

UMA CRÍTICA ÀS INTERMINÁVEIS REFORMAS PROCESSUAIS: POR UMA COMPREENSÃO CONSTITUCIONALMENTE ADEQUADA DA RAZOÁVEL DURAÇÃO DO PROCEDIMENTO E DA EFETIVIDADE DO PROCESSO¹

*Guilherme César Pinheiro**

Sumário: Introdução; 1. O Devido Processo Legal: uma abordagem à luz do Estado Democrático de Direito; 1.1 Da Interpretação Democrática da Principiologia do Devido Processo Legal; 2. Fator “Tempo” e Efetividade Processual na Principiologia do Processo; 3. A Produção de Prova com Variante-Determinante da Duração do Procedimento: uma contradição à dicção tradicional; 4. A Razoável Duração do “Processo” e os Meios que Garantam sua Tramitação: implicações; Considerações Finais; Referências.

- **Resumo:** Esta pesquisa visa estudar a efetividade processual e as implicações trazidas pela garantia da razoável duração do processo, porque tais institutos têm sido compreendidos de forma equivocada, servindo de subterfúgio para o Estado, visto que, sob o argumento de fazer com que o processo tenha duração razoável e, por conseguinte, a efetividade processual seja alcançada, tem-se alterado a legislação processual, com o objetivo de suprimir garantias processuais, ao invés de estruturar o Poder Judiciário. Para tanto, é preciso conceituar o instituto do Devido Processo Legal, a fim de compreendê-lo adequadamente no Estado Democrático. Em seguida, trabalhar-se-á o fator “Tempo” e a teoria da efetividade processual na principiologia do processo. De resto, será apresentada uma contradição à tradicional compreensão dos fatores que determinam a razoável duração do processo, demonstrando qual a variável-determinante para o Tempo do procedimento.
- **Palavras-chaves:** Devido processo legal. Razoável duração do processo. Efetividade processual. Princípios constitucionais do processo. Direitos e garantias fundamentais.
- **Abstract:** This research aims to study an effectiveness procedural and the implications brought by guaranty of reasonable length of process, because this institutes has been understood wrongly, serving of subterfuge to the State, because, under the argument of to do with which process has reasonable length and, consequently, an effectiveness procedural is reach, it has altered the procedural legislation, with an aim of suppress procedural guaranties, instead of to structure The Judiciary. For that, is needed conceptualize the institute of Due Process of Law, to understand it accordingly in Democratic State. Then, will be work the factor “Time” and the theory of effectiveness procedural on the principology of process. Lastly, will be present an contradict the traditional understanding of which factors that determines the reasonable length of process, showing which the variable-determiner for the Time of procedure
- **Keys-Words:** Due process of law. Reasonable length of process. Effectiveness procedural. Constitutionals principles of process. Rights and guaranties fundamentals.

¹ Dedico este artigo aos amigos Gabriel Alves Augusto e Lucas Viana de Carvalho.

* É graduando em Direito (10º período) pela Faculdade Mineira de Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Geras. É também estagiário do Ministério Público de Minas Gerais. Foi monitor da disciplina Direito Processual Civil II no ano de 2009. E-mail: guilhermecesar19@yahoo.com.br / guilherme.cesar@sga.pucminas.br

INTRODUÇÃO

Atualmente, alastra-se pelo Estado brasileiro uma verdadeira onda de alterações das leis processuais. O código de Processo Civil vigente já sofreu cerca de 460 alterações legislativas, por meio de 46 leis (BRÊTAS C. DIAS, 2009, p.460). Não é diferente com o Código de Processo Penal, vez que se pretende alterá-lo, parcial ou totalmente, desde 1963, quando Hélio Tornaghi elaborou um anteprojeto que nem chegou a ser encaminhado ao Congresso Nacional. Mas, já se encontram em vigência, desde agosto de 2008, as leis de números 11.689, que alterou a sistemática do procedimento de competência do Tribunal do Júri; 11.690, que diz respeito à gestão de provas no processo penal; e 11.719, que alterou dispositivos referentes à suspensão do processo, procedimento, *emendatio libeli e mutatio libeli* (BARROS, 2008, p.1-3). Não bastasse isso, encontram em tramite no congresso nacional projetos de leis de alteração total do CPC e do CPP, respectivamente, o Projeto de Lei do Senado 166/2010 e o Projeto de Lei do Senado 156/09.

Nessa linha de pensamento legislante, foi inserido pela Emenda à Constituição nº. 45 de 2004 o princípio da razoável duração do processo e os meios que garantam sua célere tramitação (art. 5º, LVIII). Segundo o Título II da nossa Constituição este princípio é direito fundamental² dos cidadãos, porém parece que o legislador ordinário não compreendeu bem isso, porque, paradoxalmente, alegando que busca garantir a razoável duração do processo e, conseqüentemente, atingir a efetividade do processo, tem alterado as leis procedimentais, suprimindo outras garantias processuais das partes, ou seja, o que deveria ser uma garantia dos cidadãos (qualquer do povo) contra o Estado, vem sendo um subterfúgio deste para com aqueles.

Diante dessas razões, este trabalho tem o escopo de analisar, à luz do devido processo legal, o princípio da razoável duração do processo e os meios que garantam sua célere tramitação, e a efetividade processual - que muito se associa ao princípio em questão, segundo doutrina tradicional.

Para tanto, o presente inicia-se com uma reconstrução do instituto do devido processo legal a partir do Estado Democrático de Direito, a fim de compreendê-lo adequadamente com o nosso paradigma jurídico-constitucional.

Em seguida, analisar-se-ão, em linhas breves³, algumas teorias da efetividade

² Adota-se neste trabalho a diferença entre Direitos Fundamentais e Garantias Fundamentais apresentada por BRÊTAS C. DIAS (2009, p. 466-467), qual seja: entende-se que, Fundamentais são os direitos humanos expressos e arrolados no artigo 5º da CR/88, enquanto garantias fundamentais são aquelas de índole processuais compreendidas também na Constituição que formam um sistema de proteção àqueles direitos fundamentais, com vistas a garantir sua efetividade. Exemplificando: a propriedade é direito fundamental (inciso XXII do art. 5º), já o devido processo legal é a garantia fundamental (inciso LVI do art. 5º) que permite a proteção daquele; a presunção de inocência é direito fundamental (inciso LVII do art. 5º), enquanto o *Habeas Corpus* (inciso LXVIII do art. 5º) é uma das garantias apita a lhe proteger Daí, explica o autor, a Constituição referiu-se em Direitos e Garantias Fundamentais.

³ Estudo aprofundado foi feito por Joaquim Adelson Cabral de Souza em sua dissertação de mestrado: O discurso da efetividade processual na contemporaneidade brasileira. 2009 162f. Dissertação (Mestrado) - Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Programa de Pós-Graduação em Direito.

processual e fator “Tempo” na principiologia constitucional do processo, perquirindo se tais teorias preocupam-se com a efetividade processual e da prestação jurisdicional ou com os resultados (eficiência) desta.

Nessa perspectiva de esclarecimento dos problemas postos, apresentar-se-á uma contradição à tradicional compreensão de quais fatores determinam a razoável duração do processo, esclarecendo qual a determinante-variável para o “tempo do processo” (procedimento).

Enfim, abordar-se-ão as implicações trazidas às diferentes esferas estatais pelo princípio ora estudado.

1 O DEVIDO PROCESSO LEGAL: uma reconstrução à luz do Estado Democrático de Direito.

“Ninguém será privado da liberdade nem de seus bens sem o devido processo legal”: é o que dispõe o artigo 5º inciso LIV da Constituição da República de 1988. Todavia, a nossa Carta Política não define o que é o Devido Processo Legal. Cabe, portanto, a doutrina conceituar a mencionada garantia constitucional.

