

FUNDAÇÃO DE ENSINO “EURÍPIDES SOARES DA ROCHA”
CENTRO UNIVERSITÁRIO “EURÍPIDES DE MARÍLIA” - UNIVEM
PROGRAMA DE MESTRADO EM DIREITO

CRISTIANE PAGLIONE ALVES

**PAPEL DO JUIZ DE PRIMEIRA INSTÂNCIA NA GARANTIA DA
EFETIVIDADE PROCESSUAL**

MARÍLIA
2013

CRISTIANE PAGLIONE ALVES

**PAPEL DO JUIZ DE PRIMEIRA INSTÂNCIA NA GARANTIA DA
EFETIVIDADE PROCESSUAL**

Dissertação apresentada ao Programa de Mestrado em Direito da Fundação de Ensino “Eurípides Soares da Rocha”, mantenedora do Centro Universitário Eurípides de Marília – UNIVEM, como requisito parcial para a obtenção do Título de Mestre em Direito (Área de Concentração: Teoria do Direito e do Estado).

Orientador:
Prof. Dr. LUÍS HENRIQUE BARBANTE
FRANZÉ

MARÍLIA
2013

Alves, Cristiane Paglione

Papel do juiz de primeira instância na garantia da efetividade processual/ Cristiane Paglione Alves; orientador: Luís Henrique Barbante Franzé. Marília, SP: [s.n.], 2013.

151 f.

Dissertação – Mestrado em Direito, Fundação de Ensino “Eurípides Soares da Rocha”, mantenedora do Centro Universitário Eurípides de Marília – UNIVEM, Marília, 2013.

1. Morosidade do judiciário 2. Razoável duração do processo
3. Emenda constitucional n.º 45/2004 4. Efetividade 5. Ativismo.
6. Precedentes

CDD: 341.412

CRISTIANE PAGLIONE ALVES

**PAPEL DO JUIZ DE PRIMEIRA INSTÂNCIA NA GARANTIA DA
EFETIVIDADE PROCESSUAL**

Banca Examinadora da Dissertação apresentada ao Programa de Mestrado em Direito do UNIVEM/F.E.E.S.R., para obtenção do Título de Mestre em Direito.

Resultado:

ORIENTADOR: _____
Prof. Dr. Luís Henrique Barbante Franzé

1º EXAMINADOR: _____
Prof. Dr. Nelson Finotti da Silva

2º EXAMINADOR: _____
Prof^a. Dr^a. Mônica Bonetti Couto

Marília, ____ de _____ de 2013.

Dedico esse trabalho de modo especial ao meu pai Mauro e ao meu esposo João Luís, que foram os dois grandes incentivadores dessa minha jornada, à minha mãe Francisca e, de forma mais especial ainda, aos meus amados filhos, João Henrique e Luiza, a quem eu amo incondicionalmente...que o meu trabalho possa servir de incentivo aos seus estudos!

AGRADECIMENTOS

Primeiramente, agradeço a Deus, pela graça da vida e a Nossa Senhora por estar sempre à frente de meus passos!!!

Não posso deixar de novamente citar meus queridos filhos João Henrique e Luiza e meu marido João Luís, agradecendo-lhes a paciência e a compreensão pelas minhas ausências justificadas pela feitura e consecução do presente trabalho.

Agradeço a todos os professores do Mestrado do Univem, em especial ao Prof. Luiz Henrique Barbante Franzé, que me orientou no presente trabalho, ao Prof. LafayettePozzoli, e também ao Prof. EdilsonDonisete Machado, a quem agradeço pela confiança em mim depositada enquanto monitora de suas turmas de graduação.

Agradeço aos “colegas bolsistas”, pelas manhãs que compartilhamos na salinha do Univem.

Não poderia deixar de agradecer à Leninha e Taciana, que com sua gentileza e simpatia também contribuíram para que eu chegasse ao meu objetivo.

*“Muitas vezes as pessoas são egocêntricas, ilógicas e insensatas.
Perdoe-as assim mesmo.
Se você é gentil, as pessoas podem acusa-lo de interesseiro.
Seja gentil assim mesmo.
Se você é um vencedor, terá alguns falsos amigos e alguns inimigos verdadeiros.
Vença assim mesmo.
Se você é honesto e franco, as pessoas podem enganá-lo.
Seja honesto e franco assim mesmo.
O que você levou anos para construir, alguém pode destruir de uma hora para outra.
Construa assim mesmo.
Se você tem paz e é feliz, as pessoas podem sentir inveja.
Seja feliz assim mesmo.
O bem que você faz hoje, pode ser esquecido amanhã.
Faça o bem assim mesmo.
Dê ao mundo o melhor de você, mas isso pode não ser o bastante.
Dê o melhor de você assim mesmo.
Veja você que, no final das contas, é tudo entre você e Deus.
Nunca foi entre você e os outros.”*

Madre Tereza de Calcutá

ALVES, Cristiane Paglione. **Papel do juiz de primeira instância na garantia da efetividade processual**. 2013. 151 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Centro Universitário Eurípides de Marília, Fundação de Ensino “Eurípides Soares da Rocha”, Marília, 2013.

RESUMO

O presente trabalho tem por escopo trazer o papel do juiz de primeira instância na garantia da efetividade processual. Para tanto, fez-se necessário inicialmente um estudo do Estado e Jurisdição, desde o nascimento do Estado social até o Estado democrático de direito, onde então se iniciou o estudo da jurisdição, como sendo uma função específica do poder judiciário. Ainda dentro do estudo da jurisdição, deu-se azo ao estudo da inafastabilidade do poder judiciário, bem como o amplo acesso à justiça decorrente dessa inafastabilidade. Ato em que o trabalho voltou-se para a efetividade processual e a sua garantia, passando necessariamente pela crise do poder judiciário, os problemas da conquista da celeridade processual, bem como os motivos causadores do descrédito da população na instituição poder judiciário. Nesse diapasão, o objetivo final do trabalho, trazer propostas de atuação para a função jurisdicional de primeira instância, escopo na figura do juiz singular, tendo como conclusão este estudo que o perfil do magistrado que se busca passa necessariamente pelo ativismo judicial, bem como pelo uso dos precedentes judiciais pelos magistrados de primeira instância. Conclui-se que o juiz, em primeiro lugar, deve ter uma sólida formação ética de liberdade conjugada com a responsabilidade de suas decisões, deve estar atento à realidade social e ao fato singular de ser o Direito uma ciência em constante evolução. Em outras palavras, o que se logrou demonstrar na presente dissertação é que o juiz de primeira instância deve seguir sim o ordenamento jurídico, porém adequando-o a nova realidade social vivenciada, de forma a concretizar os direitos fundamentais.

Palavras-chave: Morosidade do judiciário. Razoável duração do processo. Emenda constitucional n.º 45/2004. Efetividade. Ativismo. Precedentes.

ALVES, CristianePaglione. **The role played by judges of the magistrate's court to guarantee the procedural effectiveness.** 2013. 151 f. Dissertation (Master'sdegree in Law) – Centro Universitário Eurípides de Marília, Fundação de Ensino “Eurípides Soares da Rocha”, Marília, 2013.

ABSTRACT

The present work aims to present the role played by judges of the Magistrate's Court to guarantee the procedural effectiveness. Thus, it was first necessary to study the State and Jurisdiction since the establishment of the Welfare State up to the Democratic Rule of Law. At this point, the jurisdiction began to be studied as a specific function of the Judiciary. Yet, the study of Jurisdiction ended up leading to study the principle of non-obviation of the Judiciary jurisdiction, as well as the wide access to justice due to that principle. Guided by that reasoning way, the study turned for the procedural effectiveness and its guarantee, being necessary to cover the crisis in the Judiciary, the problems of the conquest of procedural celerity, and the reasons which cause the discrediting of the population on the Judiciary as an institution. In this vein, the ultimate goal of the work, bring action proposals for the role of first instance court, mark in the image of the single judge, tends as conclusion the present work that the magistrate's suitable profile which is looked for should be consolidated by the judicial activism and by making use of judicial precedents by the magistrates of first instance. It is ended that judges, in first place, should have a solid and ethical freedom background conjugated with the responsibility of their decisions, they should be attentive to the social reality and the singular fact that Law is a science in constant evolution. In other words, it was possible to demonstrate by this present dissertation that judges of Magistrate's Court should definitely proceed the juridical ordainment, however adapting it to the new social reality in order to achieve the fundamental rights.

Keywords: The slow pace of the Judiciary. Reasonable length of the lawsuit. Constitutional Amendment nº 45/2004. Effectiveness. Activism. Precedent.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

- Art - Artigo
- CF/88 - Constituição Federal
- CPC - Código de Processo Civil
- EC - Emenda Constitucional
- Min. - Ministro
- Rel. - Relator
- RT - Revista dos Tribunais
- STF - Supremo Tribunal Federal
- STJ - Superior Tribunal de Justiça
- OAB - Ordem dos Advogados do Brasil

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	12
CAPÍTULO 1 – DIREITO FUNDAMENTAL À TUTELA JURISDICIONAL	16
1.1 Surgimento do Estado social	16
1.2 Estado de direito e jurisdição	18
1.3 Constitucionalismo ao neoconstitucionalismo: uma nova visão do direito constitucional	21
1.4 Direitos fundamentais	26
1.4.1 Evolução histórica	28
1.4.2 Direito fundamental à tutela efetiva	32
1.5 Jurisdição	33
1.5.1 Jurisdição: função específica do poder judiciário	35
1.5.2 Inafastabilidade do controle judicial	37
1.5.2.1 Acesso à justiça	41
1.5.2.2 Efetividade processual	46
CAPÍTULO 2 – TEMPO E PROCESSO: CRISE DO PODER JUDICIÁRIO	52
2.1 O Tempo do procedimento	52
2.1.1 Tempo e processo	52
2.1.2 Conceituação de duração razoável	56
2.1.3 Cortes internacionais	60
2.1.4 A recente condenação do Brasil pela Corte Interamericana de direitos humanos	63
2.1.5 Direito estrangeiro	65
2.1.5.1 Portugal	65
2.1.5.2 França	67
2.1.5.3 Espanha	68
2.1.5.4 Alemanha	69
2.1.5.5 Itália	70
2.1.5.6 Estados Unidos	72
2.2 Escopo da emenda constitucional 45/2004	73
2.2.1 Emenda constitucional 45/2004: reforma do poder judiciário	73
2.2.2 Aplicabilidade imediata do direito fundamental à razoável duração do processo	76

2.2.3 Destinatários da emenda constitucional 45/2004: poderes legislativo, executivo e judiciário	78
2.2.4 Fatores e obstáculos à efetivação da celeridade processual	81
2.2.4.1 Morosidade processual	84
2.2.4.2 O volume de demandas que tramitam pelo poder judiciário brasileiro – “crise numérica”	89
CAPÍTULO 3 – A FUNÇÃO JURISDICIONAL DE PRIMEIRA INSTÂNCIA: PROPOSTAS DE ATUAÇÃO	93
3.1 A função jurisdicional	93
3.1.1 Modelos de poder judiciário	95
3.1.2 Modelos de juiz	97
3.1.3 O papel das faculdades de direito na formação dos juízes	101
3.1.4 Formação humanística dos juízes	103
3.2 Adequação da legislação à realidade social	107
3.2.1 Criatividade judicial	107
3.2.2 Responsabilidade judicial	110
3.2.3 Magistratura independente e responsável	113
3.3 Propostas de atuação ao magistrado de primeira instância	116
3.3.1 Ativismo judicial	117
3.3.2 Precedentes judiciais	121
3.3.3 Gerenciamento de processos judiciais	127
3.3.4 Papel do juiz de primeira instância na garantia da efetividade processual	130
CONSIDERAÇÕES FINAIS	134
REFERENCIAS	137

INTRODUÇÃO

Qualquer estudo acerca da efetividade processual deverá partir do papel que o Estado exerce sobre essa efetividade, onde e quando se situa o Estado e até onde vai sua responsabilização pela efetividade processual, uma vez que a partir do momento em que o Estado chamou a si a tutela dos direitos, criando o princípio da inafastabilidade do controle judicial, simultaneamente teve de criar mecanismos que garantissem o acesso ao poder judiciário pelos cidadãos, bem como a efetividade da prestação jurisdicional a ser prestada.

Assim, o primeiro capítulo se focará no princípio da inafastabilidade, colocando o Estado no centro da efetividade da prestação jurisdicional.

A garantia constitucional da razoável duração do processo foi erigida à categoria de direito fundamental com a inclusão do inciso LXXVIII ao artigo 5º da constituição federal, e partindo de uma análise do neoconstitucionalismo, da valoração aos direitos fundamentais e sua aplicabilidade imediata, o primeiro capítulo ainda cuidará da jurisdição, explicando essa função típica do poder judiciário, e suas decorrências, como a inafastabilidade do controle judicial, da qual decorre, o amplo acesso à justiça, posto que, se os litígios gerados devem ser levados ao conhecimento do poder judiciário para que este diga o direito aplicável à dita situação, nada mais lógico do que garantir-se à população o acesso à justiça.

Demonstrar-se-á a evolução da garantia do acesso à justiça pelos jurisdicionados, enfim, o estudo do direito fundamental estendido aos cidadãos de ter efetivo acesso à justiça, deduzindo pretensão e defendendo-se do modo mais amplo, garantindo-se além do amplo acesso ao judiciário, principalmente a garantia da aplicação de uma lei justa e razoável, bem como um julgamento da mesma forma pautado em razões lógicas e princípios jurídicos sólidos, num lapso temporal considerável ou, como já dito alhures, buscando-se a almejada efetividade processual.

Aqui nasce o segundo capítulo, que tratará especificamente do tempo do processo. Dessa forma, cuidará o capítulo de analisar o tempo processual, se atendo ao que vem a ser a duração razoável, tentando buscar uma resposta ao questionamento: até onde a celeridade processual pode ser vista como objetivo do poder judiciário? Aqui, também será dado azo à chamada ‘crise numérica’, bem como na dificuldade encontrada pelos juízes quando se deparam com a seguinte situação: a necessidade de produzir uma justiça célere, de cumprir as metas que lhe são propostas e ao mesmo produzir uma justiça efetiva, que satisfaça a necessidade do jurisdicionado.

Posto que o escopo do presente trabalho seja a efetividade da prestação jurisdicional, aqui se analisará se a tão almejada celeridade processual induz à efetividade.

Dessa forma, no segundo capítulo será abordado o princípio constitucional da celeridade processual, como uma das formas de efetividade da Jurisdição, salientando que antes mesmo da existência da emenda constitucional n.º 45/2004, que foi o ápice de toda essa discussão, parte da doutrina já entendia que o direito à tutela jurisdicional tempestiva estava fundamentado no princípio da inafastabilidade do controle judicial.

Salientamos que o tempo do processo é um dos principais problemas que assolam o Judiciário, chegando ao ponto de, quando realizado o direito material, tanto tempo ter se passado, que a parte não mais demonstra interesse pelo deslinde do litígio, deixou de ser importante, ou seja, a tutela deixou de ser efetiva.

Se o Estado chamou a si a responsabilidade de resolver os conflitos de interesses, monopolizando a jurisdição, tem ele o dever de prestá-la dentro de um período razoável de tempo, sem colocar em risco a utilidade do direito material. Assim, o Estado tem o dever de prestar uma tutela jurisdicional célere, porém, efetiva.

Face à concretizada demora na prestação judicial, causada por vários fatores, dentre os quais se destaca a morosidade e o volume de processos, necessária se torna uma análise da crise do poder judiciário e a conseqüente a descrença dos brasileiros na instituição judiciária, e aqui se dará enfoque à crise numérica, buscando responder à dicotômica questão: o que é mais importante, a justiça prestada de uma forma rápida, célere, ou a justiça que se mostra efetiva? É possível obter-se ambas?

Em face da problematização exposta é que chegamos ao ápice do estudo, a jurisdição de primeira instância, onde se abordará de que forma o juiz singular pode colaborar na concretização da efetivação processual, análise proposta sob a ótica dicotômica do princípio da inafastabilidade (efetividade da prestação jurisdicional) face ao princípio da celeridade processual.

Assim, no terceiro capítulo buscará apresentarem-se propostas de atuação ao juiz de primeira instância tendente a amenizar a crise do poder judiciário, meios que tragam à instituição maior credibilidade do que a que vem gozando em tempos atuais.

Dessa forma se trará o juiz de primeira instância e o seu papel na garantia da efetividade da prestação jurisdicional.

Para tanto, o estudo do juiz se dará desde a sua gênese, partindo da análise dos vários modelos de poder judiciário, bem como, complementado o estudo, o juiz analisado em seus perfis propostos por Ost¹, o juiz “Hércules, Hermes e Júpiter”.

O estudo demonstrará que o perfil “Hermes” apresenta um juiz que possui a capacidade de perceber que o direito, ao mesmo tempo, precisa tornar compatível a ideia da rigidez e flexibilidade, conjuntura e princípios, a fim de se moldar às necessidades sociais, muito se aproximado magistrado que se buscará. Ele utiliza-se da interpretação sistemática do sistema jurídico de modo a aproximar o direito material e o formal com o escopo de dirimir controvérsias, alcançar a paz social e a efetividade do processo.

Como se evidenciará, o perfil do juiz que garanta a efetividade ao processo se mostra um desafio da sociedade brasileira, em busca da concretização da justiça social e dos valores democráticos, afinal “não há sociedade forte sem um judiciário forte. Sua fragilidade coloca em risco todo o tecido social sobre o qual está erigida a sociedade brasileira²”.

Assim é que se tentará chegar ao perfil do magistrado buscado, que possa garantir a efetividade da prestação jurisdicional, focando-se na presença de um julgador atento às realidades sociais, ciente da evolução constante do direito e apto a adequar as normas às mais diversas situações colocadas ao seu julgo.

Para chegar a esse julgador, necessária se torna a sua formação humanística, ponto no qual se focará o papel das faculdades de direito na formação dos magistrados e evolução ocorrida no estudo jurídico.

Também se dissertará sobre a confluência entre os valores da liberdade criativa e a responsabilidade dos juízes por suas decisões.

Por fim, feita a análise preliminar do juiz, o que se esquadrihará ratificar é que o magistrado capaz de garantir a efetividade da prestação jurisdicional deverá valer-se do ativismo judicial, ou seja, deverá o juiz incorporar aos seus julgamentos as vicissitudes do meio social, as conquistas das classes envolvidas, a própria evolução do poder judiciário e tem por fim a realização dos direitos fundamentais.

Outra proposta de atuação ao magistrado de primeira instância que se trará é o uso dos precedentes judiciais, ou seja, o uso de uma decisão judicial previamente tomada por um

¹ OST, François. **Júpiter, Hércules, Hermes: Tres modelos de juez**. Disponível em: <http://www.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/01360629872570728587891/cuaderno14/doxa14_11.pdf>. Acesso em: 28 set. 2012.

² BARBOSA, Cláudia Maria. **O processo de legitimação do poder judiciário brasileiro**. Disponível em: <<http://www.conpedi.org/manaus>>. Acesso em: 08 out. 2012.

órgão jurisdicional seja ele de qualquer grau de jurisdição pelo magistrado de primeira instância a fim de trazer maior efetividade e homogeneidade aos julgamentos.

Ainda trará o estudo o gerenciamento de processos feito pelo juiz, como forma de aproximar o magistrado do processo, assumindo a sua direção efetiva e trazendo maior efetividade à prestação jurisdicional.

Traçando-se uma crítica à dogmática jurídica enfim, por meio do método hipotético-dedutivo, é que se buscará atingir o objetivo –traçar propostas de atuação para o magistrado de primeira instância tendente a efetivar-se satisfatoriamente a prestação jurisdicional.

CAPITULO 1 –DIREITO FUNDAMENTAL À TUTELA JURISDICIONAL

1.1 Surgimento do Estado social

Aprioristicamente, ao iniciar-se o estudo do direito fundamental à tutela jurisdicional, necessária se mostra uma breve evolução do Estado democrático de direito, culminando referida evolução no que se busca chamar de ‘neoconstitucionalismo’, movimento que traz várias mudanças no direito constitucional contemporâneo, mudanças essas que acabam por refletir no processo como um todo, influenciando a sua efetividade.

Assim, um breve estudo do Estado democrático de direito, traçando a construção do Estado e do direito, desde o Estado liberal até a consagração do Estado sob o viés constitucional.

A gênese do estudo, então, se dá na alocação do ser humano em sociedade.

Em Aristóteles encontra-se a teoria da sociedade natural. Segundo o filósofo grego, apenas um indivíduo de natureza vil, ou superior ao homem, procuraria viver isolado dos outros homens, sem que a isso fosse constringido. Aliás, é exatamente por viver em sociedade, que o homem deve buscar sempre: “[...] o bem, ou melhor, o sumo bem”³.

A teoria da sociedade natural é a que hoje sustenta o maior número de adeptos e a que imprime a maior influência sobre o Estado. Para Dallari⁴, aqueles que sustentam que a sociedade é um fato natural, baseiam sua teoria na necessidade intrínseca que o ser humano possui da cooperação de seus semelhantes para a obtenção dos objetivos fixados à sua existência. Para o referido autor, a necessidade da vida em sociedade não se caracteriza apenas pela ordem material, vez que mesmo provido de todos os bens necessários a sua sobrevivência, o ser humano continua com o desejo de agrupar-se, de viver em sociedade.

