

UNIVERSIDADE DO VALE DO RIO DOS SINOS  
CIÊNCIAS JURÍDICAS  
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO  
NÍVEL MESTRADO

VIRGINIA ICLE

**A MOROSIDADE DA PRESTAÇÃO JURISDICIONAL E A EFETIVAÇÃO DO  
DIREITO FUNDAMENTAL À RAZOÁVEL DURAÇÃO DO PROCESSO:  
CONSTRUINDO ALTERNATIVAS POSSÍVEIS**

São Leopoldo

2010

VIRGINIA ICLE

**A MOROSIDADE DA PRESTAÇÃO JURISDICIONAL E A EFETIVAÇÃO DO  
DIREITO FUNDAMENTAL À RAZOÁVEL DURAÇÃO DO PROCESSO:  
CONSTRUINDO ALTERNATIVAS POSSÍVEIS**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Área das Ciências Jurídicas da Universidade do Vale do Rio dos Sinos, como requisito parcial para a obtenção do título de Mestre em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Darci Guimarães Ribeiro

São Leopoldo

2010

### Catálogo na Publicação

I17m Icle, Virginia

A morosidade da prestação jurisdicional e a efetivação do direito fundamental à razoável duração do processo: construindo alternativas possíveis / Virginia Icle. – 2010.

122 f. ; 30 cm.

Dissertação (mestrado) – Universidade do Vale do Rio dos Sinos, Programa de Pós-Graduação em Direito, 2010.

“Orientador: Prof. Dr. Darci Guimarães Ribeiro”.

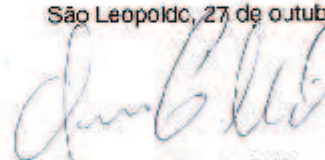
1. Direito processual civil. 2. Razoável duração do processo.  
3. Tutela jurisdicional. 4. Audiência preliminar. 5. Princípio da efetividade. 6. Direitos fundamentais. I. Título.

CDU 347.91/.95

UNIVERSIDADE DO VALE DO RIO DOS SINOS - UNISINOS  
CIÊNCIAS JURÍDICAS  
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO – PPGD  
NÍVEL MESTRADO

A dissertação intitulada: **"A MOROSIDADE DA PRESTAÇÃO JURISDICIONAL E A EFETIVAÇÃO DO DIREITO FUNDAMENTAL À RAZOÁVEL DURAÇÃO DO PROCESSO: CONSTRUINDO ALTERNATIVAS POSSÍVEIS"**, elaborada pela maestranda **Virginia Iole**, foi julgada adequada e aprovada por todos os membros da Banca Examinadora para a obtenção do título de **MESTRE EM DIREITO**.

São Leopoldo, 27 de outubro de 2010.

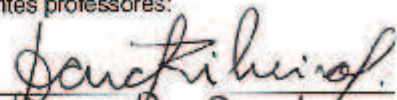


Prof. Dr. André Luis Callegari

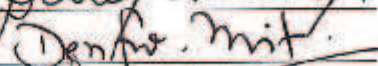
Coordenador do Programa de Pós-Graduação  
em Direito.

Apresentada à Banca integrada pelos seguintes professores:

Presidente: Dr. Darci Guimarães Ribeiro



Membro: Dr. Daniel Francisco Mitidiero



Membro: Dra. Angela Araujo da Silveira Espindola



À minha mãe, Isabel, por me fazer  
acreditar em mim mesma.

## **AGRADECIMENTOS**

Ao meu orientador, Professor Dr. Darci Guimarães Ribeiro, pela orientação e, sobretudo, pela confiança em minha capacidade.

Ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Unisinos, pela oportunidade em descobrir novos mundos.

A todos os professores do curso de mestrado da Unisinos, o qual faço na pessoa do coordenador, Prof. Dr. André Luís Callegari.

Ao meu pai, pelo embasamento contábil, o que, por consequência, me levou para o mundo jurídico.

À Ivania e ao Pedro, pelo companheirismo e pela paciência nesses anos que não iniciaram apenas no mestrado.

Ao Gilberto e ao Marcelo, pelo apoio, debates e todas as contribuições em meio às muitas noites de discussões.

Ao amigo Paulo Roberto Ramos Alves, pelo incentivo durante nossas muitas e longas viagens à Unisinos.

“A semente da verdade necessita, às vezes, de anos,  
ou mesmo de séculos, para tornar-se espiga...”

*Francesco Carnelutti*

## RESUMO

A proposta em desenvolver os processos judiciais sem dilações indevidas deve ser desenvolvida mediante práticas que estejam em concordância com os ditames Constitucionais. Para a concretização da tutela jurisdicional, é necessário que tais práticas, além de estarem em conformidade com a segurança do ordenamento jurídico e, capazes de efetivarem o direito fundamental a razoável duração do processo, contribuam, de forma efetiva, com os objetivos traçados pela Constituição. A audiência preliminar será investigada como um instrumento processual capaz de evitar dilações indevidas no decorrer dos processos, seja mediante a possibilidade de conciliação entre as partes, seja por meio do saneamento do processo. Permite a participação mais ativa dos agentes do processo, através do uso da oralidade. Neste sentido, compõe um sistema processual dinâmico, permitindo o “acesso à justiça” em sentido amplo, contemplando ao povo, a adjetivação de cidadão e difundindo a democracia participativa como proposta de Estado a ser adotada para a sociedade contemporânea. Nesse contexto, se pode vislumbrar que o dispositivo do art.331 do Código de Processo Civil Brasileiro, contribui com a efetividade do direito fundamental à razoável duração do processo, objetivando a redução da demora processual injustificável. Para tanto, cabe aos magistrados utilizarem-se de uma interpretação hermenêutica dos ditames constitucionais conjugada com os fatores externos que irão influenciá-lo. A problematização em questão pretende estudar a sociedade no momento atual, onde anseia pela consagração do direito fundamental ao processo em tempo razoável, o qual deve ser promovido por parte do Estado, já que o mesmo lhe consagrou constitucionalmente com o advento da EC 45/2004. Nesse contexto, cabe ao Estado responder pela demora injustificada dos tempos processuais. E a reparação deve manifestar-se através da indenização em favor do cidadão que teve seu direito tolhido, por consequência de um ato estatal, ou, no caso da audiência preliminar, sua inércia.

Palavras-chave: Direitos Fundamentais – Garantias do processo – Tutela Jurisdicional Efetiva – Duração Razoável do Processo – Audiência Preliminar – Democracia participativa – Formalismo-valorativo – Responsabilidade Estatal.



## ABSTRACT

The proposal to develop the judicial procedures without undue delay should be developed through practices that are in accordance with the constitutional dictates. For the completion of judicial review, it is necessary that such practices, and comply with the safety of the legal system and able to enforce the fundamental right to a reasonable duration of the process, contribute, effectively, to the goals set by Constitution. The preliminary hearing will be investigated as a procedural tool that will prevent undue delays during the process, either through the possibility of conciliation between the parties, either through the restructuring process. Allows more active participation of the process's, through the use of orality. In this sense, forms a dynamic procedural system, allowing "access to justice" in a broad sense, covering the people, the adjective of citizen participatory democracy and spreading as a proposed rule to be adopted to contemporary society. In this context, we can see that the machinery of article 331 of the Brazilian Civil Procedure Code, contributes to the effectiveness of the fundamental right of a reasonable duration of the process, aiming at the reduction of procedural delay unjustifiable. For this, use it to judges is a hermeneutic interpretation of constitutional principles coupled with external factors which will influence him, adopting the theory as formalism evaluative procedures. The questioning concerned intends to study the society at present, which yearns for the consecration of the fundamental right to process in reasonable time, which should be promoted by the state, since the constitutionally enshrined it even with the advent of constitutional amendment 45/2004 . In this context, the State must answer for the undue delay of the procedural time. And the repair should be manifested through indemnity in favor of the citizen who had checked his right, as a consequence of a state act, or, if the preliminary hearing, his inertia.

Keywords: Fundamental Rights – Process protections – Effective judicial protection – Reasonable duration of the procedure – Preliminary Hearing – Participatory democracy – Formalism-evaluative – State Responsibility.

## **LISTA DE ABREVIATURAS**

CF	Constituição Federal
EC	Emenda Constitucional
TC	Tribunal Constitucional
CC	Código Civil
STF	Supremo Tribunal Federal
STJ	Superior Tribunal de Justiça
CPC	Código de Processo Civil

## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO .....</b>	<b>10</b>
<b>1 O DIREITO FUNDAMENTAL À RAZOÁVEL DURAÇÃO DO PROCESSO .....</b>	<b>14</b>
1.1 A importância dos direitos fundamentais frente à nova ordem social .....	16
1.2 Os direitos fundamentais como alicerce ao Estado Democrático de Direito .....	25
1.3 A participação como elemento necessário ao conceito de democracia .....	31
1.4 A razoável duração do processo como garantia à tutela jurisdicional efetiva.....	38
1.5 A relevância do tempo para o processo: desvendando celeridade, tempestividade e morosidade processual .....	45
1.6 As dilações injustificadas dos tempos processuais: um obstáculo à efetividade do processo .....	52
<b>2 A AUDIÊNCIA PRELIMINAR COMO RESPOSTA À MOROSIDADE PROCESSUAL .....</b>	<b>60</b>
2.1 As origens da audiência preliminar e o seu desenvolvimento no processo .....	61
2.2 Os reflexos do uso da oralidade na audiência preliminar.....	69
2.3 O processo como escopo para a realização dos direitos fundamentais.....	76
2.4 O desempenho do Poder Judiciário para a consecução do direito à razoável duração do processo .....	82
2.5 A responsabilidade civil do Estado perante as dilações processuais indevidas .....	92
<b>CONSIDERAÇÕES FINAIS.....</b>	<b>103</b>
<b>REFERÊNCIAS .....</b>	<b>114</b>

## INTRODUÇÃO

A proposta desta dissertação consiste em apresentar a audiência preliminar prevista no artigo 331 do Código de Processo Civil Brasileiro como resposta à morosidade processual, por meio da sua contribuição à efetividade do Direito Fundamental à razoável duração do processo, a qual deve pressupor que o mesmo se desenvolva sem dilações indevidas quando provocadas por atrasos injustificados no decorrer da prática judicial e, tendo por escopo, a responsabilização do Estado por essa tutela jurisdicional intempestiva.

A audiência preliminar será estudada como forma de superar tais eventos intempestivos, pois é um dispositivo legal que contribui na organização temporal do processo, possibilitando a minimização da morosidade processual. A insuficiência de métodos e critérios capazes de solucionar a morosidade processual, quando decorrente da demora injustificável dos tempos processuais, é, por si só, sugestiva à dissertação aqui difundida.

Nesse sentido, a proposta contida no presente projeto é pertinente aos estudos desenvolvidos pela linha de pesquisa I do Programa de Pós-Graduação em Direito da Unisinos (Hermenêutica, Constituição e Concretização de Direitos), sendo orientada pela necessidade de averiguação da efetividade do Direito Fundamental à razoável duração do processo, pressupondo uma investigação hermenêutica da Constituição.

Igualmente se constitui fato importante desta pesquisa a necessidade de investigar a aplicabilidade das normas pelos tribunais, pois a atuação jurisdicional deve ser orientada na construção de decisões em conformidade com os ditames constitucionais, principalmente no que se refere à celeridade processual, concretização e efetividade dos direitos.

Nessa conjuntura, a solução mais adequada parece ser a procura de respostas no próprio ordenamento jurídico por intermédio de uma prática processual que não acabe com as expectativas daquele que espera pela realização de seu direito em virtude de um longo tempo litigioso, mas sim que contribua para o fim do litígio.

Não há dúvidas de que a busca da realização desses direitos almejados pelo cidadão está diretamente relacionada à efetividade processual. O Estado cria mecanismos processuais com o intento de não permitir a autotutela na busca de soluções para um determinado litígio, colocando-os à disposição dos juízes para que possam, da maneira mais eficaz, tutelar os direitos pleiteados.

Portanto, é imprescindível que sejam acoplados ao processo mecanismos que tutelem, de forma efetiva, adequada e tempestiva, os direitos almejados por todos os cidadãos.

O método de procedimento usado, ou seja, o modo como se desenvolverá a dissertação proposta, será o fenomenológico-hermenêutico, já que a matriz teórica da pesquisa é a hermenêutica.

Assim, para a composição de um estudo moderno e ativo do processo civil, a hermenêutica deve ser entendida como a possibilidade de decifrar a gama de sentidos contidos nos princípios e preceitos constitucionais, conferindo aos magistrados a possibilidade de desvendar o real sentido dos mandamentos constitucionais.

O método já descrito também será de grande valia, pois, para desenvolver o tema a ser pesquisado, é necessária a realização de uma interpretação hermenêutica da Constituição.

Entretanto, a proposta da utilização do procedimento hermenêutico vislumbra uma interpretação voltada aos ditames da Constituição.

Nas palavras de Häberle<sup>1</sup>, “a interpretação constitucional é, em realidade, mais um elemento da sociedade aberta”.

Portanto, os critérios hermenêuticos utilizados como modelo de procedimento a ser adotado no presente trabalho, irão muito além da interpretação como atividade de compreensão e explicitação do sentido de uma norma. Se cogita uma “interpretação garantida sob a influência da teoria democrática”<sup>2</sup> e, para tanto, em concordância com a realidade social que hoje é fortemente influenciada por relações que se caracterizam pela sua complexidade e pluralismo.

Para que a investigação se desenvolva liberta da “ideologia da subsunção”, como bem afirma Häberle<sup>3</sup>, é necessário vislumbrar um conceito mais amplo de hermenêutica, capaz de incluir todas as atores sociais que representam, também, fontes de interpretação, como os cidadãos e grupos sociais, órgãos estatais e, inclusive, a opinião pública<sup>4</sup>.

Portanto, a “Nova Hermenêutica Constitucional” proposta por Bonavides<sup>5</sup>, também irá nortear os rumos da presente pesquisa, traduzindo as determinações constitucionais normativas e condensando a antiga proposta hermenêutica voltada ao elemento instrumental, com o elemento axiológico, necessário de ser investigado já que a Carta Magna atual é constituída sob forte influência principiológica e valorativa.

Quanto ao método de abordagem da dissertação, será utilizado o método teleológico, em consonância com as linhas mestras do ordenamento jurídico, seus princípios e diretrizes.

---

<sup>1</sup> HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica constitucional*, p. 14.

<sup>2</sup> Idem, *Ibidem*, p. 14.

<sup>3</sup> Idem, *Ibidem*, p. 30.

<sup>4</sup> Idem, *Ibidem*, p. 14.

<sup>5</sup> BONAVIDES, Paulo. *Teoria constitucional da democracia participativa*, p. 36-37.

É certo que as interpretações devem, primeiramente, ser analisadas através de uma compreensão individual, mas é necessário buscar a verdadeira face dos conceitos para que se possa construir seu real sentido.

Portanto, tais métodos contribuirão para um melhor desenvolvimento do tema proposto, conjugados com outros elementos como a investigação jurisprudencial e doutrinária, ditando um conteúdo mínimo para o desenvolvimento da dissertação.

No primeiro capítulo do trabalho será desenvolvida a noção de Direito Fundamental, diferenciando-o dos Direitos Humanos e investigando a sua relevância para a formação do Estado Democrático de Direito, modelo esse proposto pela Constituição Federal de 1988.

O ideal democrático proposto (diga-se, vinculado) pelo Estado de Direito será analisado em um patamar além da característica da representatividade, pressupondo a necessidade da participação como elemento essencial para a concretização de seus ideais.

Após essas considerações, a razoável duração do processo, catalogada como Direito Fundamental pela Emenda Constitucional 45/2004, será estudada como garantia processual à tutela jurisdicional efetiva.

Necessário também é esclarecer as diferenças conceituais entre os termos relacionados ao tempo do processo, quais sejam: celeridade, tempestividade e morosidade processual, já que consistem em fenômenos diferentes uns dos outros, cada qual com consequências distintas à prática processual.

Neste momento, as dilações injustificadas dos tempos processuais serão consideradas como obstáculos à efetividade do próprio processo e, para tal conclusão, serão expressos alguns aspectos relativos à eficácia e celeridade processual.

No segundo capítulo, as indagações iniciais referem-se à audiência preliminar como instrumento processual. É o momento de desvendar suas origens e seu desenvolvimento prático durante o desenrolar dos litígios no processo brasileiro, por meio da conciliação e do saneamento do processo, instrumentos processuais esses capazes de contribuir com a consecução de processos tempestivos.

Em seguimento ao capítulo, será defendido o uso da oralidade como proposta a ser difundida entre os operadores do Direito, almejando a aproximação entre o Poder Judiciário e o cidadão, de tal forma que o direito de acesso à justiça seja ampliado.

Em fechamento ao capítulo, dois importantes assuntos são estudados. O primeiro refere-se ao desempenho do Poder Judiciário para a consecução dos processos tempestivos. A esse respeito, propõe-se aos magistrados uma atuação voltada à consecução dos ideais previstos pelo Estado Democrático de Direito e, para tanto, configuram-se

constitucionalmente legitimados a exercer a interpretação normativa. Ficará demonstrado que a atividade de interpretação dos juízes deve estar, necessariamente, em conexão com o ordenamento constitucional, de tal maneira que possibilite e contribua a efetivação dos direitos fundamentais.

Na fase final do trabalho será defendida a possibilidade de responsabilização do Estado como consequência de seu dever, por intermédio do Poder Judiciário, de garantir a tempestividade dos processos. De tais reflexões, será vislumbrado o dever estatal de indenizar o cidadão por danos sofridos na ocorrência da prestação jurisdicional intempestiva.

Este trabalho busca demonstrar o processo como instrumento capaz de ampliar o acesso à justiça por meio da audiência preliminar, possibilitando a cooperação entre todos os agentes processuais por intermédio de um diálogo paritário, o que contribuirá para a efetividade do direito à razoável duração do processo.

Espera-se que a sua leitura seja compensatória e que os pontos salientados na presente pesquisa permitam a construção de uma nova força doutrinária capaz de vislumbrar a efetivação do direito à razoável duração do processo.

## 1 O DIREITO FUNDAMENTAL À RAZOÁVEL DURAÇÃO DO PROCESSO

Contra a corrupção do tempo que faz uso dos textos e dos regimes, o direito afirma a sua inesgotável capacidade de auto-regeneração, de sublimação do carácter finito da História.

*Antoine Garapon*<sup>6</sup>

A reforma do judiciário no Brasil demarca o início de um momento pelo qual se tem uma preocupação maior com a morosidade processual e suas diversas consequências à vida social dos indivíduos. Esse propósito está salientado principalmente pelas medidas previstas na Emenda Constitucional 45/2004<sup>7</sup> que proclamam a celeridade processual.

A prática processual é a prova mais verídica de que, em diversos casos, o cidadão que busca o socorro do Poder Judiciário acaba tendo uma expectativa frustrada de seu direito, justamente pela inércia do Estado em não praticar os atos que lhe seriam cabíveis para o desenvolvimento de um processo que almeja decisões efetivas e não decisões na conformidade da lei.

Diante disso, na tentativa de reduzir a perda do tempo nos processos e agilizar a prestação jurisdicional junto ao cidadão que anseia por respostas mais rápidas, o legislador optou por elevar ao patamar constitucional o princípio à razoável duração do processo, elencando-o no inciso LXXVIII, do Artigo 5º da Constituição Federal, com a seguinte redação: “a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação”.

Diante dessa consagração, cabe argumentar sobre a importância desse princípio naquilo que se refere à efetividade dos direitos pleiteados em juízo, sobretudo quanto à concretização dos Direitos Fundamentais através da aplicação pelo Poder Judiciário de mecanismos constitucionais e infraconstitucionais que viabilizem a efetividade desses direitos, de maneira que o processo se desenvolva sem dilações desnecessárias.

Nesse sentido, se faz necessário um estudo sobre tais direitos, pressupondo uma investigação de sua origem histórica para a compreensão do direito à razoável duração do

---

<sup>6</sup> GARAPON, Antoine. *Bem julgar*: ensaio sobre o ritual judiciário, p.69.

<sup>7</sup> Independentemente do resultado prático que venha a alcançar, não se pode negar que a EC 45/2004 trouxe propostas significativas para alterações no campo do direito processual, principalmente naquilo que se refere à agilidade dos processos que aguardam uma resposta do Poder Judiciário. Portanto, não será objeto de estudo do presente trabalho, as críticas quanto à implementação da presente Emenda.



processo como direito fundamental de acesso à justiça. Certamente, a análise histórica dos Direitos Fundamentais, anexando na sua íntegra às diversas transformações dos Estados e da sociedade no decorrer dos tempos, permite compreender a importância da atual inclusão como Direito Constitucional do direito à razoável duração do processo.

Para tanto, antes de adentrar na questão da busca de soluções para a efetividade desse direito, é necessário, de forma sucinta, compreender a importância dos Direitos Fundamentais para a consagração dos ideais propostos pelo Estado Democrático de Direito.

Com o passar dos tempos, o conceito de democracia perdeu sua essência, tornando-se multiconceitual. Por obviedade, a pretensão aqui almejada não é criar ou recriar um conceito certo de democracia, pela própria dificuldade que apresentaria tal tarefa, mas sim demonstrar que, pela complexidade da proposta, o termo “democracia” muitas vezes é utilizado de forma inapropriada, tendo sido considerado um estereótipo de forma de governo ideal e, por isso, utilizado como parâmetro para governos que se dizem democráticos.

A presunção do componente democrático, como característica do Estado Brasileiro, constitucionalmente definido desta forma em 1988, possibilita vislumbrar a possibilidade do cidadão estar mais próximo das decisões estatais.

Para tanto, se faz necessário que esta democracia esteja consagrada por uma participação mais ativa do cidadão.

Assim, a democracia participativa deve ser analisada em uma conjuntura onde a vida social se caracteriza principalmente pela formação de uma sociedade complexa na qual se produzem diversas possibilidades de escolhas, não sendo mais suficiente para responder aos problemas sociais uma noção de Direito e Sociedade imutáveis. Tudo acontece no mundo social, na vida social. Todas as possibilidades e previsões possíveis estão enquadradas em uma conotação social, uma vez que nada pode ficar à margem dela. Logo, se a sociedade evolui, tornando-se “complexa” (termo tão utilizado nos dias atuais para demonstrar uma nova faceta social frente ao fenômeno da globalização<sup>8</sup>), também é necessário que o Estado, sendo fruto do querer social, perceba novos caminhos que redirecionem seus objetivos perante tantas mudanças.

---

<sup>8</sup> Para BOAVENTURA DE SOUZA SANTOS, a globalização elimina as fronteiras nacionais, altera a cultura local, influenciando os comportamentos étnicos de cada grupo social atingido por esse fenômeno. Interação de forma universal, ao mesmo tempo em que regressa ao comunitarismo, trazendo transformações gigantescas ao sistema mundial em todos os níveis sociais. SANTOS, Boaventura de Souza. *A globalização e as ciências sociais*, p.26. Também sobre o assunto, consultar ARNAUD, André-Jean. *O direito entre modernidade e globalização: lições de filosofia do direito e do estado*, especialmente p. 224.

Portanto, a antiga idéia de democracia apenas exercitada pela representatividade deve ser relida. Também o pensamento de Kelsen, fundamentado no positivismo<sup>9</sup>, já não é suficiente para explicar e fundamentar as relações jurídicas existentes na sociedade moderna marcada pelo fenômeno da globalização, a qual atinge todo o mundo contemporâneo. Novas teorias devem contribuir para o estudo da sociedade inserida nessa conjuntura de cunho globalizado.

Nesse contexto, a consecução do direito ao processo em tempo razoável torna-se ameaçada pelo tempo transitado entre o início da ação e a decisão judicial final, onde, muitas vezes, os operadores do Direito deixam de praticar atos legais que poderiam ter evitado formalismos desnecessários no decorrer dos processos.

### **1.1 A importância dos direitos fundamentais frente à nova ordem social**

Quando os Direitos Fundamentais são referidos, é imprescindível que se faça sua vinculação aos processos de constitucionalização desencadeados ao final do século XVIII, os quais os incorporaram nas Cartas Magnas de seus respectivos Estados, contribuindo, de forma significativa, para a grande importância que, hoje, representam à humanidade.

Inobstante o valor fundamental de todo o ordenamento jurídico, destaca-se a importância dos Direitos Fundamentais por estarem diretamente ligados aos interesses dos cidadãos. Inúmeras são as deficiências relativas à eficácia e a efetividade desses direitos no âmbito social, principalmente pela precariedade das políticas estatais que não conseguem desenvolver instrumentos políticos e jurídicos capazes de propagarem sua realização.

Necessário se faz, antes de qualquer coisa, esclarecer que o campo de abrangência dos Direitos Fundamentais é sempre a proteção de garantias conquistadas pela pessoa humana - inserida nesse contexto como indivíduo social - as quais foram se afirmando como conquistas adquiridas ao longo do tempo.

É possível afirmar que a grande relevância dos Direitos Fundamentais é consequência da sua presença em amplo destaque, na maioria das Constituições dos países ocidentais, incluindo a Constituição Brasileira, a qual lhe reservou um Capítulo com exclusividade. Dessa forma, sua principal característica é estar sempre direcionados à proteção dos direitos

---

<sup>9</sup> Refere-se ao uso exacerbado da vinculação à lei. Neste sentido, ver KELSEN, Hans, *Teoria pura do direito*, especialmente sobre “norma jurídica”, p.80-84.

do ser humano. Por isso é importante perfazer uma pequena diferenciação entre esses e os chamados “Direitos Humanos”.

Nesta seara, Sarlet, concordando que a dignidade humana seria uma qualidade de todo o ser humano, traz sua importante contribuição doutrinária quando diferencia os Direitos Fundamentais dos Direitos Humanos:

Em que pesem sejam ambos os termos (‘direitos humanos’ e ‘direitos fundamentais’) comumente utilizados como sinônimos, a explicação corriqueira e, diga-se de passagem, procedente para a distinção é de que o termo ‘direitos fundamentais’ se aplica para aqueles direitos do ser humano reconhecidos e positivados na esfera do direito constitucional positivo de determinado Estado, ao passo que a expressão ‘direitos humanos’ guardaria relação com os documentos de direito internacional, por referir-se àquelas posições jurídicas que se reconhecem ao ser humano como tal, independentemente de sua vinculação com determinada ordem constitucional, e que, portanto, aspiram à validade universal, para todos os povos e tempos, de tal sorte que revelam um inequívoco caráter supranacional (internacional)<sup>10</sup>.

Nessa conjuntura, os Direitos Fundamentais são identificados como direitos positivados constitucionalmente e, portanto, com a finalidade de proteção às garantias inerentes aos cidadãos de cada Estado e seus respectivos ordenamentos jurídicos.

Os Direitos Fundamentais devem ser compreendidos como o reflexo das garantias que foram conquistadas ao longo da História da sociedade, as quais foram sendo incorporadas nos ordenamentos jurídicos com a finalidade de proteger tais conquistas. Logo, estão sempre sujeitos a possíveis ampliações e alterações, bem como o Estado sendo responsável por preservar sua eficácia, de tal maneira que respondam aos anseios de toda a sociedade.

Entretanto, para que seu significado possa ser compreendido como forma de proteção de garantias, é necessário adentrar na idéia dos Direitos Humanos como fonte primordial para o surgimento daqueles, ou seja, da necessidade de garantir essas conquistas através de sua propositura nos ordenamentos jurídicos.

Neste sentido, Comparato reconhece os Direitos Fundamentais como sendo “os direitos humanos reconhecidos como tal pelas autoridades às quais se atribui o poder político de editar normas, tanto no interior dos Estados quanto no plano internacional: são os direitos humanos positivados nas Constituições, nas leis, nos tratados internacionais”<sup>11</sup>.

Nessa mesma acepção, Bobbio sabiamente preceitua que “o reconhecimento e a proteção dos direitos humanos estão na base das Constituições democráticas modernas”<sup>12</sup>.

<sup>10</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*, p.35-36.

<sup>11</sup> COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*, p.46.

<sup>12</sup> BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*, p.01.

Na lição de Canotilho, “direitos fundamentais são os direitos do homem, jurídico-institucionalmente garantidos e limitados espaço-temporalmente”<sup>13</sup>.

Logo, impossível pensar em “Direitos Fundamentais” afastando-os da noção de “Estado”, pois é ele o responsável pela sua efetividade e, portanto, necessário que tenha políticas capazes de alcançar tais objetivos pretendidos.

Portanto, importante se faz esclarecer, neste momento, que os Direitos Fundamentais possuem certa positivação jurídica, diferentemente dos Direitos Humanos, fundamentados em conceitos mais amplos e universalmente válidos.

Logo, aqueles, por serem reconhecidos pelo direito constitucional, são delimitados espacial e temporalmente. Esta, talvez, seja a principal característica que lhes difere dos Direitos Humanos, que, por sua vez, estão desvinculados de ordens jurídico-positivas internas<sup>14</sup>, e se fundamentam, basicamente, em concepções éticas de diferentes culturas.

Mesmo sabendo da dificuldade conceitual de delimitar esses conceitos, o constituinte de 1988 optou por utilizar o termo “Direitos Fundamentais”, colocando-os expressamente na epígrafe do Título II da Carta Constitucional.

No entendimento de Streck e Morais, os direitos humanos são descritos como:

Conjunto de valores históricos básicos e fundamentais, que dizem respeito à vida digna jurídico-político-psíquico-física e afetiva dos seres e de seu habitat, tanto daqueles do presente quanto daqueles do porvir, surgem sempre como condição fundante da vida, impondo aos agentes político-jurídico-sociais a tarefa de agirem no sentido de permitir que a todos seja consignada a possibilidade de usufruí-los em benefício próprio e comum ao mesmo tempo<sup>15</sup>.

Diferentemente ocorre com os Direitos Fundamentais que estão essencialmente ligados ao direito positivo. É o que demonstra o artigo 5º, § 1º da Constituição Federal de 1988, o qual reza que “as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata, sendo que a Constituição preocupou-se em protegê-los contra o próprio poder constituinte, já que, de acordo com o artigo 60, § 4º, inc. IV, encontram-se presentes no rol das ‘cláusulas pétreas’”<sup>16</sup>.

Em relação aos Direitos Fundamentais, Arnaud questiona “repensar essas conquistas insubstituíveis de forma a lhe assegurar uma matriz conceptual rigorosa que leve em conta o contexto próprio ao nosso tempo e na qual possa vir se alimentar uma prática coerente”<sup>17</sup>.

<sup>13</sup> CANOTILHO, J.J.Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*, p.28.

<sup>14</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*, p.29.

<sup>15</sup> STRECK, Lênio Luiz. MORAIS, José Luis Bolzan. *Ciência política e teoria do estado*, p.147.

<sup>16</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*, p.78.

<sup>17</sup> ARNAUD, André-Jean. *O direito entre modernidade e globalização*, p.224.

Mas, para que se possa entender a necessidade da constitucionalização dos Direitos Fundamentais, após essas primeiras considerações se torna importante discorrer brevemente sobre os obstáculos à concretização dos Direitos Fundamentais frente à crise do modelo estatal do *Welfare State*, principalmente em países periféricos onde as promessas de modernidade ainda não se concretizaram<sup>18</sup>, já que a proposta advinda da ideia de “Estado Democrático de Direito”<sup>19</sup> pressupõe a vinculação à proposta de concretização dos Direitos Fundamentais.

Portanto, se faz necessário lembrar que o Estado Moderno substituiu a forma de pensamento medieval, de tal maneira que o poder se tornou centralizado em uma única autoridade sobre todas as pessoas pertencentes a um determinado território.

Mas, no momento, o importante é destacar o período de formação estatal compreendido a partir de meados do século XIX, quando o Estado passa a assumir tarefas positivas, assegurando aos cidadãos direitos e garantias traçados como fundamentais, adquirindo uma nova feição à concepção de Estado.

Sua atuação começa a se propagar por todos os campos da vida social, de tal maneira que se diminui o campo da liberdade individual dos cidadãos. O Estado torna-se intervencionista, aperfeiçoando sua atividade prestacional.

Nessa conjuntura, é no final do século XIX que ocorre a consolidação do modelo liberal através da presença de duas classes sociais bem definidas – burguesia e proletariado – tendo por modelo econômico o capitalismo<sup>20</sup>.

Nesse mesmo período, nasce a ideia de “justiça social” e, nas palavras de Streck e Morais, “vista como a necessidade de apoiar os indivíduos”<sup>21</sup>, já que, nesse momento, a forma estatal liberal, marcada pelo início da intervenção estatal na vida privada e econômica dos indivíduos já aparece como um fenômeno necessário à consecução do projeto político-econômico liberal.

Assim, o individualismo, característica primordial do movimento liberal, cede lugar à ideia de coletividade, centrada no espírito de ajuda mútua, fortalecendo o poder intervencionista do Estado na vida social<sup>22</sup>. A coletividade e o interesse comum passam a ter relevância às políticas públicas, se iniciando uma nova fase chamada de Estado Social.

---

<sup>18</sup> Termo utilizado por STRECK para identificar países em que não se concretizaram as promessas da modernidade após o advento do modelo estatal do *Welfare State*. STRECK, Lênio Luiz. *Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas*, especialmente p.22 e segs.

<sup>19</sup> Sobre o termo, ver item 1.2 do presente trabalho.

<sup>20</sup> STRECK, Lênio Luiz. MORAIS, José Luis Bolzan. *Ciência política e teoria do estado*, p.65.

<sup>21</sup> Idem, *Ibidem*, p.66.

<sup>22</sup> STRECK, Lênio Luiz. MORAIS, José Luis Bolzan. *Ciência política e teoria do estado*, p.66.

Nessa nova conjuntura, o Estado começa a assumir uma postura positiva, ou seja, começa a prestar serviços públicos, assegurando aos cidadãos direitos de cidadania. O Estado Social, também conhecido como *Welfare State* – Estado do bem estar social –, representa uma nova postura em sua visão, onde o objetivo primordial, nas palavras de Brandão<sup>23</sup>, é a felicidade dos indivíduos, principais atores sociais nessa nova ordem social.

Importante relatar que esse Estado de bem estar social diferencia-se do modelo assistencial existente anteriormente. É necessário, por hora, esclarecer que essa forma de Estado contemporânea remete-nos à ideia de democratização e compromisso do mesmo com a concretização da sua função social.

O momento da ascensão do modelo estatal representado pelo *Welfare State* é bem lembrado na obra de Streck e Morais quando sustentam que:

Resumidamente, pode-se dizer que o *Welfare State*, como já demonstrado anteriormente, emerge definitivamente como consequência geral das políticas definidas a partir das grandes guerras, das crises da década de 1930, embora sua formulação constitucional tenha se dado originalmente na segunda década do século XX<sup>24</sup>.

À vista disso, é no México – em 1917 – e na Alemanha – em 1919 – que esse ideal político se fortalece como caráter constitucional e seu desenvolvimento, através do entendimento de Streck e Morais, pode ser creditado em duas grandes razões:

A – Uma de ordem política, através da luta pelos direitos individuais (Terceira Geração), pelos direitos políticos e, finalmente, pelos direitos sociais, e  
B – Outra de natureza econômica, em razão da transformação da sociedade agrária em industrial, pois o “desenvolvimento industrial parece a única constante capaz de ocasionar o surgimento do problema da segurança social”<sup>25</sup>.

Assim, nessa concepção de Estado ele próprio possui funções públicas, as quais estão compromissadas com o bem-estar da sociedade, dando relevância à dignidade do ser humano e destacando a importância dos direitos sociais através da garantia de trabalho digno aos cidadãos, bem como outros direitos fundamentais que objetivem a consecução do projeto de desenvolvimento social.

Atualmente, é possível observar que esse modelo estatal está em crise. A vida social reflete outra realidade. Fala-se em globalização e rompimento de fronteiras; sociedades complexas e pluralistas.

<sup>23</sup> BRANDÃO, Paulo de Tarso. Falta de recursos do estado, direitos fundamentais e escolhas democráticas. In: *Estudos constitucionais*, p. 327.

<sup>24</sup> STRECK, Lênio Luiz. MORAIS, José Luis Bolzan. *Ciência política e teoria do estado*, p.78.

<sup>25</sup> Idem, *Ibidem*, p.79.

Nesse sentido, Cittadino extrai duas significações para o termo “pluralismo”, considerando ele como uma marca constitutiva das democracias contemporâneas: a primeira, denominada de liberal e está voltada a descrição de diversidades de concepções individuais acerca da vida digna, descrevendo as democracias modernas como sociedades onde coexistem distintas concepções individuais sobre o bem, citando como representantes, entre outros, John Rawls e Ronald Dworkin. A segunda assinala a multiplicidade de identidades sociais, específicas culturalmente e únicas do ponto de vista histórico, atribuindo sentido valorativo ético para as normas e princípios constitucionais, tendo por representantes, entre outros, Charles Taylor e Michael Walzer, os quais aderem ao chamado pensamento comunitário<sup>26</sup>.

Os constitucionalistas comunitários vão se contrapor a idéias de que a função primordial da Constituição é a defesa da autonomia privada dos indivíduos, onde se cria um sistema fechado de garantias da vida privada.

Nesse sentido, o constitucionalismo comunitário aceita a idéias de “Constituição aberta”, onde a Constituição se abre a outros conteúdos, tanto normativos (direito comunitário), como extranormativos (usos e costumes) e também metanormativos (valores e postulados morais)<sup>27</sup>.

Será nesse contexto que se revela a dimensão comunitária do direito constitucional brasileiro, já que os direitos fundamentais possuem uma forma de “validação comunitária”, pois são componentes ético-jurídicos de uma determinada sociedade.

É, portanto, pela via da participação político-jurídica, aqui traduzida como o alargamento do círculo de intérpretes da Constituição, que se processa a interligação entre os direitos fundamentais e a democracia participativa<sup>28</sup>.

Ainda, nas palavras de Cittadino, a abertura constitucional.

Permite que cidadãos, partidos políticos, associações, etc. integrem o círculo de intérpretes da constituição, democratizando o processo interpretativo – na medida em que ele se torna aberto e público – e, ao mesmo tempo, concretizando a Constituição<sup>29</sup>.