Com efeito, entende-se que o instituto do Devido Processo Legal possui um conceito aberto, sendo que sua definição é variável de acordo com o paradigma jurídico e, por conseguinte, com o conceito de processo, adotados.

Nessa perspectiva, no paradigma do Estado Liberal (Estado de Direito), no qual, o processo era compreendido como mero meio de resolução de conflito, por influência dos princípios dispositivo e da igualdade formal. O primeiro, referia-se ao poder exclusivo das partes de requerer e delimitar o objeto da tutela jurisdicional, o que vinculava o juiz às iniciativas das partes. O segundo, consistente na pressuposição de inexistência de desigualdades entre as partes. Havia, então, no contexto liberal, um protagonismo das partes, vez que o magistrado figurava como um espectador imparcial, sem qualquer interferência, incumbindo-lhe tão somente o respeito às normas processuais, consideradas, à época, formalidades. Daí falou-se em “*Sache der Parteien*”, jogos entre as partes ou jogos entre senhores (DIERLE, 2008, p. 55-77). Assim, o conceito de devido processo legal atrelava-se e era delimitado pela iniciativa dos envolvidos, não se permitia qualquer interferência de terceiros (juiz ou tribunal), a ponto de as próprias partes controlarem os prazos processuais e a lei fixar os métodos de apreciação das provas. Logo, o devido processo legal era confundido com devido procedimento legal (serie de atos processuais conexos entre si e estabelecidos por lei), determinando apenas o estrito respeito a esta estrutura técnico-normativa.

Lado outro, em virtude do fracasso do liberalismo processual, pois este sistema privilegiava a parte mais hábil e esperta, causando, assim, dano à outra parte, buscou-se uma nova perspectiva teórica, a partir da crítica aos problemas degeneratórios do sistema processual liberal. Surgiu, então, no contexto do paradigma social do direito, o socialismo processual (DIERLE, 2008, p.77), quando no Brasil, a partir dos enunciados da teoria do processo como relação jurídica de Oscar Von

Bülow, desenvolveram-se estudos acerca desta teoria, inclusive, a sofisticando, com destaque para DINAMARCO (1996). Para este autor, o processo teria escopos jurídicos, políticos, sociais e éticos a serem alcançados casuisticamente pelo juiz, o que exige grande interferência deste, considerando-o como uma “*super-parte*”, (BARROS, 2008, p. 10-16) a qual, autor e réu estariam subordinadas. Desta forma, verifica-se, no eixo do socialismo do processo, o devido processo legal não exige só o estrito cumprimento do procedimento, visto que a ele é acrescido o atributo dos escopos metajurídicos do processo. Para tanto, adota-se a prática de se conferir poderes aos magistrados, em preterição das garantias processuais dos litigantes, com vistas a alcançar tais objetivos, suprimindo, então, os pontos falhos do ordenamento jurídicos, o que resultaria na pacificação social (DINAMARCO, 1996).

Pois bem. Considerando que a Constituição de 1988 institui o Estado Democrático de Direito, elevando o processo à categoria de direito fundamental, qual seria o conceito de Devido Processo Legal nesta perspectiva constitucional-democrática?

Para responder essa pergunta é essencial compreender o processo enquanto garantia constitucional constitutiva de direitos fundamentais, numa relação de codependência (Barros, 2008). Esses direitos fundamentais fazem parte um arcabouço principiologicamente uníssono (modelo constitucional do processo), esculpidos nos conteúdos normativos do artigo 5º *caput* e incisos II, XXXIV, XXXV, XXXVII, LIII, LIV, LV e LXXVII, do artigo 93, incisos IX e X, e dos artigos 133 e 134, todos da Constituição Federal.

Destarte, devido processo legal é garantia que se caracteriza pelos princípios da isonomia processual (abrangendo a imparcialidade do Juízo), do contraditório; da ampla defesa (que inclui o direito ao duplo grau de jurisdição e a indispensabilidade da presença do advogado ou defensor público); da inafastabilidade da prestação jurisdicional (acesso à justiça); juízo natural; direito-de-ação; imposição de fundamentação das decisões; e da razoável duração do processo e os meios para sua célere tramitação. Esta garantia presta-se a possibilitar a participação do envolvidos (partes, isto é, aqueles que sofrerão os efeitos do provimento estatal) na construção dialética das decisões (sentença, interlocutórias e acórdão) e fiscalização incessantes – (re)construção – do ordenamento jurídico vigente (LEAL, 2002).

Sendo assim, nesse contexto processual-democrático, não mais faz sentido o tradicional desdobramento do instituto do devido processo legal em sentido substancial – compreendido como instrumento para defender, satisfazer e pleitear direitos (*substantive due process*) - e em sentido processual (*procedural due process*), que seriam todas as garantias “*formais*” (leia: direitos fundamentais) que compõem o princípio em questão (NERY JUNIOR, 2004, p. 60-70), porque são exatamente estas que permitem aos cidadãos a “Defesa de Direitos” (em sentido amplo jurídico, enquanto pretensão e resistência) e satisfação dos seus direitos de forma eficiente e democrática. Não há que se falar em devido processo legal substancial sem pensar nos direitos fundamentais que o compõem, pois estes são pressupostos lógico-

jurídicos daquele.

Sublinhe-se que essa ideia de devido processo legal em perspectiva democrática, de modo a possibilitar a participação dos envolvidos na construção dos atos decisórios que incidirão sobre a esfera jurídica daqueles, assim como a ideia de devido processo como instrumento de fiscalização – (re)construção – permanente do ordenamento jurídico, reclama uma interpretação (aplicação) em consonância com o Estado Democrático de Direito, com vistas a estruturar uma procedimentalidade participativa, policêntrica, de aplicação, criação, revisão e desconstituição das leis, isto é, repita-se, reconstrução do ordenamento.

1.1 DA INTERPRETAÇÃO DEMOCRÁTICA DA PRINCIPALIDADE DO DEVIDO PROCESSO LEGAL

Isso se dá em razão da existência de inúmeras Leis anteriores ao constitucionalismo democrático instituído pelo texto de 1988, assim como pela insistência de um grande número de reconhecidos autores em escrever obras defendendo que a aplicação das leis se dê pela clarividência, pelo saber solitário e magnânimo dos magistrados, ou seja, pelo solipsismo.

Em razão disso, é interessante que se façam alguns apontamentos, em linhas breves, acerca de alguns desses princípios, a saber: contraditório, ampla defesa, fundamentação das decisões, isonomia processual, além da razoável duração do processo e os meios que garantem sua célere tramitação, a fim de conceituar melhor o instituto do devido processo legal; teorizando-o ao máximo; e destacando para a necessidade de compreendê-lo adequadamente no marco Constitucional-Democrático.

A começar pelo contraditório, que na perspectiva ora estudada, não mais pode ser compreendido apenas como bilateralidade de audiência, assentado no binômio ciência e participação, cuja origem é a expressão latina “*audita altera pars*”, nem como o dizer e o contradizer acerca dos pontos controvertidos da demanda, o que pode ser melhor denominado de “*pseudo-contraditório*”; mas, sim, enquanto garantia de influenciar ativamente e de forma efetiva na construção das decisões (sentença, acórdão ou interlocutórias). Assim são as lições de Aroldo Plínio Gonçalves:

O contraditório não é o “dizer” e o “contradizer” sobre matéria controvertida, não é a discussão que se trava no processo sobre a relação de direito material, não é a polêmica que desenvolve em torno dos interesses divergentes sobre o conteúdo do ato final. Essa é a sua matéria, o seu conteúdo possível (GONÇALVES, 1992, p.127).

