Couto. **Garantismo, Finalismo e Segurança Jurídica no Processo Judicial de Solução de Conflitos**, Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2004, p. 02.

⁴⁴ Movimentar-se para diante, adiantar-se, andar, marchar, avançar, progredir, desenvolver-se.

⁴⁵ PALOMINO, Manuel Moron. Derecho processual civil: cuestiones fundamentales. Madrid: Marcial Pons, 1997, p. 147. In: GONÇALVES, William Couto. **Garantismo, Finalismo e Segurança Jurídica no Processo Judicial de Solução de Conflitos**, Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2004, p. 52.

Para Gonçalves, o processo judicial de solução de conflitos é de suma importância, pois “garante a operacionalização da jurisdição e possibilita a aplicação do ordenamento jurídico no seu sentido mais abrangente”.⁴⁶

Complementando, destaca o autor que o processo é:

[...] imprescindível à jurisdição que ele operacionaliza, restringe, materializa, fazendo-a efetiva na práxis, específica e eficaz, por isso é instrumento operacionalizador e garantidor da jurisdição.
É o instrumento pelo qual, por meio do exercício do direito de pretensão e petição, se tira a jurisdição de sua etapa genérica, abstrata, restringindo-a e materializando-a por intermédio dos atos que o formam.⁴⁷

Verifica-se, portanto, que a razão de ser do processo é a jurisdição. O processo, desta forma, serve à jurisdição, dando-lhe a conformação necessária à sua atuação, retirando-lhe de sua inércia e oportunizando o seu pleno desenvolvimento, por meio dos atos processuais que o instrumentalizam.

1.2.1 Natureza jurídica do processo: breves apontamentos

A seguir serão expostas algumas considerações acerca das principais teorias construídas para identificar a natureza jurídica do processo, sem a pretensão, é claro, de esgotar o assunto, para que sirva de subsídio ao desenvolvimento deste trabalho.

São seguintes as teorias acerca da natureza jurídica do processo:

a) Processo como Contrato

Teoria privatista do processo idealizada por Pothier, Demolombe, Aubury e Rau, segundo a qual há a aceitação da fórmula romana, sendo que por meio dela

⁴⁶ GONÇALVES. Op.Cit., p. 52.

⁴⁷ GONÇALVES. Op.Cit., p. 54.

deveriam ser estabelecidas as regras a serem observadas pelos contendentes e segundo as quais deveria se desenvolver o processo.⁴⁸

b) Processo como Quase-Contrato

Concebida na França por Arnault de Guenyveau, na Espanha por Carleval, Salgado de Zamoza, Conde de La Cañada, Febrero, Caravantes, De La Serna Y Montalbán, Manresa Y Reus dentre outros, na Itália por Mattiolo, em Portugal por Pereira e Souza, na Argentina por Rodriguez e outros. Essa teoria privatista leva em conta a dualidade, distinguindo-se da teoria do processo como Contrato, na medida em que nesta última, parte-se de uma idéia de consenso, enquanto que naquela o processo é a formalização dissenso entre os contendentes.⁴⁹

c) Processo como Relação Jurídica

Teoria publicista concebida por Oskar Von Büllow, também foi desenvolvida por Hegel e Bethmann-Hollweg. Chiovenda (Itália) ampliou essa teoria, para a chamada Teoria do Processo como Relação Jurídica Processual. Antes mesmo do provimento jurisdicional as partes já têm direitos e deveres, sendo que os atos desenvolvidos no processo têm natureza jurídica, haja vista a relação que se estabelece entre os litigantes, relação esta que se desenvolve de maneira autônoma, independentemente do direito material. Essa relação jurídica vincula-se à aplicação da lei por meio do provimento jurisdicional.⁵⁰

d) Processo como Situação Jurídica

Esta teoria publicista tem como premissa o fato de que em razão do conflito e da provocação da jurisdição por meio do processo, surge uma situação jurídica nova,

⁴⁸ GONÇALVES, William Couto. **Uma introdução à filosofia do direito processual**: estudos sobre a jurisdição e o processo fundamentando uma compreensão histórica, ontológica e teleológica. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2005, p. 130.

⁴⁹ GONÇALVES. Op.Cit. p. 131.

⁵⁰ GONÇALVES, William Couto. **Uma introdução à filosofia do direito processual**: estudos sobre a jurisdição e o processo fundamentando uma compreensão histórica, ontológica e teleológica. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2005, pp. 131-132.

na qual os sujeitos passam a ser partes. Trabalha-se a idéia de um terceiro elemento que surge entre os conflitantes, criando uma situação jurídica.⁵¹

Sustentada por James Goldschmidt (*Derecho Procesal Civil*), a teoria do processo como situação jurídica apresenta um inconveniente relevante, na medida em que desconsidera a diferença existente entre situação jurídica, enquanto situação proposta ou imposta pelo Estado (exemplos: a idéia de propriedade, a idéia de casamento, a idéia de posse, etc) e posição jurídica, afeita ao sujeito, à parte. De uma maneira simplista, se poderia dizer que quem nunca se casar, jamais terá posição jurídica de casado.⁵²

e) Processo como Serviço Público

Outra das teorias publicistas, esta da lavra dos administrativistas franceses Duguit, Jeze e Nezard, enxerga o processo como um mero serviço público, “compreendido na atividade administrativa que desenvolve o Estado”.⁵³

f) Processo como Procedimento

Teoria publicista concebida por Carlo Furno e complementada por Elio Fazzalari, segundo a qual o processo sintetiza-se em seu procedimento, ou seja, na seqüência de atos que se desenvolvem ao longo do seu trâmite, sendo que tais atos devem ser encadeados por meio de uma seqüência lógica, de forma que os atos antecedentes sejam pressupostos para os atos conseqüentes. A crítica que se faz a esta teoria é a de que se a referida seqüência lógica não for observada, não haverá processo, o que impõe um certo aspecto reducionista a este valioso instrumento.⁵⁴

g) Processo como Instituição Jurídica

⁵¹ GONÇALVES. Op.Cit. pp. 133-134.

⁵² GONÇALVES. Op.Cit. p. 134.

⁵³ GONÇALVES. Op.Cit. p. 135.

⁵⁴ GONÇALVES, William Couto. **Uma introdução à filosofia do direito processual**: estudos sobre a jurisdição e o processo fundamentando uma compreensão histórica, ontológica e teleológica. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2005, p. 135.

Concebida por Jaime Guasp, que identifica o processo como um instrumento destinado a satisfazer pretensões, as quais devem ser eminentemente jurídicas, tanto no que tange à sua satisfação, quanto no que pertine à sua pretensão (postulação). Ou seja, a “multiplicidade de relações jurídicas identificáveis no processo devem reduzir-se a uma instituição”.⁵⁵

Na cátedra de Guasp:

A satisfação em sentido jurídico supõe não dar razão sempre ao reclamante, mas sim, recolher, examinar e decidir pelo Poder Público sobre sua queixa, atribuindo-lhe ou denegando sua atuação, segundo pareça ou não fundada. A pretensão há de conceber-se igualmente em sentido jurídico; não como uma queixa qualquer, porém determinada; como uma reclamação formalmente dirigida por um membro da comunidade em face de outro, perante o órgão público, especificamente instituído para satisfazê-la.⁵⁶

Assim sendo, a natureza jurídica do processo seria a de uma instituição, sendo esta:

[...] um conjunto de atividades relacionadas entre si pelo vínculo de uma idéia comum e objetiva à qual figuram aderidas, seja essa ou não sua finalidade individual, as diversas vontades particulares dos sujeitos de quem procedem àquelas atividades.⁵⁷

Essa teoria reúne vários institutos importantes, como por exemplo: partes, atos, comunicação dos atos, prazo, etc. Desta forma, ela exprime a realidade processual, mormente tendo em vista a atenção dada à atuação das partes e o trabalho exercido pelo órgão jurisdicional, focados na satisfação da pretensão deduzida em Juízo.

Analisadas as teorias acerca da natureza jurídica do processo, oportuna a observação de Greco Filho que aponta a dupla garantia do processo, sendo que a primeira é garantia ativa, qual seja a que faz valer o ordenamento jurídico vigente, afastando e reparando a ilegalidade e a segunda, trata-se da garantia passiva, no sentido de coibir a justiça privada ou autotutela.⁵⁸

⁵⁵ GONÇALVES. Op.Cit. pp. 135-136.

⁵⁶ GUASP, Jaime. **Derecho Procesal Civil**. 3. ed., Tomo I, Madrid, *Centro de Estudios Constitucionales*, 1977, p. 16.

⁵⁷ GUASP, op.cit., p. 22.

⁵⁸ GRECO FILHO, Vicente. **Tutela jurisdicional das liberdades**. São Paulo: Saraiva, 1989, p. 60.

1.2.2 O direito fundamental à jurisdição e a sua materialização pelo processo

Após identificar a natureza jurídica do processo, o que permitiu a sua conceituação, necessário se faz destacá-lo como uma garantia fundamental ao direito à Jurisdição.

Bonavides assevera que há uma nítida conexão entre os direitos fundamentais e as garantias institucionais, destacando que: “essa conexidade só deixaria de ocorrer se baníssemos das garantias institucionais, as garantias do instituto”.⁵⁹

O referido constitucionalista concluiu dizendo que isso não seria possível de ser empreendido, pois “são as garantias do instituto que formam o componente institucional dos direitos fundamentais”.⁶⁰

Podem ser considerados como fundamentais os direitos ou garantias que estão incrustados na constituição do país, haja vista o fato do texto constitucional atribuir-lhes um maior grau de garantia ou de segurança.⁶¹

Os direitos fundamentais, como por exemplo: direito à vida, ao trabalho, à educação, à liberdade, dentre outros, configurariam meras ficções jurídicas caso não existissem garantias destinadas à sua efetivação, por exemplo, se não houvesse a Jurisdição para impedir ou mesmo reparar ofensas a esses direitos, ainda que não estivessem expressamente consignados na Constituição, mas que dela se pudessem extrair.

O processo se apresenta, neste contexto, como o instrumento viabilizador dos direitos do jurisdicionado, promovendo a função jurisdicional do Estado, em busca da solução para o conflito de interesses deflagrado.

A natureza garantística do processo relaciona-se com a própria evolução do direito:

[...] a partir da Primeira Grande Guerra é que se deu mais abrangência à proteção dos direitos e garantias da pessoa humana, nelas incluindo os

⁵⁹ BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**, 23. ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 543.

⁶⁰ BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**, 23. ed. São Paulo: Malheiros, 2008, pp. 543-544.

⁶¹ Idem, p. 561.

direitos de caráter social, de igual modo objetos da jurisdição que o processo garante, sendo certo, contudo, que apenas após a Segunda Grande Guerra é que tais direitos foram consagrados, inclusive na maioria dos textos constitucionais do mundo.⁶²

Gonçalves acrescenta, ainda, que o:

[...] processo move-se por interesses que transcendem os seus limites temporais, por isso questiona-se hoje o seu caráter social e a sua humanização, dando a ele um valor humanístico de maior abrangência em razão da certeza de que a jurisdição que nele opera há de atuar, quando na sua fase específica, não exclusivamente no interesse dos seus protagonistas e, sim, de toda a coletividade que se beneficia com a segurança jurídica, a paz e harmonia dos seus integrantes [...].⁶³

Neste contexto, o direito processual se apresenta como objeto de estudos e foco da atenção da doutrina moderna, na medida em que o seu conteúdo deve ser compatibilizado ou extraído do texto constitucional, que lhe conforma, pois do contrário, não haveria como se falar em processo justo, haja vista que jamais se alcançaria a efetivação dos direitos fundamentais, atentando-se, inclusive quanto ao devido processo legal, na acepção constitucional deste relevante direito.⁶⁴

Com o surgimento do Estado Constitucional Democrático de Direito, o Estado assumiu uma série de compromissos para com a sociedade, compromissos esses que lhe dão legitimidade.

Os compromissos assumidos pelo Estado lhe impõem deveres, o que nos remete à idéia contratualista defendida por Hobbes; Locke e Rousseau, considerando-se a existência de um pacto entre Estado e sociedade, no sentido de que a sociedade respeita e acata as decisões do Estado, na medida em que este lhe garante direitos, mormente aqueles considerados como fundamentais.

Há que se observar que teoria contratualista anteriormente referida, foi edificada sob a égide do liberalismo burguês, o que não quer dizer que o foco dos compromissos do Estado, tendo como paradigma o Estado Democrático de Direito, deva ficar adstrito a tal amplitude, muito pelo contrário, deve contemplar direitos sociais e

⁶² GONÇALVES. Op.Cit., p. 64.

⁶³ GONÇALVES. Op.Cit., p. 65.

⁶⁴ GONÇALVES. Op.Cit., p. 65.

direitos que transcendem a esfera do indivíduo, mormente os conhecidos como metaindividuais (difusos, coletivos e individuais homogêneos).

Canotilho destaca que os:

[...] direitos fundamentais [...] o local exacto desta positivação é a constituição. A positivação de direitos fundamentais significa a incorporação na ordem jurídica positiva dos direitos considerados 'naturais' e 'inalienáveis' do indivíduo. Não basta uma qualquer positivação. É necessário assinalar-lhes a dimensão de *Fundamental Rights* colocados no lugar cimeiro das fontes de direito: normas constitucionais.⁶⁵

Na medida em que o Estado cumpre seus deveres com eficiência, por meio de instituições, institutos e homens sérios (éticos), etc; estará legitimado ante a sociedade. Do contrário, carecerá de legitimidade, dando origem a um sentimento de desconfiança que pode resultar até mesmo em desobediência civil.

Para Repolês:

[...] a desobediência civil é utilizada como estratégia extrema com dois fins precípuos: primeiro, sensibilizar a opinião pública em torno de questões que até então não eram apresentadas como prioritárias ou críticas; e segundo, atingir o círculo oficial do poder políticos (o legislativo, os partidos políticos, a administração pública e o judiciário), tentando provocar uma mudança no direcionamento da produção legislativa, das políticas governamentais ou da interpretação das leis e de políticas, tendo como base a constituição, entendida como medida [...] de estabelecimento do jurídico.⁶⁶

Ao contrário do que pode parecer, a desobediência civil não se configura como um levantar violento, pelo contrário, qualquer ato de maior açoitamento poderia ser confundido a exclusão do diálogo jurídico. O que a desobediência civil representa, em verdade, é a oposição do cidadão às práticas contrárias aos direitos mais caros da coletividade, direitos estes na sua grande maioria considerados como fundamentais e que se encontram respaldados no texto constitucional.

Concluindo, Repolês afirma que:

A desobediência civil se apóia em bens constitucionais [...] não se confunde com direito de resistência, que ao contrário, questiona a própria autoridade do governo legitimamente instituído. [...] os desobedientes civis defenderem os princípios constitucionais adotados na sociedade em que vivem e, com base nesses princípios, questionam a validade de um determinado preceito

⁶⁵ CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. Coimbra: Almedina, 2000, p. 377.

⁶⁶ REPOLÊS, Maria Fernanda Salcedo. **Habermas e a Desobediência Civil**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003, p. 19.

normativo ou de determinada política governamental, alegando que esse preceito ou essa política governamental, em última instância, não estão em conformidade com a constituição.⁶⁷

Verifica-se, portanto, que a desobediência civil reflete bem a idéia do Estado que não encontra mais legitimidade na sociedade sobre a qual foi organizado. Isso porque não assegurou os direitos que se comprometeu em garantir. Todavia, esse não é o foco deste trabalho, razão pela qual, segue-se abordando a temática do processo como garantia à Jurisdição.

Uma jurisdição justa e eficaz é, sem dúvida, um dos mais importantes compromissos assumidos pelo Estado, na medida em que, a sociedade – de forma coletiva ou individual, quando verifica que seus direitos não estão sendo assegurados ou observados, submete sua pretensão ao Estado-Juiz, para que este faça valer o direito e isso ocorre por meio da atividade jurisdicional.

A atividade jurisdicional, por seu turno, somente se materializa por meio do processo, valioso instrumento que garante, restringe, especifica e torna eficaz a jurisdição e, é por meio desta que o Estado promove a pacificação social.

É claro que para que haja um processo justo, necessário se faz que a existência de garantias dentro do próprio processo, a maior de todas, talvez, seja a da dignidade da pessoa humana. Todavia, o foco que se pretende enfatizar neste trabalho não é esse, mas sim demonstrar que o processo é, antes de tudo, garantia constitucional ao direito fundamental à jurisdição.

⁶⁷ REPOLÊS. Op.Cit., p. 20.

2 DA GARANTIA CONSTITUCIONAL À RAZOÁVEL DURAÇÃO DO PROCESSO

A tutela jurisdicional tempestiva faz parte do patrimônio jurídico do jurisdicionado, na medida em que corporifica o conceito de processo justo, o qual não se resume apenas ao mero provimento expedido pelo órgão judicial competente, respeitando-se o princípio do juiz natural, observando-se as garantias processuais constitucionais e com fundamento no ordenamento jurídico pátrio. Necessário se faz que o referido provimento seja proferido em prazo razoável.

A definição do prazo razoável de duração do processo perpassa pela análise do fator tempo, não só sob o enfoque corriqueiro e ajurídico, mas sim compatibilizando-o com a atividade jurisdicional a ser empreendida pelo Estado, função que por sinal detém como monopólio, e que decorre da superação histórica de outras formas de solução dos conflitos de interesse como por exemplo: a autotutela.

2.1 O TEMPO DO PROCESSO E SUAS CONSEQUÊNCIAS NA PRESTAÇÃO JURISDICIONAL PELO ESTADO

Inegável que o direito se apresenta como valioso mecanismo para a construção democrática da sociedade, mormente quando grande parte desta sociedade não consubstanciada o acesso ao ordenamento jurídico. Acesso esse que é trabalhado sob uma perspectiva ampla, não ficando restrito à atividade jurisdicional do Estado, em que pese à relevância desta função, bem como fato de que em muitas oportunidades é por meio dela que se consegue fazer direitos, seja com o fito de preservá-los, recompô-los ou conquistá-los, para assim dota-los de efetividade.

Pode-se dizer que um Estado sem jurisdição, configura-se por ser uma “instituição política desprovida de um instrumento legítimo, por meio do qual possa exercer seu poder, em última instância, na busca da pacificação social”.⁶⁸

A conclusão supra advém do fato de que o Estado ao assumir o monopólio da função de solucionar os conflitos de interesses da sociedade, por meio da atividade jurisdicional, assumiu compromissos importantes dos quais não pode se desvincular, pois do contrário colocaria em “cheque” a sua própria legitimidade, enquanto ente político abstrato que é.

O acesso à justiça, entendido como acesso ao ordenamento jurídico, é patrimônio constitucionalizado da sociedade como um todo. Não basta ao Estado declarar direitos, mas sim empreender todos os esforços necessários para efetivá-los, especialmente quando se trata de direitos fundamentais, na medida em que estes representam a própria essência da vontade da coletividade, e por isso foram positivados no seu diploma normativo mais importante: a constituição.

Por este prisma, o foco do Estado deve ser sempre a justiça social, mormente quando o este se constitui sob o paradigma do regime democrático, onde o bem comum é essência e requisito de validade do próprio Estado, assim como objetivo de tutela para o seu povo.

No que tange à atividade jurisdicional, de igual forma o Estado deve buscar a justiça social e neste sentido, a morosidade na entrega da prestação jurisdicional, configura-se como o “descumprimento absoluto da sua função social. Não há justiça social quando o Estado [...] não consegue dar uma pronta e efetiva resposta às demandas que lhe são apresentadas”.⁶⁹

A resposta ao jurisdicionado deve ser tempestiva e efetiva, do contrário este poderá não ter acesso ao ordenamento jurídico, que deveria ampará-lo, ou se o tiver no momento em que isso lhe for disponibilizado, será tarde demais, fato que poderá

⁶⁸ RODRIGUES, Horácio Wanderley. **EC n. 45: acesso à justiça e prazo razoável na prestação jurisdicional**. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim *et al.* (Org.). **Reforma do Judiciário: primeiras reflexões sobre a Emenda Constitucional n. 45/2004**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 284.

⁶⁹ RODRIGUES, Op.Cit., p. 284.

trazer graves conseqüências, as quais vão desde o comprometimento de um direito, ou até mesmo o seu perecimento.

A tempestividade da entrega da prestação jurisdicional aqui referida diz respeito a uma resposta em tempo razoável disponibilizada pelo Estado-Jurisdição ao jurisdicionado, conceito que será melhor abordado posteriormente.

2.1.1 Tutela jurisdicional efetiva

Na medida em que a jurisdição é direito fundamental a ser disponibilizado à sociedade, pois é por meio dela que o jurisdicionado pode, muitas vezes em derradeira instância, ter acesso ao ordenamento jurídico, essa prestação jurisdicional há que ser efetiva. Não se pode compreender como efetiva a prestação jurisdicional conferida em tempo não razoável, na medida em que de nada ou muito pouco valerá ao jurisdicionado.

Necessário se faz, portanto, identificar o significado do termo efetiva ou efetivo, distinguindo-o de eficácia e eficiência. Portanto, pode-se entender por eficácia a “qualidade daquilo que produz o efeito que se espera.”⁷⁰ Já a eficiência pode ser considerada como a “virtude ou característica de conseguir o melhor rendimento com o mínimo de erros e/ou de dispêndio de energia, tempo, dinheiro ou meios.”⁷¹ Por fim, efetividade pode ser identificada como a “qualidade do que é efetivo”⁷² e, por conseguinte, a expressão efetivo diz respeito à “capacidade de produzir um efeito real”.⁷³

⁷⁰ **Dicionário Aurélio da língua portuguesa.** Site: <http://www.dicionariodoaurelio.com/>. Disponível em: <<http://www.dicionariodoaurelio.com/dicionario.php?P=Eficacia>>. Acesso em: 27 out. 2009.

⁷¹ **Dicionário Houaiss da língua portuguesa.** Site: <http://biblioteca.uol.com.br/>. Disponível em: <<http://houaiss.uol.com.br/busca.jhtm?verbete=efici%EAnCIA&stype=k&x=13&y=13>>. Acesso em: 27 out. 2009.

⁷² **Dicionário Aurélio da língua portuguesa.** Site: <http://www.dicionariodoaurelio.com/>. Disponível em: <<http://houaiss.uol.com.br/busca.jhtm?verbete=efetividade&stype=k&x=11&y=10>>. Acesso em: 27 out. 2009.

⁷³ **Dicionário Aurélio da língua portuguesa.** Site: <http://www.dicionariodoaurelio.com/>. Disponível em: <<http://houaiss.uol.com.br/busca.jhtm?verbete=efetivo&stype=k>>. Acesso em: 27 out. 2009.

Esteves leciona que efetividade, eficácia e eficiência se apresentam sob três planos. A primeira tem como enfoque a existência de algo na prática; a segunda, diz respeito à produção dos efeitos desejados e a terceira tem como foco o alcance dos resultados com o mínimo de perdas, erros, dispêndios ou tempo. Assim sendo, apesar de serem institutos distintos, correlacionam-se entre si.⁷⁴

A referida autora complementa asseverando que:

[...] para que o acesso à justiça se torne efetivo (deixe de existir apenas no plano formal) é preciso que o instrumento de prestação da tutela jurisdicional – o processo, seja ao mesmo tempo eficaz (capaz de atingir a finalidade esperada de aplicar o direito ao caso concreto e solucionar o conflito) e eficiente (capaz de produzir resultados com o mínimo de dispêndio de tempo e de meios).⁷⁵

Assim sendo, quando atinge o resultado esperado, a aplicação do direito ao caso concreto, com vistas a solucionar o conflito de interesses, será eficaz.

Sob outro aspecto, quando se puder alcançar o melhor rendimento, com o mínimo de erros, com o menor consumo de energia, no menor lapso temporal, como o mínimo de recursos e de meios, dentre os possíveis, ela inegavelmente será eficiente. Observa-se, portanto, que aferição da eficiência leva em conta uma multiplicidade de parâmetros a ser observados.

É inconteste que, além de gerar descrédito em relação ao jurisdicionado, a morosidade na entrega da prestação jurisdicional invariavelmente redundará na ineficácia do processo.

Assevera Pinto:

[...] de nada adianta a prestação da jurisdição, como atuação concreta da lei por intermédio do órgão do Poder Judiciário competente, se essa atividade carecer de efetividade, ou seja, se for inócua para aquele titular do direito material invocado.⁷⁶

⁷⁴ ESTEVES, Carolina Bonadiman. A forma de comunicação dos atos processuais e a garantia constitucional da razoável duração do processo. In: ALMEIDA, Eneá Stutz e (Org.). **Direitos e garantias fundamentais**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2006, p. 154.

⁷⁵ ESTEVES. Op.Cit., p. 155.

⁷⁶ PINTO, Nelson Luiz. **Antecipação dos efeitos da tutela como instrumento de efetividade do processo e de isonomia processual**. Revista de Processo nº. 105. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 45.

Rui Barbosa já dizia: “justiça atrasada não é justiça, senão injustiça qualificada e manifesta”.⁷⁷

Outra manifestação clássica acerca do tempo do processo é de autoria de Carnelutti, segundo o qual: “o tempo é inimigo do direito, contra o qual o juiz deve travar uma guerra sem tréguas”.⁷⁸

Com base nas considerações supra é possível considerar como de razoável duração o processo em que, asseguradas as garantias constitucionais destinadas às partes - em especial a do contraditório e da ampla defesa, os atos processuais foram praticados sem dilações indevidas. As partes não empreenderam atos destinados exclusivamente à protelação da demanda, bem como os prazos processuais fixados em lei, não só aqueles destinados às partes, mas também aqueles inerentes aos magistrados e aos auxiliares da justiça, foram rigorosamente cumpridos. Isso tudo deve ocorrer, no entanto, dentro de um lapso temporal em que não se verificar o perecimento do direito, de forma a que o provimento jurisdicional esteja apto a produzir efeitos válidos, tendo em vista a realidade fática da demanda que o provocou.

2.2 DA IDENTIFICAÇÃO DA GARANTIA CONSTITUCIONAL À RAZOÁVEL DURAÇÃO DO PROCESSO

A garantia constitucional à razoável duração do processo foi um dos novos dispositivos trazidos à Constituição Federal, por força da Emenda Constitucional nº. 45, de 8 de dezembro de 2004, explicitada no novel inciso LXXVIII do artigo 5º., que assim estabelece:

[...] a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação.⁷⁹

⁷⁷ BARBOSA, Rui. **Oração aos moços**. Campinas: Roussel, 2004, p. 47.

⁷⁸ CARNELUTTI, Francesco. *Diritto e Processo*. Napoli: Morano, 1958, p. 356.

⁷⁹ BRASIL, **Constituição [da] República Federativa do Brasil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 10 abr. 2009.

A preocupação em obter um provimento jurisdicional efetivo, que resolva definitivamente as questões e pretensões postas à apreciação do Poder Judiciário, de forma a que se possa executar este provimento, desde há muito tempo vem sendo objeto de estudo por todos os juristas e demais operadores do direito, pelo mundo inteiro.

Comentando a garantia constitucional da razoável duração do processo, Oliveira Filho salientou que:

[...] o direito, não raro, opera por normas jurídicas abstratas, mas a sua realização efetua-se por imposição jurisdicional. O magistrado é o intermediário entre a regra escrita e a vida. É precisamente ele que a transforma em comando concreto. Portanto, caber-lhe-á, na espécie, a função de explicar o verdadeiro sentido e alcance do novo dispositivo constitucional.⁸⁰

A tutela jurisdicional em tempo razoável ressalta algo que é essencial ao Estado e objetivo do Poder Jurisdicional: o provimento jurisdicional efetivo, ou seja, em tempo adequado, sem dilações indevidas e com conteúdo jurídico relevante.

Na esteira do que foi dito, asseveram Wambier *et al*:

[...] Falar-se em Jurisdição estatal destituída de instrumentos que permitam *realizar no tempo devido* o Direito implicaria reduzir significativamente sua importância e razão de ser, especialmente se se considerar que, na sociedade moderna, cada vez maior tem sido a preocupação com a materialização dos direitos. Diante disso, em um Estado que se pretende *Democrático e de Direito*, que idealiza e se compromete com objetivos tidos por essenciais (CF, arts. 1º. e 3º. , *dentre outros*), deve a Jurisdição ser vista e estudada sob a ótica de ser integrante deste esforço ou, mais que isso, *realizadora prática* deste desiderato.⁸¹

A análise acerca da razoável duração do processo deve ser precedida da identificação do que vem a ser o termo razoável. Segundo o dicionário Michaelis, o referido termo significa: “sensato; aceitável; suficiente; que não é excessivo; que não transpõe os limites do justo”.⁸²

⁸⁰ OLIVEIRA FILHO, Francisco José Rodrigues de. In: ABREU, Gabrielle Cristina Machado. **A duração razoável do processo como elemento constitutivo do acesso à justiça**: novas perspectivas após a Emenda Constitucional n. 45, de dezembro de 2004. Florianópolis: Conceito Editorial, 2008, prefácio.

⁸¹ WAMBIER, Luiz Rodrigues; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; MEDINA, José Miguel. **Breves Comentários à Nova Sistemática Processual Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 26.

⁸² Dicionário Michaelis da Língua Portuguesa. Site: <http://michaelis.uol.com.br/>. Disponível em: <<http://michaelis.uol.com.br/moderno/portugues/index.php?lingua=portugues-portugues&palavra=razoavel>>. Acesso em: 30 nov. 2009.

Verifica-se que o conceito de razoável duração, no tocante ao processo, é indeterminado ou vago – alguns autores chegam até a chamá-lo de vazio, no entanto, essa significação tende a esvaziar tão importante garantia.

Ante o exposto, necessário se faz um esforço interpretativo para identificar seu conceito, a fim de vislumbrar um conteúdo mínimo que possa identificar o que vem a ser a garantia constitucional da razoável duração do processo.

Jorge Miranda alerta: “só por meio dela (interpretação), a partir da letra, mas sem se parar na letra, se encontra a norma ou o sentido da norma”.⁸³

Canotilho também trabalha a interpretação, sob a ótica do princípio da máxima efetividade ou da interpretação efetiva, esclarecendo que:

[...] a uma norma constitucional deve ser atribuído o sentido que maior eficácia lhe dê. É um princípio operativo em relação a todas e quaisquer normas constitucionais, e embora a sua origem esteja ligada à tese da actualidade das normas programáticas (Thoma), é hoje sobretudo invocado no âmbito dos direitos fundamentais (no caso de dúvidas deve preferir-se a interpretação que reconheça maior eficácia aos direitos fundamentais).⁸⁴

Oportuna a lição Barroso, segundo a qual:

Embora os princípios e regras tenham uma existência autônoma em tese, no mundo abstrato dos enunciados normativos, é no momento em que entram em contato com as situações concretas que seu conteúdo se preencherá de real sentido. Assim, o exame dos fatos e os reflexos sobre eles das normas identificadas na primeira fase poderão apontar com maior clareza o papel de cada uma delas e a extensão de sua influência.⁸⁵

Em que pese a indeterminação do seu conceito, o que será melhor desenvolvido posteriormente, fica claro que, a partir da explicitação no texto constitucional da referida garantia (artigo 5º., inciso LXXVIII) é imperativo que a prestação jurisdicional seja empreendida em tempo razoável, não mais existindo espaço para dilações indevidas ou morosidade processual.

⁸³ MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional**. Coimbra: Ed. Coimbra, 1990, t. II, p. 162.

⁸⁴ CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional**. Coimbra: Almedina, 1995, p. 227.

⁸⁵ BARROSO, Luis Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição**. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 359.

Outro aspecto relevante a ser abordado é que o inciso LXXVIII também ressalta a necessidade de meios eficientes, no intuito de assegurarem a razoável duração do processo.

Bolzan de Moraes destaca que o conceito da garantia constitucional da razoável duração do processo deve ser:

[...] preenchido no caso concreto, tendo como indicativo a melhor e maior realização da garantia de acesso à justiça, na perspectiva de um acesso a uma resposta à questão posta qualitativamente adequada em tempo quantitativamente aceitável.⁸⁶

Destaca-se assim que, uma decisão judicial decorrente de processo moroso, por mais justa e adequada que seja, via de regra, apresenta-se como inefetivo, ou seja, não produzirá mais o efeito pretendido pelo jurisdicionado, atentando contra a função social do processo, qual seja: a distribuição da justiça.⁸⁷

2.2.1 A determinação de um conceito

Para conceituar a garantia constitucional à razoável duração do processo, necessário se faz identificar o que vem a ser um prazo razoável para o empreendimento da atividade jurisdicional do Estado.

Antes da identificação do que vem a ser prazo razoável, necessário se faz assimilação do conceito de prazo, para a partir de então, especificar aquele que pode ser considerado como sendo razoável.

Para Carnelutti, o prazo é a “distância temporal entre dois fatos ou atos”⁸⁸. Na mesma linha de raciocínio, Dinamarco o identifica como a “quantidade de tempo medida entre fatos ou atos”.⁸⁹

⁸⁶ MORAES, José Luis Bolzan de. As crises do Judiciário e o acesso à justiça. In: AGRA, Walber de Moura. **Comentários à reforma do poder judiciário**. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 16.

⁸⁷ SPENGLER, Fabiana Marion. **Tempo, Direito e Constituição: reflexos na prestação jurisdicional do Estado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 50.

⁸⁸ CARNELUTTI, Francesco. **Instituciones del Proceso Civil**. Tradução de: Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires: Livraria del Foro, v. 1, 1997, p. 521.

Terá prazo razoável de duração o processo em que não ocorrerem dilações indevidas - atrasos reiterados, em detrimento ao lapso temporal estabelecido, “por injustificados prolongamentos das etapas mortas que separam a realização de um ato processual de outro”, independente da vontade das partes e de seus mandatários.⁹⁰

De acordo com Trepát, o direito ao processo, sem dilações indevidas e/ou empreendido em tempo razoável, decorre do direito a uma prestação jurisdicional justa, dentro de um lapso temporal adequado, com vistas à satisfação da pretensão.⁹¹

A referida autora destaca, ainda, que o desrespeito ao direito fundamental a um processo sem dilações indevidas decorre da demora na prática de atos processuais, excedendo ao estabelecido na norma processual que lhe é inerente.⁹²

Além disso, destaca Trepát, que deve concorrer com o aspecto objetivo declinado no parágrafo anterior, um fator de antijuridicidade diretamente relacionado com a causa de extrapolação do prazo legal fixado para a prática de determinado ato processual, de acordo com o que foi previamente estabelecido no ordenamento jurídico.⁹³

A indigitada autora assevera também, no tocante à demora injustificada no provimento jurisdicional final que tanto inatividade processual, quanto a produção tardia dos atos do processo constituem espécies de um mesmo gênero, qual seja: a demora injustificada no empreendimento dos atos processuais.⁹⁴

⁸⁹ DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil**. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 549.

⁹⁰ CRUZ E TUCCI, José Rogério. **Tempo e Processo: uma análise empírica das repercussões do tempo na fenomenologia processual (civil e penal)**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 67.

⁹¹ TREPAT, Cistina Riba. **La eficacia temporal del proceso: el juicio sin dilaciones indevidas**. Barcelona: J. M. Bosch Editor, 1997, p. 123.

⁹² TREPAT. Op.Cit. p. 116.

⁹³ Tradução livre de: “que concorra um fator de antijuridicidad directamente relacionado com la eventual extralimitación judicial de los prazos establecidos para resolver um assunto determinado”, cf. Cistina Riba. **La eficacia temporal del proceso: el juicio sin dilaciones indevidas**. Barcelona: J. M. Bosch Editor, 1997, p. 101.

⁹⁴ Tradução livre de: “en nuestra opinión, tanto la simple inactividad como la tardía production constituyen especies de un mismo género, que no es otro que la demora injustificada en la práctica de actuaciones procesuales concretas”, cf. Cistina Riba. **La eficacia temporal del proceso: el juicio sin dilaciones indevidas**. Barcelona: J. M. Bosch Editor, 1997, p. 245.

Cruz e Tucci destaca ainda que, a Corte Européia de Direitos do Homem fixou três critérios para a identificação do tempo razoável de duração do processo, os quais devem ser analisados segundo o caso concreto, quais sejam: a complexidade do assunto; o comportamento dos litigantes e seus procuradores e a atuação do órgão jurisdicional.⁹⁵

O processo terá desenvolvido todo o seu processamento em lapso temporal razoável quando: primeiro, tiver resultado em um provimento jurisdicional adequado, com respeito aos princípios que o informam, mormente aqueles inerentes ao contraditório, à ampla defesa e ao devido processo legal; segundo, possibilitar uma ágil e tempestiva realização do direito.

Wambier *et al*, observam que ao juiz será imposto:

[...] *um modo peculiar de pensar* o Direito, levando-se em consideração não apenas a solução de “um” litígio, mas a repercussão que a sua decisão trará para os demais jurisdicionados, que poderão ver-se incentivados a ajuizar ações, porque se terá criado uma expectativa, em razão daquela decisão judicial. A massificação dos direitos [...] é fator que não poderá passar despercebido [...] pelo juiz.⁹⁶

Os referidos autores destacam ainda que alguns fatores são muito importantes para a identificação do processo em prazo razoável, dentre os quais destacam: a importância do bem jurídico em litígio e a repercussão que a solução dada ao conflito projetará para a sociedade. Além disso, apontam que a concessão de medida liminar em cognição sumária não é suficiente para o esgotamento da tutela jurisdicional, pois não resolve o mérito. Por fim destacam a importância do incremento, pelo legislativo, de mecanismos voltados a uma prestação jurisdicional mais célere.⁹⁷

Loureiro adverte que “[...] o processo não pode ter um fim em si mesmo e com isso ficar alheio a um resultado útil, nem muito menos deixar que o tempo o corra, trazendo para o seu conteúdo inutilidade e, por fim, uma tutela inadequada [...]”.⁹⁸

⁹⁵ CRUZ E TUCCI, Op.Cit., p. 68.

⁹⁶ WAMBIER, Luiz Rodrigues; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; MEDINA, José Miguel. Op.Cit., p. 29.

⁹⁷ WAMBIER, Luiz Rodrigues; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; MEDINA, José Miguel. Op.Cit., pp. 29/30.

⁹⁸ LOUREIRO, Caio Márcio. **Ação civil pública e acesso à justiça**. São Paulo: Método, 2004, p. 87.

A conclusão do autor supra reitera o argumento de que o Estado somente terá proporcionado, de fato, a prestação jurisdicional que monopoliza e que se configura como direito fundamental do cidadão brasileiro, quando a decisão proferida no processo judicial de solução de conflitos for adequada ao caso concreto, fundamentada com base no ordenamento jurídico pátrio, mormente na Constituição Federal e em tempo razoável.

Gajardoni leciona que o processo deve transcorrer em tempo ideal e explica que “[...] tempo ideal do processo é aquele resultante do somatório dos prazos fixados no Código de Processo Civil para cumprimento de todos os atos processuais, mas o tempo de trânsito em julgado dos autos. [...]”.⁹⁹

A abordagem de Gajardoni cingiu-se apenas ao processo civil brasileiro, mas ressaltou uma das tendências ou alternativas que vêm sendo utilizadas para a identificação da garantia constitucional da razoável duração do processo, qual seja a concepção positivista, calcada nos prazos fixados em lei para a prática dos atos processuais.

Esteves desenvolve o conceito de razoável, transportando-o para o processo, procurando identificá-lo juridicamente, sendo que, num primeiro momento, apontou como mecanismo para tal desiderato um critério subjetivo, segundo o qual se procuraria identificar o tempo que o jurisdicionado espera para o empreendimento da prestação jurisdicional.¹⁰⁰

Todavia, tal critério não se revelou adequado, na medida em que o processo não teria sido “criado apenas para a tutela de um jurisdicionado “[...] portanto, não há processo desenvolvido segundo as expectativas subjetivas de cada um”.¹⁰¹

Outra opção seria a adoção de um critério objetivo, por meio da utilização dos prazos fixados em nosso ordenamento jurídico, relativos às práticas dos atos

⁹⁹ GAJARDONI, Fernando da Fonseca. **Técnicas de aceleração do processo**. São Paulo: Lemos & Cruz, 2003, p. 59.

¹⁰⁰ ESTEVES, Carolina Bonadiman. A forma de comunicação dos atos processuais e a garantia constitucional da razoável duração do processo. In: ALMEIDA, Eneá Stutz e (Org.). **Direitos e garantias fundamentais**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2006, p. 159.

¹⁰¹ Ibidem.

processuais. Apesar da soma dos prazos dos atos processuais só poder ser aferida ao final do processo, a razoabilidade do tempo para o empreendimento da atividade jurisdicional podendo ainda ser empreendida por meio da soma, em separado, do prazo destinado à prática de cada ato processual, na forma do explicitado no ordenamento jurídico.¹⁰²

Com base no exposto, a soma dos prazos fixados para a prática dos atos processuais, em separado, na forma do critério objetivo, dá margem a fixação de uma base para a identificação do prazo razoável para a duração do processo.¹⁰³

Essa concepção positivista de identificação da razoável duração do processo levou Spalding a elaborar uma tabela, relacionando todos os prazos fixados no ordenamento jurídico pátrio, para a prática dos atos processual – de rito ordinário, constatando, ao final, o prazo razoável de duração do processo seria de 131 (cento e trinta e um dias), conforme tabela a seguir que é reprodução fiel da elaborada pela autora na obra citada.¹⁰⁴

¹⁰² ESTEVES, Op.Cit., p. 159.

¹⁰³ Ibidem, p. 160.

¹⁰⁴ SPALDING, Alessandra Mendes. **Direito fundamental à tutela jurisdicional tempestiva à luz do inciso LXXVIII do art. 5º. da CF inserido pela EC n. 45/2004.** In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim *et al* (Org.), p. 38.

Tabela 1: Prazo de prazos processuais do processo ordinário cível

Petição inicial	→	Conclusão (24h - art. 190 CPC)	→	Despacho do juiz (2 dias - art. 189, I CPC) (1)
Cumprimento do despacho	→	Contestação pelo réu (15 dias - art. 297 CPC)	→	Conclusão (24h - art. 190 CPC)
Despacho do juiz (2 dias – art. 189, I CPC) (2)	→	Cumprimento do despacho (48h - art. 190 CPC)	→	Impugnação à contestação (10 dias – art. 327 CPC)
Conclusão (24h – art. 190 CPC)	→	Despacho do juiz (2 dias – art. 189, I CPC) (3)	→	Audiência preliminar (30 dias - art. 331 CPC) (4)
Cumprimento do despacho (48h – art. 190 CPC) (5)	→	Audiência de instrução (30 dias – art. 331 CPC) (6)	→	Alegações finais (20 dias - arts. 454, § 3º. c/c 177 CPC)
Conclusão (24h – art. 190 CPC)	→	Sentença (10 dias – art. 456 CPC)		

Prazo total de duração do processo **131 dias.**

- (1) “Cite-se o réu”.
 (2) “Diga o autor sobre a contestação”.
 (3) “Designo audiência preliminar”.
 (4) “Fico como controvertidos os pontos seguinte [...] e designo audiência de instrução”.
 (5) “Intimar as testemunhas”.
 (6) “Apresentem alegações finais por memoriais, em 10 dias sucessivos para cada parte”.

A autora ressalta, no entanto, algumas situações que podem ocorrer e interferir na observância deste prazo, destacando, dentre outras: demora na publicação de intimações pela imprensa oficial; necessidade de produção de prova pericial; oitiva de testemunhas em outras comarcas; incidentes processuais com efeito suspensivo; presença de mais de um réu com procuradores distintos e presença da Fazenda Pública num dos pólos da ação.¹⁰⁵

As considerações expendidas até agora almejam a identificação de um conteúdo mínimo para a razoável duração do processo, a fim de possibilitar o entendimento e a identificação da tempestividade da tutela jurisdicional na análise do caso concreto.