<sup>26</sup> CITTADINO, Gisele. *Pluralismo, direito e justiça distributiva*. Elementos da filosofia constitucional contemporânea, p. 01-03.

<sup>27</sup> Idem, *Ibidem*, p. 17.

<sup>28</sup> Idem, *Ibidem*, p. 19.

<sup>29</sup> CITTADINO, Gisele. *Pluralismo, direito e justiça distributiva*. Elementos da filosofia constitucional contemporânea, p.19.



Todo esse sistema tem por objetivo garantir a efetividade dos direitos constitucionalmente assegurados.

Daí que surge uma série de institutos processuais que vão assegurar os direitos fundamentais, como também é daí a idéia do Estado ter não somente um comportamento negativo, mas também lhe é conferido o “dever” de ação, relativamente à efetividade dos direitos fundamentais.

São “normas impositivas de legislação”<sup>30</sup>. O legislador não poderá se eximir de atuar quando necessário a uma maior satisfação dos bens protegidos. Por isso que o constitucionalismo comunitário traz alguns instrumentos processuais capazes de por fim à omissões, como o mandado de injunção e a ação de inconstitucionalidade por omissão.

E, essa concretização dos direitos e garantias fundamentais vai depender, por um lado, da participação jurídico-política de seus membros, e, por outro, dependerá fundamentalmente da atuação efetiva dos órgãos jurisdicionais encarregados de lhe garantir tal eficácia<sup>31</sup>.

Nessa mesma linha de pensamento, Moreira relembra o movimento de redemocratização do Brasil, ocorrido no início da década de 1980, onde os constitucionalistas propuseram a construção de uma nova ordem, através de uma estrutura normativa incorporadora de valores como igualdade e justiça e institutos equipados com mecanismos capazes de assegurar a pretensão existente para essa nova ordem social<sup>32</sup>.

É sabido que a atual Constituição, apesar de trazer diversas normas em seu texto legal, também reservou espaço para os princípios, os quais, possuem uma carga valorativa a ser desvendada. Portanto, necessário se faz, cada vez mais, que os Direitos Fundamentais sejam analisados dentro de uma perspectiva hermenêutica, caso a caso, já que a própria Constituição nos assegura a efetivação desses direitos, bem como a concretização da democracia.

Logo, para que se possa alcançar a eficácia e efetividade pretendida por esses direitos em “países de modernidade tardia”<sup>33</sup>, estando incluído nessa lista certamente o Brasil, é necessário que se construa uma teoria constitucional capaz de responder aos anseios “dessa” sociedade. As questões acerca do papel dos Direitos Fundamentais devem ser revistas dentro de uma perspectiva voltada aos problemas aqui existentes, e jamais importar teorias advindas

---

<sup>30</sup> CITTADINO, Gisele. *Pluralismo, direito e justiça distributiva*. Elementos da filosofia constitucional contemporânea, p.21.

<sup>31</sup> Idem, *Ibidem*, p.24.

<sup>32</sup> MOREIRA, Nelson Camatta. *Dignidade humana na constituição dirigente de 1988*, p.05.

<sup>33</sup> Termo utilizado por, STRECK, Lênio Luiz. *Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas*, p. 22.



de países onde a concretização da ordem social percorreu outros caminhos, diferentemente daqueles traçados nos países periféricos.

Cabe ao intérprete do direito criar uma teoria constitucional compatível com a realidade social de seu Estado, podendo até mesmo utilizar-se de teorias importadas de modelos externos ao seu, mas, sempre adaptadas há um novo modelo democrático compatível com a realidade existente no seu país e de acordo com as pretensões axiológicas de seu povo.

A doutrina de Verdú ensina que, quanto à questão da vinculação das reais expectativas e dos valores de uma determinada comunidade estarem presentes no corpo constitucional que lhe representa,

cuando un ordenamiento jurídico es capaz de suscitar amplia e intensa adhesión efectiva a sus normaciones y, sobre todo, a sus instituciones que más enraizan con las bases sociales, entonces tal ordenamiento es algo vivo, no está “allí”, alejando, nutriéndose solitariamente de sus próprias interconexiones e interpretaciones formales, sino que penetra en la entraña popular y entonces es ordenamiento sentido<sup>34</sup>.

Também, Lassale, ao referir-se à Constituição como “lei fundamental”, entende haver “fatores reais do poder” constantes em seu corpo de normas, os quais, para tornar a Constituição “real” e “efetiva”, devem corresponder muito além dos textos expressos no papel, mas sim, representados como uma “força ativa e eficaz que informa todas as leis e instituições jurídicas vigentes, determinando que *não possam ser*, em substância, *a não ser tal como elas são*”<sup>35</sup>.

E, nas suas palavras, já prevendo a necessidade da adequação do texto constitucional aos reais anseios da sociedade que lhe corresponde, refere que:

a verdadeira Constituição de um país somente tem por base os fatores reais e efetivos do poder que naquele país vigem e as constituições escritas não têm valor nem são duráveis a não ser que exprimam fielmente os fatores do poder que imperam na realidade social: eis aí os critérios fundamentais que devemos sempre lembrar<sup>36</sup>.

Logo, as Constituições pecam ao proporem ideais e princípios baseados na construção de sistemas criados pelo homem com o intuito de dominação social, se sobrepondo aos verdadeiros fatores que fundamentam a sua existência.

Tais questões necessitam de uma adequação quanto ao papel desempenhado pelo Direito e pela Constituição como instrumentos capazes de responder a este questionamento.

<sup>34</sup> VERDÚ. Pablo Lucas. *El sentimiento constitucional*. Aproximación al estudio del sentir constitucional como modo de integración política, p.06.

<sup>35</sup> LASSALLE, Ferdinand. *A essência da Constituição*, p.10-11.

<sup>36</sup> Idem Ibidem, p. 40.

Esse é o ponto primordial para a construção de possibilidades que irão resgatar essas promessas de modernidade não cumpridas em países como o Brasil. Tais promessas referem-se aos objetivos traçados pelo modelo do *Welfare State*, os quais não chegaram a ocorrer plenamente em todos os Estados-Nação.

Países de modernidade tardia, por não conseguirem alcançar essa etapa de desenvolvimento social, têm seus fundamentos constitucionais enfraquecidos, já que sua não consecução abala a concepção de Estado Democrático de Direito por não conseguirem efetivar garantias conquistadas ao longo de sua história, como os Direitos Fundamentais previstos constitucionalmente em diversos ordenamentos jurídicos. Nesses países, onde as promessas não foram concretizadas, as transformações sucumbiram ainda mais a soberania dos Estados periféricos, os quais apresentam uma decadência gradativa da sua autonomia econômica, política e social, como também um enfraquecimento de suas raízes culturais devido a influências de outras culturas através do grande número de relações internacionais.

Em face disso, a preocupação está em como concretizar esses direitos e, nas palavras de Streck “ao mesmo tempo evitar decisionismos e arbitrariedades interpretativas”<sup>37</sup>.

Nas suas próprias palavras, relembra que:

A Constituição não trata apenas dos meios: cuida também dos fins, que, exatamente, caracterizam o seu aspecto compromissório e dirigente: o desenvolvimento e a superação das desigualdades regionais, previstos no artigo 3º da nossa Constituição. E nisso reside o papel transformador do direito e do Estado, assim como a necessidade da rediscussão das condições para a compreensão do fenômeno representado pelo paradigma do Estado Democrático de Direito<sup>38</sup>.

Nesse entendimento, a Constituição Brasileira deve ser identificada como uma Carta que assumiu compromissos além dos políticos: também é um ordenamento econômico e social. A tarefa primordial da Constituição “deveria ser” a de resolver problemas concretos a partir da eficácia dos Direitos Fundamentais.

Nessa concepção, novamente se vislumbra o que anteriormente foi mencionado, o fato de não haver uma teoria da Constituição única. Em outras palavras, cada teoria deve estar em sintonia com a realidade a qual pertence e, nas palavras de Moreira, “a Constituição não deve estar apenas adequada ao tempo, mas também ao espaço”<sup>39</sup>.

Por isso, tirando o núcleo essencial e básico para todas as teorias constitucionais, Moreira salienta a necessidade de um núcleo específico, compatível com as expectativas de

<sup>37</sup> STRECK, Lênio Luiz. *Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursiva*, p. 22.

<sup>38</sup> Idem, *Ibidem*, p. 25.

<sup>39</sup> MOREIRA, Nelson Camatta. *Dignidade humana na constituição dirigente de 1988*, p.09.

cada Estado, o qual sabidamente chama de “núcleo de direitos sociais-fundamentais plasmados em cada texto que atendam ao cumprimento das promessas da modernidade”<sup>40</sup>.

Novamente é possível remeter aos ensinamentos de Verdú para confirmar o prelado do texto constitucional como instrumento capaz de efetivar os ditames fundamentados na noção de Estado de Direito:

Como es sabido, la sumisión a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico, es uno de los rasgos típicos del Estado de Derecho. Conceptual y emocionalmente significa superioridad, permanencia y respeto en la medida que, por un lado, se *imponen* (supremacia constitucional, império de la ley, seguridad jurídica, jerarquía normativa, publicidad de las normas), proponen mediante su *potestas*, modo heterónimo, un orden sistematizado, regularizado, garantizado, mediante gravámenes dificultosos de superar<sup>41</sup>.

Inobstante à proposta da construção de uma teoria constitucional com ênfase nos problemas específicos dos chamados países de modernidade tardia parecer a solução mais viável para resolver ou, ao menos, amenizar o problema da inefetividade dos Direitos Fundamentais; desde 1988 a Constituição Brasileira coloca à disposição, tanto dos cidadãos como dos poderes públicos (Poder Executivo, Legislativo e Judiciário), vários instrumentos capazes de contribuir à efetividade desses Direitos. É possível identificar como um grande obstáculo à sua consecução a morosidade processual, a qual afeta diretamente a tutela jurisdicional, mais especificamente o direito a um processo sem dilações indevidas e, por consequência, ferindo os mandamentos contidos na Constituição Federal.

## 1.2 Os direitos fundamentais como alicerce ao Estado Democrático de Direito

Sanadas as questões quanto à importância dos Direitos Fundamentais na atual ordem social, é de se investigar, agora, sua relevância na formação do modelo Estatal pressuposto pela própria Constituição de 1988, designado por “Estado Democrático de Direito” e, ao ser indagado o porquê da necessidade de incluir o adjetivo “democrático”, vale a pena transcrevê-lo:

---

<sup>40</sup> MOREIRA, Nelson Camatta. Dignidade humana na constituição dirigente de 1988, p.09.

<sup>41</sup> VERDÚ, Pablo Lucas. *El sentimiento constitucional*. Aproximación al estudio del sentir constitucional como modo de integración política, p.95.

Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

I – a soberania;

II – a cidadania;

III – a dignidade da pessoa humana;

IV – os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa;

V – o pluralismo político.

Parágrafo Único: Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição.

Da leitura do primeiro artigo constitucional, é possível concluir que o legislador constituinte julgou importante estabelecer o Estado, não somente em conformidade com o Direito e atuando na forma dele, mas também “se quis deixar bem claro que o Estado deve ter origem e finalidade de acordo com o Direito manifestado livre e originariamente pelo próprio povo”<sup>42</sup>.

Nas palavras de Darci Ribeiro<sup>43</sup>, “o princípio da constitucionalidade, o princípio democrático, o sistema de direitos fundamentais e o princípio da justiça social, entres outros”, formam a base do Estado de Direito e tornam-se essenciais para caracterizá-lo como “democrático”.

Portanto, a adjetivação “democrático” irá pressupor que esse novo Estado seja instaurado sobre os pressupostos de Justiça Social<sup>44</sup> de acordo com os valores que o legislador constituinte entendeu imprescindíveis de proteção, vinculando todos os demais mandamentos constitucionais aos seus ditames.

No entendimento de Reale, esta opção por um “Estado de Direito e de Justiça Social”, identificado pela expressão “democracia social”<sup>45</sup>, será uma democracia construída e organizada conjuntamente com a sociedade civil, ressaltando o papel criador atribuído aos indivíduos que a compõem<sup>46</sup>.

Por tudo isso, ao aludir a efetividade dos Direitos Fundamentais, é necessário antes, mesmo que de forma sucinta, investigar o alcance e o conteúdo do termo “democracia”, na

<sup>42</sup> REALE, Miguel. *O Estado democrático de direito e o conflito das ideologias*, p. 02.

<sup>43</sup> RIBEIRO, Darci Guimarães. *Da tutela jurisdicional às formas de tutela*, p.57.

<sup>44</sup> Importante ressaltar, mesmo não sendo objeto de pesquisa do presente trabalho, que o termo “justiça” está diretamente ligado ao sentido racional do direito. A Constituição de 1988 define como finalidades da sociedade brasileira a “dignidade da pessoa humana” e o “bem comum”. Para tanto, existem deveres a serem respeitados, com o objetivo de se chegar à consecução de tais finalidades. Nesse sentido ver BARZOTTO, Luis Fernando. *A democracia na constituição*, p.182. Especificamente sobre “justiça social” ver SANTOS, Boaventura De Sousa. Introdução à sociologia da administração da justiça. In: *Direito e justiça: a função social do judiciário*, especialmente p. 39 e segs.

<sup>45</sup> Sabiamente REALE nos adverte que “democracia social” não pode ser confundida com “social democracia”; esta, sempre terá um cunho socialista, diferentemente da idéia proposta no presente trabalho. REALE, Miguel. *O Estado democrático de direito e o conflito das ideologias*, p. 43.

<sup>46</sup> REALE, Miguel. *O Estado democrático de direito e o conflito das ideologias*, p. 43.

tentativa de uma possível limitação de seu conteúdo para fins de interpretá-lo no contexto de “Estado de Direito”<sup>47</sup>.

Parece não haver dúvidas de que, a partir dos anos 80, o debate acerca do que seja “democracia” tem estado presente em vários estudos contemporâneos sobre o tema.

Necessário se faz, antes de mais nada, esclarecer que o alcance e o conteúdo do conceito de democracia deve estar necessariamente vinculado à própria Constituição de 1988, pois, como já citado, ela declara, no seu artigo 1º, que a República Federativa do Brasil constitui-se em “Estado Democrático de Direito”.

Mas, pensar em democracia hoje, no Brasil, é uma proposta que requer, antes de qualquer outra coisa, identificar, a partir de um apanhado histórico, seus fundamentos, suas bases – as quais foram construídas com o passar dos tempos, principalmente em virtude de conquistas históricas no que tange aos Direitos Fundamentais –, como também a abrangência desse conceito e o alcance que ele proporciona nas sociedades modernas atuais, caracterizadas pela complexidade de suas relações sociais que, por consequência, pressupõe um aumento na complexidade do sistema político atual.

Historicamente, a Grécia Antiga é tida como o nascedouro da democracia. Mais especificamente, da democracia direta. É com os gregos que se conseguiu criar uma identificação do ser humano como “cidadão” a partir da noção de que cada indivíduo possuía um valor próprio, em si mesmo, e disso resultava a concepção de valor que cada cidadão pretendia receber do Estado Grego e, por consequência, sendo o mesmo condição de sua própria existência.

O pensamento platônico sobre a Grécia Antiga é retratado na obra de Jaeger, o qual refere-se à conversão do Estado oligárquico para o Estado democrático e salienta o princípio estabelecido por Platão de que “onde se tem um alto apreço à posse do dinheiro, diminui o valor da verdadeira virtude”<sup>48</sup> e, neste sentido:

Assim como a exageração da ambição espartana leva a timocracia a transformar-se em oligarquia, o homem insaciável de dinheiro converte a oligarquia em democracia. (...)

Num abrir e fechar de olhos o Estado oligárquico desaparece e se instala a democracia. Os adversários desta ou são mortos ou exilados. Todos os cidadãos alcançam direitos iguais e os cargos são preenchidos por sorteio. É este traço, para Platão, a verdadeira característica essencial da democracia, tal como ele a via na sua cidade natal. Diante dele, que apreciava acima de tudo o saber dos peritos, surgia a

<sup>47</sup> Sobre a formação do “Estado”, até sua concepção na atual ordem social, ver STRECK, Lênio Luiz. MORAIS, José Luis Bolzan. *Ciência política e teoria do estado*. Especificamente, sobre a formação do Estado de Direito ver VERDÚ, Pablo Lucas. *La lucha por el estado de derecho*, 15 e segs.

<sup>48</sup> JAEGER, Werner. *Paidéia*. A formação do homem grego, p.940.

democracia precisamente como o símbolo de um regime que dava ao juízo de cada um uma igual participação na resolução dos problemas supremos do Estado<sup>49</sup>.

Apesar da sociedade grega possuir características históricas marcantes, cada cidade-Estado possuía seu próprio corpo de leis, conforme suas particularidades peculiares, já que, naquele período, havia diferenças profundas no modo de viver e de pensar dos povos da Grécia Antiga, como bem retrata em sua grandiosa obra, Esther Bueno, situando o marco inicial da democracia, como na maior parte da doutrina, do século VI a.C., com Clístenes, da família dos Alcmeónidas.<sup>50</sup>

Nessa conjuntura, eram cidadãos livres e influentes nas decisões políticas da *polis*, participando, de forma ativa, em quase todas as decisões, expressando-se através de discussões públicas.

Dessa maneira, se defendiam da Aristocracia através de uma proposta democrática dinâmica, onde debates e discussões públicas resolviam os problemas das cidades-Estado<sup>51</sup>.

Nesse sentido, Aristóteles demarca também a ascensão da multidão no controle da *polis*, com a queda do regime da tirania:

Com o derrube da tirania, entraram em disputa Iságoras, filho de Tisandro, amigo dos tiranos, e Clístenes, da família dos Almeónidas. Vencido pelas associações políticas, Clístenes pôs-se ao lado do povo e concedeu a soberania à multidão. (...) Assim que o povo assumiu o controle da situação, Clístenes tornou-se seu guia e chefe. De facto, forma os Alcmeónidas os grandes causadores da expulsão dos tiranos, tendo passado a maior parte do tempo a lutar contra eles<sup>52</sup>.

<sup>49</sup> JAEGER, Werner. *Paidéia*. A formação do homem grego, p.944-946.

<sup>50</sup> SOARES, Esther Bueno. Democracia. Da Grécia à unidade européia. In: *Democracia, hoje*. Um modelo político para o Brasil, p.12.

<sup>51</sup> Os gregos conquistaram um papel influente na escala social, tendo por principal característica a “isonomia” muito bem retratada por Bonavides, o qual confirma em sua obra os ensinamentos de Nitti que demonstra haver mais duas características constitutivas nas sociedades da Grécia Antiga, ao lado da isonomia: a isotimia e a isagoria. Nessa ordem, para Bonavides, a primeira seria “a igualdade de todos perante a lei, sem distinção de grau, classe ou riqueza”. Disso resulta que o Estado Grego deveria tratar todos os cidadãos sem discriminação, de tal forma que, juridicamente, classes e grupos sociais eram irrelevantes. A segunda característica, a “isotimia”, abria a todos os cidadãos “o livre acesso ao exercício das funções públicas”. Dessa forma, o administrador não dispunha mais de títulos hereditários ou privilégios de determinados grupos sociais. Os princípios democráticos da Grécia Antiga previam ao Administrador, o reconhecimento por parte dos cidadãos gregos de sua honradez e confiança, para que o mesmo pudesse exercer suas funções. A “isagoria”, terceira característica proposta por Nitti e relembra na obra de Bonavides, representa “o direito de palavra, da igualdade reconhecida a todos de falar nas assembleias populares, de debater publicamente os negócios do governo”. Essa classificação esboçada acima, tem como principal importância identificar três características marcantes na democracia da Grécia Antiga, demonstrando que o cidadão grego participava da vida política de sua polis desde o momento da criação das leis, fazendo valer suas vontades. BONAVIDES, Paulo. *Ciência Política*, p.291 e segs.

<sup>52</sup> ARISTÓTELES. Constituição dos atenienses, p.51-52.

E é em Atenas, com Clístenes, que nasce a “Boulè”, um órgão considerado essencial na democracia difundida entre os atenienses e muito bem descrito na obra de Esther Bueno, por deixar transparecer várias características peculiares à democracia praticada nas sociedades modernas, principalmente com sua semelhança às Cortes Supremas atuais<sup>53</sup>.

Logo a democracia ateniense vai ter como principal característica o fato de tornar todos os cidadãos iguais perante a lei, sendo que esta lei os reconhecia como iguais e, com isso, sendo a expressão desse povo o qual ela estava igualando.

Essa conjuntura que Atenas conseguiu esculpir vai se dar principalmente em virtude de suas dimensões territoriais, onde quase todos os assuntos pertinentes à *polis* podiam ser resolvidos de maneira direta, através de debates e discussões em praça pública.

Atenas consegue criar um ambiente político onde o dever de participar dos problemas públicos era mais que uma simples obrigação, mas um dever provindo de uma consciência natural de participar dessas resoluções, de tal forma que os gregos conseguiram construir um processo democrático aberto e dinâmico. Disso pode-se perceber o pleno exercício da cidadania que dispunham já naquela época.

Apesar do modelo democrático ateniense representar a forma mais próxima da plenitude democrática almejada por qualquer Estado que se nomeie como tal, essa concepção de democracia direta, pertinente à Grécia Antiga, não mais servirá para comportar os Estados modernos, visto que a principal característica dessa democracia será a representatividade, onde o povo exercerá seus direitos não mais de forma direta, como ocorria nos primórdios da sociedade ateniense, mas sim de forma semi-direta, através da eleição de seus representantes.

Incontestavelmente, com o advento do Estado-Nação e o aumento populacional, a democracia já não pode mais ser concebida em vias diretas. É através da representatividade que a soberania popular vai legitimar sua vontade geral, sempre em defesa do bem comum<sup>54</sup>.

---

53 Esse órgão preparava as sessões da Assembléia, redigindo os decretos, além de, desempenhar o papel de corte suprema de justiça. Clístenes não criou a democracia ateniense: criou as condições que iriam permitir o nascimento da democracia, tornando todos os cidadãos iguais perante a lei – uma lei que, daí em diante, seria a expressão da vontade de todo o povo. Não houve, no entanto, profundas alterações de imediato. Contudo, nos últimos anos do séc. VI e nos primeiros do séc. V algumas inovações constitucionais contribuíram para a elaboração da constituição democrática. Os membros participantes da “Boulè” obrigavam-se a um juramento que os transformaria em guardiães perpétuos da constituição. SOARES, Esther Bueno. Democracia. Da Grécia à unidade europeia. In: *Democracia, hoje*. Um modelo político para o Brasil, p.13 e segs.

<sup>54</sup> Bonavides bem nos lembra que a técnica da representação é necessária por razões de ordem prática, necessárias ao desenvolvimento do Estado-nação: “Não seria possível ao Estado moderno adotar técnica de conhecimento e captação da vontade dos cidadãos semelhante àquela que se consagrava no Estado-cidade da Grécia. Até mesmo a imaginação se perturba em supor o tumulto que seria congregar em praça pública toda a massa do eleitorado, todo o corpo de cidadãos, para fazer as leis, para administrar. Demais, o homem da democracia direta, que foi a democracia grega, era integralmente político. O homem do Estado moderno é homem apenas acessoriamente político, ainda nas democracias mais aprimoradas, onde todo um sistema de



Nota-se que esse processo de democracia contemporânea vai se afirmar através do voto, do sufrágio universal, onde os cidadãos elegem seus representantes, os quais irão representar o Estado. Mas essa virtude democrática foi lentamente sendo moldada pela história da humanidade, iniciando sua construção com o renascimento da democracia, que se dá por volta do século XVIII, por ocasião da derrocada do absolutismo.

A Revolução Francesa pode ser considerada um marco histórico desse renascimento democrático, o qual, com a decadência da monarquia, transfere o poder soberano para a assembléia, consagrando tal princípio.

Significativa é a contribuição de Lassalle à teoria do sufrágio universal como instrumento de conquista de poder e de democratização do Estado, ao afirmar ser ele forma de “garantia a todo o cidadão, fosse rico ou pobre, o mesmo direito político, as mesmas atribuições para intervir na administração do Estado”<sup>55</sup>.

Nessa conjuntura, já sendo visível a previsão das tantas mudanças que ao longo dos tempos foram traçadas em virtude das consequências advindas da proposta difundida pelo modelo estatal liberal, será a partir de meados do século XIX, quando o Estado passa a assumir tarefas positivas, assegurando aos cidadãos direitos e garantias traçados como fundamentais, que a concepção de Estado começa a adquirir uma nova feição.

Será no final da Segunda Guerra Mundial que o conceito de democracia irá degradar-se. Até então, as pessoas tinham noção de que regimes fascistas e comunistas não eram regimes democráticos. Porém, a partir da década de 40 todos dizem gostar de democracia, na verdade sequer sabendo o que ela compreende, ou, na melhor das hipóteses, sem o conhecimento do que ela significa.

O conceito de democracia tem se alterado constantemente. Exemplo disso é a obra de Streck e Moraes, os quais fazem referência à dificuldade de conceituá-la por ser o único regime político que reconhece e respeita os conflitos de necessidades e de interesses, assim como por permitir grupos sociais organizados, criando um contrapoder social em contrapartida ao poder do Estado<sup>56</sup>.

Hoje, o uso do termo democracia serve para afirmar qualquer forma de regime político, sob a alegação de que suas diretrizes, sejam quais forem, objetivam a efetivação da própria democracia.

---

garantias jurídicas e sociais fazem efetiva e válida a sua condição de “sujeito” e não apenas “objeto” da organização política. BONAVIDES, Paulo. *Ciência Política*, p. 293.

<sup>55</sup> LASSALLE, Ferdinand. *A essência da Constituição*, p. 19.

<sup>56</sup> STRECK, Lênio Luiz. MORAIS, José Luis Bolzan. *Ciência política e teoria do estado*, p. 109.



Para Sartori, isso é inaceitável e sua posição contra a transformação desse termo em um simples verbete fica bem clara em sua obra que retrata essa distorção terminológica:

O que testemunhamos nas décadas seguintes à Segunda Guerra Mundial não foi exatamente a ascensão de um ideal comum que está aquecendo o coração da humanidade; testemunhamos, ao contrário, uma escala sem precedentes de uma distorção terminológica e ideológica, cujo resultado final é iminente o obscurecimento<sup>57</sup>.

Nesse contexto, o autor propõe que o termo democracia seja utilizado para um modelo ideal de governo, já que dele seria possível extrair vários significados, estando a dificuldade em identificar o que ele realmente representa<sup>58</sup>.

Desse modo, democracia é um sistema político que se mantém graças a imperativos e metas valorativas, tendo sua finalidade alcançada na medida em que o processo democrático vai avançando. Disso resulta que sua existência deve-se a seus próprios ideais, o que faz com que se necessite desse termo para manter sempre diante de nós esse ideal, ou seja, o que a democracia “deve ser”<sup>59</sup>.

### 1.3 A participação como elemento necessário ao conceito de democracia

Novamente, é bom lembrar que os Direitos Fundamentais foram incorporados nas Constituições de cada Estado, pressupondo que cada um deles configure certo grau de importância na vida social, já que foram elevados à condição de norma constitucional.

Nessa conjuntura, é necessário ao Estado rever conceitos que surgiram, sob um novo ângulo, em virtude da modernidade: liberdade, igualdade, justiça e democracia, entre outros. Esses, precisam de um novo marco de interpretação, capaz de compreendê-los inseridos no contexto de mundo atual.

Entretanto, mesmo com a redefinição das funções estatais em virtude da modernidade, para Chevallier<sup>60</sup>, “o Estado permanece fortemente presente na vida social, tal se dá sob modalidades diferentes daquela do passado: vê-se perfilhar uma nova concepção do papel do Estado, o esboço de um novo modelo de Estado”.

<sup>57</sup> SARTORI, Giovanni. *A teoria da democracia revisitada*, p. 18.

<sup>58</sup> Idem, *Ibidem*, p. 23.

<sup>59</sup> Idem, *Ibidem*, p. 23-24.

<sup>60</sup> CHEVALLIER, Jacques. *O Estado pós-moderno*, p. 59.

O ideal a ser buscado é a adequação entre o Estado e as transformações sociais, não deixando de considerar que o mundo passa por uma situação de crise geral<sup>61</sup>.

Nesse sentido, Chevallier<sup>62</sup> irá afirmar que as transformações que passam os Estados na atualidade, não podem ser consideradas como um fenômeno isolado: “elas remetem a uma crise mais genérica das instituições e dos valores da modernidade nas sociedades ocidentais”, conduzindo à construção de um novo modelo de organização social.

Entretanto, é indispensável elucidar que, ao lamentar a crise do Direito, o que se quer é referir-se, também, à crise do processo, especialmente do processo civil. E, não obstante seja lícito ligar esta crise à idéia de democracia social, não seria correto generalizá-la, a ponto de supor a exigência de uma incapacidade congênita dessa forma de governo para o exercício do direito judiciário civil tradicional<sup>63</sup>.

No entendimento de Ovídio Baptista, não há sociedade humana isenta de crise, assim como não se pode conceber a história sem transformação e mudanças permanentes<sup>64</sup>.

E, nesse mesmo sentido, Darci Ribeiro, expõe o “conflito de interesses”<sup>65</sup> ao referir-se à constante busca humana em suprimir suas necessidades, havendo limitação dos bens em disputa.

Neste sentido, Castanheira Neves ilustra tal pensamento ao fazer a seguinte menção: “por isso mesmo as épocas de crise – aquelas, precisamente, em que o ‘sistema’ cede lugar ao problema – são épocas de maturidade e de autenticidade espiritual”<sup>66</sup>.

Vale ainda destacar que para todo o conflito há de ser vislumbrada uma solução. Contudo, é no âmbito do ordenamento jurídico que encontraremos a resposta para esse questionamento, já que as regras e diretrizes que lhe compõe devem expressar a vontade da maioria.

No mesmo sentido são as disposições de Darci Ribeiro:

---

<sup>61</sup> Seguindo a linha de pensamento traçada por Morais, a decadência do modelo do Welfare State está relacionada à crise estrutural do Estado que pode ser identificada em três setores: a primeira, seria uma crise fiscal-financeira do Estado que vem a ser a crise que atinge e influencia todas as demais crises; a segunda crise apontada por Morais, é a crise ideológica. Na década de 80 e início da década de 90, ocorreram mudanças significativas na configuração mundial, como a queda dos regimes totalitários na América Latina, a desintegração do Bloco Socialista, acontecimentos esses que afetaram de forma significativa os países envolvidos. A consequência disso é o enfraquecimento do papel do Estado como regime regulador e; como terceira crise estrutural do Estado, o Autor cita a crise filosófica que vai atingir os fundamentos do modelo do Welfare State, o qual, em princípio, gira em torno da idéia de solidariedade. MORAIS, José Luiz Bolzan de. *As crises do estado e da constituição e a transformação espacial dos direitos humanos*, p. 40-43.

<sup>62</sup> CHEVALLIER, Jacques. *O Estado pós-moderno*, p.16.

<sup>63</sup> SILVA, Ovídio A. Baptista da. Democracia moderna e processo civil. In: *Participação e processo*, p.98.

<sup>64</sup> Idem, *Ibidem*, p.99.

<sup>65</sup> RIBEIRO, Darci Guimarães. *La pretensión procesal y la tutela judicial efectiva. Hacia una teoría procesal del derecho*, p.28.

<sup>66</sup> CASTANHEIRA NEVES, Antônio. *Questão-de-fato - Questão-de-direito ou o problema metodológico da juridicidade* (Ensaio de uma reposição crítica), p. 70.

De ahí que el derecho objetivo sea la base de la exigência social em la solución u ordenación de los conflictos de intereses. Consecuentemente, todo conflicto solo puede ser compuesto uma vez observadas las reglas contenidas em el ordenamiento jurídico, pues la finalidad principal de este es jerarquizar los intereses de la sociedad, y no crear derechos<sup>67</sup>.

Entretanto, concordando com a tese de Ovídio Baptista, a atual crise do processo mais parece revelar um conflito quanto à forma tradicional do processo civil que o próprio processo em si<sup>68</sup>.

Nesse sentido, não seria o direito processual como técnica de tratamento de conflitos sociais que estaria submerso em crise irremediável, e sim a forma tradicional de processo civil, ainda muito ligada e dependente de conceitos e princípios herdados do Direito Romano<sup>69</sup>.

No pensamento de Ovídio Baptista, as condições autênticas da sociedade atual devem ser analisadas “a partir dos ideais democráticos e o grau de compatibilidade entre os instrumentos utilizados pela jurisdição, de inspiração pré-capitalista, e as novas tendências da democracia social”<sup>70</sup>.

Por tudo isso, parece insuficiente o conceito etimológico de democracia expresso por Abraham Lincoln, ícone presidencial dos Estados Unidos em uma de suas maiores crises, e que relata em seu célebre discurso a igualdade entre os homens com a histórica citação: “governo do povo, pelo povo e para o povo”, como também parece difícil o empreendimento político democrático quando se fala em reduzir a vontade de milhões de pessoas em uma única autoridade.

Streck e Moraes entendem, de forma sucinta, que “a democracia é a sociedade verdadeiramente histórica, isto é, aberta ao tempo, ao possível, às transformações e ao novo”<sup>71</sup>.

Isso quer dizer que aquelas condições ideais encontradas em pequenas comunidades, como também na Grécia Antiga, são apenas uma aproximação remota do que ocorre em grandes grupos. As complexidades do mundo moderno, o problema das dimensões territoriais, o número crescente de pessoas tornam praticamente impossível seja visualizado um processo democrático como era no apogeu de Atenas.

Com efeito, o pluralismo será uma marca constitutiva das democracias contemporâneas. Inobstante o fenômeno da globalização em se desenvolver mundialmente,

<sup>67</sup> RIBEIRO, Darci Guimarães. *La pretensión procesal y la tutela judicial efectiva*, p.31.

<sup>68</sup> SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Democracia moderna e processo civil*, p.99.

<sup>69</sup> SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Democracia moderna e processo civil*, p.100.

<sup>70</sup> SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Democracia moderna e processo civil*, p.104.

<sup>57</sup> STRECK, Lênio Luiz. MORAIS, José Luis Bolzan, *Ciência política e teoria do estado*, p. 110.

rompendo fronteiras e criando uma nova ordem social, política e econômica, trazendo consequências quanto à questão da regulação jurídica dos países, já que na concepção de sociedade globalizada, sem fronteiras, os Estados-Nação estão sujeitos a mandamentos que vão além do seu poder soberano, fará com que, neste trabalho, a concepção de democracia seja utilizada pressupondo um regime onde a esfera pública se mostra efetivamente aberta à participação de todos os cidadãos.

Nessa conjuntura, será através da democracia participativa que irá se conseguir manter a interação entre o econômico e o político e sua formulação jurídica, recuperando para a sociedade um poder de controle que a democracia liberal e a democracia social não previram nem efetivaram, salvo pelo mecanismo do voto e pela pressão da opinião pública, que se revelaram insuficientes e insatisfatórios<sup>72</sup>.

Vejam-se, a exemplo, as considerações de Calmon de Passos:

Pede, portanto, a democracia participativa, não a exclusão do sistema representativo-parlamentar, mas sua ultrapassagem; não a eliminação da intermediação partidária, mas o reconhecimento de sua insuficiência, institucionalizando-se corpos intermediários mais representativos e mais próximos do cidadão e dele mais dependentes; não a desagregação da administração, mas a sua descentralização, democratizando-se a decisão regional, local, específica com a participação dos interessados-usuários; não a eliminação da iniciativa privada e da empresa estatal, sim a democratização da empresa, em todas as suas modalidades, colocada, ao lado da propriedade privada e da estatal, como extremos de formas de apropriação, a propriedade pública<sup>73</sup>.

Nessa perspectiva, a democracia participativa é a democracia necessária para a consecução dos ideais democráticos, incluindo nesse rol a realização dos Direitos Fundamentais.

Neste particular, convém destacar os ensinamentos de Darci Ribeiro, o qual funde “democracia” e “participação” em um único conceito necessário para se compreender o que seja “soberania popular”<sup>74</sup>.

A participação do povo é essencial para que se alcance tal objetivo. Nesse sentido, compreende o termo qualquer pessoa que tenha interesse jurídico tutelado<sup>75</sup>.

Concordando com os ensinamentos de Darci Ribeiro que identifica a democracia participativa como o caminho a ser traçado para a democracia do futuro,

<sup>72</sup> PASSOS, José Joaquim Calmon de. Democracia, participação e processo. In: *Participação e processo*, p. 92.

<sup>73</sup> Idem, Ibidem, p. 93.

<sup>74</sup> RIBEIRO. Darci Guimarães. *Da tutela jurisdicional às formas de tutela*, p.101.

<sup>75</sup> Idem, Ibidem, p.99.

o adjetivo *participação* passa a ser o novo referencial em termos democráticos, inserção da (re)qualificação do povo, para além de mero ícone, catapultando-o, assim para o cenário democrático como ator principal, e não mais como mero coadjuvante, como aquele que está apto de fato a reivindicar sua posição proeminente em uma sociedade livre, solidária e justa<sup>76</sup>.

Também desse modo, Marinoni irá asseverar que o Estado Democrático de Direito deve ser realizado através da democracia participativa<sup>77</sup>. A Constituição é quem prevê essa forma de Estado, agregando ao seu conteúdo a necessidade da participação direta do cidadão no processo político<sup>78</sup>.

E, para Paulo Bonavides, a democracia participativa pressupõe um processo de constitucionalidade mais democrático, mais aberto e mais legítimo, já que seu modelo propicia um controle, tanto da autoridade e da judicatura dos tribunais constitucionais, quanto da autoridade da cidadania popular e soberana exercitada em termos decisórios<sup>79</sup>.