É necessário mais do que o instinto natural, sendo cediça também a existência do elemento volitivo, ou seja, o requisito da vontade de se associar deve ser manifestado.

Além disso, é importante considerar que a existência desse impulso associativo natural não elimina a participação da vontade humana. Consciente de que necessita da vida social, o homem a deseja e procura favorecê-la, o que não ocorre com os irracionais, que se agrupam por mero instinto e, em consequência, de maneira sempre uniforme, não havendo aperfeiçoamento.⁵

³ ARISTÓTELES. *Ética a Nicômacos*. 3. ed. Brasília: UnB, 1999, p. 17.

⁴ DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de Teoria Geral do Estado*. 30. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 23.

⁵ DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de Teoria Geral do Estado*. 30. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 26.

Por conseguinte, deduz-se que, segundo a teoria naturalista, a sociedade é o produto resultante da associação natural somada à cooperação da vontade humana.

Em contrapartida à ideia da sociedade natural, surge a concepção de que a sociedade decorra de um contrato celebrado entre os homens, um acordo de vontades. O senso comum propõe e acentua a inexistência, no homem, do impulso natural de associação, culminando com a conclusão de que apenas o elemento intuitivo seja inoperante à formação da sociedade. Com efeito, o homem tornou-se social, e nesse processo de transformação também criou problemas sociais, para cuja solução se exige pensamento, linguagem, vontade, livre-arbítrio e liberdade.

Uma das primeiras abordagens do contratualismo deu-se na obra *Leviatã* (1651), de Thomas Hobbes, para quem o homem vive em estado de natureza. No entanto, a partir do momento em que percebe sua natureza (ser racional que é), vai ao encontro de princípios que deve seguir, supera o estado de natureza e busca seu estado social, estabelecendo o contrato de vida em sociedade. Por conseguinte, segundo a teoria defendida pelos contratualistas, esse ato racional dos homens é responsável por estabelecer-se a vida em sociedade, cuja preservação, entretanto, depende de um poder, que mantenha a ordem e a paz social, consignando direitos e determinando obrigações. Institui-se esse poder pelo Estado.

Hobbes⁶ conceitua Estado como

[...] uma pessoa de cujos atos se constitui em autora uma grande multidão, mediante pactos recíprocos de seus membros, com o fim de que essa pessoa possa empregar a força e os meios de todos, como julgar conveniente, para assegurar a paz e a defesa comum. [...]. O titular dessa pessoa se denomina soberano e se diz que tem poder soberano, e cada um dos que o rodeiam é seu súdito.

Reações surgiram às ideias absolutistas de Hobbes, sobremaneira com Locke e Montesquieu, para quem existem leis naturais que levam o homem a escolher a vida em sociedade.

Posteriormente, em seu *Contrato Social*⁷, Rousseau retoma a teoria de Hobbes, porém matizada dos traços de Montesquieu. O contratualismo de Rousseau ainda hoje se faz presente na sociedade, por meio das noções de povo soberano e igualdade como um dos objetivos fundamentais da sociedade, bem como a consciência de que existem interesses coletivos distintos dos interesses de cada membro da sociedade.

⁶ HOBBS, Thomas. **Leviatã ou matéria, forma e poder de um Estado Eclesiástico e Civil**. Tradução de Alex Marins. São Paulo: Martin Claret, 2006, p.128-129.

⁷ ROUSSEAU, Jean-Jacques. **O contrato social e outros escritos**. 12. ed. São Paulo, Cultrix, 1997.

Na concepção de Rousseau, a ordem social é um direito sagrado que serve de base a todos os demais. No entanto, esse direito não provém da natureza, encontrando seu fundamento em convenções. Sobre este tema Rousseau⁸ declara que homens que chegam ao ponto no qual os obstáculos que impedem sua conservação no estado de natureza, levam, por sua resistência, para as forças que cada indivíduo pode empregar para se manter nesse estado. Dessa forma, o estado positivo não pode subsistir e o gênero humano obrigatoriamente precisa mudar sua forma de se organizar.

Consideram-se nas várias das ideias de Rousseau⁹ os fundamentos da democracia, entre as quais, por exemplo, a afirmação da predominância da vontade popular, o reconhecimento de uma liberdade natural e a busca da igualdade.

Prevalece a posição de que a sociedade resulta de uma necessidade natural do homem, somada à participação da consciência e da vontade humana. No entanto, com traços marcantes do contratualismo tingindo a concepção de democracia.

Destarte, o presente estudo que busca qual o papel do Estado na efetividade do poder jurisdicional, cediço a função jurisdicional de primeira instância e a garantia da efetividade processual, focado na pessoa do magistrado de primeira instância, decorrerá da concepção do homem social, do homem vivendo em sociedade e necessitando de um poder – representado pelo Estado - para lhe dispor regras e os direitos inerentes à vida em sociedade.

1.2 Estado de Direito e Jurisdição

O homem já se encontra vivendo em sociedade, agrupou-se de forma natural ou contratual, e, uma vez vivendo dessa forma, necessita de um poder que regule essa convivência, de modo a torná-la pacífica e gratificante. Esse papel é exercido pelo Estado, cuja origem discorre-se a seguir.

Segundo Bonavides¹⁰,

[...] com o advento do Estado, que não é modo algum um *prius*, mas, necessariamente, um a posteriori da convivência humana, segundo as teorias contidas na doutrina do direito natural, importava, primeiro que tudo, em organizar a liberdade no campo social. O indivíduo, titular de direitos inatos, exercê-los-ia na sociedade, que aparece como ordem positiva frente ao Estado, ou seja, frente ao *negativum* dessa liberdade, que, por isso mesmo, surge na teoria jusnaturalista rodeado de limitações, indispensáveis à garantia do círculo em que se projeta soberana e inviolável a majestade do indivíduo.

⁸ ROUSSEAU, Jean-Jacques. **O contrato social e outros escritos**. 12. ed. São Paulo, Cultrix, 1997.

⁹ ROUSSEAU, Jean-Jacques. **O contrato social e outros escritos**. 12. ed. São Paulo, Cultrix, 1997.

¹⁰ BONAVIDES, Paulo. **Do Estado Liberal ao Estado Social**. 5. ed. Belo Horizonte: Livraria Del Rey, 1993, p. 28.

O Estado de direito teve sua origem da oposição entre o absolutismo do monarca e a liberdade do indivíduo, como uma forma de o homem se proteger e de defender a liberdade. Foi a Revolução Francesa – com seus ideais de liberdade, igualdade, fraternidade – que deu fim àquele antigo duelo. Ademais, trouxe renovações institucionais relevantes e que possibilitou o surgimento na Europa, do primeiro Estado guardião das liberdades individuais, o Estado liberal, que veio com o escopo de garantir a liberdade do indivíduo frente ao Estado.

O primeiro Estado de Direito, extremamente formal, acaba por despir o Estado de substantividade ou conteúdo que, sem força criadora, acaba por refletir a recusa da liberdade contra o despotismo vigente na Europa¹¹.

Já em 1791, o artigo 16 da Declaração dos Direitos do Homem¹², contida na constituição francesa apregoava: “Toda sociedade que não assegura a garantia dos direitos nem a separação de poderes não possui constituição”.

Assim visto, a separação de poderes refere-se a princípio de organização de Estado constitucional. Os três poderes haveriam de estar separados, mas ao mesmo tempo harmoniosamente interligados, isso baseado na ideia de que o poder detém o poder.

Para Machado¹³, “os sistemas políticos desenvolvidos principalmente após a Revolução Francesa e Americana direcionaram-se para impedir o poder político do povo de concentrar-se nas mãos de um só”.

Uma vez que o Estado se tornou o garantidor das liberdades dos homens conviventes em sociedade – natural ou contratualmente - necessário se faz criar postulados, princípios, regras que regulem a atuação do Estado/poder na vida social. Adveio, pois, a natural e consequente imprescindibilidade de se instituírem o Estado de Direito e a Jurisdição.

Abordando a matéria, Grinover¹⁴, traça um panorama dessa evolução histórica que eclodiu com a jurisdição do Estado, cujas linhas gerais discorrem-se:

Segundo a doutrinadora, ainda nas fases primitivas da civilização, havia o instituto da autotutela, em contrassenso à inexistência de um órgão estatal soberano e autoritário garantidor do cumprimento do direito. Assim é que, em face de um conflito de interesses, o

¹¹ BONAVIDES, Paulo. **Do Estado Liberal ao Estado Social**. 5. ed. Belo Horizonte: Livraria Del Rey, 1993, p. 29.

¹² DECLARAÇÃO dos direitos do homem e do cidadão de 1789. Disponível em: <http://pfdc.pgr.mpf.gov.br/atuacao-e-conteudos-de-apoio/legislacao/direitos-humanos/declar_dir_homem_cidadao.pdf>. Acesso em: 18 out. 2012.

¹³ MACHADO, EdinilsonDonisete. **Ativismo Judicial: limites institucionais democráticos e constitucionais**. São Paulo: Letras Jurídicas, 2012, p. 77.

¹⁴ GRINOVER, Ada Pellegrini, **A inafastabilidade do controle jurisdicional e uma nova modalidade de autotutela**, Revista Brasileira de Direito Constitucional – RBDC, n. 10, jul./dez. 2007a. Disponível em: <http://www.esdc.com.br/RBDC/RBDC-10/RBDC-10-013-Ada_Pellegrini_Grinover.pdf>. Acesso em: 27 set. 2012.

cidadão, no afã de garantir a satisfação de sua pretensão, usava da força física e de seus próprios julgamentos para obter seu direito.

E continua a autora, tratando do instituto da autocomposição, que correspondia a um acordo entre as partes. Na autocomposição, uma das partes em conflito, ou ambas, simplesmente abriam mão do seu direito ou de parte dele, tal qual ocorre nos dias atuais nos acordos judiciais ou até mesmo extrajudiciais. A composição amigável entre as partes fez nascer a figura dos árbitros, sacerdotes ou anciãos, terceiros imparciais que ajudavam na solução amigável dos conflitos.

Por fim, à medida que o Estado foi impondo-se cada vez aos particulares, absorvendo o poder de definir as regras e também as soluções para os conflitos é que nasceu a jurisdição¹⁵.

Assim, a ideia de Estado jurisdicional suscita a ideia de jurisdição, posto que seja por meio desta que o direito se realiza quando não é respeitado. A jurisdição traduz-se como uma das facetas do poder estatal, integrante da função judiciária, sendo seguida pelas funções legislativa, executiva.

Apenas um detalhe a ser explorado, devemos diferenciar jurisdição de tutela jurisdicional, haja vista tratar-se de institutos diferentes, porém com vários vínculos indissociáveis.

Segundo Dinamarco¹⁶, a tutela jurisdicional é o resultado do processo em que a jurisdição se exerce. Ela não reside na sentença em si mesma como ato processual, mas nos efeitos que ela projeta para fora do processo e sobre as relações entre as pessoas, de modo a solucionar os conflitos de interesses.

A tutela jurisdicional traduz-se como a atividade prestada pela jurisdição, é o resultado da jurisdição.

A fim de elucidar-se melhor a questão tome-se, por exemplo, uma sentença que extingue o processo sem julgamento do mérito, onde não haja manifestação sobre o pedido ou sobre a pretensão jurídica que se funda a ação. No caso vertente, ocorreu o exercício pleno da

¹⁵ “Só mais tarde, à medida que o Estado foi se afirmando e conseguiu impor-se aos particulares, nasceu gradativamente a tendência a absorver o poder de ditar as soluções para os conflitos, passando-se da justiça privada para a justiça pública. E nasceu assim a jurisdição, atividade mediante a qual os juízes estatais examinam as pretensões e resolvem os conflitos, substituindo-se à vontade das partes. A jurisdição acabou absorvendo todo o poder de dirimir conflitos e pacificar pessoas, tornando-se monopólio do Estado”. GRINOVER, Ada Pellegrini, **A inafastabilidade do controle jurisdicional e uma nova modalidade de autotutela**, Revista Brasileira de Direito Constitucional – RBDC, n. 10, jul./dez. 2007a. Disponível em: <http://www.esdc.com.br/RBDC/RBDC-10/RBDC-10-013-Ada_Pellegrini_Grinover.pdf>. Acesso em: 27 set. 2012, p. 13.

¹⁶ DINAMARCO, Candido Rangel. **Tutela Jurisdicional**. Revista de Processo, São Paulo, n. 81, p. 54-81, jan.-mar. 1996b, p. 63.

jurisdição, porém, a tutela jurisdicional dos direitos não foi prestada, haja vista que não se deu o julgamento do pedido formulado, com a devida tutela dos direitos.

O objetivo do estudo é justamente buscar na figura do magistrado de primeira instância a efetividade dessa tutela, e não pura e simplesmente o exercício da jurisdição, deixando de lado a efetividade da tutela jurisdicional.

1.3 Constitucionalismo ao neoconstitucionalismo: uma nova visão do direito constitucional

Uma vez adentrado o Estado democrático de direito, necessária agora se torna a análise do constitucionalismo, para enfim explicar o neoconstitucionalismo e sua influência nos direitos fundamentais¹⁷, dentre os quais o escopo do trabalho, qual seja, o direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva.

A primeira notícia de um sistema constitucional de controle político adveio da Grécia clássica, no século V a.C., onde os Estados soberanos adotaram um sistema popular que proporcionava a oportunidade a um significativo número de cidadãos de participarem de decisões em grupo, vinculando povo e poder.¹⁸

Já na Idade Média, o grande marco do constitucionalismo foi a Carta Magna, em 1215, na Inglaterra, documento esse pioneiro em tratar da defesa das liberdades em face das tiranias do Rei João Sem Terra.

Esse período foi marcado por tensões e conflitos políticos, sendo o mais importante deles a Guerra dos Cem Anos, entre França e Inglaterra, que marcou o declínio da nobreza feudal e traçou o processo de centralização do poder.

É nesse cenário do fim do feudalismo e restauração da monarquia que surge o constitucionalismo moderno.

O primeiro grande nome a argumentar acerca do constitucionalismo foi Locke, ao limitar o poder legislativo pelos direitos naturais e por alguma fórmula de separação dos poderes e Estado de direito, institucionalizados na passagem do estado de natureza ao estado

¹⁷ “A realidade social é dinâmica e histórica, assim como o direito. A cada nova realidade, justamente pelo fato de o direito não ser um dado pronto e acabado, mas sim um dado histórico em construção, clama-se por sua transformação e aperfeiçoamento para atender as transformações sociais”. NUNES, Andréia R. S. **Tutela Constitucional dos Direitos Fundamentais**. In: AGOSTINHO, Luiz Otávio Vincenzi de; HERRERA, Luiz Henrique Martim (Orgs.). **Tutelas dos Direitos Humanos e Fundamentais: ensaios a partir das linhas de pesquisa: construção do saber jurídico e função política do direito**. Birigui, SP: Boreal, 2011. p. 110-120. (Coleção Univem), p. 110.

¹⁸ DAHL, Robert A. **Sobre a democracia**. Tradução de Beatriz Sidou. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2001, p. 21.

civil. Diferencia o constitucionalismo moderno do antigo pelo fato de que a lei superior não mais resulta da vontade divina, mas os direitos inscritos na constituição resultam da vontade, do consentimento dos indivíduos.¹⁹

Foi a Inglaterra, a partir do *Bill of Rights* (1689) e os Estados Unidos, com a Constituição norte-americana (1787), os grandes responsáveis pelo desenvolvimento do constitucionalismo.

Assim é que, a partir da valorização da constituição escrita, o modelo alcançou as gerações posteriores e tornou possível a democratização do processo político.

Passamos então a Idade Moderna, onde a Revolução Francesa (1789), pondo fim ao absolutismo, ao lado da Revolução Gloriosa e a Revolução que marcou a independência norte-americana, colocam fim ao antigo regime e inflamam o mundo em prol de um governo representativo, transformando o Estado absolutista em liberal e, a sociedade feudal e aristocrática em burguesa.²⁰

Sob o lema igualdade, liberdade e fraternidade, a Revolução Francesa armou-se contra o absolutismo, os privilégios da nobreza e das relações feudais. Incitada pelos ideais burgueses a limitar o exercício do poder político do monarca, promoveu as seguintes reformas: “a) abolição do sistema feudal; b) a promulgação da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão; c) a elaboração de uma Constituição, concluída em 1791; d) a denominada construção civil do clero”²¹

Barroso²² assevera que o Estado atravessou três fases distintas: a pré-modernidade – Estado liberal, modernidade – Estado social e a pós-modernidade – Estado neoliberal.

Assim, com a transformação do Estado absoluto em Estado de direito e, do súdito em cidadão, sujeito de direitos, o contrato social passa a ser traduzido por pacto constitucional, convertendo-se em normas positivas que delimitam a relação entre Estado e cidadão, fazendo deles sujeitos com soberania reciprocamente limitada.²³

Nesse passo, os textos constitucionais passaram a prever, além dos elementos orgânicos do Estado, a separação dos poderes e os direitos fundamentais, numa clara tentativa

¹⁹ VIEIRA, Oscar Vilhena. **A constituição e sua reserva de justiça: um ensaio sobre os limites materiais ao poder de reforma**. São Paulo: Malheiros, 1999a, p. 36.

²⁰ BARROSO, Luis Roberto. **Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática**. RDE Revista de Direito do Estado, Salvador, v. 18, p. 1-22, 2009. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/rede/edicao/18>>. Acesso em: 24 jul. 2012.

²¹ BARROSO, Luis Roberto. **Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática**. RDE Revista de Direito do Estado, Salvador, v. 18, p. 1-22, 2009. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/rede/edicao/18>>. Acesso em: 24 jul. 2012.

²² BARROSO, Luis Roberto. **Interpretação e Aplicação da Constituição**. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 306.

²³ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. Tradução de Ana Paula Zomer Zica et al. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 793.

de limitar o exercício do poder, promovendo proteção aos particulares contra abusos e arbitrariedades.

A realidade jurídica da época é que os valores constitucionais trazidos pelas cartas magnas escasseavam de força normativa, ou seja, os princípios constitucionais tinham pouquíssima força cogente.

A sociedade do século XVIII encontrava sua segurança nas leis, inclusive contra as práticas abusivas do Estado. Porém, percebeu-se falsa essa segurança, que não passavam de simples declarações formais de padronização de condutas.²⁴

Era o positivismo jurídico, concebido por Kelsen, onde a aplicação do direito consistia numa abstração entre norma e valor. Ou seja, as normas seriam sempre observadas, em toda e qualquer situação, sem que se fizesse qualquer juízo de valor. O positivismo trazia a ideia de que a norma era perfeita, infalível.

Numa visão simplista, as características marcantes do positivismo jurídico são: aproximação entre direito e norma; afirmação da estatalidade do direito (ordem jurídica una e emana do Estado); completude do ordenamento jurídico, no qual estão consignadas todas as soluções para quaisquer litígios, inexistindo lacunas; e por fim, o formalismo, segundo o qual a norma decorre do procedimento seguido para sua criação.²⁵

Os valores éticos e morais eram deixados de lado, as normas não passavam de meras promessas, não cumpridas pelos operadores do direito. Assim foi que, a partir da segunda metade do século XX, consubstanciou-se a percepção de que as normas constitucionais não passavam de programas e promessas, incrustados de valores éticos, mas que muito pouca efetividade possuía, abrindo caminho ao neoconstitucionalismo, que visa à interligação entre valores, princípios e regras, associados de maneira indelegáveis aos direitos fundamentais.

Para Barroso²⁶ o desenvolvimento do neoconstitucionalismo se consubstancia com a Constituição alemã (1949), bem como a criação do Tribunal Constitucional Alemão (1951). Cita ainda a Constituição da Itália (1947) e a sua Corte Constitucional (1956). Referências ao neoconstitucionalismo também são encontradas em Portugal (1976) e Espanha (1978).

Entre nós, foi a Constituição de 1988 o grande marco dessa nova visão do direito.²⁷

²⁴ FILIPPO, Thiago Baldani Gomes De. **Neoconstitucionalismo e súmulas vinculantes**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 2012, p. 58.

²⁵ BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e Aplicação da Constituição**. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 323.

²⁶ BARROSO, Luís Roberto. **Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito. O triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil**. Jus Navigandi, Teresina, ano 10, n. 851, 1 nov. 2005. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/7547>>. Acesso em: 30 jul. 2012.

²⁷ BARROSO, Luís Roberto. **Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito. O triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil**. Jus Navigandi, Teresina, ano 10, n. 851, 1 nov. 2005. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/7547>>. Acesso em: 30 jul. 2012.

Sob a Constituição de 1988, o direito constitucional no Brasil passou da desimportância ao apogeu em menos de uma geração. Uma Constituição não é só técnica. Tem de haver, por trás dela, a capacidade de simbolizar conquistas e de mobilizar o imaginário das pessoas para novos avanços. O surgimento de um sentimento constitucional no País é algo que merece ser celebrado. Trata-se de um sentimento ainda tímido, mas real e sincero, de maior respeito pela Lei Maior, a despeito da volubilidade de seu texto. É um grande progresso. Superamos a crônica indiferença que, historicamente, se manteve em relação à Constituição. E, para os que sabem, é a indiferença, não o ódio, o contrário do amor.