Exemplificando uma atuação destoante daquela fixada no inciso LXXVIII do art. 5º. da Constituição Federal, Ana Maria Goffi Flaquer Scartezini afirma que:

¹⁰⁵ SPALDING. Op.Cit., p. 38.

Certamente, não se apresenta como razoável a duração de processos de desapropriação, em que o pagamento por meio de precatórios só se ultima após vários anos, após infundáveis recursos, sempre com a possibilidade de o Poder Público postergá-lo com a edição de textos legais posteriores.¹⁰⁶

Assim, uma das críticas que se faz, quando se trabalha o tema da prestação jurisdicional em tempo razoável é a pouca ou nenhuma participação específica do Poder Público neste sentido.

Como bem asseverou a autora, o descumprimento do sistema de pagamento de precatórios pelo Estado provoca insatisfação, na medida em que gerou enormes filas, sem perspectiva de recebimento pelos credores, dando a impressão de que o Estado não está obrigado a cumprir com as decisões judiciais.

Não bastasse isso, as garantias conferidas ao Estado quando em Juízo em muitos momentos se revelam verdadeiras estratégias para a morosidade processual, não guardando correlação com o objeto de sua instituição que, justamente, é de preservar o interesse público.

Num outro pólo, não tão jurídico, mas que gera inegáveis reflexos no aspecto jurídico, a falta de investimento na infra-estrutura do Poder Judiciário, em várias ocasiões se revela como limitador implacável da tutela jurisdicional efetiva, aqui considerada aquela adequada – com a aplicação do melhor direito ao caso *sub judice*, critério qualitativo, bem como tempestivo – em tempo razoável, critério quantitativo.

Abreu afirma que “[...] a demora no trâmite processual está inserida entre as grandes preocupações da sociedade contemporânea, constituindo um dos maiores obstáculos experimentados por aqueles que recorrem ao Poder Judiciário”.¹⁰⁷

Importante destacar, que o inciso LXXVIII do artigo 5º. da Constituição Federal, não estabelece apenas a garantia fundamental à razoável duração do processo, mas

¹⁰⁶ SCARTEZZINI, Op. Cit., p. 43.

¹⁰⁷ ABREU, Gabrielle Cristina Machado. **A duração razoável do processo como elemento constitutivo do acesso à justiça**: novas perspectivas após a emenda constitucional n. 45, de dezembro de 2004, Florianópolis: 2008, p. 80.

também – com vista tornar tangível tal garantia, estabelece que devem ser instituídos meios para garantir a celeridade processual.

Acerca das duas vertentes estabelecidas no referido inciso, Rodrigues afirma:

[...] Ambas possuem duplo direcionamento: a) estabelecem direitos fundamentais, que podem ser exigidos por qualquer cidadão; e b) contêm uma ordem dirigida ao Poder Público, para que garanta o direito à prestação jurisdicional em um prazo razoável e crie os meios necessários para que isso efetivamente ocorra.¹⁰⁸

Corroborar-se com a afirmação do Autor, na medida em que não basta apenas assegurarem-se direitos fundamentais, para que estes possam ser efetivados, há necessidade do Poder Público empreender mecanismos e disponibilizar estrutura capaz de dar concretude aos referidos direitos.

2.2.2 A demora excessiva na prestação jurisdicional

Inegável que a tutela jurisdicional no Brasil é prestada de forma lenta, morosa e por vezes até canhestra, pois ao tempo em que é entregue ao jurisdicionado, não mais será capaz de produzir um efeito real, podendo até já ter perecido o direito ou mesmo sido consideravelmente comprometido.

Pode-se, portanto, partir do princípio de que a tutela jurisdicional no Brasil é morosa e via de consequência, desprovida, na grande maioria das vezes, de efetividade, como bem ressalta Barbosa Moreira: “é generalizada à convicção de que os processos judiciais duram bem mais tempo do que seria razoável”.¹⁰⁹

Há muito Aragão já alertava:

De pouco adiantará assegurar o exercício teórico do direito de ação, ou estudar-lhe doutrinariamente a extensão e a eficácia, se o ordenamento jurídico não proporcionar meios hábeis à obtenção da sentença em tempo razoável. Manter os litigantes à espera da sentença por mil e uma noites é forma indireta de denegar a justiça.¹¹⁰

¹⁰⁸ RODRIGUES, Op.Cit., p. 288.

¹⁰⁹ MOREIRA, José Carlos Barbosa. **A duração dos processos**: alguns dados comparativos. Revista da EMERJ, nº. 26, v. 7. Rio de Janeiro: 2004, p. 28.

¹¹⁰ ARAGÃO. **O Estado de Direito e o direito de ação** (a extensão do seu exercício). Revista Brasileira de Direito Processual 16/69-91. Rio de Janeiro: Forense, 1978, p. 78.

Na esteira do processo justo há que se administrar e observar o tempo, pois a tutela jurisdicional de direitos será inútil caso não seja obtida em tempo razoável. Assim sendo, pode-se concluir que o tempo é fator determinante para a efetividade do processo e até mesmo do próprio acesso ao ordenamento jurídico.

Definir ou mesmo identificar o tempo não é tarefa das mais fáceis. Santo Agostinho, ao enfrentar este problema, assim se manifestou:

Que é pois o tempo? Quem poderá explicá-lo clara e brevemente? Quem poderá apreender, mesmo só com o pensamento, para depois traduzir por palavras o seu conceito? [...] Quando dele falamos, compreendemos o que dizemos. Compreendemos também o que dizem quando dele nos falam. O que é, por conseguinte, o tempo? Se ninguém mo perguntar, eu sei; se o quiser explicar a quem me fizer a pergunta, já não sei. [...].¹¹¹

Na tentativa de entender o tempo, mormente o tempo do processo, em detrimento do tempo comum, corriqueiro – tempo do cotidiano, muitos adotam como caminho uma concepção positivista: aquele retratado nos textos normativos e que marca a prática de atos, especialmente dentro do processo judicial de solução de conflitos.

Essa concepção positivista é examinada por Bauman, sob o enfoque do tempo da instantaneidade:

A instantaneidade (anulação da resistência do espaço e liquefação da materialidade dos objetos) faz com que cada momento pareça ter capacidade infinita; e a capacidade infinita significa que não há limites ao que pode ser extraído de qualquer momento – por mais breve e “fugaz” que seja [...].¹¹²

As ponderações apresentadas por Bauman, quando correlacionadas ao tempo da atividade jurisdicional empreendida pelo Estado, devem ser acrescidas de um elemento complicador, qual seja: a ritualística do processo.

O tempo do processo, como bem ressaltou Spengler, não é um tempo ordinário. Ele interrompe o escoamento linear do tempo cotidiano. Antes mesmo de termos um

¹¹¹ SANTO AGOSTINHO. **Confissões**. Traduzido por S. J. J. Oliveira Santos, e S. J. A. Ambrósio Pina. São Paulo: Nova Cultural, 1996, p. 322.

¹¹² BAUMAN, Zygmunt. **Modernidade líquida**. Traduzido por Plínio Dentzein. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001, p. 145.

Poder Judiciário instituído, já havia um ritual a ser observado, só que de cunho religioso ou pagão, ou seja, não jurídico.¹¹³

Inegavelmente o processo congrega até os dias de hoje, toda uma ritualística – um repertório próprio de palavras, fórmulas, discursos, tempos, etc., que precede à própria instituição do Poder Judiciário¹¹⁴, uma vez que, anteriormente, a decisão para os conflitos apresentados pela coletividade era ministrada por um sacerdote ou pelo líder de um povo e já neste modelo, havia uma ritualística a ser observada.¹¹⁵

O desenvolvimento do processo é caracterizado por avanços e recuos, com uma alternância de pessimismo, esperança e tensão. Trata-se de um tempo único, não vinculado exclusivamente às regras processuais, pois o objeto da demanda é caracterizado como matéria viva, ainda não solidificada, impondo um ritmo próprio aos procedimentos encadeados que o conformam. Assim, as evoluções ou involuções do litígio dependem da atividade das partes, do juiz ou ainda, de uma eventual mudança na legislação.¹¹⁶

François Ost afirma que: “o direito afecta diretamente a temporalização do tempo [...] em compensação, o tempo determina a força instituinte do direito [...] o tempo temporaliza ao passo que o direito institui”.¹¹⁷

Inegavelmente o Direito é uma instituição temporal, com um tempo próprio, distinto daquele retratado na vida real e vinculado a prescrições rituais, de forma a que o julgamento da demanda desenvolva seus efeitos performativos e instituintes: efeitos jurídicos (condenar ou absolver) e efeitos sociais (paz social).¹¹⁸

O tempo de desenvolvimento do processo, muito vinculado ao da prática dos atos processuais, não é linear, pois a cada manifestação do juiz no feito, haverá uma reação das partes, reação esta que culminará na prática de novos atos processuais,

¹¹³ SPENGLER, Fabiana Marion. **Tempo, Direito e Constituição**: reflexos na prestação jurisdicional do Estado. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 41.

¹¹⁴ Nos moldes em que se apresenta estruturado no Estado de Direito.

¹¹⁵ SPENGLER. Op.Cit., pp. 41-42.

¹¹⁶ SPENGLER, Op.Cit., pp. 42-43.

¹¹⁷ OST, François. **O tempo do direito**. Lisboa: Instituto Piaget, 1999, p. 12-14.

¹¹⁸ CASTORIADIS, Cornelius. **A instituição imaginária da sociedade**. Traduzido por Guy Reynaud. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1999, p. 15.

situação que se sucederá ao longo da demanda. Em verdade, o processo tem o seu tempo desvinculado do tempo real, no entanto, isso não deve servir de desculpa ou mesmo de fundamento para a morosidade processual ou ainda provimentos jurisdicionais em tempos não razoáveis.

Ao tratar do tema, a doutrina preferencialmente utiliza a expressão dilação processual indevida, a qual é identificada como a demora na entrega da prestação jurisdicional.

Será morosa a atividade jurisdicional quando se utilizar mais tempo do que o necessário para a prática dos atos processuais, desde o ajuizamento da ação até o provimento final da demanda, com o trânsito em julgado da ação.

A complexidade que envolve a prática dos atos processuais foi abordada anteriormente e realmente é de difícil equação, o que não pode de forma nenhuma servir de fundamento para a morosidade processual.

A entrega da prestação jurisdicional em tempo razoável, ou seja, no lapso temporal estritamente necessário para o pleno desenvolvimento do processo, respeitados todos os requisitos processuais, será melhor abordada posteriormente.

O fato é que, todas as vezes que o processo ficar caracterizado como moroso, ou seja, todas as vezes que a entrega da prestação jurisdicional for proferida em tempo não razoável, o Estado poderá ser responsabilizado pelo jurisdicionado - desde que este não tenha contribuído para isso, já que o Estado detém o monopólio da solução dos conflitos de interesse por meio da sua função jurisdicional.

Nicolò Trocker, citado por Cruz e Tucci, considera que uma justiça morosa representa um grande mal para a sociedade, na medida em que:

[...] provoca danos econômicos (imobilizando bens e capitais), favorece a especulação e a insolvência, acentua a discriminação entre os que têm possibilidade de esperar e aqueles que, esperando, tudo têm a perder. Um processo que perdura por longo tempo transforma-se também num cômodo

instrumento de ameaça e pressão, uma arma formidável nas mãos dos mais fortes para ditar ao adversário as condições da rendição.¹¹⁹

Verifica-se, portanto, que o provimento jurisdicional tardio desencadeia uma série de conseqüências negativas, mormente para o litigante que tem o direito material a seu favor, com chances reais de êxito na demanda. Todavia, é igualmente ruim para o Estado, na medida em que o Poder Judiciário despenderá uma série de atos e procedimentos sem um resultado útil e com elevado custo.

E por fim, a prestação jurisdicional morosa é negativa, também, para a sociedade como um todo, ao passo que, ciente da demora do Estado em por fim ao conflito de interesses, a sociedade acaba por colocar em “cheque” essa função estatal, aumentando o já acentuado descrédito que lhe vem sendo imputado.¹²⁰

Se algum favorecido existe com a morosidade processual, este deve ser aquele que se encontra à margem do direito material, e forçou outrem a buscar o Poder Judiciário para fazer valer seus direitos. Portanto, a morosidade processual favorece justamente aquele que está em débito com o sistema jurídico, e com a sociedade, representando, flagrante de injustiça.

Para Teixeira, o processo moroso atenta contra o pleno exercício da cidadania:

É de convir-se [...] que somente procedimentos rápidos e eficazes têm o condão de realizar o verdadeiro escopo do processo. Daí a imprescindibilidade de um novo processo: ágil, seguro e moderno, sem as amarras fetichistas do passado e do presente, apto a servir de instrumento à realização da justiça, à defesa da cidadania, a viabilizar a convivência humana e a própria arte de viver.¹²¹

A atividade jurisdicional, com o contorno que lhe foi dada pela Constituição Federal de 1988, só se realiza na sua plenitude quando é efetiva, sendo que somente poderá ser considerada efetiva quando: observar o procedimento correto; o

¹¹⁹ CRUZ E TUCCI, José Rogério. **Tempo e Processo**: uma análise empírica das repercussões do tempo na fenomenologia processual (civil e penal). São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 114.

¹²⁰ Segundo matéria publicada no Jornal o Estado de São Paulo, a confiança da população brasileira na Justiça é de pouco mais de 50% (cinquenta por cento), de acordo com o apurado pela Escola de Direito da Fundação Getúlio Vargas. (O ESTADO DE SÃO PAULO. Site: <http://www.estadao.com.br/>. Disponível em: < <http://www.estadao.com.br/noticias/nacional,confianca-no-judiciario-caiu-5-no-3-trimestre-mostra-fgv,454795,0.htm>>. Acesso em: 25 nov. 2009).

¹²¹ TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (Coord.). **O aprimoramento do processo civil como garantia da cidadania**. As garantias do cidadão na justiça. São Paulo: Saraiva, 1993.

comando decisório for prolatado de acordo com a lei; as garantias processuais inerentes às partes, seus procuradores e auxiliares do Poder Judiciário forem respeitadas e quando o referido provimento jurisdicional final for proferido em tempo razoável, sem dilações indevidas.

2.2.2.1 Da responsabilidade do Estado em decorrência da prestação jurisdicional em tempo não razoável

Nos primórdios da organização do Estado, não se cogitava em responsabilização deste por eventuais atos lesivos praticados contra o povo, haja vista que inicialmente o ente político foi instituído em regimes monárquico-absolutistas, onde era impossível e impensável responsabilizar o soberano – detentor de todos os poderes, na medida em que este jamais praticaria atos contra o seu povo.

Todavia, com a evolução do Estado e a queda dos regimes absolutistas, passou-se da não responsabilização para a responsabilização, até para que se pudesse minimizar os efeitos danosos perpetrados no passado.

Não há divergência, seja na doutrina, seja na jurisprudência acerca da responsabilização do Estado por atos do Executivo, ao menos modernamente. Essa responsabilização é ampla, abrangendo atos ilícitos e lícitos.¹²²

Quanto à responsabilização do Estado por atos do legislativo, ainda existe resistência por parte da doutrina¹²³. Entretanto, caso seja configurado que da prática de um ato legislativo sobreveio efeito concreto, perpetrado sobre a coletividade, pelo menos em tese, pode-se pleitear a responsabilização do ente político, desde que o ato seja caracterizado como lesivo.

¹²² SCARTEZZINI, Ana Maria Goffi Flaquer. O prazo razoável para a duração dos processos e a responsabilidade do Estado pela demora na outorga da prestação jurisdicional. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim *et al.* (Org.). **Reforma do Judiciário: primeiras reflexões sobre a Emenda Constitucional n. 45/2004**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 47.

¹²³ SOARES, Orlando. **Responsabilidade civil no direito brasileiro**. Rio de Janeiro: Forense, 1996, p. 445.

Quando o foco indenizatório se volta para o Estado (Jurisdição), a situação é mais instável, pois o que se reconhece com tranqüilidade, segundo a doutrina majoritária, é a responsabilização por restrição indevida ao direito de ir e vir, decorrente de condenação equivocada ou mesmo errônea.

A restituição ou recomposição do patrimônio do jurisdicionado por ato lesivo praticado pelo Judiciário não é tão pacífica assim. Ao escrever sobre o tema, Scartezzini esclarece que:

A demora da prestação jurisdicional, que viola o dispositivo constitucional que assegura a duração razoável do processo, poderá ensejar pedido de reparação de dano, caso essa delonga provoque dano irreparável ao particular. [...]

É preciso [...] se estabelecer o nexó causal entre o fato, demora injustificada, e o dano provocado ao autor ou ao réu, ou mesmo a ambos, pela indefinição da lide.¹²⁴

A Corte Européia desde muito tempo vem impingindo condenações a Estados nacionais por violação de direitos humanos, decorrentes da excessiva duração do processo, ante os efeitos danosos que isso provoca ao jurisdicionado. Exemplificando, em 25 de junho de 1987, o Estado Italiano foi condenado a indenizar um litigante por dano moral, conforme se observa da transcrição da ementa e trechos do acórdão:

Direitos políticos e civis - Itália – Duração dos procedimentos judiciais – Limites razoáveis – Caso concreto – Violação da Convenção – Ressarcimento do dano – Critérios de determinação (Convenção Européia para a Salvaguarda dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais: arts. 6º. e 50).

[...] Excede os termos razoáveis de duração, prescritos pelo art. 6º., 1, da Convenção Européia para a Salvaguarda dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais, o processo não particularmente complexo, tanto em matéria de fato, quanto em matéria de direito, e que ainda não foi concluído depois de 10 anos e 4 meses de seu início.

[...] O Estado italiano é responsável pelas delongas dos trabalhos periciais, como consequência da falta de exercício dos poderes de que o juiz dispõe, inclusive no tocante à inobservância dos prazos por ele deferidos.

O Estado italiano é obrigado a pagar à requerente, em face da excessiva duração do processo no qual é ela autora, a soma de 8.000.000 de libras, determinada equitativamente ao ressarcimento, seja do dano material advindo das despesas efetuadas e das perdas sofridas, seja do dano moral

¹²⁴ SCARTEZZINI, Ana Maria Goffi Flaquer. O prazo razoável para a duração dos processos e a responsabilidade do Estado pela demora na outorga da prestação jurisdicional. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim *et al.* (Org.). **Reforma do Judiciário: primeiras reflexões sobre a Emenda Constitucional n. 45/2004.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 48.

derivante do estado de prolongada ansiedade pelo êxito da demanda [...].
125

Neste sentido assevera Notariano Junior:

Pensamos que, se da dilação indevida do processo, em razão de fato imputável à atuação do órgão do Poder Judiciário, advier prejuízo ao jurisdicionado, seja de ordem material ou moral, cabe-lhe o direito de pleitear indenização por todos os prejuízos experimentados, em face da União ou do Estado [...].¹²⁶

É evidente que a demora na realização da prestação jurisdicional atenta contra a própria natureza da tutela configurando a sua própria essência, mormente tendo em vista os contornos que lhe foram dados pela Constituição Federal, gerando, inegavelmente, insegurança jurídica, haja vista os efeitos danosos propagados sobre os jurisdicionados.¹²⁷

2.2.3 A tutela jurisdicional tempestiva no direito estrangeiro: breves considerações

A fim de demonstrar que a preocupação em conferir ao jurisdicionado uma tutela tempestiva não é exclusividade do direito brasileiro, a seguir será explicitado como algumas nações têm se posicionado acerca do tema.

Importante destacar que aqui não se pretende esgotar o assunto, tampouco analisar as legislações e precedentes de todas as nações. O objetivo é, com base no direito estrangeiro, demonstrar como outras nações lidam com conceitos indeterminados como: tempo, razoável, tutela efetiva, tutela tempestiva, prazo adequado e processo justo.

¹²⁵ CRUZ E TUCCI, José Rogério. **Tempo e Processo**: uma análise empírica das repercussões do tempo na fenomenologia processual (civil e penal). São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 69-70.

¹²⁶ NOTARIANO JUNIOR, Antonio de Pádua. **Garantia da razoável duração do processo**. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim *et al* (Org.). **Reforma do Judiciário**: primeiras reflexões sobre a Emenda Constitucional n. 45/2004. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 62.

¹²⁷ WAMBIER, Luiz Rodrigues; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; MEDINA, José Miguel. **Breves Comentários à Nova Sistemática Processual Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 27.

Segundo Silveira, o primeiro diploma normativo do mundo ocidental a tratar da questão da tutela judicial efetiva – que tem o provimento jurisdicional em tempo razoável como uma de suas nuances mais importantes, foi a Magna Carta de 1.215, conhecida como a Grande Carta do Rei John, que em seu parágrafo 40 estabelecia: “a ninguém venderemos, negaremos, ou retardaremos direito ou justiça”.¹²⁸

A Constituição portuguesa, em seu artigo 20º. assegura uma tutela jurisdicional efetiva, asseverando uma decisão em prazo razoável, bem como prioridade no julgamento de ações que envolvam direitos e garantias pessoais: “Art. 20.º [...] 4. Todos têm direito a que uma causa em que intervenham seja objecto de decisão em *prazo razoável* e mediante processo eqüitativo [...]”.¹²⁹

Ainda no direito português, merece destaque o art. 2º., parágrafo 1º. do Código de Processo Civil, que assim estabelece:

[...] A protecção jurídica por meio dos tribunais implica o direito de obter, em prazo razoável, uma decisão judicial que aprecie, com força de caso julgado, a pretensão regularmente deduzida em juízo, bem como a possibilidade de fazer executar.¹³⁰

A Constituição Mexicana (1917) estabelece em seu artigo 17, que o provimento jurisdicional deve ser ágil, completo e imparcial.¹³¹

No mesmo sentido, a Constituição Italiana (1948), dispôs no Estado de Direito que os julgamentos devem ser feitos por órgãos jurisdicionais competentes e nos processos, deve ser assegurado às partes e a terceiros, o contraditório em condições de igualdade, sendo que a lei deve garantir uma razoável duração a estes processos.¹³²

¹²⁸ SILVEIRA, Paulo Fernando. **Devido processo legal**. Belo Horizonte: Del Rey, 1996, p. 18.

¹²⁹ GÓES, Gisele Santos Fernandes. **Razoável duração do processo**. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim *et al* (Org.), Op.Cit., p. 263.

¹³⁰ VARGAS, Jorge de Oliveira. **A garantia fundamental contra a demora no julgamento dos processos**. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim *et al* (Org.), Op.Cit., p. 344.

¹³¹ Artículo 17. [...] Toda persona tiene derecho a que se le administre justicia por tribunales que estarán expeditos para impartirla en los plazos y terminus que fijan las leyes, emitiendo sus resoluciones de manera pronta, completa e imparcial. Citado por: GÓES, Op.Cit., p. 263.

¹³² [...] Art. 111. La giurisdizione si attua mediante il giusto processo regolato della legge. Ogni processo si svolge nel contraddittorio tra le parti, in condizioni di parità, davanti a giudice terzo e imparziale. La legge ne assicura la ragionevole durata. [...]. Citado por: CRUZ E TUCCI, Op.Cit., p. 76.

Em tradução livre verifica-se que, a Constituição Italiana assevera que a Jurisdição desenvolve sua atividade por meio do processo justo, onde cada parte tem direito ao contraditório, em condições de igualdade, sendo assegurada pela lei a sua razoável duração.

De igual forma, a Constituição Colombiana estabelece que, qualquer pessoa pode reclamar perante o judiciário, a qualquer tempo e em qualquer lugar, mediante procedimento especial e processo sumário, em nome próprio ou representado, a imediata proteção de seus direitos constitucionais fundamentais, quando estes estiverem sendo violados ou sob ameaça de violação, por ato praticado por qualquer autoridade pública, sendo que o prazo máximo para a resolução do problema será de dez dias, contados da data da formulação do pedido.¹³³

Nos Estados Unidos a 6^a. Constituição estabelece a chamada *speedy trial clause* ou cláusula do julgamento rápido, conforme esclarece Cruz e Tucci:

[...] diante desse relevante aspecto, a Suprema Corte americana considera, por exemplo, tempo injustificado aquele decorrente da pendência prolongada de acusação contra um indivíduo sem que se denote qualquer esforço para a conclusão do caso: “When the Government’s negligence thus causes delay six times as long as that generally sufficient to trigger judicial review [...]”.¹³⁴

No Canadá, no mesmo sentido, o artigo 11, alínea “b” da Carta Canadense de Direitos e Liberdades (1982), estabelece que: “toda pessoa demandada tem o direito de ser julgada dentro de um prazo razoável”.¹³⁵

Poderiam ser citados, ainda, outros diplomas normativos relevantes, todos estabelecendo a razoável duração do processo como requisito essencial para uma tutela jurisdicional efetiva. No entanto, como o objetivo deste subitem era a revelação do caráter universal da citada garantia, são discipinadas outras considerações a respeito.

¹³³ [...] Artículo 86. toda persona tendrá acción de tutela para reclamar ante los jueces, en todo momento y lugar, mediante un procedimiento preferente y sumario, por sí misma o por quien actúe a su nombre, la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando quiera que éstos resulten vulnerados o amenazados por la acción de cualquier autoridad pública. [...] En ningún caso podrán transcurrir más de diez días entre la solicitud de tutela y su resolución. [...]. Citado por: GÓES, Op.Cit., p. 264.

¹³⁴ CRUZ E TUCCI, Op.Cit., p. 78.

¹³⁵ Ibidem, p. 79.

2.3 A INSERÇÃO DO INCISO LXXVIII AO ARTIGO 5º. DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL

A razoável duração do processo não pode ser considerada como uma inovação trazida pela Emenda Constitucional nº. 45/2004 ao ordenamento jurídico brasileiro, na medida em que outros dispositivos constitucionais e infraconstitucionais já contemplavam conteúdo semelhante, ainda de maneira implícita e/ou velada.

Neste subitem serão apresentados alguns dispositivos antecedentes à entrada em vigor da Emenda Constitucional nº. 45/2004, com vistas a demonstrar que a explicitação da garantia da razoável duração do processo foi empreendida não no intuito de inovar o ordenamento, mas por motivos outros que, em linhas gerais, objetivavam atribuir-lhe grande relevância, com foco na efetivação do seu conceito, de forma que a tutela jurisdicional tempestiva saísse do plano abstrato e se tornasse uma realidade.

2.3.1 Dispositivos normativos que precederam a explicitação da garantia constitucional à razoável duração do processo no texto constitucional brasileiro

Antes mesmo de a Emenda Constitucional nº. 45, de 8 de dezembro de 2004, explicitar a garantia constitucional à razoável duração do processo, acrescentando o inciso LXXVIII ao artigo 5º. da Carta Magna, outros dispositivos normativos já dispunham, ainda que de maneira implícita, sobre o provimento jurisdicional tempestivo.

No próprio artigo 5º. da Constituição Federal, o inciso XXXV destaca que a “lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”.¹³⁶ Trata-se do princípio constitucional da inafastabilidade da tutela jurisdicional, topograficamente alocado título que trata dos direitos e garantias fundamentais estabelecidos pela

¹³⁶ BRASIL, **Constituição [da] República Federativa do Brasil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 10 abr. 2009.

Constituição da República e que pressupõe muito mais do que o acesso ao Estado-Jurisdição, um acesso qualificado, por meio de uma prestação jurisdicional tempestiva, a fim de dar uma resposta eficaz ao jurisdicionado, como escopo da efetivação de direitos.

Neste sentido leciona Marinoni:

Uma leitura mais moderna, no entanto, faz surgir a idéia de que essa norma constitucional garante não só o direito de ação, mas a possibilidade de um acesso efetivo à justiça e, assim, um direito à tutela jurisdicional adequada, efetiva e tempestiva. Não teria cabimento [...] a Constituição da República garante ao cidadão que pode afirmar uma lesão ou uma ameaça a direito apenas e tão-somente uma resposta, independentemente de ser ele efetiva e tempestiva. [...] se o direito de acesso à justiça é um direito fundamental, porque garantidor de todos os demais, não há como imaginar que a Constituição da República proclama apenas que todos têm direito a uma mera resposta do juiz [...] não é suficiente [...], portanto, não pode ser pensado como uma garantia fundamental de justiça.¹³⁷

Outro precedente importante da garantia constitucional à razoável duração do processo, também erigido da Constituição Federal é do acesso à justiça, direito fundamental básico do qual derivam todos os demais direitos do cidadão brasileiro. Lecionando sobre o assunto, com muita propriedade asseveraram Cappelletti e Garth:

O enfoque sobre o acesso – o modo pelo qual os direitos se tornaram efetivos – também caracteriza crescentemente o estudo do moderno processo civil. [...] O “acesso” não é apenas um direito social fundamental, crescentemente reconhecido; ele é, também, necessariamente, o ponto central da moderna processualística. Seu estudo pressupõe um alargamento e aprofundamento dos objetivos e métodos da moderna ciência jurídica.¹³⁸

Ainda sobre o direito fundamental de acesso à justiça, Watanabe destacou que “[...] o direito de acesso à justiça é também direito de acesso a uma justiça adequadamente organizada, e o acesso a ela deve ser assegurado por instrumentos processuais aptos à efetiva realização do direito”.¹³⁹

¹³⁷ MARINONI, Luiz Guilherme. **Garantia da tempestividade da tutela jurisdicional e duplo grau de jurisdição**. In: CRUZ e TUCCI, José Rogério. **Garantias constitucionais do processo civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 218.

¹³⁸ CAPPELLETTI, Mauro e GARTH, Bryan. **Acesso à justiça**. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1998, pp. 12-13.

¹³⁹ WATANABE, Kazuo. **Acesso à justiça e sociedade moderna**. In: GRINOVER, Ada Pellegrini *et al.* (Coord). **Participação e processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988, p. 135.

Desenvolvendo ainda mais este relevante direito fundamental, Cambi destaca que o acesso à justiça não se limita apenas o acesso ao Poder Judiciário, em que pese encampa-lo. Destaca, no entanto, que uma vez que o Estado monopoliza a prestação jurisdicional, o acesso ao Poder Judiciário deve ser efetivo, contemplando neste particular a tutela jurisdicional tempestiva, para que desta forma, se tenha acesso a uma ordem jurídica justa:

[...] (i) o ingresso em juízo; (ii) a observância das garantias compreendidas na cláusula do devido processo legal; (iii) a participação dialética na formação do convencimento do juiz, que irá julgar a causa (efetividade do contraditório); (iv) a adequada e tempestiva análise, pelo juiz, natural e imparcial, das questões discutidas no processo (decisão justa e motivada); (v) a construção de técnicas processuais adequadas à tutela dos direitos materiais (instrumentalidade do processo e efetividade de direitos).¹⁴⁰

Desta forma, considerando-se que o acesso à justiça também contempla o direito fundamental de acesso ao Poder Judiciário e haja vista a concepção moderna acerca da atividade jurisdicional, este acesso deve ser qualificado, adequado e tempestivo, contemplando, portanto, a razoável duração do processo.

Vargas ainda aponta outro precedente constitucional da razoável duração do processo, qual seja o princípio da eficiência, explicitado no artigo 37¹⁴¹ da Carta Magna, destacando que:

O referido art. 37 dispõe que a Administração Pública de qualquer dos Poderes, o que evidentemente inclui o Judiciário, obedecerá, dentre outros princípios, o da eficiência, e não há maior demonstração de ineficiência do que a morosidade injustificada dos processos.¹⁴²

No plano infraconstitucional, pode-se destacar dentre outros, os seguintes dispositivos: o artigo 273 do Código de Processo Civil¹⁴³ que traz o instituto da tutela

¹⁴⁰ CAMBI, Eduardo. **Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo**. In: FUX, Luiz *et al.* (Coord). **Processo e Constituição**: estudos em homenagem ao Professor José Carlos Barbosa Moreira. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 674.

¹⁴¹ Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência [...] (BRASIL, **Constituição [da] República Federativa do Brasil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 10 abr. 2009).

¹⁴² VARGAS, Op.Cit., p. 345.

¹⁴³ Art. 273 - O juiz poderá, a requerimento da parte, antecipar, total ou parcialmente, os efeitos da tutela pretendida no pedido inicial, desde que, existindo prova inequívoca, se convença da verossimilhança da alegação e:

I - haja fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação; ou

II - fique caracterizado o abuso de direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório do réu.

§ 1º Na decisão que antecipar a tutela, o juiz indicará, de modo claro e preciso, as razões do seu convencimento.

antecipada; o artigo 461 do mesmo diploma processual¹⁴⁴ que trata da tutela específica nas obrigações de fazer, não fazer e de entrega de coisa, pois ambos têm por escopo um processo mais célere e uma prestação jurisdicional em tempo razoável.

A possibilidade de concessão de liminar em mandado de segurança, também pode ser identificada como um precedente da razoável duração do processo, pois apesar de não solucionar definitivamente o conflito, preserva direito lesionado ou sob a ameaça de lesão, no intuito de que o provimento final seja efetivo e não haja perecimento do direito, haja vista que de nada serviria um provimento jurisdicional se o direito tivesse sido consumido pelo tempo e/ou sofrido grave redução do seu valor.

A própria instituição dos Juizados Especiais da Justiça Comum¹⁴⁵ e da Justiça Federal¹⁴⁶, cujo trâmite processual possui um simplificação de ritos e procedimentos,

§ 2º Não se concederá a antecipação da tutela quando houver perigo de irreversibilidade do provimento antecipado.

§ 3º A efetivação da tutela antecipada observará, no que couber e conforme sua natureza, as normas previstas nos arts. 588, 461, §§ 4º e 5º, e 461-A.

§ 4º A tutela antecipada poderá ser revogada ou modificada a qualquer tempo, em decisão fundamentada.

§ 5º Concedida ou não a antecipação da tutela, prosseguirá o processo até final julgamento.

§ 6º A tutela antecipada também poderá ser concedida quando um ou mais dos pedidos cumulados, ou parcela deles, mostrar-se incontroverso.

§ 7º Se o autor, a título de antecipação de tutela, requerer providência de natureza cautelar, poderá o juiz, quando presentes os respectivos pressupostos, deferir a medida cautelar em caráter incidental do processo ajuizado. (BRASIL, **Código de Processo Civil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L5869.htm>. Acesso em: 17 abr. 2009).

¹⁴⁴ Art. 461 - Na ação que tenha por objeto o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer, o juiz concederá a tutela específica da obrigação ou, se procedente o pedido, determinará providências que assegurem o resultado prático equivalente ao do adimplemento.

§ 1º A obrigação somente se converterá em perdas e danos se o autor o requerer ou se impossível a tutela específica ou a obtenção do resultado prático correspondente.

§ 2º A indenização por perdas e danos dar-se-á sem prejuízo da multa (art. 287).

§ 3º Sendo relevante o fundamento da demanda e havendo justificado receio de ineficácia do provimento final, é lícito ao juiz conceder a tutela liminarmente ou mediante justificação prévia, citado o réu. A medida liminar poderá ser revogada ou modificada, a qualquer tempo, em decisão fundamentada.

§ 4º O juiz poderá, na hipótese do parágrafo anterior ou na sentença, impor multa diária ao réu, independentemente de pedido do autor, se for suficiente ou compatível com a obrigação, fixando-lhe prazo razoável para o cumprimento do preceito.

§ 5º Para a efetivação da tutela específica ou a obtenção do resultado prático equivalente, poderá o juiz, de ofício ou a requerimento, determinar as medidas necessárias, tais como a imposição de multa por tempo de atraso, busca e apreensão, remoção de pessoas e coisas, desfazimento de obras e impedimento de atividade nociva, se necessário com requisição de força policial.

§ 6º O juiz poderá, de ofício, modificar o valor ou a periodicidade da multa, caso verifique que se tornou insuficiente ou excessiva. (BRASIL, **Código de Processo Civil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L5869.htm>. Acesso em: 17 abr. 2009).

¹⁴⁵ Lei 9.099 de 27 de setembro de 1995.

bem como uma limitação recursal, buscando tutelas jurisdicionais mais céleres, constituem, também, precedentes à razoável duração do processo.

Ainda no plano infraconstitucional, podem ser destacados os seguintes dispositivos:

a) artigo 125, inciso II do Código de Processo Civil: estabelece que compete ao juiz velar pela rápida solução do litígio;

b) lei nº. 8.078/1990 (Código de Defesa do Consumidor): contém dispositivos que contemplam as ações coletivas, uma forma mais rápida de acesso aos direitos dos consumidores, haja vista seu efeito *erga omnes*;

c) lei 8.637/1993: alterou o artigo 132 do Código do Processo Civil, que dispõe sobre a vinculação do juiz ao processo, excluindo da parte final da redação anterior o trecho que possibilitava ao juiz sucessor, ao receber os autos, continuando a audiência e repetindo as provas já produzidas, se assim achasse prudente;¹⁴⁷

d) lei nº. 9.800/1999: institui a possibilidade da apresentação de petições por meios eletrônicos;

e) lei nº. 10.173/2001 (Estatuto do Idoso): estabeleceu prioridade de tramitação aos processos em que figurem como partes pessoas com mais de 65 (sessenta e cinco) anos de idade. Posteriormente, foi editada a lei nº. 10.741/2003 que em seu artigo 71 reduziu para 60 (sessenta) anos a idade para gozo do referido benefício;

No plano supranacional importante destacar a Convenção Americana de Direitos Humanos, mais conhecida como Pacto de San José da Costa Rica, de 22 de novembro de 1969 e que foi incorporado ao ordenamento jurídico brasileiro em 09 de novembro de 1992, por força do Decreto nº. 678/1992.

¹⁴⁶ Lei 10.259 de 13 de julho de 2001.

¹⁴⁷ Redação atual do art. 132: O juiz, titular ou substituto, que concluir a audiência julgará a lide, salvo se estiver convocado, licenciado, afastado por qualquer motivo, promovido ou aposentado, casos em que passará os autos ao seu sucessor.

Redação anterior: Art. 132. O juiz, titular ou substituto, que iniciar a audiência, concluirá a instrução, julgando a lide, salvo se for transferido, promovido ou aposentado; casos em que passará os autos ao seu sucessor. Ao recebê-los, o sucessor prosseguirá na audiência, mandando repetir, se entender necessário, as provas já produzidas.

O referido diploma estabelece em seu artigo 8º., item 1:

[...] Toda pessoa terá direito de ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou na determinação de seus direitos e obrigações de caráter civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer natureza. [...].¹⁴⁸

Deve ficar claro que a preocupação com a tutela jurisdicional tempestiva é de suma relevância sim, mas não se pode prescindir de garantias processuais importantes consagradas na Constituição Federal. Assim, há que se observar o princípio do juiz natural, o qual também deve ser o competente para o deslinde do feito, não se admitindo tribunais e/ou juízes de exceção. O direito vindicado, para ser deferido, deve estar previsto em lei e os litigantes devem ter ampla possibilidade de defesa e de contraposição de argumentos.

2.3.2 A importância da explicitação da garantia constitucional à razoável duração do processo, promovida pela Emenda Constitucional nº. 45/2004

Ante o exposto no subitem anterior, verifica-se que o ordenamento jurídico nacional já dispunha, ainda que de maneira implícita, acerca da tutela jurisdicional tempestiva. Então, qual seria a razão para a sua explicitação por meio da inclusão do inciso LXXVIII ao artigo 5º. da Constituição Federal?

Para alguns autores a explicitação referida foi empreendida para conferir à tutela jurisdicional tempestiva - integrada expressamente ao texto constitucional como razoável duração do processo, a qualidade de direito fundamental, o que lhe conferiria uma maior importância e força impositiva relevante, da qual não se poderia desvencilhar. Neste sentido assevera Canotilho que “[...] não bastaria apenas garantir o acesso aos tribunais, mas sim e principalmente possibilitar aos cidadãos a defesa de direitos e interesses legalmente protegidos por meio de um *acto jurisdictio*”.¹⁴⁹

¹⁴⁸ SPENGLER, Op.Cit. p. 48.

¹⁴⁹ CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional**. Coimbra: Almedina, 2000, p. 423.

Denota-se claramente a preocupação de Canotilho ao conferir à razoável duração do processo o *status* de direito fundamental, qual seja o de tornar efetiva a referida garantia, não se contentando apenas com a sua simples positivação, mas buscando a sua transmutação do plano abstrato para o concreto.

No tocante à importância, proteção e efetivação dos direitos fundamentais, leciona Vieira de Andrade:

[...] esses direitos (pelo menos, esses) devem ser considerados patrimônio espiritual comum da humanidade e não admitem, hoje, nem mais de uma leitura, nem pretextos econômicos ou políticos para a violação de seu conteúdo essencial.¹⁵⁰

Sem dúvida, o escopo maior da atribuição à razoável duração do processo do *status* de direito fundamental, diz respeito à sua aplicação, que na forma do estatuído no parágrafo 1º., do artigo 5º. da Constituição Federal¹⁵¹, deve ser imediata.

Sobre o tema leciona Sarlet:

[...] se, portanto, todas as normas constitucionais sempre são dotadas de um mínimo de eficácia, no caso dos direitos fundamentais, à luz do significado outorgado ao art. 5º., § 1º., da nossa Lei Fundamental, pode afirmar-se que aos poderes públicos incumbe a tarefa e o dever de extrair das normas que os consagram (os direitos fundamentais) a maior eficácia possível, outorgando-lhes, neste sentido, efeitos reforçados relativamente às demais normas constitucionais, já que não há como desconsiderar a circunstância de que a presunção de aplicabilidade imediata e plena eficácia que milita em favor dos direitos fundamentais constitui, em verdade, um dos esteios da sua fundamentalidade formal no âmbito da Constituição.¹⁵²

No mesmo sentido, Barroso ressalta que os preceitos inerentes a direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata, em consonância ao princípio da máxima efetividade das normas constitucionais:

Por certo, a competência para aplicá-las, se descumpridas por seus destinatários, há de ser do Poder Judiciário. E mais, a ausência de lei integradora, quando não inviabilize integralmente a aplicação do preceito constitucional, não é empecilho à sua concretização pelo juiz, mesmo à luz do direito positivo vigente, consoante se extrai do art. 4º., da LICC: 'Art. 4º.

¹⁵⁰ VIEIRA de ANDRADE, José Carlos. **Os direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976**. Coimbra: Almedina, p. 34.

¹⁵¹ Art. 5º. [...] § 1º. - As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata. (BRASIL, **Constituição [da] República Federativa do Brasil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 15 abr. 2009).

¹⁵² SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 259.

Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito.¹⁵³

Góes ao manifestar-se sobre a razoável duração do processo, no que tange à sua aplicação, afirma que:

Trata-se de um direito e garantia fundamental e, acima disso, num âmbito maior, de um direito humano, portanto, inviolável de estar sujeito a qualquer forma de condicionamento ou sujeição legal, sendo, por isso, auto-aplicável, sob pena de desmoronamento da viga mestra do sistema jurídico, qual seja a Constituição Federal.¹⁵⁴

No capítulo anterior foi desenvolvido o tema direitos e garantias, sendo que dessas considerações, somadas ao conteúdo desenvolvido neste capítulo, infere-se que de nada vale a declaração de direitos caso não existam meios e/ou mecanismos para que se possa efetivá-los. Daí decorre a importância das garantias constitucionais, pois, na medida em que são oriundas da Constituição, se sobrepõem às demais garantias (infraconstitucionais).

Sem as referidas garantias os direitos constantes do ordenamento jurídico, mormente àqueles integrantes do texto constitucional ficariam restritos à abstração da declaração formal, sem a efetiva implementação.

Neste contexto, pode-se afirmar que as garantias constitucionais são de grande importância, pois se destinam a proteger a Constituição e a salvaguardar direitos fundamentais nela estabelecidos.

Esse caráter relevante, que é impingido às garantias constitucionais, conforma e vincula a ação do Estado, seja no Executivo, no Legislativo ou no Judiciário, com vistas à eficácia da sua atuação.

Por todo o exposto, conclui-se que a tutela jurisdicional tempestiva, inserida expressamente no ordenamento jurídico brasileiro por meio da Emenda Constitucional nº. 45/2004, que acrescentou o inciso LXXVIII, ao artigo 5º. da Lei Maior, deve ser entendida como sendo uma garantia constitucional fundamental.