Nesse norte, evitar-se-ão as chamadas decisões surpresas, visto que, considerando a correlação do contraditório com a fundamentação das decisões, é defeso ao juiz motivar suas decisões com argumentos não suscitados pela partes, o que impõe ao magistrado o dever de provocar o debate acerca de todas as questões

relevantes para a solução do caso, inclusive, as matérias de conhecimento oficioso, conforme preceitos da legislação estrangeira - art. 16 do Novo Código de Processo Civil da França; § 139 da ZPO alemã; art. 3, item 3, do Código de Processo Civil de Portugal. Em razão disto, o contraditório vem sendo concebido como garantia de influência e não surpresa (NUNES, 2008, p. 224-239).

A ampla defesa é co-relata ao contraditório, porque pressupõe possibilidade ampla de deduzir alegações, mas assegura, também, a participação nos atos de produção de provas. Com isso, garanti-se a participação em todos os atos referentes à construção dos elementos probatórios. A defesa, em direito, pressupõe oportunidade de ampla argumentação e produção de provas. É insustentável, portanto, a ideia de ampla defesa como paralelo do direito de ação. Dito de forma simples, ampla defesa é o direito, tanto do autor quanto do réu, de alegar e provar o que foi alegado. A propósito merece transcrição o seguinte magistério:

Assim, tomando estes dois conceitos como base – direito de ação e contraditório –, a ampla defesa será compreendida como garantia das partes de amplamente argumentarem, ou seja, as partes além de participarem da construção da decisão (contraditório), têm direito de formularem todos os argumentos possíveis para a formação da decisão, sejam estes de qualquer matiz. Isto, pois a recorrente afirmação da distinção entre argumentos de fato e de direito, aqui estão compreendidos como indissociáveis. Assim, a ampla argumentação garante como consequência lógica a possibilidade de ampla produção de prova para a reconstrução do fato e circunstâncias relevantes para o processo (BARROS; et al. , 2005, p.10).

A fundamentação das decisões judiciais, na perspectiva do processo democrático, há de ser egressa de um espaço procedimental de problematização de todas as alegações e argumentos jurídicos relevantes para a dedução de qual a norma, entre as *prima facie* aplicáveis, é a adequada ao caso (GÜNTHER, 1993; 1995), de modo a possibilitar à construção dialética do ato decisório. Isto requer a compreensão do contraditório como influência e não surpresa (NUNES, 2008, p. 224-239), e da ampla defesa como ampla argumentação (BARROS *et al*, 2005), haja vista que os fundamentos das decisões judiciais decorrem do contraditório e da ampla defesa, porquanto será construída pelas alegações das partes – “conteúdo do contraditório”⁴ - respaldadas no ordenamento jurídico vigente (regras e princípios), apresentados e demonstrados (afirmados) pelos elementos probatórios constantes nos autos, o que se faz em atenção à ampla defesa.

⁴Na perspectiva aqui estudada, o contraditório é garantia, daqueles que sofrerão os efeitos do provimento, de influenciar de forma efetiva e ativa o magistrado na construção do ato decisório (provimento). A partir disto, conteúdo do contraditório são as alegações e argumentos aduzidos no espaço-tempo procedimental atinentes às questões discutidas no *iter* procedimental. (GONÇALVES, 1992, p.127).

Quanto à isonomia processual, destacam-se os ensinamentos da teoria neo-institucionalista do processo que preconiza que esta é formada não só pela igualdade perante a lei (isotopia), pois é composta, ainda, pelos aspectos isomênicos (igualdade para interpretar a lei) e isocríticos (igualdade para destruir ou recriar leis) (LEAL, 2002, p. 109), o que muito contribui para a estruturação de uma procedimentalidade de compaticipação e problematização, com vistas à fiscalização das decisões e a (re)construção do ordenamento jurídico pelos legitimados ao processo.

Percebe-se, portanto, que o princípio da imparcialidade do Juízo é decorrente da isonomia processual, eis que aquele não mais se refere ao afastamento do total das pré-compreensões do magistrado, ante a sua impossibilidade⁵; mas diz respeito a garantir às partes tratamento processual igualitário, ou seja: a imparcialidade pressupõe assegurar aos litigantes todos demais direitos fundamentais caracterizadores do Processo (contraditório, ampla defesa, e fundamentação das decisões), nas mesmas condições - espaço-tempo.

A inafastabilidade da prestação jurisdicional (acesso à justiça) é, sem sombra de dúvida, direito fundamental (BRÊTAS C. DIAS, 2009, p. 416-420) de apreciação do mérito da causa - lide camelutiana - levada a juízo (*res in iudicium deducta*), porque o nosso texto constitucional afirma que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito” (art. 5º, inciso, xxxv). É isto que Vicente de Maciel de Paula Junior destaca, propondo uma revisitação às condições da ação:

A não apreciação do mérito por imposição de condicionantes da ação gera um obstáculo de acesso à Justiça que não está previsto em nosso texto constitucional. O cidadão brasileiro tem direito a uma resposta de mérito da questão posta em juízo. Se há um vício ou defeito processual, ele deve ser sanado, conduzindo-se sempre o processo para o julgamento do mérito. (MACIEL JUNIOR, 2008, p.308).

Explicando melhor o ponto concernente à revisitação às condições da ação: defende o processualista mineiro, que quanto a estas, que são a legitimidade de agir, a possibilidade jurídica do pedido e a o interesse processual de agir, não poderiam impedir a apreciação do mérito do caso levado a juízo, seja porque a condição da ação refira-se, em verdade, ao mérito (legitimidade e possibilidade jurídica do pedido), seja porque há que se superar a retrógrada compressão (interesse processual de agir). Especificamente, defende que a legitimidade de agir diz respeito ao mérito, já que envolve produção de provas e, já advertia Fazzalari (2006, p.383), que a legitimidade de agir será aferida na sentença, uma vez que a parte é aquela pessoa (física ou jurídica) que sofrerá os efeitos do provimento final; é quem atuou no procedimento em contraditório em simétrica paridade.

⁵ Segundo os ensinamentos de Gadamer toda compreensão pressupõe pré-compreensões, preconceitos: “não existe compreensão que seja livre de todo preconceito, por mais que a vontade do nosso conhecimento tenha de estar sempre dirigida, no sentido de escapar ao conjunto de nossos preconceitos” (GADAMER, 1997, p. 709 in RIBEIRO; BRAGA; 2008, p.130).

Quanto à possibilidade jurídica, esta jamais poderia ser considerada com condição da ação, porquanto, com muito ressaltado por Alexandre Fretas Câmara, o pedido encontra-se atrelado à sua causa de pedir. O pedido é decorrente lógico-jurídico da sua causa de pedir próxima, razão pela qual não se deve falar em possibilidade jurídica do pedido, pois, o pedido não é impossível, mas, sim, a sua causa de pedir. Exemplificando: A propõe ação em desfavor de R pleiteando o pagamento de uma dívida decorrente de jogo de aposta. Neste caso, o pedido será a condenação de R ao pagamento de uma dívida sob a importância de XX, isto não é impossível; todavia, o código civil (artigo 814) veda a cobrança de dívida oriunda de jogo de aposta. Veja-se, então, que há impossibilidade da causa de pedir (CÂMARA, 2010, p.128-130).

A terceira e última das condições da ação, o interesse processual é dividido em interesse-necessidade e interesse-adequabilidade: quanto ao interesse-necessidade, que se refere à inexistência de forma diversa da jurisdicional para a solução do litígio, realmente se encontra em desuso; o interesse-adequabilidade, por sua vez, diz respeito à adoção do procedimento ou mecanismo processual tecnicamente adequado (CÂMARA, 2010 p, 127-128). Este sim há que ser observado, uma vez que técnica não é formalismo; é a utilização dos melhores meios para se alcançar um fim; além do que, não só a ciência processual, mas qualquer ramo do saber depende da melhor técnica para sua evolução. No entanto, a lei processual, em respeito ao princípio da fungibilidade, é condescendente com a inobservância da melhor técnica.