Assim, buscou-se desenvolver uma teoria sobre o como adequar-se a nova perspectiva dada ao direito constitucional, qual a valoração que a constituição tende a exercer no sistema jurídico. Essa teoria que se desenvolveu pós II Grande Guerra se chama neoconstitucionalismo, e caracteriza-se, basicamente, por uma adequação do valor que a Constituição possui no ordenamento jurídico. A Constituição passa a ser vista como a principal fonte normativa, o que se mostrará de suma importância no desfecho do presente trabalho, quando o leitor será levado ao juiz ativista, que fundamenta suas decisões em normas constitucionais, desígnio na garantia dos direitos fundamentais, dentre os quais se destaca a prestação da tutela jurisdicional efetiva.

Lassale diz haverem dois tipos de constituição: a constituição real e a constituição escrita e em seu conceito, a constituição escrita será boa e duradoura quando “[...] corresponder à constituição real e tiver suas raízes nos fatores do poder que regem o país.”²⁸

Partindo-se da ideia de Lassale, a constituição era vista como uma carta de intenções, como um projeto sem força normativa, sem densidade para poder realizar. O que importava, era a lei. O Estado que vigorava até então era o Estado da lei, o Estado legal ou o Estado legislativo.

Da percepção de que o Estado deva ser um “Estado constitucional”, em que a Constituição prepondere, tenha a força normativa é que surge o neoconstitucionalismo.

Continua Lassalle²⁹ dizendo que

[...] os problemas constitucionais não são problemas de direito, mas do poder; 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 tem valor nem são duráveis a não ser que expressem fielmente os fatores reais do poder que imperam na realidade social [...].

²⁸ LASSALLE, Ferdinand. **A Essência da Constituição**. 6. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001, p. 43.

²⁹ LASSALLE, Ferdinand. **A Essência da Constituição**. 6. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001, p. 40.

A constituição deixa de ser ‘mera carta de boas intenções políticas’ para se voltar ao indivíduo, valorizado enquanto pessoa humana.³⁰

No plano teórico, três grandes transformações subverteram o conhecimento convencional relativamente à aplicação do direito constitucional: “a) o reconhecimento de força normativa à Constituição; b) a expansão da jurisdição constitucional; c) o desenvolvimento de uma nova dogmática da interpretação constitucional.”³¹

O neoconstitucionalismo pode ser visto como uma aproximação do direito à busca da efetividade, ao passo que traz essa nova visão uma abertura do sistema jurídico e sua interação com enunciados éticos, morais e culturais, caracterizando-se a justiça como a razão de aplicação do direito positivado.³²

Foi o movimento do neoconstitucionalismo responsável pelo desenvolvimento da teoria dos direitos fundamentais, da teoria dos princípios e aprimorou a jurisdição constitucional, o papel do juiz no controle de constitucionalidade das leis. Esses os três pilares que sustentam o neoconstitucionalismo.³³

³⁰FILIPPO, Thiago Baldani Gomes De. **Neoconstitucionalismo e súmulas vinculantes**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 2012, p. 60.

³¹BARROSO, Luís Roberto. **Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito. O triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil**. Jus Navigandi, Teresina, ano 10, n. 851, 1 nov. 2005. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/7547>>. Acesso em: 30 jul. 2012.

³²Na visão de Thiago Baldani: “O sistema não mais basta por si só, sua legitimidade não mais se confunde com sua existência. Pelo contrário, o sistema é condicionado por ideais da Moral e da Justiça, indicados em grande parcela pelo próprio texto constitucional, possíveis de serem absorvidos pelos poros normativos. Toda a norma, quer seja regra, quer seja princípio, para ser legítima, deve conter uma alma de Justiça, o que significa expressa-la (o que normalmente ocorre com os princípios) ou, pelo menos, não contrariá-la (o que se dá com mais frequência com as regras). Nessa toada, o fenômeno é caracterizado, sobretudo, pelo sentimento de importância exacerbada do texto constitucional, pela ênfase aos princípios que o mesmo veicula, pela proteção máxima aos direitos fundamentais e expansão da jurisdição constitucional, além da aproximação do Direito a preceitos éticos e morais, mediante uma hermenêutica toda própria”. FILIPPO, Thiago Baldani Gomes De. **Neoconstitucionalismo e súmulas vinculantes**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 2012, p. 57.

³³Bem elaborado por Thiago Baldani Gomes de Filippo, uma evolução histórica dos direitos fundamentais em nossas constituições: “A ideia de neoconstitucionalismo está intimamente ligada à ideia de direitos fundamentais, sendo que no Brasil, todas as constituições que já vigoraram veicularam direitos dessa espécie, de forma mais ou menos abrangente. Em todas elas, entretanto, a maioria deles não saiu do papel. Na Constituição de 1824, esses direitos podiam ser facilmente tolhidos pelo Poder Moderador, o qual estava acima do bem e do mal e não encontrava qualquer limite. A Constituição de 1891 manteve os direitos fundamentais previstos na de 1824, mas acrescentou outros importantes, como o direito de reunião e de associação e a garantia do habeas corpus. Além disso, estendeu proteção aos estrangeiros residentes no país (artigo 72, caput). As constituições que sucederam, sob a égide do Estado Social (de 1934, 1937, 1946 e 1967/1969) também mantiveram basicamente os mesmos direitos, com a inserção dos direitos sociais. A própria carta magna de 1934 já previu o chamado ‘direito à subsistência’ (artigo 113, caput) e a assistência aos índios (artigo 113, inciso XXXIV), além do mandado de segurança e da ação popular (artigo 113, incisos XXXIII e XXXVIII). A Constituição atual não apresenta uma sistemática muito diferente das demais, apesar de, ao contrário destas, veicular direitos fundamentais ‘espalhados’ ao longo de seu texto”. FILIPPO, Thiago Baldani Gomes De. **Neoconstitucionalismo e súmulas vinculantes**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 2012, p. 60.

Destarte, ao presente estudo, importante se torna o desenvolvimento da Teoria dos Direitos Fundamentais trazida pelo neoconstitucionalismo.

A atual Carta Magna traz de novidade com relação aos direitos fundamentais é o enfoque dado a esses direitos, no que diz respeito à sua interpretação e aplicação de normas veiculadoras.³⁴

A característica marcante do neoconstitucionalismo é a ascensão dos valores, o reconhecimento da normatividade dos princípios e a essencialidade dos direitos fundamentais.³⁵

Os direitos fundamentais passaram a sofrer uma releitura, fundada na dignidade da pessoa humana, valor supremo que se traduz em fundamento do Estado, o que significa dizer que o Estado existe para o ser humano e não o ser humano para o Estado. É o Estado que deve servir de meio para atender as necessidades das pessoas e não as pessoas servirem de meio para atender às finalidades do Estado

Barroso³⁶ ensina que o “neoconstitucionalismo promoveu uma aproximação entre Direito, Ética e Filosofia.” Os direitos fundamentais ganham status de norma jurídica. Desse modo, na realidade pós-positivista, o juiz, figura principal desse estudo, ocupa posição relevantíssima na defesa da constituição e dos direitos fundamentais.

1.4 Direitos fundamentais

De suma importância se mostra o desenvolvimento do tema direitos fundamentais. Caracterizando-se como uma das bases do Estado democrático de direito, os direitos fundamentais são declarações constitucionais direcionadas ao gozo de todo cidadão. Dentre estes, posteriormente, destaca-se o direito fundamental à prestação efetiva da tutela jurisdicional.

Os direitos fundamentais, direitos do homem, direitos humanos, direitos públicos subjetivos são algumas das versões trazidas pela doutrina para nomear os direitos fundamentais da pessoa humana. Silva³⁷ conceitua os direitos fundamentais do homem como

³⁴ FILIPPO, Thiago Baldani Gomes De. **Neoconstitucionalismo e súmulas vinculantes**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 2012, p. 57

³⁵ BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e Aplicação da Constituição**. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 342.

³⁶ BARROSO, Luís Roberto. **Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito. O triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil**. Jus Navigandi, Teresina, ano 10, n. 851, 1 nov. 2005. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/7547>>. Acesso em: 30 jul. 2012.

³⁷ Nas palavras de José Afonso da Silva: “direitos fundamentais do homem constituem a expressão mais adequada a este estudo, porque além de referirem-se a princípios que resumem a concepção do mundo e

situações jurídicas subjetivas e objetivas definidas no direito positivo, em prol da dignidade, igualdade e liberdade da pessoa humana.

Quanto à natureza jurídica são direitos constitucionais na medida em que se inserem no texto de uma constituição ou mesmo constam de simples declaração solenemente estabelecida pelo poder constituinte, são direitos que nascem da soberania popular³⁸.

Sarlet³⁹ denomina direitos fundamentais como “os direitos do ser humano reconhecidos e positivados na esfera do direito constitucional positivo de determinado Estado”

Alexy⁴⁰ assim os descreve:

Direitos fundamentais são essencialmente direitos do homem transformados em direito positivo; os direitos fundamentais são elementos essenciais da ordem jurídica nacional respectiva, são direitos que determinada sociedade escolheu por bem inseri-los em seu direito positivo, sendo resguardados pela Constituição.

Na concepção de Canotilho⁴¹:

[...] os direitos fundamentais em sentido próprio são, essencialmente direitos ao homem individual, livre e, por certo, direito que ele tem frente ao Estado, decorrendo o caráter absoluto da pretensão, cujo o exercício não depende de previsão em legislação infraconstitucional, cercado-se o direito de diversas garantias com força constitucional, objetivando-se sua imutabilidade jurídica e política. [...] direitos do particular perante o Estado, essencialmente direito de autonomia e direitos de defesa.

informam a ideologia política de cada ordenamento jurídico, é reservada para designar, no nível do direito positivo, aquelas prerrogativas e instituições que ele concretiza em garantias de uma sobrevivência digna, livre e igual de todas as pessoas. Ainda abusando de suas palavrasno qualificativo ‘fundamentais’ acha-se a indicação de que se trata de situações jurídicas sem as quais a pessoa humana não se realiza, não convive e, nem ao menos sobrevive, fundamentais do homem no sentido de que a todos por igual, devem ser formalmente, reconhecidos, mas concreta e materialmente efetivados”. SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 34. ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 178.

³⁸ DUTRA, Valéria de Souza Arruda. **A questão da legitimidade e da eficácia social dos direitos fundamentais e a influencia da legística**. Disponível em: www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/bh/valeria_de_souza_arruda_dutra.pdf, acesso em 07 nov 2012.

³⁹ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos Direitos Fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

⁴⁰ ALEXY, Robert. **Colisão fundamentais no estado constitucional democrático**. Revista de Direito Administrativo, São Paulo, n. 217, p. 55-79, jul./set. 1999.

⁴¹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional**. 4.ed. Coimbra: Livraria Almedina, 1989, p. 353-354.

Vem de Vieira⁴² a ideia de serem os direitos fundamentais uma denominação utilizada por constitucionalistas para “designar o conjunto de direitos da pessoa humana expressa ou implicitamente reconhecidos por uma determinada ordem constitucional”.

Logo, direitos fundamentais seriam aqueles direitos ligados à liberdade e à igualdade, que nascem da própria condição humana e que são ou estão previstos no ordenamento constitucional.

Os direitos fundamentais são outorgados a todos os homens pela sua mera condição humana. Eles nascem e se desenvolvem em suas constituições, onde foram reconhecidos e assegurados.

1.4.1 Evolução histórica

Para Sarlet⁴³ a evolução histórica dos direitos fundamentais assinala o surgimento do Estado constitucional, cuja sustentação se dá mediante o reconhecimento e proteção da dignidade da pessoa humana, além de serem considerados, por alguns, como limitação do poder estatal.

Várias teorias procuram assumir a origem dos direitos fundamentais.

Um dos primeiros, e talvez o mais famoso, texto da Idade Média que trouxe uma restrição ao poder do soberano perante seus súditos, ainda que de forma precária, foi a Carta Magna, conquistada pelos barões ingleses junto ao rei João “Sem Terra”, em 15 de junho de 1215. A Carta Magna veio garantir os direitos individuais dos nobres contra os desmesurados privilégios e atitudes do soberano, em face do Poder Público⁴⁴.

Referido documento, inobstante tenha servido para garantir aos nobres ingleses alguns privilégios feudais, serviu como ponto de referência para alguns direitos e liberdades civis clássicos.⁴⁵⁻⁴⁶

⁴² VIEIRA, Oscar Vilhena. **Direitos fundamentais - uma leitura da jurisprudência do STF**. São Paulo: Malheiros, 1999b, p. 36.

⁴³ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos Direitos Fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 36.

⁴⁴ GRANDINETTI, Adriana Monclaro. **O Papel do Poder Judiciário na Efetividade dos Direitos Fundamentais** Revista Bonijuris › Núm. 510, Maio 2006, p.: 5-10. Disponível em <http://br.vlex.com/vid/papel-judiciario-efetividade-fundamentais-40752990>. Acesso em 17 dez 2012.

⁴⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos Direitos Fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 41.

⁴⁶ Também sobre a Carta Magna, Alexandre de Moraes: “A Magna Carta de 15 de junho de 1215 entre outras garantias previa: a liberdade da Igreja na Inglaterra, restrições tributárias, proporcionalidade entre delito e sanção (A multa a pagar por um homem livre, pela prática de um pequeno delito, será proporcional à gravidade do delito; e pela prática de um crime será proporcional ao horror deste, sem prejuízo do necessário à subsistência e posição do infrator); previsão do devido processo legal (Nenhum homem livre será detido ou

A doutrina francesa afirma que a origem dos direitos fundamentais deriva do pensamento cristão e também dos direitos naturais, ou seja, do cristianismo e do jusnaturalismo. De acordo com as ideias de Silva⁴⁷, várias condições propiciaram o surgimento desses direitos.

Primeiramente, as condições reais ou históricas apresentaram-se em contradições entre a sociedade expansiva mercantilista e burguesa e as monarquias absolutas atrasadas e arbitrárias.

Os direitos fundamentais e a separação dos poderes são conquistas liberais e serviram como forma de se evitar os abusos estatais em esferas individuais.

Importante ao estudo da evolução dos direitos fundamentais se faz a sua classificação de acordo e conforme o momento histórico em que foram surgindo referidos direitos. Assim, os direitos fundamentais são classificados em dimensões⁴⁸.

A doutrina aponta quatro principais dimensões dos direitos fundamentais, e os direitos fundamentais, de uma forma geral, têm como princípios cardinais os valores inaugurados na Revolução Francesa – liberdade, igualdade e fraternidade.

Direitos fundamentais de primeira dimensão. As revoluções liberais, ocorridas no final do Século XVIII que deram procedência aos direitos de primeira dimensão, isso porque o principal valor que se buscava, seu núcleo era liberdade.

Os direitos de primeira dimensão classificam-se como os direitos de defesa do indivíduo em face do Estado. Direitos que têm um caráter negativo, que vão exigir uma abstenção por parte do Estado. São chamados direitos de liberdade, essencialmente os individuais, e encontram-se aqui albergadas as liberdades públicas ou os direitos de liberdade,

sujeito à prisão, ou privado de seus bens, ou colocado fora da lei, ou exilado, ou de qualquer modo molestado, e nós não procederemos nem mandaremos proceder contra ele senão mediante um julgamento regular pelos seus pares ou de harmonia com a lei do país); livre acesso à justiça (Não venderemos, nem recusaremos, nem protelaremos o direito de qualquer pessoa a obter a justiça) liberdade de locomoção e livre entrada e saída do país". MORAES, Alexandre de. **Direitos Humanos Fundamentais: Teoria Geral – Comentários aos arts. 1 a 5 da Constituição da República Federativa do Brasil.** Doutrina e Jurisprudência. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1998, p. 26.

⁴⁷ SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo.** 34. ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 178.

⁴⁸ Nota explicativa: Optamos por adotar a terminologia ‘dimensões’ dos direitos fundamentais, coadunando com a nova interpretação doutrinária capitaneada por Ingo Sarlet (SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais.** 10ª Edição, Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 2011, p. 55) que tem entendido que o termo ‘gerações’ dos direitos fundamentais acaba por nos sugerir a ideia de que uma geração substitui a anterior, o que não ocorre nos direitos fundamentais, quando o reconhecimento de novos direitos fundamentais vem acumular aos demais já declarados, em uma clara ideia de somatória, de complementariedade e não substituição, como poderia sugerir o uso do termo ‘gerações’.

que se caracterizam pela necessidade da não intervenção do Estado no patrimônio jurídico dos membros da sociedade.⁴⁹

Fundamentalmente, os direitos de primeira dimensão são os direitos civis (vida, igualdade formal, liberdade, propriedade) e políticos e, como demonstrado, os direitos de primeira dimensão se identificam com o valor liberdade, tutelado pela Revolução Francesa.

Já os direitos de segunda dimensão relacionam-se com o princípio da igualdade, isto porque com a Revolução Industrial e o conseqüente advento da classe proletariada, subordinado à burguesia, também nasceram novas relações e conseqüentemente novos direitos fundamentais.

A segunda dimensão de direitos é ligada aos valores de igualdade, porém, não a igualdade formal, ‘tratar os iguais de forma igual e os desiguais de forma desigual’, a igualdade que se trata nos direitos de segunda dimensão é a igualdade material, que refere-se à atuação do Estado para reduzir desigualdades existentes⁵⁰.

Os direitos de segunda dimensão surgiram com a ideia de Estado social, prevalecendo a concepção intervencionista do Estado nas relações humanas, como meio de promover a igualdade entre as pessoas e de garantir o equilíbrio econômico e social. No rol dos chamados direitos sociais, incluem-se aqueles relacionados com o trabalho, a seguridade, a subsistência, o amparo à doença e à velhice⁵¹.

Alocam-se como direitos prestacionais. São direitos que tem um caráter positivo, que exigem uma atuação por parte do Estado. Direitos sociais, econômicos e culturais.

O surgimento da terceira dimensão ocorreu com o Estado democrático de direito, no século XX, devendo-se ao fato da existência de um mundo dividido entre nações desenvolvidas e subdesenvolvidas. Nasceram ao lado da liberdade e igualdade, sendo dotados de alto teor de humanismo e universalidade.⁵²

A terceira dimensão diz respeito aos direitos ligados à fraternidade ou à solidariedade. Segundo Bonavides, o que fez surgirem esses direitos de terceira geração foi a distância abismal entre países de primeiro mundo e os chamado terceiro mundo,

⁴⁹ LIMA, Francisco Gerson Marques de. **Fundamentos Constitucionais do Processo (sob a perspectiva da eficácia dos direitos e garantias fundamentais)**. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 34.

⁵⁰ ALVES, Cristiane Paglione. **A eficácia horizontal dos direitos fundamentais**. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XV, n. 100, maio 2012. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=11648>. Acesso em 13 dez 2012.

⁵¹ CARVALHO, Joana de Moraes Souza Machado. **A colisão de direitos fundamentais na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal**. Dissertação de Mestrado. Fortaleza/CE, 2006. Disponível em <http://www.dominiopublico.gov.br/download/cp021943.pdf>, acesso em 11 dez 2012.

⁵² BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2011b, p. 522.

desenvolvidos e subdesenvolvidos. Começou-se a falar na necessidade de colaboração, de ajuda dos países mais desenvolvidos aos menos privilegiados.

Os direitos de terceira dimensão então seriam, num rol exemplificativo, os seguintes: direito ao desenvolvimento ou progresso; direito ao meio ambiente; direito à autodeterminação dos povos (um dos princípios que rege o Brasil nas suas relações internacionais, art. 4º, CF/88); direito de comunicação; direito de propriedade sobre o patrimônio comum da humanidade e direito à paz.

Esses direitos são ainda taxados de direitos transindividuais, difusos ou coletivos.

Podemos depreender que as dimensões dos direitos fundamentais seguem a tríade da Revolução Francesa (liberdade, igualdade e fraternidade), estando diretamente relacionadas às formas de Estado de direito, na medida em que o grupo de direitos que programa cada dimensão é fruto do momento histórico vivido pela sociedade.⁵³

Bonavides⁵⁴ ainda fala em direitos de quarta dimensão, cujo fator histórico que teria lhes dado origem seria a globalização política, sendo a responsável pela introdução destes direitos no plano jurídico, ocasionando também uma globalização jurídica.

Podemos citar três direitos como de quarta dimensão: direito à democracia; direito à informação; direito ao pluralismo.

Apenas para fins ilustrativos, trazemos a quinta dimensão de direitos fundamentais, a qual Zimmermann⁵⁵, aponta como os direitos inerentes à realidade virtual, compreendendo o grande desenvolvimento da internet.

Dessa forma, com relação ao desenvolvimento dos direitos fundamentais conforme lição de Sarlet⁵⁶, estes são, acima de tudo, frutos de reivindicações concretas, geradas por situações de injustiça ou de agressão a bens fundamentais e elementares do ser humano.

Para Bobbio⁵⁷ os direitos fundamentais, democracia e paz são três momentos necessários para o desenvolvimento histórico: sem direitos do homem reconhecidos e protegidos não há democracia; sem democracia inexitem as condições mínimas para a solução pacífica dos conflitos.