¹⁵³ BARROSO, Luiz Roberto. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas**: limites e possibilidades da constituição brasileira. 6. ed. atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, pp. 142-143.

¹⁵⁴ GÓES, Op.Cit., p. 266.

Essa também é a conclusão de Vargas:

Sendo uma garantia constitucional fundamental de eficácia plena, que deve ser lida em conjunto com os princípios de acesso aos tribunais e o da eficiência, o direito do jurisdicionado a uma tutela jurisdicional tempestiva não pode ser considerado letra morta, sem qualquer conseqüência; impõe-se uma sanção para o seu desrespeito.¹⁵⁵

A regra que estabelece a tutela jurisdicional tempestiva pode ser considerada, como bem leciona Barroso, como uma norma definidora de direitos, as quais são:

[...] as que tipicamente geram direitos subjetivos, investindo os jurisdicionados no poder de exigir do Estado – ou de outro eventual destinatário da norma – prestações positivas ou negativas, que proporcionem o desfrute dos bens jurídicos nela consagrados. Nessa categoria se incluem todas as normas concernentes aos direitos políticos, individuais, coletivos, sociais e difusos previstos na constituição.¹⁵⁶

É incontestado, portanto, que o objetivo da explicitação da razoável duração do processo no texto constitucional decorre do interesse em atribuir-lhe o *status* de garantia constitucional fundamental, com vistas a assegurar ao jurisdicionado o direito a uma tutela jurisdicional tempestiva, sem dilações indevidas.

¹⁵⁵ VARGAS, Op.Cit., p. 346.

¹⁵⁶ BARROSO, Op.Cit., p. 255.

3 O PAPEL DO MAGISTRADO NO SISTEMA JURÍDICO BRASILEIRO, TENDO EM VISTA A GARANTIA CONSTITUCIONAL À RAZOÁVEL DURAÇÃO DO PROCESSO.

No início da vida em sociedade, não havia um ente detentor do poder de solucionar os conflitos advindos das relações interpessoais, conforme ressaltado por Silva: “Nos primórdios da civilização humana [...] O direito, antes de ser monopólio do Estado, era uma manifestação das leis de Deus, apenas conhecidas e reveladas pelos sacerdotes”.¹⁵⁷

Ihering acentuou que os “[...] primeiros impulsos do sentimento do direito lesado, consistem, inevitavelmente, numa violenta reação contra a injustiça causada, isto é, na defesa privada e na vingança”.¹⁵⁸

Primitivamente, as pendências e as questões havidas na sociedade eram por ela mesma solucionadas, com o empreendimento da autotutela, da autocomposição ou ainda, da heterocomposição, sem que existisse um ente encarregado de solucionar ou mesmo pacificar os conflitos de interesse, intervindo diretamente neste com o intuito de fazer valer o ordenamento jurídico existente, impondo-se, desta forma, sobre a vontade pessoal das partes conflitantes.

De maneira objetiva, a autotutela pode ser entendida como a iniciativa da própria parte - que se supõe lesada ou ameaçada de lesão, em opor-se a tal situação utilizando para isso todos os meios à sua disposição, inclusive a força física, o que não raro redundava em atos de violência, tudo em prol do suposto direito.

Já na autocomposição, normalmente uma das partes há que consentir em dispor, total ou parcialmente de seus interesses, em detrimento aos interesses dos demais envolvidos na contenda, o que pode ser empreendido de três maneiras: a) desistência, que se configura na renúncia à pretensão; b) submissão, que se trata da

¹⁵⁷ SILVA. Ovídio Baptista da. **Curso de processo civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, p. 23.

¹⁵⁸ IHERING. Rudolf von. **O espírito do direito romano**: nas diversas fases de seu desenvolvimento. Tradução de Rafael Benaion. Rio de Janeiro: Alba, 1943, p. 94.

renúncia à resistência até então manifestada em detrimento da pretensão da outra parte envolvida na contenda; e c) transação, instituto por meio do qual normalmente se fazem concessões recíprocas objetivando a solução do conflito.¹⁵⁹

Tanto a autotutela quanto a autocomposição, como formas de solução dos conflitos sociais, apresentam problemas que por si só às inviabilizam. O primeiro deles é atinente à desconfortável dependência em relação à vontade das partes conflitantes, diferentemente do que ocorre com a intervenção do Estado-Jurisdição, o qual aplica a norma jurídica abstrata ao caso concreto.¹⁶⁰

Outro problema, mais afeito à autocomposição, diz respeito à execução do que foi acordado por meio das concessões recíprocas. Isso porque inexitem meios capazes de compelir o descumpridor da avença ao honrar seu compromisso e, por isso, o conflito não seria solucionado.¹⁶¹

A heterocomposição, no cenário narrado, apresentava-se como uma alternativa, mormente por meio da arbitragem, quando então a solução do conflito ficava a cargo de terceiros (sacerdotes, governantes e anciãos). O principal objetivo da arbitragem era a possibilidade de compelir as partes ao cumprimento do que fora acordado, no entanto, não havia uma forma eficiente para compelir o vencido a cumprir a solução proferida pelo árbitro, remanescendo o problema.

A ineficiência das formas de solução de conflitos anteriormente declinadas, somada ao fortalecimento do Estado, dão margem ao surgimento da chamada justiça pública. A partir de então, surgem os juízes. Sujeitos desinteressados do processo que têm como missão ou mesmo função, solucionar o conflito de interesses por meio da atividade jurisdicional do Estado.

Assevera Amendoeira Jr.:

[...] a jurisdição é uma das funções do Estado, mediante a qual ele substitui os titulares dos interesses em conflito e atua a vontade concreta da lei,

¹⁵⁹ AMENDOEIRA JR., Sidnei. **Poderes do juiz e tutela jurisdicional:** a utilização racional dos poderes do juiz como forma de obtenção da tutela jurisdicional, efetiva, justa e tempestiva. São Paulo: Atlas, 2006, p. 8.

¹⁶⁰ AMENDOEIRA JR., Op.Cit., p. 8.

¹⁶¹ AMENDOEIRA JR., Op.Cit., p. 8.

sempre por meio do processo – primeiro expressando imperativamente o preceito (sentença de mérito), e depois realizando o que o preceito estabelece (por meio da execução forçada). [...] função pacificadora do processo [...] mesmo nas concepções liberais de Estado, a jurisdição é mantida como função essencial, realçando-se sobremaneira no Estado social.¹⁶²

Tendo em vista que o Estado é constituído em prol do bem estar da coletividade que lhe deu corpo, devem ser estabelecidas regras de condutas capazes de organizar a vida em sociedade, bem como resguardar direitos e atribuir deveres, tudo tendo como foco a paz social. Neste sentido, para que o ordenamento jurídico seja respeitado, faz-se necessária a intervenção direta do Estado-Juiz, a fim de tutelar os interesses conflitantes, aplicando as normas pertinentes, daí decorrendo a importância da jurisdição.

A atuação do Estado-Jurisdição é empreendida por meio do processo, pois, antes da decisão a ser proferida pelo magistrado, devem ser observados atos preparatórios, sucessivos e encadeados entre si, no intuito de desvelar o direito material aplicável àquele conflito de interesses, sobre o qual incidirá um provimento jurisdicional.¹⁶³

Pode-se entender, portanto, que o processo “prestigia a ordem jurídica vigente, impondo as normas de direito material às situações da vida real”.¹⁶⁴

O processo pode ser identificado sob dois prismas distintos, mas essenciais à sua existência, quais sejam: os atos empreendidos no seu desenvolvimento e que o corporificam - análise que se faz sob o enfoque externo (procedimento); e, ainda, sob o ponto de vista das relações desenvolvidas entre os seus sujeitos – análise interna do processo, trata-se da relação processual.

Modernamente, o processo deve ser entendido como um instrumento de atuação da Constituição, na qual as regras são abstratamente formuladas e congregam direitos e garantias fundamentais que corporificam por meio deste instrumento.¹⁶⁵

¹⁶² AMENDOEIRA JR., Op.Cit., p. 9.

¹⁶³ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Poderes instrutórios do juiz**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 64.

¹⁶⁴ JARDIM. Afrânio Silva. **Da publicização do processo civil**. Rio de Janeiro: Líber Juris, 1982, p. 65.

A relação jurídica processual difere no que tange ao seu objeto, do direito material, configurando-se como valioso e relevante instrumento para o Estado, a quem cabe a solução dos conflitos de interesse da coletividade, com vistas a harmonizar as relações jurídicas interpessoais por meio da aplicação ao caso concreto, das normas constantes do ordenamento jurídico, com a força coercitiva que lhe é própria.

Com propriedade leciona Dinamarco:

[...] o processo é um instrumento para o exercício do poder e este deve ser exercido, ainda quando sob o estímulo de interesses individuais, sempre com vistas a elevados objetivos sociais e políticos que transcendem o âmbito finito destes.¹⁶⁶

Na mesma linha ressalta Bedaque que “[...] o processo jurisdicional é instrumento de uma função do Estado que, para manter a paz e a harmonia social, tem a atribuição de promover a atuação do ordenamento jurídico”.¹⁶⁷

Assim sendo, conclui-se que é obrigação do Estado à manutenção da paz social e a imposição da observância das regras de condutas fixadas no ordenamento jurídico. Como consequência desta responsabilidade, quando o ordenamento jurídico é desrespeitado o Estado deve atuar por meio da sua função jurisdicional, ocasião em que terá à sua disposição o processo, instrumento que o materializa e por meio do qual a referida atividade jurisdicional se exterioriza e se desenvolve.

3.1 BREVE EVOLUÇÃO HISTÓRICA DA ATUAÇÃO DO MAGISTRADO

No empreendimento da atividade jurisdicional do Estado é inegável que o magistrado ocupa papel de destaque. Sua postura, seu comprometimento, sua capacidade técnica e sua atuação são de extrema relevância no contexto da

¹⁶⁵ GRINOVER. Ada Pellegrini. **As garantias constitucionais do direito de ação**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1973, p. 15.

¹⁶⁶ DINAMARCO. Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 52.

¹⁶⁷ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Poderes instrutórios do juiz**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 69.

atividade pacificadora, que exercerá ao decidir o conflito de interesses que lhe foi submetido.

Ao longo dos anos a forma de agir do magistrado foi sendo modificada, tendo em vista as transformações políticas sofridas pelo Estado, passando a assumir postura diametralmente diferente que preteritamente o qualificava como mero servo do soberano todo poderoso ou simples e burocrático aplicador da lei, na sua estrita forma.

O empreendimento da atividade judicante do magistrado, no exercício da atividade jurisdicional promovida pelo Estado, vale-se, como dito anteriormente, de um precioso instrumento, qual seja o processo.

No mundo ocidental o processo sofreu forte influência do Direito Romano, o qual, como bem destacou Gonçalves¹⁶⁸, teve três modelos característicos nos seus primeiros séculos, quais sejam: *Legis Actiones*¹⁶⁹, *Per Formula*¹⁷⁰ e *Extraordinaria Cognitio*¹⁷¹.

a) modelo processual das *Legis Actiones*: neste modelo as formas, as solenidades dos atos e obrigatoriedade da sua observância, tinham prevalência sobre os editos¹⁷² dos pretores. Este modelo sucumbia ante o seu primitivismo e rigor formal excessivo, pois verificado qualquer erro o pedido seria tido como improcedente. Existiam cinco tipos de ações da lei:

a.1) *sacramentum* (utilizada nas causas em que não havia um procedimento específico);

a.2) *iudicis postulatio* (reclamava-se ao juiz um dado objeto, inerente a uma certa estipulação que havia sido empreendida);

¹⁶⁸ GONÇALVES, William Couto. **Uma introdução à filosofia do direito processual**: estudos sobre a jurisdição e o processo fundamentando uma compreensão histórica, ontológica e teleológica. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2005, p. 38.

¹⁶⁹ Tradução livre: ações da lei.

¹⁷⁰ Tradução livre: formular.

¹⁷¹ Tradução livre: cognição extraordinária.

¹⁷² Ordem ou lei emanada de autoridade máxima. (Dicionário Michaelis da Língua Portuguesa. Site: <http://michaelis.uol.com.br/>. Disponível em: <http://michaelis.uol.com.br/moderno/portugues/index.php?lingua=portugues-portugues&palavra=razoável>>. Acesso em: 06 dez 2009).

a.3) *condictio* (citação para que o demandando comparecesse para a designação de um magistrado);

a.4) *manus iniectio* (destinada à execução de um julgamento) e

a.5) *pignoris capio* (autorização legal para o recebimento de dívidas).¹⁷³

b) modelo processual formular ou *Per Formula*: neste modelo os limites da controvérsia eram estabelecidos na fórmula, que vinculava as partes e limitando o objeto da demanda. De acordo com este modelo a ação era proposta perante o magistrado (instancia *in iure*), ao qual incumbia o estabelecimento da fórmula, remetendo partes para a análise do juiz (instancia *in iudicio*). Na medida em que as partes aceitavam a fórmula, estabelecia-se entre elas uma espécie de contrato (*litis contestatio*). Há que se destacar, ainda, que neste período, o magistrado tinha poderes excepcionais e podia conceder interditos, que poderiam resultar em: *adispiscendae possessionis*, o *retinendae possessionis* e *recuperandae possessionis*.¹⁷⁴

c) o modelo processual da *Extraordinaria Cognitio*: surge no período do Império e tinha como característica a concentração do processo nas mãos do juiz. Destaca-se que já ao tempo do processo formular havia casos em que o magistrado não ficava limitado ao exame da controvérsia (aquele estabelecida na fórmula), abordando todo o conteúdo da lide. Constitui-se forma de processo excepcional, diante do rito ordinário estabelecido à época. Era estabelecida quer em razão da matéria, do território ou da competência do magistrado¹⁷⁵. Por meio deste modelo, que tornou-se o modelo comum do processo romano após a abolição do processo formular, o poder público passa a ocupar papel de destaque, na medida em que o julgador era visto como funcionário do Estado e o julgamento não ficava submetido à fórmula. A era chamada de *narratio* e defesa do réu de *contradictio*.¹⁷⁶

¹⁷³ GONÇALVES, William Couto. **Uma introdução à filosofia do direito processual**: estudos sobre a jurisdição e o processo fundamentando uma compreensão histórica, ontológica e teleológica. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2005, p. 38.

¹⁷⁴ GONÇALVES. Op.Cit., pp. 38-39.

¹⁷⁵ Questões relativas a fideicomissos, condições pessoais das partes, prestação de alimentos e honorários, por exemplo.

¹⁷⁶ GONÇALVES. Op.Cit., pp. 39-40.

3.1.1 O magistrado subserviente e sem iniciativa

No final da Idade Média, período caracterizado pelo iluminismo e pelo racionalismo, houve, na Inglaterra, uma acirrada e importante disputa entre o Parlamento e o Rei (o soberano), com o fito de aferir a quem caberia o controle dos magistrados, na medida em que estes eram, àquele tempo, totalmente submissos aos detentores do poder.

A submissão dos juízes era tamanha, que Bacon chegou a afirmar que: “os juízes devem se lembrar de Salomão, que tinha leões ao pé do trono. Os juízes devem ser leões, mas leões ao pé do trono”.¹⁷⁷

Deixando de lado o paradigma inglês e analisando a situação da França, no tocante ao tema em foco, pode-se verificar que, embora não fosse semelhante, não era, também, das mais confortáveis para os magistrados, na medida em que sua função precípua era a de garantir os privilégios da aristocracia.

Quadra destacar, que quando se fala do sistema judicial francês, está se falando de um sistema que influenciou sobremaneira a magistratura brasileira, o que pode ser verificado, por exemplo, no pretérito Código Civil Brasileiro, o qual foi concebido com base no liberalismo francês, tendo como maior preocupação a defesa da propriedade, em detrimento da pessoa propriamente dita.

Todavia, essa situação de submissão não poderia se prorrogar *ad eternum*, haja vista a relevância que permeia a atividade judicante. Tanto é verdade, que aos poucos a própria nobreza francesa foi se descontentando com seus magistrados, considerando que suas decisões estavam se tornando demasiadamente caras.

Há que se destacar que, quando da contenda judicial, a maior parte do que estava em “jogo” acabava ficando com o magistrado, pelo menos é o que assevera Dallari:

¹⁷⁷ BACON, Francis, apud. DALLARI, Dalmo de Abreu. **Independência da Magistratura e Direitos Humanos**. Revista eletrônica Direitos Humanos na Internet. Site: <www.dhnet.org.br>. Disponível em: <<http://www.dhnet.org.br/direitos/militantes/dalmodallari/dallari21.html>>. Acesso em: 23 nov. 2008, p. 02.

Os juizes – que primeiramente eram todos ligados á nobreza — (decidiam conflitos, mas nem os nobres ficavam satisfeitos porque os juizes vendiam muito caro) as suas decisões, os juizes decidiam um conflito e ficavam sempre com a maior parte. Isto foi muito importante para que se criasse uma mentalidade de resistência aos juizes. Alguns historiadores franceses dizem que se criou, mesmo, ódio aos juizes, as pessoas tinham medo dos juizes.¹⁷⁸

A partir deste momento de descontentamento, surge um sentimento de medo, de temor, que ainda hoje pode se verificar em torno da figura do magistrado, só que o temor à época era o de se ficar quase sem nada, caso submetesse sua pretensão à apreciação do Poder Judiciário.

Com o advento das revoluções burguesas, dá-se início ao período conhecido como o da supremacia da lei. A idéia lançada a partir deste evento histórico é a de que o Estado seria injusto e arbitrário, razão pela qual a lei é quem deveria governar, na medida em que ela seria produto das relações sociais.

Essa concepção demonstra a evolução do controle imposto aos jurisdicionados, o qual num primeiro momento era empreendido pelo soberano, que contava com os juizes para defender seus interesses, numa demonstração de subserviência e fidelidade imperial, e num segundo momento passa a ser empreendido pelos detentores do poder (na França, o seu Parlamento), com o escopo de impor regras de conduta por meio das normas confeccionadas pelo Legislativo. Aos magistrados, neste novo modelo, cabia apenas a aplicação fria da lei, sem direito ao exercício da exegese jurídica.

A própria Constituição Francesa de 1791 dispunha que: “ninguém pode ser obrigado a fazer e ninguém pode ser proibido de fazer alguma coisa, a não ser com base na lei”.¹⁷⁹

O texto constitucional referenciado, que num primeiro momento pode ser visto sob a aura do princípio da legalidade, dentro da concepção francesa (*liberté, égalité,*

¹⁷⁸ DALLARI, Dalmo de Abreu. **Independência da Magistratura e Direitos Humanos**. Revista eletrônica Direitos Humanos na Internet. Site: <www.dhnet.org.br>. Disponível em: <<http://www.dhnet.org.br/direitos/militantes/dalmodallari/dallari21.html>>. Acesso em: 23 nov. 2008, p. 02.

¹⁷⁹ DALLARI. Op. Cit., p. 02.

*eraternité*¹⁸⁰), em verdade esconde o real interesse da sua inserção no ordenamento jurídico, qual seja o de fazer valer os interesses da classe detentora do poder: a burguesia.

O lema francês, ainda que seja visto como uma inovação e lhe seja atribuída a importância de representar a ruptura com o modelo anterior, pondo fim à servidão e os direitos feudais, em verdade representa a tomada do poder por outra classe, os burgueses, os quais passam a impor seus anseios em benefício próprio, em detrimento dos demais.

Assim sendo, a igualdade, a liberdade e a fraternidade na França tinham como foco a classe burguesa, de maneira que às demais castas era reservado o descaso. Justamente aqui é que se fazia necessária uma intervenção forte dos magistrados, no sentido de aplicar adequadamente a lei, tendo em vista o caso concreto e o aspecto social que devem permear suas decisões.

No entanto, a figura que se apresenta para sociedade francesa, neste momento, é a do magistrado *bouche de la loi*¹⁸¹, para o qual todo o direito estava concentrado na lei, não havia direito fora dela. Logo, direito e lei passam a ser sinônimos, e o magistrado torna-se o responsável apenas por “dizer o direito” – expressão literal da lei. Não lhe era conferido o poder de interpretar os textos normativos, confrontando-os com o caso concreto e a realidade social subjacente.

Dallari ressalta que:

[...] As Constituições [...] não tiveram, durante quase duzentos anos, a eficácia jurídica que ganharam hoje, são utilizadas mais como verdadeiros manifestos políticos, contêm lá no fim um capítulo bem formal sobre os direitos individuais. Mas não há qualquer preocupação com a possibilidade de uso dos direitos. Declarou-se que os direitos existem e quem puder que use os direitos e quem não puder, problema seu. Não há na verdade a preocupação em aplicar os preceitos constitucionais [...].¹⁸²

Do exposto, conclui-se que seja servindo ao soberano ou à burguesia, o magistrado neste momento histórico era um mero servo das vontades dos detentores do poder,

¹⁸⁰ Tradução livre: liberdade, igualdade e fraternidade.

¹⁸¹ Tradução livre: boca da lei.

¹⁸² DALLARI, Op.Cit., p. 03.

sem qualquer preocupação com o destinatário da norma jurídica que impunha ao caso concreto, ou seja, sem qualquer preocupação social.

Essa postura do magistrado era reprovável e ao menos no mundo ocidental não persistiu ao longo da história, sendo verificada uma mudança de postura, e de atitude por parte do magistrado, que passa a atuar de maneira mais independente e empreendendo a análise do caso concreto que lhe é submetido, preocupando-se com a repercussão social da sua decisão. Este é o perfil do magistrado moderno.

3.1.2 A mudança de atitude do magistrado

A mudança de atitude do juiz configura-se como consequência natural do processo de evolução do Estado e do próprio Poder Judiciário, a qual esta atrelada ao desenvolvimento do conceito de direitos humanos.

Leciona Cappelletti:

[...] o conceito de direitos humanos começou a sofrer uma transformação radical. a partir do momento em que as ações e relacionamentos assumiram, cada vez mais, caráter mais coletivo que individual, as sociedades modernas necessariamente deixaram para trás a visão individualista dos direitos, refletida nas 'declarações de direitos', típicas dos séculos dezoito e dezenove. ... a atuação positiva do Estado é necessária para assegurar o gozo de todos esses direitos sociais básicos. Não é surpreendente, portanto, que o direito ao acesso efetivo à justiça tenha ganho particular atenção na medida em que as reformas do *welfare state* têm procurado armar os indivíduos de novos direitos substantivos em sua qualidade de consumidores, locatários, empregados e, mesmo cidadãos.¹⁸³

Não é objeto deste trabalho o aprofundamento acerca do tema, no entanto, necessário se faz o estabelecimento de algumas premissas, no que tange à evolução dos direitos humanos, tendo como paradigma a evolução do próprio Estado, fatores que influirão decisivamente na forma de atuação dos juízes, até em função das transformações sofridas pelo Direito.

¹⁸³ CAPPELLETTI, Mauro e GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça**. Porto Alegre: Fabris, 1988, p.10.

Os direitos humanos, no que tange à sua evolução, podem ser classificados em três grandes dimensões¹⁸⁴. São elas:

a) os direitos humanos de primeira dimensão, quais sejam, aqueles surgidos a partir dos ideais da Revolução Francesa (liberdade do indivíduo perante o Estado), com caráter é eminentemente individual;

b) os direitos humanos de segunda dimensão, caracterizados como direitos sociais, do quais servem como as conquistas dos trabalhadores, resultado direto da luta por melhores condições de trabalho e assistência;

c) os direitos humanos de terceira dimensão, direitos estes que interessam a toda coletividade, com titulares indeterminados, como por exemplo, o direito de viver em um ambiente sadio.

Há quem aponte ainda, uma quarta e uma quinta dimensões de direitos humanos¹⁸⁵. Entretanto, a opção que ora se adota cinge-se às três dimensões anteriormente explicitadas.

No que tange aos direitos de terceira dimensão, verifica-se, claramente, que têm como principal foco o ser humano, salientando aqui a sua faceta humanística e universal.

Nesse particular, Bobbio preceitua que:

[...] nas constituições liberais clássicas a função principal do estado parece ser a de tutelar (ou de garantir); nas constituições pós-liberais, ao lado da função de proteção ou de garantia, parece mais e mais frequentemente aquela função de promover [...] nossos constitucionalistas têm agora voltado a atenção para o contraste entre medidas autoritárias e coercitivas e medidas de estímulo ou de impulsão: esta contraposição recolhe bem a passagem ao uso mais e mais freqüente das técnicas de encorajamento, [...].¹⁸⁶

¹⁸⁴ BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Rio de Janeiro: Campus, 1992, p. 6.

¹⁸⁵ Bonavides, Paulo. Curso de Direito Constitucional. São Paulo: Malheiros, 2008, pp. 570-589.

¹⁸⁶ BOBBIO, Norberto. **Dalla struttura alla funzione: nuovi studi di teoria del diritto**. Milano: Edizioni di Comunità, 1977, p. 25.

Inegável, pois, que os direitos fundamentais, ao longo dos anos, foram sofrendo inúmeras modificações, o que com certeza, continuará a ocorrer nos anos vindouros. Essas transformações foram motivadas, segundo o saudoso doutrinador italiano: “em função dos interesses e das necessidades, das classes no poder, dos meios disponíveis para a realização daqueles interesses, das transformações tecnológicas, etc.,”¹⁸⁷. Logo, forçoso concluir-se que direitos fundamentais não são absolutos.

Nesse diapasão é que surgem os direitos metaindividuais, que superam a doutrina individualista reinante até então, elencando uma nova categoria de direitos e interesses.

Devido à evolução dos direitos fundamentais e ao surgimento, pelo menos do ponto de vista doutrinário, dos chamados direitos ou interesses metaindividuais, passou-se a entender que ambos se complementariam, no que diz respeito à efetivação dos interesses sociais, coletivos e difusos, tendo como foco uma tutela jurisdicional adequada.

A respeito, leciona Weis:

[...] no caso dos direitos humanos, a classificação do art. 81 do Código de Defesa do Consumidor facilita o reconhecimento de direitos ou interesses transindividuais decorrentes do direito internacional, da Constituição Federal ou de normas inferiores, o que reforça a noção da eficácia dos direitos econômicos, sociais e culturais e dos direitos humanos globais e amplia as possibilidades de sua dedução em juízo. Para a teoria dos interesses difusos e coletivos a aproximação revela novas possibilidades de sua exploração, para outros ramos que não os já consagrados direitos do consumidor, meio ambiente (que igualmente integra os direitos humanos), etc.¹⁸⁸

Um dos aspectos mais importantes da evolução dos direitos humanos, que culminou no surgimento dessa nova categoria de direitos, a qual pode ser chamado de direitos metaindividuais - aqui compreendidos os direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos, é a temática envolvendo o acesso à justiça, como forma de efetivação desses novos direitos.

¹⁸⁷ BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. trad. Carlos Nelson Coutinho, Rio de Janeiro: Campos, 1992, p. 18.

¹⁸⁸ WEIS, Carlos. **Direitos humanos contemporâneos**. São Paulo: Malheiros, 1999, p. 127.

Observa-se, portanto, que a evolução do direito está atrelada à própria evolução do Estado e para dar conta das novas demandas que surgem a cada evolução e/ou dimensão evolutiva do direito, o juiz deve atualizar-se, ou melhor, imprimir uma nova atitude no que tange ao exercício da função jurisdicional.

Inegável que a passagem do Estado Liberal para o Social alterou sensivelmente as relações entre os poderes do Estado, mormente tendo em vista o Executivo e o Legislativo, na medida em que se passou a exigir do ente abstrato, uma postura mais ativa, focada na implementação e concretização de direitos declarados no ordenamento.

O Estado deixa a sua postura omissa e passa a intervir diretamente nas relações jurídico-sociais e isto:

[...] explica o aumento da competência normativa e da área de autonomia do Poder Executivo, a quem a lei concedeu maior discricionariedade. O uso abusivo de tal ampliação da autonomia daqueles Poderes e a ofensa aos direitos fundamentais, no Estado Social, levaram a uma reação do Poder Judiciário contra os abusos dos administradores e dos legisladores.¹⁸⁹

Magalhães Pinto acrescenta, ainda que:

[...] alterações produzidas no exercício da função jurisdicional não só denunciam um crescimento inédito da sua influência social como, decididamente, arrancam os juízes do elenco de figurantes do Estado moderno, atribuindo-lhes um protagonismo a que, relutantes, acabaram por aceder. Evidentemente há que se ter um compromisso democrático e um respeito aos textos constitucionais, para que o desempenho de tal atribuição se dê a contento.¹⁹⁰

Nas últimas décadas têm-se observado uma mudança de atitude por parte dos juízes, em geral, o que para muitos autores é denominado de “crise do Judiciário”. Dentre eles podem ser destacados Sálvio de Figueiredo Teixeira e Luiz Flávio Gomes.

Pois bem, esse fenômeno, do ponto de vista histórico tem início logo após a Segunda Guerra Mundial (século XX), caracterizando-se por fatos e movimentos em prol de uma magistratura ativa e independente. Dentre eles, podem ser destacados:

¹⁸⁹ MORAES, Germana de Oliveira. **Controle jurisdicional da Administração Pública**. São Paulo: Dialética, 1999.

¹⁹⁰ PINTO, Oriana Piske de Azevedo Magalhães. **A atuação criativa do juiz**. Instituto brasileiro de direito comparado e internacional de Brasília. Site: <<http://www.idcb.org.br/>>. Disponível em: <<http://www.idcb.org.br/artigos/dr%20oriana/Aatuacao.pdf>>. Acesso em: 15 abr. 2009, pp. 02-03.

- a) Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948);
- b) Movimento da Magistratura Democrática (deflagrado na Itália, logo após a Declaração dos Direitos Humanos);
- c) Surgimento do Sindicato da Magistratura (na França, criado logo após o surgimento da Magistratura Democrática);
- d) Surgimento da Associação dos Juízes para a Democracia (originária da Espanha, mas que aos poucos foi se espalhando pelo mundo, chegando inclusive no Brasil).

Outro movimento importante foi o da magistratura independente, ocorrido nos Estados Unidos, no qual o Poder Judiciário era tido como um terceiro poder político, funcionando como um elemento de equilíbrio entre o Legislativo e o Executivo, sempre tendo como o foco o respeito à Constituição Americana. Todavia, devido à tradição cultural norte-americana, sempre fechada para os eventos do mundo, pelo menos até a Segunda Guerra Mundial, esse movimento não influenciou tanto outras nações.

É evidente que essa mudança de atitude não ocorreu de uma hora para outra, sendo moldada, formatada, ao longo de décadas, principalmente após a Declaração dos Direitos Humanos (1948) e do Pacto de Direitos Humanos (1966). A partir de então, surgem questionamentos acerca da problemática que permeia a eficácia das normas e versam sobre direitos humanos.

A importância do Poder Judiciário e da atuação do juiz, nesse novo contexto, funda-se na necessidade de julgamentos imparciais e independentes, mormente quando as questões que lhe são submetidas à apreciação sejam atinentes a direitos humanos e direitos fundamentais.

A questão é de tamanha relevância que a Organização das Nações Unidas - ONU, em 1994, por meio da Resolução 41 recomendou a criação do cargo de relator especial, sobre a independência do Judiciário. Essa recomendação foi aceita pelo Conselho Econômico e Social (ECOSOC), e desde então, existe este relator, o qual

tem como atribuição: elaborar anualmente um relatório retratando a situação da independência da magistratura.¹⁹¹

Tudo isso reforça a nova postura assumida pelo Poder Judiciário, postura essa que deve ser adotada pelos seus integrantes, em todas as instâncias, desde o serventário da justiça até o magistrado (juízes, desembargadores e ministros dos tribunais superiores). Quanto aos primeiros, para que tratem condignamente aqueles que batem às portas do Judiciário, para deduzir suas pretensões. Já no que tange ao segundo, no sentido de que tenha possibilidade de formar livremente sua convicção, empreendendo sua relevante função, sem qualquer tipo de sujeição a coações de qualquer ordem (física, econômica, política e psicológica).

Neste contexto, Bezerra deixa clara a responsabilidade do juiz, quando assevera que:

[...] é preciso a substituição de uma magistratura neutra e imparcial por uma que atue de modo assumido politicamente, comprometida com os dramas da sociedade, o que à evidência não constitui uma contradição com a postura neutra em relação à solução de um conflito [...]¹⁹²

Nalini ressalta a grande responsabilidade do Poder Judiciário e, via de consequência, do magistrado, destacando que:

[...] exige-se, enfim, do juiz, intérprete do direito, que absorva os dados referentes à cultura, à história e às próprias necessidades sociais do povo, para que deixando de ser uma obstrução ao acesso à justiça – talvez a maior delas – especialmente, para os desfavorecidos, possa erigir uma técnica inovadora a ser aplicada em sua nobre tarefa de julgar, de forma a assegurar o equilíbrio, a paz e a justiça. Daí porque depende do juiz a opção fundamental vertida para o Texto Constitucional em agregação sólida constatável [...] de anseios sociais.¹⁹³

Ao decidir determinada demanda, o juiz deve ter em mente, além das normas expressas na Carta Magna, os princípios que a fundamentam e a estruturam, dada a importância que têm no contexto constitucional.

¹⁹¹ DALLARI, Op.Cit., p. 06.

¹⁹² BEZERRA, Paulo César Santos. **Acesso à justiça: Um problema ético-social no plano da realização do direito**, Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 206-207.

¹⁹³ NALINI, José Renato, **O Juiz e o Acesso à Justiça**, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994, p. 45.

No que tange ao direito brasileiro, por exemplo, importante salientar que no seu art. 1º. da Constituição Federal aponta como fundamentos da República: a soberania, a cidadania, a dignidade da pessoa humana, os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa e o pluralismo político. Mais adiante, no art. 3º., são apontados os objetivos da República Brasileira, quais sejam: construir uma sociedade livre, justa e solidária; garantir o desenvolvimento nacional, erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

Os fundamentos e objetivos anteriormente delineados, em verdade, configuram princípios sobre os quais deve ser edificado o Estado Brasileiro, na concepção que se almeja, de um Estado Democrático de Direito. Claro está que ao decidir, o magistrado deve observar se a sua decisão atenta contra esses princípios e se assim o for, deve reformular sua razão de decidir, de forma a salvaguardá-los.

O juiz deve, ainda, agir de maneira independente e tal independência é própria do Estado Democrático de Direito, sendo improvável e até mesmo impossível verificar isso em regimes políticos totalitários.

A falta de independência do Judiciário pode estar ligada a várias razões, dentre as quais se destacam:

a) política: o regime político pode privar o Judiciário da necessária independência no momento de decidir¹⁹⁴;

¹⁹⁴ Antônio Carlos Magalhães foi governador da Bahia, o Desembargador Presidente do Tribunal de Justiça/BA o chamava de “meu chefe”. Diz-se ainda, que num determinado dia, o referido governador teve que prestar depoimento no Tribunal de Justiça da Bahia, quando então este teria dito à imprensa: “não quero privilégios, eu volta lá, vou ao Tribunal de Justiça para prestar meu depoimento”, pois bem, ao saberem da vinda de ACM, os serventuários e os desembargadores do tribunal pararam seus serviços e foram à porta do tribunal receber e saudar o governador. Nítido exemplo de interferência política. (DALLARI, Dalmo de Abreu. **Independência da Magistratura e Direitos Humanos**. Revista eletrônica Direitos Humanos na Internet. Site: <www.dhnet.org.br>. Disponível em: <<http://www.dhnet.org.br/direitos/militantes/dalmodallari/dallari21.html>>. Acesso em: 23 nov. 2008, p. 09.

b) econômico-social: os recursos a serem disponibilizados ao Judiciário, vez por outra, vêm sendo utilizados como meio de pressão e até mesmo coação. Os orçamentos cada vez mais apertados impedem os investimentos necessários na estrutura do Poder Judiciário, de forma a atender a crescente demanda ao qual este está sujeito – a realidade é “dura” com relação à falta de investimentos no Poder Judiciário: número insuficiente de juízes; falta de equipamentos; fóruns inacessíveis, especialmente para os deficientes físicos, etc;

c) voluntária: o próprio magistrado não procura se impor, não luta por sua independência e aceita, passivamente, sua submissão – às vezes, estão em “jogo” interesses corporativos, como por exemplo, a pretensão de conseguir uma vaga na instância superior, por exemplo, para o Supremo Tribunal Federal - STF, cuja indicação é feita pelo Presidente da República, tal situação pode redundar em uma falta de independência política. Destaca-se ainda, que essa situação não é nova, pois na nossa história recente, havia juízes atribuindo validade aos famigerados Atos Institucionais, que simplesmente, subvertiam a ordem legal e constitucional.

É inegável a importância de um Poder Judiciário independente, tanto que Dallari destaca que: “Longe de ser um privilégio para o magistrado, a independência da magistratura é necessária para o povo, que precisa de juízes independentes para harmonização pacífica e justa dos conflitos de Direito”.¹⁹⁵

Magalhães Pinto ressalta que:

O juiz, como agente político (não partidário), deve estar atento às transformações do mundo moderno, ao aplicar o Direito, valorando os aspectos sociais, políticos e econômicos dos fatos que lhe são submetidos. Cabe ao juiz exercer a atividade recriadora do Direito por meio do processo hermenêutico, bem como a de adaptador das regras jurídicas às novas e constantes condições da realidade social e, com responsabilidade, deve buscar as soluções justas aos conflitos, visando à paz social.¹⁹⁶

Focando na realidade brasileira, inegável que num país tão desigual como o Brasil, onde uma parcela muito pequena da população é detentora da maioria absoluta da renda, os interesses corporativos é que regem as políticas públicas e os integrantes do Legislativo são financiados - aqui está se abordando apenas do financiamento de

¹⁹⁵ DALLARI. Op.Cit. p. 09.

¹⁹⁶ PINTO. Op.Cit., p. 05.

campanhas por grandes corporações, os interesses da parcela menos favorecida da população, raramente são levados em conta, resplandece a importância da atuação do juiz.

Essa atuação deve se dar dentro de um contexto em que o Poder Judiciário seja independente e comprometido. Independente no sentido de que o juiz deve buscar subsídios para a sua decisão, na realidade fática, tendo em vista o conjunto probatório constante dos autos do processo e, lançando mão dos dispositivos constitucionais aos quais, tendo em vista a sua inserção do regime democrático, está vinculado.

E comprometido com os anseios do seu povo, expressos na Constituição, mormente nos fundamentos e objetivos sobre os quais se edificam o Estado brasileiro, atento às realidades sociais e decidindo o caso concreto, também com essa preocupação social, oportunizando a todos o acesso à justiça, aqui entendido como acesso ao ordenamento jurídico.

Isso não quer dizer que o juiz deva ficar adstrito a normas expressas no corpo da constituição, apenas. O magistrado deve observar que o texto constitucional foi construído, alicerçado em princípios importantíssimos, intimamente ligados a direitos fundamentais e a direitos humanos, os quais devem pautar suas decisões.

Aqui não se pede que o Judiciário seja tendencioso ao menos favorecido, quando da prolação da decisão, mas que examine adequada e corretamente a demanda, observando as pretensões das partes e procurando verificar se o menos favorecido na demanda está sendo regular e condignamente representado.

O juiz deve atuar na defesa dos preceitos constitucionais e, assim o fazendo, irá atuar de forma condizente com a função que se espera de um magistrado, inserido no contexto de um Estado Democrático de Direito.

Neste contexto, oportuna a lição de Cappelletti:

Os juízes poderiam adotar muito bem uma posição de simples rejeição, recusando-se a entrar na arena dos conflitos coletivos e de classe. Tal atitude negativa teria, contudo, a conseqüência prática de excluir do

judiciário a possibilidade de exercer influência e controle justamente naqueles conflitos, que se tornaram de importância sempre mais capital nas sociedades modernas. Desse modo, a *ordre judiciaire*, abrigada na sua imagem oitocentista, terminaria por se tornar uma sobrevivente, talvez respeitável, mas irrelevante e obsoleta, porque incapaz de adaptar-se às exigências de um mundo radicalmente transformado; e, mais cedo ou mais tarde, outros organismos, 'quase-judiciários' e procedimentos terminariam por ser criados, ou gradualmente adaptados, para atender às novas e urgentes solicitações sociais. Repetir-se-iam, em suma, fenômenos similares aos da gradual constituição e afirmação de formas especiais de justiça administrativa e constitucional, paralelas ou em substituição à 'ordinária', reveladas inadequadas.¹⁹⁷

O referido autor acrescenta ainda, que uma outra alternativa seria a de que:

[..] os próprios juízes sejam capazes de 'crescer', erguendo-se à altura dessas novas e prementes aspirações, que saibam, portanto, tornar-se eles mesmos protetores dos novos direitos 'difusos', 'coletivos' e 'fragmentados', tão característicos e importantes da nossa civilização de massa, além dos tradicionais direitos individuais.¹⁹⁸

Verifica-se, portanto, que não há mais espaço, tendo em vista a moderna concepção do processo e a mudança de atitude do juiz, para aquele que Dinamarco identifica como o "juiz Pilatos", pois "[...] o processo civil moderno repudia a idéia do juiz Pilatos, que, em face de uma instrução mal feita, resigna-se a fazer injustiça atribuindo a falha aos litigantes".¹⁹⁹

Essa mudança de postura se deve ao fato do Poder Judiciário, por meio da atuação dos juízes, ter passado de mero solucionador de conflitos intersubjetivos – característica do modelo liberal, a órgão responsável por equacionar as tensões da sociedade, decidindo sobre conflitos de interesse de cunho social, político e jurídico, com base nos ditames constitucionais e nas leis consagradoras direitos sociais.²⁰⁰

¹⁹⁷ CAPPELLETTI. Mauro. **Juízes legisladores?** Trad. Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1989, pp. 59-60.

¹⁹⁸ CAPPELLETTI. Op.Cit., p. 60.

¹⁹⁹ DINAMARCO. Cândido Rangel. **Fundamentos do processo civil moderno**. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 134.

²⁰⁰ PINTO, Oriana Piske de Azevedo Magalhães. **A atuação criativa do juiz**. Instituto brasileiro de direito comparado e internacional de Brasília, site: <<http://www.idcb.org.br/>>. Disponível em: <<http://www.idcb.org.br/artigos/dr%20oriana/Aatuacao.pdf>>. Acesso em: 15 abr. 2009, p. 05.

3.2 O PODER JUDICIÁRIO NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

A concepção de Estado Democrático de Direito utilizada neste trabalho é aquela trabalhada por Canotilho, qual seja: “uma ordem de domínio legitimada pelo povo”²⁰¹.

O referido autor esclarece ainda que: “o elemento democrático não foi apenas introduzido para ‘travar’ o poder [...] foi também reclamado pela necessidade de legitimação do mesmo poder”.²⁰²

Partindo-se das concepções supra, pode-se concluir que a atuação do juiz encontra-se vinculada ao compromisso assumido pelo Estado, que se auto-proclamou como Democrático e de Direito, de forma que seu povo, quando subsunção de um conflito de interesses ao Poder Judiciário, deve verificar na atuação do magistrado, que os direitos fundamentais constantes da Constituição estão sendo analisados e considerados.

Para Habermas, o Estado de Direito recorre à Constituição para estruturação do sistema de direitos, por ser ela a forma de tornar efetivos os programas sociais aplicáveis ao mundo da vida. É pela Constituição, enquanto estatuto jurídico da sociedade e do Estado, hierarquicamente superior no ordenamento jurídico, que o sistema de direitos pode se institucionalizar e regular transformação do poder comunicativo em poder administrativo de maneira legítima.²⁰³

Só se pode admitir como Democrático de Direito, o Estado que tem por pressuposto a garantia dos direitos fundamentais, dos direitos humanos e isso só se verifica nos Estados em que o poder político pertence ao povo.

Comparato aponta uma característica interessante do Poder Judiciário, qual seja a de que, embora se constitua num poder público, diferentemente dos demais

²⁰¹ CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. Coimbra: Almedina, 2000, p. 98.