Nesse sentido, propõe o “Direito Constitucional da democracia participativa” como possibilidade de salvaguardar os direitos fundamentais. E, nas suas palavras, Bonavides irá afirmar que:

Com esse Direito, poder-se-à salvar, preservar e consolidar o conceito de soberania que a onda reacionária do neoliberalismo contemporâneo faz submergir nas inconstitucionalidades do Poder, até destruí-lo por completo.  
A democracia participativa é direito constitucional progressivo e vanguardeiro. É direito que veio para repolitizar a legitimidade e reconduzi-la às suas nascentes históricas, ou seja, àquele período em que foi bandeira de liberdade dos povos<sup>80</sup>.

Importante ressaltar que a democracia participativa compreende não somente a inclusão do povo nas decisões administrativas e legislativas. Como bem lembrado por Darci Ribeiro, também deve ser compreendida na esfera judicial, a qual, hoje, disponibiliza amplo acesso aos cidadãos<sup>81</sup>.

Daí a se dizer que esta participação do indivíduo, este acesso irrestrito ao Poder Judiciário, cria a possibilidade dos cidadãos exigirem do Estado o cumprimento daquilo que lhe foi prometido e, tanto o Poder Executivo quanto o Poder Legislativo, não conseguiram concretizar<sup>82</sup>.

Do mesmo modo é o pensamento de Muller sobre a relevância da participação do povo na vida pública.

<sup>76</sup> RIBEIRO, Darci Guimarães. *Da tutela jurisdicional às formas de tutela*, p.100.

<sup>77</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. *Novas linhas do processo civil*, p.20.

<sup>78</sup> Idem, *Ibidem*, p.20.

<sup>79</sup> BONAVIDES, Paulo. *Teoria constitucional da democracia participativa*, p. 25.

<sup>80</sup> Idem, *Ibidem*, p. 33.

<sup>81</sup> RIBEIRO, Darci Guimarães. *Da tutela jurisdicional às formas de tutela*, p.103.

<sup>82</sup> Idem, *Ibidem*, p.103.

Não existe nenhuma democracia viva sem espaço público. Ele é o espaço do povo, quer dizer, da população. “A praça é do povo, como o céu é do condor” (Castro Alves). Nele oscilam os processos informais da sua participação política, na qual podem apoiar-se aqueles formais de participação: para tornar o povo identificável, abrindo-lhe espaço para que ele se crie – atuando em situações concretas, diante de problemas concretos<sup>83</sup>.

Logo, “o processo passa a ser um valioso instrumento público posto a serviço do povo para viabilizar a essência da democracia que está personificada nos direitos e garantias fundamentais”<sup>84</sup>.

Nas palavras de Marinoni, “Democracia quer significar, acima de tudo, participação”<sup>85</sup>, e o processo deve ser fundamentado de forma legítima. E, na mesma linha de pensamento, afirma que “o exercício do poder estatal através do processo jurisdicional há de ser legítimo, mas a legitimidade do exercício do poder somente pode ser conferida pela abertura à participação. Somente assim, através da participação, o processo vai refletir os ideais propostos pelo Estado Democrático de Direito”<sup>86</sup>.

Para Muller, a gama de configurações da participação popular nos assuntos de interesse público e inseridas em um Estado de Direito, deve necessariamente apoiar-se nas garantias previstas pelos direitos fundamentais e sobre as garantias processuais que sob a exigência do Estado constitucional irão formar a base jurídica de uma sociedade civil organizada<sup>87</sup>.

Nesse diapasão, o debate sobre a democracia participativa vai muito além dos mandamentos constitucionais que reconhecem a possibilidade da participação popular nas decisões políticas. A efetivação de uma real democracia participativa deve pressupor, entre outros fatores, um amplo acesso à justiça, o qual somente realizar-se-à com a proposição de atitudes provindas, certamente, do Poder Executivo e do Poder Legislativo. Mas, quanto ao papel do Poder Judiciário, este é de fundamental importância, visto que hoje parece coerente dizer que, dos três Poderes, este é o menos corrompido e o que se encontra mais próximo da população.

<sup>83</sup> MÜLLER, Friedrich. *Quem é o povo ? A questão fundamental da democracia*, p. 132.

<sup>84</sup> RIBEIRO, Darci Guimarães. *Da tutela jurisdicional às formas de tutela*, p.103.

<sup>85</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. *Novas linhas do processo civil*, p.145.

<sup>86</sup> Ainda, para MARINONI, a participação no processo jurisdicional está vinculada à idéia de efetividade do contraditório. Sobre o tema, ver MARINONI, Luiz Guilherme. *Novas linhas do processo civil*, especialmente p. 145 e segs; TROCKER, Nicolò. *Processo civile e Costituizone*. Problemi di diritto tedesco e italiano, especialmente p. 26 e segs

<sup>87</sup> MÜLLER, Friedrich. *Quem é o povo ? A questão fundamental da democracia*, p. 131.

Destarte, será através de uma nova postura do Poder Judiciário o caminho rumo a um ideal democrático, onde a participação torna o processo menos instrumental e, nas palavras de Calmon de Passos,

é a superação do entendimento do processo como garantia de direitos individuais, alçado ele a instrumento político de participação na formulação do direito pelos corpos intermediários e de provocação da atuação dos agentes públicos e privados no tocante aos interesses coletivos ou transindividuais por cuja satisfação foram responsáveis<sup>88</sup>.

Novamente, Bonavides preceitua que “sem cidadania não se governa e sem povo não se alcança a soberania legítima”, necessitando que às instâncias decisórias sempre se vincule a vontade popular<sup>89</sup>.

No mesmo sentido, Muller salienta a importância do “povo” para a amplitude e coerência da “justificativa democrática” e, nas suas palavras:

*A idéia fundamental da democracia é a seguinte: determinação normativa do tipo de convívio de um povo pelo mesmo povo. Já que não se pode ter o autogoverno, na prática quase inexequível, pretende-se ter ao menos a autocodificação das prescrições vigentes com base na livre competição entre opiniões e interesses, com alternativas manuseáveis e possibilidades eficazes de sancionamento político<sup>90</sup>.*

Ainda, na mesma linha de pensamento, Bonavides fortalece a proposta de que um constitucionalismo que se encontra voltado à democracia participativa, torna seu próprio povo supremo e soberano:

A chave constitucional do futuro entre nós reside, pois, na democracia participativa, que faz soberano o cidadão-povo, o cidadão-governante, o cidadão nação, o cidadão titular efetivo de um poder invariavelmente superior e, não raro, supremo e decisivo. O cidadão, nesse sistema, é, portanto, o povo, a soberania, a nação, o governo; instância em que há de romper a seqüência histórica na evolução do regime representativo, promovendo a queda dos moldes anteriores e preparando a passagem a uma democracia direta, de natureza legitimamente soberana e popular<sup>91</sup>.

Com efeito, a luta pela concretização da democracia participativa está vinculada às diretrizes do sistema judicial brasileiro, o qual, traçando diretrizes em que se vislumbre a possibilidade do cidadão exercer sua cidadania de forma integral, promoverá grandes contribuições para a consumação das diretrizes previstas na noção de Estado Democrático de Direito.

<sup>88</sup> PASSOS, José Joaquim Calmon de. Democracia, participação e processo. In: *Participação e processo*, p.96.

<sup>89</sup> BONAVIDES, Paulo. *Teoria constitucional da democracia participativa*, p. 36.

<sup>90</sup> MULLER, Friedrich. *Quem é o povo ? A questão fundamental da democracia*, p. 57.

<sup>91</sup> BONAVIDES, Paulo. *Teoria constitucional da democracia participativa*, p. 34.



#### 1.4 A razoável duração do processo como garantia à tutela jurisdicional efetiva

É sempre bom lembrar que a Emenda Constitucional nº 45/2004 representou um novo marco para a história do direito processual brasileiro. Apesar das diversas críticas quanto a sua implementação, seu texto deve ser interpretado como um compromisso a ser alcançado, principalmente, pelo Poder Judiciário que encontra-se vinculado de forma direta com todo o ordenamento jurídico.

É o caso do direito à razoável duração do processo que, pela previsão da já citada EC 45/2004, foi acrescido no Artigo 5º da Constituição Federal, inciso LXXVIII, tendo por objetivo tornar mais célere a prestação jurisdicional através de uma maior efetividade nas respostas promovidas pelo Judiciário.

A proposta de elencar o direito à razoável duração do processo no rol dos direitos e garantias fundamentais não é uma criação nova. Advém de exemplos internacionais e, nas palavras de Nicolitt, “como se dirá incansavelmente, a duração razoável do processo é um direito fundamental consagrado em diversos documentos internacionais de proteção e promoção dos direitos humanos”<sup>92</sup>.

A título de ilustração, a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, também conhecida como Pacto de San José da Costa Rica, traz no seu artigo 8º importante mandamento quanto ao desenvolvimento dos processos em tempo hábil:

Toda a pessoa tem direito a 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 para que se determinem seus direitos ou obrigações de natureza civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza<sup>93</sup>.

Já a Convenção Européia dos Direitos do Homem utiliza alguns critérios para avaliar se a duração do processo foi razoável ou não. Entre eles, também a doutrina de Gajardoni aponta a complexidade do assunto, o comportamento dos litigantes e a atuação do órgão jurisdicional como alguns fatores que irão influenciar a razoabilidade do tempo processual<sup>94</sup>.

Nesse sentido, aduz Hoffman:

<sup>92</sup> NICOLITT, André Luiz. *A duração razoável do processo*, p. 01.

<sup>93</sup> Convenção Européia para Salvaguarda dos Direitos do Homem e das liberdades fundamentais: subscrita em Roma, em 4 de novembro de 1950: com as modificações introduzidas pelo protocolo nº 11. Disponível em://www.echr.coe.int/Convention/webConvenPOR.pdf; Acesso em: 15.maio.2008.

<sup>94</sup> GAJARDONI, Fernando. *Técnicas de aceleração do processo*, p.15 e segs.



Com essa previsão de um processo com um término em prazo razoável, a Convenção europeia dos direitos do Homem já demonstrava, há mais de 50 anos, a importância de que o julgamento das causas judiciais fosse dotado de mecanismos que permitissem uma demora que não ultrapasse aquela estritamente necessária, isso quando nem sequer se imaginava que um processo pudesse durar 10, 20 ou até 30 anos, como infelizmente, ocorre atualmente em alguns casos<sup>95</sup>.

Assim, o direito à razoável duração do processo passou a ser assunto presente nas decisões do STF e do STJ, assim como nos Tribunais de Justiça, ampliando a importância do assunto relacionado à celeridade dos processos e suas consequências:

Veja-se a transcrição da decisão do TJ/RS nesse sentido:

MANUTENÇÃO DA MULTA APLICADA PELO TRIBUNAL DE ORIGEM PELA PROCRASTINAÇÃO DO FEITO. (...) PRECEDENTES. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO. 1. Os embargos são cabíveis somente em caso de omissão, contradição ou obscuridade na decisão recorrida. 2. Comprovado o fato de que nos embargos de declaração a autarquia recorrente quis debater, novamente, matéria já tratada pelo colegiado do Tribunal *a quo* no julgamento do agravo regimental, cabível a multa prevista no art.537, parágrafo único, do CPC. 3. **A cominação de multa para a parte que utiliza indevidamente o recurso de embargos de declaração com o intuito de atrasar o andamento do feito tem fundamento no respeito ao princípio da celeridade processual e na constitucionalizada garantia da duração razoável do processo.** Cabe ao Judiciário ser diligente, bem como devem as partes litigantes agir com o intuito de resolver a controvérsia, e não de atrasar a prestação jurisdicional. 4. A multa prevista no parágrafo único do art. 538, do Código de Processo Civil busca a coibir a utilização indiscriminada dos embargos de declaração, bem como evitar a extensão de discussões inócuas, que apenas atrasarão a prestação jurisdicional. 5. Agravo regimental a que se nega provimento<sup>96</sup>. Grifo nosso.

Nesse mesmo sentido, o STJ não reconheceu o recurso de apelação transcrito a seguir, pela justificativa de atentar contra o direito à razoável duração do processo:

EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL. EMBARGOS À EXECUÇÃO CONTRA A FAZENDA PÚBLICA. APLICAÇÃO DO ARTIGO 739-A, §5º., CPC. POSSIBILIDADE. DIREITO FUNDAMENTAL À RAZOÁVEL DURAÇÃO DO PROCESSO. DIREITO À EMENDA DA PETIÇÃO INICIAL ANTES DE SEREM REJEITADOS. . MOMENTO DE APLICAÇÃO DO ARTIGO 739-A, §5º., CPC. REJEIÇÃO LIMINAR. BOA-FÉ PROCESSUAL E SEGURANÇA JURÍDICA. PREVISIBILIDADE PROCEDIMENTAL. I - Aplicação do artigo 739-A, §5º., do CPC: nos embargos à execução contra a Fazenda Pública, deve-se buscar, na interpretação da legislação processual, aquela que dê maior eficácia possível aos direitos fundamentais processuais, como é o caso do direito fundamental à razoável duração do processo. Dessa forma, o artigo 739-A, §5º., CPC, deve ser aplicado aos embargos à execução contra a Fazenda Pública. (...) À UNANIMIDADE, CONVERTERAM O JULGAMENTO EM DILIGÊNCIA<sup>97</sup>.

<sup>95</sup> HOFFMAN, Paulo. O direito à razoável duração do processo e a experiência italiana. In: *Reforma do Judiciário*: primeiros ensaios críticos sobre a EC n. 45/2004, p. 576.

<sup>96</sup> STJ. AgRg no REsp 962.897/RJ, Rel. Ministra Maria Thereza de Assis Moura. 6ª Turma, Julgado em 07.02.2008, DJ 25.02.2008.

<sup>97</sup> Apelação Cível Nº 70031326721, Terceira Câmara Especial Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Maria José Schmitt Sant Anna, Julgado em 19/01/2010.

Com os mesmos objetivos, o Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul sustenta, também, a proteção à razoável duração dos processos, a exemplo do julgado transcrito:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECURSO EXCEPCIONAL. DESCABIMENTO. CONVERSÃO EM RETIDO. HIPÓTESE EM QUE NÃO VERIFICADO O RISCO DE DANO IRREPARÁVEL OU DE DIFÍCIL REPARAÇÃO. A reforma processual instituída pela Lei 11.187/05 priorizou o agravo na forma retida, pelo que, sempre que a parte consiga sem significativo prejuízo imediato, suportar os efeitos da decisão deve se valer desta modalidade de recurso. Assim, é preciso que a decisão represente um risco concreto de dano no cumprimento da decisão para que se admita o agravo de instrumento, modalidade, hoje, excepcional. **Outrossim, o fim precípua da reforma processual é de obediência a garantia constitucional da razoável duração do processo.** Agravo de instrumento convertido em agravo retido<sup>98</sup>. Grifando.

Nota-se que as decisões proferidas pelos Tribunais demonstram a preocupação desses colegiados com a agilidade dos processos, inclusive, penalizando pecuniariamente a parte que se utiliza de artifícios com o objetivo de protelar a sentença.

Para tanto, é indispensável desvendar qual o limite do significado da expressão “razoável duração do processo”. As dificuldades são diversas para se chegar a uma delimitação precisa, pois depara-se com um conceito impreciso e demasiadamente amplo, o que, por consequência, permite que esteja dotado de certo grau de subjetividade, dificultando, desta maneira, identificar seu verdadeiro sentido quando utilizado como expressão representativa de “direito constitucional”.

No entendimento de Tavares, a razoabilidade referida no direito em análise “representa uma quebra desta preocupação exclusiva com rapidez, pois o processo deverá durar o mínimo, mas também o tempo necessário para que não haja violação na qualidade da prestação jurisdicional”<sup>99</sup>.

Neste sentido, Chamoro Bernal aduz à “razoabilidade” como “un antídoto natural contra el formalismo o la tutela teórica y en consecuencia, un instrumento para la realización de la efectividad de a tutela judicial”<sup>100</sup>.

Dessa forma, o direito à razoável duração do processo, antes de qualquer outra análise, deve ser identificado como uma ferramenta a mais na tentativa de viabilizar a tutela jurisdicional, conjuntamente com o contraditório oferecido às partes e imposto ao juiz, a

<sup>98</sup> Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Agravo de Instrumento nº 70024431603, Sexta Câmara Cível, Rel. Artur Arnildo Ludwig, Julgado em 21.05.2008.

<sup>99</sup> TAVARES, André Ramos. *Reforma do judiciário no Brasil pós-88:(des)estruturando a justiça: comentários completos à EC nº 45/04*, p. 31.

<sup>100</sup> BERNAL, Francisco Chamorro. *La tutela judicial efectiva. Derechos y garantías procesales derivados del artículo 24.1 de la Constitución*. Barcelona, p. 330-331.

igualdade das partes, o juiz natural, a ampla defesa e demais mecanismos constitucionais que complementam o princípio do devido processo legal previsto no Artigo 5º da Constituição Federal, inciso LIV, segundo o qual “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”.

Assim, o direito à razoável duração do processo decorre diretamente da idéia de “devido processo legal”, não se constituindo, por assim dizer, como um direito novo no ordenamento jurídico. É reflexo da preocupação dos operadores do direito em ver efetivado suas pretensões processuais em tempo hábil, ou seja, de tal maneira que o Poder Judiciário consiga responder à demanda processual dentro de um prazo admissível sem, contudo, ferir os demais princípios processuais.

Para que o processo alcance seus objetivos, dessa forma, é necessário que esteja de acordo com o conjunto de garantias traçadas pela constituição.

Nas palavras de Nery Junior,

(...) bastaria a norma constitucional haver adotado o princípio do *due process of law* para que daí decorressem todas as conseqüências processuais que garantiriam aos litigantes o direito a um processo e uma sentença justa. É por assim dizer, o gênero do qual todos os demais princípios constitucionais do processo são espécie<sup>101</sup>.

É o entendimento da nossa Corte Suprema que identifica o devido processo legal também como uma garantia constitucional do processo:

Abrindo o debate, deixo expresso que a Constituição de 1988 consagra o devido processo legal nos seus dois aspectos, substantivo e processual, nos incisos LIV e LV, do art.5º, respectivamente.

[...]

*Due process of law*, com conteúdo substantivo – *substantive due process* – constitui limite ao Legislativo, no sentido de que as leis devem ser elaboradas com justiça, devem ser dotadas de razoabilidade (*reasonableness*) e de racionalidade (*rationality*), devem guardar, segundo W.Holmes, um real e substancial nexos com o objetivo que se quer atingir. Paralelamente, *due process of law*, com caráter processual – *procedural due process* – garante as pessoas um procedimento judicial justo, com direito de defesa<sup>102</sup>.

Logo, é possível vislumbrar no “direito ao devido processo legal” um caráter mais genérico, dele decorrendo diversos direitos fundamentais, inclusive a garantia da prestação jurisdicional sem dilações indevidas<sup>103</sup>.

Em excelente análise sobre esse ponto e inobstante a razoável duração do processo decorrer de outro direito fundamental, Nicolitt entende que ela não perde sua autonomia, pois

<sup>101</sup> NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios do processo civil na Constituição Federal*, p. 60.

<sup>102</sup> ADIn nº 1.511 – MC, voto do Ministro Carlos Velloso, DJ 06.06.2003.

<sup>103</sup> Sobre o termo “dilações indevidas” ver item 1.6 do presente trabalho.

não se confunde com o direito à tutela jurisdicional, já que, ao ocorrerem paralisações ou atrasos na prestação jurisdicional, no seu restabelecimento o direito à razoável duração do processo não é sanado<sup>104</sup>.

Entretanto, este instrumento elevado à garantia constitucional está intimamente ligado à tutela jurisdicional efetiva e, conseqüentemente, coordena os rumos a serem traçados dentro do processo para que o mesmo viabilize a participação como caminho à consecução do devido processo legal.

Não obstante a noção de “processo efetivo” depender, dentre outros fatores, do melhor aproveitamento possível do tempo que compreende a tramitação dos processos<sup>105</sup>, vale lembrar que ao Estado cabe a função de prestar esta tutela jurisdicional, de forma efetiva, de tal maneira que disponibilize instrumentos aos cidadãos, suficientes para tanto.

De igual modo, a prestação jurisdicional deve pressupor, inclusive, as garantias para a efetividade do processo as quais, por sua vez, são as que realmente garantem e protegem os direitos do ser humano, pois compreendem medidas que possibilitam sua realização e sua eficácia.<sup>106</sup>

Para Cappelletti e Garth, “é dever de cada Estado patrocinar sistemas efetivos de patrocínio legal, judicial e extrajudicial aos que se encontram em situação de inferioridade econômica ou social”<sup>107</sup>.

Já na concepção de Nicolitt, há duas hipóteses em que o Estado acaba por ferir o direito à razoável duração do processo. A primeira, “a deficiente direção das autoridades processuais e a segunda seria a carência dos meios ou adequada organização judiciária”<sup>108</sup>.

O Poder Judiciário é o principal responsável por essa agressão quando se refere ao primeiro caso, já que, sob a argumentação de “abarrotado”, não fornece respaldo suficiente a todos os litígios em tempo hábil.

De tais considerações, pode-se concluir que cabe ao Estado a tarefa de promover um amplo acesso à justiça, uma vez que este é corolário ao princípio do devido processo legal.

Por sua vez, Chamorro Bernal identifica três princípios, vistos como instrumentos para a efetividade do direito à tutela judicial efetiva, cujo desrespeito caracteriza uma infração constitucional. São eles:

<sup>104</sup> NICOLITT, André Luiz. *A duração razoável do processo*, p. 20 e segs.

<sup>105</sup> Sobre a noção de tempo para o processo ver item 1.5 do presente trabalho.

<sup>106</sup> JUNOY, Joan Pico I. *Las garantías constitucionales del proceso*, p.17.

<sup>107</sup> CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à Justiça*, p.11.

<sup>108</sup> NICOLITT, André Luiz. *A duração razoável do processo*, p. 62.

- a) El principio del *favor actiones* o *pro actione*, que tiene su aplicación especialmente en todo lo relativo a los derechos de acceso a la jurisdicción y a una resolución.
- b) El deber judicial de promover y colaborar en la efectividad de la tutela que afecta a todas las fases de su realización, pero especialmente al derecho a la defensa y a la efectividad.
- c) El principio de razonabilidad que engloba también todos los aspectos de la tutela, pero especialmente el derecho a una resolución y a su efectividad<sup>109</sup>.

Entretanto, esta possibilidade de “acesso à justiça” deve ser interpretada muito além do simples direito de ação, estando relacionada no sentido de pressupor a possibilidade do cidadão em participar e ter acesso à atividade jurisdicional.

Sobre o tema, acertada é a interpretação que Trocker faz ao direito de ação: “non si limitano più a configurare una genérica facoltà de accesso alle corti, ma si preoccupano di indicare i mezzi specifici per realizzarla praticamente ed effettivamente”<sup>110</sup>.

Constitucionalmente, o acesso à justiça está previsto no Artigo 5º, inciso XXXV da Carta Magna vigente e preconiza que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”, o que nos permite contemplar que, além do acesso ao Poder Judiciário, há uma necessidade deste acesso garantir uma tutela jurisdicional efetiva.

Por sua vez, para a consagração do direito de obter a tutela efetiva dos tribunais e juízes singulares, é necessária a consecução do direito – diga-se, constitucional – de acesso à justiça e, neste sentido, Pico I Junoy irá afirmar que:

El primer contenido, es un orden lógico y cronológico, del derecho a la tutela judicial efectiva lo constituye el acceso a la jurisdicción que se concreta en el derecho a ser parte en un proceso y a promover la actividad jurisdiccional que desemboque en una decisión judicial sobre las pretensiones deducidas. Se trata de un derecho prestacional de configuración legal. El derecho a la tutela judicial efectiva, y en concreto el acceso al proceso, no es un derecho de libertad, esto es, ejercitable sin más y directamente a partir de la Constitución, sino un derecho de prestación, por lo que solo puede ejercerse por las cauces que el legislador establece, o dicho de otro modo, es un derecho de configuración legal<sup>111</sup>.

Nessa esteira, afirma Nicolitt,

Uma decisão justa não pode ter o aodamento e irreflexão incompatíveis com a atividade jurisdicional, tampouco pode ter a morosidade destrutiva da efetividade da jurisdição. Aqui também há de se encontrar a justa medida, o que se traduz, em última análise, em fazer justiça<sup>112</sup>.

<sup>109</sup> BERNAL, Francisco Chamorro, *La tutela judicial efectiva*, p. 313-314.

<sup>110</sup> TROCKER, Nicolò. *Processo civile e costituzione*, problemi di diritto tedesco e italiano, p.187.

<sup>111</sup> JUNOY, Joan Pico I. *Las garantías constitucionales del proceso*, p.42.

<sup>112</sup> NICOLITT, André Luiz. *A razoável duração do processo*, p. 08.

Na visão de Dinamarco, referindo-se ao acesso à justiça, este prevê dificuldades inerentes à qualidade dos serviços jurisdicionais, à tempestividade da tutela ministrada mediante o processo e à sua efetividade<sup>113</sup>.

Para tanto, irá afirmar que:

Para a plenitude do acesso à justiça importa remover os males resistentes à universalização da tutela jurisdicional e aperfeiçoar internamente o sistema, para que seja mais rápido e mais capaz de oferecer soluções justas e efetivas. É indispensável que o juiz cumpra em cada caso o dever de dar efetividade ao direito, sob pena de o processo ser somente exercício improdutivo de lógica jurídica<sup>114</sup>.

Neste compasso, cumpre lembrar os ensinamentos de Cappelletti e Garth, os quais demonstram a necessidade de interligar o direito de acesso à justiça aos novos rumos dos estudos relativos à efetividade do processo:

O direito de acesso à justiça, atualmente, é reconhecido como aquele que deve garantir a tutela efetiva de todos os demais direitos. A importância que se dá ao direito de acesso à justiça decorre do fato de que a ausência de tutela jurisdicional efetiva implica a transformação dos direitos garantidos constitucionalmente em meras declarações políticas de conteúdo e função mistificadores. Por estas razões, a doutrina moderna abandonou a idéia de que o direito de acesso à justiça, ou o direito de ação significa apenas o direito à sentença de mérito, esse modo de ver o processo, se um dia foi importante para a concepção de um direito de ação, independe do direito material, não coaduna com as novas preocupações e estão nos estudos dos processualistas ligados ao tema da efetividade do processo que traz em si a superação de que este poderia ser estudado de maneira neutra e distante da realidade social e do direito material<sup>115</sup>.

Especificamente ao tempo do processo, é possível pressupor que o acesso à justiça, dentre outros fatores, necessita da adequação desse tempo, de modo que o processo se desenvolva dentro de uma ordem processual cronológica, a qual deve regular os atos processuais até seu encerramento.

Vale lembrar, ainda, os ensinamentos de Marinoni quanto à necessidade da garantia estatal ao direito de ação:

O direito de acesso à justiça, garantido pelo artigo 5º, XXXV, da Constituição da República, não quer dizer apenas que todos têm direito de ir a juízo, mas também quer significar que todos têm direito à adequada tutela jurisdicional ou à tutela jurisdicional efetiva, adequada e tempestiva...<sup>116</sup>.

<sup>113</sup> DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*, p. 114.

<sup>114</sup> Idem, *Ibidem*, p. 114.

<sup>115</sup> CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*, p.08.

<sup>116</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela antecipatória, julgamento antecipado e execução imediata da sentença*, p.18.

No mesmo sentido, a doutrina de Cappelletti e Garth, irá considerar que “uma justiça que não cumpre suas funções de um prazo razoável é, para muitas pessoas, uma Justiça inacessível”<sup>117</sup>.

Finalizando, Chamorro Bernal apresenta uma definição para o direito à tutela judicial efetiva, salientando sua característica de direito fundamental através do qual toda pessoa tem a possibilidade de exigir, tanto do Poder Judiciário como também do Poder Legislativo e do Executivo, acesso aos juízes e tribunais para requerer ou defender direitos, através dos procedimentos estabelecidos em lei e, mediante o contraditório, obter uma resposta motivada e fundada no direito, pressupondo uma decisão razoável, extraída do ordenamento jurídico<sup>118</sup>.

Mais especificamente, o direito processual revela um papel importante nessa conjuntura, já que é fundamental sua adequação aos preceitos constitucionais para que se chegue o mais próximo possível da real efetividade das garantias processuais positivadas constitucionalmente.

Em suma, com essas questões deparam-se diversas formas de expressões relacionadas ao tempo do processo. Diante dessa visível complexidade de nomenclaturas, é necessário que os operadores do direito utilizem, de forma correta, os termos “celeridade”, “tempestividade” e “morosidade processual”, já que não podem ser consideradas expressões sinônimas, tendo, cada uma, grandes diferenças na prática processual e reflexos na efetividade do processo.

### **1.5 A relevância do tempo para o processo: desvendando celeridade, tempestividade e morosidade processual**

Diante dessas considerações, fica evidenciado que o Estado deve assegurar aos litigantes o devido processo legal, incluindo, nessa noção, a razoável duração dos processos.

Nesta conjuntura, o fator tempo não pode ser ignorado no decorrer do processo.

Em outras palavras, quando o Poder Judiciário deixa de exercer práticas normatizadas que possibilitariam uma melhor administração do tempo, o Direito corre o risco de não conseguir concretizar as expectativas dos cidadãos.

Sabidamente, a lentidão judicial é um fator relevante no agravamento da inefetividade da tutela jurisdicional. Com isso, a efetividade do processo encontra-se fortemente abalada pelo longo prazo decorrido durante os processos judiciais.

---

<sup>117</sup> CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à Justiça*, p. 20-21.

<sup>118</sup> BERNAL, Francisco Chamorro. *La tutela judicial efectiva*, p. 313-314.



Contudo, o termo “lentidão” deve ser melhor analisado para que haja a correta identificação da morosidade processual quando decorrente da demora injustificável dos processos.

Logo, é imprescindível destacar que, ao se falar em “razoável duração do processo” não se está falando, necessariamente, em “celeridade processual”.

Aliás, é necessário referir, desde agora, que o tempo deve ser levado em consideração desde que não se perca a qualidade da prestação jurisdicional, o que provocaria um dano ao direito pleiteado pela parte litigante.

Veja-se, a exemplo das considerações de Olmeda referindo-se ao entendimento do Tribunal Constitucional Espanhol, sobre a necessidade da atividade jurisdicional ser realizada no menor tempo possível:

En este sentido, el TC há afirmado que ‘la Constitución no impone un principio de celeridad y urgencia en las actuaciones judiciales, al precio de ignorar los derechos de las partes... pretende asegurar un equilibrio entre la duración temporal del proceso y las garantías de las partes, pues tan perjudicial es que un proceso experimente retrasos injustificados como que se desarrolle precipitadamente con menoscabo de las garantías individuales’<sup>119</sup>.

Portanto, quando se faz referência à justiça rápida, não estamos, necessariamente, proclamando uma justiça boa, no sentido de efetivação do direito pleiteado<sup>120</sup>.

No mesmo sentido são as disposições de Trocker:

Una giustizia realizzata a rilento è soprattutto un grave male sociale; provoca danni economici (immobilizzando beni e capitali), favorisce la speculazione e l’insolvenza, accentua la discriminazione tra chi ha la possibilità di attendere e chi nell’attesa ha tutto da perdere. Un processo che si trascina per lungo tempo diventa anche un comodo strumento di minaccia e di pressione, un’arma formidabile nelle mani di più forte per dettare all’avversario le condizioni della resa<sup>121</sup>.

De tal sorte, como já dito, a efetividade dos direitos deve ser vista como decorrência direta da tutela judicial, a qual deve ser realizada dentro do menor tempo possível, qual seja o tempo necessário para a efetividade do direito pleiteado, conforme cada caso em concreto e suas peculiaridades.

Em diversas situações do cotidiano jurídico são encontrados casos práticos em que, mesmo com o reconhecimento do direito por parte do Poder Judiciário, a parte não consegue exercitá-lo devido ao longo tempo processual decorrido para que se cumpra a sentença,

<sup>119</sup> OLMEDA, Araceli Manjón-Cabeza. *La atenuante analógica de dilaciones indebidas: analogia e interpretación el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas*, p.101.

<sup>120</sup> SANTOS, Boaventura de Sousa. *Para uma revolução democrática da justiça*, p.27.

<sup>121</sup> TROCKER, Nicolò. *Processo civile e costituzione*, p.276-277.



ocasionando situações em que o réu/executado acaba se desfazendo daquele patrimônio que deveria garantir a execução.

Assim, antes de adentrar nos questionamentos necessários à devida compreensão dos termos celeridade, tempestividade e morosidade processual, é necessário distinguir, antes de mais nada, a noção de tempo para o processo, a qual, para muitos doutrinadores, já serviu como objeto de estudo, relacionando-a ao direito.

Dentre os estudos filosóficos, Heidegger, orientado pelos ensinamentos de Aristóteles, irá afirmar que “o tempo é isso, a saber, o que é contado no movimento que se dá ao encontro do horizonte do anterior e do posterior”<sup>122</sup>.

Também Gadamer irá se ater ao tempo referindo-se a uma “distância temporal” como uma “continuidade viva de elementos que se acumulam formando uma tradição, isto é, uma luz a qual tudo o que trazemos conosco de nosso passado, ou seja, tudo o que nos é transmitido faz a sua aparição.”<sup>123</sup>.

Especificamente no campo jurídico, e referindo-se ao tempo social, fenômeno imprescindível de ser estudado para alcançar os objetivos aqui propostos, é essencial um aprofundamento nos ensinamentos de Rocha, o qual afirma ser o Tempo um fator social e a Constituição uma conquista evolutiva desse tipo de organização no decorrer do tempo<sup>124</sup>.

Ainda seguindo a mesma linha de pensamento, retrata o Tempo como “o Tempo do Direito, desde a perspectiva racional do normativismo, que recorre à hierarquia para equacionar o problema da validade das decisões”<sup>125</sup>.

De seus estudos, Rocha ainda ensina que, na atualidade, a idéia de “Tempo do Direito” adquire uma nova feição, sendo necessária a criação de mecanismos eficazes para a tomada de decisões de tal maneira que se mantenha a concepção de Direito como instituto social<sup>126</sup>.

Neste mesmo sentido, também é de fundamental importância os pensamentos de Ost, em sua clássica obra referindo-se ao direito como “medida” em suas quatro dimensões, que vão da norma ao tempo<sup>127</sup>: primeiramente, o direito como medida de norma (decisões, regras de conduta, medidas de segurança,...); em um segundo momento, o direito visto como instrumento de medida, no julgamento dos interesses em conflito; depois, em um terceiro momento, identificando o direito como medida de equilíbrio, de moderação e prudência; e,

<sup>122</sup> HEIDEGGER, Martin. *Ser e tempo*, p.516.

<sup>123</sup> GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e Método I: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica*, p. 442.

<sup>124</sup> ROCHA, Leonel Severo. Tempo e constituição. In: *Estudos Constitucionais*, p.198.

<sup>125</sup> ROCHA, Leonel Severo. Tempo e constituição. In: *Estudos Constitucionais*, p.214.

<sup>126</sup> Idem, *Ibidem*, p.214.

<sup>127</sup> OST, François, *O tempo do direito*, p.426.

por fim, a quarta dimensão do direito como medida: o ritmo, representado pela “harmonia de durações diversificadas, a escolha do momento oportuno, o tempo concedido ao andamento do social”<sup>128</sup>.

Vale destacar a tese de Cruz e Tucci que demonstra uma preocupação com o sentido normativo do tempo, propondo sua vinculação à ideia de uma justa distribuição desse tempo e, nesse sentido, como adverte, a propósito, ao referir-se à demora injustificável do processo judicial: “é, pois, preciso oferecer ao processo mecanismos que permitam o cumprimento de toda a sua missão institucional, evitando-se, com isso, que seja considerado ‘fonte perene de decepções’”<sup>129</sup>.

O tempo processual é relativo a cada litígio e a sua pretensão de direito. Logo, a solução para a efetividade do direito fundamental a um processo em prazo razoável é a prática, provinda da função do magistrado de promover o processo, sempre que lhe for outorgado meios para isso, sem dilações indevidas<sup>130</sup>.

Mas, nas palavras de Boaventura de Sousa Santos, “é necessário evitar que os propósitos de aperfeiçoamento do sistema judicial brasileiro sejam dominados, tão somente, pelo ideal de celeridade processual”<sup>131</sup>.

Destarte, bem colocado o pensamento de Cruz e Tucci ao entender que a decisão judicial não deve apenas satisfazer juridicamente as partes, mas também deve ser dada em um lapso temporal compatível com a natureza do objeto litigioso, visto que, do contrário, se tornaria utópica a tutela jurisdicional. Nesse mesmo sentido, é bem colocada sua assertiva: “para que a Justiça seja injusta não é preciso que cometa equívocos, basta que não julgue quando deve julgar”<sup>132</sup>.

Logo, referindo-se novamente aos ensinamentos de Boaventura de Sousa Santos, fazendo alusão à justiça rápida, não se está, necessariamente, proclamando um ideal de justiça a qualquer custo, justiça “massificada”, pois o objetivo maior da tutela jurisdicional continua sendo a efetivação do direito pleiteado<sup>133</sup>.

Assim, uma “justiça boa” pressupõe que um determinado processo tenha ocorrido, entre outros aspectos, como será visto em tempo oportuno, “sem dilações indevidas”, desde já

<sup>128</sup> OST, François, *O tempo do direito*, p.426.

<sup>129</sup> TUCCI, José Rogério Cruz e. *Tempo e Processo: uma análise empírica das repercussões do tempo na fenomenologia processual (civil e penal)*, p.63.

<sup>130</sup> Neste sentido ver TUCCI, José Rogério Cruz e. *Tempo e Processo*, p.64 e segs.

<sup>131</sup> SANTOS, Boaventura de Sousa. *Para uma revolução democrática da justiça*, p.27.

<sup>132</sup> TUCCI, José Rogério. *Tempo e Processo*, p.65.

<sup>133</sup> SANTOS, Boaventura de Sousa. *Para uma revolução democrática da justiça*, p.27.

esclarecendo que este seria um processo desenvolvido dentro do tempo necessário à conclusão dos interesses ali pleiteados.