Maciel Junior (2009, nota de roda-pé, p. 301-302) comenta, ainda, acerca dos pressupostos processuais, quando ausentes um ou mais geram um vício processual convalidáveis, razão pela qual há que se dar à oportunidade da parte (ou melhor, seu procurador) de sanarem o vício, porém, caso este não seja sanado no prazo determinando, outra solução não há, senão extinguir o processo sem resolução do mérito por desinteresse.

Sobre a Ação, ou melhor, o Direito-de-Ação, cabe destacar que já foram superadas as diversas teorias que tentaram definir este importantíssimo elemento do Direito Processual, tais como: a teoria imanentista (1840), que preconizava ser o direito material imanente à ação, ou seja, haveria para cada direito material uma ação correspondente (BARROS *et al*, 2005, p, 3)⁶; a teoria da ação como direito autônomo e concreto de WACH (1860-1870), autônomo, uma vez que o direito material não seria pressuposto da ação, mas esta só existiria nos casos em que houvesse sentença favorável autor, daí falou-se em direito concreto (LEAL, 2009, p. 130-131); tangente à esta se encontra a teoria de Chiovenda, que concebia a ação como um direito potestativo, isto é, seria a ação um direito autônomo, ou melhor, neste caso, um poder pelo qual se pretenderia fazer valer em juízo um direito material contra

⁶Em estudo sobre o ciclo histórico da Ação, Rosemiro Pereira Leal conclui: "Assim, para essa escola, o direito material (bem da vida jurídica) era imanente à ação para exercê-lo, o que queria dizer que ação e direito material surgiam de modo geminado, não sendo possível separá-los" (LEAL, 2009, p. 130).

outrem que nada poderia fazer (CINTRA *et al* 2008, p. 269); para desde Degenkolb e Plosz (1877) a ação ser entendida como direito público, autônomo e abstrato, o que pode ser entendido, segundo Rosemiro Pereira Leal (2009, p.131-132), como direito incondicionado de movimentar à jurisdição. Modernamente, é certo que a ação (direito-de-ação) é direito fundamental de movimentar à jurisdição (diferente da judicatura dos instrumentalista – aqui entendida como a atividade discricionária do juiz com vistas a atingir os escopos metajurídicos do processo, a fim de suprir as falhas do ordenamento jurídico) regida, por sua vez, pelo devido processo legal (modelo constitucional do processo). Assim são as lições de Ronaldo Brêtas:

Inspirando-nos na doutrina de Couture e levando em conta o princípio da supremacia da Constituição, entendemos que, em sentido jurídico amplo, *ação, espécie do gênero direito de petição, é direito constitucionalmente assegurado a qualquer pessoa (natural ou jurídica, de direito público ou de direito privado), exercido contra o Estado, consistindo em lhe exigir seja prestada a função jurisdicional, tendo por base a instauração de um processo legal e previamente organizado, segundo o modelo constitucional, no qual se postulará decisão sobre uma pretensão de direito material* (Constituição Federal, art. 5º inciso XXXIV, alínea a, e incisos XXXV, LIV e LV) (BRÊTAS C. DIAS, 2009, p. 246) (grifos do original)

A razoável duração processo e os meios que garantem a sua célere tramitação, repita-se, serão trabalhadas em um tópico próprio por fazerem parte do objeto deste estudo. Antes, porém, é preciso trabalhar temas conexos a este direito fundamental. Dentre os quais, o tempo, a efetividade do processo e os procedimentos de produção de provas.

2 TEMPO E EFETIVIDADE PROCESSUAL NA PRINCIPIOLOGIA DO PROCESSO.

Muito se tem escrito acerca da efetividade processual, ligando-a ao fator “Tempo”, isto é: o “Tempo” é considerado como o grande causador da inefetividade do processo; entretanto, se o tempo é um fator natural que simplesmente flui sem força e de forma uniforme, independentemente dos atos (ações e omissões) humanos, pode-o ser considerado “fator de corrosão” de direitos e, portanto, causador da inefetividade processual?

Fernando Horta Tavares, em estudo acerca do princípio da razoável duração do processo, apresenta a seguinte resposta para o questionamento acima exposto:

[...] não é o tempo que corrói, por que o “tempo apenas passa”; em si, o tempo nada pode corroer; já que flui em marcha: não tem força ou ação para corroer. O Tempo, por si, “não causa malefício algum”: alguém é quem pode causar danos a outrem, isto é, um sujeito prejudicar a outro, propositadamente ou não. Logo, “o tempo não pode ser inimigo, por que só passa, é um acontecimento natural”. (TAVARES, 2006, p.217)

Em seguida, conclui:

Responsabilizar o tempo por danos soa como uma evasiva mítica, sendo inevitável questionar-se sobre o quê ou quem se esconde, ou o quê se quer proteger ou poupar para justificar a inaplicabilidade do denominado “direito à tempestividade da resposta jurisdicional” [...] (TAVARES, 2006, p.217).

Destarte, o tempo não é mesmo inimigo dos homens nem dos direitos, por ser igual para todos, além de ser um acontecimento natural e inevitável. O homem é quem não conseguiu, por diversos motivos, realizar seus objetivos ou suas obrigações (deveres legais) no tempo almejado ou prescrito em lei.

Superada a problemática da questão “Tempo”, há que se revisitar, a partir da principiologia do processo, a efetividade processual que, por sua vez, encontra-se, segundo magistério de inúmeros processualistas de renome, arraigada ao fator “Tempo” e a teorias do processo que vão de encontro aos ditames do Estado Democrático de Direito.

Uma das principais lições é a de Marinoni. Este propõe o que ele próprio denomina de “*distribuição do ônus do tempo do processo*” como forma de se alcançar à efetividade do processo, haja vista que com a concessão de tutelas antecipadas - por meio de cognição sumária horizontal⁷ - o réu é quem sofreria os males do “*tempo do processo*”, pois, o autor ficaria com a posse do bem da vida pleiteado em juízo até o desfecho final da lide (artigos 273, 461 e 461-A do CPC), o que rompe com a ordem tradicional do sistema. Por essas razões, destaca para a necessidade de se pesquisar com vistas a enunciar procedimentos que permitam a realização do direito material por meio de uma cognição sumária, para que a prestação jurisdicional possa satisfazer exatamente o crédito (bem da vida pretendido) reconhecido em juízo:

A questão da efetividade do processo, pois, obrigou o processualista a pensar sobre tutelas jurisdicionais diferenciadas (tutelas antecipadas, por exemplo), isto é, tutelas adequadas às particularidades das situações de direito substancial. Nessa linha, de grande importância é a pesquisa de procedimentos que permitam a realização do direito material mediante cognição sumária, pois não é mais possível a confusão entre justiça e certeza. (MARINON, 1994, p. 37-38) (parêntese nosso).

Doutrina tangente a de Marinoni é de Ovídio Baptista da Silva, que aponta o procedimento ordinário, especialmente, sua sistemática recursal com um

⁷Ovídio Araújo Baptista da Silva diferencia a cognição sumária vertical da sumária horizontal: nesta, o juiz aprecia todas as provas e questões suscitadas, porém de forma superficial, por exemplo, nos casos de decisões liminares: naquela, a apreciação do juiz se limitaria a determinadas questões (matérias) e provas, como, por exemplo, nos casos de mandado de segurança que só é admissível produção de provas por meio documental. (SILVA, 2001, p. 6-7).

dos grandes fatores causadores da inefetividade processual, propondo como solução para resolver este problema, o que ele próprio chama de “*regaste das ações sumárias*” (SILVA, 2001, p. 26).