²⁰² CANOTILHO. Op.Cit., p. 100.

²⁰³ HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia**: entre facticidade e validade. Trad. Flávio Bueno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997-1, 2v.

poderes, não tem seus expoentes escolhidos pelo voto popular, salvo raríssimas exceções, o que poderia ser tido como uma incongruência sob o paradigma do Estado Democrático de Direito.²⁰⁴

A observação supra, poderia levar à conclusão de que o Poder Judiciário brasileiro, não seria democrático. No entanto, o mesmo autor ressalta que:

Na verdade, o fator que compatibiliza o Poder Judiciário com o espírito da democracia (no sentido que Montesquieu conferiu ao vocábulo) é um atributo eminente, o único capaz de suprir a ausência do sufrágio eleitoral: é aquele prestígio público, fundado no amplo respeito moral, que na civilização romana denominava-se *auctoritas*; é a legitimidade pelo respeito e a confiança que os juízes inspiram no povo. Ora, essa característica particular dos magistrados, numa democracia, funda-se essencialmente na independência e na responsabilidade com que o órgão estatal em seu conjunto, e os agentes públicos individualmente considerados, exercem as funções políticas que a Constituição, como manifestação original de vontade do povo soberano, lhes atribui.²⁰⁵

Logo, para que o Poder Judiciário seja reconhecido como sendo verdadeiramente democrático, necessário se faz que sua organização e funcionamento se dêem em consonância com a independência e a responsabilidade que lhe são inerentes, sob a égide, é claro, de uma constituição democrática.

Almeida afirma que:

[...] o Poder Judiciário é Instituição fundamental de transformação positiva da realidade social. Para isso, tem ele dupla missão constitucional: a) proteger os valores fundamentais do Estado Democrático de Direito brasileiro, seja em sede de controle concentrado, seja em sede de controle difuso da constitucionalidade das leis; b) efetivar, concretamente, quando provocado, os direitos individuais ou coletivos, lesionados ou ameaçados de lesão.²⁰⁶

Isso porque, o Poder Judiciário configura-se como última alternativa para a tutela e efetivação dos direitos da coletiva, sendo que ao recorrer à tutela jurisdicional, o jurisdicionado reconhece suas limitações para solucionar o conflito de interesses, depositando toda a sua esperança no Estado-Jurisdição.

²⁰⁴ COMPARATO, Fábio Konder. **O poder judiciário no regime democrático**. *Scientific Electronic Library Online*. Site: <http://www.scielo.br/>. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0103-40142004000200008&script=sci_arttext>, publicado em 19/06/2004>. Acesso em: 08 set. 2008, p. 01.

²⁰⁵ Idem.

²⁰⁶ ALMEIDA, Gregório Assagra de. **O Poder Judiciário brasileiro como instituição de transformação positiva da realidade social**. Biblioteca digital jurídica do STJ. Site: <http://www.stj.jus.br/portal_stj/publicacao/engine.wsp?tmp.area=353>. Disponível em: <http://bdjur.stj.jus.br/jspui/bitstream/2011/18475/2/O_Poder_Judici%C3%A1rio_Brasileiro_Como_Instiui%C3%A7%C3%A3o.pdf>. Acesso em: 15 abr. 2009, p. 09

3.2.1 Dos poderes-deveres dos magistrados

O magistrado pratica, no modelo processual moderno, uma série de atos, desenvolvendo várias atividades na busca pela solução do conflito de interesse que lhe é posto. Para o empreendimento dessa missão o magistrado goza de poderes especiais que visam dar segurança e respaldo para a sua atuação. Todavia, alguns doutrinadores buscaram empreender uma classificação diferente dos poderes do magistrado que mais se relaciona com as atividades empreendidas por eles e sua correta identificação. Essa classificação diz respeito aos chamados poderes-deveres do juiz ²⁰⁷, que podem assim ser entendidos por meio do:

[...] binômio dirigir e tutelar, consequência direta do disposto nos arts. 125 e 126 do CPC. Os poderes seriam divididos em poderes-deveres: (i) de dar efetividade aos direitos (processo civil de resultados) [...] arts. 273 e 461 do CPC; (ii) conciliatório previsto no art. 125, IV do CPC; (iii) de polícia das audiências (arts. 444 a 446 do CPC); (iv) de direção relacionados ao processo civil inquisitório (ligados aos princípios do contraditório e ao princípio da igualdade das partes; e (iv) de iniciativa no campo instrutório. ²⁰⁸

Para Miranda, o magistrado teria um poder geral de direção atinente ao comando que detém na atividade jurisdicional, de forma a subordinar a todos os sujeitos do processo, poder este que deve refletir-se na prática de atos empreendida pelos referidos sujeitos. ²⁰⁹

O precitado autor destaca ainda existir um poder instrutório, destinado à colheita de provas, com vistas a aferir se as alegações das partes litigantes merecem deferimento, indeferimento ou ainda, requerimento de ofício de diligências pelo magistrado, no intuito de esclarecer pontos questões importantes ao deslinde do feito. ²¹⁰

Além do poder instrutório, haveria, ainda, um poder decisório, caracterizado pelos provimentos jurisdicionais da lavra do magistrado, sejam eles terminativos, extintivos

²⁰⁷ Nomenclatura utilizada por Chiovenda (doutrina italiana) e por Dinamarco (doutrina brasileira), dentre outros.

²⁰⁸ DINAMARCO. Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil**. São Paulo: Malheiros, 2001, 3 v., p. 232.

²⁰⁹ MIRANDA. Vicente. **Poderes do juiz no processo civil brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 1993, p. 118.

²¹⁰ MIRANDA. Op.Cit., pp. 118-126.

do feito ou meramente interlocutórios, resolvendo, desta forma, as questões que lhe foram submetidas.²¹¹

A relevância da preocupação com os poderes-deveres do magistrado pode ser identificada na manifestação de Souza:

[...] o processo civil é instruído pelo dogma da suficiência do ordenamento jurídico, o que, em tese, limitaria e muito a liberdade do juiz em praticar atos. [...] o juiz necessita de poderes para exercer sua função, poderes que decorrem do cargo do qual investido e que, conseqüentemente, os traduzem em verdadeiros deveres. O poder principal [...] é o de julgar e fazer executar o julgado. [...] Os poderes processuais asseguram o correto andamento do feito, possibilitando ao julgador maior grau de discricionariedade e os últimos estão ligados à idéia de direção e administração dos serviços judiciários e, portanto, imbuídos de maior grau de discricionariedade.²¹²

A doutrina ainda fala de um poder ético que vincularia o magistrado e que lhe imporá uma conduta mais ativa, com vistas à efetivação de direitos por meio do processo.²¹³

Amendoeira Jr. lista aquelas que, segundo ele, seriam as principais atividades do juiz no processo e, portanto, seus poderes-deveres:

I- dirigir o processo;
 II – determinar (ou indeferir) a produção de provas, participação de sua colheita e apreciá-las;
 III – combater a má fé processual;
 IV - decidir as questões que lhe forem postas (enfrentando, assim, o que lhe propõe o objeto do processo);
 V – impor o quanto decidido; e
 VI – evitar que a tutela entregue não seja justa (preservação das garantias constitucionais do processo), efetiva (do próprio bem da vida pleiteado, evitando paliativos) e tempestiva.²¹⁴

As atividades anteriormente listadas são parâmetros para os poderes-deveres do magistrado, quais sejam: poder decisório ou de controle; poder ético ou fiscalizatório e poder ordinatório, atinente à movimentação e direção geral do processo. Além

²¹¹ MIRANDA. Op.Cit., 118-126.

²¹² SOUZA, Carlos Aurélio Mota. **Poderes éticos do juiz**. Porto Alegre: Sérgio A. Fabris, 1987, pp. 87-89.

²¹³ AMENDOEIRA JR., Sidnei. **Poderes do juiz e tutela jurisdicional**: a utilização racional dos poderes do juiz como forma de obtenção da tutela jurisdicional, efetiva, justa e tempestiva. São Paulo: Atlas, 2006, p. 36.

²¹⁴ AMENDOEIRA JR. Op.Cit., pp. 36-37.

disso, existem ainda os poderes executórios, inerentes aos poderes do juiz na efetivação do provimento jurisdicional.

3.2.2 Da atuação pró-ativa do magistrado

Os poderes-deveres do magistrado, conforme abordado no item anterior, bem como a sua mudança de postura verificada ao longo das últimas décadas, implicam, inegavelmente, o aumento de poderes destinados ao julgador para o empreendimento da atividade jurisdicional.

A atuação *ex officio* ou pró-ativa do magistrado é a característica mais relevante que acentua o aumento dos poderes do julgador. No entanto, a doutrina tradicional tende a compactuar com essa atuação mais incisiva do magistrado, apontando como fundamento o fato de que o ativismo atentaria contra princípios constitucionais fundamentais do processo, a ponto de maculá-lo de nulidade ou ineficiência jurídica.

Boaventura de Sousa Santos trabalha esse tema sob o enfoque de uma magistratura culturalmente esclarecida, afirmando que:

[...] por um lado, ela reivindicará o aumento de poderes decisórios, mas isso, como se viu, vai no sentido de muitas propostas e não apresenta perigos maiores se houver um adequado sistema de recursos. Por outro lado, ela tenderá a subordinar a coesão corporativa à lealdade a idéias sociais e políticas disponíveis na sociedade. Daqui resultará uma certa fratura ideológica que pode ter repercussões organizativas. Tal não deve ser visto como patológico, mas sim como fisiológico. Essas fraturas e os conflitos a que elas derem lugar serão a verdadeira alavanca do processo de democratização da justiça.²¹⁵

Sem dúvida, o momento em que o ativismo judicial se torna mais perceptível é na instrução probatória. Para a doutrina tradicional²¹⁶ é inadmissível tal atuação pró-ativa do magistrado, na medida em que a produção de provas a subsidiar pretensões e alegações cabe às partes.

²¹⁵ SANTOS, Boaventura de Sousa. **Pela mão de Alice. O social e o político na pós modernidade.** São Paulo: Cortez, 2005. pp. 180-181.

²¹⁶ Que tem como alguns de seus principais expoentes: Pontes de Miranda, Carlos Lessona e Juan Montero Aroca.

A doutrina mais moderna²¹⁷, no entanto, não só admite a iniciativa do juiz, como valoriza tal atitude, por entender que esta se desenvolve em prol de um provimento judicial adequado, justo e efetivo, corrente que é majoritária hoje.

Dinamarco ressalta que não se pode mais conceber o processo fulcrado apenas no princípio do dispositivo, sendo que um dos sustentáculos adotados pela doutrina tradicional para sustentar a impossibilidade do ativismo judicial. Leciona o autor:

Essa concepção radical tende [...] a ser superada, mitigando-se gradualmente a lógica do raciocínio privatista que lhe está à base, seja porque nem só de direitos disponíveis o processo civil trata, seja porque ao juiz de hoje cabe um comportamento dinâmico no processo [...] Não há mais clima para tanto par ao predomínio do princípio do dispositivo, que exclui os comportamentos inquisitivos do juiz no processo e na instrução. Aquela idéia radical é espelho das premissas privatistas do processo civil, que hoje é reconhecidamente informada pela natureza do instituto de direito público.
218

Segundo Bedaque:

Ninguém melhor do que o juiz, a quem está afeto o julgamento, para decidir sobre a necessidade de produzir determinada prova. Nessa medida, e considerando o escopo da atividade jurisdicional, a colheita de elementos probatórios interessa tanto ao juiz quanto às partes.²¹⁹

Ocorre que bem se sabe que a finalidade do processo não é encontrar a verdade, tendo em vista os fatos contrapostos em juízo pelas partes, mas sim proporcionar ao juiz elementos que lhe permitam decidir o caso posto à sua apreciação, retratando com a máxima fidelidade possível, os fatos constitutivos, modificativos e extintivos do direito inerente àquela demanda.

Bedaque adverte ainda que:

[...] verdade e certeza são conceitos absolutos, dificilmente atingíveis. A expressão deve ser compreendida, portanto, à luz das concepções demonstrativo e persuasiva, que, devidamente conciliadas, levam à idéia de verdade relativa, cuja relação com a prova não é ontológica, mas sim teleológica.²²⁰

²¹⁷ Que tem como alguns de seus principais expoentes: Cândido Rangel Dinamarco, Hélio Tornaghi e José Roberto dos Santos Bedaque.

²¹⁸ DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil**. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 52.

²¹⁹ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Poderes instrutórios do juiz**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 15.

²²⁰ BEDAQUE. Op.Cit., p. 15.

Se por um lado a verdade formal serve ao juiz - do ponto de vista da concepção tecnicista do processo, para que seja proferida uma decisão, isso não deve representar um freio à sua iniciativa de buscar a verdade real (a realidade fática), até porque, como visto anteriormente, o juiz tem compromissos importantes a serem mantidos para com o jurisdicionado e a sociedade em geral, que vinculam sua atuação no empreendimento da atividade jurisdicional do Estado.

Desde o momento em que o magistrado deixa de ser mero espectador da relação jurídico-processual, passando a assumir papel de destaque, mormente no que tange à busca pela efetivação de direitos fundamentais, não se pode admitir uma conduta, omissa, desinteressada ou mesmo sua inércia, devendo o julgador conhecer a realidade das circunstâncias que permeiam o litígio que lhe foi submetido.

Uma crítica contundente que se faz acerca da verdade formal é de que se trata de uma “mentira formal”, na medida em que os elementos disponibilizados ao julgador para solucionar o conflito de interesses, são insuficientes, tendo em vista a realidade material das questões controvertidas.²²¹

Bedaque cita Aureliano Gusmão, que já em 1922, defendia uma maior atitude do magistrado na condução do processo, com idéias que hoje podem ser consideradas como precursoras do ativismo judicial brasileiro:

[...] não é menos certo ser do máximo interesse para a comunhão social que a tutela dos interesses individuais a todos seja plenamente assegurada e conseqüentemente que a justiça, nas decisões das controvérsias sobre as múltiplas e variadas relações de Direito Privado, se realizasse, quanto possível, do modo mais perfeito e integral; o que a experiência tem demonstrado muitas vezes falhar, no vetusto sistema da produção das provas por iniciativa única e exclusiva das partes. [...] O juiz, órgão actuante do direito não póde ser uma pura machina, uma figura inerte e sem iniciativa própria, na marcha e andamento dos processos, só agindo por provocação, requerimento ou insistência das partes.²²²

Os benefícios da ampliação dos poderes do magistrado, com foco no ativismo judicial são inúmeros, até porque tendem a aproximar o provimento jurisdicional da realidade do jurisdicionado, privilegiando a essência das relações interpessoais, de forma a aproximar a decisão do juiz, no que tange à aplicação do direito material, àquilo que a coletividade em geral entende por ser uma decisão justa.

²²¹ BEDAQUE. Op.Cit., p. 17.

²²² BEDAQUE. Op.Cit., p. 74.

No entanto, o ativismo - que se correlaciona diretamente com os poderes-deveres do magistrado, legitimando sua forma de agir, não pode ser tido como absoluto, na medida em que está limitado às garantias do devido processo constitucional, dentre os quais se destacam: a da igualdade, a da imparcialidade, o do dispositivo e o do contraditório.

Para melhor desenvolvimento deste trabalho, será feito a seguir, um breve detalhamento dos referidos princípios, verdadeiros limitadores dos poderes-deveres dos magistrados:

a) da igualdade: as partes litigantes devem ter as mesmas oportunidades de formular suas pretensões e sustentá-las ao longo do processo, igualdade esta que deve refletir, principalmente na instrução probatória.

[...] o princípio da igualdade corresponde à idéia de tratar desigualmente os desiguais, então, para tanto, não basta ao juiz agir formalmente oferecendo oportunidade iguais de defesa e participação para as partes, deve ir além e diretamente participar, por exemplo, da colheita da prova, determinando sua produção *ex officio*, ainda que esteja diante de direitos disponíveis. ²²³

Evidente que, dentro do paradigma do Estado Democrático de Direito e tendo em vista a concepção moderna que se tem do Poder Judiciário, a igualdade aqui destacada não deve ser meramente formal, mas sim real, como bem adverte Bedaque:

Vários são os princípios proclamados pela doutrina moderna e adotados pela quase totalidade das legislações, visando a garantir a igualdade das partes. [...] todavia, tais postulados asseguram tão-somente a igualdade formal entre os litigantes, o que, evidentemente, não satisfaz o jurista preocupado com o fim social do direito e que, por isso não se contenta com meras figuras de retórica. Não é compatível com o estado social de direito o processo civil individualista, cujas regras consagram como valor absoluto a autonomia das partes, que se sobrepõe ao próprio escopo da atividade jurisdicional e do instrumento estatal de solução das controvérsias. ²²⁴

b) da imparcialidade: o juiz durante a condução do processo, deve atuar de maneira imparcial e não tendenciosa, para que os atos por ele praticados não favoreçam deliberadamente uma das partes litigantes, em detrimento da outra.

²²³ AMENDOEIRA JR. Op.Cit., pp. 65-66.

²²⁴ BEDAQUE. Op.Cit, pp. 97-98.

A doutrina dominante utiliza este princípio como argumento negativo ao ativismo judicial, por entender que a iniciativa do juiz em empreender diligências e/ou buscar provas que lhe possibilitem uma decisão mais justa - mais próxima à realidade das situações interpessoais que motivaram a demanda, implicaria em um condicionamento psicológico do magistrado, que comprometeria sua decisão, a qual seria tida como tendenciosa.

Oportuna a observação feita por Amendoeira Jr., acerca da incongruência de argumentos da doutrina tradicional no que pertine a este tema:

[...] seria importante fazer a seguinte pergunta: por que, quando estivermos diante de direitos indisponíveis, os mesmos doutrinadores que se colocam contrários à atuação *ex officio* do juiz admitem que isso ocorra? De duas uma: ou estão a afirmar que nas causas que versem sobre direitos indisponíveis o juiz pode ser parcial, ou, na realidade, que a atuação *ex officio* nada tem a ver com a imparcialidade, tratando-se apenas de uma questão de política judiciária.²²⁵

c) dispositivo: é apontado pela doutrina tradicional como o principal responsável pela negativa ao ativismo judicial, na medida em que esta os considera incompatíveis. Em suma, e em que pesem algumas divergências doutrinárias, que tendo em vista o objetivo deste trabalho, não serão abordadas, pode-se definir o princípio dispositivo como aquele inerente aos reflexos que a relação direito material disponível produz no processo:

[...] tratando-se de direito disponível, as partes têm ampla liberdade para dele dispor, por meio de atos processuais (renúncia, desistência, reconhecimento do pedido). E não pode o juiz opor-se à prática de tais atos, exatamente em virtude da natureza do direito material em questão. [...] Trata-se de um princípio relativo à relação jurídico material, não à processual.²²⁶

d) do contraditório: definido no art. 5º., inciso LV da Constituição Federal, este princípio constitucional garante às partes litigantes o direito de se oporem às alegações formuladas em seu desfavor, participando diretamente e dialeticamente do desenrolar do processo (em todos os atos processuais em que seja possível a manifestação dos litigantes). Sobre este princípio destaca Amendoeira Jr.:

Durante muito tempo imperou a noção de que o princípio do contraditório estaria limitado às partes parciais do processo. [...] o problema é que se percebeu que o contraditório não diz respeito apenas às partes [...] mas também ao juiz, ou seja, a idéia de contraditório está muito mais ligada à de legitimação do provimento jurisdicional [...] Cabe ao magistrado, que me

²²⁵ AMENDOEIRA JR. Op.Cit., p. 70.

²²⁶ BEDAQUE. Op.Cit, p. 91.

última análise é o destinatário de tudo aquilo que se produz por meio do contraditório, não só receber esse arcabouço de informações de forma passiva e processá-las, para com isso promover a correta entrega do provimento jurisdicional, como também participar do processo ativamente, em todas as suas etapas.²²⁷

Além dos limitadores supra, Amendoeira Jr. salienta que as partes - por meio do princípio da demanda – é que efetivamente limitam o ativismo do magistrado, na medida em que fixam o objeto do processo, o qual segundo o autor “corresponde à pretensão de direito processual, ao pedido e o objeto do conhecimento do juiz abarca [...] as questões que lhe são colocadas para apreciação”.²²⁸

O precitado autor assevera ainda, que:

[...] os princípios da legalidade e da motivação das sentenças são verdadeiramente limitadores da atividade e dos poderes do juiz e de que suas decisões deverão ser sempre fundadas na lei e poderão ser sempre revistas, não existindo decisões imunes ou discricionárias [...].²²⁹

Outro limitador destacado por Amendoeira Jr. é a possibilidade de responsabilização do juiz, pois segundo ele: “evita que os juízes, no exercício de suas funções, excedam os limites no uso dos poderes postos à sua disposição”.²³⁰

Inegável que o ativismo judicial se reflete, na maioria das vezes, na iniciativa probatória do magistrado e, aí, poderia sobressair uma questão: será que essa atuação pró-ativa não culminaria numa excessiva demora na entrega do provimento jurisdicional?

Para responder a este questionamento, oportuna a lição de Bedaque, segundo o qual: “a iniciativa probatória oficial não pode acarretar excessiva demora, sob pena de ofensa à garantia constitucional da celeridade, segundo a qual o processo deve terminar em tempo razoável (art. 5º., LXXVIII)”.²³¹

²²⁷ AMENDOEIRA JR. Op.Cit., pp. 65-66.

²²⁸ AMENDOEIRA JR. Op.Cit., p. 74.

²²⁹ AMENDOEIRA JR. Op.Cit., p. 88.

²³⁰ AMENDOEIRA JR. Op.Cit., p. 94.

²³¹ BEDAQUE. Op.Cit, p. 157.

3.3 DA ATUAÇÃO DO MAGISTRADO EM PROL DA RAZOÁVEL DURAÇÃO DO PROCESSO

Apesar de não ser o único integrante da atividade jurisdicional, é inegável que o magistrado possui um papel de destaque especial nesta seara, na medida em que como protagonista da prestação jurisdicional, a ele cabe a prática dos atos decisórios, bem como a condução do processo, do qual culminará o provimento final com o escopo de por fim à demanda e solucionar o conflito de interesses.

Sobre a atividade jurisdicional destacou Bourdieu:

O campo jurídico é o lugar de concorrência pelo monopólio do direito de dizer o direito, quer dizer, a boa distribuição (*nomos*) ou a boa ordem, na qual se defrontam agentes investidos de competência ao mesmo tempo social e técnica que consiste essencialmente na capacidade reconhecida de *interpretar* (de maneira mais ou menos livre ou autorizada) um *corpus* de textos que consagram a visão legítima, justa do mundo social.²³²

Todavia, o sistema jurídico não pode se desenvolver de forma a ignorar que o resultado da atividade jurisdicional tenha como objeto a sociedade. Ou seja, os provimentos emanados do Poder Judiciário destinam-se a solucionar conflitos de interesse advindos da sociedade, devendo ter como escopo a paz social.

Ante o exposto, a atividade jurisdicional não pode simplesmente ignorar que existe um mundo fora da redoma jurídica; fora das salas dos fóruns e tribunais; fora do processo, pois do contrário ressalta as regras de conduta decorrentes dos provimentos jurisdicionais pode carecer de legitimidade, na medida em que podem dar a sensação de que foram proferidas ignorando-se a realidade, como destacou Bourdieu:

[...] os veredictos armados do direito e as instituições ingênuas da equidade e para fazer com que o sistema das normas jurídicas apareça aos que o impõem e mesmo, em maior ou menor medida, aos que a ele estão sujeitos, como *totalmente independente* das relações de força que ele sanciona ou consagra.²³³

A ciência jurídica não poder ser um fim em si mesma. Deve se considerar independente do tangenciamento com outras ciências, tampouco ignorar a realidade social. Ao proferir sua decisão, o magistrado não pode ater-se apenas à letra fria da

²³² BOURDIEU, Pierre. **O poder simbólico**. Tradução de Fernando Tomaz. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2001, p. 212.

²³³ BOURDIEU, Pierre. **O poder simbólico**. Tradução de Fernando Tomaz. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2001, p. 212.

lei; há que interpretá-la de acordo com os preceitos básicos e fundamentais do ordenamento jurídico, atento à sua função social.

Neste sentido ressaltou Bourdieu:

O cânone jurídico é como que o reservatório de autoridade que garante, à maneira de um banco central, a autoridade dos actos jurídicos singulares. É isto que implica a fraca inclinação do *habitus* jurídico para as posturas proféticas e, pelo contrário, a propensão, visível sobretudo nos juízes, para o papel de *lector*, de intérprete que se refugia na aparência ao menos de uma simples aplicação da lei e que, quando faz obra de criação jurídica, tende a dissimula-la.²³⁴

O provimento jurisdicional só pode ser tido como justo quando adequado à realidade fático-material do direito, tendo em vista o caso concreto, a conduta dos sujeitos do processo, a previsão normativa, o respeito aos princípios e garantias do processo e a tempestividade da decisão. Essa é a missão do julgador moderno, do magistrado inserido no contexto do Estado Democrático de Direito.

Há muito Bourdieu já ressaltava que:

[...] o juiz, ao invés de ser sempre um simples executante que deduzisse da lei as conclusões directamente aplicáveis ao caso particular, dispõe antes de uma parte de autonomia que constitui sem dúvida a melhor medida da sua posição na estrutura da distribuição do capital específico de autoridade jurídica; os seus juízos, que se inspiram numa lógica e em valores muito próximos dos que estão nos textos submetidos à interpretação, têm uma verdadeira função de *invenção*.²³⁵

Uma decisão proferida a destempo ou em prazo não razoável reflete, na grande maioria das vezes, uma injustiça em face das pretensões deduzidas em juízo ou do direito de resistência daquele que ocupa o pólo passivo da demanda, dependendo, é claro, do caso concreto apresentado ao Estado-Juiz.

Como visto anteriormente, a preocupação com a tutela jurisdicional tempestiva precede à explicitação da garantia constitucional à razoável duração do processo (inciso LXXVIII do art. 5º. da Constituição Federal).

Quem recorre ao Poder Judiciário, seja para prevenir direito, seja para mantê-lo - ante manifesta ou iminente ameaça de supressão, tem necessidade de que o

²³⁴ BOURDIEU. Op.Cit., p. 219.

²³⁵ BOURDIEU. Op.Cit., pp. 222 e 223.

provimento jurisdicional ocorra em lapso temporal compatível com as emanções advindas da realidade fática. Caso isso não ocorra, nenhum ou pouco êxito logrará a decisão judicial, ainda que seja tecnicamente adequada, pois o direito material aplicável ao caso não surtirá os efeitos pretendidos e esperados.

Por isso, a atuação do magistrado no sistema jurídico, mormente no tocante à atividade jurisdicional, é fundamental para a concretização do conteúdo jurídico da referida garantia.

3.3.1 O crônico problema da morosidade processual

Fernandes, ao comentar a garantia constitucional à razoável duração do processo, focando mais na celeridade das decisões judiciais, adverte que:

Na verdade, não se pode ter a ilusão que o texto de lei vai superar as dificuldades do cotidiano vivido pelos julgadores, de modo que esta regra constitucional deve ser observada segundo o caso concreto e de acordo com a realidade local.²³⁶

Evidente que processo célere não pode ser tido como sinônimo de processo justo, de provimento jurisdicional adequado ao caso concreto posto à apreciação Judiciário, tendo em vista todas as nuances que o envolvem, mormente aquelas derivadas da realidade fática. Logo, nem sempre, uma decisão rápida é a melhor forma de aplicar o direito material ao conflito de interesses.

Como bem ressaltou Dias:

[...] se celeridade fosse tudo, quando não é, haveríamos de render homenagens ao sistema de justiça institucionalizado pelo III Reich, com a criação do *Vloksgerichtssshof*, tribunal que julgava e executada, em poucos dias, em instância única, condenações à pena de morte. Criado em 24.4.34 e extinto em 20.10.45, proferiu aproximadamente 18 mil sentenças, das quais 5.200 veicularam condenações àquela irreversível pena. Não é esse, porém, o exemplo a ser seguido.²³⁷

²³⁶ CRUZ E TUCCI, José Rogério. **Tempo e Processo**: uma análise empírica das repercussões do tempo na fenomenologia processual (civil e penal). São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, pp. 11-12.

²³⁷ DIAS, Rogério A. Correia. **A razoável duração do processo**: idéias para sua concretude. In: SALLES, Carlos Alberto de (Coord.). **As grandes transformações do processo civil brasileiro**: homenagem ao professor Kazuo Watanabe. São Paulo: Quartier Latin, 2009, pp. 671-672, nota de rodapé 6.

Ante os princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa, o magistrado não pode, simplesmente, decidir focando apenas a rapidez do provimento jurisdicional. O processo deve se desenvolver com respeito às garantias constitucionais conferidas às partes, no intuito mor de possibilitar-lhes o empreendimento de suas razões de maneira ampla, bem como opor-se àquilo que for alegado em seu desfavor, promovendo as provas necessárias para corroborar seus argumentos.

Diante do dilema em decidir de maneira célere – para supostamente respeitar o estatuído no inciso LXXVIII do art. 5º. da Constituição Federal e decidir adequadamente, oportunizando às partes litigantes um pouco mais de tempo para o empreendimento de sua defesa e a produção das provas necessárias para contrapor os argumentos lançados em seu desfavor, há que se socorrer na teoria da argumentação jurídica de Robert Alexy.

O referido dilema reside em se decidir sobre qual preceito aplicar: se a garantia constitucional à razoável duração do processo ou se os princípios constitucionais do contraditório, da ampla defesa e do devido processo legal, corolários do direito fundamental à jurisdição (justa).

Pode-se definir como processo justo aquele que culmina em uma tutela jurisdicional adequada e efetiva; respeita os princípios constitucionais do juiz natural, da ampla defesa e do contraditório – com paridade de armas e direito à prova; desenvolvido em prazo razoável; dotado de publicidade e cujas decisões são fundamentadas.²³⁸

Importante reafirmar que no Estado Democrático de Direito a prestação jurisdicional deve ser efetiva, não bastando o simples acesso ao Poder Judiciário.

Theodoro Júnior destaca que o processo, neste contexto:

[...] não se resume a regular acesso à justiça, em sentido formal. Sua missão, na ordem dos direitos fundamentais, é proporcionar a todos uma tutela procedimental e substancial justa, adequada e efetiva. Daí falar-se,

²³⁸ MITIDIERO, Daniel Francisco. **Elementos para uma teoria contemporânea do processo civil brasileiro**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005., pp. 45 e ss.

modernamente, em garantia de um processo justo, de preferência à garantia de um devido processo legal [...].²³⁹

Para Canotilho os princípios são:

[...] normas que exigem a realização de algo, da melhor forma possível, de acordo com as possibilidades fáticas e jurídicas, e as regras são normas que, verificados pressupostos que exigem, proibem ou permitem algo em termos definitivos, sem nenhuma exceção [...].²⁴⁰

Bandeira de Mello define princípio como sendo um:

[...] mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas compondo-lhes o espírito e servindo de critério para sua exata compreensão e inteligência exatamente por definir a lógica e a racionalidade do sistema normativo, no que lhe confere a tônica e lhe dá sentido harmônico.²⁴¹

Ávila destaca que os princípios seriam como normas de maior relevância dentro do ordenamento jurídico, salientando, ainda, que o que deferiria princípios de regras é que os primeiros teriam um conteúdo axiológico, necessitando de regras para a sua explicitação. Além disso, “os princípios teriam um conteúdo de sentido somente por meio de um processo dialético de complementação e limitação”, o que não ocorre com as normas.²⁴²

Alexy, por seu turno, aponta os princípios como normas jurídicas que estabelecem mandados otimização ou deveres em diferentes graus, conforme a realidade fática e as possibilidades normativas.²⁴³

Muitas vezes, além do conflito entre regras e princípios, pode-se estar diante de um conflito entre princípios, o qual, segundo Ávila, não se resolve com a “determinação imediata da prevalência de um princípio sobre o outro, mas é estabelecida em função da qual um deles, em determinadas circunstâncias concretas”, daí decorrendo a prevalência.²⁴⁴

²³⁹ THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Direito fundamental à razoável duração do processo**. Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil, n. 29. Porto Alegre: Magister, 2009, p. 88.

²⁴⁰ CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. Coimbra: Almedina, 2000, p. 1.215.

²⁴¹ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Malheiros, 1999, p. 629.

²⁴² ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 27.

²⁴³ ALEXY, Robert. **Teoria da argumentação jurídica**. Tradução de Zilda Hutchinson Schild Silva. São Paulo: Landy, 2001, p. 248.

²⁴⁴ ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 29, nota 4.

Verifica-se, portanto, que em caso de conflito entre princípios, um prevalecerá sobre o outro, tendo em vista as circunstâncias do caso concreto, sem que isso signifique a extinção do princípio não preponderante, diferentemente do que ocorre no conflito entre regras quando uma regra é extirpada para que a outra seja aplicada.

Com base nos apontamentos supra pode-se aferir que tanto a garantia constitucional da razoável duração do processo, quanto às garantias constitucionais deste, mormente aquelas atinentes ao contraditório e a ampla defesa – que subsidiam o direito fundamental ao devido processo legal, podem ser consideradas como princípios.

Na colisão entre os referidos princípios, mormente sob o manto da celeridade do processo, quando isso pode comprometer o processo justo, há que se observar qual deve prevalecer. Pois bem, diferentemente do que ocorre nas constituições de alguns países, dentre eles a Itália, a Constituição Brasileira não fixa o que pode ser considerado como processo justo, todavia, da compreensão atual do princípio do devido processo legal (expresso no art. 5º., inciso LIV da Lei Maior), pode se considerar como justo o processo que propicia uma tutela jurisdicional efetiva, adequada ao disposto no ordenamento jurídico, com respeito às garantias processuais constitucionais, sobretudo aquelas refletidas nos princípios do juiz natural, da ampla defesa e do contraditório, bem como tendo se desenvolvido em prazo razoável.

Assim sendo, a celeridade do provimento jurisdicional não pode ser o único elemento a ser levado em conta para que o processo seja tido como justo e, em havendo necessidade de que o provimento jurisdicional seja proferido com um pouco mais de tempo, para que sejam atendidos os pressupostos expostos no parágrafo supra, haverá de prevalecer – com subsídio na teoria de Alexy, o processo desenvolvido dentro da concepção moderna, anteriormente explicitada, retardando-se, um pouco mais, o provimento final. Todavia, isso não pode justificar, tampouco pode servir de desculpa para dilações indevidas.

Seguramente, o processo moroso é sinônimo de prestação jurisdicional não efetiva, na medida em que a tempestividade do provimento é sim, um fator relevante para o

jurisdicionado se considerar tutelado pelo Estado, ente abstrato detentor do monopólio da solução do conflito de interesses, decorrentes das relações intersubjetivas que envolvem as partes contendentes.

A longa demora para o provimento final nos litígios postos à apreciação da Justiça brasileira, viola o devido processo legal, desprestigia o Poder Judiciário junto ao jurisdicionado e a coletividade em geral, “perpetua a angústia e produz enorme prejuízo, material e moral, àqueles que protagonizam o combate judiciário”.²⁴⁵

O Brasil, infelizmente, vem sofrendo há muito tempo com o problema da morosidade processual o que, por muitas vezes, acaba refletindo junto ao jurisdicionado e à coletividade em geral, na medida em que põe o Poder Judiciário em descrédito.

O descrédito do Poder Judiciário junto à coletividade brasileira pode ser sentido no dia-a-dia forense, pelos corredores dos prédios dos fóruns e tribunais, bem como acompanhado periodicamente por meio da mídia, que tem divulgado pesquisas sobre o assunto. Em uma delas, realizada pela Escola de Direito da Fundação Getúlio Vargas, ficou demonstrado que o índice de confiança na justiça (ICJ), atualmente, beira a 50% (cinquenta por cento), como pode ser conferido na transcrição infra do trecho de matéria jornalística a respeito do assunto:

Piorou a avaliação da população em relação à Justiça brasileira. O Índice de Confiança na Justiça (ICJBrasil), apurado pela Escola de Direito da Fundação Getúlio Vargas (FGV), registrou 5,6 pontos no terceiro trimestre, numa escala que varia entre 0 e 10. Houve um recuo de 5% ante ao segundo trimestre do ano, quando o Judiciário recebeu uma nota de 5,9 no levantamento.²⁴⁶

Paulo Eduardo Alves da Silva deixa clara a incapacidade do Poder Judiciário brasileiro, no que tange a dar vazão ao número de demandas que lhe são submetidas todos os anos:

[...] há consenso de que a justiça nacional não dá conta do volume de demandas que lhe é submetido. Segundo o Supremo Tribunal Federal, o

²⁴⁵ FERNANDES, Noeli. **Tutela efetiva:** acesso à justiça e tempo razoável na prestação jurisdicional. Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito. Site: <http://www.conpedi.org/>. Disponível em: < http://www.conpedi.org/manaus/arquivos/anais/brasil/15_359.pdf>, publicado nos anais do Conpedi, referente ao XVII Congresso Nacional realizado em Brasília/DF, nov 2008. Acesso em: 17 mai. 2009, p. 4.516.

²⁴⁶ O ESTADO DE SÃO PAULO. Site: <http://www.estadao.com.br/>. Disponível em: < <http://www.estadao.com.br/noticias/nacional,confianca-no-judiciario-caiu-5-no-3-trimestre-mostra-fgv,454795,0.htm>>. Acesso em: 25 nov. 2009.

Poder Judiciário brasileiro enfrenta uma taxa de 59,26% de congestionamento total²⁴⁷ e, segundo o Ministério da Justiça, chega a 72%²⁴⁸ o montante de processos judiciais julgados por anos em relação aos que entram na justiça.²⁴⁹

O último levantamento feito pelo Conselho Nacional de Justiça – CNJ aponta os seguintes números da justiça comum do Estado do Espírito Santo²⁵⁰:

Tabela 2 – Tabela indicativa da taxa de congestionamento na Justiça Estadual Capixaba

2ª. Instância				
ano	processos novos	processos pendentes	Decisões	taxa congestionamento
2004	15.005	16.150	10.952	64,8%
ano	processos novos	processos pendentes	Decisões ²⁵¹	taxa congestionamento
2008	23.656	13.478	18.976	48,9%

1ª. instância				
ano	processos novos	processos pendentes	Decisões	taxa congestionamento
2004	138.777	Indisponível ²⁵²	142.813	Indisponível ²⁵³
ano	processos novos	processos pendentes	Decisões	taxa congestionamento
2008	113.829	452.907	133.565	76,4%

A mesma pesquisa apurou a situação da litigiosidade na justiça trabalhista capixaba²⁵⁴:

²⁴⁷ “Índice total de litigiosidade-congestionamento, segundo o STF no relatório “A justiça em números”, publicado em 2005 com dados relativos a 2003. Esse índice foi calculado dividindo-se o número de sentenças, decisões, acórdãos e despachos que puseram fim a processos pela soma do número de casos novos entrados (em 2003), casos pendentes de julgamento (em 31/12/02) e processos sentenciados em execução”.

²⁴⁸ “Deram entrada ou foram distribuídos, em 2003, 17,3 milhões de processos e julgados 12,5 milhões, com um índice de julgamento de 72% e uma elevação nos estoques de processos de 4,7 milhões. A relação entre o número de processos julgados e entrados dá uma indicação da capacidade de cada tribunal em absorver a demanda da Justiça. (MJ, *Diagnóstico do poder Judiciário*, 2004, p. 27)”.

²⁴⁹ SILVA, Paulo Eduardo Alves da. **Tempo dos cartórios sobre tempo da justiça**: os efeitos do funcionamento dos cartórios judiciais sobre a morosidade do processo. site: <http://www.conpedi.org/>, disponível em: http://www.conpedi.org/manuel/arquivos/anais/manaus/efetividade_paulo_alve_da_silva.pdf>, publicado nos anais do Conpedi, referente ao XVII Congresso Nacional realizado em Manaus/AM, nov 2006, Acesso em: 17 mai 2009, pp. 2.^a e 3.^a.

²⁵⁰ BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Relatório Justiça em Números**. site: <http://www.cnj.jus.br/>, disponível em: http://www.cnj.jus.br/images/imprensa/justica_em_numeros_2008.pdf, Acesso em: 5 jan. 2010.

²⁵¹ São consideradas decisões, para efeito desta pesquisa, aquelas que põem fim ao processo.

²⁵² No ano de 2005 existiam na 1.^a Instância da Justiça Estadual capixaba 286.942 processos pendentes e o número de processos novos era: 123.198.

²⁵³ No ano de 2005 a taxa de congestionamento era 75,3%.

²⁵⁴ BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Relatório Justiça em Números**. site: <http://www.cnj.jus.br/>, disponível em: http://www.cnj.jus.br/images/imprensa/justica_em_numeros_2008.pdf, Acesso em: 5 jan. 2010.

Tabela 3 – Tabela indicativa da taxa de congestionamento na Justiça do Trabalho Capixaba

2ª. Instância				
ano	processos novos	processos pendentes	Decisões	taxa congestionamento
2004	9.985	3.898	10.855	21,8%
ano	processos novos	processos pendentes	Decisões ²⁵⁵	taxa congestionamento
2008	13.612	3.815	13.443	22,9%

1.ª instância				
ano	processos novos	processos pendentes	Decisões	taxa congestionamento
2004	36.625	33.904	36.277	48,6%
ano	processos novos	processos pendentes	decisões	taxa congestionamento
2008	63.575	45.629	60.635	44,5%

Com base nos dados constantes da pesquisa anteriormente explicitada, pode-se concluir que de 2004 a 2008, tanto na justiça comum estadual, quanto na justiça trabalhista do Estado do Espírito Santo, a taxa de congestionamento²⁵⁶ continua elevada, pouco alterando em relação à justiça estadual e diminuindo timidamente em relação à justiça trabalhista.

Há que se ressaltar que este cenário não pode ser comemorado, levando-se em conta o lapso temporal entre um período comparativo e outro, sob a desculpa de que houve um incremento no número de processos, pois, também neste lapso temporal foram empregadas novas ferramentas²⁵⁷ e empreendidos programas objetivando a redução da taxa de congestionamento²⁵⁸. Logo, o resultado alcançado até o presente momento, não aponta grandes avanços na caótica realidade do Poder Judiciário Brasileiro, tanto em primeira, quanto em segunda instância.

Ainda segundo o referido relatório a Justiça do Trabalho (em nível nacional) contava com 3.145 (três mil cento e quarenta e cinco) magistrados e 43.000 (quarenta e três mil) servidores no final de 2008, dos quais, 74% (setenta e quatro por cento) eram efetivos. De 2004 a 2008, a força de trabalho cresceu em média 5,3% (cinco vírgula

²⁵⁵ São consideradas decisões, para efeito desta pesquisa, aquelas que põem fim ao processo.

²⁵⁶ De acordo com o que se depreende do relatório do CNJ – Conselho Nacional de Justiça (Justiça em Números), a taxa de congestionamento leva em conta o número total de processos novos que ingressaram em dado período, o número de processos que foram julgados e o número de processos pendentes de julgamento final.

²⁵⁷ Dentre as quais pode-se destacar: a informatização e os benefícios dela decorrentes.