⁵³CARVALHO, Joana de Moraes Souza Machado. **A colisão de direitos fundamentais na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal**. Dissertação de Mestrado. Fortaleza/CE, 2006. Disponível em <http://www.dominiopublico.gov.br/download/cp021943.pdf>, acesso em 11 dez 2012.

⁵⁴BONAVIDES, Paulo. **Palestra de abertura do X Seminário de Direito Militar realizado pelo Superior Tribunal Militar e proferida no dia 28/11/2011**. Disponível em: <<http://www.youtube.com/watch?v=zWnoaRP0jao&feature=related>>. Acesso em: 18 out. 2012.

⁵⁵ZIMMERMANN, Augusto. **Curso de Direito Constitucional**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

⁵⁶SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 103.

⁵⁷BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Rio de Janeiro: Forense, 1992, p. 49.

Dessa forma, conscientes da importância dos direitos fundamentais, necessária torna-se a garantia da aplicabilidade dos mesmos através de instrumentos capazes para sua realização e, assim é que se chega ao direito fundamental à tutela efetiva.

1.4.2 Direito fundamental à tutela efetiva

O direito fundamental à tutela efetiva vem na perspectiva constitucional da garantia do processo justo, ou seja, não mais apenas e tão somente um processo estruturado formalmente, mas sim a garantia mínima de meios e resultados, ou seja, a garantia qualitativa, a garantia de resultados.⁵⁸

Na visão de Cambi, os direitos não garantidos não são, de fato, direitos. Necessitam de instrumentos para que se realize o postulado da máxima efetividade dos direitos fundamentais, do qual a efetividade é uma espécie. Assim, para que os direitos sejam garantidos e satisfeitos concretamente, necessária a formulação de técnicas idôneas a garantir o máximo de efetividade dos direitos fundamentais⁵⁹⁻⁶⁰.

Nesse passo é que se buscará a jurisdição de primeira instância e o papel do juiz singular na garantia da efetividade processual.

Para Dinamarco⁶¹, a tutela jurisdicional é o resultado do processo em que a jurisdição se exerce. Ela não reside na sentença em si mesma como ato processual, mas nos efeitos que ela projeta para fora do processo e sobre as relações entre as pessoas, de modo a solucionar os conflitos de interesses.

No campo da efetividade, é preciso criar mecanismos de concretização dos direitos, sendo o processo o instrumento para realizarem-se os direitos na prática. Assim, não basta

⁵⁸ CAMBI, Eduardo. **Neoconstitucionalismo e Neoprocessualismo. Direitos Fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 218.

⁵⁹ CAMBI, Eduardo. **Neoconstitucionalismo e Neoprocessualismo. Direitos Fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 218-219.

⁶⁰ Na visão de Eduardo Cambi, “[...] com o intuito de limitar o direito fundamental à tutela efetiva, célere e adequada, poderia opô-lo ao princípio da separação dos poderes. Poder-se-ia afirmar que aquele está inserido neste e, por isto, a separação de poderes teria superioridade hierárquica ou estar em um escalão superior, em caso de colisão. No entanto, não há que se falar em superioridade hierárquica, porque tanto os direitos fundamentais quanto a separação dos poderes estão no núcleo essencial da Constituição Federal de 1988 (art. 60, §4º, III e IV, da CF/88), sendo, ambos, igualmente, cláusulas pétreas (limitações expressas ao poder constituinte reformador. Evidentemente, o judiciário integra o princípio da separação dos poderes, mas isto em nada se confunde com o direito à tutela jurisdicional efetiva, célere e adequada. Da mera existência do Poder Judiciário não decorre tal direito fundamental. Se este existe é para servir de garantia de implementação judicial de todos os direitos fundamentais”. CAMBI, Eduardo. **Neoconstitucionalismo e Neoprocessualismo. Direitos Fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 218-225.

⁶¹ DINAMARCO, Candido Rangel. **Tutela Jurisdicional**. Revista de Processo, São Paulo, n. 81, p. 54-81, jan.-mar. 1996b, p. 63.

apenas declarar os direitos (jurisdição)⁶², faz-se necessário que essa jurisdição seja prestada de forma a garantir a pretensão satisfativa das partes.

Porém, a fim de chegar-se a efetividade do direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva, necessário se mostra o estudo da jurisdição.

1.5 Jurisdição

De acordo com Didier⁶³, jurisdição é a realização do direito, através do parecer de terceiro imparcial, de modo autoritativo, o que, segundo autor, se traduz no caráter inevitável da jurisdição.

Ainda segundo Didier⁶⁴, a jurisdição pode ser vista como “poder, função e atividade”. Caracteriza-se como uma manifestação do poder estatal, da capacidade de decidir e impor suas decisões. Traz ainda o termo jurisdição a ideia da pacificação dos conflitos promovida pelos órgãos estatais, por meio do processo e aplicação do direito justo.

Nesse sentido, uma importante característica da jurisdição, segundo Chiovenda⁶⁵, é a ideia de seu caráter substitutivo, que consiste no Estado, ao analisar uma lide e aplicar o direito ao caso concreto, substituir a vontade das partes. A ideia presente na teoria do caráter substitutivo da jurisdição é que no exercício da atividade jurisdicional, o Estado realiza interesses de outros sujeitos e não seu, Estado.

Já para Couture⁶⁶, jurisdição é:

[...] função pública, realizada por órgãos competentes do Estado, com as formas requeridas pela lei, em virtude da qual, por ato de juízo, determina-se o direito das partes, com o objetivo de dirimir seus conflitos e controvérsias de relevância jurídica, mediante decisões com autoridade de coisa julgada, eventualmente, factíveis de execução.

⁶² BATISTA, Keila Rodrigues. **Acesso à justiça: instrumentos viabilizadores**. São Paulo: Letras Jurídicas, 2010, p. 54.

⁶³ DIDIER JR., Fredie. **Direito processual civil: teoria geral do processo e processo de conhecimento**. 6. ed. Salvador: JusPODIVM, 2006, p. 80-81.

⁶⁴ DIDIER JR., Fredie. **Direito processual civil: teoria geral do processo e processo de conhecimento**. 6. ed. Salvador: JusPODIVM, 2006, p. 80-81.

⁶⁵ “Pode-se definir jurisdição como a função do Estado que tem por escopo a atuação da vontade concreta da lei por meio da substituição, pela atividade de órgãos públicos, da atividade de particulares ou de outros órgãos públicos, já no afirmar a existência da vontade da lei, já no torná-la, praticamente, efetiva”. CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de direito processual civil**. São Paulo: Saraiva, 1962. v. II, p. 3.

⁶⁶ COUTURE, Eduardo J. **Fundamentos Del derecho procesal civil**. 3. ed. Buenos Aires: Depalma, 1978, p. 40.

Conflito se traduz como toda pretensão resistida ou toda pretensão insatisfeita. Controvérsias seriam aquelas questões de fato ou de direito que não podem se resolver com a autotutela e precisam que o Estado se pronuncie – novamente aqui se vislumbra a teoria de Chiovenda sobre o caráter substitutivo da jurisdição. O objeto próprio da jurisdição é a coisa julgada, sendo um elemento do ato jurisdicional. Quem “triumfa” poderia até não executar, mas isso seria uma faculdade, podendo assim proceder se desejasse⁶⁷. Afirmo Couture que a jurisdição, assim como o processo, tem sua função teleológica quando leciona: “Somente existe como meio de lograr um fim”⁶⁸.

Para o doutrinador uruguaio⁶⁹, o termo “jurisdição” apresenta quatro acepções diferentes no direito latino-americano: como âmbito territorial, como sinônimo de competência, conjunto de poderes ou autoridade de certos órgãos do poder público, e por fim, o sentido de função pública de fazer justiça.

A quarta acepção é a que tem maior relevância no presente estudo, a que se refere à função pública de fazer justiça.

Assim, ao passo das teorias explicativas da jurisdição suscitadas, verificamos que se trata a jurisdição de um poder do Estado soberano, de aplicar o Direito posto a uma pretensão resistida trazida pelas partes ao poder judiciário. É uma expressão do Estado democrático de direito, que respeita as funções do poder (executivo, legislativo, judiciário).

Importa salientar que a tripartição dos poderes deve ser compreendida como tripartição de funções, haja vista ser o poder uno. O executivo, o legislativo e o judiciário são funções desempenhadas pelo Estado, que as exerce em nome do povo.

Didier⁷⁰ diz que “[...] a jurisdição somente é controlada pela própria jurisdição. A jurisdição, porém, controla a função legislativa (controle de constitucionalidade e preenchimento de lacunas) e a função administrativa”⁷¹.

⁶⁷ COUTURE, Eduardo J. **Fundamentos Del derecho procesal civil**. 3. ed. Buenos Aires: Depalma, 1978, p. 40.

⁶⁸ Tradução livre do trecho: “Solo existe como médio de lograr um fin”. COUTURE, Eduardo J. **Fundamentos Del derecho procesal civil**. 3. ed. Buenos Aires: Depalma, 1978, p. 43.

⁶⁹ COUTURE, Eduardo J. **Fundamentos Del derecho procesal civil**. 3. ed. Buenos Aires: Depalma, 1978, p. 27.

⁷⁰ DIDIER JR., Fredie. **Direito processual civil: teoria geral do processo e processo de conhecimento**. 6. ed. Salvador: JusPODIVM, 2006, p. 77.

⁷¹ Sobre o assunto, Candido Rangel Dinamarco esclarece: “A jurisdição não é um poder, mas uma das expressões do poder estatal, que é uno. Consequentemente, não se justifica a busca obstinada de diferenças substanciais (ontológicas) entre ela e as outras manifestações desse poder (administração, legislação); as diferenças são meramente funcionais e metodologicamente é muito mais útil a busca do que todas têm em comum, ou seja, a busca da essência do conceito de poder e dos desdobramentos que daí decorrem. O que distingue a jurisdição está nas suas características externas, representadas pelos objetivos em razão dos quais é exercida e pelo seu exercício sempre ligado a casos concretos: tal é a perspectiva funcional da jurisdição. Se o poder estatal é uno e a jurisdição mera expressão dele, não tem sentido a divisão da jurisdição em ‘especies’, nem a suposta distinção ontológica entre jurisdição ‘contenciosa’ e jurisdição voluntária: ambas remontam ao

No Brasil, o poder judiciário tem a função precípua de não permitir que a jurisdição seja reabsorvida pelos demais poderes, sendo garantida a sua independência ao aplicar o direito ao caso concreto. Assim, uma vez compreendida a jurisdição, como o poder-dever do Estado de dizer o direito ao caso concreto, de modo a prestar a tutela jurisdicional devida a todos, o Estado encarrega-se com a obrigação de prestar uma justiça efetiva, pondo fim ao estado de insatisfação gerado entre os litigantes.

Com efeito, o direito público subjetivo existe a partir do momento em que o Estado passa a impedir a atividade do titular do direito no sentido de efetivá-lo, porquanto, ao agir desse modo, o Estado se obriga a assegurar uma tutela equivalente, "outorgando-lhe (ao titular do direito) os meios para torná-lo efetivo através de seus órgãos estruturados e predispostos para o cumprimento desse dever fundamental de toda organização estatal"⁷².

Concluindo, jurisdição é a atividade estatal, cujo objetivo consiste na pacificação dos conflitos existentes, substituindo-se a vontade das partes pela atuação do Estado-juiz, que afirma a vontade da lei, ou, nas palavras de Calamandrei⁷³, "poder ou função (chamada jurisdicional ou judicial) que o Estado, quando administra justiça, exerce no processo por meio de seus órgãos judiciais".⁷⁴

Dessa forma, diante de um conflito de interesses, em que as partes não cheguem a um consenso, invoca-se a tutela jurisdicional do Estado, que terá o poder-dever de dizer o direito aplicável àquela situação em concreto. E o Estado, ao tutelar esse direito, estará exercendo a sua jurisdição.

1.5.1 Jurisdição: função específica do poder judiciário

A jurisdição, como visto alhures, é o poder-dever do Estado de dizer o direito ao caso concreto, de modo a prestar a tutela jurisdicional devida, uma vez que o Estado proíbe a autotutela. Tem a finalidade de eliminar o estado de insatisfação que surge na sociedade ao se

conceito unitário de jurisdição e participam das mesmas características desta, residindo nas diversas funções perante o direito material o maior fator da distinção entre elas". DINAMARCO, Candido Rangel. **Execução Civil**. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 187.

⁷² SILVA, Ovídio A. Baptista da. **Curso de Processo Civil: processo de conhecimento**. 5. ed. São Paulo: RT, 2001. v. 1, p. 86.

⁷³ CALAMANDREI, Piero. **Direito Processual Civil**. Campinas: Bookseller, 1999, p. 96.

⁷⁴ "[...]a função jurisdicional do Estado visa à atuação da lei aos conflitos de interesses ocorrentes, assim compondo-os e resguardando a ordem jurídica. Sua finalidade é manter a paz jurídica, o que se dá com a afirmação da vontade da lei e consequente atribuição a cada uma das partes daquilo que é seu. Atuando a lei, a jurisdição faz justiça. Desse modo, tutela a ordem jurídica e, consequentemente, o direito subjetivo, quando ameaçado ou violado". SANTOS, Moacyr Amaral. **Primeiras linhas de direito processual civil**. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 2004. v. 1, p. 70.

estabelecer um conflito de interesses, porém, a fim de que sejam atingidos seus objetivos, a jurisdição tem que ser prestada de forma efetiva.

Mas, antes de adentrar-se no estudo da efetividade da jurisdição propriamente dita, cabível se mostra uma sucinta análise da finalidade a ser alcançada pelo instituto da jurisdição, a fim de entender essa função estatal, para então, buscar-se a sua efetividade.

Desde as sociedades políticas mais antigas já se notava a preocupação com a jurisdição, que se traduz como o mecanismo utilizado pelo Estado para impedir a “justiça de mão própria”, a aplicação da famosa “Lei de Talião” – olho por olho, dente por dente.

A jurisdição acaba por inibir a prática do uso da força e da “lei do mais forte”, sendo agora do Estado a prerrogativa de assegurar a proteção da sociedade e a amparar os meios pacíficos de solução de litígios.

Dinamarco⁷⁵ coaduna da concepção de pacificação dos conflitos, porém traz a jurisdição como “um conceito em crise”. Para o autor, o objetivo maior que move o Estado ao exercício da jurisdição é a eliminação de conflitos envolvendo pessoas ou coletividade de pessoas. Além disso, pacificar com justiça deve ser o primeiro objetivo da atividade judicante.

Dinamarco⁷⁶ afirma ser a jurisdição uma função estatal cujo exercício se caracteriza como “exteriorização da capacidade que tem o Estado de se impor para cumprir seus objetivos, ou seja, exteriorização do poder”.

De outra sorte, adverte o autor, aderindo à teoria chiovendiana, que a doutrina entende a atividade jurisdicional como substitutiva, ou seja, há interferência de uma atividade do Estado substituindo a dos envolvidos, no conflito, sem que seja considerada secundária ou supletiva.⁷⁷

Assim, resta evidente ser a jurisdição uma das funções da soberania do Estado, exercida direta e exclusivamente pelo poder judiciário, através de seus juízes, que agem em transferência às partes, que são proibidas de fazer justiça com as próprias mãos. É o poder de atuar o direito objetivo, a lei, que o próprio Estado elaborou através do poder legislativo, aos casos concretos, compondo os conflitos de interesses entre as partes, e dessa forma protegendo a ordem jurídica e o comando da lei, buscando a paz social e perpetrando justiça.

A jurisdição é tida como função precípua do Estado e deve ser exercida pelo poder judiciário para assegurar a ordem jurídica⁷⁸. É função do Estado, desde o momento em que,

⁷⁵ DINAMARCO, Candido Rangel. **Execução Civil**. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 182-184.

⁷⁶ DINAMARCO, Candido Rangel. **Execução Civil**. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 187.

⁷⁷ DINAMARCO, Candido Rangel. **Execução Civil**. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 187.

⁷⁸ SANTOS, Moacyr Amaral. **Primeiras linhas de direito processual civil**. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 2004. v.1, p. 67.

proibida a autotutela dos interesses individuais em conflito, por comprometedora da paz jurídica, se reconheceu que nenhum outro poder se encontra em melhores condições de dirimir os litígios do que o Estado, não só pela força de que dispõe, como por nele presumir-se interesse em assegurar a ordem jurídica estabelecida⁷⁹.

De acordo com o Desembargador Claudio Vianna de Lima, uma das missões precípuas do Estado, como nação juridicamente organizada é assegurar a paz social, garantir o pacífico desenvolvimento das relações coletivas. Detém para tanto, o monopólio da jurisdição, da função de declarar, no caso concreto de choque de interesses entre duas ou mais pessoas, qual o direito aplicável, resolvendo o conflito⁸⁰.

Para a obtenção da pacificação social, o Estado cria normas processuais e órgãos jurisdicionais, exercendo através deles o seu poder jurisdicional.

Assim, forçoso concluir-se que constitui poder/dever do Estado, via poder judiciário, regulamentar o exercício e a medida da jurisdição, garantindo a segurança jurídica ao indivíduo, podendo o mesmo pleiteá-la abertamente no poder judiciário, que deve buscar aperfeiçoar sua atuação na prestação jurisdicional.

1.5.2 Inafastabilidade do controle judicial

Apoiando-se no contexto histórico anterior à formação do Estado de direito - garantidor das liberdades individuais, coletivas e sociais – e porque outros sistemas de leis antes tentados se mostravam falíveis, inexecutáveis ou ineficientes, chega-se ao princípio da inafastabilidade do controle judicial.

A inafastabilidade decorre da própria natureza do Estado democrático de direito, que exige a separação de poderes e, esta separação estaria comprometida se o direito fundamental de acesso à justiça fosse restringido.

Aqui nasce a ocoreção, a essência do princípio da inafastabilidade do controle judicial, que se pode bem definir como uma garantia constitucional em que jaz uma das bases do Estado Democrático de Direito.

No âmbito internacional, o princípio em tela encontra respaldo, dentre outros, nos seguintes documentos: artigo X⁸¹, da Declaração Universal dos Direitos do Homem, de 1948;

⁷⁹SANTOS, Moacyr Amaral. **Primeiras Linhas de Direito Processual Civil**. 23 ed. São Paulo: Saraiva, 2004, v. 1, p. 67.

⁸⁰ LIMA, Cláudio Vianna de. **Arbitragem – a solução**. Rio de Janeiro: Forense/EMERJ, 1994, p. 4.

⁸¹ Artigo X, da Declaração Universal dos Direitos do Homem, de 1948 - "Todo homem tem direito, em plena igualdade, a uma justa e pública audiência por parte de um tribunal independente e imparcial, para decidir de seus direitos e deveres ou do fundamento de qualquer acusação criminal contra ele". BRASIL. Ministério da

artigo 6º, 1⁸², da Convenção Europeia para a Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais, de 1950; artigo 14, 1⁸³, do Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos, de 1966; artigo 8º, 1⁸⁴, da Convenção Americana sobre Direitos Humanos de 1969 – Pacto de São José da Costa Rica.

No Brasil, a Constituição Federal ratificou esta garantia expressamente no inciso XXXV do artigo 5º ao expressar que “A lei não excluirá da apreciação do poder judiciário lesão ou ameaça de direito”⁸⁵.

Segundo Lopes⁸⁶, da leitura do inciso XXXV do artigo 5º da Constituição Federal decorre que nenhuma lesão, nenhuma simples ameaça a direito, seja individual ou coletiva, poderá deixar de ser apreciada, e tampouco ser rechaçada ou repelida por qualquer juiz e, também, de modo algum o legislador infraconstitucional poderá dispor que o poder judiciário deixe de apreciar ou conhecer de matéria que venha a lesar ou ameaçar o direito do cidadão ou entidade.

Justiça. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. 10 de dezembro de 1948. Disponível em: <http://portal.mj.gov.br/sedh/ct/legis_intern/ddh_bib_inter_universal.htm>. Acesso em: 05 nov. 2012.

⁸² Artigo 6º, 1, da Convenção Europeia para a Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais, de 1950 - "Qualquer pessoa tem direito a que a sua causa seja examinada, equitativa e publicamente, num prazo razoável por um tribunal independente e imparcial, estabelecido pela lei, o qual decidirá, quer sobre a determinação dos seus direitos e obrigações de caráter civil, quer sobre o fundamento de qualquer acusação em matéria penal dirigida contra ela". CONVENÇÃO para a proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais. Roma, 04 abr. 1950. Disponível em: <http://www.echr.coe.int/NR/rdonlyres/7510566B-AE54-44B9-A163-912EF12B8BA4/0/POR_CONV.pdf>. Acesso em: 05 nov. 2012.

⁸³ Artigo 14, 1, do Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos, de 1966 - "Todas as pessoas são iguais perante os tribunais de justiça. Todas as pessoas têm direito a que a sua causa seja ouvida equitativa e publicamente por um tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido pela lei, que decidirá quer do bem fundado de qualquer acusação em matéria penal dirigida contra elas, quer das contestações sobre os seus direitos e obrigações de caráter civil". ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. **Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos (1966)**. Disponível em: <<http://www.oas.org/dil/port/1966%20Pacto%20Internacional%20sobre%20Direitos%20Civis%20e%20Pol%C3%ADticos.pdf>>. Acesso em: 05 nov. 2012.