Nesse sentido são as considerações de Marinoni ao afirmar que as legislações processuais modernas devem ter procedimentos que tutelem, de forma efetiva, adequada e tempestiva os direitos. “O ideal é que existam tutelas que, atuando internamente no procedimento, permitam uma racional distribuição do tempo e do processo”<sup>134</sup>.

É visível que a busca da efetividade dos direitos, almejados por todo cidadão que procura o apoio do Poder Judiciário, acaba não sendo uma tarefa tão simples como parece à primeira análise. E um dos fatores para que tais direitos acabem não se efetivando é o tempo processual decorrido entre o início da lide e a realização do direito, o qual, muitas vezes, é ocasionado pela busca em concretizar um ordenamento seguro e previsível, acabando por sucumbir à efetividade desses direitos.

No entendimento de Moreira, um dos pontos que o processo deve buscar para satisfazer a qualificação de efetivo é alcançar os resultados esperados, dentro do mínimo dispêndio de tempo e energia<sup>135</sup>.

Por outro lado, a doutrina de Boaventura de Sousa Santos é bastante cautelosa ao utilizar expressões vinculadas à idéia de justiça célere, pois deve-se levar em consideração, como afirmado anteriormente, que nem sempre um processo rápido será um processo efetivo<sup>136</sup>.

Entretanto, todos os processos vão, necessariamente, percorrer um caminho temporal.

O importante é preservar suas várias etapas, não precipitando eventos em nome da celeridade, como também não prolatando atos que venham a prolongar o processo de maneira desnecessária.

Nessa perspectiva, Lacerda irá afirmar que

A prestação jurisdicional cumpre-se, pois, mediante uma atividade onerosa, forçada pelo próprio interesse dos litigantes e, necessariamente, desenrolada no tempo. Essa atividade, acrescida do fator temporal, representa o custo, o passivo da composição da lide.

O bem resultante da sentença padece, portanto, do desgaste, do déficit proveniente de despesas de obtenção e prejuízos causados pelo tempo de não uso, ou, pelo menos, não uso pacífico, por parte do seu titular.

<sup>134</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela antecipatória, julgamento antecipado e execução imediata da sentença*, p.20.

<sup>135</sup> MOREIRA, José Carlos Barbosa. Notas sobre o problema da ‘efetividade’ do processo. In: *Temas de direito processual*, p.27-28.

<sup>136</sup> SANTOS, Boaventura de Sousa. *Para uma revolução democrática da justiça*, p.24.

Dessa contingência o processo, atividade humana, não se livra. Jamais logrará realizar justiça feita, isentando o resultado de um passivo, material, e também moral – pelas energias gastas, esperanças desfeitas, paixões incontidas<sup>137</sup>.

No mesmo sentido, mas aludindo à importância do processo, são as disposições de Cruz e Tucci:

O processo é um instituto essencialmente dinâmico que se desenvolve no tempo; os atos processuais devem ser realizados, mediante um procedimento célere, no momento oportuno – *omnia tempus habent* -, conciliando-se a presteza com a segurança.

Os protagonistas do processo devem envidar todo o esforço, em regime de colaboração recíproca, para a rápida solução da causa<sup>138</sup>.

Reforçando tais pensamentos, é possível salientar que, etimologicamente, processo está relacionado ao significado de “caminhar em direção a um fim”. Também é o entendimento de Ovídio Baptista, o qual afirmou que o processo significa “avançar, caminhar em direção a um fim. Todo o processo, portanto, envolve a idéia de temporalidade, de um desenvolver-se temporalmente, a partir de um ponto inicial até atingir o fim desejado”<sup>139</sup>.

Então, admite-se que há uma diferença significativa entre celeridade, tempestividade e morosidade processual.

Primeiramente, processo célere, nas palavras de José Afonso da Silva, “seria aquele que tramitasse com maior velocidade possível; mais do que isso, só um processo célerrimo”<sup>140</sup>.

Nessa perspectiva, deve-se ter cautela ao utilizar tal expressão, principalmente quando vinculada ao direito à razoável duração do processo, pois, este, por sua vez, “não significa, necessariamente, um processo veloz, mas um processo que deve andar com certa rapidez, de modo que as partes tenham uma prestação jurisdicional em tempo hábil”<sup>141</sup>.

Para Ramos, celeridade está vinculada à busca de um procedimento constitucionalmente justo, onde haja equilíbrio entre as partes e decisões dentro de um tempo que permita a materialização do jurisdicionado<sup>142</sup>.

Portanto, de tais considerações conclui-se que celeridade processual difere de tempestividade processual, pois, neste caso, estaremos nos referindo a um procedimento que

<sup>137</sup> LACERDA. Galeano. *Despacho Saneador*, p.05.

<sup>138</sup> TUCCI, José Rogério Cruz e. *Tempo e Processo*, p.143.

<sup>139</sup> SILVA. Ovídio Araújo Baptista da. *Curso de Processo Civil*, p.13.

<sup>140</sup> SILVA. José Afonso da. *Comentário Contextual à Constituição*, p.176.

<sup>141</sup> SILVA. José Afonso da. *Comentário Contextual à Constituição*, p.176.

<sup>142</sup> RAMOS, Carlos Henrique. *Processo civil e o princípio da razoável duração do processo*, p.18 e segs.

tramitou respeitando não somente os prazos legais, mas onde os atos e as disposições nele contidas concentraram esforços para se chegar ao fim desejado.

Por outro lado, a morosidade processual é um fenômeno que pode ser derivado de diversos fatores, inclusive legais.

Em alguns casos (e aqui não se tem a intenção de generalizar a atividade jurisdicional como uma prestação morosa), os processos acabam não tramitando de forma rápida. Assim, durante o decorrer de um processo, podem-se ter várias fases que serão demoradas, ou seja, morosas, mas, nem por isso, poderão ser consideradas intempestivas<sup>143</sup>.

É da natureza processual a necessidade do processo se desenvolver percorrendo diversas etapas, cada qual com suas solenidades e seus prazos necessários para que se chegue ao escôo final.

Logo, a possibilidade de um processo ser moroso, mas tempestivo, pode ser vislumbrada. Assim, por exemplo, ocorrerá em um processo em que há a necessidade de citação de vários litigantes que residem em diferentes cidades ou estados. Neste processo, o tempo para efetivar os atos da citação será maior que em um processo onde os litigantes residam na mesma Comarca. Dessa forma ele será moroso, mas tempestivo, pois o tempo prolongado além do normal está de acordo com a previsibilidade legal.

Assim, o processo, necessariamente, deve ser considerado como um ato dinâmico, percorrendo um espaço de tempo que nem sempre pode ser calculado. Dinâmico, pois sua natureza não permite que permaneça estático, prolongando seu tempo de duração desnecessariamente. Obviamente, os atos processuais não são instantâneos, mas devem se desenvolver através de suas várias etapas, sem constantes interrupções injustificáveis<sup>144</sup>.

Dessa forma, em relação à morosidade processual, o que não se pode aceitar é que a mesma seja provocada pela inércia dos agentes judiciários quando estes não praticam, em tempo oportuno, os ditames processuais. Como ocorre, por exemplo, quando, após a distribuição do processo, leva-se algo em torno de 30 ou 60 dias para a realização da diligência de citação do Réu.

Neste sentido, Hoffman retrata a morosidade processual da seguinte forma:

Um processo adequado e justo deve demorar exatamente o tempo necessário para a sua finalização, respeitados o contraditório, a paridade entre as partes, o amplo direito de defesa, o tempo de maturação e compreensão do juiz, a realização de

<sup>143</sup> Este trabalho não terá por objeto de pesquisa as causas de intempestividade no direito processual brasileiro. Neste sentido, ver MUHLEN, Eduardo Von; MASINA, Gustavo. O princípio da duração razoável do processo. In: *A reforma do poder judiciário*, p.145 e segs.

<sup>144</sup> TUCCI, José Rogério Cruz e. *Tempo e processo*, p.25.

provas úteis e eventuais imprevistos, fato comum a toda a atividade; qualquer processo que ultrapasse um dia dessa duração já terá sido moroso<sup>145</sup>.

Por hora, não se quer desvendar quais os fatores que agravam a morosidade processual praticada por tal inércia, mas identificar que esse fenômeno provoca uma agressão ao direito fundamental de acesso à justiça e, em uma perspectiva objetiva, tal violação deve ser reparada.

### **1.6 As dilações injustificadas dos tempos processuais: um obstáculo à efetividade do processo**

Como já salientado, a partir do momento em que o Estado monopolizou a jurisdição, cabe a ele definir os procedimentos que cada cidadão utilizará para acessar a justiça.

Por conseqüência, também caberá ao Estado, a responsabilidade por eventuais falhas no sistema procedimental de acesso à justiça, incluindo aí, casos de processos intempestivos.

Todos os indivíduos da sociedade possuem o direito a um devido processo legal, compreendendo esse termo, tantas vezes utilizado pelos operadores do direito, a presunção de que as devidas garantias para a realização de tal processo sejam respeitadas, incluindo-se por conseqüência, que tais garantias sejam cumpridas dentro de um prazo razoável.

Nessa conjuntura, ao ficarmos adstritos ao processo cognitivo como forma de construção, por exemplo, de um título executivo, para, então, em um segundo momento, conceder o direito pleiteado através de um processo executório, corre-se o risco de não satisfazer o direito almejado pelo Autor, o qual acaba por acionar o judiciário sem conseguir efetivar um determinado procedimento que exija a satisfação de seu direito.

Em que pese a EC 45/2004, ser um ato contributivo à tutela jurisdicional efetiva, a busca pela efetividade já era questão discutida anteriormente. Em 1973, na exposição de motivos ao Código de Processo Civil, o então Ministro de Estado da Justiça, Alfredo Buzaid, justificou que “na reforma das leis processuais, cujos projetos se encontram em vias de encaminhamento à consideração do Congresso Nacional, cuida-se por isso, de modo todo especial, em conferir aos órgãos jurisdicionais os meios de que necessitam para que a prestação da justiça se efetue com a presteza indispensável à eficaz atuação do direito”<sup>146</sup>.

<sup>145</sup> HOFFMAN, Paulo. *A razoável duração do processo*, p. 61-62.

<sup>146</sup> Exposição de motivos do CPC de 1973, publicada no DOU em 17/01/1973.

Diante de todas essas considerações, é de fundamental importância quando nos referirmos à tutela jurisdicional qualificá-la sempre como efetiva e, nas palavras de Chamorro Bernal, “uma tutela que no fuera efectiva, por definición, no seria tutela”<sup>147</sup>.

Refere-se este mesmo doutrinador que o qualificativo de tutela efetiva, seria a tutela real e verdadeira, de acordo com o caráter predominantemente formal que teriam os direitos e garantias fundamentais<sup>148</sup>.

Etimologicamente, “efetividade”, está relacionada com o termo em latim “efficere”, o qual pode ser traduzido por expressões como “produzir” ou “realizar”.

É notório que a efetividade do processo sempre foi preocupação presente no mundo jurídico. Referindo-se à “problemática essencial da efetividade”, Barbosa Moreira resume alguns pontos necessários que o processo deva tender, para ser qualificado de efetivo. Entre eles, “cumpra que se possa atingir semelhante resultado com o mínimo dispêndio de tempo e energias”<sup>149</sup>.

Como bem observa Cappelletti “efetividade do processo é, assim, o grau de eficácia que o mesmo possui para fins de atingimento da paz social”<sup>150</sup>.

Conforme o renomado jurista italiano, Chiovenda, a idéia de efetividade do processo “deve dare per quanto è possibile praticamente a chi há un diritto tutto quello e proprio quello ch’egli ha diritto di conseguire”<sup>151</sup>.

Não poderíamos deixar de citar a conceituação de Bedaque, quanto ao termo “processo efetivo”:

Processo efetivo é aquele que, observado o equilíbrio entre os valores segurança e celeridade, proporciona às partes o resultado desejado pelo direito material. Pretende-se aprimorar o instrumento estatal destinado a oferecer a tutela jurisdicional. Mas constitui perigosa ilusão pensar que simplesmente conferir-lhe celeridade é suficiente para alcançar a tão almejada efetividade. Não se nega a necessidade de reduzir a demora, mas não se pode fazê-lo em detrimento do mínimo de segurança, valor também essencial ao processo justo<sup>152</sup>.

Deste modo, percebe-se a visível ligação entre a tempestividade do processo e a sua efetividade, sendo aquela, um dos fatores responsáveis à existência desta.

Corroborando com este entendimento, novamente Bedaque irá afirmar que:

<sup>147</sup> BERNAL, Francisco Chamorro. *La tutela judicial efectiva*, p. 276.

<sup>148</sup> BERNAL, Francisco Chamorro. *La tutela judicial efectiva*, p. 276.

<sup>149</sup> MOREIRA, José Carlos Barbosa. Notas sobre o problema da ‘efetividade’ do processo. In: *Temas de direito processual*, p.28.

<sup>150</sup> CAPPELLETTI, Mauro. *Problemas de reforma do processo nas sociedades contemporâneas*. Revista Forense. N.318, p.125.

<sup>151</sup> CHIOVENDA, Giuseppe. Dell’azione nascente dal contratto preliminare (1911). In: *Saggi de diritto processuale civile*, vol I, p. 110.

<sup>152</sup> BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Efetividade do processo e técnica processual*, p.49.



Entre os direitos fundamentais da pessoa encontra-se, sem dúvida, o direito à efetividade do processo, também denominado direito de acesso à justiça ou direito à ordem jurídica justa, expressões que pretendem representar o direito que todos têm à tutela jurisdicional do Estado. Essa proteção estatal deve ser apta a conferir tempestiva e adequada satisfação de um interesse juridicamente protegido, em favor de seu titular, nas situações em que isto não se verificou de forma natural e espontânea<sup>153</sup>.

Para tanto, tal prestação tempestiva pressupõe que os processos tramitem em tempo hábil à realização do direito pleiteado, ou seja, sem demoras excessivas ou injustificáveis que venham a prejudicar o objetivo final da lide.

Não obstante tal assertiva ser ponto passificado entre os operadores do direito, o problema da lentidão processual e a excessiva demora na resolução dos processos, possui fundamentação em diversas questões que estão muito longe de serem resolvidas, de logo, pelo direito.

Vejam-se, por exemplo, as citações de Barbosa Moreira quanto a esta problematização:

Falhas da organização judiciária, deficiências na formação profissional de juízes e advogados, precariedade das condições sob as quais se realiza a atividade judicial na maior parte do país, uso arraigado de métodos de trabalho obsoletos e irracionais, escasso aproveitamento de recursos tecnológicos<sup>154</sup>.

Boaventura de Sousa Santos, referindo-se as demandas judiciais, acredita que estão relacionadas “com um nível de efetividade da aplicação dos direitos e com a existência de estruturas administrativas que sustentam essa aplicação”<sup>155</sup>.

Nas palavras de Ovídio Baptista:

A morosidade da justiça tem sido um fenômeno constante na história da civilização ocidental, ao que se sabe desde os albores do direito romano histórico, às vezes suportável, outras vezes tornada dramaticamente intolerável, a ponto de provocar reformas mais ou menos profundas no mecanismo judiciário<sup>156</sup>.

No entanto, a sociedade atual passa por uma situação de angústia e insatisfação quanto aos instrumentos jurídicos disponibilizados aos operadores do direito, pelo poder público.

Veja-se, por exemplo, a preocupação de Barbosa Moreira, quanto à questão da lentidão processual:

<sup>153</sup> BEDAQUE, José Roberto dos Santos. In: *Código de processo civil interpretado*, p. 791.

<sup>154</sup> MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Notas sobre o problema da ‘efetividade’ do processo*. In: *Temas de direito processual*, p.31.

<sup>155</sup> SANTOS, Boaventura de Sousa. *Para uma revolução democrática da justiça*, p.17.

<sup>156</sup> SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Democracia moderna e processo civil*. In: *Participação e processo*, p.100.



Sem dúvida, algum esforço merece ser feito, para atenuar o mal em sede de interpretação das normas que regem o andamento das causas em juízo: sendo igualmente admissíveis dois entendimentos diversos, há de preferir-se o mais favorável à rápida solução do litígio. Algo também se pode conseguir – e portanto se deve preconizar – na perspectiva da reforma das leis processuais<sup>157</sup>.

Mas a excessiva demora nos processos, é fenômeno provocado por quantidade de causas que não ousaríamos enumerar<sup>158</sup>. Sobretudo, cabe-nos argumentar, em concordância com os ensinamentos de Ovídio Baptista, que se faz necessário “investigar as condições reais de nossa sociedade, inspirada nos ideais democráticos, e o grau de compatibilidade entre os instrumentos utilizados pela jurisdição, de inspiração pré-capitalista, e as novas tendências da democracia social”<sup>159</sup>.

Entretanto, a lentidão da justiça, a qual pode ser vista como um fator agravante à efetividade dos direitos fundamentais, mais especificamente, o direito à razoável duração do processo, não é um problema específico do Brasil.

O tema dos atrasos na justiça é um fenômeno que atinge diversos países, cada um com suas causas e efeitos, estes proporcionais a suas peculiaridades, estando o assunto em pauta na doutrina alienígena mais recente.

Na mesma linha de pensamento, Cappelletti e Garth retratam o problema da demora judicial, em uma perspectiva global:

O problema da morosidade da justiça é, numa perspectiva comparada, talvez o mais universal de todos os problemas com que se defrontem os tribunais nos nossos dias. Não assumindo a mesma acuidade em todos os países é, no entanto, sentido em todos eles e, virtualmente, também em todos é objecto de debate político. Compreende-se que assim seja. A maior ou menor rapidez com que é exercida a garantia dos direitos é parte integrante e o principal dessa garantia e, portanto, da qualidade da cidadania na medida em que esta se afirma pelo exercício dos direitos. Por esta via, o problema da morosidade da justiça constitui uma importante interface entre o sistema judicial e o sistema político particularmente em regimes democráticos<sup>160</sup>.

<sup>157</sup> MOREIRA, José Carlos Barbosa. Notas sobre o problema da ‘efetividade’ do processo. In: *Temas de direito processual civil*, p.30.

<sup>158</sup> Visando maior efetividade ao processo, Boaventura de Sousa Santos considera necessária a adoção de medidas como uma nova organização interna dos foros, maior eficácia na gestão de recursos humanos e materiais e de fluxos processuais e uma melhor articulação dos foros com outros serviços complementares da justiça. Tece, ainda, considerações quanto à necessidade de mudar a formação de todos os operadores do Direito: funcionários, membros do Ministério Público, juizes e também advogados. SANTOS, Boaventura de Sousa. *Para uma revolução democrática da justiça*, p. 33 e segs.

<sup>159</sup> SILVA, Ovídio A. Baptista da. Democracia moderna e processo civil. In: *Participação e processo*, p.104.

<sup>160</sup> CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*, p. 12.

Conceição Gomes, em brilhante obra publicada em 2003, faz um estudo analítico sobre a crise da justiça voltada à morosidade processual em Portugal, asseverando considerações que também podem ser refletidas na conjuntura atual do Brasil:

Trata-se de um fenômeno global, naturalmente com causas, matizes e sintomas muito específicos ou, ainda que semelhantes, com diferentes intensidades. Apesar das especificidades, em muitos países o acesso à justiça está a ser fortemente afectado pela longa duração dos processos. A lentidão judicial é consensualmente, reconhecida como um dos problemas mais graves dos actuais sistemas judiciais, com custos sociais, políticos e económicos muito elevados<sup>161</sup>.

A Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia, promulgada em 2000, no seu Artigo 47, parágrafo 2º, preceitua que “la causa sea examinada em un plazo razonable.”

Também o Convênio Europeu para a proteção dos Direitos Humanos e das Liberdades Fundamentais de 1950, hoje, denominado de *convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, no seu Artigo 6º, parágrafo 1º, prevê o direito de toda pessoa em ver sua causa julgada em prazo razoável<sup>162</sup>.

A título de mera curiosidade, tal presunção ocasionou um grande número de ajuizamento de processos de cidadãos italianos junto à Corte Europeia, pleiteando indenizações por danos causados em virtude de processos intempestivos.

Neste sentido, Hoffman discorre sobre esse acontecimento:

Assim, diante de uma justiça italiana lenta e morosa, os cidadãos italianos, apoiados na Convenção Europeia, passaram a se socorrer da possibilidade do recurso à Corte Europeia como forma de salvaguardar seus direitos e exigir a finalização de processos judiciais em tempo justo ou indenização pelos prejuízos materiais e morais advindos da exagerada duração do processo.<sup>163</sup>

De tal sorte e, para fins apenas ilustrativos já que não temos intenção de adentrar nas diversas hipóteses do direito alienígena sobre as questões relacionadas à razoável duração do processo, a previsão da Convenção Europeia serviu como base para a legislação processual italiana alterar seus dispositivos, no sentido de preservar a razoável duração do processo e, em 24 de março de 2001 foi aprovada a *Legge Pinto* alterando o ordenamento processual civil italiano, no sentido de regular essas questões relacionadas a indenizações provindas da intempestividade processual.

<sup>161</sup> GOMES. Conceição. *O tempo dos tribunais: um estudo sobre a morosidade da justiça*, p.11-12.

<sup>162</sup> Assim preceitua o Art.6º, § 1º da Convenção Europeia: “Ogni persona há diritto ad un’equa e pubblica udienza entro un termine ragionevole, davanti a un tribunale indipendente e imparziale costituito per legge, al fine della determinazione dei suoi diritti e dei suoi doveri di carattere civile, dei della fondatezza di ogni accusa penale che gli venga rivolta.

<sup>163</sup> HOFFMAN. Paulo. *Razoável duração do processo*, p. 52.

Todavía, importante é ressaltar que, quanto à morosidade processual, o que é unânime no direito comparado é o fato da dilação injustificada dos tempos processuais ser sempre motivo de preocupações na esfera judicial de qualquer país, já que ocasiona o perecimento do direito pleiteado.

De tais considerações, necessário é que se chegue a um ponto de equilíbrio entre a efetividade dos direitos fundamentais e a adequada e tempestiva prestação jurisdicional, a qual deve ser baseada em uma seqüência de condutas praticadas pelos operadores do direito, objetivando a tramitação dos processos sem desperdícios temporais injustificados.

Nesse contexto, podemos expressar de forma contundente que, para se consagrar a efetividade dos direitos é necessário a formação de uma cultura jurídica que incentive, entre outros valores, o devido processo legal praticado sem “dilações indevidas”.

Referindo-se ao conteúdo dessa expressão, Pico I Junoy irá afirmar:

El derecho a un proceso sin dilaciones indebidas se refiere no a la posibilidad de acceso a la jurisdicción o a la obtención práctica de una respuesta jurídica a las pretensiones formuladas, sino a una razonable duración temporal del procedimiento necesario para resolver y ejecutar lo resuelto.

Así, este derecho comporta que el proceso de desenvuelva em condiciones de normalidad dentro del tiempo requerido para que los intereses litigiosos puedan recibir pronta satisfacción. Por ello, como tendremos ocasión de analizar, el mero incumplimiento de los plazos procesales no es constitutivo por si mismo de violación del derecho a un proceso sin dilaciones indebidas<sup>164</sup>.

Neste sentido, é de fundamental importância destacar a contribuição de Olmeda quanto à relação das dilações indevidas e dos prazos razoáveis no desenvolvimento de um processo, ao salientar que um processo sem dilações indevidas “el que se desenvuelve en condiciones de normalidad dentro del tiempo requerido y en el que los intereses litigiosos pueden recibir pronta satisfacción”<sup>165</sup>.

Na mesma linha de pensamento, entende que a resolução do problema não estaria na criação de prazos máximos, primeiro porque seria muito difícil estabelecer esse conceito já que, para cada caso em concreto “las circunstancias pueden ser tan diversas que impidan fijar el ‘tiempo correcto’”<sup>166</sup> e, segundo, o fato do direito há um processo sem dilações indevidas estar diretamente relacionado a outros direitos que poderiam ser transgredidos ao se fixar um prazo máximo para os atos processuais, como é o caso do direito a utilização dos meios de

<sup>164</sup> JUNOY, Joan Pico I. *Las garantías constitucionales del proceso*, p.120.

<sup>165</sup> OLMEDA, Araceli Manjón-Cabeza. *La atenuante analógica de dilaciones indebidas*, p.106.

<sup>166</sup> OLMEDA, Araceli Manjón-Cabeza. *La atenuante analógica de dilaciones indebidas*, p.102.

prova, o qual poderia ser usado de forma conveniente à efetividade dos direitos, sem ser, contudo, produzido dentro de um possível prazo máximo pré-fixado.<sup>167</sup>

Seguindo sua linha de pensamento, o incumprimento de um prazo fixado como mínimo, por si só, pode ser considerado como uma “dilação”, mas não necessariamente, que esta, seja “indevida”<sup>168</sup>.

Já a interpretação dada por Cruz e Tucci, estudando o conceito de “dilações indevidas”, conclui que estas seriam:

Atrasos ou delongas que se produzem no processo por não observância dos prazos estabelecidos, por injustificados prolongamentos das etapas mortas que separam a realização de um ato processual do outro, sem subordinação a um lapso temporal previamente fixado, e, sempre, sem que aludidas dilações dependam da vontade das partes ou de seus mandatários<sup>169</sup>.

O direito a um processo sem dilações indevidas é, na sua íntegra, um direito que tem por finalidade garantir que o trâmite judicial se desenvolva dentro do estrito tempo necessário para a consecução dos seus atos.

Neste sentido, Pico I Junoy identifica que esse direito comporta uma dupla natureza jurídica. Primeiramente, representada por uma faceta prestacional, a partir do cumprimento da função jurisdicional dos juízes e magistrados, os quais têm a possibilidade de permitir que os processos tramitem em um tempo razoavelmente normal<sup>170</sup>. A outra faceta pode ser identificada a partir da possibilidade de se ordenar de imediato a conclusão dos processos antes que se incorram dilações indevidas<sup>171</sup>.

Em recente decisão proferida pelo Superior Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, ao suspender, cautelarmente, a eficácia da decisão que decretou a prisão preventiva do então paciente, os desembargadores assim proferiram:

O excesso de prazo, quando exclusivamente imputável ao aparelho judiciário - não derivando, portanto, de qualquer fato procrastinatório causalmente atribuível ao réu - traduz situação anômala que compromete a efetividade do processo, pois, além de tornar evidente o desprezo estatal pela liberdade do cidadão, frustra um direito básico que assiste a qualquer pessoa: **o direito à resolução do litígio, sem dilações indevidas, em tempo razoável e com todas as garantias reconhecidas pelo ordenamento constitucional**<sup>172</sup>. Grifo nosso.

<sup>167</sup> Idem, Ibidem, p.103.

<sup>168</sup> Idem, Ibidem, p.101.

<sup>169</sup> CRUZ E TUCCI, José Rogério. *Tempo e processo*, p.67.

<sup>170</sup> JUNOY, Joan Pico I. *Las garantías constitucionales del proceso*, p.120

<sup>171</sup> Idem, Ibidem, p.120.

<sup>172</sup> STJ/RS, Habeas Corpus nº 103.446, Julgado em 02/06/2009.

Conciliar eficácia e celeridade é uma forma de evitar dilações indevidas em um processo, já que essas vão ocorrer sempre que se rompe com esse equilíbrio, a partir de atrasos injustificados no decorrer da atividade judicial<sup>173</sup>.

Portanto, quando vincula-se a efetividade processual como requisito essencial e, melhor dizendo, como requisito existencial à tutela jurisdicional, a proposta de praticar o devido processo legal sem dilações indevidas deve ser, necessariamente, desenvolvida dentro dos moldes da nossa Constituição.

Por essa razão, a interpretação constitucional é de fundamental importância para o processo, já que é a partir de seus fundamentos que serão analisados os princípios processuais.<sup>174</sup>

Sobre esse ponto, relembra Olmeda<sup>175</sup> que o ajuste entre a conciliação de “eficácia” e de “celeridade” não está, como já dito, na proposta de criação de prazos máximos. A execução e aplicação do direito a um processo em prazo razoável, sem dilações indevidas, deve se configurar através da prática de procedimentos eficazes na busca desse equilíbrio, partindo-se do pressuposto que essa função não é mera obrigatoriedade do Poder Judiciário, mas sim, do Estado-Nação como um todo, o qual vai alcançar

también al Legislativo, que debe de promover la legislación necesaria para hacer real el contenido del derecho, y al Ejecutivo, que há de organizar los Tribunales con médios eficazes para un desarrollo de los procesos respetuoso con las garantías procesales<sup>176</sup>.

O importante é sempre vincular o direito a um processo sem dilações indevidas ao dano que este provocou no direito pleiteado pelo cidadão. E essa função de evitar a lesão a um direito é responsabilidade não somente do Poder Judiciário, mas de todo o Estado que tem a obrigação de garantir que o processo se desenvolva em tempo hábil (seja qual for a sua necessária extensão, desde que não seja indevida) de se efetivar o direito pleiteado.

<sup>173</sup> OLMEDA, Araceli Manjón-Cabeza. *La atenuante analógica de dilaciones indebidas*, p.101.

<sup>174</sup> Idem, *Ibidem*, p.219.

<sup>175</sup> Idem, *Ibidem*, p.147.

<sup>176</sup> OLMEDA, Araceli Manjón-Cabeza. *La atenuante analógica de dilaciones indebidas*, p.147.

## 2 A AUDIÊNCIA PRELIMINAR COMO RESPOSTA À MOROSIDADE PROCESSUAL

Y allí donde el hablar es arte  
es también comprensión.

Gadamer

A efetividade dos direitos é um elemento integrante da concepção de Estado Democrático de Direito; portanto, pode ser vista como um dever do Estado em consagrar sua promoção.

A tarefa de efetivá-los, porém, é árdua.

A efetividade dos direitos como decorrência da prestação estatal à tutela jurisdicional, principalmente no que se refere à análise do pedido em tempo hábil, representa a materialização de um direito subjetivo postulado por intermédio do processo. É o momento do encontro entre o direito almejado jurisdicionalmente e a prática processual.

E, para a concretização dos Direitos Fundamentais, são necessárias práticas processuais que estejam em conformidade com os preceitos constitucionais e com os mandamentos previstos na noção de Estado Democrático de Direito.

É possível identificar a previsão legal da “audiência preliminar”, prevista no Artigo 331, do Código de Processo Civil Brasileiro como possibilidade de ser evitado o formalismo e pôr em prática um instrumento processual composto tanto pelo binômio celeridade/efetividade, bem como mantendo o respeito ao postulado da segurança jurídica.

A principal importância desse dispositivo legal é a possibilidade que tem o juiz de sanear o processo em tempo hábil, tentando a conciliação e sintetizando as etapas processuais.

O fundamental na audiência preliminar para a celeridade do processo, contudo, mantendo o objetivo processual de tornar o direito efetivo, é a presença do uso da oralidade que permitirá o diálogo entre os agentes processuais e, com isso, contribuirá para o aprimoramento do acesso à justiça.

Nesse sentido, para a consecução dos objetivos propostos pelo texto constitucional, cabe aos magistrados a tarefa de interpretar o real fundamento das normas, porém atentando ao fato que tal interpretação deverá estar sempre bitolada às diretrizes constitucionais.

Contudo, o Estado não pode ser negligente quanto às questões relativas aos processos com prazos dilatórios indevidos. Há que se cogitar a possibilidade ao cidadão que teve seu

direito agredido de ser devidamente indenizado pelo Estado, já que este é responsável pela prestação jurisdicional, a qual deve ser efetiva.

Importante ressaltar a importância da cooperação entre todos aqueles que participam do processo. É de fundamental importância para que as resoluções processuais aproximem-se, ao máximo, dos ideais traçados pela Constituição, no que se refere aos atos processuais, já que intensifica o contraditório, a ampla defesa, igualando as partes processuais e permitindo a composição de uma ordem jurídica mais justa.

Portanto, ao se entrever um processo em que o juiz permite às partes manifestarem as questões que lhe são suscitadas, será neste processo que o contraditório se expressará de forma íntegra, possibilitando ao cidadão a garantia do acesso à justiça.

## **2.1 As origens da audiência preliminar e o seu desenvolvimento no processo**

A audiência preliminar é conhecida, hoje, no ordenamento jurídico brasileiro como um ato de saneamento do processo através da previsão legal contida no Artigo 331 do Código de Processo Civil, o qual preconiza que não havendo extinção do processo, em conformidade com o art. 329 e, não ocorrendo julgamento antecipado da lide nos termos do art. 330, ambos também do CPC, deverá o juiz designar audiência preliminar com prazo máximo de trinta dias, para tentativa de conciliação.

E, caso as partes não conciliem, deverá o juiz fixar os pontos controvertidos, decidindo as questões processuais pendentes, determinando provas a serem produzidas e, se necessário, designar audiência de instrução e julgamento, conforme preceitua o parágrafo 2º do mesmo ordenamento.

Na doutrina de Darci Ribeiro, a origem mais remota da audiência preliminar é identificada como sendo na obra de Franz Klein, referindo-se ao regime austríaco, a ZPO austríaca. “É o código de Franz Klein, que teve em mira, não os princípios dogmáticos-formais ou posições ideológicas, mas sobretudo a adequação e a praticidade do novo processo”<sup>177</sup>.

Para Barbosa Moreira, a origem da audiência preliminar estaria no Direito Português, através do Decreto nº 03, promulgado no ano de 1907, o qual traz a possibilidade do

---

<sup>177</sup> RIBEIRO. Darci Guimarães. *Da tutela jurisdicional as formas de tutela*, p. 174.

“processo sumário”, ato que serviria para detectar as nulidades do processo, ficando conhecido por “despacho saneador”<sup>178</sup>.

No que diz respeito ao saneamento do processo, sua citação já foi encontrada nas Ordenações do Reino de Portugal, que vigoraram entre os séculos XV e XIX e, no Brasil, foram substituídas pelo Código Civil de 1917, elaborado por Clóvis Beviláqua.

No direito brasileiro, a audiência preliminar, com o intuito de sanear o processo, tem suas prováveis origens no Código de Processo Civil de 1939, onde o juiz, através de um ato de saneamento, emitia um “despacho saneador” (art. 293), o qual tinha os seguintes objetivos: decidir sobre a legitimidade das partes, abrir o contraditório, verificar a presença de interesse econômico ou moral na demanda, pronunciar as nulidades insanáveis e suprir as sanáveis e, por último objetivo, determinar as diligências probatórias (art. 294, incisos I a V do ordenamento de 1939).

Conforme Flávio Pancaro da Silva, este ato judicial de sanear o processo tinha por objetivo evitar erros que pudessem levar à nulidade dos feitos para que seus causadores evitassem as possíveis sanções dos superiores hierárquicos<sup>179</sup>.

Em relação ao teor contido na audiência preliminar, relativo à conciliação das partes, tal previsão, embora não esteja expressa no texto original do CPC de 1973, foi incluída pela Lei 5.925 de 01 de outubro do mesmo ano, substituindo a expressão “Do Despacho Saneador” por “Do Saneamento do Processo” e constituindo expressamente a “Audiência Preliminar”. A citada alteração no CPC de 1973 teve por objetivo a celerização dos processos cíveis, economizando tempo e recursos materiais.

É notório que a conciliação das partes, na visão dos magistrados, representará a forma mais rápida de solucionar os litígios e sua pacificação teve fortalecimento com a Lei 8.952 de 13 de dezembro de 1994, a qual traz como dever legal do juiz a tentativa de conciliação a qualquer tempo do processo, como dispõe, desde então, o art. 125, inciso IV do CPC.

Nessa conjuntura, será em 2002, com a edição da Lei 10.444 que a denominação “Audiência Preliminar” substitui o termo até então utilizado como título da seção III, do Capítulo V do CPC, o qual se intitulava por “Do Saneamento do Processo”.

Tal alteração permite que o juiz alcance um âmbito muito maior que a simples tentativa de conciliação. É a partir da previsão legal da “Audiência Preliminar” que o magistrado observará, no entendimento de Darci Ribeiro, “quatro fases bem definidas: 1) a

<sup>178</sup> MOREIRA. José Carlos Barbosa. Saneamento do Processo e audiência preliminar. In: *Temas do direito processual*, p.112.

<sup>179</sup> SILVA. Flávio Pancaro da. O saneamento do processo. In: *Saneamento do Processo*. Estudos em homenagem ao Prof. Galeano Lacerda, p.216.



conciliação; 2) o saneamento do processo; 3) a fixação dos pontos controvertidos; e 4) a determinação das provas a serem produzidas”<sup>180</sup>.

Logo, se o juiz não puder extinguir o processo ou quando não houver o julgamento antecipado da lide, bem como não incidindo nenhuma das hipóteses previstas nos arts. 324 a 327 do CPC, a audiência preliminar torna-se um ato obrigatório a ser executado pelo magistrado.

Nesse sentido, novamente afirma Darci Ribeiro:

Omitir essa audiência é omitir um ato indispensável do procedimento e da adequada prestação jurisdicional, podendo o Estado responder por danos morais, na medida em que existindo uma norma capaz de abreviar, drasticamente, o tempo da prestação jurisdicional, a sua não utilização, por parte do Estado, gera um desserviço às partes e à sociedade, causando, indiscutivelmente, um prejuízo injustificado, porque permite a demora desnecessária do processo, e segundo Trocker, ‘a justiça realizada morosamente é sobretudo um grave mal social; provoca danos econômicos (imobilizando bens e capitais), favorece a especulação e a insolvência, acentua a discriminação entre os que têm a possibilidade de esperar e aqueles que , esperando, tudo têm a perder’<sup>181</sup>.

Sob esse ângulo, para que tal ato possa acelerar a prestação jurisdicional, dando um rumo verdadeiro ao processo, Darci Ribeiro observa três requisitos implementadores para que a audiência preliminar contribua à aceleração dos processos: primeiramente, define como necessário um sistema de preclusões, exigindo certo grau de inteligência, tanto às partes, como aos juízes e aos advogados, já que torna-se obrigatório ter um raciocínio rápido quanto às alegações pertinentes à ação, sob pena de encerrar-se definitivamente a possibilidade de argumentação quanto às questões ali compreendidas<sup>182</sup>.