²⁵⁸ Programa de incentivo à conciliação (Semana Nacional da Conciliação), com o objetivo de empreender acordos em processos ajuizados e ainda não finalizados.

três por cento) ao ano, sendo que deste total, 3,2% (três vírgula dois por cento) eram do quadro efetivo.²⁵⁹

O relatório mencionado destaca ainda, que durante o ano de 2008 tramitaram na segunda instância trabalhista cerca de 882.000 (oitocentos e oitenta e dois mil) processos, sendo que deste total, 659.000 (seiscentos e cinquenta e nove mil) ingressaram somente em 2008. No mesmo ano foram decididos²⁶⁰ 660.000 (seiscentos e sessenta mil) processos.²⁶¹

Na primeira instância trabalhista, no mesmo período, tramitaram cerca de 6 (seis) milhões de processos, sendo que deste total, 3,2 (três vírgula dois) milhões foram processos novos e 2,8 (dois vírgula oito) pendentes de julgamento. Destaca-se, ainda, que no ano de 2008 foram julgados 3,1 (três vírgula um) milhões de processos.²⁶²

No que tange à justiça comum estadual (em nível nacional) no final de 2008 havia 11.108 (onze mil, cento e oito) magistrados e 216.000 (duzentos e dezesseis mil) servidores, dos quais 142.000 (cento e quarenta e dois mil) – sessenta e seis por cento, eram efetivos. A série histórica mostra ainda, que de 2007 a 2008 a força de trabalho (efetivos ou pessoal auxiliar) aumentou em aproximadamente 3% (três por cento), enquanto que o número de magistrado cresceu em patamares menores do que em 2004, sendo que em 2008 houve uma estabilização, ou seja, o número de magistrados de 2007 foi praticamente mantido no ano seguinte.²⁶³

²⁵⁹ BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Relatório Justiça em Números**. Site: <http://www.cnj.jus.br/>. Disponível em: http://www.cnj.jus.br/images/imprensa/resumo_justica_em_numeros_2008.pdf>. Acesso em: 5 jan. 2010, p. 6

²⁶⁰ Decisões que puseram fim aos processos.

²⁶¹ BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Relatório Justiça em Números**. Site: <http://www.cnj.jus.br/>. Disponível em: http://www.cnj.jus.br/images/imprensa/resumo_justica_em_numeros_2008.pdf>. Acesso em: 5 jan. 2010, p. 7.

²⁶² BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Relatório Justiça em Números**. Site: <http://www.cnj.jus.br/>. Disponível em: http://www.cnj.jus.br/images/imprensa/resumo_justica_em_numeros_2008.pdf>. Acesso em: 5 jan. 2010, p. 7.

²⁶³ BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Relatório Justiça em Números**. Site: <http://www.cnj.jus.br/>. Disponível em: http://www.cnj.jus.br/images/imprensa/resumo_justica_em_numeros_2008.pdf>. Acesso em: 5 jan. 2010, p. 10.

Segundo o relatório referenciado, durante o ano de 2008 tramitaram na segunda instância da justiça comum estadual cerca de 3 (três) milhões de processos, dos quais, 1,8 (um vírgula oito) milhão ingressaram somente naquele ano. Neste período foram julgados 1,7 (um vírgula sete) milhões de processos.²⁶⁴

No mesmo período tramitaram na primeira instância da justiça estadual, cerca de 45 (quarenta e cinco) milhões de processos, sendo que deste total, 33 (trinta e três) milhões eram processos pendentes de julgamento. No ano de 2008 foram julgados cerca de 9,3 (nove vírgula três) milhões de processos, ou seja, “apenas 20% do quantitativo total em tramitação. A conseqüência natural [...] é a dificuldade em reduzir a taxa de congestionamento”.²⁶⁵

Os números do relatório “Justiça em Números”, com a frieza que lhes é peculiar, refletem o difícil momento vivido pelo Poder Judiciário brasileiro, que não consegue encontrar um caminho para tornar o tempo de duração dos processos menor, busca de uma tutela jurisdicional efetiva, o que lhe coloca em situação de descrédito para com a sociedade como todo.

O descrédito junto ao jurisdicionado decorre de uma série de problemas, os quais remanescem de décadas anteriores. Como exemplo, pode ser citado o relatório sobre direitos humanos da Comissão Interamericana de Direitos Humanos, vinculada à Organização dos Estados Americanos (OEA), nominado como a Situação dos Direitos Humanos no Brasil, capítulo XI, item 7, de 29/09/1997, onde foram abordadas mazelas do judiciário brasileiro: “lentidão, formalismos complexos e desnecessários e ainda [...] debilidades institucionais”.²⁶⁶

Gajardoni alerta que:

²⁶⁴ BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Relatório Justiça em Números**, site: <http://www.cnj.jus.br/>. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/images/imprensa/resumo_justica_em_numeros_2008.pdf>. Acesso em: 5 jan. 2010, p. 10.

²⁶⁵ BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Relatório Justiça em Números**. site: <http://www.cnj.jus.br/>, disponível em: <http://www.cnj.jus.br/images/imprensa/resumo_justica_em_numeros_2008.pdf>. Acesso em: 5 jan. 2010, p. 11.

²⁶⁶ DIAS, Rogério A. Correia. **A razoável duração do processo**: idéias para sua concretude. In: SALLES, Carlos Alberto de (Coord.). **As grandes transformações do processo civil brasileiro**: homenagem ao professor Kazuo Watanabe. São Paulo: Quartier Latin, 2009, p. 670.

Quanto mais tempo se passa entre o fato a ser apurado e a data do julgamento, menos condições têm o órgão julgador de solucionar com segurança e justiça o litígio. As circunstâncias do caso que se consomem, as modificações fáticas e jurídicas (conflito de leis no tempo) da controvérsia, tudo contribui para um menor grau de qualidade da tutela prestada intempestivamente.²⁶⁷

O autor pré-citado, referindo-se ainda à excessiva duração do processo, focando desta feita, no tempo despendido pela prática dos atos processuais, regulados por prazos fixados em lei, destaca:

[...] a lei processual é farta na estipulação de prazos para a realização de atos, quer pelas partes, quer pelos órgãos jurisdicionais. Mas, à exceção dos prazos processuais impostos às partes, de natureza peremptória, eles dificilmente são respeitados – seja por causa da saturação dos órgãos judicantes, seja por razões outras.²⁶⁸

A observação feita pela autora decorre do fato de que os prazos processuais impostos às partes, uma vez desrespeitados geram efeitos danosos às mesmas, pois são peremptórios, ou seja, não sendo respeitados a parte perde a oportunidade de empreendê-los, o que não ocorre com os lapsos temporais fixados para os julgadores que, por serem dilatatórios, caso não sejam respeitados, não geram grandes problemas aos magistrados.

3.3.1.1 Das causas que contribuem para a morosidade processual

As causas da morosidade processual são várias e complexas, sendo que qualquer apontamento que seja feito, jamais terá o condão de esgotar o assunto. No entanto, algumas delas são comumente apontadas pelos doutrinadores pátrios.

A morosidade processual não é configurada por um único fator, mas sim por um complexo de variáveis que refletem sobre a atividade jurisdicional, podendo contribuir negativamente, ou seja, levar a um provimento final em tempo não razoável.

²⁶⁷ GAJARDONI, Fernando da Fonseca. **O princípio constitucional da tutela jurisdicional sem dilações indevidas e o julgamento antecipadíssimo da lide (art. 285-A do CPC)**. In: SALLES, Carlos Alberto de (Coord.). **As grandes transformações do processo civil brasileiro: homenagem ao professor Kazuo Watanabe**. São Paulo: Quartier Latin, 2009, p. 1.002.

²⁶⁸ DIAS. Op.Cit., p. 673.

Uma das variáveis apontadas por parte da doutrina como contributo para a morosidade processual é a legislação brasileira, mormente a de cunho processual. Alguns autores posicionam suas críticas na grande quantidade de leis (sentido *lato*) existentes, o que provocaria confusões acerca de qual texto normativo deve ser usado, tendo em vista o caso concreto ou ainda, dúvidas de cunho lógico, técnico e até mesmo lingüístico, que dariam margem a infundáveis demandas judiciais. Neste aspecto afirma Maciel que “as leis são, em geral, mal feitas, provocando incertezas jurídicas, ensejando, com isso, aumento de demandas, e de dificuldades na solução interpretativa, seja pela Administração, seja pelo Judiciário”.²⁶⁹

A deficiência na produção legislativa também é ressaltada por Gracia asseverando que o desconhecimento técnico científico do legislador, desprovido de assessoramento qualificado implica na produção normativa sem a utilização dos posicionamentos doutrinários adequados, o que redundaria em leis (sentido *lato*) com fundamentos jurídicos atrasados ou não mais usados, circunstância que lhes retira a força jurídica necessária para regular as condutas às quais se destina.²⁷⁰

Cruz e Tucci não concorda com a indicação da legislação processual como sendo causa para a morosidade da prestação jurisdicional, na medida em que, segundo o autor, o Código de Processo Civil Brasileiro, em vigor desde 01/01/1974, contribuiu para evolução da ciência processual, bem como, historicamente falando, foi resultado da adoção em território brasileiro de conceitos derivados de modernas legislações européias. Todavia, o autor destaca que o caráter eminentemente individualista, a falta de rigor terminológico e sistêmico, dificulta a atividade interpretativa, mas isso não pode ser apontado como causa de morosidade processual.²⁷¹

²⁶⁹ MACIEL, Adhemar Ferreira. **Considerações sobre as causas do emperramento do Judiciário.** Revista de Processo, ano 25, n. 97. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 18.

²⁷⁰ GRACIA, Jesús Maria Gonzáles. **La proliferación de procesos civiles.** Madri: McGraw-Hill, 1996, p. 32. Tradução livre do original: *El legislador depende siempre de la doctrina aunque se haga la ilusión de entenderse desligado de ella, y lo único que hace cuando pretender ser supradoctrinal, si se me permite esa expresión, es manejar doctrina atrasadas, que, por el solo hecho de su antigüedad, pretenden tener una fuerza indiscutible de que en realidad carecen.*

²⁷¹ CRUZ E TUCCI, José Rogério. **Tempo e processo:** uma análise empírica das repercussões do tempo na fenomenologia processual (civil e penal). São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 99.

O precitado autor aponta como responsáveis pela morosidade processual fatores institucionais, de ordem técnica e subjetiva, além de outros derivados da insuficiência material do Poder Judiciário brasileiro.

a) Fatores institucionais:

O autor destaca que a administração da justiça não é eficiente, tampouco se constitui objeto de relevância na pauta dos políticos brasileiros, haja vista que o Poder Judiciário, dos poderes integrantes da República, é comumente colocando em terceiro plano, já que o sistema político pátrio privilegia o Executivo e o Legislativo.

²⁷²

Dallari destaca que, “[...] tem havido sempre uma nítida prevalência do Executivo, secundado pelo Legislativo, aparecendo o Judiciário, na prática, como o Poder mais fraco”. ²⁷³

Cruz e Tucci destaca ainda, que a responsabilidade pelo problema da morosidade processual não pode ser atribuída unicamente aos operadores do direito (juízes, promotores e advogados), na medida em que o Estado contribui severamente para isso, haja vista a produção legislativa decorrente de pacotes ou medidas intervencionistas adotadas como estratégia para combater crises econômicas, as quais, na grande maioria das vezes provoca uma reação contrária significativa, externada no elevado número de demandas ajuizadas, questionando sua eficácia e/ou constitucionalidade. ²⁷⁴

b) Fatores de ordem técnica e subjetiva:

Segundo o autor, estes fatores retratam as deficiências do próprio sistema processual brasileiro, enfocando, por exemplo, a pouca efetividade do comando jurisdicional emanado a partir da sentença de primeiro grau, ante a prática reiterada dos recursos, ainda que para atacar simplesmente questões fáticas já decididas. Tal

²⁷² CRUZ E TUCCI. Op.Cit., p. 100.

²⁷³ MACIEL, Adhemar Ferreira. **Considerações sobre as causas do emperramento do Judiciário.** Revista de Processo, ano 25, n. 97. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 18.

²⁷⁴ CRUZ E TUCCI. Op.Cit., p. 101.

variável implica verdadeiro desprestígio ao juízo de primeiro grau, onde de fato se desenvolve a instrução probatória.²⁷⁵

Outro fator que se encaixa nesta variável é a forma de ingresso e qualificação do magistrado. Dallari ressalta que a forma de ingresso no Poder Judiciário – modelo atual, não avalia o aspecto social norteador das decisões dos magistrados e o seu comprometimento com a valiosa função que irá desempenhar.²⁷⁶

Beneti destaca que o recrutamento dos magistrados deveria estar mais voltado a aferir as qualidades intelectuais, humanas e vocacionais dos candidatos, do que se prender a conhecimento memorizado e pautado em casos excepcionais, citando como exemplo o processo de seleção empreendido na Holanda, onde são realizados psicotécnicos no intuito de aferir, inclusive a resistência ao *stress* decorrente do exercício da função.²⁷⁷

Evidente que a preocupação com a qualificação do magistrado não pode se dar apenas no tocante ao seu ingresso. Além disso, há que se ter uma constante atualização e qualificação do julgador, ao longo de todo o seu judicato, pois somente assim este poderá manter-se atualizado com as transformações sociais e sua repercussão na seara jurídica, bem como às evoluções doutrinárias acerca dos temas jurídicos relevantes.

c) Fatores derivados da insuficiência material:

O foco aqui está na estrutura do Poder Judiciário, ou melhor dizendo, na falta de estrutura deste poder. De acordo com Cruz e Tucci essa falta de estrutura está em todos os níveis do Poder Judiciário, no entanto, é acentuada na primeira instância, justamente o local onde se promove a instrução probatória e na qual mais se necessitaria de uma boa infra-estrutura de trabalho.²⁷⁸

²⁷⁵ CRUZ E TUCCI. Op.Cit., p. 102.

²⁷⁶ MACIEL, Adhemar Ferreira. **Considerações sobre as causas do emperramento do Judiciário.** Revista de Processo, ano 25, n. 97. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 18.

²⁷⁷ BENETI, Sidnei Agostinho. **Formação do juiz na Holanda.** In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. **O juiz: seleção e formação do magistrado no mundo contemporâneo.** Belo Horizonte: Del Rey, 1999, p. 340.

²⁷⁸ CRUZ E TUCCI. Op.Cit., p. 102.

O autor chama a atenção, ainda, para o fato de que muitas vezes a falta de estrutura do Poder Judiciário, decorrente do aumento do número de demandas, deriva da conscientização da sociedade brasileira, mormente após o advento da Constituição Federal de 1988 e a ruptura com o regime totalitário que por muitos anos governou o país.²⁷⁹

A conscientização do cidadão acerca dos seus direitos não pode ser utilizada como argumento para explicar a falta de estrutura do Poder Judiciário, que não estaria apto a suportar o crescente número de demandas. Tal justificativa só reforça o fato de que o Estado brasileiro dispensa pouca importância ao Judiciário, tanto que não lhe confere a devida atenção quando da elaboração do orçamento anual. Isso implica falta de meios e/ou materiais necessários a incrementar ou mesmo manter a estrutura deste poder, o que reflete, incontestavelmente na morosidade processual.

Acerca das causas da morosidade processual Dias leciona que:

[...] contribui para a lentidão do processo judicial brasileiro [...] excessivo formalismo processual, ainda que o Estado venha insistindo [...] em removê-lo do cenário nacional.

A complexa sistemática processual, que valoriza, talvez em demasia, a segurança jurídica em detrimento da realização da justiça [...] mormente em face de suas incongruências e dos inúmeros recursos que prevê.

[...] carências de recursos materiais e humanos, isto que dá ênfase aos aspectos político-institucionais como fatores co-responsáveis pela deficiência dos serviços judiciários [...]

[...] a significativa desproporção existente entre o número de processos judiciais e o número de juízes [...].²⁸⁰

Adotam-se, neste trabalho, as assertivas de Cruz e Tucci no tocante às causas da morosidade processual, mormente tendo como foco o magistrado, no que pertine à sua atuação no cumprimento dos prazos legais fixados para a prática dos seus atos; na gestão da atividade jurisdicional; no acompanhamento e fiscalização da conduta das partes e seus procuradores; na constante qualificação profissional e medidas voltadas à conscientização das partes e seus procuradores, voltadas ao bom desenvolvimento da atividade jurisdicional e à solução do litígio.

²⁷⁹ CRUZ E TUCCI. Op.Cit., p. 108.

²⁸⁰ CRUZ E TUCCI. Op.Cit., p. 103.

3.3.2 A atuação do magistrado como fator determinante para a concretização da razoável duração do processo

Prestação jurisdicional tempestiva não é a mesma coisa que celeridade processual. Enquanto a celeridade tem como foco exclusivo a agilidade na tramitação do processo, a prestação jurisdicional tempestiva coaduna-se mais com a entrega do provimento jurisdicional em tempo adequado, desde que respeitadas garantias processuais, mormente aquelas inerentes ao contraditório e à ampla defesa.

A prestação jurisdicional tempestiva está umbilicalmente ligada à tutela jurisdicional justa, decorrente de um processo regularmente instaurado e desenvolvido segundo as garantias constitucionais a ele inerentes, com ampla possibilidade de defesa e contraposição de argumentos pelas partes litigantes, juiz competente, adequado procedimento e provimento jurisdicional em tempo razoável.

Como visto, o inciso LXXVIII, do art. 5º, da Constituição Federal, acrescido pela Emenda Constitucional nº. 45, de 8 de dezembro de 2004, não se constituiu em novidade, na medida em que a tutela jurisdicional tempestiva já vinha sendo objeto de normas tanto constitucionais, quanto infraconstitucionais, como destacado no item 2.3.1 deste trabalho.

Claro está que a explicitação da tutela jurisdicional tempestiva, agora sob o epíteto da razoável duração do processo, tem grande significado, na medida em que lhe confere o *status* de garantia fundamental, e isso lhe atribui maior relevância jurídica, até porque, com essa condição, para ser aplicada imediatamente, por força do disposto no parágrafo 1º., do art. 5º. da Constituição Federal.

Evidente que por se tratar de um conceito abstrato ou aberto, a referida garantia constitucional fundamental não possui uma forma única de se apresentar, tampouco pode ser identificada por meio de fórmulas ou métodos.

Verificar qual seria o tempo razoável para a duração e/ou desenvolvimento de um dado processo não é tarefa fácil, mas deve ser enfrentada por aquele que foi

incumbido pelo Estado, com a chancela, ainda que indireta da sociedade, da condição de atuar como um agente solucionador de conflitos: o magistrado.

Conforme visto anteriormente, para o empreendimento dessa tarefa e de muitas outras de igual relevância, dentro do paradigma do Estado Democrático de Direito, o magistrado deve atuar e não mais manter-se omissivo ou passivamente observar o desenrolar dos atos processuais.

Já foi objeto de abordagem neste trabalho, mas não é demais salientar que o julgador, ao longo dos tempos, foi mudando sua postura, sua forma de atuar, passando da completa subserviência nos regimes absolutistas – onde era mero servo do soberano, bem como deixando de ser um mero aplicador do texto frio da lei – no Estado Liberal, para uma atuação mais incisiva. Intervindo ainda na realidade social, por meio de seus provimentos, quando da passagem do Estado para o chamado *Welfare State*²⁸¹ e finalmente, atuando como um agente transformador da realidade social, quando sob o paradigma do Estado Democrático de Direito.

Não se pretende, aqui, atribuir ao magistrado toda a responsabilidade pela tutela jurisdicional tempestiva ou mesmo atribuir-lhe a culpa pela morosidade judicial. No entanto, é inegável que o julgador tem condições de contribuir e muito para que os provimentos jurisdicionais sejam expedidos em tempo razoável, de forma a que o jurisdicionado possa reconhecer, no Estado-Juiz, a legitimidade de sua atuação.

Na aferição que seria tempo razoável para um dado processo, há que se levar em conta alguns fatores, tais como: a complexidade do assunto; o comportamento dos litigantes e seus procuradores; e a atuação do Poder Judiciário, do órgão jurisdicional.

Claro está que o magistrado não tem como moldar a conduta e as ações das partes envolvidas no litígio, fato que poderia ter como conclusão que este nada poderia fazer ante a prática de atos nocivos ao bom desenvolvimento do processo,

²⁸¹ Estado de bem-estar social ou Estado-providência, tem como característica a intervenção estatal no intuito de tornar efetivos os direitos declarados no ordenamento jurídico.

perpetrados pelas partes, o que não é verdade, haja vista ser o magistrado o maior gestor de toda a atividade jurisdicional.

As mesmas considerações se aplicam aos procuradores das partes, sendo que nessa situação, o magistrado contará, ainda, com um forte aliado, qual seja, a Ordem dos Advogados do Brasil, a qual deve ser comunicada das condutas vedadas, ilícitas ou inadequadas perpetradas por seus associados, sendo que a partir de então estará apta a adotar os procedimentos pertinentes de acordo com o Estatuto e o Código de Ética da Ordem dos Advogados do Brasil - OAB.

Quanto à complexidade da causa *sub judice*, não há dúvida de que alguns processos demandarão mais tempo para o provimento final, tendo em vista as matérias sobre as quais versem a realidade fática e, principalmente, a necessidade de uma instrução probatória mais acurada, mais detalhada, como provas mais sofisticadas e dispendiosas, não só sob o ponto de vista econômico, mas também levando em conta o tempo necessário para o seu empreendimento.

Ainda assim, esse argumento não é suficiente para excluir a responsabilidade do magistrado em relação à tutela tempestiva, pois tanto deferimento ou indeferimento das provas quanto no acompanhamento da sua colheita e análise, é fundamental a sua correta, adequada e tempestiva intervenção.

Apesar de, como dito anteriormente, não haver “fórmula mágica” capaz de traduzir em algo real, efetivo, a tutela jurisdicional tempestiva, algumas condutas empreendidas pelo magistrado, tendo em vista, sempre, o caso concreto, de fato podem contribuir para que o processo tenha um prazo razoável de duração, na forma do explicitado no texto constitucional.

A seguir serão abordadas algumas dessas condutas, sem a pretensão, é claro, de esgotar o tema e/ou o assunto, mas visando a contribuir para o incremento do seu estudo científico.

3.3.2.1 Do respeito aos prazos processuais constantes do ordenamento jurídico brasileiro

Uma dos critérios para se observar se o processo se desenvolveu ou não em prazo razoável é a observância pelo magistrado, dos prazos que lhe são fixados no ordenamento, critério objetivo, atinente às práticas dos atos processuais.²⁸²

Alessandra Mendes Spalding, em valiosa contribuição acadêmico-científica e tomando por base o processo civil, mormente aquele que desenvolve seus procedimentos pelo rito ordinário, aponta que caso os prazos fixados em lei fossem respeitados, estritamente, a tutela jurisdicional seria entregue em 131 (cento e trinta e um dias).²⁸³

No segundo capítulo deste trabalho²⁸⁴, foi apresentada uma tabela explicitando os prazos dos atos processuais, segundo a concepção de Spalding e baseada na tabela apresentada pela própria autora em sua obra: *Direito fundamental à tutela jurisdicional tempestiva à luz do inciso LXXVIII do art. 5º. da Constituição Federal inserido pela EC n. 45/2004*, referenciada no parágrafo precedente.

É evidente que o exemplo citado refere-se apenas ao processo civil e que tramita sob o rito ordinário, sendo quem em diferentes ramos do direito, a duração razoável do processo pode oscilar. No entanto, é importante a observação que se pode extrair do estudo feito por Spalding, pois ao apontar que um processo nas circunstâncias por ela definidas, duraria 131 (cento e trinta e um dias), pode-se concluir que, na média, ele seria julgado muito mais rápido do que de fato vem ocorrendo no Judiciário brasileiro.

Um exemplo disso foi a realidade encontrada pelo Centro Brasileiro de Estudos e Pesquisas Judiciais - Cebepej encontrou no Tribunal de Justiça do Estado de São

²⁸² ESTEVES, Carolina Bonadiman. A forma de comunicação dos atos processuais e a garantia constitucional da razoável duração do processo. In: ALMEIDA, Eneá Stutz e (Org.). **Direitos e garantias fundamentais**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2006, p. 154.

²⁸³ SPALDING, Alessandra Mendes. **Direito fundamental à tutela jurisdicional tempestiva à luz do inciso LXXVIII do art. 5º. da CF inserido pela EC n. 45/2004**. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim *et al* (Org.), p. 38.

²⁸⁴ Subitem 2.1.

Paulo em verificação feita no de 2006. Segundo o levantamento empreendido os procedimentos judiciais levavam muito mais tempo do que o consignado em lei para a sua prática, ou seja, levavam em a média 872 (oitocentos e setenta e dias) para ter uma sentença de mérito, na primeira instância da jurisdição.²⁸⁵

Há que se entender, todavia, que às vezes circunstâncias externas ao processo podem interferir no tempo de sua duração, circunstâncias estas que vão desde a conduta das partes; auxiliares do Juízo (por exemplo, oficiais de justiça e peritos); terceiros (por exemplo, testemunhas); problemas estruturais do órgão jurisdicional (que inviabilizem a prática dos atos processuais); dentre outras.

Entretanto, há que se concluir que seria possível a observância dos prazos fixados em lei, em boa parte maioria das ações ajuizadas, excluídas, evidentemente, aqueles cuja complexidade jurídica venha a exigir maior dilação probatória ou, até mesmo uma atuação pró-ativa do juiz, no sentido de apurar a realidade dos fatos contrapostos que lhe foram submetidos à apreciação.

Clara, portanto, a responsabilidade do magistrado neste particular, na medida em que os prazos conferidos às partes litigantes são peremptórios, o que impõe a sua observância, sob pena de perda da oportunidade de realizá-los e/ou empreendê-los. Já no que tange aos prazos fixados em lei e aplicáveis aos magistrados, a *praxis* jurídica tem demonstrado que eles não vêm sendo muito considerados, salvo algumas exceções.

Assim, o juiz comprometido com os preceitos constitucionais, dentro da concepção do Estado Democrático de Direito e tendo em vista o aspecto social que deve motivar sua atuação, que pode ser transformadora da realidade de um povo. Entretanto, este magistrado não pode quedar-se a qualquer tipo de dificuldade, para deixar de cumprir os prazos positivados no ordenamento, pois, se assim o fizesse, atentaria contra a garantia constitucional à razoável duração do processo e, mais

²⁸⁵ PROJETOS de gestão mudam funcionamento da justiça. Matéria publicada no Consultor Jurídico, site: <http://www.conjur.com.br/>. Disponível em: < <http://www.conjur.com.br/2009-jul-11/projetos-gestao-seduzem-tribunais-mudam-funcionamento-justica> >. Acesso em: 6 jan. 2010.

que isto, contra o próprio direito fundamental à tutela jurisdicional justa, que é assegurado pela Carta Magna Pátria.

Dentre os prazos que deveriam ser cumpridos pelo juiz, na forma do exposto neste subitem, com as advertências que lhe foram feitas, pode-se citar:

- a) prazo para prolação de despachos: 2 dias (art. 189, inciso I do Código de Processo Civil - CPC);
- b) prazo para prolação de decisões: 10 dias (art. 189, inciso II do Código de Processo Civil - CPC) e
- c) prazo para prolação de sentença: 10 dias (art. 456 do Código de Processo Civil - CPC).

Dos prazos acima declinados, talvez aquele que demande maiores preocupações no que tange ao seu cumprimento seja o da sentença, ante a análise meritória que deve ser feita, onde, de fato, serão enfrentadas as teses jurídicas, na grande maioria das vezes, antagônicas. Tal consideração também pode ser feita nos casos de decisões interlocutórias que, por vezes, têm efeito prático de sentença, por exemplo as terminativas do feito.

Todavia, apesar da referida dificuldade, o que poderia ensejar inclusive a importância do deferimento de medidas liminares, na medida em que a sentença decide o feito, inegavelmente a prestação jurisdicional será conferida em prazo mais razoável do que se a demanda fosse postergada em análises tangentes ao mérito, decorrentes de decisões proferidas em caráter precário ou temporário.

Para que o magistrado consiga cumprir o prazo para prolação da sentença, é fundamental a sua especial atenção com a instrução probatória, mormente no que tange à colheita e produção das provas, muitas vezes, até mesmo empreendendo o chamado ativismo judicial, quando entender que as provas apresentadas são insuficientes para formar a sua convicção.

O não cumprimento dos prazos fixados em lei pelo magistrado deve ser observado e, salvo questões decorrentes de graves deficiências estruturais que o impeçam de

trabalhar, devem ser objeto de responsabilização por parte das Corregedorias dos tribunais, com punições a serem impostas aos julgadores.

Além disso, o próprio Conselho Nacional de Justiça – CNJ deve ficar atento a tais situações e se for o caso, exigir dos tribunais uma atuação marcante na repressão ao desleixo do cumprimento dos prazos processuais fixados e, caso não seja atendido, empreenda intervenções nesses tribunais para que sejam adotadas as medidas pertinentes.

Na linha do que foi exposto acima, cumpre destacar que em 18/09/2008 foi publicado no Diário Oficial da União o Código de Ética da Magistratura Nacional, que contempla a responsabilidade do magistrado, no que tange à observância dos prazos legais fixados para a prática de seus atos, na medida em que lhe imposta a observância não só dos preceitos constitucionais, como das leis (sentido *lato*) brasileiras (art. 2º.)²⁸⁶. Além disso, de acordo com o art. 20²⁸⁷ do mesmo diploma cabe ao magistrado velar para que os atos processuais sejam praticados pontualmente e em prazo razoável, reprimindo qualquer dilação indevida.

Na linha das obrigações impostas ao magistrado pelo Código de Ética da Magistratura Nacional, o descumprimento injustificado²⁸⁸ dos prazos fixados em lei para a prática de seus atos implica responsabilização deste, na forma da legislação pertinente.

Existem outros prazos, além dos destacados e que são conferidos às partes, mas como já foi explicitado, estes, via de regra, são cumpridos, sob pena de perda da

²⁸⁶ Art. 2º. - Ao magistrado impõe-se primar pelo respeito à Constituição da República e às leis do País, buscando o fortalecimento das instituições e a plena realização dos valores democráticos. (BRASIL, **Código da Magistratura Nacional**. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/index.php?option=com_content&view=article&id=4980&Itemid=491>. Acesso em: 27 dez. 2009).

²⁸⁷ Art. 20 - Cumpre ao magistrado velar para que os atos processuais se celebrem com a máxima pontualidade e para que os processos a seu cargo sejam solucionados em um prazo razoável, reprimindo toda e qualquer iniciativa dilatória ou atentatória à boa-fé processual. (BRASIL, **Código da Magistratura Nacional**. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/index.php?option=com_content&view=article&id=4980&Itemid=491>. Acesso em: 27 dez. 2009).

²⁸⁸ Justificativa que o impeça de exercer a atividade jurisdicional, não valendo como argumento, mero embaraço causado, por exemplo, por estrutura deficiente.

oportunidade de empreendê-los, exceto quando se tratar de matéria de ordem pública, que não é atingida pela preclusão.

No que concerne aos demais prazos fixados no ordenamento, sejam aqueles fixados aos auxiliares do Juízo, sejam aqueles empreendidos pelo cartório e/ou secretaria dos órgãos do Judiciário, estes serão abordados em item próprio a seguir, atinente à gestão da atividade jurisdicional pelo magistrado.

3.3.2.2 Da gestão da atividade jurisdicional

Dentro da concepção moderna inerente à atuação do magistrado, já abordada neste trabalho, uma atividade que se apresenta como essencial para que se alcance a tutela jurisdicional tempestiva é a gestão, pelo magistrado, da atividade jurisdicional, na medida em que este ocupa posição de destaque perante essa atividade, despontando como o seu maior protagonista.

Nalini alerta que o magistrado precisa:

Indignar-se quanto àquilo que impede o Judiciário de ser a instituição respeitada, eficiente e eficaz que os idealistas sonham, é a expressão de um compromisso ético. Compromissado derivado não apenas de uma deontologia jurídica ou de uma ética própria do magistrado. Mas atitude de uma verdadeira ética social.²⁸⁹

Na mesma linha, Nogueira destaca que:

O juiz de hoje deve, e alguns já caminham neste sentido, ser interdisciplinar, socorrendo-se dos conhecimentos de outras áreas para exercer sua função de julgar. A interdisciplinaridade se apresenta necessária na gestão da unidade jurisdicional. É necessário que o juiz saiba trabalhar em equipe e, mais, lidera-la. O juiz é gestor da sua vara e deve primar pela eficiência e eficácia dos serviços prestados. Deve vivenciar a comunidade em que está inserido, aproximar-se. Deve prestar contas da atividade pública que desempenha como gestor público que é. A sociedade espera isso e a lei impõe.²⁹⁰

Avançando na questão da gestão, Dias alerta que esta deveria ser empreendida no Poder Judiciário, pelos juízes, como forma de envolver as pessoas envolvidas nas

²⁸⁹ NALINI, Renato. **A rebelião da toga**. Campinas: Millennium, 2006, p. 137.

²⁹⁰ NOGUEIRA, Eliane Garcia. **Juiz gestor**: gestão judiciária e eficiência jurídica. Revista da Ajuris, ano XXXVI, nº. 113. Porto Alegre: Ajuris, 2009, p. 132.

ações relacionadas à prestação jurisdicional, todas em prol de um processo justo e, dentro deste conceito, tempestivo:

[...] qualidade total [...] conceito relacionado com o envolvimento de todas as pessoas ligadas ao processo produtivo visando à excelência de um produto ou serviço.

[...] A Gestão pela Qualidade Total pode ser definida, pois, como um conjunto de princípios, métodos, ferramentas e procedimentos que fornecem diretrizes para a administração de uma organização, que seja ela de natureza fabril ou comercial, quer seja ela dedicada à prestação de serviços, sejam eles públicos ou privados.

[...] Verifica-se, então, que apesar de traços distintivos existentes entre a administração pública e o setor privado, os princípios gerais da ciência da Administração, tais como aplicados nesse último, são igualmente aplicáveis no serviço público.²⁹¹

O referido autor esclarece, ainda, quais seriam segundo ele os elementos que distinguiriam a administração pública, da privada:

Por exemplo: (a) na administração pública não há finalidade de lucro, mas de prestar serviços de qualidade aos usuários, porquanto a isso tem os direitos assegurados pela ordem jurídica; (b) o serviço público não é remunerado diretamente pelo usuário, mas, via de regra, indiretamente, por meio dos tributos; e (c) a meta do serviço público não é a obtenção, manutenção ou expansão de mercado, como na empresa privada, mas sua prestação com qualidade ao menor custo possível.²⁹²

Em valioso trabalho científico acerca do funcionamento dos cartórios judiciais, no que tange à prática dos atos do processo, concluiu-se que, quando os juízes se preocupam com a gestão do seu cartório, fixando metas e empreendendo técnicas com foco em resultados, há sensível redução do tempo total de tramitação dos feitos.²⁹³

Alves da Silva faz outra observação importante:

Os cartórios não compõem o foco imediato de atenção da ciência processual ou da Administração Pública, tampouco do legislador processual reformista ou dos gestores dos tribunais. Pela doutrina processual, o cartório judicial sequer recebe tratamento autônomo. Os servidores, individualmente, são classificados como “auxiliares da justiça”, ao lado dos

²⁹¹ DIAS, Rogério A. Correia. **A razoável duração do processo**: idéias para sua concretude. In: SALLES. Op.Cit., pp. 679 e 682.

²⁹² DIAS, Rogério A. Correia. **A razoável duração do processo**: idéias para sua concretude. In: SALLES. Op.Cit. p. 682, nota de rodapé 26.

²⁹³ SILVA, Paulo Eduardo Alves da. **Tempo dos cartórios sobre tempo da justiça**: os efeitos do funcionamento dos cartórios judiciais sobre a morosidade do processo. Site: <http://www.conpedi.org/Disponível> em: http://www.conpedi.org/manaus/arquivos/anais/manaus/efetividade_paulo_alve_da_silva.pdf>, publicado nos anais do Conpedi, referente ao XVII Congresso Nacional realizado em Manaus/AM, nov 2006. Acesso em: 17 mai. 2009, p. 8ª.

peritos, oficiais de justiça, intérpretes e outros, mas os cartórios não são categorizados em separado. Já a ciência da Administração Pública não está próxima o suficiente do universo forense para analisar e propor novos modelos de gestão dos tribunais e dos cartórios.²⁹⁴

E o referido autor, destaca ainda, que:

As reformas legislativas em matéria processual focam pontualmente institutos processuais específicos, criando-os, alterando-os ou dando-lhes novos caminhos ou efeitos, sem, contudo, considerarem que esses institutos se consolidarão em atos e peças processuais a serem *centralizadas* especialmente nos cartórios judiciais – tão somente por isso é possível vislumbrar que qualquer novo instituto processual não terá o efeito esperado se não for bem operado pelos atores do sistema de justiça e, especialmente, pelo cartório judicial.²⁹⁵

Na linha do que vem sendo dito ao longo deste trabalho, o trabalho do juiz, na nova concepção que se tem, modernamente falando, da sua função, é cada vez mais amplo e complexo, mas isso faz parte do *munus* público por ele assumido.

Como foi destacado nos textos precedentes, não se admite no Estado Democrático de Direito - onde a atividade jurisdicional pode ser vista como elemento de transformação da realidade social – um juiz que fique passivamente sentado em seu gabinete esperando que os processos lhe sejam encaminhados para decisão, sem se preocupar com o correto andamento do seu cartório ou secretaria.

Ora, todo o trabalho jurisdicional passou, passa ou passará pelo cartório e será objeto de análise e atos empreendidos pelos serventuários que ali se encontram, pelo menos enquanto os feitos não forem completamente eletrônicos, como já ocorre em algumas varas espalhadas pelo Judiciário brasileiro. Outro fato incontestável é que, nos dias atuais, o processo passa mais tempo em cartório do que em diligências, em carga com as partes ou com juiz para a prolação de decisões.

Verifica-se, portanto, que, se o problema da morosidade do processo ou da tutela jurisdicional intempestiva é considerado “o câncer” para a sociedade – aí incluindo-se os operadores do direito, na medida em que o local onde o processo mais tempo fica é no cartório, é simples concluir que por ali deveria passar boa parte das

²⁹⁴ SILVA. Op.Cit, p. 9.^a.

²⁹⁵ SILVA. Op.Cit, p. 9.^a.

iniciativas objetivando à tempestividade do provimento jurisdicional. Todavia, não é o que vem ocorrendo.

O Poder Judiciário brasileiro ainda é muito tradicional²⁹⁶, envolto em mitos e preconceitos, muitas das vezes, impedem a sua abertura para a recepção de novos entendimentos e concepções, oriundos de outras ciências, que não a ciência jurídica.

A interdisciplinaridade do direito com outros ramos da ciência é essencial para a sua oxigenação, bem como para que se possam encontrar alternativas, a fim de solucionar os problemas que os operadores do direito, utilizando apenas a ciência que lhes é própria, não vêm conseguindo resolver.

A administração, como ciência, há muito consagra as técnicas de otimização de procedimentos, com vistas a um resultado mais efetivo, mormente no que tange à qualidade que se pretende alcançar neste resultado, sempre levando em conta o fator tempo e o custo destes.

Para melhor desenvolvimento deste tema, necessário se faz a busca por subsídios na ciência da Administração. Inicialmente deve ser desvelado o conceito de qualidade. Neste particular, Moura destaca que, qualidade é o “modo de organização e gestão de empresas que visa garantir aos produtos e serviços, características que os clientes percebam e estejam adequadas às suas necessidades e expectativas”.²⁹⁷

Evidentemente que o referido deve ser adaptado à seara jurídica, de forma que se exclua a expressão “empresas”, colocando em seu lugar a expressão Poder Judiciário. Além disso, no lugar de “produtos e serviços”, deve ser colocada a expressão prestação jurisdicional. Por fim, ao invés de “clientes”, no âmbito jurisdicional, tem-se o jurisdicionado.

²⁹⁶ Não há pretensão neste trabalho de atacar as tradições jurídicas, na sua generalidade, pois boa parte delas é de grande valia, ainda hoje, para a correta administração da justiça, mas sim, fazer uma alerta para que o Judiciário possa se abrir a fim de receber idéias e concepções novas, advindas de outras ciências, que não só a jurídica, por exemplo da Administração.

²⁹⁷ MOURA, Luciano Raizer. **Qualidade simplesmente total**: uma abordagem simples e prática da qualidade. Rio de Janeiro: Qualitymark, 1997, p. 17.

Desta forma, utilizando-se os fundamentos supra e adequando-os à seara jurídica, pode-se entender como qualidade o modo de organização do Poder Judiciário, com vistas a garantir uma prestação jurisdicional adequada aos anseios dos jurisdicionado.

Quando Rogério A. Correia Dias, nas citações precedentes, defende a implementação no Poder Judiciário, da chamada Qualidade Total, o que em verdade ele suscita é a necessidade de se buscarem alternativas para que o provimento jurisdicional seja efetivo e justo.

Mais uma vez, há que se buscar na ciência da Administração fundamento para a chamada qualidade total. Sobre o tema leciona Moura:

[...] os termos Qualidade Total, Gestão pela Qualidade Total – GCT e ainda os seus correlatos em língua estrangeira [...] indicam um modo de organização de empresas para ofertar serviços ou produzir produtos que atendam às necessidades e expectativas dos clientes, buscando a plena satisfação dos diversos públicos envolvidos com a empresa, sejam acionistas, empregados, fornecedores, clientes e comunidade.²⁹⁸

Transmutando-se o anteriormente explicitado para a seara jurídica, pode-se entender como qualidade total a busca pela qualidade – cujo conceito foi identificado anteriormente, já sob o âmbito jurídico, com a satisfação das expectativas de todos os envolvidos no empreendimento da atividade jurisdicional.

Moura ainda relaciona outros aspectos importantes e definidores da qualidade total, quais sejam:

- [...] modo de gestão que tem como objetivo dota a empresa de uma organização que gere produtos que atendam aos requisitos dos clientes.
- [...] meio, e não um objetivo em si, para que a empresa possa atingir os objetivos e resultados desejados.
- [...] uso de um conjunto de técnicas que deve ser integrado ao modelo de gestão da empresa e usado em direção aos seus objetivos [...].
- envolve todas as pessoas, todas as funções e setores da empresa e os conduz a atuarem harmonicamente, integradamente em uma única direção que contemple os objetivos comuns.
- visa garantir que os produtos serão gerados atendendo aos requisitos dos clientes, e, conseqüentemente, possibilitará os resultados desejados [...].
- demanda uma decisão clara dos dirigentes da empresa para fazer uso desse modo de gestão, devendo ser liderado pelo dirigente principal, envolvendo todas as chefias.
- [...] estratégia de focalizar sua atuação no atendimento aos requisitos dos clientes.

²⁹⁸ MOURA. Op.Cit., pp. 17-18.

- solução para adequar a gestão das empresas que respeita sua realidade e seus objetivos. Cada empresa representa uma situação específica que deve ter uma solução de gestão também específica.
- demanda tempo, esforço e dedicação para obter os resultados [...].²⁹⁹

Analisando juridicamente as colocações feitas pelo precitado autor, pode-se verificar que a qualidade total tem por escopo organizar a gestão, neste caso a gestão jurisdicional, tendo em vista que as práticas de gestão adotadas devem servir ao fim da atividade jurisdicional que é o seu provimento final e não serem supervalorizadas em si mesmas. Têm, portanto, uma importância acessória e complementar às demais práticas e atos jurisdicionais.

Outro ponto a ser destacado na questão da gestão pela qualidade é a inerente à adoção de um conjunto de técnicas adequadas. Para tanto, há que se observar as deficiências e com base nelas empreender os ajustes necessários aos procedimentos jurisdicionais, sendo que cada vara, cartório, tribunal ou turma tem a sua especificidade.

Deve, ainda, haver o envolvimento de todos aqueles que participam da atividade jurisdicional, sob a direção do julgador, o que pressupõe um desenvolvimento harmônico e coerente das técnicas a serem adotadas, cujo objeto final é a prestação de qualidade, com respeito às garantias processuais, fulcrada no ordenamento jurídico e em tempo adequado, a fim de que o provimento final seja efetivo.

Outro fator a ser destacado é que a gestão pela qualidade deve desenvolver-se dentro da realidade do órgão jurisdicional, respeitando as limitações próprias de cada vara, cartório, turma ou tribunal, tendo em vista a sua estrutura física e a disponibilidade de pessoal de cada uma destas células do sistema jurídico brasileiro. Isso quer dizer que a gestão pela qualidade pode ser implementada, mesmo que a estrutura disponível não seja a mais adequada, neste caso, as estratégias e técnicas de gestão devem adaptar-se à realidade existente.