⁸⁴ Artigo 8º, 1, da Convenção Americana sobre Direitos Humanos de 1969 – Pacto de São José da Costa Rica - "Toda 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". SÃO PAULO (Estado). Procuradoria Geral do Estado de São Paulo. Convenção Americana de Direitos Humanos (1969). (Pacto de San José da Costa Rica). Disponível em: <<http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/instrumentos/sanjose.htm>>. Acesso em: 05 nov. 2012.

⁸⁵ Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...] XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito. VADE MECUM. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 10.

⁸⁶ LOPES, Maria Elizabeth de Castro. **O juiz e o princípio dispositivo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 48

É de Grinover⁸⁷ a ideia de que o princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional se afirmou em todos os Estados modernos, indicando ao mesmo tempo o monopólio estatal na distribuição da justiça (*ex parte principis*) e o amplo acesso de todos à referida justiça (*ex parte populi*).

Em outras palavras, por ser garantia individual do cidadão, o Estado se obriga à tutela jurisdicional sempre que haja uma lesão ou ameaça a direito, assistindo-lhe a competência para a decisão final.

Vale salientar que se trata de o Estado dever entregar a tutela jurisdicional e não a mera prestação jurisdicional. É que a primeira implica propriamente a entrega do bem da vida perseguido, enquanto a segunda é a mera atividade do judiciário. Por exemplo, se o juiz proferir 300 (trezentas) sentenças erradas no mesmo dia, estará havendo prestação jurisdicional, mas não haverá a tutela jurisdicional.

É a garantia à ordem jurídica justa, o que garante, não apenas uma resposta de mérito, mas também a tutela mais adequada possível ao direito material que se invoca.⁸⁸

A prestação jurisdicional deve garantir não apenas a possibilidade de o jurisdicionado receber, ao final de seu processo, uma sentença de mérito, mas sim que essa decisão poderá se efetivar, ou seja, terá a realização de seus objetivos, e essa efetivação deve dar-se em um período de tempo cada vez menor.

Segundo Lopes⁸⁹

[...] não se pode confundir a prestação jurisdicional, que é o simples exercício da atividade jurisdicional, com a tutela jurisdicional, que tem o sentido de proteção judicial aos direitos. O processo é o instrumento que deve assegurar ao titular de um direito lesado a mesma satisfação que teria se esse direito não fosse violado.

Assim, por cedição a conclusão efetiva é de que o processo deverá garantir ao autor da demanda o mesmo resultado que ele, demandante, obteria caso não fosse necessária à busca da solução pelo poder judiciário.

⁸⁷ GRINOVER, Ada Pellegrini, **A inafastabilidade do controle jurisdicional e uma nova modalidade de autotutela**, Revista Brasileira de Direito Constitucional – RBDC, n. 10, jul./dez. 2007a. Disponível em: <http://www.esdc.com.br/RBDC/RBDC-10/RBDC-10-013-Ada_Pellegrini_Grinover.pdf>. Acesso em: 27 set. 2012.

⁸⁸ FILIPPO, Thiago Baldani Gomes De. **Neoconstitucionalismo e súmulas vinculantes**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 2012, p. 61.

⁸⁹ LOPES, Maria Elizabeth de Castro. **O juiz e o princípio dispositivo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 49

Para efeitos informativos, ressalta-se que geralmente quando se retira o acesso à justiça é para permitir a existência de um regime mais voltado para a ditadura.

No Brasil, essa limitação à justiça ocorreu nas constituições outorgadas (impostas), como é o caso da constituição de 1824; de 1937 e de 1967. Vale salientar que discordamos dos que entendem que a constituição de 1967 foi promulgada, porque embora tenha sido aprovada pelo congresso, os constituintes foram obrigados a atender a um rigoroso rito pré-definido pelo governo.

A propósito, Ato Institucional (AI) nº 5/68, de 13.12.1968, em seu art. 11 assim determinava: "Excluem-se de qualquer apreciação judicial todos os atos praticados de acordo com este Ato Institucional e seus Atos complementares, bem como os respectivos efeitos", o que se constitucionalizou por meio dos artigos. 181 e 182 da CF de 1969, proibindo, inclusive, o acesso à justiça por questões raciais.⁹⁰

Atualmente o país vivencia a normalidade institucional democrática, em que vige o princípio por que toda e qualquer lesão a direito constituído deverá ser conhecida e destinada à apreciação do poder judiciário, de forma que se consagre manifestadamente o direito de ação.

Por conseguinte, assiste a todos obter do poder judiciário a tutela jurisdicional adequada. Deve-se salientar que a garantia constitucional insculpida no inciso XXXV do art. 5º da Constituição Federal⁹¹ é ampla o bastante para abranger além dos titulares de direitos, inclusive quem detém meras pretensões infundadas, facultando-lhe, destarte, recorrer ao judiciário em busca de validar ou não sua pretensão.

Assim, de acordo com o princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional, a constituição federal assegura a todos a possibilidade de acesso ao judiciário, de tal sorte que, toda vez que o cidadão não conseguir obter, diretamente, a completude de um interesse, de uma pretensão, poderá socorrer-se do poder judiciário e deduzir em juízo sua necessidade⁹².

⁹⁰ Acerca das exceções históricas ao referido princípio, vale ressaltar comentário de Celso Bastos: "Algumas exceções históricas que este princípio sofreu se deram em períodos de não vigência do Estado de Direito. Nestas ocasiões, eram frequentes determinados atos de força legislativa auto-excluírem-se da apreciação do Judiciário. Estas exceções, contudo, tinham sempre a sua vigência condicionada à manutenção do Estado autoritário. Desaparecido este, restaura-se, em sua plenitude, a acessibilidade ampla ao Poder Judiciário". BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra. **Comentários à Constituição do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988**. São Paulo: Saraiva, 1989. v. 2, p. 171.

⁹¹ Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...] XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito. VADE MECUM. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 10.

⁹² ROCHA, Andréa Presas. **Princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional (direito de ação)**. Jus Navigandi, Teresina, ano 15, n. 2497, 3 maio 2010. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/14788>>. Acesso em: 17 dez 2012.

Marinoni⁹³ diz que o “princípio da inafastabilidade garante uma tutela jurisdicional adequada à realidade da situação jurídico-substancial que lhe é trazida para solução”. Em outras palavras, “garante o procedimento, a espécie de cognição, a natureza do provimento e os meios executórios adequados às peculiaridades da situação de direito material”.

Importa destacar que o instrumento com que jurisdição se efetiva –processo- possui características e peculiaridades estabelecidas na carta magna, estando, cercado de preceitos que garantem “não apenas acesso à Justiça, mas à ordem jurídica justa”⁹⁴.

Como já visto, o princípio da inafastabilidade do controle judiciário implica o direito de ação, ou direito ao processo, ao devido processo constitucional, haja vista que não teria sentido a ampla garantia de acesso aos tribunais sem que fosse garantido o instrumento de atuação da atividade jurisdicional: o processo. A verdade é que quem recorre ao poder judiciário na maioria dos casos, busca uma prestação jurisdicional que se materializa por meio do processo, motivo porque seria uma incongruência garantir-se o acesso à justiça sem o correlato direito ao processo.

Ademais, importa acentuar que o instrumento de jurisdição, em si só, não é suficiente, visto que não basta que se garanta o amplo acesso à justiça. Há que se garantir o acesso a uma ordem jurídica justa, com as garantias inerentes ao processo judicial, como o contraditório, ampla defesa, juiz natural, motivação das decisões, publicidade dos atos, celeridade processual, entre outras.

1.5.2.1 Acesso à justiça

Nesse tópico, o foco será o estudo do direito fundamental estendido aos cidadãos de ter efetivo acesso à justiça, deduzindo pretensão e defendendo-se do modo mais amplo, garantindo-se além do amplo acesso ao judiciário, principalmente a garantia da aplicação de uma lei justa e razoável, bem como um julgamento da mesma forma pautado em razões lógicas e princípios jurídicos sólidos, num lapso temporal considerável ou, como já dito alhures, buscando-se a almejada efetividade processual.

Assim, considerando a importância dos princípios constitucionais na aplicação do direito pátrio, e sendo objetivo do estudo a efetividade da prestação jurisdicional, analisar-se-á brevemente a garantia do acesso à justiça, que acaba culminando no princípio da efetividade,

⁹³ MARINONI, Luiz Guilherme. **Novas Linhas de Processo Civil**. 4.ed.São Paulo: Malheiros, 2000a, p. 204.

⁹⁴ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Os elementos objetivos da demanda examinados à luz do contraditório**. In: TUCCI, José Rogério Cruz e; BEDAQUE, José Roberto dos Santos (Coords.). *Causa de pedir e pedido no processo civil: questões polêmicas*. São Paulo: RT, 2002. p. 13-52, p. 14.

sempre no encaicho de uma prestaço jurisdiccional célere e efetiva, para que o jurisdiccional possa usufruir o bem da vida, em tempo que lhe seja justo, razoável.

No capítulo seguinte, o qual cuidará da efetividade processual relacionada com a razoável duração do processo, o estudo se direcionará no sentido de questionar se apenas e tão somente a obtenço da celeridade processual, da razoável duração do processo é suficiente para conferir efetividade à prestaço jurisdiccional, mas essa uma discussão que será travada mais adiante.

A garantia da inafastabilidade de acesso se traduz na certeza conferida aos jurisdicionados de obter do Estado a prestaço jurisdiccional sempre que presente lesão ou ameaça de direito.

Durante o Estado liberal, entendia-se que o direito de ação correspondia ao direito formal de ajuizar uma ação e, nessa perspectiva, estaria em juízo apenas quem pudesse arcar com os custos de uma demanda, posto que o Estado não se ocupava de questões de ordem econômica e social. O acesso formal, mas não efetivo à justiça, correspondia à igualdade, apenas formal, mas não efetiva.⁹⁵

Com o decorrer do tempo e o reconhecimento dos direitos sociais, iniciou-se, por parte da sociedade, a cobrança de uma atuação positiva do Estado, não apenas no reconhecimento de direitos, mas também e, sobretudo, como importante fator de ligação com a justiça social.

É de Cappelletti⁹⁶ a explicação de que a expressão acesso à justiça

[...]“serve para determinar duas finalidades básicas do sistema jurídico – o sistema pelo qual as pessoas podem reivindicar seus direitos e ou resolver seus litígios sob os auspícios do Estado. Primeiro, o sistema deve ser igualmente acessível à todos; segundo, ele deve produzir resultados que sejam igual e socialmente justos.” E continua, “a justiça social, tal como desejada por nossas sociedades modernas, pressupõe o acesso efetivo”.

Em nosso ordenamento, referida garantia está prevista no inciso XXXV, artigo 5º da Constituição Federal⁹⁷: “A lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”.

⁹⁵ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça**. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1998, p. 9.

⁹⁶ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça**. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1998, p. 8.

⁹⁷ VADE MECUM. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 10.

Na visão de Batista⁹⁸, o acesso à justiça, visto como um direito fundamental, garante ao cidadão que, estando diante de uma situação que envolva a violação a uma norma jurídica ou a seu próprio direito, lhe seja conferida a prerrogativa do acesso à justiça.

Cappelletti e Garth entendem que o acesso à justiça deve ser encarado como requisito fundamental de um sistema jurídico moderno e igualitário que pretende garantir, e não apenas proclamar, o direito de todos.⁹⁹

Parte de Cappelletti e Garth ainda a afirmação de que nos países ocidentais, houveram três “ondas”, ou “três posições básicas” que culminaram com o efetivo acesso à justiça. Assim, a “*primeira onda*”, seria a assistência judiciária para os pobres¹⁰⁰.

Por meio dessa primeira onda, também é necessário o oferecimento de um grande número de advogados, de forma especial “nos países em desenvolvimento”, como é, poderíamos assim entender, o caso do Brasil. E também é necessário que esses advogados se tornem disponíveis para auxiliar àqueles que não possuem condições de arcarem com seus serviços.

A “*segunda onda*” do acesso à justiça se traduziria na “representação dos interesses difusos” que são “os interesses coletivos ou grupais, diversos daqueles dos pobres”¹⁰¹, onde a “combinação de recursos, tais como ações coletivas, as sociedades de advogados do interesse público, a assessoria pública e o advogado público podem auxiliar a superar este problema e conduzir à reinvidicação eficiente dos interesses difusos”

Por fim, como “*terceira onda*”, os autores referem-se ao “acesso à representação em juízo a uma concepção mais ampla de acesso à justiça”, alertando que “é necessário verificar o papel e a importância dos diversos fatores e barreiras envolvidos, de modo a desenvolver instituições efetivas para enfrentá-los. [...] Há um crescente reconhecimento da utilidade e mesmo da necessidade de tal enfoque no mundo atual.”¹⁰²

⁹⁸ BATISTA, Keila Rodrigues. **Acesso à Justiça: Instrumentos viabilizadores**. São Paulo: Letras Jurídicas, 2010, p. 27.

⁹⁹ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça**. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1998, p. 45.

¹⁰⁰ “Medidas muito importantes foram adotadas nos últimos anos para melhorar os sistemas de assistência judiciária. Como consequência, as barreiras do acesso à justiça começaram a ceder. Os pobres estão obtendo assistência judiciária em números cada vez maiores, não apenas para causas de família ou defesa criminal, mas também para reivindicar seus direitos novos, não tradicionais, seja como autores ou como réus[...]”. CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça**. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1998, p. 47.

¹⁰¹ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça**. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1998, p. 49.

¹⁰² CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça**. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1998, p. 73.

Pode-se relacionar o problema do acesso à justiça como um requisito fundamental, o mais básico dos direitos humanos, de um sistema jurídico moderno e igualitário que pretenda garantir, e não apenas proclamar, o direito de todos.¹⁰³

Constitui o acesso à justiça um direito-garantia sem o qual nenhum dos direitos, reconhecidos e declarados pelas constituições, tem exercício assegurado e conseqüentemente, a lesão ou ameaça desfeita de forma eficaz.¹⁰⁴

O que a doutrina começou a perceber, como se vislumbra da própria teoria das ondas de acesso de Cappelletti e Garth, é que o conceito de acesso à justiça ia mais além, não bastando apenas e tão somente garantir a possibilidade de apresentação de demandas perante os órgãos do judiciário, mas deveria ser assegurado o direito ao alcance da ordem jurídica justa. Assim, constata-se que oferecer ao jurisdicionado somente a possibilidade de ingressar em juízo não se traduz em dar cumprimento ao princípio do acesso à prestação jurisdicional, ou como acentua Dinamarco, para quem a prestação de uma tutela inadequada que gerasse a frustração da “expectativa do credor em torno da situação final a que o obrigado estaria vinculado, era portadora de somente uma meia justiça, ou seja, de uma injustiça.”¹⁰⁵

Para se garantir a efetividade da jurisdição, o primeiro passo é a garantia de acesso à justiça. Sendo a jurisdição um direito de todos e dever do Estado, a negativa na prestação do serviço público ou a sua ineficiência – como, por exemplo, a justiça prestada a destempo – traduz-se, dessa forma, em descumprimento de dever estatal, de que não se pode escusar o Estado, acarretando a sua responsabilidade estatal.¹⁰⁶

Ainda sobre o acesso à justiça, Canotilho¹⁰⁷ traz um Acórdão do Tribunal Constitucional Português:

O direito de acesso aos tribunais reconduz-se fundamentalmente ao direito a uma solução jurídica de actos e relações jurídicas controvertidas, a qual se deve chegar num prazo razoável e com garantias de imparcialidade e independência, possibilitando-se designadamente, um correto funcionamento das regras do contraditório, em termos de cada uma das partes poder deduzir as suas razões, oferecer as suas provas, controlar as provas dos adversários e disreter sobre o valor e resultado de causas e outras.

¹⁰³ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça**. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1998, p. 45.

¹⁰⁴ LIMA FILHO, Francisco das Chagas. **Acesso à Justiça e os mecanismos extrajudiciais de solução de conflitos**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2003, p. 149.

¹⁰⁵ DINAMARCO, Candido Rangel. **A reforma do código de processo civil**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1996a, p. 153.

¹⁰⁶ ROCHA, Carmem Lucia Antunes. **O direito constitucional a jurisdição**. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (Coord.). **As garantias do cidadão na justiça**. São Paulo: Saraiva, 1993. p. 31-51, p. 34.

¹⁰⁷ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional**. 4.ed. Coimbra: Livraria Almedina, 1989, p. 431.

O acesso à justiça traduz mais do que simples acesso ao judiciário, deve ser entendido como um direito subjetivo, fundamental para o ser humano, que deve ser garantido pelo Estado de forma efetiva e igualitária para todas as pessoas ou, nas palavras de Marinoni¹⁰⁸ “o direito à igualdade, atualmente, quer significar direito à igualdade de oportunidades. No nosso caso, igualdade de oportunidades de acesso à justiça”.

Concluindo, no que se refere ao acesso à justiça, deve-se compreender que esse direito equivale à obtenção de resultados justos, porque não tem acesso à justiça nem o jurisdicionado que mal consegue fazer-se ouvir em juízo, nem o que, pelas mazelas contidas no processo, recebe uma justiça intempestiva ou alguma injustiça decorrente de uma falha do Estado no cumprimento de seu dever. Dessa maneira, busca-se aperfeiçoar a universalização da tutela jurisdicional e fazer com que o processo seja capaz de outorgar à parte que tem razão toda a tutela jurisdicional que tem direito de receber.¹⁰⁹

A efetividade da prestação jurisdicional vincula-se, pois, de maneira indissolúvel, à garantia de acesso à justiça, e caracteriza-se como uma tendência dos sistemas jurídicos modernos, o que se vislumbra principalmente nas constituições ocidentais progressistas do século XX, que buscam integrar as liberdades individuais tradicionais com as garantias e direitos sociais, buscando, com essa integração, a igualdade real perante a lei.

De forma sintética, podemos dizer que o acesso à justiça garantido na constituição federal do Brasil consiste, enfim, em quatro principais pontos, que são:

- o direito subjetivo de invocar a tutela jurisdicional, ou direito constitucional de ação, consistente na possibilidade de qualquer pessoa – com ou sem direito material reivindicado – instaurar o devido processo constitucional, instrumento estatal de solução de conflitos. Para isto, “basta a afirmação de um direito, lesado ou ameaçado, para que a pessoa tenha acesso à jurisdição e ao processo¹¹⁰”. Este direito deve ser garantido a todos de forma efetiva, independentemente de sua condição social ou econômica, através de instrumentos que o próprio Estado deve criar para superar os obstáculos que impedem a real possibilidade de exercício de tal garantia;
- no direito ao devido processo constitucional (ou devido processo legal), que consiste na garantia de acesso a meio adequado para a solução de conflitos. Daí a importância do

¹⁰⁸ MARINONI, Luiz Guilherme. **Questões do novo direito processual civil brasileiro**. Curitiba. Juruá, 1999, p. 28.

¹⁰⁹ DINAMARCO, Candido Rangel. **A reforma do código de processo civil**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1996a, p. 21-22.

¹¹⁰ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Os elementos objetivos da demanda examinados à luz do contraditório**. In: TUCCI, José Rogério Cruz e; BEDAQUE, José Roberto dos Santos (Coords.). *Causa de pedir e pedido no processo civil: questões polêmicas*. São Paulo: RT, 2002. p. 13-52, p. 15.

processo, que é o meio ou instrumento adequado – através de suas várias espécies de procedimentos – para o exercício do direito de ação previsto na Constituição, desde que não se afaste das garantias a ele inerentes, como contraditório, ampla defesa, juiz natural etc.;

- no efetivo acesso à ordem jurídica justa (garantia de efetiva prestação da tutela jurisdicional), ou seja, proporcionar a satisfação do direito não cumprido espontaneamente. Não basta o direito de ação e o devido processo legal, indispensável também que o Estado garanta um processo justo, que realmente satisfaça o interesse daquele que teve seu direito lesado. A Constituição garante a todos o efetivo acesso à ordem jurídica justa, assunto que será tratado com maior afincio no tópico seguinte;
- na prestação da tutela dentro de um prazo razoável, isto é, a prestação tempestiva da tutela jurisdicional, pois a lentidão da Justiça na solução dos conflitos acaba por impedir o efetivo acesso à justiça, garantido constitucionalmente. Desta forma, o direito a um processo sem dilações indevidas é uma garantia constitucional, cuja inobservância obstrui o acesso à justiça.

O direito fundamental do acesso à justiça abrange os aspectos acima, sendo que a inobservância de qualquer deles fere a garantia constitucional, bem como a efetividade da prestação jurisdicional.

Deste modo, verifica-se que o princípio da inafastabilidade da jurisdição visa garantir a todos o direito de acesso à justiça por meio do exercício do direito de ação e de defesa. Porém, o que restará comprovado neste trabalho é que apenas o acesso ao poder judiciário não é suficiente para que se garanta a efetividade da prestação jurisdicional, como se passa a demonstrar.