Acerca dessas proposições, importa mencionar que no marco teórico aqui estudado, jamais poderia cogitar a sumarização da cognição, por imposição do devido processo legal, especificamente, em respeito à ampla defesa que garanti amplitude de alegação e de provar o que foi alegado, com todos os seus recursos (direito ao advogado e utilização do sistema recursal estabelecido em lei). Pode-se falar, sim, em “sumarização da técnica procedimental”, prática que já adotada pelo legislador brasileiro, pois, com as intermináveis reformas processuais introduzidas no Código de Processo Civil de 1973, criou-se o sincretismo processual (lei 11.232/05) e o instituto da Tutela Antecipada - Lei 8.952/94 - (TAVARES, 2006, p.222), só para citar algumas das novidades introduzidas após 1973. Mas a inefetividade, tanto processual quanto da função jurisdicional, continua, segundo as aludidas correntes doutrinárias. Vê-se, portanto, que o problema não é o procedimento ordinário e seu sistema recursal.

Pensamento que também merece ser citado é o de Cândido Rangel Dinamarco, pois se alinha à ideia de socialização do processo. Segundo este autor, para se chegar à efetividade do processo é preciso permitir uma maior interferência do juiz, admitindo-se, inclusive, que se afaste (desrespeite, suprima) a Legalidade, com vistas a alcançar os escopos metajurídicos do processo como meio de pacificação social:

Processo efetivo não é apenas o que rigorosamente atue a vontade concreta do direito, mas o que seja capaz de cumprir os escopos do sistema [...] O processo que chegue ao ideal de segurança jurídica com razoável celeridade, eliminando o conflito, é eficaz e legitimado pela utilidade social, ainda que falho do ponto-de-vista jurídico. (DINAMARCO, 1996, p. 325)

Paradoxalmente, os adeptos da teoria do processo como relação jurídica, preconizam ser necessário conferir “*poderes*” aos magistrados, para que os mesmos possam suprir as lacunas do ordenamento jurídico e realizar os escopos metajurídicos do processo; negando a todo custo, a fiscalização - (re)construção - incessante das leis por qualquer do povo (soberania popular), que são destinatários e co-autores do ordenamento jurídico (HABERMAS, 1997) . Ora, o processo não se presta apenas para a “*Defesa de Direitos*”, mas também para a fiscalização do ordenamento jurídico e das decisões judiciais (LEAL, 2002).

O que se vê é que essas teorias – que defendem que a efetividade do processo consiste em satisfazer o crédito (bem da vida jurídico) pretendido e reconhecido em juízo - não se preocupam com a efetividade (capacidade de fazer a coisa certa) do processo nem da jurisdição, visto que esta atua e se legitima por aquele (processo). Ou seja, a efetividade, tanto do processo quanto da jurisdição, reclama à observância aos direitos fundamentais que constituem a garantia do devido processo legal. A

grande preocupação das citadas teorias é com os resultados (eficiência) da jurisdição. Contudo, não atacam o problema causador desta ineficiência jurisdicional, embora o reconheçam, a saber: a falta de estrutura organizacional e tecnicamente qualificada.

Além do mais, não é possível falar em efetividade, seja do processo, seja da jurisdição, sem a observância do ordenamento jurídico vigente, sobretudo, do texto Constitucional, pois é este que disciplina a atuação da jurisdição que é regida, por sua vez, pelo processo, que é efetivo, em bases democráticas, quando se assegura aos cidadãos os direitos fundamentais formadores do arcabouço principiológico discursivos do devido processo legal, notadamente, contraditório, ampla defesa, fundamentação das decisões e isonomia processual, neste já incluído a imparcialidade do juízo, o que implicará ganho de legitimidade da decisão jurídica, conforme muito bem explicitado por Souza (2009), com base em Rosemiro Leal (2002; 2009).

Nesta perspectiva de esclarecimento e de demonstração de oporias teóricas relativas à razoável duração do processo, mister esclarecer qual ou quais os fator(es) determinam, ou deveriam determinar a “*duração do processo*”, tendo em vista que mais uma vez a teoria informadora desta (duração do processo) mostra-se inconsistente em face da ideia de devido processo legal no marco do Estado Democrático de Direito.

3 A PRODUÇÃO DE PROVA COMO VARIÁVEL-DETERMINANTE DA DURAÇÃO DO PROCEDIMENTO: uma contradita à dicção tradicional.

Doutrina tradicional aponta como sendo três os fatores determinantes do “*tempo do processo*”, quais sejam: a atuação dos procuradores das partes; a atuação do Poder Judiciário; e a complexidade da causa (MELO, 2005, p. 90-91) e (TUCCI, 1997). Contudo, à luz da principiologia constitucional do processo (devido processo legal), conclui-se não serem esses os fatores determinantes da duração do processo.

Quem afirma que a atuação das partes e dos seus procuradores é determinante para a “*duração do processo*” esquece dos institutos da decadência, da prescrição e, principalmente, da preclusão que são infalíveis para as partes e seus procuradores; apesar de inexistirem para os magistrados, o Ministério Público e os serventuários do judiciário. O primeiro, é “*a perda do prazo para estar em juízo a pleitear direitos*”; o segundo, é “*a perda do prazo de obter ato ou sentença reconhecedora de direitos em procedimento instaurado*”. (LEAL, 2009, p. 184); o terceiro e último, é a perda da faculdade de praticar ato processual. Com efeito, percebe-se que há uma ligação entre o tempo e o exercício de direitos, sendo que a inércia do interessado lhe traz consequências jurídicas. Quase sempre, especialmente, depois de instaurado o procedimento, a inobservância dos prazos pelas partes implicar prejuízos a estas.

Dessa forma, não se pode afirmar que há abusos de direito de defesa quando as partes utilizam os mecanismos processuais – recursos; contestação; exceções; reconvenção e etc. -, postos à sua disposição dentro do espaço-tempo procedimental. Só haverá abusos se praticado fora do prazo determinado pela lei, o que, reitera-se,

para as partes é praticamente impossível, vez que a preclusão é infalível. Ou seja, não se protela o que está dentro do tempo e o que estiver fora é atingido pela prescrição, preclusão e decadência. (LEAL, 2009, p.166-171).

Além do mais, embora grande parte da doutrina e dos operadores do direito culpem o sistema recursal brasileiro pela demora da prestação jurisdicional, inexistente estudo empírico-científico ou analítico-comparativo com o direito comparado comprovando esta afirmação. Trata-se, na verdade, de mais um subterfúgio para não se implementar um sistema judiciário que atenda aos anseios da sociedade moderna e, ao mesmo tempo, respeite à Constituição de 1988.

De resto, destaca-se que a atuação dos procuradores das partes deve-se pautar pelo princípio da lealdade processual. Princípio este desvinculado das virtudes intrínsecas das partes ou de seus procuradores, longe dos comportamentos moralmente estabelecidos pela sociedade, e próximo das condutas exigidas e disponibilizadas pela LEI - espaço-tempo discursivo de construção das decisões. (LEAL, 2009, p.113-114).

Contudo, caso haja qualquer comportamento que se coadune ao exigido por esse princípio⁸, o próprio código de processo civil brasileiro (arts. 17 e 18) estabelece meios para punir, tanto as partes quanto aos seus procuradores. E para reprimir o comportamento desvirtuantes destes últimos há, ainda, mecanismos prescritos no Código de ética da OAB.

No tocante à atuação do Poder Judiciário, ele não determina a “duração do processo”, pois o princípio da reserva legal é que impõe à atuação daquele. É, portanto, o direito fundamental da razoável duração do processo que determina a atuação do judiciário. Vivemos, ora, num Estado de Direito Democrático, que adotou o sistema da *civil law*. Este, por sua vez, é estruturado pela Lei (reserva legal). Cabe, assim, aos magistrados e serventuários à aplicação cogente desta, cumprindo-se, assim, os atos que lhes incumbe nos prazos processuais prescritos (artigo 189, I e II do CPC)⁹, eis que o princípio da legalidade é referente lógico-jurídico para qualquer atuação da esfera estatal, principalmente, quando se trata de direitos fundamentais.