Por último, tendo em vista as considerações de Moura, anteriormente explicitadas, será necessário um grande esforço de todos os envolvidos, pois só assim será

²⁹⁹ MOURA. Op.Cit., pp. 24.

possível mudar a realidade do órgão jurisdicional, com vistas a uma adequada prestação jurisdicional.

A implementação da qualidade total nas células jurisdicionais deve partir de uma decisão estratégica que pode ser tomada, tanto pelo magistrado em um universo micro, quanto pelos tribunais ou mesmo pelo Conselho Nacional de Justiça – CNJ, em uma abordagem macro.

Com base na doutrina de Moura³⁰⁰, adaptada para a ciência jurídica, pode-se concluir que por pior que seja o estado da célula jurisdicional, em termos de qualidade do serviço prestado ao jurisdicionado, ainda assim é possível a implementação do programa de qualidade com vistas a aprimorá-lo, ou seja, a desorganização existente não deve ser empecilho para a instituição do programa de qualidade total, muito pelo contrário, deve ser fator motivacional para este intento.

Ainda segundo o referido autor, adequando-se a sua abordagem à ciência jurídica, pode-se afirmar que a gestão pela qualidade deve ser planejada a partir dos objetivos fixados, bem como da realidade existente na célula jurisdicional. Essa ação planejada é identificada na ciência da Administração como “Programa de Qualidade Total”.³⁰¹

Moura destaca, ainda, que a gestão pela qualidade total tem como objetivo: “transferir para a empresa o conhecimento necessário para adequar o seu modo de gestão de acordo com sua realidade e objetivos”.³⁰²

A título elucidativa e com base na ciência da Administração³⁰³, explicitam-se, a seguir, alguns termos e definições acerca da qualidade total:

³⁰⁰ MOURA, Luciano Raizer. **Qualidade simplesmente total**: uma abordagem simples e prática da questão da qualidade. Rio de Janeiro: Qualitymark, 1997, pp. 25-26.

³⁰¹ MOURA. Op.Cit., p. 26.

³⁰² MOURA. Op.Cit., p. 26.

³⁰³ MOURA. Op.Cit., pp. 26-28.

a) controle de qualidade: atividade que tem por objetivo verificar se o produto e/ou serviço atende àquilo que foi estabelecido como especificação para o mesmo, por meio de avaliações que aferem se os parâmetros fixados estão sendo atendidos;

b) gestão da qualidade: trata-se da organização da empresa com o fito de disponibilizar serviços de qualidade, ou seja, que atendam aos anseios dos seus destinatários. É definida pela norma ISO 8402 como sendo:

[...] modo de gestão de uma organização, centrado na qualidade e baseado na participação de todos os seus membros, visando ao sucesso a longo prazo, por meio da satisfação do cliente e dos benefícios para todos os membros da organização e para a sociedade.³⁰⁴

c) sistema da qualidade: caracterizado como a rotina de processos que resultam no serviço a ser disponibilizado ao destinatário (jurisdicionado). Abrange, também, a fixação das responsabilidades em cada etapa do processo, bem como os registros do seu desenvolvimento, a fim de possibilitar o melhor acompanhamento de todo o procedimento empreendido. É definida pela norma ISO 9004-1/1994 como sendo: “a estrutura organizacional, procedimentos, processos e recursos necessários para implementar a Gestão da Qualidade [...]”³⁰⁵;

d) técnicas da qualidade: “conjunto de conceitos usados para adequação do modo de gerenciamento” da célula jurisdicional e que contribui “para a construção de um modelo de gestão”;³⁰⁶

e) ferramentas da qualidade: “instrumentos que permitem a aplicação dos conceitos da qualidade de modo simples e prático”;³⁰⁷

f) programa da qualidade: ação planejada e concebida com o fito de adequar o modo de gestão da célula jurisdicional, com base em conceitos e técnicas de qualidade, estabelecendo quais ferramentas serão utilizadas, bem como estimando o tempo necessário para a implementação da gestão pela qualidade;³⁰⁸

³⁰⁴ MOURA. Op.Cit., p. 26.

³⁰⁵ MOURA. Op.Cit., p. 27.

³⁰⁶ MOURA. Op.Cit., p. 27.

³⁰⁷ MOURA. Op.Cit., p. 27.

³⁰⁸ MOURA. Op.Cit., p. 28.

A princípio, não pode causar surpresa ou estranheza a preocupação do juiz com o correto desenvolvimento do trabalho empreendido em seu cartório, até porque os atos decisórios que proferirá dependem de uma correta preparação dos autos pelos serventuários lotados em sua célula jurisdicional.³⁰⁹

O bom entendimento do magistrado com os serventuários do cartório, além de conferir ao ambiente de trabalho um clima mais ameno e cortês, inegavelmente influenciará no empreendimento dos atos cartorários inerentes ao procedimento, pois estar-se-á diante de um time, de uma equipe, que será capitaneada pelo juiz, onde todos buscarão um objetivo comum, qual seja o sucesso da equipe, sucesso este que se refletirá na tutela jurisdicional justa, a qual, fatalmente, congregará, para entrega do provimento judicial em tempo razoável.

Evidente que, no processo de gestão, a participação não deve ficar restrita apenas ao magistrado. O Conselho Nacional de Justiça – CNJ deve auxiliá-lo nisso, desenvolvendo programas de acompanhamento e qualificação para a qualidade total, bem como desenvolvimento de estratégias, com auxílio da ciência da Administração voltada à gestão da atividade jurisdicional.³¹⁰

Portanto, há necessidade sim do juiz estipular metas de trabalho, por meio de técnicas de gestão, congregando todos os serventuários que compõem sua célula jurisdicional, dando subsídio para que os referidos servidores possam empreender, na sua plenitude e a contento, a valiosa atividade que lhes é conferida no dia-a-dia.

O juiz deve se valer do trabalho empreendido pelos serventuários que integram os cartórios, mas também deve fiscalizá-lo e constatando falta de empenho ou desvio de conduta, tomar as atitudes pertinentes.

A gestão do juiz sobre o cartório, bem como o estabelecimento de metas, a grande maioria delas voltadas à agilidade no empreendimento dos atos a serem perpetrados pelos serventuários, com certeza, acarretará, em curto espaço de

³⁰⁹ Por célula jurisdicional podem ser entendidos: vara, cartório, turmas e/ou tribunais.

³¹⁰ Histórico, missão, visão, diretrizes e competências do Conselho Nacional de Justiça – CNJ disponíveis em: <http://www.cnj.jus.br/>.

tempo, uma sensível diminuição no tempo em que o processo fica parado sem movimentação.

O que se busca com a gestão do juiz é evitar a ocorrência do chamado “tempo morto do processo”, ou seja, aquele espaço de tempo em que o processo fica parado, muitas vezes atrelado à burocracia do Poder Judiciário, outras vezes por falta de ação das partes e dos magistrados, ou ainda, por falta de ação dos serventuários da justiça.

Destaca-se ainda que a atuação juiz na gestão do cartório, em verdade, encontra previsão expressa no ordenamento jurídico pátrio, na forma do que se observa das transcrições infra de alguns artigos do Código de Processo Civil Brasileiro.³¹²

Tanto é verdade que a gestão pela qualidade total ou programa correlato pode trazer bons resultados que no Tribunal de Justiça de São Paulo, considerado o maior do mundo em números absolutos de processos, no ano de 2006, o Instituto Nacional de Qualidade Jurídica³¹³ elaborou relatório onde apontou uma série de atividades feitas de forma manual e repetitiva pelas células jurisdicionais, que representavam, à época, 82% (oitenta e dois por cento) das atividades praticadas pelos serventuários do Judiciário e que poderiam ser substituídas por processos eletrônicos, por meio de aplicativos, com auxílio da informática.³¹⁴

Observa-se, portanto, que a adoção de um procedimento relativamente simples, como a adoção de práticas novas com auxílio da informática, poderiam otimizar o tempo dos servidores do Judiciário paulista, significativamente. Todavia, isso só é possível por meio da adoção de técnicas de gestão, do contrário não se consegue

³¹² Art. 193. Compete ao juiz verificar se o serventuário excedeu, sem motivo legítimo, os prazos que este Código estabelece.

Art. 194. Apurada a falta, o juiz mandará instaurar procedimento administrativo, na forma da Lei de Organização Judiciária. (BRASIL, **Código de Processo Civil**, disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L5869.htm, acesso em: 17 abr. 2009).

³¹³ Entidade formada e sustentada por juízes.

³¹⁴ Projetos de gestão mudam funcionamento da justiça. Matéria publicada no Consultor Jurídico, site: <http://www.conjur.com.br/>, disponível em: < <http://www.conjur.com.br/2009-jul-11/projetos-gestao-seduzem-tribunais-mudam-funcionamento-justica> >, Acesso em: 6 jan 2010.

identificar os problemas, o que inviabiliza a adoção de procedimentos para corrigi-los ou contorná-los.

3.3.2.3 Do acompanhamento e fiscalização da conduta das partes e seus procuradores

Dentro da concepção moderna de atuação do magistrado, uma atividade que se apresenta como essencial para que se alcance a tutela jurisdicional tempestiva é o acompanhamento e a fiscalização da conduta das partes e de seus procuradores.

Ressalta-se que um grande número de recursos que hoje tramitam nos tribunais, seja na segunda, seja na terceira instância, da justiça estadual ou da justiça federal (aqui incluindo-se a trabalhista)³¹⁵, são de natureza meramente protelatória.

A atitude de protelar a entrega da prestação jurisdicional pode ser identificada por alguns aspectos, dentre os quais podem ser destacados: a falta de interesse da parte sucumbente em cumprir com o provimento jurisdicional; a estratégia adotada pelos litigantes habituais, na tentativa de minar a resistência do seu *ex adverso* e com isso “abrir caminho” para um acordo que lhe seja favorável; e, ainda, utilizar a dilação indevida para dilapidação do patrimônio, de forma a inviabilizar o cumprimento do provimento judicial.

Condutas como as explicitadas anteriormente implicam dilação indevida do processo e podem ensejar a inefetividade do provimento jurisdicional, configurando, inclusive, a prática de má-fé processual, sendo que modernamente o magistrado dispõe de meios e informações hábeis e capazes de lhe demonstrar se houve ou não uma fraude, por exemplo, com a dilapidação do patrimônio do devedor e se pode ou não ser caracterizada a má-fé processual.

³¹⁵ Vide referências: 244 e 245, p. 100; 249 pp. 100-101; 254, pp. 101-102; 256, 257, 258, p. 102; 259, pp. 102-103; 260, p. 103. deste trabalho.

Zavaski abordou a questão do abuso do direito de defesa do réu, como fator que pode resultar, também, em dilação indevida, alertando que se configura por meio de atos protelatórios praticados no processo. Destacou, ainda, o referido autor, que outro fator que pode implicar morosidade processual é propósito protelatório que se configura como atos e omissões empreendidos pelo réu fora do processo, mas que dado seu conteúdo e amplitude correlacionam-se com este, por exemplo: ocultação de prova, não atendimento de diligência ou ainda, simulação de doença.³¹⁶

Além disso, caso o magistrado constate a fraude, ela pode e deve tornar inválido o ato que representou a dilapidação do patrimônio da parte sucumbente – que na maioria das vezes se apresenta como transferência irregular de patrimônio, bem como responsabilizar as partes envolvidas e, recuperando o bem indevidamente transferido para outrem, destiná-lo ao credor da demanda.

No que tange à fraude referenciada no parágrafo anterior, o ordenamento jurídico dispõe de normas que imputam responsabilidades civis^{317 318} e criminais³¹⁹ aos envolvidos.

³¹⁶ ZAVASCKY, Teori Albino. **Antecipação da tutela**. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 77.

³¹⁷ Art. 593 - Considera-se em fraude de execução a alienação ou oneração de bens:

I - quando sobre eles pender ação fundada em direito real;

II - quando, ao tempo da alienação ou oneração, corria contra o devedor demanda capaz de reduzi-lo à insolvência;

III - nos demais casos expressos em lei.

Art. 600 - Considera-se atentatório à dignidade da Justiça o ato do executado que:

I - frauda a execução; [...]

Art. 601 - Nos casos previstos no artigo anterior, o devedor incidirá em multa fixada pelo juiz, em montante não superior a 20% (vinte por cento) do valor atualizado do débito em execução, sem prejuízo de outras sanções de natureza processual ou material, multa essa que reverterá em proveito do credor, exigível na própria execução. (BRASIL, **Código de Processo Civil**, disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L5869.htm, acesso em: 17 abr. 2009)

³¹⁸ Art. 158. Os negócios de transmissão gratuita de bens ou remissão de dívida, se os praticar o devedor já insolvente, ou por eles reduzido à insolvência, ainda quando o ignore, poderão ser anulados pelos credores quirografários, como lesivos dos seus direitos.

§ 1º Igual direito assiste aos credores cuja garantia se tornar insuficiente.

§ 2º Só os credores que já o eram ao tempo daqueles atos podem pleitear a anulação deles.

Art. 163. Presumem-se fraudulentárias dos direitos dos outros credores as garantias de dívidas que o devedor insolvente tiver dado a algum credor.

Art. 165. Anulados os negócios fraudulentos, a vantagem resultante reverterá em proveito do acervo sobre que se tenha de efetuar o concurso de credores. (BRASIL, **Código Civil**, disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/L10406.htm, acesso em: 17 abr. 2009)

³¹⁹ Art. 179 - Fraudar execução, alienando, desviando, destruindo ou danificando bens, ou simulando dívidas:

Pena - detenção, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, ou multa.

Parágrafo único. Somente se procede mediante queixa. (BRASIL, **Código Penal**, disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del2848.htm, acesso em: 17 abr. 2009)

Portanto, o magistrado dispõe dos meios necessários para, em verificando conduta vedada praticada pela parte sucumbente, empreender os procedimentos necessários para restituir a situação jurídica ao seu *status quo* e dar início e/ou encaminhamento aos atos de responsabilização dos culpados. Isso se configura como dever do magistrado, mormente de acordo com o estabelecido do Código de Ética da Magistratura Nacional³²⁰ e, uma vez que o julgador não toma as medidas adequadas deve ser objeto de procedimento administrativo por descumprimento de suas obrigações, a ser empreendido pela Corregedoria do tribunal a que pertence, passível das sanções pertinentes na forma de legislação própria³²¹.

³²⁰ Art. 3º A atividade judicial deve desenvolver-se de modo a garantir e fomentar a dignidade da pessoa humana, objetivando assegurar e promover a solidariedade e a justiça na relação entre as pessoas.

[...] Art. 20. Cumpre ao magistrado velar para que os atos processuais se celebrem com a máxima pontualidade e para que os processos a seu cargo sejam solucionados em um prazo razoável, reprimindo toda e qualquer iniciativa dilatória ou atentatória à boa-fé processual. (BRASIL, **Código da Magistratura Nacional**, disponível em: <http://www.cnj.jus.br/index.php?option=com_content&view=article&id=4980&Itemid=491>, acesso em: 27 dez. 2009)

³²¹ Art. 42 - São penas disciplinares:

- I - advertência;
- II - censura;
- III - remoção compulsória;
- IV - disponibilidade com vencimentos proporcionais ao tempo de serviço;
- V - aposentadoria compulsória com vencimentos proporcionais ao tempo de serviço;
- VI - demissão.

Parágrafo único - As penas de advertência e de censura somente são aplicáveis aos Juízes de primeira instância.

Art. 43 - A pena de advertência aplicar-se-á reservadamente, por escrito, no caso de negligência no cumprimento dos deveres do cargo.

Art. 44 - A pena de censura será aplicada reservadamente, por escrito, no caso de reiterada negligência no cumprimento dos deveres do cargo, ou no de procedimento incorreto, se a infração não justificar punição mais grave.

Parágrafo único - O Juiz punido com a pena de censura não poderá figurar em lista de promoção por merecimento pelo prazo de um ano, contado da imposição da pena.

Art. 45 - O Tribunal ou seu órgão especial poderá determinar, por motivo de interesse público, em escrutínio secreto e pelo voto de dois terços de seus membros efetivos:

- I - a remoção de Juiz de instância inferior;
- II - a disponibilidade de membro do próprio Tribunal ou de Juiz de instância inferior, com vencimentos proporcionais ao tempo de serviço.

Art. 46 - O procedimento para a decretação da remoção ou disponibilidade de magistrado obedecerá ao prescrito no art. 27 desta Lei.

Art. 47 - A pena de demissão será aplicada:

- I - aos magistrados vitalícios, nos casos previstos no art. 26, I e II;
- II - aos Juízes nomeados mediante concurso de provas e títulos, enquanto não adquirirem a vitaliciedade, e aos Juízes togados temporários, em caso de falta grave, inclusive nas hipóteses previstas no art. 56.

Nota-se, portanto, que a atenção e diligência do magistrado em questões como as descritas anteriormente, impedirão que o processo seja utilizado de maneira indevida, pois aqueles que assim pretenderem estarão sujeitos às sanções de âmbito cível e/ou penal decorrentes das condutas vedadas.

O magistrado, todavia, não deve ficar atento apenas à conduta do sucumbente, mas à conduta das partes em geral, bem como dos auxiliares da justiça, os quais como visto anteriormente, podem ser responsabilizados, sejam eles serventuários, peritos, tradutores oficiais, etc., mas não destes, como também dos procuradores das partes. Todos devem ser acompanhados e fiscalizados, sendo que eventuais desvios de conduta devem ser exemplarmente responsabilizados.

Assim, a conduta das partes e seus procuradores têm total correlação com a lealdade e boa-fé processual, na forma do disposto no Código de Processo Civil Brasileiro.³²²

Acerca da boa-fé processual ressaltou Mendonça Lima:

[...] quanto mais se reforçam os poderes do juiz, mais devem ser cerceadas as atitudes de improbidade, de quem quer que seja, evitando que a atuação do magistrado pudesse tornar-se inócua, se, como representante do

Art. 48 - Os Regimentos Internos dos Tribunais estabelecerão o procedimento para a apuração de faltas puníveis com advertência ou censura. (BRASIL, **Lei Orgânica da Magistratura Nacional**, disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/LCP/Lcp35.htm>, acesso em: 07 fev. 2010)

³²² Art. 14. São deveres das partes e de todos aqueles que de qualquer forma participam do processo:

I - expor os fatos em juízo conforme a verdade;

II - proceder com lealdade e boa-fé;

III - não formular pretensões, nem alegar defesa, cientes de que são destituídas de fundamento;

IV - não produzir provas, nem praticar atos inúteis ou desnecessários à declaração ou defesa do direito.

V - cumprir com exatidão os provimentos mandamentais e não criar embaraços à efetivação de provimentos judiciais, de natureza antecipatória ou final.

Parágrafo único. Ressalvados os advogados que se sujeitam exclusivamente aos estatutos da OAB, a violação do disposto no inciso V deste artigo constitui ato atentatório ao exercício da jurisdição, podendo o juiz, sem prejuízo das sanções criminais, civis e processuais cabíveis, aplicar ao responsável multa em montante a ser fixado de acordo com a gravidade da conduta e não superior a vinte por cento do valor da causa; não sendo paga no prazo estabelecido, contado do trânsito em julgado da decisão final da causa, a multa será inscrita sempre como dívida ativa da União ou do Estado.

Art. 15 - É defeso às partes e seus advogados empregar expressões injuriosas nos escritos apresentados no processo, cabendo ao juiz, de ofício ou a requerimento do ofendido, mandar riscá-las.

Parágrafo único. Quando as expressões injuriosas forem proferidas em defesa oral, o juiz advertirá o advogado que não as use, sob pena de lhe ser cassada a palavra. (BRASIL, **Código de Processo Civil**, disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L5869.htm, acesso em: 17 abr. 2009)

Estado, pudesse ser iludido, mal orientado ou burlado em sua missão de fazer justiça e de preservar a legalidade. A autoridade judiciária, portanto, encontraria óbices incompatíveis, como é óbvio, com a moderna posição a que foi erigida, em nome da própria ordem social, política e jurídica.³²³

Verificada a má-fé processual deve agir no sentido de punir os responsáveis pelas práticas vedadas, valendo-se, para tanto, dos dispositivos legais pertinentes.³²⁴

Quanto ao argumento de que a dilação indevida e/ou ao menos desnecessária empreendida por aquele que, sucumbente, não tem interesse no provimento jurisdicional, essa conduta deveria ser revista, seja porque o Poder Judiciário, por meio de convênio firmado com o Banco Central do Brasil, dispõe de valiosíssima ferramenta tecnológica, qual seja, a penhora de numerário e o bloqueio de conta, via sistema Bacenjud³²⁵, seja porque as reformas legislativas tendem a coibir tal prática. A título elucidativo e como forma de demonstrar que as constantes reformas legislativas caminham para coibir as dilações indevidas empreendidas pelos devedores, basta observar o que dispõe o art. 475-J do Código de Processo Civil, inserido no ordenamento jurídico pátrio pela Lei nº. 11.232/2006, que determina a

³²³ LIMA, Alcides de Mendonça. **Probidade processual e finalidade do processo**. Uberaba: Ed. Vitória, 1978.

³²⁴ Art. 16 - Responde por perdas e danos aquele que pleitear de má-fé como autor, réu ou interveniente.

Art. 17 - Reputa-se litigante de má-fé aquele que:

I - deduzir pretensão ou defesa contra texto expresso de lei ou fato incontroverso;

II - alterar a verdade dos fatos;

III - usar do processo para conseguir objetivo ilegal;

IV - opuser resistência injustificada ao andamento do processo;

V - proceder de modo temerário em qualquer incidente ou ato do processo;

VI - provocar incidentes manifestamente infundados.

VII - Interpuser recurso com intuito manifestamente protelatório.

Art. 18 - O juiz ou Tribunal, de ofício ou a requerimento, condenará o litigante de má-fé a pagar multa não excedente a um por cento sobre o valor da causa e a indenizar a parte contrária dos prejuízos que esta sofreu, mais os honorários advocatícios e todas as despesas que efetuou.

§ 1º Quando forem dois ou mais os litigantes de má-fé, o juiz condenará cada um na proporção do seu respectivo interesse na causa, ou solidariamente aqueles que se coligaram para lesar a parte contrária.

§ 2º O valor da indenização será desde logo fixado pelo juiz, em quantia não superior a 20 % (vinte por cento) sobre o valor da causa, ou liquidado por arbitramento. (BRASIL, **Código de Processo Civil**, disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L5869.htm, acesso em: 17 abr. 2009)

³²⁵ Sistema de solicitação de informações via *Internet*, pelo qual o magistrado por meio de uma senha preenche um formulário (via internet), solicitando bloqueio de conta e/ou numerário. A referida solicitação chega ao Banco Central do Brasil, que repassa automaticamente as ordens judiciais para os bancos, conforme a solicitação feita, no intuito de atender à determinação do magistrado. (disponível em: <<http://www.bcb.gov.br/?BCJUDINTRO>>, acesso em 10 jan. 2010)

imposição de multa de 10% (dez por cento) em caso de não cumprimento espontâneo do comando jurisdicional.³²⁶

Ante ao anteriormente exposto, pode-se concluir que as próprias perderiam o interesse em promover a procrastinação da demanda, ante as conseqüências anteriormente explicitadas, ficariam esvaziados os argumentos dos seus patronos, no sentido de reiterar considerações, por meio de peças processuais destinadas, exclusivamente à demora processual.

3.3.2.4 Da qualificação do magistrado como contributo à tutela jurisdicional tempestiva

O Código de Ética da Magistratura Nacional estabelece a capacitação do magistrado como fator determinante para que a atividade jurisdicional se desenvolva a contento, ou seja, nos contornos que lhe foram conferidos pela Constituição Federal.³²⁷

A capacitação do magistrado deve ser continuada e empreendida não só no âmbito da ciência jurídica, contemplando também outros conhecimentos e técnicas, com prevalência para disciplinas como direitos humanos e direito constitucional.³²⁸

Gonçalves concorda com a multidisciplinaridade da qualificação do magistrado:

³²⁶ Art. 475-J. Caso o devedor, condenado ao pagamento de quantia certa ou já fixada em liquidação, não o efetue no prazo de quinze dias, o montante da condenação será acrescido de multa no percentual de dez por cento e, a requerimento do credor e observado o disposto no art. 614, inciso II, desta Lei, expedir-se-á mandado de penhora e avaliação. (BRASIL, **Código de Processo Civil**, disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L5869.htm, acesso em: 17 abr. 2009)

³²⁷ Art. 29. A exigência de conhecimento e de capacitação permanente dos magistrados tem como fundamento o direito dos jurisdicionados e da sociedade em geral à obtenção de um serviço de qualidade na administração de Justiça. (BRASIL, **Código da Magistratura Nacional**, disponível em: http://www.cnj.jus.br/index.php?option=com_content&view=article&id=4980&Itemid=491, acesso em: 27 dez. 2009)

³²⁸ Art. 31. A obrigação de formação contínua dos magistrados estende-se tanto às matérias especificamente jurídicas quanto no que se refere aos conhecimentos e técnicas que possam favorecer o melhor cumprimento das funções judiciais.

Art. 32. O conhecimento e a capacitação dos magistrados adquirem uma intensidade especial no que se relaciona com as matérias, as técnicas e as atitudes que levem à máxima proteção dos direitos humanos e ao desenvolvimento dos valores constitucionais. (BRASIL, **Código da Magistratura Nacional**, disponível em: http://www.cnj.jus.br/index.php?option=com_content&view=article&id=4980&Itemid=491, acesso em: 27 dez. 2009)

[...] as Escolas de Magistrados devem deixar de ser centros de conferências ou de seminários e devem ser centros de reflexão, de estudos, tornando-se a inteligência do Poder Judiciário; os cursos não podem mais ser exclusivamente de Direito; devem ser, igualmente, de Filosofia, de Humanidades e, de molde especial e muito claro, de Língua pátria.³²⁹

Sobre a qualificação do magistrado leciona Lecey:

É imprescindível o preparo à novel magistratura. E somente as escolas judiciais podem fazê-lo e até com verdadeiros cursos de preparação ao exercício (destaque-se, exercício e não só ingresso) da magistratura, com preparação teórica e prática, de modo a aferir-se autênticas vocações, aproveitando-se os verdadeiramente vocacionados, o que somente poderá ser aquilatado por cursos prévios à efetivação do magistrado. Ele próprio (o candidato a juiz) poderá aquilatar sua verdadeira vocação por meio da freqüência à escola, com orientações e avaliações de ordem técnica e prática.³³⁰

A qualificação continuada do magistrado lhe permitirá um empreendimento da sua função jurisdicional de maneira ampla e adequada, com foco no provimento efetivo e atento à questão social que permeia sua atuação. Neste sentido leciona Gonçalves:

[...] a fim de que possa ele, o magistrado, com maior dominação científica, mais consciência da função social da jurisdição, gozar de maior poder discricionário no exercício do seu mister sem, contudo, permear o sentimento humano de insegurança; [...].³³¹

Em Portugal o candidato a cargo na magistratura, mesmo aprovado em seleção própria, deve permanecer por aproximadamente dois anos em curso de qualificação na Escola Judicial³³², fato que também ocorre na França, onde, juntamente com a Itália, o candidato selecionado freqüenta fases intermediárias – submetendo-se aos cursos de formação obrigatórios, cuja duração aproximada é de oito anos, até alcançar a jurisdição plena.³³³

³²⁹ GONÇALVES, William Couto. **Garantismo, Finalismo e Segurança Jurídica no Processo Judicial de Solução de Conflitos**, Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2004, p. 112.

³³⁰ LECEY, Eládio. **A educação judicial nos Estados Unidos e Canadá**. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. **O juiz: seleção e formação do magistrado no mundo contemporâneo**. Belo Horizonte: Del Rey, 1999, p. 254.

³³¹ GONÇALVES, William Couto. **Garantismo, Finalismo e Segurança Jurídica no Processo Judicial de Solução de Conflitos**, Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2004, p. 111.

³³² SIFUENTES, Mônica Jaqueline. **Seleção e formação do magistrados em Portugal – novo sistema**. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. **O juiz: seleção e formação do magistrado no mundo contemporâneo**. Belo Horizonte: Del Rey, 1999, p. 249.

³³³ MALHEIROS FIUZA, Ricardo Arnaldo. **A escola francesa**. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. **O juiz: seleção e formação do magistrado no mundo contemporâneo**. Belo Horizonte: Del Rey, 1999, p. 256.

Na Holanda, o magistrado é submetido a cursos de reciclagem obrigatórios, ao longo de toda a sua vida profissional, mesma já tendo ficado por aproximadamente seis meses em preparação prévia.³³⁴

A correlação entre a melhor qualificação do magistrado e a tutela jurisdicional tempestiva ou prazo razoável, foi bem delineada por Gonçalves:

É precisamente em razão da falta de melhor dominação técnico-científica do direito que boa parte dos magistrados incorrem em dilações indevidas, por ação ou por omissão, provando dessa forma retardamento na *especificidade* e na *eficácia* da jurisdição, por isso a inquestionável necessidade de sua melhor qualificação. [...] é certo, e também isso não se nega, que quanto mais bem qualificado o julgador mais facilidade terá para administrar a sua prestação jurisdicional no plano do processo, e, por consequência, mais celeridade.³³⁵

A melhor qualificação jurídica permite ao magistrado identificar de forma mais adequada a causa de pedir e o pedido, bem como conduzir adequadamente e em tempo razoável a instrução probatória, com escopo em provimento jurisdicional efetivo, proferido em tempo razoável, sem as dilações indevidas.

3.3.2.5 Da otimização do tempo do magistrado, com a concentração de esforços na prática de atos decisórios

Neste trabalho, procurou-se adotar o entendimento de que o elevado número de processos em trâmite no Judiciário brasileiro não é causa da morosidade processual, mas sim reflexo de uma maior conscientização da sociedade, que com o advento da nova ordem constitucional passou a reivindicar e lutar por seus direitos, numa amplitude bem maior à de outrora, não há como se negar que os magistrados têm em suas varas e secretarias escaninhos lotados de processos.

Claro está que o elevado número de processos a ser decididos implica inúmeras audiências, colheitas de provas, diligências e todos os atos necessários à robustez

³³⁴ BENETI, Sidnei Agostinho. **Formação do juiz na Holanda**. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. **O juiz: seleção e formação do magistrado no mundo contemporâneo**. Belo Horizonte: Del Rey, 1999, p. 340., p. 256.

³³⁵ GONÇALVES, William Couto. **Garantismo, Finalismo e Segurança Jurídica no Processo Judicial de Solução de Conflitos**, Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2004, p. 113.

fundamental para que o magistrado possa dar o seu provimento final, por meio de decisão meritória.

Dentro deste cenário, inegável que os magistrados disponham de um tempo ínfimo para trabalhar os processos aos seus cuidados, sendo que, por força do sistema processual vigente ou mesmo pela práxis jurídica, acabam por direcionar boa parte de seus esforços para o empreendimento de atos e/ou atividades que poderiam ser executadas por outras pessoas (servidores), sem comprometimento da sua qualidade.

Fernandes destaca que:

A delegação para a prática de atos de administração e atos de mero expediente, aos servidores, a teor do inciso XIV do art. 93 da Carta Magna, também veio com a intenção de desburocratizar os procedimentos, impondo a tramitação mais célere do processo. Tal dispositivo constitucional levou em consideração o grande número de juízes sobrecarregados com tarefas que poderiam ser delegadas aos servidores, fazendo com que mais agilmente flua o trabalho diário na solução da demanda.³³⁶

A idéia de distribuição das funções de impulso processual desprovidas de caráter decisório não é novidade. Dinamarco destaca que tal prática serve para diminuir a sobrecarga sobre o magistrado, sem qualquer prejuízo técnico-processual, haja vista que se trata de atos de mera rotina. A esse modelo o autor denomina autonomia judicial³³⁷, destacando a sua agregação ao sistema processual brasileiro (art. 162, § 4º. do Código de Processo Civil³³⁸). Há que se ressaltar que, o referido dispositivo foi acrescido ao ordenamento jurídico pátrio por força da Lei nº. 8.952/1994. No entanto, com o advento da Emenda Constitucional nº. 45/2004, foi incluída na Constituição Federal na forma do disposto no inciso XIV do art. 93³³⁹).

³³⁶ FERNANDES, Noeli. **Tutela efetiva**: acesso à justiça e tempo razoável na prestação jurisdicional. Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito, site: <http://www.conpedi.org/>, disponível em: < http://www.conpedi.org/manaus/arquivos/anais/brasil/15_359.pdf>, publicado nos anais do Conpedi, referente ao XVII Congresso Nacional realizado em Brasília/DF, nov 2008, Acesso em: 17 mai 2009, p. 4.517.

³³⁷ DINAMARCO, Cândido Rangel. **A reforma do código de processo civil**. São Paulo: Saraiva, 1998. p. 80.

³³⁸ Art. 162 - Os atos do juiz consistirão em sentenças, decisões interlocutórias e despachos. [...] § 4º Os atos meramente ordinatórios, como a juntada e a vista obrigatória, independem de despacho, devendo ser praticados de ofício pelo servidor e revistos pelo juiz quando necessários. (BRASIL, **Código de Processo Civil**, disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L5869.htm, acesso em: 18 dez. 2009)

³³⁹ Art. 93. Lei complementar, de iniciativa do Supremo Tribunal Federal, disporá sobre o Estatuto da Magistratura, observados os seguintes princípios:

Não há dúvida de que o referido dispositivo é de valiosíssima contribuição para aliviar o magistrado, retirando de sua alçada imediata procedimentos meramente burocráticos que podem e devem ser empreendidos pelos serventuários dos cartórios, podendo ser revistos pelo magistrado, se assim o julgar necessário. Com isso, o juiz pode dedicar o seu escasso tempo, para decisões mais complexas, mormente aquelas de mérito e que têm por escopo solucionar o litígio.

Na tentativa de agilizar as atividades judiciais meramente burocráticas, bem como dar mais celeridade ao desenvolvimento processual como um todo, foi publicada em 19/12/2006 a Lei nº. 11.419, que instituiu o processo eletrônico.

Salgado destaca que os objetivos da instituição do processo eletrônico são os seguintes: agilizar os procedimentos; diminuir a burocracia processual; diminuir a utilização dos insumos com papel e, conseqüentemente, diminuir a quantidade física de processos³⁴⁰ e, por fim, estabelecer um contato mais direto entre o magistrado e as partes litigantes.³⁴¹

A referida autora traz a lume a temática do tempo morto do processo, o qual é definido nas ciências físicas como: “o tempo em que o sistema apesar de estar utilizando-se de um tempo cronológico, não produz significativas alterações no procedimento de ações”.³⁴²

No âmbito jurídico pode-se concluir que o “tempo morto” do processo é aquele em que, apesar de fictamente o feito estar se desenvolvendo, em verdade encontra-se sem movimentação ante a prática de algum ato processual, seja por culpa dos

[...] XIV - os servidores receberão delegação para a prática de atos de administração e atos de mero expediente sem caráter decisório. (BRASIL, **Constituição [da] República Federativa do Brasil**, disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm, acesso em: 15 abr. 2009)

³⁴⁰ Processo no modelo tradicional, com a capa, os termos de abertura e encerramento, as folhas com as petições, requerimento e demais atos processuais, como atas de audiência, laudos e decisões.

³⁴¹ SALGADO, Gisele Mascarelli. **Tempo morto no processo judicial brasileiro**. Site: <http://www.direitonet.com.br/>, disponível em: <<http://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/3837/Tempo-morto-no-processo-judicial-brasileiro>>, publicado em: 16/11/2007, Acesso em: 17 mai. 2009, p. 4.

³⁴² SALGADO, Gisele Mascarelli. **Tempo morto no processo judicial brasileiro**. Site: <http://www.direitonet.com.br/>, disponível em: <<http://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/3837/Tempo-morto-no-processo-judicial-brasileiro>>, publicado em: 16/11/2007, Acesso em: 17 mai. 2009, p. 3.

auxiliares da justiça, seja por culpa das partes ou mesmo por culpa do magistrado. É o tempo em que não há desenvolvimento de atos destinados à resolução do litígio, ou seja, esse tempo ocioso repercute na morosidade processual, agregando negativamente a todos os demais fatores que somatizam este grave problema que assola o Judiciário brasileiro.

A idéia do processo eletrônico é a de utilizar as ferramentas e programas de informática disponíveis para a prática dos atos processuais. De imediato haverá uma redução (física) do número de processos nos escaninhos das varas e/ou secretarias dos tribunais, na medida em que o processo eletrônico é virtual. Além disso, com a utilização da informática, o objeto é dar mais agilidade à prática de atos processuais.

O processo eletrônico traz novidades que, realmente, podem contribuir para a celeridade processual, como por exemplo: a comunicação eletrônica dos atos processuais (arts. 4º. ao 7º.), sobre os quais leciona Esteves:

A incompatibilidade entre a demora na comunicação dos atos processuais e a imediatidade dos modernos meios de comunicação é muito grande, pois enquanto a forma de comunicação dos atos processuais na prática forense leva dias – e às vezes meses -, os modernos meios de comunicação permitem a prática desses atos instantaneamente ou em tempo real.³⁴³

A referida autora destaca ainda, outras vantagens da modernização da comunicação dos atos processuais, quais sejam:

- a) Dispensa a leitura de imprensa oficial em papel, gerando economia de tempo;
- b) Elimina a necessidade de expedição e cumprimento de mandados, cartas precatórias, rogatórias e de ordem, acelerando a tramitação dos processos judiciais;
- c) Evita o adiamento de audiências em razão de falta de intimação, em tempo hábil, dos sujeitos processuais;
- d) Evite o deslocamento dos sujeitos processuais para locais distantes;
- e) Evita o transporte físico de papéis e a ocupação de espaço físico na sede do Poder Judiciário;
- f) Gera economia de tempo, trabalho e recursos materiais das partes, dos advogados e do Poder Judiciário;
- g) Permite a preservação de prova em arquivos de imagem ou de som, bem como sua utilização por qualquer juiz a qualquer tempo;
- h) Permite o acesso aos atos judiciais a qualquer pessoa em qualquer lugar do mundo;
- i) Propicia o contato direto das partes e dos advogados com a prova que seria produzida por precatória, por rogatória ou por carta de ordem.³⁴⁴

³⁴³ ESTEVES, Carolina Bonadiman. **A forma de comunicação dos atos processuais e a garantia constitucional da razoável duração do processo.** In: ALMEIDA, Eneá Stutz e (Org.). **Direitos e garantias fundamentais.** Florianópolis: Fundação Boiteux, 2006, p. 169.

³⁴⁴ ESTEVES. Op.Cit., p. 169.

Outra modificação legislativa interessante empreendida nos últimos anos foi a promovida pela Lei nº. 11.277, de 07/02/2006, que instituiu o chamado julgamento antecipadíssimo da lide³⁴⁵, na medida em que acresceu ao Código de Processo Civil Brasileiro o art. 285-A.³⁴⁶

Inegavelmente, o referido dispositivo dará extrema celeridade a alguns feitos, quais sejam aqueles a matéria controvertida for unicamente de direito e o Juízo já houver se manifestado, por meio de sentença de total improcedência, em casos idênticos, pois o magistrado poderá proferir sentença desde logo, sem necessidade de citação, reproduzindo o teor da sentença anteriormente proferida no caso idêntico.

O maior entrave jurídico enfrentado pelo dispositivo citado é o questionamento de parte da doutrina pátria acerca da sua constitucionalidade. A própria Ordem dos Advogados do Brasil ajuizou a ADI nº. 3.695/DF alegando a inconstitucionalidade do dispositivo, ante as afrontas:

- 1) à isonomia constitucional, pois os entendimentos diversos dos vários juízos acarretarão processos com curso normal e outros com curso abreviado (para as varas onde já há entendimento consolidado pela improcedência do pedido);
- 2) à segurança jurídica, porque a repetição da sentença dada em outro caso, da qual terceiros não têm ciência dos argumentos e da analogia com o caso que é apresentado – torna ilegítima a atuação jurisdicional;
- 3) ao direito de ação, preterido pelo súbito bloqueio da regular formação da relação jurídica processual;
- 4) ao contraditório, já que o requerido não poderá debater e convencer o juízo do acerto de sua tese;
- e 5) ao devido processo legal, visto como feixe de direitos e garantias condutoras do processo de seu começo ao fim.³⁴⁷

³⁴⁵ GAJARDONI, Fernando da Fonseca. **O princípio constitucional da tutela jurisdicional sem dilações indevidas e o julgamento antecipadíssimo da lide (artigo 285-A do CPC)**. In: SALLES. Op.Cit., pp. 995-1.029.

³⁴⁶ Art. 285-A - Quando a matéria controvertida for unicamente de direito e no juízo já houver sido proferida sentença de total improcedência em outros casos idênticos, poderá ser dispensada a citação e proferida sentença, reproduzindo-se o teor da anteriormente prolatada.

§ 1º Se o autor apelar, é facultado ao juiz decidir, no prazo de 5 (cinco) dias, não manter a sentença e determinar o prosseguimento da ação.

§ 2º Caso seja mantida a sentença, será ordenada a citação do réu para responder ao recurso. (BRASIL, **Código de Processo Civil**, disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L5869.htm, acesso em: 17 abr. 2009).

³⁴⁷ GAJARDONI, Fernando da Fonseca. **O princípio constitucional da tutela jurisdicional sem dilações indevidas e o julgamento antecipadíssimo da lide (artigo 285-A do CPC)**. In: SALLES. Op.Cit., p. 1.007.

Todavia, o Instituto Brasileiro de Direito Processual - IBDP, na condição de *amicus curiae*, ingressou no feito³⁴⁸, opondo-se à alegação de inconstitucionalidade, demonstrando que não há violação:

- 1) à isonomia constitucional, pois [...] efetuado o julgamento liminar das ações repetitivas, eventuais divergências de entendimento entre juízes de varas distintas serão solucionadas pelas instâncias superiores;
- 2) à segurança jurídica, pois o magistrado, para aplicar o art. 285-A, do CPC, deverá demonstrar fundamentadamente a similitude de caso em apreço com outro julgado anteriormente, cabendo recurso contra má aplicação do dispositivo;
- 3) ao direito constitucional de ação (na verdade ao direito de petição), pois este já é exercitado com o simples acesso ao Judiciário, e o autor terá sua pretensão analisada fundamentadamente;
- 4) ao contraditório, pois não há lesão ao vencedor da ação pelo fato de não ter podido convencer o juiz, quando ele próprio já está convencido, por meio de prévia apreciação de casos similares, de que o réu não citado já tem razão; quando o réu – pretensamente lesionado pela falta de citação – sai vencedor da ação, sendo, portanto *inútil o contraditório*;
- e 5) ao devido processo legal, pois, além da edição do art. 285-A ter sido precedida de regular processo legislativo, a aplicação do dispositivo, por estar em conformidade com o novel princípio da tempestividade da tutela jurisdicional (artigo 5º., LXXVIII, da CF), vem ao encontro dos anseios por justiça célere, que é uma das facetas do princípio acoimado de violado [...]

³⁴⁹

O dispositivo anteriormente referenciado pode contribuir, também, pela otimização do tempo do magistrado, na medida em que, antes de aplicado, demanda cuidadosa averiguação dos casos similares, serviço este que pode ser empreendido tanto pelo assistente do magistrado, quanto pelo escrivão da vara. Sendo que, finda essa verificação, os casos serão apresentados ao magistrado para conferência, já com a decisão similar de improcedência selecionada. Desta forma, o magistrado terá o trabalho apenas de conferir os pleitos e a decisão similar para, posteriormente, serem prolatadas as sentenças de improcedência, com considerável redução do tempo em que aquele feito ficaria tramitando até provimento final.

Existem outros dispositivos que integram o ordenamento pátrio, advindos de reformas legislativas, muitas delas posteriores a explicitação da garantia constitucional à razoável duração do processo, no inciso LXXVIII, do art. 5º. da Carta Federal e que igualmente têm como foco a tutela jurisdicional tempestiva, que poderiam também ser citadas.