1.5.2.2 Efetividade processual

O acesso à justiça consiste numa garantia constitucional, num direito que o cidadão possui frente ao Estado. Porém, não basta que exista a garantia formal de uma tutela jurisdicional por parte do Estado. O Estado possui a responsabilidade de garantir que essa prestação seja adequada, efetiva e tempestiva.

A tutela adequada consiste no poder-dever do Estado de proporcionar um instrumento apropriado para que o cidadão, ao sofrer uma lesão ou ameaça, possa valer-se dos

meios jurídicos para defender-se. O Estado sempre deve oferecer um instrumento adequado àquele cidadão que se sentiu lesado e pretende tutelar seus direitos.

Também a tutela jurisdicional deve ser efetiva, tendo como premissa que o termo eficácia está ligado àquilo que produz o resultado desejado. Assim, entende-se por tutela jurisdicional efetiva aquela que o Estado entrega ao jurisdicionado, cumprindo adequadamente os objetivos pleiteados, respeitando-se os princípios constitucionais do contraditório, ampla defesa, juiz natural, motivação das decisões, publicidade dos atos, celeridade processual, entre outros.

Tendo o Estado assumido o monopólio da administração da justiça, não deveria se cogitar das dificuldades impostas ao cidadão quando do acesso à justiça, nem mesmo deveria se discutir a efetividade da função jurisdicional, uma vez que a ordem jurídica justa deveria ser uma das mais importantes funções do Estado. O acesso à ordem jurídica justa traduz-se, de modo primordial, em uma questão de cidadania.¹¹¹

Novamente aqui se fazem presentes as teorias e ideias trazidas pelo neoconstitucionalismo, posto que quando se fala em efetividade, primeiramente buscou-se a efetividade das normas constitucionais, aplicadas na realização da liberdade, igualdade e justiça, afastando-se, com isso, o direito constitucional da teoria do Estado e aproximando-o do direito processual, enfatizando-se a figura do juiz como garantidor da aplicabilidade das normas.¹¹²

Constitui-se tarefa sobremaneira dificultosa a definição do conceito de efetividade. A maioria da doutrina caminha no sentido de que a efetividade se traduz no processo que deve dar, na medida do possível, a quem tenha um direito, tudo aquilo e exatamente aquilo que ele tem direito de conseguir. Ou seja, o processo deve garantir a plenitude do direito e, portanto, seu resultado deve corresponder inteiramente à tutela jurisdicional devida.¹¹³

¹¹¹ “O acesso à ordem jurídica justa é, antes de tudo, uma questão de cidadania. A participação da gestão do bem comum através do processo cria o paradigma da cidadania responsável; responsável pela sua história, a do país, a da coletividade. Nascido de uma necessidade que trouxe à consciência da modernidade o sentido democrático do discurso, ou seja, o desejo instituinte de tomar a palavra e ser escutado”. MARINONI, Luiz Guilherme. **Novas Linhas do Processo Civil**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2000a, p. 28.

¹¹² FILIPPO, Thiago Baldani Gomes De. **Neoconstitucionalismo e súmulas vinculantes**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 2012, p. 62.

¹¹³ LOPES, Maria Elizabeth de Castro. **O juiz e o princípio dispositivo**. São Paulo. Revista dos Tribunais, 2006, p. 73.

A efetividade do processo traduz-se como a aptidão de eliminar insatisfações, fazendo justiça e cumprindo o direito. Complementando a elucidação, Marinoni¹¹⁴ propõe que “a tutela jurisdicional apenas será adequada se puder realizar efetivamente o direito material”.

Ou seja, não basta que haja somente tutela jurisdicional: é imprescindível que esta solução seja adequada aos clamores daquele que dela carece, haja vista que o objetivo da tutela jurisdicional adequada é fornecer aquela determinada prestação jurisdicional que solucionará a lide no plano do direito material, pondo um fim ao problema apresentado ao Estado.

Como adverte Bedaque¹¹⁵, “o processo não deve ser só assegurado à todos, mas representar instrumento apto a conferir tutela a quem realmente fizer jus a ela”.

Ainda Bedaques diz que o processo efetivo é aquele que observa o equilíbrio entre os valores segurança e celeridade, proporcionando às partes o resultado desejado pelo direito material.¹¹⁶

Nesse diapasão, necessária se demonstra a análise das garantias constitucionais tendentes a realizar a efetividade processual.

A constituição federal prevê nos incisos XXXV e LXXVII do artigo 5º, o acesso à justiça, a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação, no intuito de assegurar aos jurisdicionados um acesso efetivo.

Marcacini¹¹⁷, em tese de doutorado defendida na Faculdade de Direito da USP aponta que, para que se possa definir a efetividade do processo, aprioristicamente é necessário saber o que se pretende obter por meio do processo, ou seja, quais os fins que se pretende alcançar com o processo.

Assim pode-se dizer que o processo efetivo é aquele que, “observado o equilíbrio entre os valores segurança e celeridade, proporciona às partes o resultado desejado pelo direito material.”¹¹⁸⁻¹¹⁹

¹¹⁴ MARINONI, Luiz Guilherme. **Tutela Inibitória: individual e coletiva**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003b, p. 431.

¹¹⁵ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Os elementos objetivos da demanda examinados à luz do contraditório**. In: TUCCI, José Rogério Cruz e; BEDAQUE, José Roberto dos Santos (Coords.). *Causa de pedir e pedido no processo civil: questões polêmicas*. São Paulo: RT, 2002. p. 13-52, p. 14.

¹¹⁶ BEDAQUE, José R. Santos. **Efetividade do Processo e Técnica Processual**. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 49.

¹¹⁷ MARCACINI, Augusto Tavares Rocha. **Estudo sobre a efetividade do processo civil**. 1999. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade de São Paulo, São Paulo, 1999.

¹¹⁸ BEDAQUE, José R. Santos. **Efetividade do Processo e Técnica Processual**. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 49.

¹¹⁹ Barbosa Moreira assim se manifesta sobre os elementos necessários à efetividade processual “[...] o processo deve dispor de instrumentos de tutela adequados, na medida do possível, a todos os direitos (e outras disposições jurídicas de vantagem) contemplados no ordenamento, que resultam de expressa previsão

O processo, para que seja considerado efetivo, não pode ser um instrumento voltado apenas para ao cumprimento das decisões judiciais, posto que, uma prestação jurisdicional que cumpra concretamente uma decisão judicial, porém uma decisão injusta, não pode ser reconhecida como efetiva. A tutela, para que seja considerada efetiva, deve sobremaneira traduzir o sentido de justiça.

Calmon de Passos¹²⁰ manifestou sua preocupação com a aplicação da justiça, ao recomendar:

Se por efetividade traduzirmos a pura e simples solução do conflito, logrando-se a pacificação social (péssimo modo de dizer, pois em verdade o que há é a sujeição do vencido mediante a chamada violência simbólica, não necessariamente seu convencimento, que pacificaria) pouco importando a que preço e com que consequências, essa efetividade está maculada em sua origem e em sua destinação. Jamais pode ser vista como valor.

Calmon de Passos ainda nos adverte de que “a efetividade do injusto é a consagração da inefetividade do processo e da tutela jurídica.”

Para Didier¹²¹, a efetividade se traduz na máxima *chiovendiana*, segundo a qual o processo deve dar a quem tenha razão o exato bem da vida a que ele tenha direito, se não precisasse se valer do processo jurisdicional e, assim sendo, o processo jurisdicional deve primar, na medida do possível, pela obtenção desse resultado (tutela jurisdicional) coincidente com o direito material.

Coaduna-se da mesma opinião que Didier, na citação à Chiovenda, para quem o processo deve dar a quem busca pelo poder judiciário, a mesma solução que obteria se não precisasse se valer da jurisdição para solucionar seu conflito.

normativa, que se possam interferir no sistema; (b) esses instrumentos devem ser praticamente utilizáveis, ao menos em princípio, sejam quais forem os supostos titulares dos direitos (e das outras posições jurídicas de vantagem) de cuja preservação ou reintegração se cogita, inclusive quando indeterminado ou indeterminável o círculo dos eventuais sujeitos; (c) impende assegurar condições propícias à exata e completa reconstituição dos fatos relevantes, a fim de que o convencimento do julgador corresponda, tanto quanto puder, à realidade; (d) em toda extensão da possibilidade prática, o resultado do processo há que ser tal que assegure à parte vitoriosa o gozo pleno da específica utilidade a que faz jus segundo o ordenamento; (e) cumpre que se possa atingir semelhante resultado como mínimo dispêndio de tempo e energias”. MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Efetividade do processo e técnica processual**. Revista de Processo, São Paulo, nº 77, ano 20, p. 168-176, jan./mar. 1995, p. 168.

¹²⁰ PASSOS, José Joaquim Calmon de. **Direito, poder, justiça e processo**: julgando os que nos julgam. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 58.

¹²¹ DIDIER JR., Fredie. **Direito Processual Civil: Teoria Geral do Processo e Processo de Conhecimento**. 6. ed. Salvador: JusPODIVM, 2006, p. 54.

É a partir do objetivo traçado – dar a quem tenha a razão o bem da vida tutelado – que se busca a definição da efetividade.¹²²

Destarte, não se pode falar em efetividade da tutela jurisdicional diante de uma decisão injusta, daí a importância do processo como instrumento metodológico voltado à realização da efetividade da justiça.

Ainda, de acordo com Dinamarco¹²³:

[...]a força das tendências metodológicas do direito processual civil na atualidade dirige-se com grande intensidade para a efetividade do processo, a qual constitui expressão resumida da ideia de que o processo deve ser apto a cumprir integralmente toda a sua função sócio-política-jurídica, atingindo em toda a plenitude todos os seus escopos institucionais.

Deste prisma, não há como se falar em efetividade do processo sem considerar a justiça das decisões a serem proferidas. O processo, para ser efetivo, deve dar ao jurisdicionado o que ele tenha direito de conseguir.

O conceito de efetividade também está intimamente ligado à tempestividade da prestação jurisdicional, celeuma essa que acaba se tornando fundamental ao deslinde do presente estudo. Obviamente que o conceito de tutela efetiva não apenas se refere à prestação jurisdicional célere, porém, cediço é também que a tutela prestada a destempo não se mostra efetiva. Portanto, fundamental que, além de garantir o amplo acesso à justiça aos litigantes, o processo ainda deve oferecer meios para outorga da proteção tempestiva às partes – o que, aliás, é dever constitucional do Estado.

Entende-se por tempestiva a tutela prestada dentro de um prazo razoável, sem dilações indevidas. Trata-se de uma obrigação do Estado, já que ao invocar o monopólio do poder-dever de prestar a tutela jurisdicional, assumiu também a responsabilidade de fazê-lo de forma satisfatória. A demora na prestação da tutela acaba por ofender a garantia constitucional do acesso à justiça.

Assim, o ponto conclusivo dessa explanação sobre a efetividade é que não basta apenas garantir-se o acesso à justiça, há de se garantir também a justa decisão a ser proferida dentro de um prazo razoável.¹²⁴

¹²² DINAMARCO, Cândido R. **A instrumentalidade do processo**. 14.ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 270.

¹²³ DINAMARCO, Cândido R. **A instrumentalidade do processo**. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 270.

¹²⁴ “[...] não apenas deve outorgar uma satisfação jurídica às partes, como também, para que essa resposta seja a mais plena possível, a decisão deve ser pronunciada em um lapso de tempo compatível com a natureza do objeto litigioso, visto que – caso contrário – se tornaria utópica a tutela jurisdicional de qualquer direito”. TUCCI, José Rogério Cruz e. **Tempo e Processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 65.

Deste modo, a efetividade da tutela jurisdicional reclama uma prestação jurisdicional tempestiva, sem descuidar do ideal de justiça e do devido processo legal.

Porém, a celeridade processual não deve e, aliás, não pode ser confundida com efetividade do processo. É que, nem sempre um processo célere garante a sua efetividade. O que importa é garantir a tutela jurisdicional em prazo razoável, mas que seja feita uma justiça efetiva.

Aliás, o Pacto de San José da Costa Rica, ratificado pelo Brasil, prescreve o direito a um processo com duração razoável, donde se retira o princípio constitucional da efetividade. Não obstante ter sido promulgado e incorporado ao ordenamento jurídico brasileiro somente em 09 de novembro de 1992, adquiriu eficácia no plano internacional em 18 de julho de 1978.

Estabelece a Convenção Americana de Direitos Humanos, Pacto San José da Costa Rica¹²⁵, no inc. I art. 8, que:

Toda pessoa tem o 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 os seus direitos ou obrigações de natureza cível, trabalhista, fiscal ou de qualquer natureza.

Assim é que se culmina a análise do princípio da efetividade como forma de exercício pleno da garantia do acesso à justiça, para enfim, no próximo capítulo, na seara da celeridade processual, investigar a razoável duração do processo como forma de garantir a efetividade da jurisdição, estabelecendo-se uma indissociável ligação com a crise gerada no poder judiciário.

Necessária se torna, nesse momento, a análise do direito à duração razoável do processo enquanto garantia constitucional, enfoque que conduzirá o estudo ao seu objetivo, ou seja, a função jurisdicional de primeira instância e, como corolário, o papel do juiz na garantia da efetivação da celeridade processual.

¹²⁵ SÃO PAULO (Estado). Procuradoria Geral do Estado de São Paulo. Convenção Americana de Direitos Humanos (1969). (Pacto de San José da Costa Rica). Disponível em: <<http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/instrumentos/sanjose.htm>>. Acesso em: 05 nov. 2012.

CAPÍTULO 2 – TEMPO E PROCESSO: CRISE DO PODER JUDICIÁRIO

2.1 O Tempo do procedimento

“[...] O processo é demorado. Ou pelo menos, não acompanha a pressa que o tempo presente exige.¹²⁶”

A demora na prestação jurisdicional gera sentimento de angústia, de injustiça, que fere a dignidade humana de forma vil, devendo então, ser combatida por todos os meios.

A tramitação do processo não pode ficar alheia à passagem do tempo. É desejo do legislador fazer com que a tutela jurisdicional seja prestada pelo Estado dentro de um limite razoável de tempo, tanto que o poder legislativo procura editar normas com a finalidade de tornar o processo idealmente instrumentalizado, a fim de que possa ter uma duração razoável, como é o caso da emenda constitucional 45/2004.

O presente capítulo se focará no tempo dos procedimentos processuais, na verificação da efetividade da garantia constitucional da celeridade processual. Como resultado da demora na prestação jurisdicional – a duração razoável do processo vista apenas como uma norma programática-culminará com a crise gerada no poder judiciário.

2.1.1 Tempo e processo

Ao iniciar-se o estudo do tema tempo do processo, necessário se torna um breve esclarecimento acerca da terminologia ora empregada, que se revela indicativa da análise da duração dos procedimentos, do intervalo entre estes, conquanto o texto constitucional se refira expressamente à razoável duração do processo.

Na visão do doutrinador italiano Fazzalari¹²⁷, o procedimento é tido como uma estrutura técnica de atos jurídicos sequenciais previstos pela lei e praticados pelos sujeitos do processo, em que a validade da prática do ato consequente pressupõe a existência válida do ato antecedente.

Segundo Nunes¹²⁸, o estudo do tempo mensurável para a prestação jurisdicional passa pela análise de três elementos distintos: a) o intervalo, que corresponde na relação entre o começo e o fim de determinado movimento; b) a duração, correspondente ao cômputo, ao

¹²⁶ PORTANOVA, Rui. **Princípios do processo civil**. 4.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 173.

¹²⁷ FAZZALARI, Elio. **Instituições de direito processual**. Tradução de Elaine Nassif. 8. ed. Campinas: Bookseller, 2006, p. 113-114.

¹²⁸ NUNES, Benedito. **O tempo na narrativa**. 2. ed. São Paulo. Ática, 1995, p. 16-17.

lapso entre o início e o fim; e, por fim, c) a sucessão que é a passagem de um intervalo a outro numa ordem que liga o anterior ao posterior, ou seja, o cômputo de intervalos repetidos.

Ao presente estudo, que busca analisar a influência e consequências do tempo na prestação jurisdicional, importante se mostra o estudo do segundo elemento, qual seja a *duração*, a relação entre o começo e o fim do procedimento.

Cada procedimento processual é composto de vários intervalos sucessivos e com prazo de duração diversos. Assim, o número de intervalos sucessivos e a duração de cada um deles podem variar de acordo com a complexidade da causa, porém, atualmente a duração do intervalo entre o seu início e o final, é excessivamente longo. A previsão expressa no texto constitucional a respeito da razoável duração dos procedimentos e dos meios que garantam a celeridade de tramitação representou, de certo, um ganho em termos de direitos e garantias fundamentais.

A garantia insculpida no inciso XXXV do artigo 5º da constituição federal se consubstancia como imperativo de efetivação da justiça que busca, através da articulação de inúmeros mecanismos, conceder provimento adequado às demandas judiciais.¹²⁹

E para o cumprimento desse imperativo, cede-se que a prestação judicial deve ser prestada em um prazo razoável.

É de se observar que muitas injustiças ocorrem em razão da demora na prestação jurisdicional e, dessa forma, interessante ressaltar que a tutela dos direitos não é útil senão quando obtida num espaço razoável de tempo, o que nos leva a concluir que o fator tempo na prestação jurisdicional prevalece como componente basilar na garantia e realização do acesso à justiça.

Nunes¹³⁰ assevera que:

Com certa frequência, observa-se que a prestação da tutela jurisdicional muitas vezes só vem à baila quando o bem da vida objeto do processo não mais interessa ao autor, ou, ainda, que a tutela jurisdicional só foi prestada após o falecimento do autor. Assim, o Poder Judiciário deixa de ser o ambiente tido como ideal para a solução de conflitos.

A duração razoável do processo ganhou status de direito fundamental com a inclusão no ordenamento jurídico da emenda constitucional 45/2004, norma essa decorrente da

¹²⁹ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Curso de processo civil: processo de conhecimento**. São Paulo: RT, 2007.v. 2.

¹³⁰ NUNES, Gustavo Henrique Scheneider. **Tempo do processo civil e direitos fundamentais**. São Paulo: Letras Jurídicas, 2010, p. 125.

chamada reforma do poder judiciário. O texto da emenda constitucional, que acabou por acrescentar o inciso LXXVIII ao artigo 5º da CF diz que “a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a duração razoável do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação.”

Assim, uma vez garantido ao jurisdicionado o amplo acesso à justiça, o que se busca aqui garantir é a regularidade do processo, “com a verificação efetiva de todas as garantias resguardadas ao consumidor da justiça, em breve prazo de tempo, isto é, dentro de um tempo justo, para a consecução do escopo que lhe é reservado”¹³¹.

A garantia da duração razoável do processo se faz presente no sistema jurídico brasileiro antes mesmo da edição da emenda constitucional 45/2004, podendo-se afirmar que tal princípio já poderia ser considerado, anteriormente, implicitamente abarcado pelos princípios da inafastabilidade da função jurisdicional (art. 5º, XXXV), legalidade e eficiência (art. 37, *caput*) e mesmo pelo devido processo legal (art. 5º, LVI).

Nesse sentido, Marinoni¹³², que coaduna da opinião de que o direito à tutela jurisdicional tempestiva estava fundamentado no princípio da inafastabilidade da apreciação do judiciário, antes da edição da emenda da reforma processual.

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

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

A verdade é que a lentidão da resposta da justiça quase sempre a torna imprópria para atingir a composição equitativa da disputa. Na realidade da duração dos processos que vivenciamos nos dias atuais, muitas das vezes, mesmo saindo vitoriosa em sua demanda, a parte se sente injustiçada, “porque justiça tardia não é justiça, e sim, denegação de Justiça¹³³.”

¹³¹ TUCCI, José Rogério Cruz e. **Tempo e processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 87-88.

¹³² MARINONI, Luiz Guilherme. **Garantia da tempestividade da tutela jurisdicional e duplo grau de jurisdição**. In: TUCCI, José Rogério Cruz e (Coord.). **Garantias Constitucionais do Processo Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999a.p. 207-233, p. 208.

¹³³ THEODORO JUNIOR, Humberto. **Celeridade e efetividade da prestação jurisdicional: insuficiência da reforma das leis processuais**. Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil, Porto Alegre, v. 6, n. 36, p. 19-37, jul./ago. 2005b.

Compartilha-se a posição de Nunes¹³⁴, para quem a morosidade processual é um dos motivos causadores da inefetividade jurisdicional.

Wambier¹³⁵ assevera que a garantia do acesso à ordem jurídica trouxe ao judiciário uma série de consequências, as quais deverão ser combatidas por um judiciário célere, ágil e atento às mudanças. Na visão do doutrinador, o mero “tornar possível o acesso do cidadão não basta, é necessário que essa resposta seja dada em tempo hábil e a contento”.

A demora na solução das lides tem sido a mira de críticas que partem da mídia, do próprio jurisdicionado, e principalmente dos operadores do direito, o que nos leva a confrontar a ideia de tempo do processo com a de qualidade da prestação jurisdicional.