A preclusão pode ser configurada como um instrumento destinado a manter a dinâmica do processo sempre de forma linear, evitando que o mesmo siga um rumo circular através da repetição de atos e práticas processuais.

Esse instituto pode ser comparado à aplicação da prescrição e decadência no que se refere ao direito material. Assim, a inércia dos sujeitos processuais durante o desenvolvimento do processo pode levar à extinção dos atos que lhe são pertinentes o que, por consequência, permite que o processo mantenha seu dinamismo, não permanecendo estático ou retrocedendo nos tempos dos atos processuais<sup>183</sup>.

Dessa forma, a preclusão configura-se como uma técnica de utilização frequente para evitar desperdícios de tempo no processo e, no entendimento de Barbosa Moreira, “crescerá a

<sup>180</sup> RIBEIRO. Darci Guimarães. *Da tutela jurisdicional as formas de tutela*, p. 171.

<sup>181</sup> Idem, *Ibidem*, p. 172.

<sup>182</sup> Idem, *Ibidem*, p. 169-170.

<sup>183</sup> MARINONI. Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Processo de conhecimento*, p. 642.

eficiência do método ‘concentrado’ na medida em que o ato específico (ou a série de atos específicos) assinale a liquidação definitiva das questões compreendidas em seu objeto, com a óbvia ressalva das hipóteses de superveniência”<sup>184</sup>.

O segundo requisito traçado por Darci Ribeiro está na necessidade de fixação do *thema decidendum*, através do requerimento de provas que as partes entendam necessárias e, desde já, formulando os requisitos de perícias, indicando possíveis assistentes técnicos e chamando eventuais terceiros ao processo<sup>185</sup>.

O conhecimento da causa, seus fatos constitutivos, impeditivos e modificativos, representam o terceiro requisito para a implementação da audiência preliminar como forma de contribuir para a celeridade do processo. Por óbvio, se o magistrado não teve tempo de estudar o processo, de conhecer suas peculiaridades, de fato será tempo perdido a realização de uma audiência inaugural onde os fatos não estão claros para o julgador<sup>186</sup>.

Nesse sentido é o entendimento de Marinoni, o qual coloca em ênfase o papel do juiz para a consecução de um processo verdadeiramente democrático:

Um processo verdadeiramente democrático, fundado na isonomia substancial, exige uma postura ativa do magistrado. O processo, como é óbvio, exige que os fatos sejam verificados de forma adequada, ou melhor, para a jurisdição dos nossos dias não é concebível que os fatos não sejam devidamente verificados em razão da menor sorte econômica ou da menor astúcia de um dos litigantes<sup>187</sup>.

Dessas considerações, é possível afirmar, a título ilustrativo, que há necessidade dos operadores do direito relerem seus conceitos, adaptando-os aos novos rumos do mesmo, mais especificamente quanto ao direito processual civil.

Como bem observa Ovídio Baptista:

Se pudermos abandonar, ainda que seja por alguns instantes, nossa pré disposição de raciocinar no Direito buscando a formação de regras universais, como os físicos e matemáticos, perderemos a angústia de ter de lidar com as categorias jurídicas (históricas!) que podem ter seu conteúdo transformado, sem que o invólucro – que o submete ao paradigma – seja alterado<sup>188</sup>.

Nesta seara, a audiência preliminar, hoje expressamente prevista na legislação infraconstitucional brasileira, é um instrumento processual capaz de contribuir, principalmente, em dois aspectos quanto à celeridade processual, de tal forma que preserve o

<sup>184</sup> MOREIRA. José Carlos Barbosa. Saneamento do processo e audiência preliminar. In: *Temas de direito processual*, p.142.

<sup>185</sup> RIBEIRO. Darci Guimarães. *Da tutela jurisdicional as formas de tutela*, p. 170.

<sup>186</sup> Idem, *Ibidem*, p. 171.

<sup>187</sup> MARINONI. Luiz Guilherme. *Novas linhas do processo civil*, p. 66.

<sup>188</sup> SILVA. Ovídio A. Baptista. Execução obrigacional e mandamentalidade. In: *Constituição, sistemas sociais e hermenêutica*. Anuário do programa de pós-graduação da Unisinos 2007, p. 20.

direito à razoável duração do processo: a tentativa de conciliação das partes e o saneamento do processo.

Desse modo, a audiência preliminar permite o desenvolvimento da atividade saneadora praticada pelo magistrado, mas parece que, como objetivo primordial, tal ato vislumbra a conciliação das partes, caso em que o trâmite processual será agilizado, não necessitando percorrer pelas etapas de instrução, julgamento, sentença e pelos inúmeros recursos que podem dar continuidade ao processo.

Nesse sentido, Marinoni entende que a conciliação efetiva a “distribuição da justiça”, visto a distância existente, hoje, entre o Poder Judiciário e o cidadão, servindo a mesma como instrumento de “pacificação social, pois a conciliação permite que as causas mais agudas do litígio sejam consideradas e temperadas, viabilizando a eliminação do conflito no plano sociológico”<sup>189</sup>.

É indiscutível a grande valia para o processo do ato a tentativa de conciliação, já que traz benefícios não somente quanto ao tempo de duração do mesmo, mas também pressupondo a diminuição dos gastos públicos com a demanda a qual pode levar um longo espaço de tempo para ser dirimida, o que, conseqüentemente, necessitaria de recursos financeiros para implementar sua consecução.

Por outro lado, a conciliação permite que o juiz vivencie o problema das partes, aproximando-as e tornando o processo mais humano. Sobretudo, criando um ambiente onde os litigantes sintam-se protegidos pelo Judiciário o que, conseqüentemente, torna-o mais eficaz.

Tecnicamente, a audiência preliminar deve ser realizada em até 30 dias e seu caráter conciliatório fica visível quando o legislador define que as partes poderão indicar prepostos ou procuradores, desde que com poderes específicos para transigir, evidenciando no ato o objetivo da composição da lide.

Entretanto, é sempre importante lembrar que existem alguns direitos cujas transações não são permitidas. A estipulação legal contida no parágrafo 3º do artigo 331 do CPC afirma que a audiência preliminar deve ser designada quando a causa versar sobre direitos que admitam transação. Bem lembrado por Marinoni – e que ficou esquecido –, como continha no ordenamento anterior, a expressão “direitos indisponíveis”, já que tal expressão gerava dúvidas sobre a possibilidade de utilizá-la, ou não, e “a nova solução do legislador parece

---

<sup>189</sup> MARINONI. Luiz Guilherme. *Novas linhas do processo civil*, p. 38.

melhor, pois evidencia a intenção de ‘ligar’ a conciliação a quaisquer situações em que ela seja viável”<sup>190</sup>.

A alteração no Código foi certamente de grande importância, pois, como bem lembra Darci Ribeiro, existem alguns direitos que são indisponíveis e, nem por isso, deixam de ser objeto de transação, como é o caso das questões de natureza alimentar ou a paternidade, hoje possível de ser reconhecida na audiência preliminar<sup>191</sup>.

E mais, isto não significa somente que o juiz deva dispensar a audiência preliminar quando se convencer que não haverá possibilidade de conciliação. No entendimento de Marinoni, quando as circunstâncias da causa evidenciarem ser improvável a obtenção da conciliação, mesmo assim “o juiz deverá consultar as partes sobre a intenção de conciliação. Ao juiz não se pode dar a possibilidade de dispensa da audiência preliminar com base em simples ‘impressão subjetiva’ das ‘circunstâncias da causa’”<sup>192</sup>.

Note-se que tal ordenamento se deu através da Lei 8.952, promulgada em 1994, a qual alterou dispositivos do CPC relativos ao processo de conhecimento e ao processo cautelar, demonstrando a preocupação do legislador quanto ao acúmulo de processos nas varas judiciais.

Tal é a importância da conciliação que no Capítulo IV do CPC o legislador vinculou, como já mencionado, que um dos “deveres” do juiz é “tentar, a qualquer tempo, conciliar as partes”, como evidencia o inciso IV do artigo 125.

Nesse vértice, é imperioso fazer referência ao papel do magistrado na condução da conciliação. Por óbvio, não se quer que o juiz obrigue às partes a conciliarem em “prol da celeridade processual”. Isso não caracterizaria a efetividade do direito à razoável duração do processo.

O juiz deve, sim, tentar a conciliação e, para tanto, deve estar intelectualmente preparado e com domínio da matéria de direito envolvida na lide.

O papel pacificador do juiz deve pressupor uma postura de mediador e nunca uma postura que interfira nas condições do acordo, ou uma postura forçando as partes a comporem a lide. As discussões judiciais não podem ser vistas como se fossem meros joguetes, onde o magistrado tem por objetivo “a eliminação” dos processos, um por um.

Corroborando com esse entendimento, Darci Ribeiro irá expressar que “os magistrados devem se imbuir dessa forma *pacífica e menos traumática* de solução de

<sup>190</sup> MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Processo de conhecimento*, p. 248.

<sup>191</sup> RIBEIRO, Darci Guimarães. *Da tutela jurisdicional as formas de tutela*, p. 181.

<sup>192</sup> MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Processo de conhecimento*, p. 248-249.

conflitos, na medida em que não haverá vencedor nem vencido, sendo, portanto, mais aceitável para os indivíduos<sup>193</sup>.

Nesse sentido, Dinamarco prevê que o Estado possui funções de pacificação para que se alcance os objetivos por ele definidos e irá afirmar que “o escopo de *pacificar pessoas mediante a eliminação de conflitos com justiça* é, em última análise, a razão mais profunda pela qual o processo existe e se legitima na sociedade”<sup>194</sup>.

É fato que, quando a audiência preliminar é referida, o primeiro pensamento é quanto à possibilidade de conciliação. Pois bem: certamente, conforme todas as justificativas aqui já expressadas, o ato da conciliação tem sido um aliado à efetividade do processo.

Entretanto, não se pode considerar de menor importância a possibilidade que a audiência preliminar permite ao juiz de sanear o processo.

Esse ato ou, melhor dizendo, essa atividade judicial que deve ser realizada em virtude da previsão legal da audiência preliminar será desenvolvida sempre que não houver possibilidade de acordo entre as partes, pois, ocorrendo a conciliação neste caso, o juiz homologará o acordo com força de sentença de mérito.

Por conseguinte, ocorre o saneamento do processo como segunda tarefa prevista pela audiência preliminar e a complexidade de hipóteses cabíveis à prática dessa tarefa pelo magistrado é relatada por Pontes de Miranda nos seguintes moldes:

Assim, para que o Juiz chegue a decidir o que incumbe para a realização do exame pericial e para deferir o pedido de provas que se tem de produzir, tem-se de miudear as questões, que o Juiz vai resolver, para, a respeito de cada uma delas, apurar-lhe-se a força ou efeito. Ora tem força ou efeito mandamental, ora não tem; ora tem força ou efeito condenatório, ora não; ora tem força ou efeito executivo, ora não; ora tem força ou efeito de coisa julgada formal e material; ora nem um, nem outro; ora somente formal<sup>195</sup>.

Em suma, o saneamento que o juiz pratica nesse momento, em conformidade com o inciso 2º do artigo 331, pressupõe a fixação dos pontos controvertidos, a decisão das questões processuais pendentes, a determinação das provas a serem produzidas e, se for necessário, a designação da audiência de instrução e julgamento.

Nas palavras de Darci Ribeiro, “é nessa decisão saneadora que o juiz irá expurgar do processo os vícios, impulsionando o mesmo, após a fixação dos fatos controvertidos, rumo à instrução da causa”<sup>196</sup>.

<sup>193</sup> RIBEIRO. Darci Guimarães. *Da tutela jurisdicional as formas de tutela*, p. 180.

<sup>194</sup> DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*, p. 128.

<sup>195</sup> PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Vol. IV, p. 305.

<sup>196</sup> RIBEIRO. Darci Guimarães. *Da tutela jurisdicional as formas de tutela*, p. 182.

Nesta seara, cabe ao juiz fixar os pontos controvertidos, nada mais sendo do que o ato de decidir as questões que encontram-se pendentes, via de regra, controvérsias fáticas que, se identificadas desde logo, poderá o magistrado definir a quem incumbe o ônus de prová-las.

Assim, Marinoni elucida que “é muito importante definir se o fato controvertido representa fato constitutivo, impeditivo, modificativo ou extintivo, uma vez que o autor tem o ônus de provar o primeiro e o réu o ônus de provar os demais (art. 333 do CPC)<sup>197</sup> .

O importante nessa etapa da audiência preliminar, objetivando um melhor aproveitamento do tempo processual, é que o juiz poderá, desde logo, descartar os fatos que entenda não serem necessários para o julgamento da lide e, sintetizando os relevantes, poderá, sendo necessário, deferir ou não a produção das provas requeridas, bem como determinar de ofício a produção de novas provas, como preceitua as ordenações contidas nos artigos 130 e 1.107, ambos do CPC.

Dessa forma, é importante destacar que para a fixação dos fatos controversos e para a celeridade do processo, é necessária a manutenção de um diálogo entre todos os atores desse. As questões devem ser debatidas e decididas durante a audiência e não por atos isolados e silenciosos do magistrado.

Sobre esse ponto, Darci Ribeiro nos ensina que o ato do juiz, além de simplificar o objeto do processo, provoca também a possibilidade de que será

através de uma maior participação do juiz em audiência, que pode, inclusive, em razão da oralidade, melhor aclarar as questões contraditórias, evitando por conseguinte, a interposição de recursos, uma vez que a discussão conjunta entre Juiz, partes e seus advogados, facilita o consenso, logo, diminui o descontentamento das partes<sup>198</sup> .

Ainda em relação à produção de provas, o magistrado, na função de dirigente do processo, evitando provas que entende serem desnecessárias, não irá coadunar com a dilação probatória inútil. Neste momento, as partes devem especificar quais provas pretendem produzir, bem como, entendendo haver cerceamento de defesa através de alguma decisão interlocutória do juiz, poderão interpor o recurso do agravo, sob pena de precluir, naquele instante do processo, o seu direito (art. 522 do CPC).

Como último ato, após o saneamento do processo, poderá o juiz, se necessário, marcar nova audiência para instrução e julgamento da causa, momento em que analisará as provas produzidas.

<sup>197</sup> MARINONI. Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz, *Processo de conhecimento*, 2010, p. 249.

<sup>198</sup> RIBEIRO. Darci Guimarães. *Da tutela jurisdicional as formas de tutela*, p. 184-185.

## 2.2 Os reflexos do uso da oralidade na audiência preliminar

Quando se refere à audiência, necessariamente é reportado ou à sessão do tribunal coordenada pelo juiz ou ao ato em que são ouvidas as partes do processo.

A palavra audiência tem sua provável origem do latim *audientia* que provém de *audire* (escutar, dar atenção ao que se diz,...), estando, portanto, necessariamente vinculada também ao ato da fala.

No entendimento de Athos Gusmão Carneiro, “ao suprimir a audiência preliminar, estaremos suprimindo também a oralidade”<sup>199</sup>. E a conjugação da oralidade com o processo representa a possibilidade de se exercitar a democracia participativa, já que se dá ao indivíduo a oportunidade de ser ouvido, de ser escutado, momento este em que pede socorro e exercita sua cidadania.

Portanto, o ato da audiência preliminar pressupõe o uso irrestrito do princípio da oralidade, o qual jamais poderá ser suprimido sob alegações errôneas, fundadas em tentativas de acelerar os processos judiciais, as quais mais parecem técnicas de redução do tempo de análise de cada um, sem preocupar-se com sua efetividade.

Especificamente, a oralidade tem seu fundamento na expressão grega *parabole* a qual pode ser traduzida pela palavra “fala”.

Não é de hoje que a oralidade tem seu papel de destaque no mundo jurídico.

Aristóteles, ao proferir a famosa frase “o homem é um animal político” fez referência à importância da fala:

Que o homem é um animal político em um grau muito mais elevado que as abelhas e os outros animais que vivem reunidos é evidente. A natureza, conforme frequentemente dizemos, não faz nada em vão: ela deu somente ao homem o dom do discurso (logos)<sup>200</sup>.

Grande destaque à oralidade foi dado pelos romanos, os quais, embora bastante formais em alguns aspectos, expressavam a grande maioria dos procedimentos através da forma oral, inclusive os atos praticados pelos magistrados.

Nesse ponto, Chiovenda lembra que “o processo romano foi, como é fácil de ver-se, eminentemente **oral**, no sentido amplo desta palavra, pela razão íntima e profunda de ser isto exigido da função da prova”<sup>201</sup>.

<sup>199</sup> CARNEIRO, Athos Gusmão. Audiência de instrução e julgamento: aspectos teóricos e práticos, p.25-26.

<sup>200</sup> ARISTÓTELES. *Política*, p. 56.

<sup>201</sup> CHIOVENDA, Giuseppe. A idéia romana no processo civil moderno. In: *Processo oral*: coletânea de estudos de juristas nacionais e estrangeiros, p.92.



Lacerda ao tratar sobre as fontes analógicas do despacho saneador em sua obra, irá afirmar que “a economia processual realizou-se, nos sistemas orais antigos, de uma forma prática e espontânea”<sup>202</sup>.

No entendimento de Pacheco<sup>203</sup>, a influência do direito Romano na Península Ibérica desenvolveu-se em cinco fases: o direito romano assimilado pelos povos conquistados por Roma (século VII A.C. a século VI D.C.) ou residual, conservado nos séculos VI a XI e renascido após o século XI; o direito visigótico (século V a VIII); o direito muçulmano; o direito canônico e o direito comum<sup>204</sup>.

Do século X ao XII, o direito em quase toda a Europa tinha como principal fonte o costume, através de um corpo de leis criadas para cada comunidade em individual, “motivo pelo qual diz-se que a formulação de regras jurídicas consiste, preponderantemente, em enunciados de direitos subjetivos, como por exemplo as obrigações de um vassalo em relação a um senhor”<sup>205</sup>.

Será o direito romano, agregado ao direito canônico que, no século XIII, irá se constituir no chamado processo romano-canônico, contribuindo ao direito da época com a formulação de novas teorias jurídicas e fornecendo novos elementos para a constituição do chamado direito comum<sup>206</sup>.

Quanto à influência no direito processual, na Idade Média, com forte apoio da Igreja é que se adota a prática do processo de forma escrita, “abolindo o duelo judiciário e o ritualismo excessivo, a introdução da prova escrita, com o reconhecimento notarial”<sup>207</sup>.

Lentamente, após a queda do Império Romano do Ocidente e a evolução hierárquica da Igreja, será através do Decreto do Papa Inocêncio III (*Decretal Quoniam Contra*) que desaparecerá o contato direto com o Juiz, decretando que qualquer ato do magistrado deverá ser redigido a termo (*acta*)<sup>208</sup>.

Em relação às invasões bárbaras e à influência do processo germânico, Chiovenda nos relembra que a oralidade foi lentamente perdendo espaço, formando-se o processo escrito (romano-canônico) “em que as atividades processuais se repartiram por diversas fases: o

<sup>202</sup> LACERDA, Galeano. *Despacho saneador*, p.16.

<sup>203</sup> PACHECO, José da Silva. *Evolução do processo civil brasileiro: desde as origens até o advento do novo milênio*, p. 29.

<sup>204</sup> Sobre o processo civil romano, ver CHIOVENDA, Giuseppe. A idéia romana no processo civil moderno. In: *Processo oral*, principalmente p. 92 e segs.

<sup>205</sup> PACHECO, José da Silva. *Evolução do processo civil brasileiro*, p.33.

<sup>206</sup> Idem, *Ibidem*, p. 28.

<sup>207</sup> Idem, *Ibidem*, p. 28.

<sup>208</sup> BATALHA, Wilson de Souza Campos. *Tratado de direito judiciário do trabalho*. Vol I, p. 654.



interrogatório das partes e o exame das testemunhas são realizados por um juiz diverso daquele que pronunciará a sentença, e consagrados em processos verbais”<sup>209</sup>.

Vale ser reproduzidos, sinteticamente, os ensinamentos de Cintra, Grinover e Dinamarco quanto ao percurso da oralidade na história:

Exclusivamente oral era, entre os romanos, o procedimento no período das ações da lei. A oralidade perdurou no período clássico, mas já então a *fórmula* se revestia de forma escrita.

(...) Inteiramente oral era o procedimento entre os germanos invasores, o que veio a influir no do povo conquistado.

(...) Mas o direito canônico reagiu contra o sistema e no direito comum generalizou-se o procedimento escrito.

(...) Na França, porém, o código de processo napoleônico acentuou o traço oral do procedimento, que não fora jamais abandonado; a influência fez-se sentir na Alemanha, como consequência da invasão napoleônica, espalhando-se para outros países da Europa, como a Itália, e daí para o Brasil<sup>210</sup>.

As consequências dessa nova forma de registrar o processo com predominância da escrita atingem pontos como a credibilidade das partes quanto à coleta de provas realizada pelo juiz, as quais, muitas vezes, permaneciam em segredo. Neste diapasão, passa-se a constituir o costume da coleta de provas por terceiros (interrogadores)<sup>211</sup>.

Também o desenvolvimento do sistema de “prova legal”, onde foi estabelecido um enumerado de regras relativas à elaboração e valoração das provas e a atuação do magistrado não provinha de decisões embasadas na racionalidade, já que o mesmo não estava vinculado à prova, muitas vezes vinculando as decisões a fatores sociais, como nobres/não nobres, escolásticos/laicos, homens/mulheres<sup>212</sup>.

Notório será o reflexo dessa nova forma processual com predomínio da escrita, visto que, para toda argumentação escrita necessariamente se terá uma nova “contra-argumentação”, por sua vez, também escrita, o que, por consequência, prolonga o tempo processual médio da época e traz vantagens para a parte que não tem interesse em ver resolvido o litígio.

Essa concepção de processo escrito começa a ser questionada pelos movimentos sociais que eclodiram na Revolução Francesa, os quais aboliram, aos poucos, o sistema de prova legal, já que um dos objetivos do movimento revolucionário, talvez o primordial, era a

<sup>209</sup> CHIOVENDA, Giuseppe, A idéia romana no processo civil moderno. In: *Processo oral*, p. 93.

<sup>210</sup> CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*, p.325.

<sup>211</sup> BATALHA, Wilson de Souza Campos. *Tratado de direito judiciário do trabalho*, p. 654.

<sup>212</sup> TRINDADE, Washington Luiz da. Oralidade. In: *Processo do trabalho*. Estudos em homenagem a Coqueijo Costa, p.40.

igualdade entre todas as pessoas, o que vem a pressupor um processo com base no contraditório.

Sobre esse ponto, oportunamente Chiovenda nos ensina que:

Um processo dominado pelo princípio da livre convicção do juiz, e que entenda realizar seriamente este princípio, só pode ser oral, porque só o processo oral permite ao juiz formar convicção pela observação pessoal e direta da matéria da causa. Nós indicamos com a expressão **processo oral**, um processo em que o juiz que deve pronunciar a sentença é o mesmo que recolhe os elementos de sua convicção, isto é, que interroga as partes, as testemunhas, os peritos e examina os objetos e lugares controvertidos<sup>213</sup>.

Sobre a influência da oralidade no processo civil brasileiro, deve-se agora, novamente citar a “Zivilprozessordnung” austríaca, conhecida como a obra do Dr. Franz Klein<sup>214</sup> e datada de 1895. Sua aceitação teve forte resistência pelos juristas e advogados austríacos da época, os quais posicionavam-se contra a reforma. Entretanto, foi responsável por relevantes alterações no processo civil austríaco, quanto à oralidade, imediatidade, concentração, publicidade, autoridade judicial e a livre apreciação das provas pelo juiz<sup>215</sup>.

O enfoque de Klein, no entendimento de Alvaro de Oliveira, centraliza a coletividade já que visualiza o processo como um “conflito social, mesmo o litígio puramente de caráter privado, a reclamar rápida solução pelo direito positivo, principalmente em vista de seus reflexos gerais sobre a tutela dos interesses do Estado e da sociedade”<sup>216</sup>.

Além de o processo austríaco destacar-se por ser predominantemente oral e ter por objetivo uma prestação jurisdicional rápida e barata, também trouxe garantias de segurança às partes, pois visualiza o juiz, não como ocorre no direito de origem espanhola, onde há uma eterna desconfiança e temor ao magistrado, mas sim como a personificação de um conselheiro com poderes, inclusive, para conciliar os litígios<sup>217</sup>.

Anteriormente, em 1823, Jeremy Bentham já havia ressaltado o valor da oralidade para o processo civil, ao escrever o “Tratado de Las Pruebas Judiciales”, o qual veio a influenciar de forma relevante o direito processual da modernidade.

<sup>213</sup> CHIOVENDA, Giuseppe. A idéia romana no processo civil moderno. In: *Processo oral*, p. 92.

<sup>214</sup> “O princípio da oralidade, de acordo com Klein, não deveria existir sozinho deveria estar mesclado com o princípio da escritura, que, em alguns casos, é necessário.” RIBEIRO. Darci Guimarães. *Da tutela jurisdicional as formas de tutela*, p. 164.

<sup>215</sup> HELLMANN, Siegmund. A oralidade no processo civil austríaco. In: *Processo oral*. Coletânea de estudos de juristas nacionais e estrangeiros, p. 151.

<sup>216</sup> OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *Do formalismo no processo civil*, p. 50.

<sup>217</sup> COUTURE. Eduardo J. Oralidade e regra moral no processo civil. In: *Processo oral*. Coletânea de estudos de juristas nacionais e estrangeiros, p. 103.

Para Darci Ribeiro, a proposta de Bentham era tão evoluída para sua época que somente em tempos recentes seus ensinamentos foram acolhidos como “instrumento de realização rápida e barata da justiça”<sup>218</sup>.

As recomendações de Bentham traçam um paralelo entre o que ele convencionou chamar de “procedimento natural” e “procedimento técnico”, posicionando-se sobre pontos como o chamamento das partes ao processo, a forma do depoimento, os atos necessários à instrução e julgamento do processo e outros procedimentos pertinentes ao processo civil<sup>219</sup>.

As propostas de Bentham e Klein foram introduzidas em quase todos os ordenamentos jurídicos do mundo moderno, objetivando a solução rápida dos litígios através da concentração de atos processuais e a idéia do processo vinculado a um serviço público.

Nesta seara, Hellmann nos ensina que: “a justiça rápida e barata só pode ser conseguida pelos princípios de oralidade, concentração, imediatidade e autoridade judicial, pondo termo aos abusos e rodeios do processo escrito”<sup>220</sup>.

O juiz, que representa a autoridade pública competente para conduzir o processo, redigirá as impressões coletadas, de forma a respeitar a publicidade dos atos, o direito ao contraditório e, principalmente, conferindo o caráter de imparcialidade que seus atos devem pressupor.

Assim, é de imensa relevância o papel desempenhado pelos juízes na condução dos processos. Será através do princípio da oralidade que as partes terão um contato maior com o juiz, onde elas próprias influenciarão de forma decisiva os caminhos da demanda.

A oralidade permite ao magistrado efetivar o acesso à justiça; contribui ao exercício da cognição que levará às decisões mais próximas da realidade dos litigantes; possibilita a prática do princípio da concentração, através da possibilidade que lhe é delegada de reduzir o número de audiências de um determinado processo; e, notoriamente, faculta ao juiz da causa receber as provas produzidas no processo diretamente das partes, sem interferência de terceiros (princípio da imediação).

Esse é o caminho que o processo deve seguir: criar mecanismos que permitam ao cidadão contribuir de forma direta e efetiva, deixando de ser um procedimento composto por regras pré-instituídas, mas sim um sistema aberto a novas críticas capazes de lhe conferir uma faceta dinâmica, em concordância com os pressupostos da democracia participativa.

---

<sup>218</sup> RIBEIRO, Darci Guimarães. *Da tutela jurisdicional as formas de tutela*, p. 162.

<sup>219</sup> Em relação ao esquema comparativo de Klein sobre o procedimento natural e o procedimento técnico, ver RIBEIRO, Darci Guimarães. *Da tutela jurisdicional as formas de tutela*, p.162-163.

<sup>220</sup> HELLMANN, Siegmund. A oralidade no processo civil austríaco. In: *Processo oral*, p. 152.

Evidentemente, não obstante o processo civil depender de alguns atos serem praticados através da forma escrita, somente nos procedimentos orais o julgador terá contato direto com as pessoas, podendo perfazer um pré-julgamento de suas atitudes.

Entretanto, ao se almejar tal objetivo, há a necessidade do magistrado aperfeiçoar-se, utilizando com mais obstinação o princípio da oralidade para que barreiras impostas pela história do processo civil, como a descrença na pessoa do magistrado, sejam superadas, dando maior confiança às partes litigantes em relação ao juiz.

Nas palavras de Darci Ribeiro:

A oralidade corre em sentido contrário, na proporção em que pressupõe uma maior credibilidade, confiança na pessoa do homem-juiz, porquanto um processo predominantemente oral significa aproximar o juiz do fato, permitindo uma análise fenomenológica, conseqüentemente acreditando, segundo Cappelletti, em “*sus capacidades de objetiva observación y de sereno y imparcial análisis de los datos observados*”. É necessário sublinhar que a oralidade pressupõe uma responsabilidade, porque, no processo, dito oral, todos os envolvidos são obrigados a conhecer melhor o Direito que deve ser aplicado, pois não se permitem dilações temporais, a fim de buscar o conhecimento necessário nos livros, para melhor resolver a questão<sup>221</sup>.

Aporta-se, ainda, aos seus ensinamentos quanto à influência da oralidade na efetividade do direito à razoável duração do processo, quando afirma que:

A resolução deve ser imediata, sob pena de a oralidade, nos feitos, ficar reduzida apenas à colheita da prova. Esse é o preço que a incrementação da oralidade traz e que devemos estar preparados para pagar. Nesse sentido, tanto mais rápida e melhor será a prestação da tutela jurisdicional quanto maior for o conhecimento jurídico das pessoas envolvidas<sup>222</sup>.

É importante lembrar que o uso da oralidade não é faculdade pertinente somente ao magistrado. A audiência configura o momento de encontro entre as partes e o magistrado, o qual poderá coletar, de forma direta, os fatos em questão. Também é o momento em que os advogados devem potencializar seus argumentos através de um debate intelectual e responsável, democratizando ainda mais a prestação jurisdicional.

Nesse sentido, Calamandrei defende a utilidade da oralidade, não através de um monólogo apresentado pelo magistrado, mas expressada por um diálogo entre advogados e juiz, o qual irá desenrolar-se de forma ordenada e compreensiva:

<sup>221</sup> RIBEIRO. Darci Guimarães. *Da tutela jurisdicional as formas de tutela*, p.165.

<sup>222</sup> Idem, *Ibidem*, p.165.

O processo se aproximará da perfeição quando tornar possível, entre juízes e advogados, aquela troca de perguntas e respostas que se desenrola normalmente entre pessoas que se respeitam, quando, sentadas em volta de uma mesa, buscam em benefício comum esclarecer reciprocamente as idéias<sup>223</sup>.

Assim, quanto maior o diálogo inserido no processo, mais claros ficarão os pontos que cogitavam dúvidas e mais próximos estarão de decisões judiciais efetivas. Para Ovídio Baptista, “a argumentação exerce, no processo judicial, uma função complementar da interpretação. Tanto mais se argumenta, melhor hermeneuticamente se compreende”<sup>224</sup>.

Nesse sentido, também se mostra a importância da retórica com fundamento na filosofia de Gadamer: “enquanto arte de convencer, cuja utilização impõe-se, segundo ele, por uma inevitável contingência a que se submetem os saberes que dependem da linguagem, afinal para as ciências da compreensão”<sup>225</sup>.

Também é o entendimento de Hellmann quanto à contribuição da oralidade para a preservação do caráter moral, necessário aos processos:

Nesse sentido, o processo oral inclui consideravelmente na **moral processual!** Processos meramente maliciosos ou dilatórios tornam-se inúteis e por conseguinte não existem. No processo escrito, a duração do procedimento favorece contestações ou objeções malévolas ou caprichosas, oferecendo – por exemplo – ao réu durante longo tempo a oportunidade de aproveitar a quantia devida, com evidente prejuízo para o credor.

O processo oral remove este estímulo, principalmente por causa da disparidade entre as despesas do processo rápido e o proveito eventual<sup>226</sup>.

Certamente não se tem a pretensão de excluir a possibilidade dos atos processuais serem escritos. O processo necessita também da escrita. Importante exemplo disso são os atos postulatórios que, necessariamente devem ser realizados por escrito, como também os termos das audiências, onde ficam registrados todos os atos e depoimentos, os quais devem ser transmitidos pelo juiz, tendo o cuidado de transcrevê-los de forma hábil, adequada e responsável, tal qual ocorridos na realidade, ou seja, no momento da audiência.

Corroborando com esse entendimento, Couture, ao referir-se ao estado atual da oralidade como forma processual, relata que, após o advento da escrita, não houve período da história em que existisse somente processo oral ou somente processo escrito. O processo sempre foi misto: a contribuição da oralidade se dá quando a “comunicação direta do pensamento do juiz se faz de viva voz, embora logo se registre por escrito. Também é oral o

<sup>223</sup> CALAMANDREI, Piero. *Ele, os juízes, vistos por um advogado*, p. 79-80.

<sup>224</sup> SILVA, Ovídio A. Baptista da. Verdade e significado. In: *Constituição, sistemas sociais e hermenêutica*. Anuário do programa de pós-graduação em Direito da Unisinos 2004, p.267.

<sup>225</sup> Idem, *Ibidem*, p.266.

<sup>226</sup> HELLMANN, Siegmund. A oralidade no processo civil austríaco. In: *Processo oral*, p. 153.

procedimento em que predomina a palavra falada, embora o pedido e a contestação se façam por escrito”<sup>227</sup>.

Entretanto, mesmo que se vislumbre “celeridade aos processos”, não se pode esquecer que alguns atos processuais necessitam de um maior lapso temporal para serem executados e tais devem ser respeitados para que o direito à razoável duração seja exercitado de forma plena.

Pela prática forense, percebe-se que diversos processos não fazem parte desse seletivo e complexo grupo que necessita percorrer um longo espaço temporal. A grande maioria dos processos hoje em trâmite nas varas judiciais do país, permite vislumbrar a possibilidade da utilização da oralidade (componente essencial à consecução da audiência preliminar) para o fortalecimento do sentido democrático da tutela jurisdicional, contribuindo, de forma significativa, à efetividade dos processos dentro de um prazo razoável.

### **2.3 O processo como escopo para a realização dos direitos fundamentais**

Em razão da elevação dos direitos fundamentais a ditames constitucionais, será o texto constitucional que ocupará o centro do ordenamento jurídico. Por tal motivo, visto que a Constituição possui diversos elementos principiológicos, surge a necessidade de valorar os conteúdos extraídos de seus preceitos.

Nessa conjuntura, a lei perde sua força normativa, ficando vinculada à Constituição. O Poder Judiciário ganha espaço frente ao Poder Legislativo, pois a supremacia da lei também perde sua força de norma e ganha espaço o papel interpretativo dos juízes, mesmo sendo o legislativo quem detém a possibilidade de editar as leis.

Assim também ocorre com o processo, o qual está tutelado por um conjunto de garantias constitucionais e também deve pressupor a busca pela realização dos direitos fundamentais.

A título de exemplo, cabe observar o teor do art. 1º do projeto do novo CPC: “Art. 1º O processo civil será ordenado, disciplinado e interpretado conforme os valores e os

---

<sup>227</sup> COUTURE. Eduardo J. Oralidade e regra moral no processo civil. In: *Processo oral*, p. 103.

princípios fundamentais estabelecidos na Constituição da República Federativa do Brasil, observando-se as disposições deste Código”<sup>228</sup>.

De tal modo, pode ser claramente vislumbrado que um dos objetivos do texto proposto é propiciar aos cidadãos um direito fundamental ao devido processo legal, a um processo sem dilações desnecessárias, à igualdade processual e à participação no contraditório, entre outros direitos que visam a máxima efetividade de todo o ordenamento jurídico.

No que se refere à efetividade processual e às dilações indevidas dos tempos processuais, o anteprojeto do CPC, no art. 4º, também transcreve em seu texto essa orientação: “As partes tem direito de obter em prazo razoável a solução integral da lide, incluída a atividade satisfativa”<sup>229</sup>.

Portanto, nessa nova concepção de Estado, é essencial que se evidencie “a natureza e a importância política do acesso à jurisdição e do seu exercício”<sup>230</sup>.

Assim, para que o processo cumpra com sua função de pacificação social, há todo um universo complexo de fatores que deverão ser analisados para que se identifiquem quais os objetivos que devem ser alcançados pelo processo.

Neste sentido, Alvaro de Oliveira deduz que:

Hoje, é preciso repensar o problema como um todo, verificar as vertentes políticas, culturais e axiológicas dos fatores condicionantes e determinantes da estruturação e organização do processo, numa palavra, do formalismo. E isso porque seu poder ordenador, organizador e coordenador não é oco, vazio ou cego, pois não há formalismo por formalismo<sup>231</sup>.

Nessa seara, é fácil compreender que existem fatores externos ao processo, os quais devem ser levados em consideração quando idealizamos a proposta de tutela efetiva. A justiça, a segurança, a paz social e a efetividade são os “principais valores consubstanciadores da organização do processo”, citados por Alvaro de Oliveira:

A justiça deve ser almejada como a finalidade última do processo e, para tanto, afaste-se a “possibilidade de se conceder espaço no processo a um poder incondicional do órgão judicial”<sup>232</sup>.

Por sua vez, a segurança reflete a possibilidade prevista na legislação brasileira de se recorrer das sentenças. Entretanto, ao sentido de segurança jurídica deve ser dada a conotação,

---

<sup>228</sup> BRASIL. Congresso Nacional. Senado Federal. Comissão de juristas responsáveis pela elaboração do anteprojeto do código de processo civil. Brasília: Senado Federal, Presidência, 2010, p.49.

<sup>229</sup> Idem, Ibidem, p.49.

<sup>230</sup> OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *Do formalismo no processo civil*, p.61.

<sup>231</sup> Idem, Ibidem, p.61.