Argumenta-se que nem sempre o lapso temporal prescrito pela lei para a realização de algum ato – prazo –, seja ele prescritivo; decadencial; ou preclusivo é razoável (MELO, 2005), porém não há que se discutir, no espaço-tempo procedimental-judicial, a razoabilidade ou não do prazo estabelecido pela norma, tanto às partes quanto os agentes públicos (magistrados ou serventuários) devem cumprir a lei,

⁸ Além do princípio da lealdade, Ronaldo Brêtas, em obra de destaque sobre o tema, arrola como princípios repressivos à fraude processual os princípios do dever de veracidade, dever de prontidão e probidade. O primeiro, prescrito no inciso I do artigo 14 do CPC, impõe que se exhiba os fatos conforme a verdade. O segundo, determina a não protelação do andamento processual, uma vez que exige que as partes pratiquem seus atos processuais tão logo possa fazer, não podendo, por exemplo, se esquivar do dever legal de apresentar provas que as detenha. O último, exige que o litigante observe as regras atinentes à moral, sem ardis, sem fraude e trapaça. (BRÊTAS C. DIAS, 2001, p. 86-94).

⁹ Art. 189. O juiz proferirá: I - os despachos de expediente, no prazo de 2 (dois) dias; II - as decisões, no prazo de 10 (dez) dias.

sob pena de preclusão temporal, para os primeiros, e responsabilidade civil para os últimos¹⁰.

Por fim, considera-se, também, a “complexidade da causa”, um dos fatores de aferição do “*tempo do processo*”, dividindo-a em complexidade de fato e de direito. Todavia, este ponto precisa passar por um maior esclarecimento. O correto é falar em complexidade em demonstrar (afirmar) os argumentos fático-jurídicos aduzidos pelas partes, o que se faz pela produção de provas. A prova é o elemento que apresenta e demonstra - afirma, ratifica - os argumentos fático-jurídicos aduzidos pelas partes, por meios intelectivos autorizados pela lei (LEAL, 2009, p. 196-197). Fático-jurídicos, porque a prova se presta à confirmação da situação fática reconstruída exaustivamente em contraditório pelos envolvidos, que, por conseguinte, se referem aos argumentos jurídicos (alegações de preliminares ou de mérito) articulados com o intuito de se deduzir qual a norma, entre as *prima facie* aplicáveis, é a adequada ao caso (GÜNTHER, 1993; 1995). Daí fala-se na inexistência do desdobramento de questões de direito e de fato (BARROS, et al. 2005).

Acontece que há três diferentes meios (procedimentos) intelectivos de demonstração dos fatos e argumentos deduzidos: produção de prova documental, testemunhal e pericial. Cada um com sua especificidade e grau de complexidade.

Observe o procedimento de produção de prova documental, aqui entendida como a confirmação do acontecimento ou existência de um fato, podendo ser escrita ou gravada (fotografias, filmes gravações sonoras, etc.), pública ou particular. A Lei Processual Civil (art. 396) determina que o documento deva instruir à petição inicial (art.283) ou a réplica (art. 326), pelo autor; ou instruir à resposta (art. 297), pelo réu. Todavia, permite-se às partes a juntada de documentos em momentos diferentes destes, desde que se destine a fazer prova de fatos ocorridos depois articulados, ou para contrapô-los aos que foram produzidos nos autos (art. 397). De todo modo, em respeito ao contraditório, há que se intimar a outra parte para se manifestar, em 5 dias, acerca do requerimento de juntada de documentos (art. 398). De resto, é possível que o juiz requisite às repartições públicas, em qualquer tempo ou grau de jurisdição, certidões necessárias à prova das alegações das partes e os procedimentos administrativos nas causas em que forem interessados as Pessoas Jurídicas de Direito Privado.

Por outro lado, há, também, o procedimento de produção de prova oral consistente no depoimento pessoal, no interrogatório e na oitiva de testemunha. A primeira espécie de prova, é o testemunho de uma das partes (autor ou réu) prestado em juízo em audiência de instrução e julgamento; o segundo, consiste no testemunho

¹⁰ BRÊTS C. DIAS, Ronaldo. Responsabilidade do Estado pela função jurisdicional. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 174-203. Ressalta-se que o autor defende a tese de responsabilidade do Estado não só por omissão (demora da prestação jurisdicional), mas, também, por erro do judiciário e por ato pessoal do juiz. Nesta última hipótese, o prejudicado poderia requer em juízo a responsabilização do Estado ou do juiz. Destaca-se, ainda, para o ponto em que o autor afirma ser possível pleitear indenização por atuação de juiz obtuso, conceituando este como aquele age com imperícia ou incúria.

da parte acerca dos fatos da causa, não necessariamente na audiência de instrução de julgamento, pois pode ser feito a qualquer tempo, a requerimento da parte ou *ex officio*, sem, contudo ter o condão de gerar confissão, em caso de não comparecimento da parte intimada, como ocorre no depoimento pessoal (CÂMARA, 2010, p.421-422). A última, reside no testemunho em juízo de terceiros (aqueles que não são partes). Quanto aos atos de produção (proposição, admissão e produção propriamente dita), destaca-se que a parte deve indicar o rol de testemunhas (propor a prova) no prazo que o juiz fixará ao designar a data da audiência, depositando em cartório o rol de testemunhas, precisando-lhes o nome, profissão, residência e o local de trabalho; omitindo-se o juiz, o rol deve ser apresentado até 10 (dez) dias antes da audiência, isto quanto se tratar de procedimento ordinário (art. 401), eis que em se tratando de procedimento sumário o rol de testemunha há de ser indicado junto com a petição inicial (art. 276). Na audiência, a parte não só pode como deve contraditar a testemunha em casos de incapacidade, impedimento ou suspeição da mesma, podendo, inclusive, produzir prova oral ou documental no sentido de comprovar sua alegação (art. 411 § 1º). Em caso de indeferimento da contradita apresentada, há que se interpor agravo na modalidade retida oral (art. 523 § 3º).

Por último, análise-se, o procedimento de produção de prova pericial, que consiste em avaliação, exame ou vistoria técnica acerca de algum fato ou objeto relevante para a resolução do mérito. Quanto à procedimentalidade: o juiz nomeará perito, oportunidade em que fixará prazo para a entrega do laudo (resultado da perícia). Entretanto, por um erro legislativo, inexistente um limite máximo ou mínimo para este ato. Lado outro, é certo que em cinco dias, contados da intimação do despacho de nomeação do perito, as partes hão de indicar assistente técnico e/ou apresentar quesitos (art. 421, incisos I e II). Realizada a perícia no prazo fixado pelo juiz, o *expert* apresentará o laudo em cartório, pelo menos 20 (vinte) dias antes da audiência de instrução e julgamento (art. 433). Em seguida, as partes deverão, em 10 (dez) dias, se manifestarem acerca do laudo.

Se se analisar a procedimentalidade destes três meios de provas, é fácil concluir que a produção de prova pericial é mais complexa e demanda um lapso temporal maior que as provas orais e documentais, e esta, frisa-se, a menos complexa e mais rápida das três, até porque, via de regra, sua produção ocorre simultaneamente com a fase postulatória (petição inicial; resposta e réplica). A série de atos conexos entre si de produção de prova pericial – nomeação de peritos; indicação de assistentes técnicos e/ou apresentação de quesitos; apresentação do laudo pericial em cartório; manifestação sobre o laudo; audiência para de instrução e julgamento para maiores esclarecimentos – é maior que a de produção de oral e documental. A complexidade da causa (*lide*), portanto, reside nas provas a serem produzidas, ou seja, nos meios intelectivos de demonstração, afirmação dos fatos deduzidos.