A busca incessante pela efetividade processual iniciou-se com as recentes reformas processuais, as quais destacam o fator tempo como sendo o seu maior ideal de justiça. Realmente o tempo da prestação jurisdicional caracteriza-se como um grande desafio na concretude da efetividade, haja vista que desde a propositura da demanda em juízo até a efetivação da tutela jurisdicional haverá uma série de acontecimentos que podem de alguma forma, atrapalhar a prestação da entrega do bem da vida enalçado.¹³⁶

Vem de Souza Santos¹³⁷ a ideia de que a duração excessiva de um processo provoca, entre outras consequências, a erosão da prova, a demora na justa reparação do direito violado,

¹³⁴ NUNES, Gustavo Henrique Scheneider. **Tempo do processo civil e direitos fundamentais**. São Paulo: Letras Jurídicas, 2010, p. 151.

¹³⁵ WAMBIER, Luiz Rodrigues; ALMEIDA, Flavio Renato Correia de; TALAMINI, Eduarda. **Curso avançado de processo civil: teoria geral do processo e processo de conhecimento**. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. v.1, p. 68.

¹³⁶ Destaca-se o posicionamento de André Nicollit que faz um paralelo entre o tempo adequado ao processo (prazo razoável) e a justiça. Segundo o autor: “A questão do tempo no processo filia-se à própria ideia de justiça e ganha contornos e cores tão difíceis de definir como justiça. Esta, como sabemos, é vista das mais variadas formas, seja no campo da sociologia, da filosofia ou do direito. Para nós, ficamos com a perspectiva aristotélica de justiça como uma mediania, a justa medida...a decisão justa não se esgota apenas no conteúdo, mas também na forma em que é produzida, nomeadamente em relação aos princípios processuais aos quais a atividade jurisdicional deve obediência, assim uma decisão só é justa quando é formal e materialmente justa. A questão temporal coloca-se quanto à forma da decisão (decisão formalmente justa). Uma decisão justa não pode ter o açoitamento e irreflexão incompatíveis com a atividade jurisdicional, tampouco pode ter a morosidade destrutiva da efetividade da jurisdição. Aqui também há que se encontrar a justa medida, o que se traduz em última análise, em fazer justiça”. NICOLLIT, André Luiz. **A Duração razoável do processo**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2006, p. 56.

¹³⁷ “A sociologia jurídica contemporânea tem equacionado estas questões e estudado a morosidade judicial em várias perspectivas. Para uns a morosidade foi conceptualizada como um problema de oferta e procura. A partir desta perspectiva, estudam-se, por um lado, os mecanismos para reduzir a procura de tutela de serviços judiciais, nomeadamente desjudicializando determinados litígios e, por outro lado, o modo de aumentar a oferta dos serviços jurídicos, ampliando os recursos financeiros e humanos, desenvolvendo novas distribuições territoriais desses serviços, racionalizando recursos, simplificando leis, nomeadamente a lei processual, e os procedimentos burocráticos e ainda, recorrendo a novas técnicas e conceitos oriundos da análise económica da produtividade do serviço judicial, e a novos quadros de análise de gestão do tribunal e dos processos, para examinar e comparar diferenças de produtividade entre vários tribunais, ou mesmo dentro de cada um deles. Outros tem enfatizado o estudo dos tribunais como organizações, utilizando os instrumentos de análise da teoria das organizações, pelo que, nessa perspectiva, as reformas que não alteram a organização não resultam numa verdadeira reforma, mas unicamente em compensações e ajustamentos

a agravação do custo econômico do sistema e desincentivo das partes para proporem seus recursos. Por isso, a celeridade processual deve ser considerada como uma vertente importante do direito fundamental do acesso à justiça.

Nesse diapasão, inicialmente faz-se uma análise sobre o tempo e suas influências sobre a efetividade da prestação jurisdicional.

2.1.2 Conceituação de duração razoável

O direito à razoável duração do processo é um direito subjetivo público, posto que seja dirigido ao poder público, ao Estado, que possui a obrigação de prestar a tutela jurisdicional em um tempo plausível e aceitável; autônomo, pois guarda autonomia em relação à tutela jurisdicional, e também se trata de um direito prestacional, haja vista que se exige do Estado uma atuação concreta para a satisfação dos direitos individuais, ou como prefere Canotilho¹³⁸, os direitos às prestações significam o direito do particular de obter algo através do Estado.

Entretanto, enquanto venha a ser um direito prestacional, em que se exige uma contraprestação do Estado, a pergunta que inevitavelmente vem à tona, quando se diz que o processo deve ter uma duração razoável ou não possuir dilações indevidas, é saber em quanto tempo um processo deveria terminar; qual o prazo que o Estado tem para concretizar esses direitos prestacionais?

Não se traduz em tarefa fácil determinar o lapso de tempo necessário para o desenvolvimento de um processo justo e eficaz. Segundo Arruda Alvim¹³⁹, trata-se de uma noção que deverá ser objeto de permanente construção, ou decantação.¹⁴⁰

entre os seus membros. Outros ainda, estudam a morosidade nos tribunais com base nas culturas jurídicas locais, que não são mais do que as práticas estabelecidas e comportamentos informais dos magistrados, funcionários e advogados, o que leva alguns autores a concluir que em locais diferentes há atitudes diferentes de maior ou menor propensão a litigação e de maior ou menor tolerância em relação a lentidão da justiça. Há ainda quem recorra à 'role theory' (teoria dos papéis sociais), para sublinhar a variabilidade da morosidade face ao modo como cada interveniente assume o seu papel no sistema, defendendo que os casos se resolvem mais depressa nos tribunais em que os juizes assumem a condução dos processos de forma expedita". SANTOS, Boaventura de Souza. **Introdução à sociologia da administração da Justiça**. Disponível em: <http://www.boaventuradesousasantos.pt/media/pdfs/Introducao_a_sociologia_da_adm_justica_RCCS21.PDF>. Acesso em: 09 set. 2012.

¹³⁸ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional**. 4. ed. Coimbra: Livraria Almedina, 1989, p. 370.

¹³⁹ ARRUDA ALVIM. **A EC 45 e o instituto da repercussão geral**. In: WAMBIER, Tereza Arruda Alvim (Coord.). **Reforma do Poder Judiciário: primeiras reflexões sobre a emenda constitucional nº 45/2004**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 63-99, p. 74.

¹⁴⁰ Aduz Gisele Santos Fernandes Góes que: "A razoável duração do processo não precisa ser tipificada, muito menos quantificada, em inúmeros prazos processuais, visto que, como bem ponderou o legislador da reforma, deve atender à lógica do razoável. A razoabilidade não possui quesitos constitutivos e cumulativos para a sua

Para Delgado¹⁴¹, a determinação do prazo é expressão que embora pareça ter conceito indeterminado, deve ser analisada em cada caso concreto, como o absolutamente necessário para a solução do litígio com segurança.

Alguns critérios elaborados pela Corte de Estrasburgo, o Tribunal Europeu de Direitos Humanos, servem para dimensionar e sopesar a duração dos processos, na tentativa de descobrir qual é o prazo aceitável de duração dos procedimentos. Cita-se a seguir referidos critérios porém, a posição adotada é no sentido de que embora existam critérios internacionais para delimitar a duração razoável de um processo, a razoabilidade não poderá ser determinada previamente.

A título de elucidação seguem referidos critérios¹⁴²:

1) Critérios para o cálculo da duração do processo:

- a) Termo inicial como a data da distribuição da petição inicial;
- b) Exclusão do procedimento administrativo prévio de natureza não jurisdicional, não realizado por autoridade judicial e não obrigatório;
- c) Exclusão da arbitragem do tempo de duração do processo executivo posterior;
- d) Consideração em sua totalidade dos processos bifásicos, com pluralidade de decisões sucessivas, com sentença parcial ou com cisão do julgamento do mérito;
- e) Exclusão do tempo de duração do processo penal anterior no caso de execução civil da sentença condenatória;
- f) Inclusão do tempo de duração do processo penal concomitante ao processo civil de conhecimento;
- g) Inclusão do procedimento de liquidação de sentença, da fase recursal e do processo de execução;
- h) Inclusão dos períodos de suspensão do curso dos prazos e dos processos;
- i) Termo final como a data do trânsito em julgado da sentença no processo de conhecimento ou da intimação da sentença extintiva do processo de execução.

2) Critérios para a avaliação da duração dos processos:

- a) Possibilidade de aferição da duração de processos em curso;
- b) Impossibilidade da fixação de prazo máximo de duração a priori;
- c) Critério da complexidade da causa;
- d) Critério das complexidades estruturais:

incidência, bastando para o seu exercício que se de preferência ao que é aceitável socialmente na visão de Perelman ou dentro da lógica do razoável RecásensSiches. O razoável é depreendido a partir da motivação racional, não havendo elementos previamente dispostos, o que se deve ter em mente é que se deve raciocinar a razoável duração do processo, com a visão de que se faça bloqueio do que é inaceitável ou arbitrário, gerando sempre resultantes de natureza negativa”. GÓES, Gisele Fernandes. Razoável duração do processo. In: WAMBIER, Tereza Arruda Alvim (Coord.). **Reforma do Poder Judiciário: primeiras reflexões sobre a emenda constitucional nº 45/2004**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 261-268, p. 266.

¹⁴¹ “A quantificação do prazo razoável deve atender um padrão que tem em consideração circunstâncias vinculadas à complexidade da causa, ao lugar onde ela se desenvolve, ao tipo de direito nela discutido, à idade das partes etc...”. DELGADO, José Augusto. Reforma do Poder Judiciário: art. 5º, LXXVIII, da CF. In: WAMBIER, Tereza Arruda Alvim (Coord.). **Reforma do Poder Judiciário: primeiras reflexões sobre a emenda constitucional nº 45/2004**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 355-371, p. 363.

¹⁴² TUCCI, José Rogério Cruz e. **Tempo e Processo**. São Paulo: RT, 1997, p. 67-68.

- i) Quanto ao procedimento;
- ii) Quanto às vicissitudes do processo;
- iii) Quanto à organização do órgão judicial.
- e) Critério da expectativa das partes;
- f) Critério do comportamento das partes;
- g) Critério da atuação das autoridades judiciais;
- h) Critério da somatória dos prazos legais.

Tucci¹⁴³ afirma que os critérios apenas servem como norte porém, não possuem valor absoluto, determinante:

[...]o reconhecimento desses critérios traz como imediata consequência a visualização das dilações indevidas como um conceito indeterminado e aberto, que impede de considerá-las como a inobservância dos prazos processuais pré-fixados.

Nesse sentido também o posicionamento da ministra do STJ, Fátima Nancy Andrighi¹⁴⁴ para quem os critérios elaborados pela Corte de Estrasburgo levam-nos a conclusão de que a cronologia dos atos processuais não tem valor absoluto, haja vista não existirem padrões temporais uniformes, sendo que a duração razoável deve ser analisada em cada procedimento específico, em cada causa, de acordo e conforme as circunstâncias individuais de cada caso.

Assim, a inobservância injustificada dos prazos processuais pode significar a dilação indevida do processo, se causar excesso do prazo final do processo. E o prazo final do processo vem a ser a somatória de todos os atos processuais. A conclusão é no sentido de que os critérios elaborados pela Corte Europeia devem ser aplicados apenas e tão somente para justificar o excesso de prazo e não coibir essa prática.

O posicionamento adotado é no sentido de que é impossível estabelecer-se uma definição fechada, uma regra matemática, uma tabela onde se aloquem as partes e procedimentos integrantes de um processo de modo a enquadrá-los nesses prazos.

¹⁴³ TUCCI, José Rogério Cruz e. **Tempo e Processo**. São Paulo: RT, 1997, p. 68.

¹⁴⁴ “A rica experiência jurisprudencial da Corte de Estrasburgo, de indiscutível validade para os fins da interpretação do indeterminado conceito de ‘razoável duração do processo’ e de aplicação dos mencionados critérios, nos leva a conclusão que o dado cronológico da duração do procedimento não tem valor absoluto, seja porque não existem parâmetros temporais preestabelecidos e uniformes, seja porque a razoabilidade ou a excessividade da duração de um processo por si só não se prestam a uma rígida avaliação em abstrato, mas exigem uma específica apreciação a ser feita segundo as circunstâncias concretas de cada causa individual e à luz dos mencionados critérios de avaliação da ‘razoável duração do processo’”. ANDRIGHI, Fátima Nancy. **A ordem constitucional e o novo direito civil**. Disponível em: <<http://bdjur.stj.gov.br/dspace/handle/2011/729>>. Acesso em: 16 jul. 2012.

No Brasil, diante da adoção de um sistema processual rígido, em que cada ato processual é praticado dentro da respectiva fase e em prazos previamente estabelecidos, estabeleceu-se como regra para a duração razoável do processo a soma do prazo final de todos os atos processuais necessários para uma determinada causa. O resultado obtido pela somatória desses prazos é a regra geral adotada no Brasil para determinar a tempestividade da tutela jurisdicional de cada procedimento¹⁴⁵.

Araújo¹⁴⁶, ao invés de tentar definir o que seria ‘prazo razoável’, cuidou de definir, a contrário sensu, o que seriam as dilatações indevidas:

Dilatações indevidas, aqui, devem ser entendidas como ‘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 dilatações dependam da vontade das partes ou de seus mandatários.

Realmente, se ao invés de nos preocuparmos em definir a ‘duração razoável’, cuidarmos das dilatações indevidas, tarefa mais fácil se torna a busca pela duração razoável do processo.

Porém, a falta dessa definição do conceito fechado de duração razoável do processo não poderá servir de pretexto para que lhe seja negada aplicação prática, isso porque o próprio sistema processual traz mecanismos à garantia da celeridade processual ou, na ausência de tais instrumentos, as atividades dos legisladores e dos juízes deverão supri-los.

Para Tucci¹⁴⁷, três critérios, segundo as circunstâncias do caso concreto, devem ser analisados na verificação da duração razoável do processo: a) a complexidade do assunto; b) o comportamento dos litigantes e de seus procuradores; c) a atuação do órgão jurisdicional, o

¹⁴⁵ Luiz Henrique Barbante Franzé: “Em outras palavras, basta somar os prazos regrados pela lei processual, como por exemplo, no procedimento ordinário, uma vez distribuída a ação, é acrescentado 1 (um) dia que o serventuário tem para submeter os autos à conclusão do juiz (CPC, art. 190). Após, são adicionados mais 2 (dois) dias para o despacho determinando a citação. São somados ainda 30 (trinta) dias que o oficial de justiça tem, em geral, para cumprir o mandado. Após, são adicionados 2 (dois) dias para o mandado cumprido ser juntado pelo serventuário, além do prazo de 15 (quinze) dias para a contestação do réu (CPC, art. 297) e assim por diante. Enfim da soma de todos os prazos até o efetivo término do processo, é que se poderá auferir, no caso concreto, a quantidade de dias que – se ultrapassados –, implicará a ofensa ao prazo razoável de duração do processo”. FRANZÉ, Luiz Henrique Barbante. **Direito fundamental a duração do processo por prazo razoável**. Revista Eletrônica de Direito/Unesp, Franca, v. 1, n. 2, 2011a.

¹⁴⁶ ARAÚJO, Francisco Fernandes. **Do prazo razoável na prestação jurisdicional**. Disponível em: <<http://kplus.cosmo.com.br/materia.asp?co=15&rv=direito>>. Acesso em: 17 jul. 2012.

¹⁴⁷ TUCCI, José Rogério Cruz e. **Garantias Constitucionais da Duração Razoável e da Economia Processual no Projeto do Código de Processo Civil**. Revista de Processo, São Paulo, ano 36, n. 192, p. 193-209, fev. 2011, p. 199.

que leva a conclusão de que as dilações indevidas não decorrem da simples inobservância dos prazos processuais prefixados.

O presente estudo se focará na duração razoável do processo com ênfase no terceiro elemento de verificação, ou seja, a atuação do órgão jurisdicional de primeira instância, o papel do juiz singular na garantia da efetividade da prestação jurisdicional, assunto esse que será objeto do terceiro capítulo desse trabalho.

2.1.3 Cortes internacionais

Salutar se mostra a análise da duração razoável do processo no campo do direito estrangeiro, especialmente se considerarmos que é bastante comum pressupor-se a demora na tramitação procedimental peculiar à jurisdição brasileira. Todavia, seguindo a linha de raciocínio de Barbosa Moreira, a existência de um número grande de processos com dilações indevidas é um problema universal e multissecular, que atrai a atenção de estudos em vários países.¹⁴⁸

Inicia-se pela análise de alguns instrumentos internacionais de proteção dos direitos humanos que acabam por salvaguardar o direito a duração razoável do processo como forma de preservar-se a dignidade da pessoa humana. Assim, o direito à razoável duração do processo faz parte de muitas Constituições de Estados Europeus e Americanos, Convenções e também foi objeto, no Brasil, da Emenda Constitucional nº45/2004, não assumindo a mesma proporção em todos os países, mas gerando sim debates públicos acalorados em todos eles.

Novamente citando Souza Santos¹⁴⁹, “o problema da lentidão jurisdicional não é privilégio do Brasil, mas sim um problema universal que atinge todos os países, desde os mais desenvolvidos até os mais pobres”.

Interessante ressaltar que já na Magna Carta de 1215 se notava a preocupação com a demora na prestação jurisdicional, quando trouxe em seu § 40¹⁵⁰ a seguinte disposição: “A ninguém venderemos, negaremos ou retardaremos direito ou justiça”.

Assim, a garantia da duração razoável dos procedimentos foi contemplada em vários ordenamentos internacionais de proteção aos direitos humanos.

Iniciando pela Convenção de Salvaguarda dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais – Convenção Europeia, de 1950, que previu na alínea I de seu artigo 6^o¹⁵¹ que

¹⁴⁸ MOREIRA, José Carlos Barbosa. **A duração dos processos: alguns dados comparativos**. Carta Mensal, Rio de Janeiro, v. 50, n. 591, p. 59-72, jun. 2004.

¹⁴⁹ SANTOS, Boaventura de Souza. **Introdução à sociologia da administração da Justiça**. Disponível em: <http://www.boaventuradesousasantos.pt/media/pdfs/Introducao_a_sociologia_da_adm_justica_RCCS21.PDF>. Acesso em: 09 set. 2012.

¹⁵⁰ Disponível em http://corvobranco.tripod.com/dwnl/magna_carta.pdf, acesso em 17 dez 2012.

“Toda pessoa tem direito a que sua causa seja examinada equitativa e publicamente em prazo razoável, por um tribunal independente e imparcial estabelecido pela lei[...]”.

Referido documento consagrou em âmbito internacional a expressão ‘prazo razoável’ como determinante do conceito de tempestividade da tutela jurisdicional, e também o direito ao processo sem dilações indevidas. É com base nessa convenção internacional que o Tribunal Europeu vem reconhecendo sistematicamente a responsabilidade de seus Estados-membros pela demora na prestação da tutela jurisdicional.

Outro documento internacional no mesmo sentido é o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, adotado pela XXI Sessão da Assembleia-Geral das Nações Unidas, em 16 de dezembro de 1966, sendo esse apontamento um acordo firmado entre os Estados, com a finalidade de garantir a efetividade dos direitos reconhecidos em referido documento.¹⁵²

¹⁵¹ Conselho da Europa - Convenção para a Protecção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais (Modificada nos termos das disposições dos Protocolos nºs 11 e 14) Adaptada em Roma, a 4 de Novembro de 1950. Entrada em vigor na ordem internacional: 3 de Setembro de 1953. CONVENÇÃO para a protecção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais. Roma, 04 abr. 1950. Disponível em: <http://www.echr.co.int/NR/rdonlyres/7510566B-AE54-44B9-A163-912EF12B8BA4/0/POR_CONV.pdf>. Acesso em: 05 nov. 2012.

Artigo 6.

(Direito a um processo equitativo)

1. Qualquer pessoa tem direito a que a sua causa seja examinada, equitativa e publicamente, num prazo razoável por um tribunal independente e imparcial, estabelecido pela lei, o qual decidirá, quer sobre a determinação dos seus direitos e obrigações de carácter civil, quer sobre o fundamento de qualquer acusação em matéria penal dirigida contra ela. O julgamento deve ser público, mas o acesso à sala de audiências pode ser proibido à imprensa ou ao público durante a totalidade ou parte do processo, quando a bem da moralidade, da ordem pública ou da segurança nacional numa sociedade democrática, quando os interesses de menores ou a protecção da vida privada das partes no processo o exigirem, ou, na medida julgada estritamente necessária pelo tribunal, quando, em circunstâncias especiais, a publicidade pudesse ser prejudicial para os interesses da justiça. [...]

¹⁵² Pacto internacional sobre direitos civis e políticos. ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. **Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos (1966)**. Disponível em: <<http://www.oas.org/dil/port/1966%20Pacto%20Internacional%20sobre%20Direitos%20Civis%20e%20Pol%C3%ADticos.pdf>>. Acesso em: 05 nov. 2012.