³⁴⁸ O subscritor da petição inicial do IBDP foi Cassio Scarpinella Bueno, especialista no assunto.

³⁴⁹ GAJARDONI, Fernando da Fonseca. **O princípio constitucional da tutela jurisdicional sem dilações indevidas e o julgamento antecipadíssimo da lide (artigo 285-A do CPC)**. In: SALLES. Op.Cit., p. 1.007-1.008.

Todavia, o objetivo de serem declinados os dispositivos supra é o de que um magistrado atento, comprometido com a sua relevante função pública, na concepção moderna que se tem do magistrado, deve se valer do próprio ordenamento para encontrar alternativas que lhe possibilitem contribuir para a razoável duração do processo, na medida em que não se pode ficar inerte à morosidade da prestação jurisdicional.

3.3.2.6 A conciliação como alternativa para a celeridade processual

Etimologicamente falando, a palavra conciliação remonta ao vocábulo latino *conciliatio*³⁵⁰, o qual deriva de *conciliare*³⁵¹, cujo significado é atrair, unir, combinar, ficar em paz, harmonizar. Pois bem, verifica-se que, desde a sua origem, o escopo da conciliação é harmonização, no caso jurídico, entre os litigantes.

Um dos principais argumentos favoráveis à conciliação é a sua inquestionável contribuição para a celeridade da solução dos conflitos. Isso porque, como visto anteriormente, sob o paradigma do Estado Democrático de Direito, não basta ao cidadão o mero acesso ao Poder Judiciário, esse acesso tem que ser efetivo, adequado e prestado em tempo razoável, sob pena de descrédito.

No intuito de demonstrar que a atividade jurisdicional efetiva, onde o processo se desenvolve em tempo razoável, só tem espaço em regimes democráticos, transcreve-se a seguir, trecho de um decreto expedido na China do século XII, sob a influência do imperador Hang Hsi (cf. *Legal Institutions in Manchú*, Van der Sprenkel, 1962, p. 77):

Ordeno que todos aqueles que se dirigirem aos Tribunais sejam tratados sem nenhuma piedade, sem nenhuma consideração, de tal forma que se desgostem tanto da idéia do Direito quanto se apavorem com a perspectiva de comparecerem perante um magistrado. Assim o desejo para evitar que os processos não se multipliquem assombrosamente, o que ocorreria se inexistisse o temor de se ir aos Tribunais; o que ocorreria se os homens concebessem a falsa idéia de que teriam à sua disposição uma justiça

³⁵⁰ SILVA, Plácido e. **Vocabulário Jurídico**. Atualizadores: SLAIB FILHO, Nagib; CARVALHO, Gláucia. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 329.

³⁵¹ SILVA, Plácido e. **Vocabulário Jurídico**. Atualizadores: SLAIB FILHO, Nagib; CARVALHO, Gláucia. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 329.

acessível e ágil; o que ocorreria se pensassem que os juízes são sérios e competentes. Se essa falsa idéia se formar, os litígios ocorrerão em número infinito e a metade da população será insuficiente para julgar os litígios da outra metade.³⁵²

A conciliação é um instituto que há muito foi previsto no ordenamento jurídico brasileiro, como forma de obtenção de uma solução mais rápida e mais econômica para o conflito de interesses, tanto é verdade que o Código Comercial de 1850 (Lei nº. 556/1850)³⁵³ e a Constituição de 1824³⁵⁴ já dispunham expressamente sobre ele.

Didier Jr. destaca que nos últimos tempos houve um considerável incremento no prestígio da conciliação:

Basta ver, por exemplo: a) a estrutura do procedimento trabalhista, pautado na tentativa de conciliação; b) o atual inc. IV do art. 125, CPC, que determina ao magistrado o dever de tentar conciliar as partes a qualquer tempo; c) os Juizados Especiais, também estruturados para a obtenção da solução autocomposta; d) a possibilidade de transação penal; e) a inclusão de uma audiência preliminar de tentativa de conciliação no procedimento ordinário (art. 331 do CPC), sendo possível, ainda, a inclusão no acordo jurídico de matéria estranha ao objeto litigioso (art. 475-N, III, CPC).³⁵⁵

O Conselho Nacional de Justiça – CNJ desenvolveu um projeto que tem por objeto estimular as conciliações judiciais, projeto este denominado de Movimento pela Conciliação. No referido projeto são definidas algumas premissas e traçados alguns objetivos, como por exemplo, a relevância do instituto e sua ampla utilização no mundo:

É tendência mundial a busca de alternativas à resolução de controvérsias por meio do processo clássico, instaurado perante o Poder Judiciário. Esse sistema de incapacidade do Estado em pacificar todos os conflitos é oriundo do aumento das populações e da litigiosidade decorrente da consolidação de direitos [...].³⁵⁶

³⁵² ANDRIGHI, Fátima Nancy. **O instituto da conciliação**: a reforma processual. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/conciliarConteudoTextual/anexo/artigo_02.pdf>, Acesso em: 27 nov. 2009, p. 1.

³⁵³ Art. 294. Todas as questões sociais que se suscitarem entre sócios durante a existência da sociedade ou companhia, sua liquidação ou partilha, serão decididas em juízo arbitral. (BRASIL, **Código de Processo Civil**, disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L0556-1850.htm>, acesso em: 20 dez. 2009)

³⁵⁴ Art. 161. Sem se fazer constar, que se tem intentado o meio da reconciliação, não se começará Processo algum. (BRASIL, **Constituição Política do Império do Brasil**, disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L0556-1850.htm>, acesso em: 20 dez. 2009)

³⁵⁵ DIDIER JR., Fredie. **Curso de direito processual civil**. Tomo I. Bahia: Jus Podivm, 2007, p. 70.

³⁵⁶ Conforme Conselho Nacional de Justiça - CNJ. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/index.php?option=com_content&view=article&id=7932&Itemid=973>, Acesso em: 17 dez. 2009.

Falcão destaca a conciliação como o meio mais rápido e mais barato para que o cidadão possa fazer valer os seus direitos:

A conciliação é mais rápida e mais barata do que a sentença. Vejam o exemplo dos Centros de Conciliação em Direito de Família, do Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Equipes multidisciplinares de psicólogos, advogados e assistentes sociais realizam mais de 66 audiências por dia, com meia hora cada uma. De 2002 a 2004, foram mais de 18 mil audiências, 62,45% das quais terminaram em acordo.³⁵⁷

Outro fator destacado pelo citado autor é que, com a solução dos conflitos por meio da conciliação, mormente em números relevantes - como os apontados no parágrafo anterior, o magistrado pode utilizar seu tempo para decidir questões de maior complexidade, as quais não seriam possíveis de composição conciliatória o que, via de consequência, daria um incremento na estatística de processos com provimentos finais, contribuindo para a celeridade processual:

Todo o sistema judicial sai ganhando com a conciliação. Diminuir a demanda por sentenças é potencializar a atuação dos juízes sobre os casos que mais dependem da sua apreciação. Daí o apoio unânime e enfático do CNJ, que tem como uma de suas principais funções a ampliação e democratização do acesso à Justiça. Ampliar esse acesso é contribuir para a paz social.³⁵⁸

Nancy Andrichi destaca a eficiência do instituto da conciliação, comparando-o com a realidade da Inglaterra e dos EUA, onde as partes litigantes, após a instrução probatória, comparecem a uma audiência (denominada *pre-trial*), onde o magistrado lhes formula uma proposta conciliatória, que objetiva por fim ao litígio. Segundo a autora, a estatística reflete o sucesso da composição conciliatória:

Observamos, como uma das principais experiências conciliatórias, a instituída na Inglaterra e vivenciada, também, nos Estados Unidos - a audiência denominada *pre-trial* que se realiza logo após a colheita de todas as provas, quando, então, as partes comparecem à presença do juiz e este lhes propõe a conciliação como forma de não se levar adiante o processo. Nos Estados Unidos no ano de 1991, as audiências *pre-trial* foram exitosas em percentual equivalente a 90% na Justiça Federal e 75% na Justiça Estadual.³⁵⁹

³⁵⁷ FALCÃO, Joaquim. **Movimento pela conciliação.** Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/conciliarConteudoTextual/anexo/artigo_02.pdf>, Acesso em: 27 nov. 2009, p. 1.

³⁵⁸ FALCÃO, Joaquim. **Movimento pela conciliação.** Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/conciliarConteudoTextual/anexo/artigo_02.pdf>, Acesso em: 27 nov. 2009, p. 1.

³⁵⁹ ANDRIGHI, Fátima Nancy. **O instituto da conciliação: a reforma processual.** disponível em: <http://bdjur.stj.gov.br/xmlui/bitstream/handle/2011/1403/Instituto_Concilia%C3%A7%C3%A3o_Reforma.pdf?sequence=4>, Acesso em: 27 nov 2009, p. 3.

Apesar de no sistema jurídico brasileiro a conciliação poder ser empreendida a qualquer tempo, diferentemente da sistemática inglesa e norte-americana, a sua importância no cenário atual é tamanha que o Conselho Nacional de Justiça – CNJ criou o Movimento pela Conciliação iniciado em 23/08/2006, sendo considerado o dia 08/12/2006 como o Dia Nacional da Conciliação. No ano seguinte, foi instituída a Semana Nacional pela Conciliação que se desenvolveu entre os dias 03(três) a 08(oito) de dezembro. Na referida semana, mais de 3.000 (três mil) magistrados e 20.000 (vinte mil) servidores e/ou colaboradores em todo o país, atenderam a mais de 300.000 (trezentas mil) pessoas.³⁶⁰

Segundo levantamento feito pelo próprio Conselho Nacional de Justiça, o Movimento pela Conciliação empreendeu, já no seu primeiro ano (2006), 83.987 (oitenta e três mil, novecentos e oitenta e sete reais), tendo sido empreendidos 46.493 (quarenta e seis mil, quatrocentos e noventa e três) acordos. Portanto, o percentual de sucesso foi de 55,36% (cinquenta e cinco vírgula trinta e seis por cento).³⁶¹

Em 2007 foram realizadas 227.564 (duzentas e vinte e sete mil, quinhentas e sessenta e quatro) audiências, tendo sido empreendidos 96.492 (noventa e seis mil, quatrocentos e noventa e dois) acordos. O percentual de sucesso foi de 42,40% (quarenta e dois vírgula quarenta por cento), totalizando um montante de R\$ 375.000.000,00 (trezentos e setenta e cinco milhões de reais), decorrente dos referidos acordos. Neste segundo ano do Movimento pela Conciliação estiveram envolvidos mais de 3.000 (três mil) magistrados, aproximadamente 20.000 (vinte mil) servidores e/ou colaboradores, tendo sido atendidas 411.000 (quatrocentas e onze mil) pessoas.³⁶²

Já no ano de 2008 foram realizadas 305.591 (trezentas e cinco mil, quinhentas e noventa e uma) audiências, tendo sido empreendidos 130.848 (cento e trinta mil,

³⁶⁰ Conforme Conselho Nacional de Justiça - CNJ. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/index.php?Itemid=973&id=7932&option=com_content&view=article>, Acesso em: 17 dez 2009.

³⁶¹ Conforme Conselho Nacional de Justiça - CNJ. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/images/stories/movimento_conciliacao/relatorios/semana_conciliacao_2006.pdf>, Acesso em: 17 dez 2009.

³⁶² Conforme Conselho Nacional de Justiça - CNJ. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/images/stories/movimento_conciliacao/relatorios/semana_conciliacao_2006.pdf>, Acesso em: 17 dez 2009.

oitocentos e quarenta e oito) acordos. O percentual de sucesso foi de 44,30% (quarenta e quatro vírgula trinta por cento), totalizando um montante de R\$ 974.141.660,43 (novecentos e setenta e quatro milhões, cento e quarenta e um mil, seiscentos e sessenta reais e quarenta e três centavos), decorrente dos referidos acordos. Neste terceiro ano do Movimento pela Conciliação estiveram envolvidos 16.627 (dezesseis mil seiscentos e vinte e sete) magistrados, 1.480 (um mil, quatrocentos e oitenta) juízes leigos, 11.277 (onze mil, duzentos e setenta e sete reais) conciliadores, 69.714 (sessenta e nove mil, setecentos e catorze) participantes, tendo sido atendidas 633.631 (seiscentos e trinta e três mil, seiscentos e trinta e um reais) pessoas.³⁶³

Há que se destacar que as partes envolvidas no litígio, via de regra, estão abertas a propostas conciliatórias, na maioria dos casos, tanto é verdade que em agosto de 2009, o Grupo Pão de Açúcar empreendeu ações³⁶⁴ junto ao Tribunal Regional do Trabalho - TRT do Rio de Janeiro, com o escopo de viabilizar acordos nas 368 (trezentas e sessenta e oito) ações judiciais que herdou em decorrência da aquisição da empresa Sendas Distribuidora. Dessa iniciativa resultaram 267 (duzentas e sessenta e sete) audiências de conciliação, sendo que em 154 (cento e cinquenta e quatro) processos foram empreendidos acordos judiciais, o que significou aproximadamente R\$ 2.800.000,00 (dois milhões e oitocentos mil reais) em pagamentos, tendo sido recolhidos aos cofres públicos cerca de 1.800.000,00 (um milhão e oitocentos mil reais) a título de imposto de renda e contribuição previdenciária.³⁶⁵

A situação supra não se configura como caso isolado. Apenas a título exemplificativo, pode ser citado que a empresa AES Eletropaulo investe na conciliação desde 2006 e conseguiu reduzir seu demandas de 20.000 (vinte mil) para 9.000 (nove mil) os processos relativos a fraude na obtenção de energia elétrica, demonstrando o sucesso dos procedimentos conciliatórios, os quais a bem

³⁶³ Conforme Conselho Nacional de Justiça - CNJ. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/images/stories/movimento_conciliacao/relatorios/semana_conciliacao_2006.pdf>, Acesso em: 17 dez 2009.

³⁶⁴ Sentido *lato* da palavra, sem a sua conotação jurídica.

³⁶⁵ AGUIAR, Adriana. **Empresas buscam Judiciário para fechar acordo em ações**. Matéria publicada no jornal Valor Econômico em 04.01.2010. Disponível em: <<http://www.netlegis.com.br/imprimirPage.jsp?imp=/detalhesDestaquesP.jsp?cod=31572&imprimir=sim>>, Acesso em: 17 dez 2009.

da verdade, não precisam ficar restritos à fase judicial, em que pese, neste trabalho, o aspecto seja aquele que envolve a demanda judicializada, na medida em que o enfoque é na duração do feito.³⁶⁶

O magistrado ocupa lugar de destaque no procedimento conciliatório, na medida em que, apesar das deficiências do sistema jurídico brasileiro³⁶⁷, ele ainda goza de respeito das partes em juízo, sendo que suas manifestações servem de parâmetro aos litigantes. No entanto, há que se extirpar, como bem leciona Souza Neto, o preconceito com que alguns julgadores tratam o tema conciliação:

Despido o magistrado do preconceito contrário quanto a se dedicar francamente à tarefa de obter a conciliação e, também ele, desprovido da vaidade de ver sua "bela" sentença elogiada pelos Tribunais, estará livre para perceber, na fase de conciliação, o que significa incorporar a lei, o arquétipo do pai e que, aos olhos das partes interessadas sua palavra impressiona, é contundente. A fala inicial do magistrado nas audiências de conciliação penetra a consciência dos envolvidos e com eles mantém contato direto. É um desperdício perder esse momento por ignorar sua importância e eficácia.³⁶⁸

Conforme exposto anteriormente, os números das campanhas feitas pelo Conselho Nacional de Justiça – CNJ e o próprio interesse das partes em conciliarem-se, demonstram haver um grande espaço e uma boa oportunidade para o empreendimento de acordo entre as partes litigantes, o que, fatalmente, reduziria não só tempo de tramitação dos feitos, bem como o próprio número global de processos no Judiciário.

Um pergunta, no entanto, se apresenta como das mais relevantes ante a este tema, qual seja: qual seria o papel do magistrado neste processo? Bom, para responder a este questionamento, necessário perpassar por outro, que é: a atuação do magistrado pode efetivamente contribuir para o empreendimento da conciliação entre as partes?

³⁶⁶ AGUIAR, Adriana. **Empresas buscam Judiciário para fechar acordo em ações**. Matéria publicada no jornal Valor Econômico em 04.01.2010. Disponível em: <<http://www.netlegis.com.br/imprimirPage.jsp?imp=/detalhesDestaquesP.jsp?cod=31572&imprimir=sim>>, Acesso em: 17 dez 2009.

³⁶⁷ Destacadas ao longo deste trabalho.

³⁶⁸ SOUZA NETO, João Batista de Mello. **Mediação em juízo**: abordagem prática para obtenção de um acordo justo, São Paulo: Atlas, 2000, p. 48.

No que tange ao primeiro questionamento, há que se estabelecer uma premissa inicial, qual seja a de que o magistrado cabe interpretar o ordenamento jurídico, tendo em vista o caso concreto, a fim de aplicar o direito por meio de um provimento jurisdicional. Além disso, a presença do magistrado no procedimento conciliatório garante um diálogo livre de coações, cabendo às partes conflitantes explicitar suas premissas e suas condições para um entendimento, sendo que ao julgador caberá, ainda, esclarecer estas, as vantagens e as desvantagens da formalização de um acordo objetivando por fim ao feito. Essa atuação do magistrado tem como principal fundamento conferir segurança às partes na tomada de decisão acerca ou não do empreendimento de um acordo.

Conclui-se, portanto, que a presença do magistrado no procedimento conciliatório é essencial ao seu êxito, bem como que o êxito do referido procedimento contribuirá, inquestionavelmente, para a razoável duração daquele feito, na medida em que este restará finalizado, antes do empreendimento de uma série de atos e procedimentos inerentes ao próprio processo, haja vista que a sua tramitação foi abreviada pela composição estabelecida entre as partes.

Outro fator importante que valoriza a conciliação é que o escopo principal da atividade jurisdicional é a pacificação social. Ora, nada mais próximo disso do que a composição entre os litigantes, entendimento este que poderá, inclusive, preservar as relações de trato continuado, como ocorre, por exemplo, com as questões inerentes ao contrato de trabalho, aquelas decorrentes da relação condominial e, ainda, de direito de família.

Isso porque as relações jurídicas continuadas são complexas entre si, mas também, denotam uma aproximação muito grande entre as partes, de forma que uma contenda judicial pode se revelar como fator determinante para fim dessas relações, quando em verdade, este nem seria o objetivo das partes contendentes.

O entendimento entre as partes litigantes, por meio de acordos celebrados nos processos, dá resultados positivos que a continuidade da demanda, tanto é verdade que no processo trabalhista, por exemplo, onde as relações das partes envolvidas no conflito são de natureza eminentemente continuada, o magistrado, por força do

disposto na Consolidação das Leis do Trabalho - CLT é obrigado a formular proposta conciliatória, ao menos em duas oportunidades (arts. 846 e 850 da CLT).³⁶⁹

3.3.2.7 Propostas de alteração legislativa que podem contribuir para a razoável duração do processo

Algumas alterações legislativas, desde que empreendidas, poderiam, também, contribuir sensivelmente para a duração razoável do processo, dentre as quais destacam-se:

a) audiência una: utilizando-se como parâmetro o que ocorre no processo trabalhista, poderia ser empreendida uma alteração no ordenamento processual civil estabelecendo uma única audiência, na qual seriam empreendidas: a tentativa de conciliação, a colheita das provas e a decisão final, na forma do estatuído no art. 849 da Consolidação das Leis do Trabalho – CLT³⁷⁰.

Somente em caráter excepcional a audiência poderá ser suspensa, sendo que para tanto, conforme o indigitado artigo, seria necessária a ocorrência motivo de força maior.

A audiência una, inegavelmente, facilita a atividade do julgador, na medida em que num mesmo momento são empreendidos atos essenciais ao deslinde do feito, o que concentra a atuação do magistrado, lhe permitindo decidir o caso concreto que lhe

³⁶⁹ Art. 846. Aberta a audiência, o Juiz ou presidente proporá a conciliação.

§ 1º Se houver acordo lavrar-se-á termo, assinado pelo presidente e pelos litigantes, consignando-se o prazo e demais condições para seu cumprimento.

§ 2º Entre as condições a que se refere o parágrafo anterior, poderá ser estabelecida a de ficar a parte que não cumprir o acordo obrigada a satisfazer integralmente o pedido ou pagar uma indenização convencionada, sem prejuízo do cumprimento do acordo.

Art. 850. Terminada a instrução, poderão as partes aduzir razões finais, em prazo não excedente de dez minutos para cada uma. Em seguida, o juiz ou presidente renovará a proposta de conciliação, e não se realizando esta, será proferida a decisão. (BRASIL, **Consolidação das Leis do Trabalho**, disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del5452.htm, acesso em: 17 abr. 2009)

³⁷⁰ Art. 849. A audiência de julgamento será contínua; mas, se não for possível, por motivo de força maior, concluí-la no mesmo dia, o juiz ou presidente marcará a sua continuação para a primeira desimpedida, independentemente de nova notificação. (BRASIL, **Consolidação das Leis do Trabalho**, disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del5452.htm, acesso em: 17 abr. 2009)

foi submetido com maior segurança, além do fato de otimizar o seu tempo, na medida em que os referidos atos não serão empreendidos de forma fracionada.

A abordagem supra, feita tendo em vista o procedimento ordinário trabalhista, repete-se de maneira ainda mais acentuada quando se trata do procedimento sumaríssimo juslaboral, na forma do estabelecido no artigo 852-C da Consolidação das Leis do Trabalho – CLT.

b) provas técnicas prévias: outra alteração legislativa muito interessante e que, fatalmente, reduziria o tempo de tramitação dos feitos é a obrigatoriedade das partes em apresentar suas provas técnicas previamente, ou seja, prova pré-constituída.

Guardadas as devidas proporções, a prova pré-constituída não é uma inovação no ordenamento jurídico brasileiro, haja vista que é requisito para a impetração do Mandado de Segurança, na forma do estabelecido na lei nº. 12.016/2009, que sucedeu à lei nº. 1.533/1951.

A redução de tempo de tramitação do processo decorre do fato de que ao apresentar previamente a prova, o contendente já apresenta seus fundamentos técnicos de validade da sua pretensão, de forma que o magistrado, tomando conhecimento dos mesmos e valendo-se de um auxiliar capacitado (*expert*), poderá aferir a veracidade e a procedência da prova técnica, fundamentando melhor a sua decisão.

De acordo com as normas vigentes, hoje, há um longo caminho a ser percorrido quando a questão envolve a produção do prova técnica. Caminho este que vai desde a nomeação de um perito, à apresentação de quesitos, definição de honorários periciais, impugnações e esclarecimentos ao laudo pericial, para só então

ser encerrada a instrução processual. Frise-se que, durante todo este trâmite, o processo, em termos de resultados práticos, fica paralisado.³⁷¹

³⁷¹ Art. 420 - A prova pericial consiste em exame, vistoria ou avaliação.

Parágrafo único. O juiz indeferirá a perícia quando:

I - a prova do fato não depender do conhecimento especial de técnico;

II - for desnecessária em vista de outras provas produzidas;

Vide Jurisprudência Seleccionada

III - a verificação for impraticável.

Art. 421 - O juiz nomeará o perito, fixando de imediato o prazo para a entrega do laudo.

§ 1º Incumbe às partes, dentro em 5 (cinco) dias, contados da intimação do despacho de nomeação do perito:

I - indicar o assistente técnico;

II - apresentar quesitos.

§ 2º Quando a natureza do fato o permitir, a perícia poderá consistir apenas na inquirição pelo juiz do perito e dos assistentes, por ocasião da audiência de instrução e julgamento a respeito das coisas que houverem informalmente examinado ou avaliado.

Art. 422 - O perito cumprirá escrupulosamente o encargo que lhe foi cometido, independentemente de termo de compromisso. Os assistentes técnicos são de confiança da parte, não sujeitos a impedimento ou suspeição.

Art. 423 - O perito pode escusar-se (artigo 146), ou ser recusado por impedimento ou suspeição (artigo 138, III); ao aceitar a escusa ou ao julgar procedente a impugnação, o juiz nomeará novo perito.

Art. 424 - O perito pode ser substituído quando:

I - carecer de conhecimento técnico ou científico;

II - sem motivo legítimo, deixar de cumprir o encargo no prazo que lhe foi assinado.

Parágrafo único. No caso previsto no inciso II, o juiz comunicará a ocorrência à corporação profissional respectiva, podendo, ainda, impor multa ao perito, fixada tendo em vista o valor da causa e o possível prejuízo decorrente do atraso no processo.

Art. 425 - Poderão as partes apresentar, durante a diligência, quesitos suplementares. Da juntada dos quesitos aos autos dará o escrivão ciência à parte contrária.

Art. 426 - Compete ao juiz:

I - indeferir quesitos impertinentes;

II - formular os que entender necessários ao esclarecimento da causa.

Art. 427 - O juiz poderá dispensar prova pericial quando as partes, na inicial e na contestação, apresentarem sobre as questões de fato pareceres técnicos ou documentos elucidativos que considerar suficientes.

Art. 428 - Quando a prova tiver de realizar-se por carta, poderá proceder-se à nomeação de perito e indicação de assistentes técnicos no juízo, ao qual se requisitar a perícia.

Art. 429 - Para o desempenho de sua função, podem o perito e os assistentes técnicos utilizar-se de todos os meios necessários, ouvindo testemunhas, obtendo informações, solicitando documentos que estejam em poder de parte ou em repartições públicas, bem como instruir o laudo com plantas, desenhos, fotografias e outras quaisquer peças.

Art. 431-A. As partes terão ciência da data e local designados pelo juiz ou indicados pelo perito para ter início a produção da prova.

Art. 431-B. Tratando-se de perícia complexa, que abranja mais de uma área de conhecimento especializado, o juiz poderá nomear mais de um perito e a parte indicar mais de um assistente técnico.

Art. 432 - Se o perito, por motivo justificado, não puder apresentar o laudo dentro do prazo, o juiz conceder-lhe-á, por uma vez, prorrogação, segundo o seu prudente arbítrio.

Art. 433 - O perito apresentará o laudo em cartório, no prazo fixado pelo juiz, pelo menos 20 (vinte) dias antes da audiência da instrução e julgamento.

Parágrafo único. Os assistentes técnicos oferecerão seus pareceres no prazo comum de 10 (dez) dias, após intimadas as partes da apresentação do laudo.

Art. 434 - Quando o exame tiver por objeto a autenticidade ou a falsidade de documento, ou for de natureza médico-legal, o perito será escolhido, de preferência, entre os técnicos dos estabelecimentos oficiais especializados. O juiz autorizará a remessa dos autos, bem como do material sujeito a exame, ao diretor do estabelecimento.

Eventual questionamento de que poderia haver prejuízo ao direito de defesa dos litigantes fica esvaziado, na medida em que, ao apresentar sua prova técnica prévia o autor já exercitou o seu direito, o qual poderá ser da mesma forma empreendido pelo réu, quando da apresentação da sua defesa. Além disso, os litigantes ainda terão a instância recursal para insurgirem-se contra a decisão que se baseou ou não em prova técnica apresentada por quaisquer deles.

c) comparecimento de testemunhas, independentemente de intimação: essa alteração legislativa, ainda que possa parecer simplória, pode dar grande contribuição para a razoável duração do processo. O comparecimento espontâneo da testemunha, a convite das partes litigantes, já adotado como regra, no procedimento sumaríssimo trabalhista (artigo 852-H, parágrafo 2º. da Consolidação das Leis do Trabalho), sendo que somente excepcionalmente a testemunha será intimada em juízo.³⁷²

Parágrafo único. Quando o exame tiver por objeto a autenticidade da letra e firma, o perito poderá requisitar, para efeito de comparação, documentos existentes em repartições públicas; nas falta destes, poderá requerer ao juiz que a pessoa, a quem se atribuir a autoria do documento, lance em folha de papel, por cópia, ou sob ditado, dizeres diferentes, para fins de comparação.

Art. 435 - A parte, que desejar esclarecimento do perito e do assistente técnico, requererá ao juiz que mande intimá-lo a comparecer à audiência, formulando desde logo as perguntas, sob forma de quesitos.

Parágrafo único. O perito e o assistente técnico só estarão obrigados a prestar os esclarecimentos a que se refere este artigo, quando intimados 5 (cinco) dias antes da audiência.

Art. 436 - O juiz não está adstrito ao laudo pericial, podendo formar a sua convicção com outros elementos ou fatos provados nos autos.

Art. 437 - O juiz poderá determinar, de ofício ou a requerimento da parte, a realização de nova perícia, quando a matéria não lhe parecer suficientemente esclarecida.

Art. 438 - A segunda perícia tem por objeto os mesmos fatos sobre que recaiu a primeira e destina-se a corrigir eventual omissão ou inexatidão dos resultados a que esta conduziu.

Art. 439 - A segunda perícia rege-se pelas disposições estabelecidas para a primeira.

Parágrafo único. A segunda perícia não substitui a primeira, cabendo ao juiz apreciar livremente o valor de uma e outra. (BRASIL, **Código de Processo Civil**, disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L0556-1850.htm>, acesso em: 20 dez. 2009)

³⁷² Art. 852-H. Todas as provas serão produzidas na audiência de instrução e julgamento, ainda que não requeridas previamente.

[...] 2º As testemunhas, até o máximo de duas para cada parte, comparecerão à audiência de instrução e julgamento independentemente de intimação.

§ 3º Só será deferida intimação de testemunha que, comprovadamente convidada, deixar de comparecer. Não comparecendo a testemunha intimada, o juiz poderá determinar sua imediata condução coercitiva.

§ 4º Somente quando a prova do fato o exigir, ou for legalmente imposta, será deferida prova técnica, incumbindo ao juiz, desde logo, fixar o prazo, o objeto da perícia e nomear perito. (BRASIL, **Consolidação das Leis do Trabalho**, disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del5452.htm, acesso em: 17 abr. 2009)

Inegavelmente, o comparecimento espontâneo das testemunhas ao Juízo, representaria um ganho tempo para o processo, na medida em que não seria necessário o empreendimento de atos de sua intimação às mesmas, excetuam-se situações excepcionais, como aquelas abordadas nos parágrafos 3º. e 4º. do artigo 852-H da Consolidação das Leis do Trabalho – CLT, que poderia, inclusive, ser utilizado como parâmetro para a citada alteração .

No que pertine à atuação do magistrado, na medida em que o tempo do processo seria otimizado, ante a desnecessidade de atos de intimação da testemunha, ele mesmo poderia incrementar sua atividade jurisdicional, deixando de participar de audiências apenas para abrir e encerrar as seções, ante adiamentos por não comparecimento de testemunhas.

Ainda poderiam ser apresentadas outras sugestões de alterações legislativas, como por exemplo, a questão atinente à sucumbência recursal e a valorização da primeira instância.

Aliás, sobre o tema leciona Calmon de Passos: “[...] centralizamos demasiados poderes nos tribunais em detrimento dos juízes do primeiro grau, desfigurando a própria independência da magistratura [...] os julgamentos do primeiro grau. [...]”³⁷³

O citado autor, destaca, ainda que os juízes de primeira instância:

[...] estão desmoralizados por força de um sistema de recursos engendrado para fortalecer a posição dos tribunais, permissivo de liminares deferidas por relatores ou presidentes de tribunais suspendendo a eficácia de decisões do primeiro grau, muitas vezes, elas sim, configurando flagrantes ilegalidades [...].³⁷⁴

Existem discussões, também, acerca do reexame necessário, o qual para alguns é visto como afronta ao princípio constitucional da isonomia processual. Outro argumento contrário a este privilégio da Fazenda Pública é o de submeter sempre à instância superior, questão que o próprio ente público optou por não impugnar.

³⁷³ PASSOS, J. J. Calmon. **Direito, Poder, Justiça e Processo**: julgando os que nos julgam. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p.109.

³⁷⁴ PASSOS, J. J. Calmon. **Direito, Poder, Justiça e Processo**: julgando os que nos julgam. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p.112.

As sugestões para o empreendimento de alterações legislativas (audiência una, prova técnica prévia e comparecimento espontâneo das testemunhas), bem como as menções acerca da sucumbência recursal e o fim do reexame necessário são apenas indicações de que, apesar das disposições normativas não solucionarem o problema da morosidade processual, com vistas a um provimento final tempestivo, podem sim, servir como ferramentas a serem utilizadas pelos envolvidos no litígio, mormente o julgador, a fim de possibilitar a concretude da tutela em tempo razoável.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente trabalho tem como tema principal a garantia constitucional da razoável duração do processo, analisada sob a ótica do magistrado brasileiro, tendo vista o sistema jurídico pátrio e a forma como pode ser concretizada à luz do caso concreto.

Ao focalizar a temática na atuação do magistrado, a presente pesquisa pretende aferir de que forma as condutas, procedimentos e postura do julgador, para a tutela jurisdicional tempestiva.

Inicialmente analisou-se se direitos e garantias fundamentais são expressões sinônimas. Isso foi feito no primeiro capítulo do trabalho (item 1), sendo que ao final da exposição foi possível concluir que as garantias existem para assegurar a efetivação dos direitos, não podendo com eles se confundir.

Ocorre que, apesar da importância que é conferida às garantias, sua inobservância não significa a inexistência de direitos. Isso porque os direitos são inerentes às pessoas, ao passo que as garantias destinam-se a formatar a atuação do Estado no sentido de dar efetividade aos direitos; sem elas, embora declarados, os direitos podem refletir mera abstração normativa, sem atingir a concretude a que se destinam.

Identificada a diferença entre direitos e garantias, foi feita uma abordagem acerca das garantias constitucionais, no intuito de estabelecer o seu conceito, de forma a distingui-las de garantias individuais e direitos fundamentais. No aprofundamento do tema foi identificado que as garantias constitucionais podem ser próprias e impróprias. As primeiras destinadas à preservação da ordem constitucional e as segundas inerentes a assegurar os direitos subjetivos derivados da Constituição Federal.

Do estudo feito acerca das garantias constitucionais foi possível identificar que estas destinam-se a proteger Constituição, bem como assegurar a observância de direitos fundamentais, na medida em que conformam a atuação do Estado – em todas as

suas esferas de poder³⁷⁵, atuação esta que deve ser empreendida sob a ótica do Estado Democrático de Direito.

Todavia, no paradigma do Estado Democrático de Direito, existem direitos que transcendem a esfera individual e que não são assegurados pelas garantias constitucionais, mas sim pelas chamadas garantias institucionais, quais sejam: aquelas conferidas a algumas instituições tidas como essenciais à sociedade, mormente pelo contorno constitucional que lhes é atribuído. Observa-se, portanto, que sua importância reside no fato de que, em se preservando as instituições, preserva-se a identidade do Estado.

Há que se destacar que garantia institucional não é expressão sinônima de garantia do instituto, pois ao passo que a primeira destina-se à preservação das instituições (direito público), enquanto que a segunda diz respeito aos institutos (direito privado).

Ainda no primeiro capítulo (item 1) verificou-se a condição do processo como garantia fundamental ao direito à jurisdição, sendo que com base na doutrina de Gonçalves foi possível concluir que o processo é o instrumento que materializa a jurisdição.³⁷⁶

Para subsidiar a conclusão supra, foi feita uma abordagem acerca da natureza jurídica do processo como: contrato; quase-contrato; relação jurídica; situação jurídica; serviço público; procedimento e instituição jurídica.

A identificação do processo, como garantia ao direito fundamental à jurisdição, decorre do fato de que ele se configura como a última alternativa para que o integrante do corpo social possa viabilizar ou resguardar seus direitos, direitos esses que decorrem dos compromissos assumidos pelo Estado para com o seu povo, dos quais decorre a sua legitimidade.

³⁷⁵ Executivo, Legislativo e Judiciário.

³⁷⁶ GONÇALVES, William Couto. **Garantismo, Finalismo e Segurança Jurídica no Processo Judicial de Solução de Conflitos**, Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2004, p. 52.

As análises e as considerações anteriormente aduzidas foram de suma relevância para que, no segundo capítulo, fosse abordada a garantia constitucional da razoável duração do processo, núcleo do problema de pesquisa que motivou este trabalho.

Antes de adentrar no cerne da questão inerente à razoável duração do processo, foi necessária uma abordagem inicial acerca do tempo e suas conseqüências na prestação jurisdicional, verificando-se o que vêm a ser tutela jurisdicional efetiva e dilação indevida.

Verificou-se que será considerada efetiva a tutela jurisdicional quando forem respeitadas as garantias constitucionais do processo, mormente o contraditório e a ampla defesa, corolários do devido processo legal, bem como quando o provimento meritório final for conferido em tempo razoável.

Surgiu, então, um novo questionamento: o que vem a ser tempo razoável? Para responder a este questionamento foi necessária uma abordagem na doutrina nacional³⁷⁷ e estrangeira³⁷⁸, para ao final se concluir que será razoável o tempo utilizado para o desenvolvimento do processo quando não forem identificadas situações que representam dilações indevidas.

Evidentemente que o referido provimento final terá adequação ao caso concreto, obtido com o mínimo de erros e gastos possíveis, bem como capaz de produzir efeitos reais. Assim, o provimento destacado será, ao mesmo tempo: eficaz, eficiente e efetivo.

No que tange às dilações indevidas, anteriormente suscitadas, foi possível concluir que se trata de procedimentos empreendidos sem justificativa plausível entre um ato processual e outro, que de forma nenhuma contribui para a prestação jurisdicional efetiva, prolongando a tramitação processual, conceito este que é bem detalhado por Cruz e Tucci e Trepát.

³⁷⁷ CRUZ E TUCCI, José Rogério. **Tempo e Processo**: uma análise empírica das repercussões do tempo na fenomenologia processual (civil e penal). São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

³⁷⁸ TREPAT, Cistina Riba. **La eficacia temporal del proceso**: el juicio sin dilaciones indebidas. Barcelona: J. M. Bosch Editor, 1997,.

As dilações indevidas fazem parte de um conjunto de fatores que culminam na morosidade processual, dentre os quais podem ser destacados: o elevado número de processos; o descumprimento dos prazos processuais fixados em lei; a conduta das partes e seus procuradores; os problemas estruturais do Poder Judiciário; a falta de qualificação dos magistrados – mormente logo após o ingresso na carreira; as deficiências na produção legislativa; o manuseio recursal excessivo; dentre outras.

Em breve abordagem foi possível identificar que o Poder Judiciário ainda não tem sido alvo, freqüentemente falando, de ações objetivando sua responsabilização pela demora no empreendimento da atividade jurisdicional, em que pese alguns autores já defenderem isso.

Fixados os parâmetros anteriormente explicitados, partiu-se, então, para a identificação de um conceito para a garantia constitucional da razoável duração do processo, trabalho este que foi dificultado ante sua natureza aberta, de conceito vago e indeterminado.

Na busca pela identificação de um conceito, pode-se observar que a Corte Européia de Direitos do Homem fixou critérios para a identificação do tempo razoável de duração do processo, quais sejam: a complexidade do assunto; o comportamento dos litigantes e seus procuradores e a atuação do órgão jurisdicional, tudo aferido à luz do caso concreto.³⁷⁹

Após analisar as considerações de vários autores foi possível concluir que o processo terá duração razoável quando: dele resultar um provimento jurisdicional adequado, à luz do caso concreto; for desenvolvido com respeito às garantias constitucionais do processo, mormente o contraditório e a ampla defesa, corolários do devido processo legal; o provimento final for proferido em tempo adequado, ou seja, sem dilações indevidas, possibilitando uma ágil e tempestiva realização do direito.

³⁷⁹ CRUZ E TUCCI, José Rogério. **Tempo e Processo**: uma análise empírica das repercussões do tempo na fenomenologia processual (civil e penal). São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 68.

Contextualizando o assunto, foram examinados alguns diplomas estrangeiros que tratam do tema (razoável duração do processo) – item 2.2.3, de forma a demonstrar que a preocupação com a tutela jurisdicional tempestiva não é exclusividade do direito brasileiro.

Identificado o conceito de razoável duração do processo, uma dúvida foi suscitada no trabalho, qual seja: qual a importância ou a razão da explicitação desta garantia no texto constitucional?

Bem, para responder ao questionamento supra, inicialmente foi empreendida uma verificação acerca da existência ou não de precedentes da razoável duração do processo no ordenamento pátrio. Como resultado desta pesquisa, constatou-se uma série de dispositivos constitucionais e infraconstitucionais, anteriores à Emenda Constitucional nº. 45/2004 que explicitou a referida garantia.

Dentre os preceitos constitucionais que podem ser identificados como precedentes da razoável duração do processo, podem ser citados: o princípio constitucional da inafastabilidade da tutela jurisdicional³⁸⁰; o direito ao acesso à justiça³⁸¹ e o princípio da eficiência³⁸².

No que tange aos preceitos infraconstitucionais, foi possível identificar: a tutela antecipada³⁸³; a tutela específica nas obrigações de fazer, não fazer e de entrega de coisa³⁸⁴; a possibilidade de concessão de liminar em mandado de segurança³⁸⁵; a instituição dos Juizados Especiais da Justiça Comum³⁸⁶ e da Justiça Federal³⁸⁷, ante a simplificação de ritos e procedimentos; o compromisso do magistrado em velar

³⁸⁰ Art. 5º., inciso XXXV da Constituição Federal.

³⁸¹ Direito básico do cidadão brasileiro, do qual derivam todos os demais. O acesso ao ordenamento jurídico, configura-se como um dos mais importantes direitos fundamentais.

³⁸² Estatuído no art. 37 da Constituição Federal, o princípio da eficiência deve ser contextualizado com a atuação do Poder Judiciário, de forma a que o provimento jurisdicional proferido em prazo não razoável configura morosidade processual, caracterizando a ineficiência da atuação dos órgãos jurisdicionais.

³⁸³ Art. 273 do Código de Processo Civil.

³⁸⁴ Art. 461 do Código de Processo Civil.

³⁸⁵ Em que pese não solucionar definitivamente o conflito, destina-se a preservar direito lesionado ou sob ameaça de lesão, no intuito de que o provimento final seja efetivo, evitando desta forma, o perecimento do direito.

³⁸⁶ Lei 9.099 de 27 de setembro de 1995.

³⁸⁷ Lei 10.259 de 13 de julho de 2001.

pela rápida solução do litígio³⁸⁸; o Código de Defesa do Consumidor, que contempla em seu texto as ações coletivas, uma forma de acesso à justiça, mais ágil e rápida para os consumidores³⁸⁹; a possibilidade de apresentação de petições por meios eletrônicos³⁹⁰; tramitação prioritária do processo para pessoas maiores de 65 anos³⁹¹; dentre outros dispositivos.

Restou comprovado, portanto, que a razoável duração do processo não se traduz como inovação ao ordenamento jurídico brasileiro, trazida pela Emenda Constitucional nº. 45/2004. O que a referida Emenda fez, foi explicitar esta garantia constitucional. E por quê?

Após aferições doutrinárias foi possível concluir que a explicitação da referida garantia no texto constitucional teve como finalidade atribuir-lhe o *status* de direito fundamental, o que possibilitada a sua aplicação imediata, na forma do disposto no parágrafo 1º., do artigo 5º. da Constituição Federal³⁹².

Como visto a morosidade processual é resultado de um complexo de situações e procedimentos, em provimentos meritórios e finais tardios ou proferidos em tempo excessivo. Com a explicitação da garantia constitucional à razoável duração do processo, o tema ganha maior robustez, o que supõe possa gerar resultados efetivos. No entanto, conforme demonstrado ao longo trabalho, apesar do magistrado não ser o único responsável para tornar realidade a atividade jurisdicional tempestiva, não há dúvida de que sua atuação é fundamental e contribui muito para isso.

Foi empreendida uma análise acerca da atuação do magistrado ao longo dos tempos, iniciando-se pela época em que este era mero servo do soberano, subserviente às suas vontades e sem qualquer preocupação com a repercussão social de suas decisões.

³⁸⁸ Art. 125, inciso II do Código de Processo Civil.

³⁸⁹ Lei 8.078/1990.