Além do que, existem, no Código de Processo Civil vigente, outros conteúdos normativos que corroboram a tese aqui defendida (que é a procedimentalidade de produção de prova que determina o “*tempo do processo*”), a saber: o esdrúxulo art. 285-A que

autoriza o juiz a indeferir totalmente o pedido do autor, caso já tenha este mesmo juiz proferido sentença em “causa idêntica”, se a demanda versar apenas sobre questões de direito *ou se não houver mais provas a ser produzida*, dispensando, inclusive, a citação do réu¹¹; o preceito do parágrafo 3º do Art. 515, pois este prescreve que nos caso de extinção sem julgamento do mérito (art. 269), tribunal pode julgar desde logo a lide (mérito – *res in iudicium deducta*), *se a causa versar questão exclusivamente de direito e estiver em condições de imediato julgado* (leia-se: não houver mais prova a ser produzida).

Destarte, infere-se que a razoável duração do processo diz respeito ao procedimento, porque este estabelece o marco inicial (*dies a quo*) e marco final (*dies ad quem*) para a prática de atos processuais, sendo que o procedimento de produção de provas é o variável-determinante do maior ou menor lapso temporal para o desfecho final da lide (sentença de mérito).

Esclarecido mais um ponto relativo à razoável duração do processo, pode-se passar a análise específica deste, a fim de se cumprir os desafios propostos por esta pesquisa.

4 A RAZOÁVEL DURAÇÃO do “PROCESSO” e os MEIOS QUE GARANTAM SUA CÉLERE TRAMITAÇÃO: implicações.

O mais recente Direito Fundamental de índole processual foi introduzido no rol dos Direitos e Garantias Fundamentais pela Emenda à Constituição nº. 45/2004, embora este já houvesse sido introduzido no ordenamento jurídico brasileiro, pelo *caput* do artigo 8º da Convenção Americana de Direitos Humanos – Pacto de São José da Costa Rica -, desde 1992.

Antes de se prosseguir à exposição acerca deste princípio, importa apontar a imprecisão técnica-científica do legislador, porque, no marco processual aqui estudado, o “Processo” é garantia que se define pelos direitos fundamentais do contraditório, ampla defesa, imposição de fundamentação das decisões e isonomia processual, por isto, é infinito, não tendo duração (lapso temporal entre dois eventos). O que possui duração é o “Procedimento”, visto que a própria lei determina o seu marco inicial (*dies a quo*) e marco final - *dies ad quem* – (TAVARES, 2006, p.219).

Já foi mencionado que a razoável duração do “procedimento” e os meios que garantam sua célere tramitação é direito fundamental dos cidadãos; no entanto, tem sido usado contra estes, uma vez que têm servido de justificativa para as intermináveis reformas processuais, que cada vez mais, suprimem direitos das partes, com base na retórica de que se imprimirá celeridade à prestação jurisdicional conferindo poderes aos juizes, em preterição do devido processo. Por essas razões, o princípio em estudo necessita ser interpretado (aplicado) em consonância com os demais direitos fundamentais de índole processual (modelo constitucional do

¹¹ Art. 285-A. Quando a matéria controvertida for unicamente de direito e no juízo já houver sido proferida sentença de total improcedência em outros casos idênticos, poderá dispensar a citação e proferir sentença, reproduzindo-se o teor da anteriormente prolatada.

processo); um não pode se sobrepor ao outro.

Nesta lógica de pensamento, considerando que desde 05 de outubro de 1988 a República Federativa do Brasil se proclamou um Estado Democrático de Direito (art. 1º da CR/88), tendo como um dos seus fundamentos a soberania popular (art. 1º, § único); considerando, também, que nesta oportunidade adotou o sistema jurídico da *civil law* (art. 5º, II); considerando, por último, que as Leis processuais estabelecem prazos para a prática dos atos processuais, a razoável duração do procedimento impõe aos magistrados e serventuários o dever de cumprimentos destes prazos. Nada mais é, portanto, que uma vertente do princípio da legalidade (reserva legal).

Ora, esse direito fundamental não foi inserido no ordenamento jurídico brasileiro por benevolência do legislador ordinário; mas é, como qualquer outro direito e garantia fundamental, uma conquista teórico-histórica da humanidade que assegura uma limitação da atuação do Estado na esfera privada, determinante, ainda, de deveres (dever-ser) aos representantes do povo e aos governantes. Logo, não pode o legislador ordinário, dizendo que objetiva concretizar um pretenso (não positivado) direito fundamental ao processo efetivo – que, na verdade, objetiva aumentar os resultados (eficiência) da jurisdição - e, por conseguinte, fazer com que o “procedimento” tenha uma razoável duração -, editar leis que acabam por negar o devido processo legal, que é a mais importante das garantias fundamentais. Se assim não for estar-se-á diante de um grande paradoxo: um direito fundamental dos cidadãos sendo usado contra os mesmos.

Mas não é só. O princípio em questão implica outros deveres ao Legislativo e ao Executivo, eis que o texto legal aduz: “a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação”. Neste sentido, órgão estatal legiferante tem a função de editar regras que determinem prazos razoáveis para a prática de atos processuais (MARINONI, 2008, p. 44)¹², respeitando o devido processo, principalmente.

¹² Além disto, o autor paranaense entende que o legislador tem a obrigação de prescrever meios judiciais para que as partes controlem as decisões judiciais que violem normas processuais destinadas a tutelar o direito fundamental da razoável duração do “processo”, sendo que tal violação ensejaria proposição de ação em desfavor do Estado, com vistas a ressarcir danos patrimoniais e não-patrimoniais causados pela não observância desse preceito; defende, ainda, que se deve conferir poderes aos juizes para que possam distribuir o ônus do tempo do processo. (MARINONI, p. 44-48). Com todo respeito e moderação, algumas ressalvas precisam ser feitas acerca do posicionamento supramencionado: primeira, não é necessária a positivação de mecanismos para o controle das decisões judiciais que violem as normas de tutela do princípio da razoável duração do procedimento, porque isto se faz pelo DEVIDO PROCESSO – Modelo Constitucional de Processo -, já esculpido na nossa Constituição, basta apenas uma melhor compreensão deste instituto; segunda, é evidente que é o estado é responsável civilmente por suas ações e omissões, além de se cogitar até a responsabilidade pessoal do juiz (Cf.obra de destaque sobre o assunto: DIAS, Ronaldo Brêtas de Carvalho. Responsabilidade do Estado pela função jurisdicional. Belo Horizonte: Del Rey, 2004); terceira, última e mais importante, nas democracias, não se pode, em hipótese alguma, falar em concessão de poderes aos magistrados ou governantes, pois a soberania popular – determinada no parágrafo único do artigo 1º da Constituição Federal vigente - é pressuposto lógico-jurídico das sociedades democráticas. Logo, só a norma, construída pelos seus destinatários, é quem tem o poder.

As obrigações atinentes à Administração Pública direta – Poder Executivo – dizem respeito à dotação do judiciário, ou seja, a administração pública há que disponibilizar parte de sua receita que seja suficiente para uma boa estruturação do sistema judiciário, o que inclui serventuários qualificados e material tecnológico suficiente (MARINONI, 2008, p.50), a fim de lhe dar condições para prestar a tutela jurisdicional no lapso temporal prescrito na lei (razoável duração do procedimento como imposição aos magistrados e aos serventuários à observância dos prazos para realização dos atos processuais que lhes incumbem).

Postas essas considerações, conclui-se, em resumo, que a eficácia do dispositivo em questão pressupõe atuação conjunta das esferas estatais (Judiciário, Legislativo e Executivo), sendo que ao primeiro cabe a aplicação cogente da lei processual, respeitando, assim, os prazos processuais para a realização de atos processuais que lhe incumbem; ao Legislador ordinário compete respeitar os Direitos e Garantias Fundamentais dos cidadãos, editando, por conseguinte, leis que os observem e estabeleçam prazo razoável, tanto para as partes quanto para os juizes e seus auxiliares, para a prática de atos processuais; ao Executivo incumbe à dotação de pessoal e de material tecnológico do primeiro.