<sup>232</sup> Idem, Ibidem, p.66.



não como um interesse individual da parte em um relativo processo, mas interesse estatal, ou seja, interesse de toda a coletividade, já que o conjunto formado pelo conteúdo dos julgamentos contribuirá para a diminuição das possibilidades de erros e contradições, adquirindo o cidadão maior confiança na figura do Estado como ente julgador<sup>233</sup>.

A função pacificadora, como outro fator externo que irá influenciar na organização do processo, será proporcional a “maior eficiência na administração da justiça, questão que só pode ser analisada à luz da relação de proporcionalidade entre os meios disponíveis e o fim a ser alcançado”<sup>234</sup>.

Por fim, Alvaro de Oliveira retrata a questão do valor da efetividade, ressaltando essa preocupação quanto à realização efetiva dos direitos, através das possibilidades previstas nas tutelas cautelares que irão antecipar o direito pretendido<sup>235</sup>.

Tais valores devem ser “balanceados” para que o processo não se configure como mero instrumento de tutela jurídica de direitos privados, como ocorria no Estado Liberal, onde o juiz demonstrava uma passividade frente a um litígio de interesses individuais, alheios aos interesses sociais<sup>236</sup>.

Em sentido oposto a esse pensamento característico do Estado Liberal, a doutrina de Alvaro de Oliveira ensina a verdadeira concepção do processo frente a essa nova vertente axiológica:

Se, pelo contrário, são considerados também os escopos sociais e políticos do processo, privilegia-se o seu resultado social, e maior força deverá ser outorgada à atividade do órgão judicial, não só para buscar rápida solução do litígio, como também para que passe a combater os eventuais desvios provocados pelas partes. A natureza do processo apresenta-se, nesse contexto, não mais como uma luta das partes sob os olhos do tribunal, mas como “uma comunidade de trabalho” entre o tribunal e as partes, com o fito de possibilitar ao juiz a decisão justa e verdadeira, restabelecer a paz jurídica entre as partes e assim defender os interesses maiores da sociedade<sup>237</sup>.

Esse também é o entendimento de Darci Ribeiro, o qual afirma que “os institutos processuais criados sob a égide de valores constitucionais informados pelo Estado Liberal devem, inevitavelmente, ser relidos à luz dos novos valores constitucionais trazidos pelo atual Estado Democrático de Direito”<sup>238</sup>.

---

<sup>233</sup> OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *Do formalismo no processo civil*, p.67.

<sup>234</sup> Idem, *Ibidem*, p.68.

<sup>235</sup> Idem, *Ibidem*, p.70.

<sup>236</sup> Idem, *Ibidem*, p.71.

<sup>237</sup> Idem, *Ibidem*, p.71-72.

<sup>238</sup> RIBEIRO, Darci Guimarães. A concretização da tutela específica no direito comparado. In: *Constituição, sistemas sociais e hermenêutica*. Anuário do programa de pós-graduação em Direito da Unisinos 2006, p.74.



Novamente Alvaro de Oliveira evidencia uma tendência à abolição de formalismos e retardamentos inúteis no desenrolar dos processos através da concessão de uma maior liberdade ao órgão judicial em virtude dos novos valores políticos e sociais da modernidade.<sup>239</sup>

Da mesma forma, o acesso à jurisdição deve ser exigido do Poder Judiciário em tempo razoável, seja em decisões de mérito ou em pronunciamentos processuais, desde que possam ser realizados efetivamente do ponto de vista material, em tempo também razoável.

Neste sentido, também é o entendimento jurisprudencial dominante, como demonstra o julgado abaixo transcrito:

PROCESSO CIVIL. RECONVENÇÃO. JULGAMENTO DE IMPROCEDÊNCIA DO PEDIDO FORMULADO NA AÇÃO PRINCIPAL, E DE PROCEDÊNCIA DO PEDIDO FORMULADO NA RECONVENÇÃO. PRETENSÃO, DA PARTE DERROTADA, DE ANULAÇÃO DE TODO O PROCESSO, COM FUNDAMENTO NA CIRCUNSTÂNCIA DE NÃO TER SIDO ATRIBUÍDO VALOR DA CAUSA À RECONVENÇÃO. HIPÓTESE EM QUE NÃO FOI DADA AO RECONVINTE, A OPORTUNIDADE PARA SANEAMENTO DO VÍCIO. IMPOSSIBILIDADE DE ANULAÇÃO DE TODO O PROCESSADO, QUE AFRONTARIA O PRINCÍPIO DA INSTRUMENTALIDADE. RECURSO NÃO RECONHECIDO. Nos termos da jurisprudência da Terceira Turma deste Tribunal, a ausência de valor à causa não macula a petição inicial a ponto de provocar o indeferimento, à medida que a jurisprudência já assentou que em tais casos o valor é o mesmo da ação principal. **Ademais, seria atentar contra o princípio da instrumentalidade e da razoável duração do processo anular todo o procedimento que já se desenvolveu por diversos anos, com dispêndio de recursos públicos e de material humano, meramente por apego a uma formalidade**, notadamente na hipótese em que não se possibilitou, ao autor reconvinte, que emendasse sua petição inicial, na origem. Recurso especial não reconhecido<sup>240</sup>. Grifo nosso.

Dessa sentença se pode extrair o papel desempenhado pelo processo civil na nova ordem social, se apresentando além de simples instrumento caracterizado pelo formalismo. A desmistificação do processo traz à tona a possibilidade de utilizá-lo como instrumento capaz de auxiliar na concretização das determinações constitucionais.

Importante análise sobre o tema é realizada por Mitidiero, o qual salienta a relevância do processo na nova ordem social democrática, com o escopo de realizar direitos fundamentais. Neste sentido, pressupõe uma influência mútua entre a Constituição e o direito processual civil, superando o aspecto puramente técnico do processo.

<sup>239</sup> OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de. *Do formalismo no processo civil*, p.82.

<sup>240</sup> STJ. REsp 761.262/PR, Rel. Ministra Nancy Andriighi, 3ª Turma, Julgado em 17.04.2008, DJ 30.04.2008.

Em termos sociais, o processo serve para persecução da paz social e para educação do povo; no campo político, o processo afirma-se como um espaço para afirmação da autoridade do Estado, da liberdade dos cidadãos e para a participação dos atores sociais; no âmbito jurídico, finalmente, ao processo confia-se a missão de concretizar a “vontade concreta do direito”<sup>241</sup>.

Ao que se percebe, o processo<sup>242</sup> não pode ser caracterizado como um mero instrumento para aquisição da sentença. A ele se agregam diversos valores que serão relativos ao meio cultural e à conjuntura histórica que lhe reveste.

Logo, Alvaro de Oliveira propõe a adoção do formalismo valorativo como teoria do processo orientada por um conjunto de valores onde mesmo as regras meramente procedimentais devem estar de acordo com as concepções éticas e ideológicas presentes em uma sociedade, em um determinado espaço de tempo<sup>243</sup>.

Entretanto, cabe ressaltar que a instrumentalidade do processo é necessária para a consecução dos atos processuais. Sob a ótica de Dinamarco, “as formas constituem um instrumento a serviço dos objetos, não sendo racional nem legítima a nulificação do ato viciado quando o objeto tiver sido obtido”<sup>244</sup>.

Assim, na concepção da instrumentalidade, havendo uma violação da forma, o ato deve ser invalidado caso não tenha sido cumprida a ordem constante na norma. Atenta-se apenas à possibilidade de tal ato ter gerado prejuízos, através de uma análise interna do sistema processual. Já para o formalismo valorativo, violando-se a forma, a possibilidade de

<sup>241</sup> MITIDIÉRO, Daniel. *Colaboração no processo civil*. Pressupostos sociais, lógicos e éticos, p.35-36.

<sup>242</sup> As duas correntes processualistas tradicionais não cuidaram de tratar os elementos externos ao processo que podem lhe influenciar. Entretanto, não se pode deixar de concordar com a sua influência para a formação das doutrinas processualistas que admitem a existência de fatores externos ao processo. Neste sentido, Dinamarco confronta a metodologia das duas correntes tradicionalistas da seguinte forma: “Para sustentar que o sistema processual teria por escopo a *justa composição da lide*, partia Carnelutti de uma importantíssima premissa metodológica, que era a da insuficiência do direito positivo para reger as concretas situações conflitivas da vida, ou seja, as *lides*. Antes da sentença não haveria direitos e obrigações e a missão do juiz seria acima de tudo a de completar o trabalho do legislador, produzindo a norma do caso em exame e com isso dando efetiva existência a direitos e obrigações entre as partes. Tal foi uma das manifestações da teoria unitária do ordenamento jurídico, para a qual o processo e o direito material situar-se-iam num mesmo plano e os direitos e obrigações não preexistiriam à sentença. A função criadora do processo, nessa perspectiva, consistiria no que Carnelutti denominou *justa composição da lide*. Tal é a colocação puramente jurídica, dado que se limita, tanto quanto a de Chiovenda a examinar o fenômeno *processo* como algo preordenado exclusivamente à vida do direito material. A grande diferença entre as duas teorias residia em que, enquanto para uma a norma do caso concreto receberia da sentença o seu acabamento final e antes desta os direitos inexistiriam (Carnelutti), para a outra o ordenamento jurídico é composto de dois planos distintos (*teoria dualista*, Chiovenda) e os direitos e obrigações preexistem à sentença, sendo por ela revelados com vista à concreta realização prática determinada pela norma também preexistente”. DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. p.126.

<sup>243</sup> OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de. O formalismo-valorativo no confronto com o formalismo excessivo. *Revista de Processo*, nº 137, p.11-12.

<sup>244</sup> DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*, p.325.

invalidar o ato está interligada aos elementos axiológicos que compõem a realidade cultural os quais norteiam esse sistema processual<sup>245</sup>.

Em uma primeira análise, a diferença entre as duas vertentes processuais parece não ter grande relevância, mas quando a prática jurídica é citada, diversos atos processuais poderiam ser aproveitados, contribuindo com a agilidade dos processos e evitando desperdício de tempo.

É o caso, por exemplo, da competência territorial para se propor a ação judicial. Na ótica da instrumentalidade, basta a exceção de incompetência do réu que o foro legal é diverso do proposto e a comprovação que o mesmo teve um prejuízo por tal alteração.

Diferentemente ocorre na ótica proposta pelo formalismo valorativo, onde a análise para julgar a exceção de incompetência territorial, primeiramente será feita sob a garantia do acesso à justiça, perquirindo a condição processual e material, tanto do réu, quanto do autor, o que, por conseqüência, garante a igualdade processual.

Nessa linha de pensamento, o processo, analisado pelo âmbito do formalismo valorativo, direcionado aos ditames do ordenamento constitucional, terá como principal função “propiciar condições para a organização de uma sociedade livre, justa e solidária, fundado que está na dignidade da pessoa humana”<sup>246</sup>.

Nesse sentido, Mitidiero demonstra a importância do contraditório para a formação do formalismo processual como instrumento de viabilização do diálogo e da cooperação processual<sup>247</sup>.

Na mesma linha de pensamento, irá redefinir o papel do juiz inserindo-o no contexto do que vem a denominar de “processo cooperativo”:

O juiz tem o seu papel redimensionado, assumindo uma dupla posição: mostra-se paritário na condução do processo, no diálogo processual, sendo, contudo, assimétrico no quando da decisão da causa. A boa-fé a ser observada no processo, por todos os seus participantes (entre as partes, entre as partes e o juiz e entre o juiz e as partes), é a boa-fé objetiva, que se ajunta à subjetividade para a realização de um processo leal. A verdade, ainda que processual, é um objetivo cujo alcance interessa inequivocamente ao processo, sendo, portanto, tarefa do juiz e das partes, na medida de seus interesses, persegui-la.

Essa dupla posição do juiz (paritária no diálogo, assimétrica na decisão) e o reforço das posições jurídicas das partes conferem marca ao processo civil cooperativo, manifestando-se ao longo de todo o formalismo processual<sup>248</sup>.

---

<sup>245</sup> OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de. O formalismo-valorativo no confronto com o formalismo excessivo. *Revista de Processo*, nº 137, p.13.

<sup>246</sup> MITIDIERO, Daniel. *Colaboração no processo civil*, p.102.

<sup>247</sup> Idem, *Ibidem*, p.102.

<sup>248</sup> Idem, *Ibidem*, p.102.

A legislação moderna coaduna com esse entendimento. Assim faz prova os artigos transcritos do anteprojeto do novo Código de Processo Civil:

Art. 5º As partes têm direito de participar ativamente do processo, cooperando entre si e com o juiz e fornecendo-lhe subsídios para que profira decisões, realize atos executivos ou determine a prática de medidas de urgência.

Art. 8º As partes têm o dever de contribuir para a rápida solução da lide, colaborando com o juiz para a identificação das questões de fato e de direito e abstendo-se de provocar incidentes desnecessários e procrastinatórios<sup>249</sup>.

Vale citar a doutrina de Mitidiero que contempla o juiz inserido no processo cooperativo e portador de duas características: “isonômico na condução do processo e assimétrico no quando das decisões processuais e materiais da causa”<sup>250</sup>.

Por consequência, essa dupla função do juiz – “paritário no diálogo e assimétrico na decisão” – almeja um ponto de equilíbrio necessário para a organização do formalismo processual, formando-se uma comunidade de trabalho entre os agentes envolvidos na prática processual, transformando-se a cooperação em uma das prioridades do processo<sup>251</sup>.

Finalizando, o processo inserido no Estado Democrático de Direito deve ser exercido através das diretrizes propostas pelo formalismo valorativo, pois é inviável separar os valores sociais, políticos, éticos, financeiros ou culturais da vida cotidiana do direito que, por sua vez, é reflexo da própria sociedade. Neste sentido, a tutela jurisdicional para ser efetiva deve pressupor um processo que contemple os fatores basais para a formação da vontade social e, conseqüentemente, a efetiva realização dos direitos fundamentais.

#### **2.4 O desempenho do Poder Judiciário para a consecução do direito à razoável duração do processo**

A já referida Emenda Constitucional nº 45 trouxe, a partir de 2004, alterações relativas não somente ao sistema processual civil, mas também ao que se refere a um variado número de disposições endereçadas diretamente ao Judiciário, por tal motivo, ficando conhecida como a Reforma do Judiciário.

Entre outras, traz inovações quanto à ampliação de diretrizes voltadas às atividades dos magistrados; altera regras quanto à estrutura do Poder Judiciário; proporciona aos

<sup>249</sup> BRASIL. Congresso Nacional. Senado Federal. Comissão de juristas responsáveis pela elaboração do anteprojeto do código de processo civil. Brasília: Senado Federal, Presidência, 2010, p.49-50.

<sup>250</sup> MITIDIERO, Daniel. *Colaboração no processo civil*, p.72.

<sup>251</sup> Idem, *Ibidem*, p.72-73.

cidadãos levarem reclamações às ouvidorias do setor judiciário, como também cria o CNS (Conselho Nacional de Justiça); normativiza a criação de súmulas vinculantes pelo STF <sup>252</sup>; altera a competência originária e recursal para admissão do recurso extraordinário e do recurso especial, pelo STJ e pelo STF; cria o requisito da “repercussão geral” para admissibilidade do recurso extraordinário; traz uma série de disposições ao Ministério Público e disposições voltadas à automatização do Judiciário e, principalmente, ao que interessa: a elevação constitucional do direito à razoável duração do processo.

Pode-se dizer que a maior evidência da crise do judiciário está na morosidade processual, pela própria trivialidade do problema. Dificilmente será encontrado alguém que, ao socorrer-se na via judicial, não sofreu dificuldades quanto ao funcionamento dessa faixa do Poder Público.

Nesse sentido, ao referir-se sobre a assiduidade da crise e da morosidade do Judiciário, Fragale Filho leciona:

Acionar o Judiciário é assim visto como uma “aventura” em que os pontos de entrada e de saída (ainda que esse último esteja quase sempre perdido em algum lugar difuso e pouco perceptível) são (supostamente) conhecidos, mas não se tem a menor idéia sobre os diferentes caminhos que serão percorridos (e por quanto tempo) para levar de um ponto a outro <sup>253</sup>.

Sobre a importância da reforma do judiciário, naquilo que diz respeito à agilidade dos processos, novamente aporta-se aos ensinamentos de Hoffman, o qual conclui:

Independentemente do resultado prático que venha a ser efetivamente alcançado, não se pode minimizar a relevância e a importância da EC n. 45, aprovada pelo Congresso Nacional. Trata-se de um verdadeiro marco na história recente do Judiciário que, apesar das dificuldades iniciais de implementação e das críticas que se possa fazer à emenda, deve colaborar para o aprimoramento do sistema como um todo <sup>254</sup>.

---

<sup>252</sup> Em que pese alguns autores (como DINAMARCO, Cândido Rangel, *Instituições de direito processual civil*, p.30 e segs.), entenderem que as Súmulas Vinculantes contribuem para a pacificação do tempo da prestação jurisdicional, nosso entendimento coaduna com os doutrinadores contrários a esse posicionamento. Há violência visível ao princípio do contraditório. O argumento da hipótese de multiplicação de processos não pode servir de pressuposto para uniformizar-se decisões. Ainda, a que se falar que a expressão “grave insegurança jurídica” não possui uma interpretação certa, havendo dúvidas a seu respeito. Seguramente tal método de decisão dos litígios, além de não respeitar o contraditório, não extrai da lei o seu real significado, pois não há a atividade interpretativa do caso em questão. Sobre o tema: 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: *Reforma do judiciário: primeiros ensaios críticos sobre a EC n. 45/2004*, p.43; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Súmula vinculante: desastre ou solução?*, p. 306.

<sup>253</sup> FRAGALE FILHO, Roberto. Poder judiciário: os riscos de uma agenda quantitativa. In: *Estudos Constitucionais*, p. 364.

<sup>254</sup> HOFFMAN, Paulo. O direito à razoável duração do processo e a experiência italiana. In: *Reforma do Judiciário*, p. 571.

Contudo, tratando-se do reflexo provocado pelo desempenho da atividade dos magistrados em relação à efetividade do direito processual e, nesta ótica, à concretização do direito à razoável duração do processo, para Ovídio Baptista o problema maior do judiciário não seria funcional. “Ele funciona segundo os princípios e pressupostos imaginados por aqueles que o conceberam, baseados na segurança do sistema em confronto com a sua efetividade<sup>255</sup>”.

A questão estaria em como os problemas “estruturais” tornaram-se “naturais” aos nossos olhos. Nesse sentido, irá exemplificar, demonstrando nossa falta de questionamento quanto à estrutura do sistema:

Tomemos alguns casos particulares, como exemplo. É comum acusarem-se os magistrados de não exercerem os poderes que o legislador lhes confere. A lei instituiu a chamada *audiência preliminar*, do art.331 do Código de Processo Civil.

Embora o legislador tenha ampliado seus poderes, com reflexos positivos na qualidade da prestação jurisdicional, os juízes, com o beneplácito dos advogados, limitam-se a dar à *audiência preliminar* o sentido de uma “audiência de conciliação”, além disso puramente protocolar, esquecendo a importante função saneadora, prevista no § 2º do art.331<sup>256</sup>.

Dessa forma, há uma tendência dos operadores do direito em evitar comprometimentos com o litígio, o que acaba por deixá-los em situação de passividade perante o curso do processo até a sentença, como se o julgamento do segundo grau fosse o único responsável pelo mérito da causa:

Para quem visualiza o sistema pela perspectiva de um operador forense, seu funcionamento não se mostra apenas insatisfatório. Mostra-se assustador. Como era de supor, a extraordinária litigiosidade que caracteriza nosso tempo, obriga os magistrados a padronizarem suas decisões, praticando – com maior ou menor vocação para o *normativismo* abstrato – uma jurisdição “pasteurizada”, sem compromisso com o “caso”<sup>257</sup>.

Tal problemática não foge também da esfera dos Tribunais. Nesses, o que se vê é o julgamento ser realizado, na grande maioria, pelos assessores, fato este já concebido com naturalidade entre os operadores do direito.

Assim, o grande número de recursos – diga-se de passagem que boa parte deles poderiam ser evitados com a utilização efetiva da audiência preliminar – provoca uma “justiça

<sup>255</sup> SILVA, Ovídio A. Baptista. *Da função à estrutura*. In: Constituição, sistemas sociais e hermenêutica. Anuário do programa de pós graduação em direito da Unisinos 2008, p.91.

<sup>256</sup> Idem, Ibidem, p.91.

<sup>257</sup> Idem, Ibidem, p.94.

de gabinete” que vem a se tornar oficial, demonstrando outro problema estrutural que contempla a crise do judiciário<sup>258</sup>.

Nesta seara, para esse aprimoramento do sistema vislumbrado pela aplicação e efetividade das diretrizes normativas traçadas na EC/45, deverão as mesmas ser tratadas de forma objetiva e direta pelos operadores de direito, de tal maneira que se consiga efetivar as práticas ali previstas.

Daí dizer-se que o acesso à justiça é mais que a garantia de acesso ao judiciário; é a realização do contraditório, da ampla defesa, do prazo razoável, os quais somente serão realizados a partir da função exercida pelos magistrados. Enfim, nas palavras de Watanabe, acesso “à ordem jurídica justa”<sup>259</sup>. Ou, como bem quer Ramos Junior, ao referir-se ao acesso à justiça:

Implica, outrossim, acesso a homens justos (Magistrados, Governantes, Legisladores, etc.) capazes de conceder bens merecidos e buscados pelos seus semelhantes.

Ser justo, inclusive, significa recusar-se a servir interesses mesquinhos e nefastos, relutar diante de preconceitos inculcados no espírito humano, contraditar à ordem posta, lutar contra qualquer tipo de opressão e falsa autoridade.

Assim é que a expressão “acesso à justiça” engloba vários conceitos e, dentre os quais, o sentimento de busca por garantia de julgamento proferido, subjetivamente, por seres humanos justos<sup>260</sup>.

A esse respeito, o processo justo compreende a decisão justa e, para tanto, se torna imprescindível o contraditório para a formação da decisão judiciária, demonstrando a necessidade de todo e qualquer fator que tenha contribuído na construção da decisão ter sido previamente debatido entre aqueles que compõem a relação processual, como bem quer Mitidiero, ao defender a proposta contida no formalismo-valorativo:

Na quadra teórica do formalismo-valorativo, pois, o direito ao contraditório leva à previsão de um dever de debate entre o juiz e as partes a respeito do material recolhido ao longo do processo. Esse dever de debate encontra a sua expressão mais saliente no quando da decisão da causa, haja vista a imprescindibilidade de constar, na fundamentação da sentença, acórdão ou decisão monocrática, o enfrentamento pelo órgão jurisdicional das razões deduzidas pelas partes em seus arrazoados, exigência de todo afeiçoada ao Estado Constitucional, que é necessariamente democrático<sup>261</sup>.

<sup>258</sup> SILVA, Ovídio A. Baptista. *Da função à estrutura*. In: Constituição, sistemas sociais e hermenêutica. Anuário do programa de pós graduação em direito da Unisinos 2008, p.95.

<sup>259</sup> Expressão utilizada por WATANABE, Kazuo. *Assistência judiciária e juizado especial de pequenas causas*, p.161 e segs.

<sup>260</sup> RAMOS JÚNIOR, Galdino Luiz. *Princípios constitucionais do processo: visão crítica*, p.39.

<sup>261</sup> MITIDIERO, Daniel. *Colaboração no processo civil*, p.135.



Entretanto, há que se cuidar que, como bem lembra, novamente, o doutrinador Ovídio Baptista, o Direito “tornou-se uma função de outros interesses”, como os políticos que, a exemplo, diferem da idéia de Justiça<sup>262</sup>.

Destarte, para a busca do aperfeiçoamento ao direito à razoável duração do processo, quando função do judiciário que é o órgão estatal mais próximo dos cidadãos, cabe a tarefa de ampliar o acesso à justiça e, para tanto, é necessário que aos magistrados seja disponibilizada uma maior margem de atuação.

Necessariamente, na tentativa de ampliar a eficácia judicial através da agilidade da resposta na prestação jurisdicional, a reforma do judiciário pressupõe um maior comprometimento dos magistrados com a atividade desempenhada.

Logo, a realização da tutela jurisdicional, como bem quer a EC/45, deve pressupor uma ampla e efetiva atuação do magistrado com o intuito de realizar os pressupostos do Estado Democrático de Direito.

Nesse sentido, Oliveira Neto relembra o verdadeiro sentido da função do magistrado, inserido na nova concepção de Estado, qual seja, Estado Democrático de Direito:

Se no Estado Liberal seu campo de atuação era limitado ao de solucionador de conflitos que se desenrolavam fundamentalmente no espaço privado e onde o uso da lei seria privilegiado, confundida que era ela, a lei, com o conceito maior de justiça, no Estado Democrático de Direito social sua atuação é outra, passando ele – Juiz – a julgar conforme os critérios de justiça plasmados na Constituição<sup>263</sup>.

Notadamente, será esse mesmo Estado Democrático de Direito quem legitimará a função judicial, para além dos interesses políticos, objetivando a realização dos direitos fundamentais<sup>264</sup>.

É o entendimento de Ferrajoli ao salientar a necessidade de se fundamentar os poderes do juiz, unicamente na efetividade dos direitos fundamentais:

Debe haber un juez independiente que intervenga para reparar las injusticias sufridas, para tutelar los derechos de un individuo, aunque la mayoría o incluso los demás en su totalidad se unieran contra él; dispuesto a absolver por falta de pruebas aun cuando la opinión general quisiera la condena, o a condenar, si existen pruebas, aun cuando esa misma opinión demandase la absolución. Esta legitimación no tiene nada que ver con la de la democracia política, ligada a la representación. No se deriva de

---

<sup>262</sup> Sobre o desvio da função judicial, ver SILVA, Ovídio A. Baptista. *Da função à estrutura*. In: Constituição, sistemas sociais e hermenêutica. Anuário do programa de pós graduação em direito da Unisinos 2008, p.89.

<sup>263</sup> OLIVEIRA NETO, Francisco José Rodrigues de. A atuação do juiz no estado democrático de direito: em busca do ponto de equilíbrio. In: *Estudos Constitucionais*, p.106.

<sup>264</sup> Idem, *Ibidem*, p.107.



la voluntad de la mayoría, de la que asimismo da ley es expresión. Su fundamento es únicamente la intangibilidad de los derechos fundamentales<sup>265</sup>.

Somente por esse caminho haverá um convívio pacífico entre os cidadãos, efetivando-se o caráter de justiça social ao qual o processo deve buscar.

Assim, para se alcançar o acesso à justiça em um sentido amplo, é necessário idealizar um Poder Judiciário onde os magistrados evitem a vinculação de seus atos ao formalismo exagerado, ao rigor excessivo. É o que coaduna uma tendência atual de ampliar os poderes dos juízes, mediante a atividade interpretativa dos textos legais, dando aos conflitos que lhe são submetidos soluções colhidas através de uma decisão fundamentada e não especificadas previamente no texto legal<sup>266</sup>.

Entretanto, de nada adianta a reforma do judiciário preconizar seus diversos objetivos, entre eles a ampliação da atuação dos magistrados, se os mesmos não têm consciência da importância de se utilizar os meios normatizados e disponíveis para a agilização do tempo dos processos, como é o caso da audiência preliminar.

Nesse sentido, segundo Teixeira, referindo-se às qualidades de um possível juiz ideal, este teoricamente deve ser “honesto e independente, humano e compreensivo, sereno e dinâmico, firme e corajoso, culto e inteligente, justo sobretudo”<sup>267</sup>.

Ao juiz cabe obediência ao dever de lealdade. Por esse motivo, frisa-se novamente que há que ser deixado de lado o formalismo excessivo, para que se possibilite a construção de uma nova proposta de direito processual voltado à democratização da justiça, como bem entende Boaventura de Souza Santos ao retratar a democratização da justiça como uma dimensão fundamental da própria democratização da vida social, econômica e política, personificando-se em duas vertentes:

A primeira diz respeito à constituição interna do processo e inclui uma série de orientações tais como: o maior envolvimento e participação dos cidadãos, individualmente ou em grupos organizados, na administração da justiça; a simplificação dos atos processuais e o incentivo à conciliação das partes, o aumento dos poderes do juiz; a ampliação dos conceitos de legitimidade das partes e do

<sup>265</sup> FERRAJOLI, Luigi. *Derechos y garantías*. La ley del más débil, p.27.

<sup>266</sup> PATTO, Belmiro Jorge. Aspectos da dimensão temporal do processo civil nas alterações advindas da EC n. 45, de 8 de dezembro de 2004. In: *Reforma do Judiciário: primeiros ensaios críticos sobre a EC n.45/2004*, p.103.

<sup>267</sup> TEIXEIRA. Sálvio de Figueiredo. *Código de Processo Civil anotado*, p.104.

interesse em agir. A segunda vertente diz respeito à democratização do acesso à justiça<sup>268</sup>.

Esse também é o entendimento de Mitidiero que concorda com uma postura ativa dos magistrados, identificando o juiz ativo como contrário ao juiz neutro e que:

Dentro do processo civil contemporâneo, informado pelo formalismo-valorativo, o ativismo judicial aparece como algo irreversível, sendo essa a posição mais diretiva e engajada do Estado-juiz um componente essencial do modelo cooperativo de processo<sup>269</sup>.

Mas, até que ponto os juízes estão legitimados a exercer a interpretação e qual o limite da sua vinculação ao texto legal?

Seja qual for a resposta a esse questionamento, a busca de uma solução adequada pelos magistrados deve estar, necessariamente, vinculada à Constituição. Mas isso não significa que ela seja uma resposta definitiva, já que, nas palavras de Streck, “a linguagem proporciona descobertas e encobrimentos”<sup>270</sup>.

Será a partir da noção de Estado Democrático de Direito que o positivismo jurídico<sup>271</sup> supera a concepção de positivismo meramente normativista. Desse modo, amplia sua força como método de garantir a pacificação social, pois com a evolução da sociedade e do Estado, surge a possibilidade dos juízes exercerem um papel muito maior que a simples subsunção da lei, perquirindo seu real sentido através de um trabalho interpretativo<sup>272</sup>.

<sup>268</sup> O Autor também vislumbra a possibilidade de criação do “Serviço Nacional de Justiça”, o qual, além de eliminar obstáculos econômicos na utilização dos serviços judiciários, também pressupõe eliminar obstáculos sociais e culturais, através do esclarecimento aos cidadãos sobre seus direitos, reduzindo a desigualdade no acesso à justiça. SANTOS, Boaventura de Souza. *Introdução à sociologia da administração da justiça*, p. 56.

<sup>269</sup> MITIDIERO, Daniel. *Colaboração no processo civil*, p.99.

<sup>270</sup> STRECK, Lênio Luiz. A Constituição (ainda) dirigente e o direito fundamental à obtenção de respostas corretas. In: *20 anos de constitucionalismo democrático – e agora?* Revista do Instituto de hermenêutica jurídica, Vol I, n.06, p.309.

<sup>271</sup> O positivismo jurídico, na concepção de Bobbio, parte da idéia de uma norma fundamental, a qual orienta todas as demais, existindo para todas as possibilidades de casos, uma norma compatível, cabendo ao juiz, encontra-la dentro do ordenamento jurídico. Por tal motivo, Bobbio entende que a razão da lei está acima da razão do juiz. BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*, p.15 e segs; No mesmo sentido, Kelsen, ao escrever sua consagrada obra, irá afirmar que, o direito determina uma norma como válida, não sendo ela, necessariamente, justa ou eficaz. KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*, p. 95.

<sup>272</sup> É o que ocorre nas teorias que tem por embasamento a argumentação, como, por exemplo, na teoria de Alexy: o Autor alemão parte da idéia de que regras e princípios são espécies do gênero norma jurídica, concordando com a teoria de Ronald Dworkin onde o direito e as decisões judiciais estão calcados sobre o positivismo, criando um sistema fechado sobre si mesmo. As regras seriam normas que exigem um cumprimento pleno e, nesse sentido, poderiam apenas ser cumpridas ou descumpridas. Se ela é válida, então é obrigatória. Elas contêm determinações no campo do que é fático e juridicamente possível. Por isso, a forma característica de aplicação das regras seria a subsunção. Já os princípios são normas que ordenam a realização de algo na maior medida do possível, relativamente às possibilidades jurídicas e fáticas. Por isso são mandados de otimização que se caracterizam por poder ser cumpridos em diversos graus. Logo a forma característica de aplicação dos princípios é a ponderação. Já que os princípios não podem ser colocados numa hierarquia exata, precisa, Alexy vai optar por uma teoria fraca dos princípios, permitindo a sua aplicação ponderada, apoiando-se basicamente no postulado da proporcionalidade, na tentativa de impedir o esvaziamento dos direitos fundamentais sem introduzir

O ato interpretativo nada mais é que “interrogar os conceitos normativos contidos na lei” e desvendar se foram concebidos como ordenações objetivas ou como ordenações que precisam de certa valoração pessoal<sup>273</sup>.

Referindo-se ao ordenamento jurídico espanhol, Pico I Junoy irá concordar com a postura interpretativa dos juízes:

La indudable trascendencia de las resoluciones del T.C. há llevado a algún autor a considerar que el juez se encuentra con una pirámide normativa en la que ya no ocupa la ley el escalafón superior, porque por encima del texto legal puede situarse la interpretación constitucional que de él haga el Alto Tribunal mediante su doctrina<sup>274</sup>.

E mais: os magistrados estão obrigados a utilizar os instrumentos processuais disponíveis para a realização da tutela judicial de forma efetiva.

Nesse sentido, Chamorro Bernal identifica o “dever judicial de promover e colaborar na realização da efetividade” como um direito fundamental:

El deber judicial de promover y colaborar em la realización de la efectividad de la tutela no es de carácter moral sino um deber jurídico constitucional, pues los Jueces y Tribunales tienen la obligación de protección eficaz del derecho fundamental. El cumplimiento de esse mandato constitucional de proteger el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, al que tienen derecho todas las personas, há de ser para los Jueces y Tribunales el norte de su actividad jurisdiccional<sup>275</sup>.

Nesse diapasão, a atividade de interpretação dos juízes é vinculada por alguns doutrinadores ao poder discricionário, na tentativa de buscarem um procedimento judicial de caráter verdadeiramente democrático e, nas palavras de Cappelletti, representa a “prerrogativa da escolha”, a qual não deve ser confundida com arbitrariedade.

A discricionariedade é a valoração de uma escolha dentro dos moldes do ordenamento jurídico e nele fundamentada. Por sua vez, não deve ser confundida com a decisão arbitrária, a qual vai contra as diretrizes desse ordenamento.

Nesta seara, é pertinente o questionamento de Carvalho:

Se interpretar significa penetrar os pensamentos, inspirações e linguagem de outras pessoas com vistas a compreendê-las e – no caso do Juiz, não menos que no do

---

uma rigidez excessiva. Neste sentido, ver ALEXY, Robert. *Teoría de la argumentación jurídica*. La teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica, p.50 e segs; ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*, em especial, ler o posfácio; ATIENZA, Manuel. *As razões do Direito: teorias da argumentação jurídica*, p.250 e segs; DWORKIN, Ronald M. *Los derechos en serio*, p.45 e segs.

<sup>273</sup> ENGISCH, Karl. *Introdução ao pensamento jurídico*, p. 194.

<sup>274</sup> PICÓ I JUNOY, *Las garantías constitucionales del proceso*, p.37.

<sup>275</sup> BERNAL, Francisco Chamorro. *La tutela judicial efectiva*, p.329.

musicista, por exemplo – reproduzi-los, ‘aplicá-los’ e ‘realizá-los’ em novo e diverso contexto, de tempo e lugar, como não existir certa dose de liberalidade?<sup>276</sup>

Também os ensinamentos de Darci Ribeiro, relativos à característica discricionária dos atos praticados pelos magistrados, nos ensinam que:

Sem sombra de dúvida, o ato judicial é discricionário, em nada se confundindo com um ato arbitrário, pois a discricionariedade está calcada na legalidade e exige, obrigatoriamente, uma motivação na tomada da decisão considerada mais justa ao caso concreto. Tal fundamentação incoerente no ato arbitrário, pois é adotada uma posição não permitida pelo ordenamento jurídico para aquele caso em concreto<sup>277</sup>.

A linha de pensamento proposta por Engisch<sup>278</sup> afirma que a grande parte da discricionariedade judicial não é livre, pois são conceitos normativos que precisam de certa valoração, não pessoal, mas uma valoração objetiva e válida, o que demonstra que tal prática interpretativa deva estar vinculada aos ordenamentos constitucionais.

Entretanto, essa valoração não é imutável. Ela se altera conforme os juízos de valor de “um setor populacional em mutação”, como bem afirma Engisch:

A função destes conceitos normativos em boa parte é justamente permanecerem abertos às mudanças das valorações -, a “valoração” que o conceito normativo aqui exige é, num caso como no outro, uma questão de *conhecimento*. O órgão aplicador do Direito tem de “averiguar” quais são as concepções éticas efectivamente vigentes<sup>279</sup>.

Portanto, para se alcançar decisões em conformidade com os objetivos constitucionais, os pressupostos e requisitos legais devem ser valorados, desvendando seu sentido e sua finalidade, mediante uma razoável apreciação do meio em que estão inseridos e dos fins que perseguem, tendo como última finalidade a resolução definitiva e eficaz dos conflitos<sup>280</sup>.

Nesse sentido, há uma “liberdade atribuída ao juiz na aplicação do direito como instrumento de grande valia para o equilíbrio das partes”<sup>281</sup>.

Assim, será através dos ensinamentos da teoria hermenêutica<sup>282</sup> que efetivamente teremos decisões construídas por meio da análise dos conteúdos e da interpretação de textos,

<sup>276</sup> CARVALHO, Amilton Bueno de. Papel dos juízes na democracia. In: *Revista da AJURIS*, n.68, p.350.

<sup>277</sup> RIBEIRO, Darci Guimarães. *Provas atípicas*, p. 67.

<sup>278</sup> ENGISCH, Karl. *Introdução ao pensamento jurídico*, p.184.

<sup>279</sup> Idem, *Ibidem*, p.184.