³⁹⁰ Lei 9.800/1999.

³⁹¹ Estatuída na Lei 1.173/2001. Posteriormente, com o advento da Lei nº. 10.741/2003, a idade foi reduzida para 60 anos, mantida a tramitação prioritária (art. 71).

³⁹² Art. 5º. [...] § 1º. - As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata. (BRASIL, **Constituição [da] República Federativa do Brasil**, disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm, acesso em: 15 abr. 2009)

Na evolução da atuação do julgador, tem-se o juiz boca da lei, próprio da época do liberalismo francês, onde o magistrado ficava adstrito aos ditames legais, sem que pudesse interpretar o texto normativo, sujeitando-se, portanto, à vontade daqueles que legislaram, que criaram as leis, ou seja, fazendo valer a vontade da burguesia.

Na passagem do Estado Liberal para o Estado Social, o magistrado muda sua postura e passa a decidir mais preocupado com a função social de seus provimentos, até porque neste período há uma forte intervenção estatal no sentido de dar efetividade aos direitos declarados, mormente os sociais.

Com o advento do Estado Democrático de Direito, o magistrado passa a se inserir como ator no processo decisório-jurisdicional, na medida em que deixa a passividade que o caracterizou ao longo dos tempos e passa a assumir uma postura mais ativa, com espeque na Constituição Federal, diploma mais importante no regime democrático e que congrega os anseios mais importantes da sociedade.

Esse juiz de atuação mais ativa, característico do regime democrático, não lida mais com problemas individuais, na medida em que surgem novos direitos de sujeitos e titulares indeterminados, os chamados metaindividuais (difusos, coletivos e individuais homogêneos) que exigem muito do julgador.

O Estado Democrático de Direito é aquele em que os direitos fundamentais não só devem ser positivados e/ou defendidos, mas sim efetivados, fazendo parte do texto constitucional e vinculando a atuação de todo o Estado, em todos os seus níveis de poder, mormente no Poder Judiciário, moldando a forma de atuar do magistrado.

O Poder Judiciário no regime democrático passa a ter uma importância e uma autonomia que até então nem se pensava, bem como garantias funcionais e institucionais. No entanto, juntamente com essas garantias vêm também os deveres dos magistrados.

Parte da doutrina brasileira aponta como poderes-deveres dos magistrados aqueles que se refletem nas principais atividades empreendidas pelo julgador no processo, tais como: dirigir o processo; proferir provimentos, improvements e

acompanhamento da instrução probatória; zelar pela boa-fé processual; proferir decisões acerca dos pedidos e requerimentos formulados, bem como zelar pelo seu cumprimento e, por fim; buscar sempre uma tutela justa, efetiva e tempestiva.³⁹³

Na linha dessa atuação moderna do magistrado, adequada ao paradigma do Estado Democrático de Direito, está o ativismo judicial, por meio do qual o magistrado pode atuar no sentido de formar uma prova mais robusta, em que pese à doutrina tradicional entender que isso atentaria contra o princípio da imparcialidade que deve nortear a atuação do magistrado.

Há que se observar, no entanto, que os chamados poderes-deveres dos magistrados encontram-se limitados aos princípios da igualdade, da imparcialidade, do princípio do dispositivo e do contraditório, portanto, não há que se falar em prejuízo da imparcialidade do magistrado, até porque, imparcialidade é uma coisa e passividade é outra.

A atuação do magistrado é essencial para a concretude da tutela jurisdicional tempestiva, com respeito à garantia constitucional à razoável duração do processo. Todavia, celeridade processual não é expressão sinônima de razoável duração do processo, esta última está condicionada ao respeito das garantias constitucionais do processo, bem como à prolação de um provimento final efetivo, capaz de produzir os efeitos desejados, com o mínimo de custo e de tempo necessários. Já a celeridade pura e simples só leva em consideração o fator tempo, sem se preocupar com os demais fatores que são essenciais ao chamado provimento justo.

Havendo choque entre provimento jurisdicional justo e celeridade processual, há que prevalecer o primeiro, ante a concepção de processo justo, que comunga tutela jurisdicional tempestiva com respeito às garantias processuais, ao ordenamento jurídico e à efetividade da aplicação do direito ao caso concreto.

Assim sendo, é aceitável que o processo tenha uma tramitação um pouco maior – sem exageros e sem riscos ao perecimento e/ou ineficácia do direito, quando essa

³⁹³ **Poderes do juiz e tutela jurisdicional:** a utilização racional dos poderes do juiz como forma de obtenção da tutela jurisdicional, efetiva, justa e tempestiva. São Paulo: Atlas, 2006, p. 36-37.

dilação não for indevida, mas sim voltada à busca pela realidade fática, ante o conjunto probatório constante dos autos, com vistas a um provimento final justo. Isso, no entanto, não pode ser extremado, nem levado a dilações indevidas, pois a morosidade processual tem conferido ao Poder Judiciário brasileiro, nas últimas décadas, um acentuado descrédito por parte da sociedade, o que é constantemente refletido nas pesquisas de opinião que são veiculadas nos meios de comunicação.

394

O fator preponderante para que a sociedade brasileira demonstre tamanha desconfiança no Poder Judiciário é, sem dúvida, a morosidade processual, isso pode ser constatado nas pesquisas empreendidas, mormente aquelas promovidas pelo Conselho Nacional de Justiça – CNJ, demonstrando que a litigiosidade continua muito grande e a taxa de congestionamento do Judiciário permanece elevadíssima.

395

E como a atuação magistrado pode contribuir ou mesmo dar concretude à razoável duração do processo? Essa é uma pergunta de difícil resposta. No entanto, na mesma proporção que as causas da morosidade processual são complexas e diversas, algumas condutas, atos ou iniciativas dos magistrados podem interferir diretamente no tempo de duração do processo, com vistas a uma tutela jurisdicional tempestiva, sem dilações indevidas e, portanto, em prazo razoável.

A observância dos prazos estatuídos no ordenamento jurídico brasileiro é uma das alternativas para a tutela jurisdicional tempestiva. No que tange ao prazo estabelecido pelas partes, estes via de regra são cumpridos ou, se não são, implicam perda do direito de praticar o ato processual pertinente, portanto, não configuram grandes problemas.

³⁹⁴ A título de exemplo, foi publicada no Jornal O Estado de São Paulo, em 22/10/2009, matéria demonstrando que o Índice de Confiança na Justiça (ICJ) era de 5,6 pontos, numa escala de 0 a 10, demonstrando que pouco mais da metade da população brasileira confia no Poder Judiciário. (Matéria publicada no Jornal o Estado de São Paulo, site: <http://www.estadao.com.br/>, disponível em: < <http://www.estadao.com.br/noticias/nacional,confianca-no-judiciario-caiu-5-no-3-trimestre-mostra-fgv,454795,0.htm>>, Acesso em: 25 nov 2009)

³⁹⁵ A título elucidativo, a taxa de congestionamento no Tribunal de Justiça do Espírito Santo, na segunda instância é de 48,6% e na primeira instância é de 76,4%. (Relatório Justiça em Números, site: <http://www.cnj.jus.br/>, disponível em: http://www.cnj.jus.br/images/imprensa/justica_em_numeros_2008.pdf, Acesso em: 5 jan 2010)

Um grande problema reside na observância dos atos processuais pelo magistrado e pelos auxiliares da Justiça. Isso, porque, segundo Spalding³⁹⁶, tomando por base um processo cível que tramita sob o rito ordinário, seria possível que o feito tivesse sua solução final em 131 (cento e trinta e um) dias. Evidente que fatores externos³⁹⁷ ao processo podem prolongar este prazo, no entanto, na maioria dos casos o prolongamento do tempo do processo não é pertinente, nem justificável.³⁹⁸

A não observância dos prazos fixados no ordenamento jurídico, pelo magistrado, atenta contra a essência da tarefa que lhe é conferida pela Constituição Federal, devendo sujeitar o julgador que incorre em tal conduta, às penalidades previstas nas normas próprias, por meio de ações mais diretas das Corregedorias dos tribunais, sob a fiscalização do Conselho Nacional da Justiça – CNJ, aplicando-se as sanções administrativas pertinentes. Isso, aliás, se coaduna com o estatuído no próprio Código de Ética da Magistratura Brasileira.³⁹⁹

Não obstante o comprometimento do magistrado em respeitar os prazos fixados em lei para a prática de seus atos, outra situação de suma importância para que se viabilize a tutela jurisdicional tempestiva é a gestão da atividade jurisdicional, com o fito de conferir uma melhor qualidade à prestação jurisdicional, o que a ciência da Administração chama de qualidade total.

³⁹⁶ SPALDING, Alessandra Mendes. **Direito fundamental à tutela jurisdicional tempestiva à luz do inciso LXXVIII do art. 5º. da CF inserido pela EC n. 45/2004.** In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim *et al* (Org.), p. 38.

³⁹⁷ Conduta das partes, auxiliares do Juízo (oficiais de justiça, peritos, etc), terceiros (testemunhas, dentro outros), problemas estruturais do órgão jurisdicional (que inviabilizem a prática dos atos processuais).

³⁹⁸ O Centro Brasileiro de Estudos e Pesquisas Judiciais - Cebepej apurou em levantamento feito no Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, no ano de 2006, que os procedimentos judiciais levavam muito mais tempo do que o consignado em lei para a sua prática, sendo que para se ter uma sentença de mérito, em média, levava-se 872 dias. (Projetos de gestão mudam funcionamento da justiça. Matéria publicada no Consultor Jurídico, site: <http://www.conjur.com.br/>, disponível em: < <http://www.conjur.com.br/2009-jul-11/projetos-gestao-seduzem-tribunais-mudam-funcionamento-justica> >, Acesso em: 6 jan 2010)

³⁹⁹ [...] Art. 2º. - Ao magistrado impõe-se primar pelo respeito à Constituição da República e às leis do País, buscando o fortalecimento das instituições e a plena realização dos valores democráticos.
[...] Art. 20 - Cumpre ao magistrado velar para que os atos processuais se celebrem com a máxima pontualidade e para que os processos a seu cargo sejam solucionados em um prazo razoável, reprimindo toda e qualquer iniciativa dilatória ou atentatória à boa-fé processual. (BRASIL, **Código da Magistratura Nacional**, disponível em: <http://www.cnj.jus.br/index.php?option=com_content&view=article&id=4980&Itemid=491>, acesso em: 27 dez. 2009)

A qualidade total da prestação jurisdicional decorre de uma melhor organização da gestão desta atividade, com práticas voltadas para a sua finalidade imediata (o provimento final proferida na demanda) e mediata (pacificação social). Isso deve ser feito com a adoção de um conjunto de técnicas adequadas, capazes de corrigir ou minimizar as deficiências detectadas, de acordo com as especificidades de cada vara, cartório, tribunal ou turma, ou seja, de acordo com as particularidades inerentes a cada uma das células que compõem o Poder Judiciário.

A implementação da gestão com foco na qualidade da prestação jurisdicional deve contar com o envolvimento de todos aqueles que participam desta relevante função estatal, sob a direção do magistrado, desenvolvendo-se de maneira harmônica e coerente com as técnicas adotadas e tendo como meta uma prestação jurisdicional de qualidade, com respeito às garantias processuais, fulcrada no ordenamento jurídico, em tempo adequado e com efetividade de resultado.

A gestão da atividade jurisdicional é de suma importância para se evitar o chamado tempo morto do processo⁴⁰⁰. A atuação do juiz neste sentido não é novidade, pois o art. 193 do Código de Processo Civil já previa isso há um bom tempo. Ocorre que, com auxílio na ciência da Administração, essa temática ganha novos contornos e possibilita um resultado mais palpável.

A título elucidativo, vale a pena relatar que na linha da gestão da atividade jurisdicional, foi constatado em 2006, pelo Instituto Nacional de Qualidade Jurídica⁴⁰¹, que uma série de procedimentos empreendidos de maneira manual pelo Tribunal de Justiça de São Paulo, ocupavam cerca de 82% (oitenta e dois por cento) do tempo dos serventuários do Judiciário, sendo que tais procedimentos poderiam ser substituídos por processos eletrônicos, com auxílio em aplicativos de informática.⁴⁰²

⁴⁰⁰ Pode ser entendido, simplifcadamente, como o lapso temporal no qual o feito fica paralisado, sem movimentação ou seja, sem qualquer produtividade no desenvolvimento do procedimento.

⁴⁰¹ Entidade formada e sustentada por juízes.

⁴⁰² Projetos de gestão mudam funcionamento da justiça. Matéria publicada no Consultor Jurídico, site: <http://www.conjur.com.br/>, disponível em: < <http://www.conjur.com.br/2009-jul-11/projetos-gestao-seduzem-tribunais-mudam-funcionamento-justica> >, Acesso em: 6 jan 2010.

A conduta das partes também influencia e muito no tempo de duração do processo. A atitude de protelar a demanda é identificada na falta de interesse da parte sucumbente no cumprimento do comando jurisdicional I; em atos perpetrados em face do *ex adverso*⁴⁰³ no intuito de desestabilizá-lo ou desestimulá-lo, a fim de uma composição que somente seja favorável ao perpetrador dos referidos atos e adoção da postergação da demanda com estratégia para viabilizar a dilapidação do patrimônio⁴⁰⁴, dentre outras. Tais práticas configuram condutas indevidas passíveis de sanções e devem suscitar sempre a atenção do magistrado, no sentido de acompanhar a conduta das partes e aplicar as penalidades necessárias ou dar os devidos encaminhamentos aos órgãos que assim o farão.

A doutrina pátria já sedimentou o entendimento de que, o abuso do direito de defesa do réu implica dilação indevida. Todavia, as partes podem empreender, ainda, atos foram dos autos que configuram como protelatórios ao deslinde do processo, como por exemplo: ocultação de prova; não atendimento de diligência ou ainda simulação de doença.⁴⁰⁵

As partes contendentes e seus procuradores devem empreender a prática dos atos processuais, pautados na lealdade e na boa-fé⁴⁰⁶, sob pena de incorrer nas sanções previstas, cabendo ao magistrado estar atento a isso e atuar de forma incisiva no sentido de repreender tal prática. Uma vez verificadas as condutas vedadas, o magistrado deve agir na forma do estatuído no ordenamento jurídico.⁴⁰⁷

Assim sendo, importantíssima a atuação do magistrado no sentido de coibir condutas vedadas empreendidas pelas partes, com esteio no ordenamento jurídico pátrio, não podendo se omitir aos fatos, muito menos manter-se inerte, pois se assim

⁴⁰³ Expressão latina, que significa parte contrária (tradução livre).

⁴⁰⁴ Os artigos 593; 600, inciso I e 601 do Código de Processo Civil, combinados com os artigos 158, 163 e 165 do Código Civil, trazem disposições de índole civil sobre o assunto referido. Já o artigo 179 do Código Penal estatui a sanção criminal decorrente da conduta descrita.

⁴⁰⁵ ZAVASCKY, Teori Albino. **Antecipação da tutela**. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 77.

⁴⁰⁶ Os artigos 14 e 15 do Código Civil dispõem sobre a conduta das partes e seus procuradores.

⁴⁰⁷ Os artigos 16 e 17 do Código Civil estabelecem indenizações por perdas e danos, em face de quem pleitear de má-fé, bem como especificam algumas das condutas que são assim tipificadas (exemplos: alterar a verdade dos fatos, opuser resistência injustificada ao andamento do processo, provocar incidentes manifestamente infundados, Interpuser recurso com intuito manifestamente protelatório, dentre outras). Já o artigo 18 do mesmo diploma fixa que em sendo decretada a má-fé processual o litigante será condenado a multa.

o fizer, estará sendo conivente com a dilação indevida da demanda, devendo responder por isso, na forma dos diplomas normativos que lhe são aplicáveis.

Outro aspecto extremamente relevante e que contribui para se alcançar a tutela jurisdicional tempestiva é a qualificação constante do magistrado, até porque, isso se constitui em preceito constitucional para uma atividade jurisdicional de qualidade (art. 29 da Constituição Federal), tanto que o Código de Ética da Magistratura Nacional elenca a qualificação continuada como uma obrigação do julgador (art. 31). Alguns autores como Lecey⁴⁰⁸, Beneti⁴⁰⁹ e Gonçalves⁴¹⁰, destacam a importância não só da aferição de conhecimentos quando do ingresso mediante concurso público, mas também ao longo de toda a carreira, sendo que as Escolas da Magistratura devem colaborar neste intento.

Correto entendimento de Gonçalves quando destaca que o domínio da técnica é imprescindível ao magistrado, mormente para evitar a ocorrência de dilações indevidas, o que contribuiria para a morosidade processual. Quanto maior a qualificação do julgador, melhor será a qualidade da prestação jurisdicional, com vistas a uma tutela tempestiva e efetiva.⁴¹¹

Reflete, também, na morosidade processual, o fato de se submeter ao magistrado toda uma gama de atos e procedimentos, sem cunho decisório e que poderiam ser empreendidos pelos servidores do judiciário, sem qualquer tipo de comprometimento, no tocante ao seu resultado final.

O mais adequado, haja vista a quantidade de processos que tramitam no Poder Judiciário brasileiro, seria destinar ao magistrado apenas os atos de cunho decisório, onde o conhecimento da técnica jurídica se faz efetivamente necessário, retirando

⁴⁰⁸ LECEY, Eládio. **A educação judicial nos Estados Unidos e Canadá**. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. **O juiz: seleção e formação do magistrado no mundo contemporâneo**. Belo Horizonte: Del Rey, 1999.

⁴⁰⁹ BENETI, Sidnei Agostinho. **Formação do juiz na Holanda**. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. **O juiz: seleção e formação do magistrado no mundo contemporâneo**. Belo Horizonte: Del Rey, 1999.

⁴¹⁰ GONÇALVES, William Couto. **Garantismo, Finalismo e Segurança Jurídica no Processo Judicial de Solução de Conflitos**, Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2004.

⁴¹¹ GONÇALVES, William Couto. **Garantismo, Finalismo e Segurança Jurídica no Processo Judicial de Solução de Conflitos**, Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2004, p. 113.

da sua alçada outros atos meramente burocráticos ou de simples impulsionamento da demanda.

A otimização do tempo do magistrado pode ser obtida na melhor gestão da atividade jurisdicional, conforme abordado anteriormente, mas também pode ser refletida a partir das reformas legislativas empreendidas no sistema processual brasileiro, por meio dos mecanismos criados para diminuir a sobrecarga sobre o julgador, como por exemplo, o julgamento antecipadíssimo da lide ⁴¹², introduzido em nosso ordenamento pela Lei nº. 11.277/2006, que acresceu ao Código de Processo Civil Brasileiro o art. 285-A. ⁴¹³

O julgamento antecipadíssimo da lide pode contribuir para a otimização do tempo do magistrado, pois alguns feitos nos quais a matéria controvertida for unicamente de direito e o Juízo já houver se manifestado por meio de sentença de improcedência total, poderão ser decididos independente de citação da parte contrária para se defender, sendo que a verificação da semelhança dos feitos pode ser feita pelos serventuários do cartório, mormente o escrivão ou ainda por assessores do magistrado, o que abreviaria consideravelmente o tempo que o este teria que se dedicar ao feito, bem como reduziria o próprio tempo de tramitação do processo, contribuindo, portanto, com a tutela jurisdicional tempestiva.

Por fim, importantíssima, ainda a atuação do magistrado no empreendimento de composições judiciais entre as partes contendentes, isso porque, o magistrado ainda goza de respeito, por parte dos litigantes, sendo que suas ponderações acerca das vantagens e desvantagens no empreendimento de acordos são fundamentais para o sucesso da proposta conciliatória.

⁴¹² GAJARDONI, Fernando da Fonseca. **O princípio constitucional da tutela jurisdicional sem dilações indevidas e o julgamento antecipadíssimo da lide (artigo 285-A do CPC)**. In: SALLES. Op.Cit., pp. 995-1.029.

⁴¹³ Art. 285-A - Quando a matéria controvertida for unicamente de direito e no juízo já houver sido proferida sentença de total improcedência em outros casos idênticos, poderá ser dispensada a citação e proferida sentença, reproduzindo-se o teor da anteriormente prolatada.

§ 1º Se o autor apelar, é facultado ao juiz decidir, no prazo de 5 (cinco) dias, não manter a sentença e determinar o prosseguimento da ação.

§ 2º Caso seja mantida a sentença, será ordenada a citação do réu para responder ao recurso. (BRASIL, **Código de Processo Civil**, disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L5869.htm, acesso em: 17 abr. 2009).

Uma postura conciliadora do magistrado, adotada como procedimento, pode dar mais resultado do que campanhas como as empreendidas pelo Conselho Nacional de Justiça – CNJ, sem, contudo desmerecer os resultados das referidas campanhas. Todavia, caso a caso, examinando as pretensões envolvidas nas demandas e na rotina da atividade jurisdicional, o magistrado terá maiores condições de empreender acordos do que em campanhas nacionais.

Inegável que a presença do magistrado no procedimento conciliatório confere maior segurança aos contendentes, na medida em que garante um diálogo livre de coações, conferindo segurança às partes na tomada de decisão acerca do empreendimento ou não do acordo.

Assim sendo, é fundamental a presença do magistrado no procedimento conciliatório, mormente no tocante à possibilidade de êxito neste intento, sendo que uma vez empreendido o acordo, a tramitação processual será abreviada e o processo findar-se-á mais rapidamente, contribuindo, portanto, para a tutela jurisdicional efetiva, com provimento final tempestivo, objetivo da garantia constitucional à razoável duração do processo.

Conclui-se, portanto, que a razoável duração do processo configura-se por ser uma garantia constitucional, cujo objeto é assegurar o direito fundamental a uma tutela jurisdicional efetiva, qual seja: aquela proferida de acordo com o ordenamento jurídico pátrio, com respeito às garantias constitucionais do processo, em tempo razoável (sem dilações indevidas) e dotada de efetividade.

Para que a referida garantia deixe de ser mera abstração jurídica e torne-se uma realidade, verificou-se, ao longo deste trabalho, que a atuação do magistrado é essencial, mormente tendo em vista os contornos constitucionais que norteiam a atividade jurisdicional.

A atuação do magistrado seja respeitando e fazendo respeitar os prazos processuais; seja empreendendo a gestão pela qualidade da prestação jurisdicional, seja acompanhando e fiscalizando a conduta das partes e seus procuradores; seja qualificando-se tecnicamente, com fito na reciclagem profissional ou mesmo na

aquisição de novos conhecimentos, inclusive de outras áreas que não a ciência jurídica; seja por meio de atos, práticas e/ou procedimentos que otimizem o seu tempo, concentrando esforços na prática de atos decisórios; seja em procedimentos de cunho conciliatório, empreendido justo às partes e seus procuradores; é essencial à concretude da tutela jurisdicional efetiva.

Por fim, vale ressaltar que nenhum provimento será efetivo, caso seja conferido em tempo exagerado, configurando procedimento judicial moroso, decorrente de dilações indevidas, ferindo direito fundamental do jurisdicionado e atentando contra a própria finalidade da jurisdição.

REFERÊNCIAS

ABREU, Gabrielle Cristina Machado. **A duração razoável do processo como elemento constitutivo do acesso à justiça**: novas perspectivas após a emenda constitucional n. 45, de dezembro de 2004, Florianópolis: 2008.

AGRA, Walber de Moura. **Comentários à reforma do poder judiciário**. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

AGUIAR, Adriana. **Empresas buscam Judiciário para fechar acordo em ações**. Matéria publicada no jornal Valor Econômico em 04.01.2010. Disponível em: <<http://www.netlegis.com.br/imprimirPage.jsp?imp=/detalhesDestquesP.jsp?cod=31572&imprimir=sim>>. Acesso em: 17 dez. 2009.

ALEXY, Robert. **Teoria da argumentação jurídica**. Tradução de Zilda Hutchinson Schild Silva. São Paulo: Landy, 2001.

ALMEIDA, Gregório Assagra de. **O Poder Judiciário brasileiro como instituição de transformação positiva da realidade social**. Biblioteca digital jurídica do STJ. Disponível em: <http://bdjur.stj.jus.br/jspui/bitstream/2011/18475/2/O_Poder_Judici%C3%A1rio_Brasileiro_Como_Institui%C3%A7%C3%A3o.pdf>. Acesso em: 15 abr. 2009.

AMENDOEIRA JR., Sidnei. **Poderes do juiz e tutela jurisdicional**: a utilização racional dos poderes do juiz como forma de obtenção da tutela jurisdicional, efetiva, justa e tempestiva. São Paulo: Atlas, 2006.

ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976**. Coimbra: Almedina, 2001.

ANDRIGHI, Fátima Nancy. **O instituto da conciliação**: a reforma processual. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/conciliarConteudoTextual/anexo/artigo_02.pdf>. Acesso em: 27 nov. 2009.

ARAGÃO. **O Estado de Direito e o direito de ação** (a extensão do seu exercício). Revista Brasileira de Direito Processual 16/69-91. Rio de Janeiro: Forense, 1978.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**. São Paulo: Malheiros, 2004.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Malheiros, 1999.

BARBOSA, Rui. **Oração aos moços**. Campinas: Rousel, 2004.

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

_____. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da constituição brasileira.** 6. ed. atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

BAUMAN, Zygmunt. **Modernidade líquida.** Traduzido por Plínio Dentzein. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Poderes instrutórios do juiz.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

BENETI, Sidnei Agostinho. Formação do juiz na Holanda. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. **O juiz: seleção e formação do magistrado no mundo contemporâneo.** Belo Horizonte: Del Rey, 1999.

BEZERRA, Paulo César Santos. **Acesso à justiça: Um problema ético-social no plano da realização do direito,** Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

BÍBLIA. Português. **Bíblia sagrada.** N. T. II Timóteo. Tradução do Centro Bíblico Católico. 105. ed. Rev. Frei João José Pedreira de Castro. São Paulo: AM Edições, 199?, v. 7, p. 1.524.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos.** Rio de Janeiro: Campus, 1992.

_____. ***Dalla struttura alla funzione: nuovi studi di teoria del diritto.*** Milano: Edizioni di Comunità, 1977.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional.** São Paulo: Malheiros, 2008.

_____. **Ciência Política.** São Paulo: Malheiros, 2001.

BOURDIEU, Pierre. **O poder simbólico.** Tradução de Fernando Tomaz. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2001.

BRASIL, **Código Civil.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/L10406.htm. Acesso em: 17 abr. 2009.

BRASIL, **Código da Magistratura Nacional,** disponível em: http://www.cnj.jus.br/index.php?option=com_content&view=article&id=4980&Itemid=491>. Acesso em: 27 dez. 2009.

BRASIL, **Código de Processo Civil.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L5869.htm>. Acesso em: 17 abr. 2009.

BRASIL, **Código Penal,** disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del2848.htm>. Acesso em: 17 abr. 2009.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Justiça em Números.** Disponível em: http://www.cnj.jus.br/images/imprensa/justica_em_numeros_2008.pdf>. Acesso em: 5 jan. 2010.

BRASIL, **Constituição [da] República Federativa do Brasil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 10 abr. 2009.

BRASIL, **Consolidação das Leis do Trabalho**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del5452.htm>. Acesso em: 17 abr. 2009.

BRASIL, **Lei Orgânica da Magistratura Nacional**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/LCP/Lcp35.htm>. Acesso em: 07 fev. 2010.

CAMBI, Eduardo. Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo. In: FUX, Luiz *et al.* (Coord). **Processo e Constituição**: estudos em homenagem ao Professor José Carlos Barbosa Moreira. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. Coimbra: Almedina, 2000.

CAPPELLETTI, Mauro e GARTH, Bryan. **Acesso à justiça**. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1998.

_____. **Juízes legisladores?** Trad. Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1989, pp. 59-60.

CARNELUTTI, Francesco. *Diritto e Processo*. Napoli: Morano, 1958.

_____. Francesco. **Instituciones del Proceso Civil**. Tradução de: Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires: Livraria del Foro, v. 1, 1997.

CASTORIADIS, Cornelius. **A instituição imaginária da sociedade**. Traduzido por Guy Reynaud. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1999.

CHIOVENDA, Giuseppe. **Istituzioni di diritto processuale civile**, tradução de J. Guimarães Menegale: **Instituições de direito processual civil**. Vol. II. São Paulo: Saraiva, 1969.

COMPARATO, Fábio Konder. **O poder judiciário no regime democrático**. *Scientific Electronic Library Online*, site: <http://www.scielo.br/>. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0103-401420040002000008&script=sci_arttext>, publicado em 19/06/2004, Acesso em: 08 set. 2008.

CRUZ E TUCCI, José Rogério. **Tempo e Processo**: uma análise empírica das repercussões do tempo na fenomenologia processual (civil e penal). São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Independência da Magistratura e Direitos Humanos**. Revista eletrônica Direitos Humanos na Internet, site: <www.dhnet.org.br>. Disponível em:

<<http://www.dhnet.org.br/direitos/militantes/dalmodallari/dallari21.html>>. Acesso em: 23 nov. 2008.

DIAS, Rogério A. Correia. A razoável duração do processo: idéias para sua concretude. In: SALLES, Carlos Alberto de (Coord.). **As grandes transformações do processo civil brasileiro**: homenagem ao professor Kazuo Watanabe. São Paulo: Quartier Latin, 2009.

DICIONÁRIO AURÉLIO DA LÍNGUA PORTUGUESA. Site: <http://www.dicionariodoaurelio.com/>. Disponível em: <<http://www.dicionariodoaurelio.com/dicionario.php?P=Eficacia>>. Acesso em: 27 out. 2009.

DICIONÁRIO HOUAISS DA LÍNGUA PORTUGUESA. site: <http://biblioteca.uol.com.br/>. Disponível em: <<http://houaiss.uol.com.br/busca.jhtm?verbete=efici%EAncia&stype=k&x=13&y=13>>. Acesso em: 27 out. 2009.

DICIONÁRIO MICHAELIS DA LÍNGUA PORTUGUESA. Site: <http://michaelis.uol.com.br/>. Disponível em: <<http://michaelis.uol.com.br/moderno/portugues/index.php?lingua=portugues-portugues&palavra=razoavel>>. Acesso em: 30 nov. 2009.

DIDIER JR., Fredie. **Curso de direito processual civil**. Tomo I. Bahia: Jus Podivm, 2007.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil**. São Paulo: Malheiros, 2002.

_____. **A instrumentalidade do processo**. São Paulo: Malheiros, 2000.

_____. **A reforma do código de processo civil**. São Paulo: Saraiva, 1998.

_____. **Fundamentos do processo civil moderno**. São Paulo: Malheiros, 2000.

ESTEVES, Carolina Bonadiman. A forma de comunicação dos atos processuais e a garantia constitucional da razoável duração do processo. In: ALMEIDA, Eneá Stutz e (Org.). **Direitos e garantias fundamentais**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2006.

FALCÃO, Joaquim. **Movimento pela conciliação**. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/conciliarConteudoTextual/anexo/artigo_02.pdf>, Acesso em: 27 nov 2009.

FERNANDES, Noeli. **Tutela efetiva**: acesso à justiça e tempo razoável na prestação jurisdicional. Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito. Site: <http://www.conpedi.org/>. Disponível em: <http://www.conpedi.org/manaus/arquivos/anais/brasil/15_359.pdf>, publicado nos anais do Conpedi, referente ao XVII Congresso Nacional realizado em Brasília/DF, nov 2008. Acesso em: 17 mai. 2009.

FIUZA, Ricardo Arnaldo Malheiros. *A escola francesa*. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. **O juiz: seleção e formação do magistrado no mundo contemporâneo**. Belo Horizonte: Del Rey, 1999.

GAJARDONI, Fernando da Fonseca. **Técnicas de aceleração do processo**. São Paulo: Lemos & Cruz, 2003.

_____. **O princípio constitucional da tutela jurisdicional sem dilações indevidas e o julgamento antecipadíssimo da lide (art. 285-A do CPC)**. In: SALLES, Carlos Alberto de (Coord.). **As grandes transformações do processo civil brasileiro: homenagem ao professor Kazuo Watanabe**. São Paulo: Quartier Latin, 2009.

GÓES, Gisele Santos Fernandes. *Razoável duração do processo*. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim *et al* (Org.). **Reforma do Judiciário: primeiras reflexões sobre a Emenda Constitucional n. 45/2004**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

GONÇALVES, William Couto. **Garantismo, Finalismo e Segurança Jurídica no Processo Judicial de Solução de Conflitos**, Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2004.

_____. **Uma introdução à filosofia do direito processual: estudos sobre a jurisdição e o processo fundamentando uma compreensão histórica, ontológica e teleológica**. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2005.

GRACÍA, Jesús Maria Gonzáles. **La proliferación de procesos civiles**. Madrid: McGraw-Hill, 1996.

GRECO FILHO, Vicente. **Tutela jurisdicional das liberdades**. São Paulo: Saraiva, 1989.

GRINOVER, Ada Pellegrini. **As garantias constitucionais do direito de ação**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1973.

GUASP, Jaime. **Derecho Procesal Civil**. 3. ed., Tomo I, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1977.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia: entre facticidade e validade**. Trad. Flávio Bueno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

IHERING, Rudolf vön. **O espírito do direito romano: nas diversas fases de seu desenvolvimento**. Tradução de Rafael Benaion. Rio de Janeiro: Alba, 1943.

JARDIM, Afrânio Silva. **Da publicização do processo civil**. Rio de Janeiro: Líber Júris, 1982.

LECEY, Eládio. **A educação judicial nos Estados Unidos e Canadá**. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. **O juiz: seleção e formação do magistrado no mundo contemporâneo**. Belo Horizonte: Del Rey, 1999.

LIMA, Alcides de Mendonça. **Proibidade processual e finalidade do processo**. Uberaba: Ed. Vitória, 1978.

LOUREIRO, Caio Márcio. **Ação civil pública e acesso à justiça**. São Paulo: Método, 2004.

MACIEL, Adhemar Ferreira. **Considerações sobre as causas do emperramento do Judiciário**. Revista de Processo, ano 25, n. 97. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Garantia da tempestividade da tutela jurisdicional e duplo grau de jurisdição**. In: CRUZ e TUCCI, José Rogério. **Garantias constitucionais do processo civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional**. Coimbra: Coimbra, 1990, t. II.

_____. **Manual de Direito Constitucional**. T. IV. Coimbra: Coimbra, 1988.

MIRANDA, Vicente. **Poderes do juiz no processo civil brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 1993.

MITIDIERO, Daniel Francisco. **Elementos para uma teoria contemporânea do processo civil brasileiro**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

MORAES, Germana de Oliveira. **Controle jurisdicional da Administração Pública**. São Paulo: Dialética, 1999.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. **A duração dos processos: alguns dados comparativos**. Revista da EMERJ, nº. 26, v. 7. Rio de Janeiro: 2004.

MOURA, Luciano Raizer. **Qualidade simplesmente total: uma abordagem simples e prática da qualidade**. Rio de Janeiro: Qualitymark, 1997.

NALINI, José Renato. **O Juiz e o Acesso à Justiça**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.

_____. **A rebelião da toga**. Campinas: Millennium, 2006.

NOGUEIRA, Eliane Garcia. **Juiz gestor: gestão judiciária e eficiência jurídica**. Revista da Ajuris, ano XXXVI, nº. 113. Porto Alegre: Ajuris, 2009.

NOTARIANO JUNIOR, Antonio de Pádua. **Garantia da razoável duração do processo**. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim *et al* (Org.). **Reforma do Judiciário: primeiras reflexões sobre a Emenda Constitucional n. 45/2004**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

O ESTADO DE SÃO PAULO. São Paulo, data. Disponível em: <<http://www.estadao.com.br/noticias/nacional,confianca-no-judiciario-caiu-5-no-3-trimestre-mostra-fgv,454795,0.htm>>. Acesso em: 25 nov. 2009.

OLIVEIRA FILHO, Francisco José Rodrigues de. *Apud* ABREU, Gabrielle Cristina Machado. **A duração razoável do processo como elemento constitutivo do acesso à justiça:** novas perspectivas após a Emenda Constitucional n. 45, de dezembro de 2004. Florianópolis: Conceito Editorial, 2008, prefácio.

OST, François. **O tempo do direito.** Lisboa: Instituto Piaget, 1999.

PASSOS, J. J. Calmon. **Direito, Poder, Justiça e Processo:** julgando os que nos julgam. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

PINTO, Nelson Luiz. **Antecipação dos efeitos da tutela como instrumento de efetividade do processo e de isonomia processual.** Revista de Processo nº. 105. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

PINTO, Oriana Piske de Azevedo Magalhães. **A atuação criativa do juiz.** Instituto brasileiro de direito comparado e internacional de Brasília, site: <<http://www.idcb.org.br/>>. Disponível em: <<http://www.idcb.org.br/artigos/dr%20oriana/Aatuacao.pdf>>. Acesso em: 15 abr. 2009.

PROJETOS de gestão mudam funcionamento da justiça. Matéria publicada no Consultor Jurídico Site: <http://www.conjur.com.br/>. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2009-jul-11/projetos-gestao-seduzem-tribunais-mudam-funcionamento-justica>>. Acesso em: 6 jan. 2010.

REPOLÊS, Maria Fernanda Salcedo. **Habermas e a Desobediência Civil.** Belo Horizonte: Mandamentos, 2003.

RODRIGUES, Horácio Wanderley. **EC n. 45: acesso à justiça e prazo razoável na prestação jurisdicional.** In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim *et al* (Org.). **Reforma do Judiciário:** primeiras reflexões sobre a Emenda Constitucional n. 45/2004. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

SALGADO, Gisele Mascarelli. **Tempo morto no processo judicial brasileiro.** Site: <http://www.direitonet.com.br/>, disponível em: <<http://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/3837/Tempo-morto-no-processo-judicial-brasileiro>>, publicado em: 16/11/2007, Acesso em: 17 mai. 2009.

SANTO AGOSTINHO. **Confissões.** Traduzido por S. J. J. Oliveira Santos, e S. J. A. Ambrósio Pina. São Paulo: Nova Cultural, 1996.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **Pela mão de Alice. O social e o político na pós modernidade.** São Paulo: Cortez, 2005.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

SCARTEZZINI, Ana Maria Goffi Flaquer. O prazo razoável para a duração dos processos e a responsabilidade do Estado pela demora na outorga da **prestação** jurisdicional. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim *et al* (Org.). **Reforma do Judiciário**: primeiras reflexões sobre a Emenda Constitucional n. 45/2004. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

SCHMITT, Carl. **Verfassungslehre, reimp.** Berlim: Neukoeln, 1954.

SIFUENTES, Mônica Jaqueline. Seleção e formação dos magistrados em Portugal – novo sistema. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. **O juiz**: seleção e formação do magistrado no mundo contemporâneo. Belo Horizonte: Del Rey, 1999, p. 249.

SILVA, Ovídio Baptista da. **Curso de processo civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

SILVA, Paulo Eduardo Alves da. **Tempo dos cartórios sobre tempo da justiça**: os efeitos do funcionamento dos cartórios judiciais sobre a morosidade do processo. site: <http://www.conpedi.org/>. Disponível em: <http://www.conpedi.org/manaus/arquivos/anais/manaus/efetividade_paulo_alve_da_silva.pdf>, publicado nos anais do Conpedi, referente ao XVII Congresso Nacional realizado em Manaus/AM, nov 2006. Acesso em: 17 mai. 2009.

SILVA, Plácido e. **Vocabulário Jurídico**. Atualizadores: SLAIB FILHO, Nagib; CARVALHO, Gláucia. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

SILVEIRA, Paulo Fernando. **Devido processo legal**. Belo Horizonte: Del Rey, 1996.

SOARES, Orlando. **Responsabilidade civil no direito brasileiro**. Rio de Janeiro: Forense, 1996.

SOUZA, Carlos Aurélio Mota. **Poderes éticos do juiz**. Porto Alegre: Sérgio A. Fabris, 1987.

SOUZA NETO, João Batista de Mello. **Mediação em juízo**: abordagem prática para obtenção de um acordo justo, São Paulo: Atlas, 2000, p. 48.

SPALDING, Alessandra Mendes. Direito fundamental à tutela jurisdicional tempestiva à luz do inciso LXXVIII do art. 5º. da CF inserido pela EC n. 45/2004. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim *et al* (Org.). **Reforma do Judiciário**: primeiras reflexões sobre a Emenda Constitucional n. 45/2004. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

SPENGLER, Fabiana Marion. **Tempo, Direito e Constituição**: reflexos na prestação jurisdicional do Estado. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (coord.). **O aprimoramento do processo civil como garantia da cidadania.** As garantias do cidadão na justiça. São Paulo: Saraiva, 1993.

TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. **O juiz:** seleção e formação do magistrado no mundo contemporâneo. Belo Horizonte: Del Rey, 1999.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Direito fundamental à razoável duração do processo.** Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil, n. 29. Porto Alegre: Magister, 2009.

TREPAT, Cistina Riba. **La eficacia temporal del proceso: el juicio sin dilaciones indebidas.** Barcelona: J. M. Bosch Editor, 1997.

VARGAS, Jorge de Oliveira. A garantia fundamental contra a demora no julgamento dos processos. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim *et al.* (Org.). **Reforma do Judiciário:** primeiras reflexões sobre a Emenda Constitucional n. 45/2004. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

WAMBIER, Luiz Rodrigues; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; MEDINA, José Miguel. **Breves Comentários à Nova Sistemática Processual Civil.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim *et al.* (Org.). **Reforma do Judiciário:** primeiras reflexões sobre a Emenda Constitucional n. 45/2004. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

WEIS, Carlos. **Direitos humanos contemporâneos.** São Paulo: Malheiros, 1999.

WATANABE, Kazuo. Acesso à justiça e sociedade moderna. In: GRINOVER, Ada Pellegrini *et al.* (Coord). **Participação e processo.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988.

ZAVASCKY, Teori Albino. **Antecipação da tutela.** São Paulo: Saraiva, 2000.

Livros Grátis

(<http://www.livrosgratis.com.br>)

Milhares de Livros para Download:

[Baixar livros de Administração](#)

[Baixar livros de Agronomia](#)

[Baixar livros de Arquitetura](#)

[Baixar livros de Artes](#)

[Baixar livros de Astronomia](#)

[Baixar livros de Biologia Geral](#)

[Baixar livros de Ciência da Computação](#)

[Baixar livros de Ciência da Informação](#)

[Baixar livros de Ciência Política](#)

[Baixar livros de Ciências da Saúde](#)

[Baixar livros de Comunicação](#)

[Baixar livros do Conselho Nacional de Educação - CNE](#)

[Baixar livros de Defesa civil](#)

[Baixar livros de Direito](#)

[Baixar livros de Direitos humanos](#)

[Baixar livros de Economia](#)

[Baixar livros de Economia Doméstica](#)

[Baixar livros de Educação](#)

[Baixar livros de Educação - Trânsito](#)

[Baixar livros de Educação Física](#)

[Baixar livros de Engenharia Aeroespacial](#)

[Baixar livros de Farmácia](#)

[Baixar livros de Filosofia](#)

[Baixar livros de Física](#)

[Baixar livros de Geociências](#)

[Baixar livros de Geografia](#)

[Baixar livros de História](#)

[Baixar livros de Línguas](#)

[Baixar livros de Literatura](#)
[Baixar livros de Literatura de Cordel](#)
[Baixar livros de Literatura Infantil](#)
[Baixar livros de Matemática](#)
[Baixar livros de Medicina](#)
[Baixar livros de Medicina Veterinária](#)
[Baixar livros de Meio Ambiente](#)
[Baixar livros de Meteorologia](#)
[Baixar Monografias e TCC](#)
[Baixar livros Multidisciplinar](#)
[Baixar livros de Música](#)
[Baixar livros de Psicologia](#)
[Baixar livros de Química](#)
[Baixar livros de Saúde Coletiva](#)
[Baixar livros de Serviço Social](#)
[Baixar livros de Sociologia](#)
[Baixar livros de Teologia](#)
[Baixar livros de Trabalho](#)
[Baixar livros de Turismo](#)