É essa a compreensão constitucionalmente adequada da razoável duração do procedimento, tendo em vista que, conforme já mencionado, um direito fundamental, pelo seu caráter de conquista histórico-teórico da humanidade garantidor de uma limitação do Estado na esfera privada e determinante de deveres a este (Estado). Se assim não for, a tão aclamada celeridade da prestação jurisdicional nunca será alcançada, sendo que as alterações das leis processuais em nada adiantarão, visto que por si só não têm o condão de alterar coisa alguma.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Em face de todas essas considerações, uma coisa é certa, essas inúmeras alterações no Código de Processo Civil não resolveram nem resolverão o problema da morosidade da atividade jurisdicional. A solução deste problema diz respeito à Administração Pública, não ao Legislador. O cerne da questão é muito mais estrutural e administrativo do que legislativo.

Nesta linha de pensamento, é preciso esclarecer o que se pretende: se é alcançar a efetividade do processo ou a eficiência da prestação jurisdicional. Se o desiderato for atingir a efetividade processual, basta aplicar a Constituição, no que se refere aos direitos fundamentais caracterizadores do processo. Mas se o objetivo for fazer com que a prestação jurisdicional seja eficiente (leia: produza os resultados esperados), impõe-se uma atuação conjunta do Judiciário, Legislativo e Executivo, conforme mencionado acima, o que também passa, essencialmente, pelos preceitos constitucionais.

Além do mais, se for levada em consideração o princípio da supremacia constitucional, toda modificação da legislação vigente, baseada na retórica de que se imprimirá celeridade à prestação jurisdicional – alcançando, por consequência, a

razoável duração do procedimento – conferindo poderes aos magistrados, em detrimento das garantias processuais, lesará o modelo constitucional do processo, ensejando a declaração de sua inconstitucionalidade.

Ora, a ideia de razoável duração do procedimento aqui defendida implica imposição (dever-legal) aos magistrados e serventuários, cuja inobservância acarreta responsabilidade do Estado e até mesmo pessoal do agente público, caso se verifique a ocorrência de danos. Nesta perspectiva, inexistiriam os esdrúxulos prazos impróprios, maiores causadores das “*etapas mortas*” do processo e geradores da morosidade da jurisdição.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BARROS, Flaviane de Magalhães. O processo, a jurisdição e a ação sob ótica de Elio Fazzalari. **Virtuajus. Revista Eletrônica da Faculdade Mineira de Direito**, Belo Horizonte, v. ano 2, p. 01-29, 2003.

_____. **(Re)forma do processo penal**: comentários críticos dos artigos modificados pelas leis n. 11.690/08 e n. 11.719/08. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

_____.; GUIMARÃES, Natália Chemicharo ; CARVALHO, Marius Fernando Cunha de . Ampla defesa no estado democrático de direito. In: Congresso Nacional do CONPEDI, 2005, Fortaleza. Anais do xiv Congresso nacional do CONPEDI. Florianópolis : Fundação Boiteux. p. 297-297.

BRÊTAS C. Dias, Ronaldo. . As reformas do Código de Processo Civil e o modelo constitucional do processo. In: Ronaldo Brêtas; Luciana Nepomuceno. (Org.). **Processo Civil Reformado**. 02 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2009, v. 01, p. 457-496.

_____. Exame técnico e sistemático do Código de Processo Civil reformado. In: Ronaldo Brêtas; Luciana Nepomuceno. (Org.). **Processo Civil Reformado**. 02 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2009, v. 01, p. 407-456.

_____. **Fraude no Processo Civil**. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2001. v. 1. 160 p.

_____. **Responsabilidade do Estado pela Função Jurisdicional**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004. v. 1. 240 p.

CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições de direito processual civil**. 20. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. Jurisdição e hermenêutica constitucional no Estado democrático de Direito; um ensaio de teoria da interpretação enquanto teoria discursiva da argumentação jurídica de aplicação. In: Marcelo Andrade Cattoni de Oliveira. (Org.). **Jurisdição e Hermenêutica Constitucional no Estado Democrático de Direito**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004, v. 1, p. 47-78.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido R. **Teoria geral do processo**. 24. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2008. 384p.

FAZZALARI, Elio. **Instituições de direito processual**. Trad. Elaine Nassif Campinas: Bookseller, 2006. 780p.

GONÇALVES, Aroldo Plínio. **Técnica processual e teoria do processo**. Rio de Janeiro: Aide, 1992. 219p.

GÜNTHER, Klaus. **The sense of appropriateness: application discourses in morality and law**. New York: State University of New York Press, c1993

_____. **Un concepto normativo de coherencia para una teoría de la argumentación jurídica**. Trad. Juan Velasco Arroyo. Doxa (Cuaderno de Filosofía del Derecho). Alicante: n. 17-18, 1995, p. 271-302.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia: entre facticidade e validade**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. nv. (Biblioteca tempo universitário; 101/102)

LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria geral do processo: primeiros estudos**. 8. ed. rev. e atual. São Paulo: Forense, 2009. 342 p

_____. **Teoria processual da decisão jurídica**. São Paulo: Landy, 2002. 206p.

MACIEL JUNIOR, V. P. Estrutura e Interpretação do Direito Processual Civil Brasileiro a partir da Constituição Federal de 88. In: Felipe Daniel Amorim Machado; Marcelo Andrade Cattoni de Oliveira. (Org.). **Constituição e Processo: a contribuição do processo ao constitucionalismo democrático** : 2008, v. 01.

MARINONI, Luiz Guilherme. Direito fundamental á duração razoável do processo. **Interesse Público**, Belo Horizonte , v.10, n.51 , p.42-60, set. 2008.

_____. **Efetividade do processo e tutela de urgência**. Porto Alegre: S. A. Fabris, 1994. 94p.

MELO, Gustavo de Medeiros. A tutela adequada na reforma constitucional de 2004. **Revista de Processo**, São Paulo , v.30, n.124, p.76-110, jun.2005.

NERY JÚNIOR, Nelson. **Princípios do processo civil na Constituição Federal**. 8. ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. 303p.

NUNES, Dierle José Coelho. **Processo jurisdicional democrático: uma análise crítica das reformas processuais**. Curitiba: Juruá, 2008.

RIBEIRO, Fernando José A.; BRAGA, Barbara. A aplicação do direito na perspectiva hermenêutica de Hans-Georg Gadamer. **Revista da Faculdade Mineira de Direito (PUCMG)**, v. 11, p. 121-143, 2008.

SILVA, Ovídio A. Baptista da. O contraditório nas ações sumárias. **Revista Jurídica:** Órgão Nacional de Doutrina, Jurisprudência, Legislação e Crítica Judiciária [Porto Alegre:1953], Porto Alegre, RS, v.49, n.287, p.5-29, set. 2001.

SOUZA, Joaquim Adelson Cabral de. O discurso da efetividade processual na contemporaneidade brasileira. 2009 162f. Dissertação (Mestrado) - Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Programa de Pós-Graduação em Direito.

TAVARES, Fernando Horta. Tempo e Processo. In: Marcelo Campos Galuppo. (Org.). **O Brasil Que Queremos: Reflexão Sobre o Estado Democrático de Direito.** Belo Horizonte: PUCMINAS, 2006, v. 1, p. 585-626.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. Celebridade e efetividade da prestação jurisdicional. Insuficiência da reforma das leis processuais. **Revista de Processo,** São Paulo, v.30, n.125, p.61-78, jul.2005.

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. 168p.