<sup>280</sup> BERNAL, Francisco Chamorro. *La tutela judicial efectiva*, p.318.

<sup>281</sup> OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de. *Do formalismo no processo civil*, p.166.

<sup>282</sup> Diferentemente ocorre com a proposta da hermenêutica filosófica que entende ser desvendada a resposta correta no momento em que se manifesta o sentido. A resposta correta é a própria explicitação do compreendido que se dará no momento da *applicatio*. Em sua obra, *Verdade e Consenso*, Streck afirma que tal fenômeno supera a possibilidade de cisão entre interpretação e compreensão porque a interpretação do direito é um ato de “integração”, onde “o todo deve ser entendido pela parte, e a parte só adquire sentido pelo todo” e, em relação a

demonstrando ser um método coerente para o exercício da magistratura que, em última análise, terá como objetivo pôr fim ao litígio, respeitando os pressupostos do Estado Democrático de Direito.

Atente-se para ao fato de que, em relação aos magistrados, estes, por sua vez, encontram-se adstritos ao sistema da persuasão racional do juiz, notadamente adotado pelo Código de Processo Civil, no seu artigo XXX, o qual diferencia-se da apreciação das provas por livre convencimento, como bem lembrado por Mitidiero:

A principal diferença entre este sistema e o do livre convencimento é que tem o órgão jurisdicional de dar as razões de seu convencimento (“mas deverá indicar, na sentença, os motivos que lhe formaram o convencimento”). Em uma palavra: deve fundamentar suas decisões em matéria probatória. Este o nosso sistema que, aliás, tem matriz constitucional (art.93, IX)<sup>283</sup>

Portanto, partindo do pressuposto que a hermenêutica trabalha com o caso concreto, a resposta hermeneuticamente correta é aquela que está “adequada à Constituição”. A hermenêutica elucida que não há respostas prontas, ou, melhor ainda, que a interpretação não serve para responder a casos futuros, já que o sentido do texto contido em uma norma não pode ser usado como parâmetro para responder à outra.

Dito isso, não se pode deixar de mencionar que se vislumbrará, por meio da hermenêutica, a possibilidade dos Juízes desvendarem o verdadeiro sentido democrático das determinações abstratas do ordenamento jurídico.

Concluindo, é preciso lembrar que os atos praticados pelo Poder Judiciário e pelos seus agentes é de fundamental importância para que se configurem os objetivos traçados pela EC 45/2004. Neste sentido, Álvaro Filipe da Rocha previne que:

É preciso ter consciência de que somente a ação humana, social, modifica a realidade em todos os seus aspectos. O papel do Judiciário, então, se torna de extremo relevo. É necessário afastar os mecanismos de acomodação de seus agentes, que permitiram no passado que muitos deles se furtassem ao seu papel social. Nesse sentido é que se buscou analisar a Emenda Constitucional nº 45, nos aspectos que mais pertinem à realização da cidadania, não sem observar que toda a reforma do Judiciário caminha nesse sentido.

(...)

Acreditamos ter deixado claro que esse objetivo não se esgota na realização desses direitos, mas pressupõe uma ampla transformação social, no sentido de amadurecimento dos seus cidadãos, entre os quais os juristas se encontram<sup>284</sup>.

---

resposta correta, o sentido hermenêutico da resposta adequada (qual seja, correta) “se obtém das concretas decisões por essa integração coerente na prática jurídica, assumindo especial importância a autoridade da tradição”. STRECK, Lênio Luiz. *Verdade e consenso*, p.210.

<sup>283</sup> MITIDIERO, Daniel Francisco. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Tomo I, p.555.

<sup>284</sup> ROCHA, Álvaro Filipe Oxley da. Judiciário: cidadania e reforma. In: *Constituição, sistemas sociais e hermenêutica*. Programa de pós-graduação em direito da Unisinos 2006, p.46.

Disso conclui-se que a prestação jurisdicional deve estar vinculada à realização dos direitos fundamentais, pressupondo um dever dos magistrados na busca da sua realização plena. E mais, em caso de negligência quanto a esses objetivos, surgirá a possibilidade de reparação do dano sofrido para a parte que teve seu direito agredido.

## **2.5 A responsabilidade civil do Estado perante as dilações processuais indevidas**

No Direito moderno, o Estado está vinculado diretamente aos ordenamentos constitucionais, surgindo, portanto, a possibilidade de lhe imputar responsabilidade por eventuais descumprimentos legais e falhas nos serviços públicos postos à disposição dos cidadãos.

Nessa perspectiva, as dilações indevidas no transcorrer dos processos quando ocasionadas por agentes do Poder Judiciário e por configurarem uma infringência ao direito à razoável duração do processo, devem gerar ao Estado o dever de indenizar a parte prejudicada.

Cumprido ressaltar que o conceito jurídico de responsabilidade deve estar vinculado ao “conjunto de regras que obrigam o autor de um dano causado a outrem a reparar este dano, oferecendo à vítima uma compensação”<sup>285</sup>.

Também é o entendimento de Plácido e Silva quanto à vinculação do Estado como responsável pelos atos praticados por aqueles que lhe representam, ao referir-se a responsabilidade civil:

Designa a obrigação de reparar o dano ou de ressarcir o dano, quando injustamente causado a outrem. Revela-se, assim, ou melhor, resulta da ofensa ou da violação de direito, que redundam em dano ou prejuízo a outrem. Pode ter como causa a própria ação ou ato ilícito, como, também, o fato ilícito de outrem, por quem, em virtude de regra geral, se responde ou se é responsável<sup>286</sup>.

Para Vicente de Paulo Barreto, a responsabilidade que consiste na “categoria central do sistema social e jurídico e serve como parâmetro dos atos individuais” pode ser conceituada como “responsabilidade moral”, “responsabilidade jurídica” e “responsabilidade coletiva”<sup>287</sup>.

<sup>285</sup> PEREIRA, Caio Mario da Silva. *Responsabilidade Civil*, p. 09.

<sup>286</sup> PLÁCIDO E SILVA, Oscar Joseph de. *Vocabulário Jurídico*, p.713.

<sup>287</sup> BARRETO, Vicente de Paulo. Responsabilidade e teoria da justiça contemporânea. In: *Constituição, sistemas sociais e hermenêutica*. Anuário do programa de pós-graduação em Direito da Unisinos 2006, p.219.

Quanto à responsabilidade moral, esta ocorreria no âmbito da reflexão ético-filosófica<sup>288</sup>. Já oportuno, por ora, é a noção de responsabilidade jurídica, a qual está vinculada ao conjunto de normas jurídicas, “exigindo para sua concretização o estabelecimento de critérios específicos através de normas que determinem os contornos próprios desse tipo de responsabilidade”<sup>289</sup>.

Nesse sentido, sabemos que cabe ao Estado zelar pelo bom andamento das atividades judiciais e, em casos de prejuízos processuais, a responsabilidade estatal deve pressupor a restituição do lesado ao status que se encontrava antes do dano, sendo a indenização uma tentativa de reparar o abalo sofrido pela parte prejudicada.

Historicamente, a responsabilização do Estado pelos atos praticados por seus agentes teve um importante avanço quando da construção jurisprudencial ou pretoriana do Conselho de Estado francês, o qual desvinculou a matéria em questão do direito privado e criou um regime jurídico de responsabilidade pública<sup>290</sup>.

Mas, atualmente, o sistema jurídico no Brasil adota a teoria da responsabilidade civil objetiva, a qual está sedimentada na Constituição Federal, no seu artigo 37, parágrafo 6º:

Artigo 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:

(...)

§ 6º. As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurando o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa.

Note-se que o artigo 37 dispõe sobre os princípios da administração pública e, pela Emenda constitucional 19, de 1998, eleva-se à condição de princípio constitucional a eficiência como obrigação da administração pública.

Nesse sentido, José Afonso da Silva muito bem sintetiza tal princípio constitucional, ao referir que:

“Eficiência” não é um conceito jurídico, mas econômico; não qualifica normas, qualifica atividades. Em uma idéia muito geral, “eficiência” significa fazer acontecer com racionalidade – o que implica medir os custos que a satisfação das necessidades públicas importa em relação ao grau de utilidade alcançado. Assim, o princípio da

<sup>288</sup> BARRETO, Vicente de Paulo. Responsabilidade e teoria da justiça contemporânea. In: *Constituição, sistemas sociais e hermenêutica*. Anuário do programa de pós-graduação em Direito da Unisinos 2006, p.220.

<sup>289</sup> BARRETO, Vicente de Paulo. Responsabilidade e teoria da justiça contemporânea. In: *Constituição, sistemas sociais e hermenêutica*, p.220.

<sup>290</sup> RUARO, Regina Linden. Responsabilidade civil do Estado por dano moral em caso de má utilização de dados pessoais. In: *Direitos fundamentos & justiça*. Revista do programa de pós-graduação Mestrado e Doutorado da PUCRS. Ano I, nº 1, p. 232.



eficiência, introduzido no art.37º da CF pela Emenda Constitucional 19/98, orienta a atividade administrativa no sentido de conseguir os melhores resultados com os meios escassos de que se dispõe e a menor custo. Rege-se, pois, pela regra da consecução do maior benefício com o menor custo possível. Portanto, o princípio da eficiência administrativa tem como conteúdo a relação “meios e resultados”<sup>291</sup>.

No entendimento de Freitas, o princípio da eficiência está diretamente relacionado com o “princípio da economicidade”, este previsto no artigo 70 da Constituição Federal. Ambos devem pressupor uma melhor atuação do Estado, encontrando a solução mais adequada economicamente ao se conduzir as atividades estatais<sup>292</sup>.

Ao mesmo tempo, é possível encontrar na legislação infraconstitucional enunciados em favor da responsabilidade objetiva do Estado, como é o caso do Código Civil Brasileiro:

Artigo 43. As pessoas jurídicas de direito público interno são civilmente responsáveis por atos dos seus agentes que nessa qualidade causem danos a terceiros, ressalvado direito regressivo contra os causadores do dano, se houver, por parte destes, culpa ou dolo.

Na doutrina dominante, diversos autores que corroboram com a aplicação da teoria da responsabilidade objetiva do Estado são encontrados, como é o caso de Cretella Jr., para o qual:

A responsabilização é decorrente do próprio fato, em consequência do risco criado, sem indagar da conduta do agente, sua negligência, imprudência ou imperícia. Deixa-se de lado o elemento subjetivo, a culpa, que é atribuída sempre a uma pessoa, o elemento risco é fundamentado no princípio da causalidade, que é impessoal. Baseia-se a teoria do risco no equilíbrio econômico, envolvendo a idéia de justiça distributiva, como já ensinava Aristóteles<sup>293</sup>.

Entretanto, cumpre ressaltar que, até o final do século XIX, não se cogitava a possibilidade de haver indenização por dano provocado a terceiros sem a caracterização da culpa; com o advento da Revolução Industrial, tornou-se cada vez mais difícil identificar uma “culpa” devido ao grande número de acidentes sofridos pelos operadores das máquinas e, desta forma, surgindo a possibilidade de responsabilização apenas pelo risco<sup>294</sup>.

Coloca-se, desde então, o foco apenas na “reparação do dano”, fato este que foi, no início, de difícil aceitação para os magistrados da época<sup>295</sup>.

<sup>291</sup> SILVA, José Afonso da. *Comentário contextual à Constituição*, p. 176.

<sup>292</sup> FREITAS, Juarez. *O controle dos atos administrativos: princípios fundamentais do direito administrativo*, p.73-74.

<sup>293</sup> CRETELLA JR, José. *Manual de direito administrativo*, p.354.

<sup>294</sup> NETO, Eugênio Facchini. Da responsabilidade civil no novo código. In: *O novo código civil e a constituição*, p. 177.

<sup>295</sup> Idem, *Ibidem*, p. 177-178.



Entretanto, na necessidade de ter que garantir às vítimas a efetivação de seus direitos, conforme o entendimento de Facchini Neto, os magistrados acabaram por inverter a lógica de seus fundamentos, “constatando que a vítima tinha “direito” a ver reparado seu prejuízo”<sup>296</sup>.

Assim, os “partidários da teoria do risco passaram a pretender aplicar suas ideias a outros campos da responsabilidade civil”, rompendo com a ideia de culpa na tentativa de formularem uma teoria com base em “ideias objetivistas”<sup>297</sup>.

Para Berizonce, a responsabilidade civil objetiva do Estado deve ser aceita sempre que caracterizar-se o “mau funcionamento” da atividade jurisdicional, a qual, automaticamente, irá frustrar a garantia do devido processo legal<sup>298</sup>.

Deste modo, para a aplicação da indenização, desnecessária é a prova da culpa relativa ao ato praticado, para que seja imputada a responsabilidade.

Esse pensamento é confirmado pela doutrina e destacam-se, novamente, as considerações de Regina Linden Ruaro, a qual defende a teoria da responsabilidade objetiva, como decorrência automática da evolução do Estado e da sociedade:

A responsabilidade civil sempre se baseou no conceito de culpa. Contudo, o desenvolvimento tecnológico, o aumento populacional, as novas formas de relação de empregado – empregador e, até mesmo, a relação Estado e cidadão, dentre muitos outros fatores, tornou-se o conceito tradicional de culpa, em relação à responsabilidade civil, ineficaz para a proteção das vítimas, na medida em que, na maioria dos casos, quase inviável a prova da culpa do agente causador do dano. Principalmente, se no papel de agente causador do dano encontrava-se o Estado <sup>299</sup>.

Entretanto, ao referir-se ao dever do Estado em promover a indenização, há que ser demonstrada a extensão dos danos sofridos pela parte que alega a violação de algum direito. Neste caso, o prazo razoável.

Logo, para que se configure a responsabilidade do Estado, não é necessária a caracterização da culpa, mas sim elucidar qual tipo de “dano” pode ser provocado pelas dilações processuais indevidas.

Entende-se que a demora da resposta judicial poderá provocar tanto um dano patrimonial (e, neste sentido, violando o patrimônio daquele que foi lesado), quanto intentar o surgimento de um dano moral, quando atingir o ofendido como pessoa, ou seja, a sua

<sup>296</sup> NETO, Eugênio Facchini. Da responsabilidade civil no novo código. In: *O novo código civil e a constituição*, p. 178.

<sup>297</sup> Idem, Ibidem, p. 178.

<sup>298</sup> BERIZONCE, Roberto. Controlador de la labor jurisdiccional y estado de derecho. In: *Participação e processo*, p. 138.

<sup>299</sup> RUARO, Regina Linden. Responsabilidade civil do Estado por dano moral em caso de má utilização de dados pessoais. In: *Direitos fundamentias & justiça*, p. 239-240.

integridade, lhe causando dor, sofrimento, vergonha. Em outras palavras, o dano moral torna-se insuscetível de qualquer método de ajuizamento pecuniário.

Dessa forma, Regina Linden Ruaro lembra que o dano moral “é a lesão de um bem juridicamente protegido que causar uma dor imensurável na vítima”<sup>300</sup>.

Tal idéia é confirmada por outros doutrinadores como Martins da Silva, o qual alerta ser o dano moral mais que a dor e o sofrimento por qual passa a vítima, mas um conjunto de eventos danosos. Portanto:

O Direito não repara qualquer padecimento, dor ou aflição, mas aqueles que forem decorrentes da privação de um bem jurídico sobre o qual a vítima teria interesse reconhecido juridicamente. Os lesados indiretos e a vítima poderão reclamar a reparação em razão de dano moral, embora não peçam um preço para a dor que sentem, mas tão somente, que lhes outorguem um meio de atenuar, em parte, as conseqüências da lesão jurídica por eles sofrida<sup>301</sup>.

Outro ponto de relevância para a caracterização da responsabilidade objetiva do Estado e, desta forma, a possibilidade de indenizar o cidadão que teve seu direito frustrado pela demora injustificada na resposta ao pedido judicial, é a necessidade de haver um nexo de causalidade, já que o Estado é detentor exclusivo da prestação jurisdicional, existindo o dever constitucional de prestar o serviço de forma satisfatória em favor daqueles que pagam impostos e taxas para sua manutenção.

Complementa tal pensamento Silveira ao fazer a seguinte afirmação: “O que se pode observar é que, sendo um ou outro motivo, a responsabilidade última será do Estado, desde que haja nexo de causalidade, uma vez que ele é detentor único da prestação jurisdicional e tem esse dever constitucional”<sup>302</sup>.

Do mesmo modo, Celso Ribeiro Bastos atenta sobre a importância de se comprovar o nexo causal entre o dano e o fato que lhe deu causa e, nas suas palavras: “É dizer, abandonar-se a idéia civilista de culpa que envolve sempre negligência, imperícia e imprudência para condicioná-la à mera atuação objetiva do Estado, independentemente dos ingredientes subjetivos com que tenha atuado”<sup>303</sup>.

Os tribunais, por sua vez, novamente coadunam com o entendimento proposto:

---

<sup>300</sup> RUARO, Regina Linden. Responsabilidade civil do Estado por dano moral em caso de má utilização de dados pessoais. In: *Direitos fundamentais & justiça*, p. 234.

<sup>301</sup> SILVA, Américo Luiz Martins da. *O dano moral e sua reparação civil*, p. 38.

<sup>302</sup> SILVEIRA, Fabiana Rodrigues. *A morosidade no poder judiciário e seus reflexos econômicos*, p. 172.

<sup>303</sup> BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de direito administrativo*, p.211.

EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL. DIREITO PÚBLICO NÃO ESPECIFICADO. TEMPESTIVIDADE RECURSAL. ADMINISTRATIVO. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. AUTUAÇÃO POR INFRAÇÃO DE TRÂNSITO. VEÍCULO COM PLACAS CLONADAS. AUSÊNCIA DE NEXO CAUSAL. 1. (...) 2. No mérito, não ocorre a responsabilidade civil do agente público (art. 37, § 6º, da CF/88) por autuações de infração de trânsito lavradas contra veículo que teve as placas clonadas, pois não evidencia o nexo de causalidade necessário para a configuração da responsabilidade objetiva do Estado, já que não pode ser responsabilizado por ato criminoso de terceiros. À UNIMIDADE, REJEITARAM A PRELIMINAR E NEGARAM PROVIMENTO RECURSO DE APELAÇÃO.<sup>304</sup>

EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL. RESPONSABILIDADE CIVIL EM ACIDENTE DE TRÂNSITO. PRETENSÃO INDENIZATÓRIA. ENFERMEIRA PASSAGEIRA DE AMBULÂNCIA MUNICIPAL ENVOLVIDA EM ACIDENTE. IMPLEMENTAÇÃO DA RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA. DANOS MORAIS. 1. A responsabilidade objetiva do Estado encontra-se consagrada no ordenamento jurídico pátrio (art. 37, §6º, da CF e art. 43 do CC/2002), ou seja, a obrigação de indenizar do Estado ocorrerá se a vítima comprovar o nexo causal entre o fato narrado e o dano. (...) 4. Indenização fixada em patamar condizente com os efeitos do infortúnio. Quantum mantido. 5. Honorários compensáveis na forma da Súmula 306 do STJ. 6. Danos morais cobertos pela apólice. APELAÇÃO DA MUNICIPALIDADE PARCIALMENTE PROVIDA. APELAÇÃO DA LITISDENUNCIADA IMPROVIDA<sup>305</sup>.

Nesse sentido, se aduz à importância de existir nexo de causalidade entre a conduta do agente que representa o Estado e o dano a ser reparado.

Contudo, para Nicolitt<sup>306</sup> a responsabilidade civil do Estado pode ser analisada sob a ótica de diversas teorias, como a teoria da irresponsabilidade estatal, baseada na idéia do poder absoluto do monarca; a teoria dos atos do império, onde o Estado indenizava somente em casos que seus agentes houvessem incorrido em culpa ou dolo; e, também, a teoria da responsabilidade objetiva, esta, por sua vez, reconhecida pelo STF em casos de indenização por parte do Estado quando o serviço público não funciona ou deixa de ser prestado:

EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL. ENSINO PARTICULAR. AÇÃO DECLARATÓRIA CUMULADA COM DANO MORAL. ENSINO MÉDIO À DISTÂNCIA. VALIDAÇÃO DO CERTIFICADO. RESPONSABILIDADE OBJETIVA DO ESTADO. DANOS MORAIS. (...) Da Responsabilidade Objetiva do Estado do Paraná 9. O Estado do Paraná é ente jurídico de direito público, portanto responde objetivamente pelos atos danosos causados a terceiros por seus agentes, independentemente de culpa ou dolo destes, a teor do que estabelecem os arts. 6º e 37 da Constituição Federal. (...) Dado parcial provimento ao apelo<sup>307</sup>.

EMENTA: APELAÇÕES CÍVEIS. RESPONSABILIDADE CIVIL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. QUEDA EM BUEIRO NA VIA PÚBLICA. APLICAÇÃO DA TEORIA DO RISCO. RESPONSABILIDADE OBJETIVA DO ESTADO. ART. 37, § 6º, CF. **A Administração Pública tem o dever de indenizar os danos que seus agentes causem a terceiros.** Cabe ao Município o dever de conservar passeio

<sup>304</sup>Apelação Cível Nº 70030611297, Segunda Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Luiz Felipe Silveira Difini, Julgado em 01/04/2010. Grifo nosso.

<sup>305</sup>Apelação Cível Nº 70031899628, Décima Segunda Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Judith dos Santos Mottecy, Julgado em 25/03/2010. Grifo nosso.

<sup>306</sup>NICOLITT, André Luiz. *A duração razoável do processo*, p.97.

<sup>307</sup>Apelação Cível Nº 70033749284, Quinta Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Jorge Luiz Lopes do Canto, Julgado em 30/06/2010.

público ou sinalizar quanto à impossibilidade de circulação. Não há que se falar em culpa exclusiva ou concorrente das vítimas. Portanto deve o município indenizar as vítimas pelos danos morais sofridos. (...). NEGARAM PROVIMENTO AOS APELOS. UNÂNIME<sup>308</sup>. Grifando.

**EMENTA:** APELAÇÃO CÍVEL. RESPONSABILIDADE CIVIL. AÇÃO INDENIZATÓRIA. ABORDAGEM POLICIAL ABUSIVA. AGRESSÕES FÍSICAS IMOTIVADAS. OBRIGAÇÃO DE INDENIZAR. RESPONSABILIDADE OBJETIVA DO ESTADO. DANO MORAL CARACTERIZADO. QUANTUM MANTIDO. PAGAMENTO DE CUSTAS PROCESSUAIS. ISENÇÃO DO ESTADO. 1. **Quanto aos atos comissivos dos agentes estatais, responde o Estado de forma objetiva pelos danos causados a terceiros. Inteligência do art. 37, § 6º, da CF. Teoria do risco administrativo.** Havendo demonstração nos autos de que a parte autora foi imotivadamente agredida, causando-lhe danos a sua integridade física, justa e legal a condenação do demandado ao pagamento de indenização por danos morais. 2. Sendo réu o Estado do Rio Grande do Sul, fica o mesmo isento de arcar com o pagamento das custas processuais se vencido em demanda judicial onde o cartório for estatizado. Inteligência do parágrafo único do artigo 11 do Regimento de Custas. APELO PARCIALMENTE PROVIDO. UNÂNIME<sup>309</sup>. Grifo nosso.

De tal modo, verifica-se que, atualmente já está sedimentado o entendimento quanto à aplicação da teoria da responsabilidade civil objetiva do Estado. Esta independe da necessidade de ser provada a culpa, mas sim provando-se apenas o nexos causal entre o ato do agente público e o dano sofrido.

Importante ressaltar que a presunção da responsabilidade estatal não se confunde com a responsabilização por atos judiciais típicos, como bem quer o inciso LXXV, do artigo 5º da Constituição Federal. O “erro judiciário no processo penal” refere-se aos erros cometidos pelos juízes ao proferirem uma sentença.

Assim, sintetiza Cavalieri Filho:

No exercício da atividade tipicamente judiciária podem ocorrer os chamados erros judiciais, tanto *in iudicando* como *in procedendo*. Ao sentenciar ou decidir, o juiz, por não ter bola de cristal nem o dom da adivinhação, está sujeito aos erros de julgamento e de raciocínio, de fato ou de direito<sup>310</sup>.

Diferentemente ocorre com a agressão ao direito à razoável duração do processo quando provocada pela inércia do judiciário em resolver, em tempo oportuno, as questões processuais. O parágrafo 6º do artigo 37 da Carta Magna refere-se aos atos administrativos judiciais, como bem nos explica Cavalieri Filho:

<sup>308</sup> Apelação Cível Nº 70030639728, Sexta Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Luís Augusto Coelho Braga, Julgado em 11/03/2010.

<sup>309</sup> Apelação Cível Nº 70032316085, Quinta Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Gelson Rolim Stocker, Julgado em 05/05/2010. Grifo nosso.

<sup>310</sup> CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de responsabilidade civil*, p. 251.

A agressão à Razoável Duração do Processo somente se configura em relação aos atos administrativos judiciais que são aqueles que envolvem a prestação jurisdicional, ou seja, em caso de denegação da justiça pelo juiz, negligência no exercício da atividade, falta de serviço judiciário, desídia dos serventuários, mazelas do aparelho policial<sup>311</sup>.

No entanto, alguns doutrinadores, como Carvalho Filho, entendem que a responsabilidade pela negligência do Juiz deva ser subjetiva, partindo do fundamento de que a expressão “razoável duração do processo”, carece de significação exata:

Sem considerar a indeterminação do conceito – já que “duração razoável” é expressão fluida e sem densidade de exatidão – parece-nos que a ofensa ao referido princípio implicará sempre a investigação sobre a forma como se desenvolveu o serviço, de modo que a conclusão a que chegar o intérprete terá que enveredar pelo terreno da culpa no serviço<sup>312</sup>.

Não é possível concordar com esse posicionamento, pois, como todo e qualquer serviço público ou o caso da prestação jurisdicional, é necessário responsabilizar o Estado pela sua consecução, devendo o mesmo “responder pelos danos decorrentes da negligência judiciária, ou do mau funcionamento da Justiça, sem que isto moleste a soberania do Judiciário ou afronte o princípio da autoridade da coisa julgada”<sup>313</sup>.

E incorrendo o magistrado em culpa ou dolo, caberá ao Estado ingressar com ação de regresso, o que não lhe impede de ressarcir o dano provocado à parte litigante.

Nesse sentido, Cavaliere Filho leciona:

No que respeita aos danos causados pela atividade judiciária, aqui compreendidos os casos de denegação da justiça pelo Juiz, negligência no exercício da atividade, falta do serviço judiciário, desídia dos serventuários, mazelas do aparelho policial, é cabível a responsabilidade do Estado amplamente com base no art.37 § 6º da Constituição ou na culpa anônima (falta do serviço) pois, trata-se, agora sim, de atividade administrativa realizada pelo Poder Judiciário<sup>314</sup>.

Dessa forma, Nicolitt ao referir-se à responsabilidade do Estado na esfera administrativa, irá afirmar que: “Hodiernamente o direito administrativo consagra a teoria da responsabilidade objetiva, segundo a qual não há que se perquirir acerca da existência de culpa, sendo necessário somente que haja relação entre a ação administrativa e o dano sofrido pelo particular”<sup>315</sup>.

<sup>311</sup> CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de responsabilidade civil*, p. 254.

<sup>312</sup> CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*, p.497.

<sup>313</sup> CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de responsabilidade civil*, p. 254.

<sup>314</sup> Idem, *Ibidem*, p. 187.

<sup>315</sup> NICOLITT, André Luiz. *A duração razoável do processo*, p.97.

Quanto ao tempo processual para desfecho dos litígios, é notório que há uma carência do Poder Judiciário (seja ela funcional ou estrutural) para a execução dos processos dentro de um prazo razoável.

Notadamente, as dilatações indevidas dos tempos processuais é um grande obstáculo à concretização do direito à razoável duração do processo e, por via de consequência, fere o direito de acesso à justiça e às prerrogativas cabíveis a um processo efetivo, como um todo.

Necessário se faz que ao Estado seja imputada essa responsabilidade. Para tanto, há que ser aprovada a legislação pertinente ao assunto, a exemplo do Estado Italiano<sup>316</sup>, o qual, há alguns anos, já vem pondo em evidência o problema da lentidão do judiciário.

Nesta conjuntura, corretamente são as afirmações de Calmon de Passos, para o qual há a necessidade de que o Estado esteja organizado de tal forma que permita mais que uma responsabilização pelos seus atos, mas sim uma “responsabilização social”, para que se possa falar em Direito em termos democráticos<sup>317</sup>.

Assim, a responsabilidade civil do Estado, nas palavras de Cahali<sup>318</sup>, “é aquela obrigação legal, que lhe é imposta, de ressarcir os danos causados a terceiros por suas atividades”, ou seja, causando o dano, surge a obrigação de repará-lo, pela ineficiência de seus agentes na prestação da atividade jurisdicional.

Importante ressaltar que ao termo “agente”, como consta no próprio parágrafo 6º do artigo 37 da Constituição Federal, há de ser dada uma conotação extensiva, pois irá abranger a mais variada seara de agentes (entre estes os políticos, os administrativos, delegados...).

Os magistrados também são incluídos nessa denominação, como bem explica José Afonso da Silva que entende ser agentes estatais “no campo da responsabilidade objetiva todas as pessoas que operam serviços públicos”<sup>319</sup>.

Referindo-se à introdução do termo “agente”, na atual Constituição Federal, Monteiro Filho leciona que:

---

<sup>316</sup> A esse respeito, La Rocca já evidencia o fenômeno da objetivação da responsabilidade quando destaca que exigências particulares podem induzir o legislador a dar importância à conduta exterior de modo a eliminar as dificuldades a cerca do elemento psicológico e, com isso, tornar mais ágil a aplicação da norma. LA ROCCA, Manlio. *Profili di un sistema di responsabilità processuale*, p. 41-44. Sobre a regulamentação da razoável duração do processo no direito italiano, ver também RIBEIRO, Darci Guimarães. *Da tutela jurisdicional às formas de tutela*, especialmente cap.3, p.187-256.

<sup>317</sup> PASSOS, José Joaquim Calmon de. *Direito, poder, justiça e processo*: julgando os que nos julgam, p.80.

<sup>318</sup> CAHALI, Yussef Said. *Responsabilidade civil do Estado*, p. 13.

<sup>319</sup> SILVA, José Afonso da. *Comentário contextual à constituição*, p. 349.

A outra grande evolução da mencionada norma foi a amplitude interpretativa permitida pelo uso do termo ‘agente. A Constituição de 1967 valia-se do vocábulo ‘funcionário’, o qual abrange uma gama bem específica dos personagens envolvidos na Administração Pública. Em contraposição, o atual ‘agente’ denota uma abrangência significativamente maior, a contemplar todas as categorias possíveis – agentes políticos, agentes administrativos e, até particulares em colaboração com a Administração<sup>320</sup>.

Mas, é necessário lembrar que o problema da demora na prestação jurisdicional, bem como a imputação da responsabilidade ao Estado, é algo que atinge não somente o Brasil, mas uma dificuldade a ser superada também em vários outros países.

Nesse sentido, Ramos refere que:

O direito à indenização por danos oriundos da prestação jurisdicional intempestiva tem sido reconhecido e aplicado pelo mundo afora, conforme pôde se depreender da prática da Corte Européia de Direitos Humanos. Por mais que se tenha caráter eminentemente paliativo, e não estrutural, a reparação civil acaba por ser um instrumento útil para minimizar os efeitos da demora dos processos sobre a vida dos indivíduos<sup>321</sup>.

Pensar contrariamente à responsabilização estatal frente ao prolongamento injustificado dos tempos processuais é formar uma barreira à tentativa de ampliar o acesso à justiça.

Vários são os problemas que orbitam a esfera do judiciário e a crescente complexidade de diversidade de relações sociais, as quais fazem com que se reflita sobre a adoção de posturas que possibilitem a efetividade do texto constitucional nessa nova ordem social.

No Estado de Direito, a faceta interpretativa delegada aos magistrados deve ser vista como uma garantia aos cidadãos de obter uma decisão justa e, para tanto, é essencial a participação popular na administração da justiça. Exemplo disso é o diálogo traçado entre os agentes processuais durante a audiência preliminar. Nesse momento, se configura a “última manifestação do contraditório”<sup>322</sup>, porque garante às partes a possibilidade de se manifestarem sobre as questões levadas a juízo.

E, ao suprimir essa possibilidade, estará o juiz deixando de cumprir um dever legal, pois, ao não utilizar os instrumentos normativos disponíveis para a proteção do interesse jurídico, não respeita seu dever de lealdade e probidade processual, e “as consequências

<sup>320</sup> MONTEIRO FILHO, Carlos Edison do Rego. Problemas de responsabilidade civil do Estado. *Responsabilidade civil do Estado*, p. 47.

<sup>321</sup> RAMOS, Carlos Henrique, *Processo civil e o princípio da duração razoável do processo*, p.104.

<sup>322</sup> MITIDIERO, Daniel. *Colaboração no processo civil*, p.138.



jurídicas da inobservância do ônus são as mesmas que se verificariam se o sujeito tivesse decidido não agir para a tutela do interesse”<sup>323</sup>.

Para o aprimoramento da tão almejada “justiça” é necessário que seja aceita uma nova concepção de processo inserido em uma sociedade participativa, ativista, composta por um poder judiciário formado por homens de comportamento prudente, o que, nas palavras de La Rocca, são aqueles que se comportam de modo a não ofender também involuntariamente seu semelhante<sup>324</sup>.

De toda a sorte, a postura do direito processual civil deve ser no sentido de “estimular a cooperação dos seus participantes para que se alcance a tutela jurisdicional do direito”<sup>325</sup>. Com isso, pretende-se estreitar a relação entre cidadão/juiz através do uso da oralidade, a qual pode ser exercitada de forma ampla durante o ato da audiência preliminar. É possibilidade de garantia processual de acesso à justiça, evitando desperdícios de tempos processuais e seu descumprimento deve ser responsabilizado, por ser ato atentatório ao escopo final da Constituição, qual seja a efetividade dos direitos fundamentais.

---

<sup>323</sup> LA ROCCA, Manlio. *Profili di un sistema de responsabilità processuale*, p.19.

<sup>324</sup> Idem, *Ibidem*, p.89.

<sup>325</sup> MITIDIERO, Daniel. *Colaboração no processo civil*, p.149.



## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Os problemas que se propagam em torno da efetividade do direito processual e as questões relacionadas à sua superação acabam por construir uma idéia de crise voltada ao Poder Judiciário. Contudo, a crescente complexidade das relações sociais, hoje envoltas em paradoxos como o provocado pela globalização, a qual une fronteiras e, ao mesmo tempo, exclui parcelas sociais, provoca uma crise que abrange não somente o Judiciário, mas a própria concepção de Estado Democrático de Direito.

Notadamente, é certo que a morosidade pode ser reduzida por intermédio de artifícios criados pelo Estado, específicos para esse fim, como, por exemplo, a previsão legal da audiência preliminar, tão pouco utilizada pelos juízes no mundo real. Esse dispositivo pressupõe um desenvolvimento mais célere da justiça, através de uma prática processual onde podem ser evitadas dilações indevidas, efetivando, dessa forma, o direito à razoável duração do processo.

Nesse contexto, o Estado demonstra uma preocupação visível com a questão da morosidade processual e suas conseqüências no âmbito jurídico e social. Exemplo disso é a Emenda Constitucional 45/2004 que proclama uma série de medidas, as quais buscam a celeridade processual e a amplitude do acesso à justiça pelos cidadãos.

Com o advento da pós-modernidade, deparou-se com a necessidade de desvendar as novas versões dos institutos até então sedimentados pelo Direito. Em virtude disso, há dificuldade do modelo existente de processo civil (caracterizado como um instrumento normativo capaz de garantir ao cidadão a consecução dos objetivos democráticos traçados na Constituição) acompanhar essa evolução.

O dia a dia forense demonstra a latência desse problema. Casos judiciais caracterizados pela frustração de uma das partes, devido à ineficácia do processo que não consegue efetivar seu direito, são encontrados em diversos momentos, justamente pela inércia do Judiciário em não praticar atos à sua disposição com o intuito de evitar a demora injustificada do tempo processual.

Por isso da decisão estatal em elevar ao patamar judicial o princípio à razoável duração do processo: é possibilidade ou, em outras palavras, é dever do Estado tutelar tal direito, o qual se personificará na agilidade da prestação jurisdicional junto ao cidadão que anseia por respostas mais rápidas.

Diante dessa consagração, torna-se visível a importância desse princípio para a efetividade da tutela jurisdicional, como também para a efetividade dos Direitos

Fundamentais. Será através da aplicação de mecanismos constitucionais e infraconstitucionais, pelo Poder Judiciário, que serão viabilizados, no âmbito social, processos tempestivos, ou seja, que se desenvolvam sem dilações desnecessárias.

Nesse sentido, a apreensão da origem histórica dos Direitos Fundamentais demonstra a necessidade de se manter o Estado como tutor dessas garantias que foram, ao longo dos tempos, conquistadas pelas civilizações.

Desta análise surge, involuntariamente, a compreensão do ato em elevar-se a garantia constitucional o direito à razoável duração do processo como direito fundamental de acesso à justiça.

Nesse contexto, a consecução dos Direitos Fundamentais permanece em sintonia com os novos rumos da sociedade contemporânea. Em outras palavras, quando os Direitos Fundamentais são referidos, é necessário recordar o caminho percorrido pela humanidade até a sua positivação, a qual foi iniciada nos processos de constitucionalização no final do século XVIII e, atualmente, representam o ponto norteador do ordenamento jurídico.

É bom lembrar, ainda, que essas conquistas adquiridas ao longo dos tempos estão sempre direcionadas à proteção dos direitos do ser humano e tornam tais direitos positivados, o que confere ao Estado a função de protegê-los, bem como responder pela sua eficácia constitucional.

Para tanto, o Estado deve dispor de meios e instrumentos capazes de garantir a materialização dos propósitos constitucionais que nada mais são do que os valores expressos pela comunidade, de acordo com as suas pretensões axiológicas.

Esse é um ponto fundamental para a construção de um ordenamento jurídico dinâmico, em sintonia com a sociedade e com as instituições que lhe cercam, capaz de harmonizar as interações sociais e proporcionar uma ampla e intensa adesão de toda a comunidade.

Logo, é no Estado Democrático de Direito que o processo de democratização se expande, dando ênfase aos Direitos Fundamentais como garantias a serem respeitadas pelo Estado vigente e, nesse vértice, o processo e toda a atividade jurisdicional tornam-se ferramentas essenciais para a recriação do Direito, inserindo-o no contexto da pós-modernidade.

Assim como as relações sociais, o conceito de democracia tem se alterado, sendo esculpidas novas possibilidades de visualização desse ideal, já que é um regime político que permite a formação de grupos sociais organizados. Portanto, sua compreensão deve,

necessariamente, estar vinculada às características sociais dessa determinada sociedade, em um determinado espaço de tempo.

Dia após dia, se vislumbra um enfraquecimento do Direito frente aos novos problemas originados pelo rápido avanço das relações sociais. Cada vez mais complexos, tais problemas precisam ser combatidos por novas análises interpretativas que devem, necessariamente, pressupor uma democracia construída e organizada conjuntamente com a sociedade civil, perfazendo um sistema jurídico ativo e dinâmico.

Portanto, a democracia deve ser vista além da representatividade parlamentar. Não suprimindo-a, mas superando suas propostas, de modo a constituir novos institutos, os quais irão aproximar o cidadão de seus representantes e, nesse contexto, promover o efetivo acesso à justiça.

Nessa perspectiva, a democracia participativa aliada à figura de um juiz protagonista no processo civil é uma proposta democrática coerente com os ideais constitucionais, incluindo nesse rol a realização de processos judiciais tempestivos.

Assim sendo, ao processo de democratização deve-se incluir o pressuposto da participação, sob pena de não serem alcançados os propósitos almejados pelo Estado de Direito, na modernidade. A democracia participativa promove a integração e a interação social, elevando o cidadão à peça primordial do cenário político-jurídico, o qual torna-se capacitado a reivindicar seus interesses em posição de igualdade com o Estado. Nesse sentido, a participação do povo corrobora para a construção de uma sociedade essencialmente democrática.

Destarte, o Estado Democrático de Direito deve ser realizado através da democracia participativa. E a Constituição permite essa forma de Estado Democrático ao agregar ao seu conteúdo a necessidade da participação direta do cidadão no processo político. Essa proposta democrática cria a possibilidade dos cidadãos exigirem do Estado o cumprimento daquilo que lhe foi prometido e torna o processo um importante instrumento garantidor dos Direitos Fundamentais.

Por conseguinte, a efetivação de uma real “democracia participativa” deve pressupor muito mais que as possibilidades elencadas na Constituição, relativas à participação popular nas decisões políticas. Entre outros aspectos, condiz com a possibilidade de um amplo acesso à justiça, o qual somente poderá ser realizado com a proposição de atitudes provindas do Poder Legislativo, Executivo e Judiciário, sendo este último de fundamental importância, visto que hoje é o que se encontra mais próximo da população.

Desse modo, à luta pela concretização da democracia participativa está vinculado o posicionamento do sistema judicial brasileiro, o qual, traçando diretrizes em que se vislumbre a possibilidade do cidadão em exercer sua cidadania de forma integral, promoverá grandes contribuições para a consumação das diretrizes previstas na noção de Estado Democrático de Direito.

Nessa conjuntura, o processo deve ser concebido como um instrumento jurídico, o qual preserva o princípio do contraditório, da ampla defesa, proporciona a possibilidade de acesso à justiça, impondo uma tutela à ordem jurídica justa e não somente como acesso aos tribunais.

Mas também o processo deve ter um escopo de pacificação social. Por isso a importância da audiência preliminar, seja através da sua contribuição quanto ao saneamento do processo e conseqüente valorização do direito à razoável duração do processo, seja através da possibilidade de conciliação que, notoriamente, diminui o tempo de desenvolvimento dos processos, mas também permite concretizar a função judicial de pacificação social, já que ambas as partes alcançam o fim do litígio, sem formar uma concepção de “perder a ação”, como se bem diz na forma popular.

Nessa seara, o processo deve ser concebido como instrumento político de participação na formulação do direito posto à sua análise. E essa participação também deve ser exercitada pelos magistrados, por cuja satisfação de tais direitos foram considerados competentes.

Desse modo, só cabe conceber uma sociedade onde seus componentes exercitam uma participação na política, na vida social e também uma participação jurídica de forma ativa e dinâmica. Esta última, por sua vez, através da interação entre os agentes processuais, o que irá permitir o aprimoramento dos instrumentos disponibilizados pelo ordenamento jurídico para a consecução das promessas constitucionais, as quais ainda não foram concebidas.

Apesar de não ser objeto da presente pesquisa, é importante lembrar que a preocupação quanto à duração dos processos não é exclusividade do ordenamento pátrio. Como já afirmado, tal previsão encontra-se na Convenção Americana de Direitos Humanos e na Convenção Européia de Direitos do Homem, demonstrando a preocupação mundial quanto ao problema da demora na prestação jurisdicional.

Portanto, a razoável duração do processo passa a assumir um papel de destaque tanto para a doutrina jurídica, a qual tenta desvendar o significado dessa expressão, quanto pelos Tribunais, pois entendem ser essa garantia constitucional o fim principal da reforma processual.

Por sua vez, a análise da razoável duração do processo como Direito Fundamental, através da sua recepção constitucional pela Emenda Constitucional 45/2004, coloca em evidência o Artigo 331 do Código de Processo Civil, relativo à designação pelo juiz da audiência preliminar. É ela um instrumento infraconstitucional que oportuniza e efetiva a tutela jurisdicional, já que, para a noção de processo efetivo, entre outras características, averigua-se o melhor aproveitamento possível do tempo de duração para a tramitação dos litígios.

Nessa conjuntura, o fator tempo é relevante à prática processual e a busca por sua celeridade não deve sobrepor-se à qualidade da prestação jurisdicional.

Para tanto, é necessário que o processo assegure um equilíbrio entre o tempo de desenvolvimento dos litígios e as garantias individuais das partes que lhe compõe.

Conseqüentemente, é preciso ter certa cautela quando são utilizadas expressões relativas à rapidez processual. Para a efetividade do direito pleiteado, necessário se faz que cada procedimento jurisdicional seja desenvolvido dentro de um espaço mínimo de tempo, mas proporcional e necessário para seu efetivo desencadeamento.

O tempo processual deve ser vislumbrado como uma medida de oportunidades razoáveis e coerentemente distribuídas no decorrer dos processos judiciais e, neste propósito, o direito processual deve oferecer instrumentos e mecanismos capazes de cumprir esse desiderato, o que pressupõe a realização da tutela jurisdicional efetiva.

Mas instrumentos e práticas processuais voltados à simples aceleração dos processos sem qualquer análise de suas conseqüências quanto à efetividade dos direitos é, contudo, retroceder ao nível de racionalidade conquistado, até então, pelas sociedades pós-modernas. Tornar um processo efetivo não é, necessariamente, torná-lo rápido. A busca da efetividade pressupõe que o litígio se desenvolva sem desperdício de tempo, percorrendo seu caminho natural, porém dinâmico, conciliando agilidade e segurança.

Dessa forma, o que não se pode coadunar é com a demora processual em decorrência da inércia do Poder Judiciário, principalmente quando esse deixa de utilizar instrumentos processuais que estão à sua disposição, os quais poderiam contribuir para a sintetização dos litígios e, ao mesmo tempo, em consonância com os objetivos do devido processo legal.

Tudo se resume, portanto, em tornar o processo efetivo. O tempo deve caracterizar-se como um elemento neutro de acesso à justiça: de um lado, permitir o trâmite necessário no desenrolar dos processos; por outro, seu excessivo prolongamento deve ser evitado para garantir a máxima efetividade da prestação jurisdicional.

De tais considerações é possível averiguar que há a necessidade de alcançar um ponto de equilíbrio entre a efetividade dos Direitos Fundamentais (incluído nesse rol, certamente, a razoável duração do processo) e a adequada e tempestiva prestação jurisdicional que se dará através da prática processual desenvolvida pelos agentes processuais.

Nesse ponto, é fundamental a importância da figura do magistrado, pois é ele o responsável pela organização do processo e detentor dos instrumentos normativos capazes de garantir sua tutela. Ocorrendo sua inércia quando da aplicação de práticas que possibilitariam a redução do tempo processual, ocasiona, por consequência, dilações indevidas dos tempos processuais, ferindo o direito à razoável duração do processo, que tem como escopo maior a garantia do trâmite processual dentro do estrito tempo necessário para a consecução de cada um dos seus atos.

A audiência preliminar, portanto, é um dispositivo infraconstitucional que permite ao juiz contribuir para a efetividade do direito à razoável duração do processo. Permite a celeridade dos atos processuais, seja pela possibilidade da conciliação, vislumbrando uma distribuição da justiça e pondo fim ao processo ou, pelo saneamento do mesmo, impulsionando-o com maior agilidade, rumo ao seu fim.

Assim, a audiência preliminar é um instrumento do ordenamento jurídico devidamente normatizado e posto à disposição dos magistrados. Mais que isso: não é mera faculdade, mas um dever a ser designado pelo juiz. Esse ponto coloca em ênfase seu papel para a formação de um processo verdadeiramente democrático, já que a designação da audiência preliminar possibilita a materialização do direito de acesso à justiça de forma ampla, contribuindo com a tutela jurisdicional.

Para tanto, a funcional participação do juiz na audiência preliminar irá aclarar as questões controvertidas, facilitando um possível consenso, evitando a oitiva de testemunhas desnecessárias, adiantando possíveis perícias, as quais auxiliarão seu convencimento final, como também diminuindo o número de agravos interpostos no decorrer do litígio, pois deve se pressupor que o ato representa um diálogo entre as partes, momento este em que as mesmas e seus procuradores poderão expressar seus descontentamentos e suas dúvidas, como também requerer aquilo que entendem necessário à comprovação do seu pedido ou de sua defesa.

Assim, advém a oralidade como instrumento processual, a qual tem papel de destaque no mundo e confere ao ser humano status de racionalidade, diferenciando-o dos demais animais. Seu uso no processo civil tem reflexos que vão muito além do simples fato de possibilitar a manifestação dos agentes processuais durante o processo e sua consequente

escuta. É um procedimento em destaque na grande maioria dos ordenamentos jurídicos, inclusive com relevante formação histórica desde os primórdios do direito greco-romano.

Por isso reforça-se o ponto sobre a relevância do papel desempenhado pelo juiz como condutor do processo, o qual, ao designar a audiência preliminar, permite o uso da oralidade, possibilitando um contato direto com as partes e conferindo, ao mesmo tempo, uma proximidade com o cidadão, influenciando os contornos da demanda e permitindo que o magistrado construa decisões mais próximas à realidade social.

Para tanto, é necessária a formação de uma cultura jurídica que incentive a presença da audiência preliminar no decorrer dos processos judiciais. Essa prática deve estar voltada, principalmente, aos juízes, operadores imediatos do Direito, os quais, na prática cotidiana processual, não utilizam, de forma veemente, esse dispositivo, o que parece pertinente na consecução de um processo praticado sem dilações indevidas.

Certamente, o magistrado deverá estar preparado racional e psicologicamente para efetuar esse exercício de cognição. Deixará de exercer um processo composto por regras pré-constituídas e se vinculará a um procedimento dinâmico e aberto a novas possibilidades e em concordância com os preceitos da democracia participativa.

São os procedimentos orais que desvendam as reais intenções das partes, já que o juiz da causa recebe os fatos diretamente delas, sem interferências de outros meios interlocutórios. Contudo, o processo civil necessita, também, dos procedimentos escritos, não obstante essa dependência seja fundamental para o desenvolvimento dos procedimentos judiciais de todos os gêneros.

Em razão disso, o papel interpretativo dos juízes ganha espaço no cenário jurídico. Se a Constituição traz seu texto com base em dispositivos principiológicos, conferindo certo grau axiológico à postulação dos Direitos Fundamentais, certamente as decisões judiciais deverão ser extraídas através de um trabalho interpretativo, em consonância com os objetivos constitucionais.

Há que se falar que os fatores externos ao processo influenciarão de forma direta a efetividade da tutela jurisdicional. Para a sociedade atual não é possível mais conceber um processo sem influência da cultura de seu povo, da política, de seus costumes e dos interesses sociais. O processo não pode mais ser visto como um método de resolução de litígios fechado em si mesmo. O juiz não pode mais representar a figura onipotente, que se encontra em um nível acima das outras partes e tem por função subsumir os fatos do litígio às normas pré-estabelecidas no ordenamento jurídico vigente, demonstrando uma passividade frente às expectativas da sociedade.



A nova concepção de processo a ser utilizada exige um desempenho comprometido do magistrado naquilo que se refere à aplicação das normas processuais, evitando a padronização de decisões e os julgamentos em massa, possibilitando o acesso à justiça dos cidadãos que buscam seu auxílio.

A proposta do formalismo valorativo também contribui para a efetividade do direito à razoável duração do processo. Nesse sentido, se houve violação à forma, o ato não precisa necessariamente ser anulado. Poderá ser aproveitado, desde que esteja de acordo com as concepções éticas e ideológicas da sociedade.

Desse modo, o processo deve garantir ao cidadão o proferimento de decisões coerentes, ou seja, construídas através da prática realizada por juízes que componham um debate sobre os fatos que contribuíram para a construção da sua decisão.

É mais que uma faculdade: como já dito, é um dever judicial que garante a realização do contraditório, da ampla defesa e, conseqüentemente, da razoável duração do processo, necessitando, para tanto, que aos juízes seja disponibilizada uma margem maior de atuação e, conseqüentemente, maior comprometimento com a atividade por eles desempenhada.

Esse é um pressuposto fundamental para a caracterização de democrático que se almeja ao Estado de Direito. No Estado democrático, o magistrado passa da simples função de solucionador de conflitos para julgar em conformidade com os critérios expressos na Constituição. A ela está vinculado, mas isso não sobrepuja sua característica de independência e autonomia. E, ao se afirmar que aos juízes é dada a tarefa de tutelar sobre os direitos dos indivíduos, mas vinculados aos ditames constitucionais (diga-se, à realização dos Direitos Fundamentais), essa atividade somente poderá se desenrolar mediante a atividade interpretativa dos textos constitucionais.

Dessa forma, os conflitos judiciais ficam submetidos às soluções construídas através de decisões fundamentadas em consonância com o ordenamento constitucional, destacando-se o papel interpretativo dos juízes, necessário para esse fim.

Modernamente, é impossível conceber decisões judiciais socialmente coerentes sem que o magistrado exercite a interpretação dos textos legais, assimilando-os aos princípios constitucionais que regem todo o ordenamento jurídico.

Por isso que o acesso à justiça é uma garantia de acesso ao próprio Poder Judiciário. Vai muito além da estrita noção de “possibilidade de pedir”.

Portanto, é inegável que com o advento do constitucionalismo e a busca pela efetividade dos Direitos Fundamentais o papel desempenhado pelos juízes seja de extrema



importância, pois serão eles os norteadores dos caminhos a serem traçados para a consecução de tais objetivos.

Essa função de valoração, através de uma apreciação razoável do conflito, inserindo-o na ótica das expectativas sociais e analisando os fins desejados, não é um trabalho estático. Pode alterar-se conforme as expectativas éticas e morais dessa comunidade.

Assim, cabe aos magistrados a possibilidade de escolher, dentro de um conflito judicial, qual o valor social protegido pelo ordenamento que deverá se sobrepor aos demais em um caso concreto, mas sempre fundamentando suas decisões na matéria probatória trazida pelas partes ao processo.

Portanto, a interpretação de um texto relativamente aquele caso não poderá servir como resposta a casos futuros, já que o sentido do texto contido em uma norma não será o mesmo quando interpretado em outro conflito social, o qual terá características e especificações próprias.

O papel do judiciário é de extrema relevância no âmbito das expectativas da sociedade, pois, ao interagir com o objetivo constitucional na busca pela efetividade dos Direitos Fundamentais, garante a cidadania e promove a pacificação social.

Como já dito, essa postura do Poder Judiciário deve ser vislumbrada como um dever e não mera faculdade de vincular a prestação jurisdicional aos anseios sociais. Dessa forma, a designação da audiência preliminar é ato obrigatório a ser praticado pelo juiz, coadunando com a realização do direito à razoável duração do processo.

Assim, a função do Estado de tutelar os interesses da sociedade faz surgir a possibilidade de lhe imputar responsabilidade por eventuais descumprimentos legais, inclusive quando da inércia dos magistrados nos casos em que não utilizam os instrumentos processuais disponíveis no ordenamento, mas que seriam capazes de contribuir à garantia dos interesses das partes.

A responsabilidade do Estado perante os atos praticados por seus agentes é fenômeno que já não se discute no âmbito doutrinal e jurisprudencial. Deve, portanto, o Estado reparar o dano quando esse violar direito de algum cidadão.

A responsabilidade deve ser vista como uma virtude do Estado, influenciando não somente o sistema jurídico, mas equiparada à “responsabilidade moral”, servindo de exemplo a ser seguido pela própria comunidade que espera e almeja tal atitude do mesmo.

A responsabilidade fortalece a segurança do ordenamento jurídico, pois pressupõe que o Estado zelará pelo bom andamento das atividades judiciárias e irá se comprometer a restituir o lesado, conferindo-lhe a indenização como tentativa de reparar o abalo sofrido.

Nesse sentido, é primordial que a confiança seja um fator essencial para a realização plena dos direitos dos cidadãos, os quais devem sentir-se satisfeitos com a atividade estatal, seja ela realizada pelo Poder Judiciário ou pelos demais Poderes e órgãos da administração pública.

A segurança jurídica está fundamentada em diversas decisões jurisprudenciais dos tribunais superiores, envolvendo vários institutos do ordenamento jurídico. Exemplificativamente, podemos encontrá-la no instituto da coisa julgada, do ato jurídico perfeito, da prescrição, da decadência, na edição, aplicação, modificação, execução e irretroatividade das leis, como também em atos unilaterais da administração pública que prevêm situações jurídicas de caráter subjetivo.

O cidadão deposita confiança na atividade Estatal e, para tanto, deve possuir garantias nos variados mecanismos de realização dos Direitos Fundamentais. Ao Estado cabe a função de manter essa confiança e evitar que a sociedade seja surpreendida com um direito processual caracterizado pela frustração das expectativas devido a um desenvolvimento temporal incerto e duvidoso.

Por decorrência da aplicação da responsabilidade do Estado não se afigura por correto que os processos fiquem vagando entre tempos imprecisos, quando o ordenamento coloca à disposição dos magistrados instrumentos que reduziriam essa temporalidade, respeitando a razoável duração do processo. A apatia judicial frente a essas questões não pode desmerecer a confiança que o cidadão deposita nas normas jurídicas e sua efetiva aplicação.

Corretamente, a legislação brasileira coaduna com a teoria da responsabilidade civil objetiva, configurando-a tanto para a administração pública direta, indireta, como para qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, conforme preceito elevado à norma constitucional.

Ocorrendo evento danoso pelo mau funcionamento da atividade jurisdicional, ou sua inércia, é desnecessário que se prove ter havido ou não culpa do agente, necessitando apenas do nexo de causalidade entre o fato e a conduta do agente que lhe deu causa.

Em outras palavras, quando o magistrado é negligente em sua função e deixa de designar a audiência preliminar, sucumbe, em diversos casos práticos, um instrumento processual que possibilitaria a redução do tempo de desenvolvimento do litígio e, por consequência, a efetivação do direito à razoável duração do processo.

Esse é o objetivo central da reforma processual, tendo a seu favor a Emenda Constitucional 45/2004 que vai traçar vários dispositivos auxiliares na tramitação processual em tempo razoável.

Desse modo, fica evidenciado que o direito de indenização pela intempestividade processual decorre dos atos de todas as pessoas que prestam o serviço público, incluindo nessa seara, os magistrados.

Dessas afirmações, se pode concluir que a oralidade exercitada através da audiência preliminar contribui de forma eficaz com a celeridade dos processos e afirma a democracia participativa como modelo de Estado para a pós-modernidade. Além disso, respeita as diretrizes traçadas pela Constituição Federal, entre elas o direito à razoável duração dos processos.

Este, certamente, não é o caminho mais fácil para agilizar o judiciário, tão assoberbado de processos e com tão poucos recursos, sejam pessoais ou materiais, desnecessários de, nesse momento, serem citados. Mas, certamente, é o caminho mais próximo para efetivar a cidadania e promover a pacificação social.

## REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. *Teoría de la argumentación jurídica*. La teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica. Trad. Manuel Atienza e Isabel Espejo. Madrid: Centro de estudios constitucionales, 1989.

\_\_\_\_\_. *Teoría de los derechos fundamentales*. Trad. Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de estudios constitucionales, 2002.

ARISTÓTELES. *Constituição dos atenienses*. Trad. Delfim Ferreira Leão. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1986.

\_\_\_\_\_. *Política*. Trad. Pedro Constantin Tolens. São Paulo: Martin Claret, 2006.

ARNAUD, André-Jean. *O direito entre modernidade e globalização: lições de filosofia do direito e do estado*. Trad. Patrice Charles Guillaume. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

ATIENZA, Manuel. *As razões do Direito: teorias da argumentação jurídica*. Trad. Maria Cristina Guimarães Cupertino. 2.ed. São Paulo: Landy, 2002.

BARRETO, Vicente de Paulo. Responsabilidade e teoria da justiça contemporânea. In: SANTOS, André Leonardo Copetti; STRECK, Lênio Luiz; ROCHA, Leonel Severo (Org.). *Constituição, sistemas sociais e hermenêutica*. Anuário do programa de pós-graduação em Direito da Unisinos 2006. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2007.

BARZOTTO, Luis Fernando. *A democracia na constituição*. São Leopoldo: Editora Unisinos, 2003.

BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de direito administrativo*. 6.ed. Rio de Janeiro: Saraiva, 1999.

BATALHA, Wilson de Souza Campos. *Tratado de direito judiciário do trabalho*. Vol I. 3.ed. São Paulo: LTr, 1995.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. In: MARCATO, Antonio Carlos (Org.). *Código de processo civil interpretado*. São Paulo: Atlas, 2004.

\_\_\_\_\_. *Efetividade do processo e técnica processual*. São Paulo: Malheiros, 2006.

BERIZONCE, Roberto. Controlador de la labor jurisdiccional y estado de derecho. In: *Participação e processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988.

BERNAL, Francisco Chamorro. *La tutela judicial efectiva. Derechos y garantías procesales derivados del artículo 24.1 de la Constitución*. Barcelona: Bosch, SD.

BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

\_\_\_\_\_. *Teoria do ordenamento jurídico*. Trad. Maria Celeste C. J. Santos. 9.ed. Brasília: Universidade de Brasília, 1997.

BONAVIDES, Paulo. *Teoria constitucional da democracia participativa: por um direito constitucional de luta e resistência. Por uma nova hermenêutica. Por uma repolitização da legitimidade*. São Paulo: Malheiros, 2001.

\_\_\_\_\_. Paulo. *Ciência Política*. 13.ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

BRANDÃO, Paulo de Tarso. Falta de recursos do estado, direitos fundamentais e escolhas democráticas. In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; MORAIS, José Luiz Bolzan de; STRECK, Lênio Luiz (Orgs.). *Estudos constitucionais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

BRASIL. Congresso Nacional. Senado Federal. Comissão de juristas responsáveis pela elaboração do anteprojeto do código de processo civil. Brasília: Senado Federal, Presidência, 2010. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/senado/novocpc/pdf/Anteprojeto.pdf>>. Acesso em: 23 jul. 2010.

CAHALI, Yussef Said. *Responsabilidade civil do Estado*. 3.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

CALAMANDREI, Piero. *Eles, os juízes, vistos por um advogado*. Trad. Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 1995.

CANOTILHO, J.J.Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 4.ed. Coimbra: Almedina, 2000.

CAPPELLETTI, Mauro. *Problemas de reforma do processo nas sociedades contemporâneas*. Revista Forense. Trad. J. C. Barbosa Moreira. Rio de Janeiro: Forense. N.318, abr.-jun. 1992.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à Justiça*. Trad. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1988.

CARNEIRO, Athos Gusmão. *Audiência de instrução e julgamento: aspectos teóricos e práticos*. Rio de Janeiro: Forense, 1979.

CARVALHO, Amilton Bueno de. Papel dos juízes na democracia. In: *Revista da AJURIS*. Ano 23, n.68, nov-1996, p.350.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 17.ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2007.

CASTANHEIRA NEVES, Antônio. *Questão-de-fato - Questão-de-direito ou o problema metodológico da juridicidade* (Ensaio de uma reposição crítica). Coimbra: Coimbra Editora, 1967.

CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de responsabilidade civil*. 7.ed. São Paulo: Atlas, 2007.

CHEVALLIER, Jacques. *O estado pós-moderno*. Trad. Marçal Justen Filho. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

CHIOVENDA, Giuseppe. A idéia romana no processo civil moderno. In: *Processo oral*. Coletânea de estudos de juristas nacionais e estrangeiros. Rio de Janeiro: Forense, 1940.

\_\_\_\_\_. Dell'azione nascente dal contratto preliminare (1911). In: *Saggi de diritto processuale civile*, vol I, Milano, Giuffré, 1993.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 18.ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

CITTADINO, Gisele. *Pluralismo, direito e justiça distributiva*. Elementos da filosofia constitucional contemporânea. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumes Juris, 2000.

COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. São Paulo: Saraiva, 1999.

COUTURE, Eduardo J. Oralidade e regra moral no processo civil. In: *Processo oral*. Coletânea de estudos de juristas nacionais e estrangeiros. Rio de Janeiro: Forense, 1940.

CRETELLA JR, José. *Manual de direito administrativo*. 6.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1992.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 12.ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

\_\_\_\_\_. *Instituições de direito processual civil*. Vol I. 2.ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

DWORKIN, Ronald M. *Los derechos en serio*. Trad. Marta Guastavino. 4.ed. Barcelona: Ariel, 1999.

ENGISCH, Karl. *Introdução ao pensamento jurídico*. Trad. J.Baptista Machado. 3.ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1964.

FERRAJOLI, Luigi. *Derechos y garantías*. La ley del más débil. 2.ed. Madrid: Trotta, 2001.

FRAGALE FILHO, Roberto. Poder judiciário: os riscos de uma agenda quantitativa. In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; MORAIS, José Luiz Bolzan de; STRECK, Lênio Luiz (Orgs.). *Estudos Constitucionais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

FREITAS, Juarez. *O controle dos atos administrativos: princípios fundamentais do direito administrativo*. 3.ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e Método I: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica*. Trad. Flávio Paulo Meurer. 4.ed. Petrópolis: Vozes, 2002.

GAJARDONI, Fernando. *Técnicas de aceleração do processo*. Franca: Lemos e Cruz, 2003.

GARAPON, Antoine. *Bem julgar: ensaio sobre o ritual judiciário*. Lisboa: Instituto Piaget, 1997.

GOMES, Conceição. *O tempo dos tribunais: um estudo sobre a morosidade da justiça*. Coimbra: Coimbra Editora, 2003.

HEIDEGGER, Martin. *Ser e tempo*. Trad. Márcia C. de Sá Cavalcante. 2.ed. Petrópolis: Vozes, 1988.

HELLMANN, Siegmund. A oralidade no processo civil austríaco. In: *Processo oral*. Coletânea de estudos de juristas nacionais e estrangeiros. Rio de Janeiro: Forense, 1940.

HOFFMAN, Paulo. O direito à razoável duração do processo e a experiência italiana. In: WAMBIER, Teresa Arruda (Coord.). *Reforma do Judiciário: primeiros ensaios críticos sobre a EC n. 45/2004*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

\_\_\_\_\_. *Razoável duração do processo*. São Paulo: Quartier latin, 2006.

JAEGER, Werner. *Paidéia*. A formação do homem grego. Trad. Artur M. Parreira. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

JUNOY, Joan Pico I. *Las garantías constitucionales del proceso*. Barcelona: Bosch Editor, 1997.

KELSEN, Hans, *Teoria pura do direito*. Trad. João Baptista Machado. 6.ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

LACERDA, Galeano. *Despacho Saneador*. 3.ed. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1995.

LASSALLE, Ferdinand. *A essência da Constituição*. Trad. Walter Stönnner. 6ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2001.

LA ROCCA, Manlio. *Profili di un sistema di responsabilità processuale*. Napoli: Morano, 1963.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Novas linhas do processo civil*. 2.ed. São Paulo: Malheiros, 1996.

\_\_\_\_\_. *Tutela antecipatória, julgamento antecipado e execução imediata da sentença*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Processo de conhecimento*. 8.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

MITIDIERO, Daniel Francisco. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Tomo I. São Paulo: Memória Jurídica, 2004.

\_\_\_\_\_. *Colaboração no processo civil*. Pressupostos sociais, lógicos e éticos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

MONTEIRO FILHO, Carlos Edison do Rego. Problemas de responsabilidade civil do Estado. In: FREITAS, Juarez (Org.). *Responsabilidade civil do Estado*. São Paulo: Malheiros, 2006, p.37-69.

MORAIS, José Luiz Bolzan de. *As crises do estado e da constituição e a transformação espacial dos direitos humanos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. Notas sobre o problema da 'efetividade' do processo. In: *Temas de direito processual*. Terceira série. São Paulo: Saraiva, 1984.

\_\_\_\_\_. Saneamento do Processo e audiência preliminar. In: *Temas do direito processual*. Quarta série. São Paulo: Saraiva, 1989.



MOREIRA, Nelson Camatta. Dignidade humana na constituição dirigente de 1988, *Revista eletrônica sobre a Reforma do Estado (RERE)*, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n° 12, dezembro/janeiro/fevereiro, 2008. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/redae.asp>>. Acesso em: 25 nov. 2009.

MUHLEN, Eduardo Von; MASINA, Gustavo. O princípio da duração razoável do processo. In: MACHADO, Fábio Cardoso; MACHADO, Rafael Bicca. *A reforma do poder judiciário*. São Paulo: Quartier Latin, 2006.

MÜLLER, Friedrich. *Quem é o povo ? A questão fundamental da democracia*. Trad. Peter Naumann. 3ª ed. São Paulo: Max Limonad, 2003.

NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios do processo civil na Constituição Federal*. 8.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

NETO, Eugênio Facchini. Da responsabilidade civil no novo código. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *O novo código civil e a constituição*. 2.ed. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2006.

NICOLITT, André Luiz. *A duração razoável do processo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *Do formalismo no processo civil*. São Paulo: Saraiva, 1997.

\_\_\_\_\_. O formalismo-valorativo no confronto com o formalismo excessivo. In: *Revista de Processo*. n° 137, jul. 2006, p.7-31. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

OLIVEIRA NETO, Francisco José Rodrigues de. A atuação do juiz no estado democrático de direito: em busca do ponto de equilíbrio. In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; MORAIS, José Luiz Bolzan de; STRECK, Lênio Luiz (Orgs.). *Estudos Constitucionais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

OLMEDA, Araceli Manjón-Cabeza. *La atenuante analógica de dilaciones indebidas: analogia e interpretación El derecho a un proceso sin dilaciones indebidas*. Madrid: Difusión, 2007.

OST, François. *O tempo do direito*, Trad. Maria Fernanda Oliveira. Lisboa: Piaget, 1999.

\_\_\_\_\_. *Contar a Lei: as fontes do imaginário jurídico*. Trad. Paulo Neves. São Leopoldo: Unisinos, 2005.

PACHECO, José da Silva. *Evolução do processo civil brasileiro: desde as origens até o advento do novo milênio*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

PASSOS, José Joaquim Calmon de. Democracia, participação e processo. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel; WATANABE, Kazuo (Orgs.). *Participação e processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988.

\_\_\_\_\_. *Direito, poder, justiça e processo: julgando os que nos julgam*. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

PATTO, Belmiro Jorge. Aspectos da dimensão temporal do processo civil nas alterações advindas da EC n. 45, de 8 de dezembro de 2004. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). *Reforma do Judiciário: primeiros ensaios críticos sobre a EC n.45/2004*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

PEREIRA, Caio Mario da Silva. *Responsabilidade Civil*. 9.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

PLÁCIDO E SILVA, Oscar Joseph de. *Vocabulário Jurídico*. 15.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Vol. IV. Rio de Janeiro: Forense, 1982.

RAMOS, Carlos Henrique. *Processo civil e o princípio da razoável duração do processo*. Curitiba: Juruá, 2008.

RAMOS JÚNIOR, Galdino Luiz. *Princípios constitucionais do processo: visão crítica*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2000.

REALE, Miguel. *O Estado democrático de direito e o conflito das ideologias*. Saraiva: São Paulo, 1998.

RIBEIRO, Darci Guimarães. *Provas atípicas*. Porto Alegre: Livraria do advogado, 1998.

\_\_\_\_\_. *La pretensión procesal y la tutela judicial efectiva*. Hacia una teoría procesal del derecho. Barcelona: Bosch Editor, 2004.

\_\_\_\_\_. A concretização da tutela específica no direito comparado. In: SANTOS, André Leonardo Copetti; STRECK, Lênio Luiz; ROCHA, Leonel Severo (Org.). *Constituição, sistemas sociais e hermenêutica*. Anuário do programa de pós-graduação em Direito da Unisinos 2006. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2007.

\_\_\_\_\_. *Da tutela jurisdicional às formas de tutela*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

ROCHA, Álvaro Filipe Oxley da. Judiciário: cidadania e reforma. In: SANTOS, André Leonardo Copetti; STRECK, Lênio Luiz; ROCHA, Leonel Severo (Org.). *Constituição, sistemas sociais e hermenêutica*. Programa de pós-graduação em direito da Unisinos 2006. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2007.

ROCHA, Leonel Severo. Tempo e constituição. In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; MORAIS, José Luiz Bolzan de; STRECK, Lênio Luiz (Orgs.). *Estudos Constitucionais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

RUARO, Regina Linden. Responsabilidade civil do Estado por dano moral em caso de má utilização de dados pessoais. In: *Direitos fundamentais & justiça*. Revista do programa de pós-graduação Mestrado e Doutorado da PUCRS. Ano I, nº 1, out-dez. 2007.

SANTOS, Boaventura de Sousa. Introdução à sociologia da administração da justiça. In: FARIA, Jose Eduardo (Org.). *Direito e justiça: a função social do judiciário*. São Paulo: Ática, 1989.

\_\_\_\_\_. (org.). *A globalização e as ciências sociais*. São Paulo: Cortez, 2002.

\_\_\_\_\_. *Para uma revolução democrática da justiça*. 2.ed. São Paulo: Cortez, 2008.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 4.ed. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2004.

SARTORI, Giovanni. *A teoria da democracia revisitada*. Vol.I. São Paulo: Ática, 1994.

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 (Coord.). *Reforma do judiciário: primeiros ensaios críticos sobre a EC n. 45/2004*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

SILVA, Américo Luiz Martins da. *O dano moral e sua reparação civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

SILVA, Flávio Pancaro da. O saneamento do processo. In: OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de (Org.). *Saneamento do Processo*. Estudos em homenagem ao Prof. Galeano Lacerda, Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1989.

SILVA, José Afonso da. *Comentário Contextual à Constituição*. 3.ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

SILVA, Ovídio A. Baptista da. Democracia moderna e processo civil. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel; WATANABE, Kazuo (Orgs.). *Participação e processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988.

\_\_\_\_\_. *Curso de Processo Civil*. Vol I., 5.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

\_\_\_\_\_. Verdade e significado. In: *Constituição, sistemas sociais e hermenêutica*. Anuário do programa de pós-graduação em direito da Unisinos 2004. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

\_\_\_\_\_. Execução obrigacional e mandamentalidade. In: STRECK, Lênio Luiz; MORAIS, José Luiz Bolzan de (Org.). *Constituição, sistemas sociais e hermenêutica*. Anuário do programa de pós-graduação da Unisinos 2007, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

\_\_\_\_\_. Da função à estrutura. In: STRECK, Lênio Luiz; MORAIS, José Luiz Bolzan de (Org.). *Constituição, sistemas sociais e hermenêutica*. Anuário do programa de pós graduação em direito da Unisinos 2008. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

SILVEIRA, Fabiana Rodrigues. *A morosidade no poder judiciário e seus reflexos econômicos*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 2007.

SOARES, Esther Bueno. Democracia. Da Grécia à unidade europeia. In: GARCIA, Maria (Org.). *Democracia, hoje*. Um modelo político para o Brasil. São Paulo: Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, 1997.

STRECK, Lênio Luiz. *Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2006.

\_\_\_\_\_. A Constituição (ainda) dirigente e o direito fundamental à obtenção de respostas corretas. In: *20 anos de constitucionalismo democrático – e agora?* Revista do Instituto de hermenêutica jurídica, Vol I, n.06. Porto Alegre: Instituto de hermenêutica jurídica, 2008. p.273-311.

STRECK, Lênio Luiz; MORAIS, José Luis Bolzan. *Ciência política e teoria do estado*. 5.ed. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2006.

TAVARES, André Ramos. *Reforma do judiciário no Brasil pós-88: (des)estruturando a justiça: comentários completos à EC n° 45/04*. São Paulo: Saraiva, 2005.

TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. *Código de Processo Civil anotado*. 7.ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

TRINDADE, Washington Luiz da. Oralidade. In: *Processo do trabalho*. Estudos em homenagem a Coqueijo Costa. São Paulo: LTr, 1989.

TROCKER, Nicolò. *Processo civile e Costituizione*. problemi di diritto tedesco e italiano. Milão: Giuffrè, 1974.

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

VERDÚ, Pablo Lucas. *El sentimiento constitucional*. Aproximación al estudio del sentir constitucional como modo de integración política. Madrid: REUS, 1985.

\_\_\_\_\_. *La lucha por el estado de derecho*. Bolonia: Publicações del Real Colégio de Espana, 1975.

WATANABE, Kazuo. *Assistência judiciária e juizado especial de pequenas causas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1985.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Súmula vinculante: desastre ou solução?* Revista do Processo, n.98. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.