PREÂMBULO

Os Estados Partes do presente pacto, Considerando que, em conformidade com os princípios proclamados na Carta das Nações Unidas, o reconhecimento da dignidade inerente a todos os membros da família humana e de seus direitos iguais e inalienáveis constitui o fundamento da liberdade, da justiça e da paz no mundo, Reconhecendo que esses direitos decorrem da dignidade inerente à pessoa humana, Reconhecendo que, em conformidade com a Declaração Universal dos Direitos do Homem, o ideal do ser humano livre, no gozo das liberdades civis e políticas e liberto do temor e da miséria, não pode ser realizado a menos que se criem condições que permitam a cada um gozar de seus direitos civis e políticos, assim como de seus direitos econômicos, sociais e culturais, Considerando que a Carta das nações Unidas impõe aos Estados a obrigação e promover o respeito universal e efetivo dos direitos e das liberdades do homem, Compreendendo que o indivíduo por ter deveres para com seus semelhantes e para com a coletividade a que pertence, tem a obrigação de lutar pela promoção e observância dos direitos reconhecidos no presente Pacto, Acordam o seguinte:

[...] ARTIGO 14

[...] 3. Toda pessoa acusada de um delito terá direito, em plena igualdade, a, pelo menos, as seguintes garantias:

O Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos reconhece a dignidade da pessoa humana e de seus direitos iguais e inalienáveis como fundamento da liberdade, da justiça e da paz no mundo. Seu artigo 14, entre outras garantias judiciais, traz o direito a uma prestação jurisdicional tempestiva, sem dilações indevidas.

Já a Convenção Americana de Direitos Humanos – Pacto de San Jose da Costa Rica, de 1969, prevê em seu artigo 8º, inciso I¹⁵³, que “Toda pessoa terá o direito de ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou Tribunal competente, independente e imparcial [...]”.

Referido documento trata-se da mais importante norma supranacional de reconhecimento de direitos inerentes à dignidade humana.

Há também a Carta Africana de Direitos Humanos e dos Povos¹⁵⁴ – Carta de Banjul, aprovada pela Conferência Ministerial da Organização da Unidade Africana (OUA) em Banjul, Gâmbia, em janeiro de 1981, e adotada pela XVIII Assembleia de Chefes de Estado e Governo da Organização da Unidade Africana (OUA) em Nairóbi, Quênia, em 27 de julho de 1981.

Referido instrumento garante em seu artigo 7º o direito humano individual a uma prestação jurisdicional tempestiva.

a) de ser informado, sem demora, numa língua que compreenda e de forma minuciosa, da natureza e dos motivos da acusação contra ela formulada;

b) de dispor do tempo e do meios necessários à preparação de sua defesa e a comunicar-se com defensor de sua escolha;c)**de ser julgado sem dilações indevidas**(grifos nossos).

¹⁵³ SÃO PAULO (Estado). Procuradoria Geral do Estado de São Paulo. Convenção Americana de Direitos Humanos (1969). (Pacto de San José da Costa Rica). Disponível em: <<http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/instrumentos/sanjose.htm>>. Acesso em: 05 nov. 2012.

[...] Artigo 8º - Garantias judiciais

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

¹⁵⁴ SISTEMA africano de protecção dos direitos humanos. Carta Africana dos Direitos do Homem e dos Povos. 26 de Junho de 1981, Nairobi, Quênia. Disponível em:<<http://www.gddc.pt/direitos-humanos/textos-internacionais-dh/tidhregionais/carta-africa.html>>. Acesso em: 06 nov. 2012.

Adoptada pela décima-oitava Conferência dos Chefes de Estado e de Governo dos Estados Africanos membros da Organização de Unidade Africana a 26 de Junho de 1981, em Nairobi, no Quênia.

Entrada em vigor na ordem internacional: 21 de Outubro de 1986, em conformidade com o artigo 63º.

[...]

Artigo 7.º

1. Toda a pessoa tem direito a que a sua causa seja apreciada. Esse direito compreende:

a) O direito de recorrer aos tribunais nacionais competentes de qualquer acto que viole os direitos fundamentais que lhe são reconhecidos e garantidos pelas convenções, as leis, os regulamentos e os costumes em vigor;

b) O direito de presunção de inocência, até que a sua culpabilidade seja estabelecida por um tribunal competente;

c) O direito de defesa, incluindo o de ser assistido por um defensor de sua escolha;

d) O direito de ser julgado num prazo razoável por um tribunal imparcial.

Cediço concluir que o direito à razoável duração do processo tem-se qualificado como ponto de grande preocupação e atenção dos operadores e estudiosos do direito no mundo todo¹⁵⁵. Hoffmann¹⁵⁶ aduz que até mesmo nos países onde a litigiosidade é contida, seja por razões culturais ou sociais, é crescente a percepção de que algo deve ser feito para tornar a tutela mais célere e efetiva. Igualmente, nos países que deixaram um regime totalitário, com história recente de democracia, já é sentida a necessidade da adoção de mecanismos para a aceleração na resolução dos casos judiciais, uma vez que o exercício da liberdade e a conscientização da população conduziram a um aumento do número de demandas.

2.1.4 A recente condenação do Brasil pela Corte Interamericana de direitos humanos

A Corte Interamericana de direitos humanos recentemente condenou a República Federativa do Brasil à indenização por dano moral e emergente além de melhoramentos e capacitação na prestação de serviço público. Esta condenação foi aplicada no caso específico de Damião Ximenes Lopes, portador de deficiência mental, internado em casa de repouso no Ceará, e que após quatro dias de internação foi encontrado morto.

Fundamentado na Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica, – artigo 8.1)¹⁵⁷, segundo o qual

“[...]toda pessoa possui o direito de ser ouvida, com as garantias necessárias e num prazo razoável, por um juiz competente, imparcial e independente”, bem como no art. 25.1, pelo qual “toda pessoa possui direito a um recurso célere e simples ou a qualquer outro meio recursal efetivo perante a Justiça competente, que a ampare contra os atos de transgressão de seus direitos fundamentais reconhecidos pela Constituição, pela lei ou pela própria convenção, ainda que a violação tenha sido cometida por agentes do Estado”.

¹⁵⁵ “Aprimorar o serviço jurisdicional prestado através do processo, dando efetividade aos seus princípios formativos (lógico, jurídico, político, econômico), é uma tendência universal, hoje. E é justamente a instrumentalidade que vale de suficiente justificação lógico-jurídica para essa indispensável dinâmica do sistema e permeabilidade às pressões axiológicas exteriores: tivesse ele seus próprios objetivos e justificação auto-suficiente, razão inexistiria, ou fundamento, para pô-lo à mercê das mutações políticas, constitucionais, sociais, econômicas e jurídico-substanciais da sociedade”. DINAMARCO, Cândido R. **A instrumentalidade do processo**. 14.ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 25.

¹⁵⁶ HOFFMAN, Paulo. **O direito à razoável duração do processo e a experiência italiana**. Jus Navigandi, Teresina, ano 10, n. 782, 24 ago. 2005. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/7179>>. Acesso em: 11 jul. 2012.

¹⁵⁷ SÃO PAULO (Estado). Procuradoria Geral do Estado de São Paulo. Convenção Americana de Direitos Humanos (1969). (Pacto de San José da Costa Rica). Disponível em: <<http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/instrumentos/sanjose.htm>>. Acesso em: 05 nov. 2012.

Referida Corte Interamericana de Direitos Humanos, da Organização dos Estados Americanos (OEA) condenou o Brasil, em 4 de julho de 2006, com sentença publicada em 17 de agosto do mesmo ano, por fatos decorrentes da morte, em 4 de outubro de 1999, de um deficiente mental internado na Casa de Repouso Guararapes (Sobral/Ceará), instituição privada de tratamento psiquiátrico integrante do Sistema Único de Saúde (SUS).

Em 1 de outubro de 2004, a Corte Interamericana recebeu a denúncia proposta, em 22 de novembro de 1999, pela família de Damião Ximenes Lopes, representada pela Organização Justiça Global¹⁵⁸. Após o devido processo, veio o reconhecimento de que o Brasil violou os direitos humanos, ao não fiscalizar devidamente a clínica onde ocorreram os maus-tratos e a morte de Damião e ao deixar de julgar (punir) os culpados e de reparar os danos materiais e morais sofridos pelos familiares da vítima.

“A Corte Interamericana levou em consideração o atraso injustificável, por mais de seis anos, do trâmite da ação civil de reparação de danos movida pelos familiares da vítima e da ação penal contra os acusados da sua morte, tanto que, até a data do julgamento da Corte, ainda não existia, em relação aos fatos, qualquer sentença prolatada pelo Judiciário do Estado do Ceará. Aquele organismo internacional reconheceu, entre outras transgressões, ter havido ofensa aos direitos à vida e à integridade de pessoa portadora de deficiência, ofensa às regras da devida proteção judicial e ofensa ao princípio da razoabilidade do término do processo jurisdicional”¹⁵⁹ ¹⁶⁰.

Houvemos de chegar a tal ponto de uma condenação por uma Corte Internacional. O que se espera é que, no mínimo, tal condenação sirva de exemplo ao poder judiciário brasileiro e que este se conscientize da necessidade da aplicação prática da celeridade e da eficiência da prestação jurisdicional, com o exercício de meios realmente eficazes e não ofensivos às outras garantias processuais.

¹⁵⁸ Caso Ximenes Lopes versus Brasil. Corte Interamericana de Direitos humanos. Relator: Sergio Garcia Ramirez. San Jose da Costa Rica, 4/07/2006. Condenação do Brasil decorrente de desrespeito à morosidade e aos direitos fundamentais. Disponível em: <www.global.org.br/docs/sentencaximenesportugues.doc>. Acesso em: 25 set. 2012.

¹⁵⁹ GOIAS (Estado). Poder Judiciário do Estado de Goiás – Justiça Federal - Clipping biblioteca – 02 jul 2007, pgs. 20-21. Disponível em http://www.go.trf1.gov.br/setoriais/biblioteca/clipping/clipping_2007_07_02.doc, acesso em 07 nov 2012.

¹⁶⁰ Luiz Henrique Barbante Franzé: “Nesse julgamento a Corte salientou os elementos que devem ser considerados para a constatação do excesso de prazo razoável, a saber: complexidade do assunto (a demora deve ser causada pela atividade jurisdicional e não pela dificuldade própria da questão submetida ao juízo); atividade processual do interessado (o prejudicado não pode contribuir para a demora); e a conduta das autoridades judiciais (velar pelo célere término do processo)”. FRANZÉ, Luiz Henrique Barbante. **Direito fundamental a duração do processo por prazo razoável**. Revista Eletrônica de Direito/Unesp, Franca, v. 1, n. 2, 2011.

2.1.5 Direito estrangeiro

No âmbito do direito estrangeiro, devido à limitação do tema, não se discorrerá sobre todos os países, apenas os que se reputam mais importantes ao presente estudo.

Alguns Estados consagram expressamente o direito subjetivo a uma tutela jurisdicional tempestiva, fazendo uso das expressões ‘prazo razoável’ ou até mesmo ‘julgamento sem dilações indevidas’.

O problema da morosidade da justiça é, numa perspectiva comparada, talvez o mais universal de todos os problemas com que se defrontam os tribunais nos nossos dias. Não assumindo a mesma importância em todos os países é, no entanto, sentido em todos eles e também em todos, objeto de debate público. O problema da morosidade da justiça constitui uma importante interface entre o sistema judicial e o sistema político particularmente em regimes democráticos.¹⁶¹

O direito a razoável duração tem se mostrado como ponto de grande preocupação e tem despertado atenção dos operadores e estudiosos do direito assim no Brasil, como no mundo todo, posto que cedejo que a demora na prestação jurisdicional causa às partes envolvidas desconforto, ansiedade bem como prejuízos de ordem material decorrentes do fato de não terem as partes seus litígios solucionados em tempo aceitável.

Como se demonstrará, o direito fundamental à razoável duração do processo, além de estar previsto em diversas Convenções Internacionais, é preocupação nos Estados parte dessas convenções. Na Europa Ocidental e na América do Norte, o direito à razoável duração do processo vem sendo consagrado em inúmeros textos legislativos, dos quais derivou uma ampla produção doutrinária e jurisprudencial sobre o tema.

2.1.5.1 Portugal

A demora na prestação jurisdicional já preocupa os países europeus há muito tempo, especialmente aqueles Estados que incorporaram em seus ordenamentos jurídicos a garantia da prestação jurisdicional dentro de um prazo razoável, como é o caso de Portugal.

A Constituição da República Portuguesa, artigo 20, n^os 4, 5 dispõe:

¹⁶¹ SANTOS, Boaventura Souza et al. **Os tribunais nas sociedades contemporâneas: o caso português**. Lisboa: Afrontamento, 1996, p. 387.

Artigo 20.º Acesso ao direito e tutela jurisdicional efectiva

[...]

4. Todos têm direito a que uma causa em que intervenham seja objecto de decisão em prazo razoável e mediante processo equitativo.
5. Para defesa dos direitos, liberdades e garantias pessoais, a lei assegura aos cidadãos procedimentos judiciais caracterizados pela celeridade e prioridade, de modo a obter tutela efectiva e em tempo útil contra ameaças ou violações desses direitos.

Note-se que o texto português ainda traz a expressão ‘tempo útil’, que deve ser entendido no sentido de utilidade para a parte, no sentido literal de que quando do julgamento do processo a decisão ainda trará algum benefício ou utilidade para a parte que pleiteou o direito.

Em Portugal, são reiteradas as decisões no sentido de ser garantida às partes a duração razoável do processo. A Corte Constitucional afirma que a regra que consagra o acesso ao direito abrange o direito a uma solução jurídica dos conflitos em prazo plausível e com observância das garantias de imparcialidade e independência.

Nessa seara, cabível a transcrição de parte de Acórdão da Corte Portuguesa¹⁶², no qual restou assinalado que:

Para além do direito de ação, que se materializa através do processo, compreendem-se no direito de acesso aos tribunais, nomeadamente: a) o direito a prazos razoáveis de ação ou de recurso; b) o direito a uma decisão judicial sem dilações indevidas; c) o direito a um processo justo baseado nos princípios da prioridade e da sumariedade no caso daqueles direitos cujo exercício pode ser aniquilado pela falta de medidas de defesa expeditas; d) o direito a um processo de execução, ou seja, o direito a que, através do órgão jurisdicional se desenvolva e efetive toda a atividade dirigida à execução da sentença proferida pelo tribunal. VII – O Tribunal Constitucional tem caracterizado o direito de acesso aos tribunais como sendo, entre o mais, um direito a uma solução jurídica dos conflitos, a que se deve chegar em prazo razoável e com observância de garantias de imparcialidade e independência, possibilitando-se designadamente, um correto funcionamento das regras do contraditório, em termos de cada uma das partes poder deduzir as suas razões (de fato e de direito), oferecer as suas provas, controlar as provas dos adversários e discretar sobre o valor e resultado de umas e outras.

¹⁶² ACTC 7152, nº 96-1169-1, Rel. Monteiro Diniz, j. 05.03.1997. Disponível em: <<http://www.iob.com.br/bibliotecadigitalderevistas/bdr.dll/RDC/3fecc/4239c/42864/@15p1@?f=templates&fn=altmain-nf.htm&2.0>>. Acesso em: 01 jan. 2012.

O problema crucial que na prática se enfrenta é o da tutela. Quando o acesso ao direito é possível, e se consegue ingressar na porta de acesso aos Tribunais, ainda assim ficam quase sempre limitados esses direitos, limitação que, não raro, os torna inúteis pela lentidão e difícil tramitação judicial dos direitos a efetivar nos Tribunais. Assim como no Brasil, em Portugal e em outros Estados, a justiça que não seja prestada de forma célere, adequada às circunstâncias de cada caso, não se consubstanciará em uma prestação jurisdicional efetiva e justiça que não seja célere, adequada às circunstâncias de cada caso, não merece a designação de justiça.

Freitas, citado por Tucci¹⁶³, assevera que a obtenção de uma decisão de mérito em um prazo razoável, bem como a sua respectiva execução, consubstancia-se em uma derivação do direito de acesso aos tribunais, o qual a demora dos processos judiciais infringe, constituindo-se em uma inconstitucionalidade.

Como visto o problema da demora na prestação jurisdicional também é uma realidade em Portugal, e tal dificuldade, assim como no Brasil, vem sendo combatida naquele país através de reformas processuais.

2.1.5.2 França

Na França, tem-se aberto o campo de aplicação da responsabilidade estatal pelo funcionamento defeituoso dos serviços jurisdicionais para os casos de duração excessiva dos processos judiciais e para toda a falta do Estado no seu dever de proteção jurisdicional do indivíduo. Interessante ressaltar que naquele país, é dever do Estado reparar o dano causado pelo funcionamento defeituoso dos serviços prestados pelo Poder Judiciário.

Na visão de Oliveira¹⁶⁴:

Como se vê, a ideia central do Código de Organização Judiciária da França, na cauda das garantias individuais predispostas na Convenção Europeia para proteção dos direitos humanos e liberdades fundamentais, gira em torno da concretização do direito fundamental à razoável duração de um processo judicial, cuja violação, embora não tenha o condão de determinar a anulação ou o reexame da decisão censurada, caracteriza prestação defeituosa dos serviços da Justiça e impõe ao Estado o dever de reparar os danos causados ao jurisdicionado.

¹⁶³ TUCCI, José Rogério Cruz e. **Tempo e processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 77.

¹⁶⁴ OLIVEIRA, Rogério Nunes de. **A morosidade da entrega da jurisdição e o direito à razoável duração do processo judicial**. Revista de Direito da Faculdade de Campos, Campos/RJ, ano IV, n. 04, p. 609-643, 2003-2004, p. 616.

Ainda, é comum na França a imposição de multa ao litigante que se utiliza do processo como meio de praticar um abuso de direito, tendo inclusive o novo Código de Processo Civil francês, instituído pelo Decreto de 20.1.78, em seu artigo 32-1, disposto que:

Aquele que se utiliza da justiça de maneira dilatória ou abusiva pode ser condenado a uma multa de 15 a 500 euros, que deverá ser elevada para o valor máximo de 3.000 euros e aplicável para reprimir as lides temerárias em todos os órgãos jurisdicionais.

Por cediço, na França a garantia à razoável duração do processo, e seu cumprimento, é tarefa endereçada ao legislador, ao juiz e as partes do processo, lição a ser aplicada também no direito pátrio.

2.1.5.3 Espanha

Tucci¹⁶⁵ traz a constituição espanhola de 1978, que dispõe em seu artigo 24.2 que “Todos tem direito ao juiz ordinário previamente determinado por lei, à defesa e a assistência do advogado, a ser informado da acusação contra si deduzida, a um processo público sem dilações indevidas e com todas as garantias [...]”.

O direito à razoável duração do processo, no país em comento, tem como fundamento básico o fato de que todas as pessoas estão proibidas de satisfazerem seus próprios direitos e interesses, tal e qual o princípio da inafastabilidade no Brasil, uma vez que o ordenamento positivo prevê a solução dos conflitos através do Estado, este sim obrigado, a partir deste momento, em prestar ampla e oportuna tutela jurisdicional.

Na Espanha, de forma especial, prima-se pela estabilidade do sistema político, para que haja uma verdadeira tutela jurisdicional àquele que vem sofrendo violação, a garantia de ingressar em um órgão estatal que lhe atenda e julgue, dentro de um prazo razoável, a viabilidade de seus direitos, ou não.

Na Espanha, assim como no Brasil, o direito ao processo sem dilações indevidas é uma das garantias que decorrem do amplo acesso à justiça.

A Corte Espanhola, com relação às dilações indevidas, entende que a duração dos processos deve ter em conta também a especialidade do caso concreto, e pôr-se em relação com a correspondente decisão do órgão jurisdicional.

¹⁶⁵ TUCCI, José Rogério Cruz e. **Tempo e Processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 76.

Nas palavras de Nicolitti¹⁶⁶, a diferença está em distinguir-se duração razoável, ou processo sem dilações indevidas, com a questão do descumprimento dos prazos processuais. Afirma o autor que os Tribunais Constitucionais dos países europeus adotaram o entendimento de que o mero descumprimento dos prazos não configura por si só violação à garantia da duração razoável dos processos.

O Tribunal Constitucional da Espanha, em julgamento de 1985¹⁶⁷, deixou assentado que:

O art. 24.2 da Constituição não constitucionalizou o direito dos prazos, na verdade, constitucionalizou configurado como um direito fundamental, o direito de toda pessoa a que sua causa seja resolvida dentro de um tempo razoável. Esse conceito (o de processo sem dilações indevidas, ou em um tempo razoável) é indeterminado ou aberto, que deve ser dotado de um conteúdo concreto em cada caso, atendendo a critérios objetivos congruentes com seu enunciado genérico, como já ficou deliberado na precedente sentença de 14 de março de 1984.

De suma importância destacar-se que na Espanha há uma expressiva intenção da edição de leis e reformas visando à celeridade da tramitação, uma vez que a doutrina daquele país considera que a duração excessivamente exagerada e injustificada de um processo além de violar uma das garantias fundamentais de que estava revestido esse direito, também configura transgressão dos direitos materiais debatidos no processo.

2.1.5.4 Alemanha

Na Alemanha, o mandamento da tutela judicial efetiva está constitucionalmente consolidado no inc. IV, do art. 19 da Lei Fundamental¹⁶⁸, onde aparece relacionado como um “direito fundamental formal”, e este dispositivo constitucional garante a todos os indivíduos o direito à proteção judicial contra intervenções ilegais do Poder Público em seus direitos.

De igual forma aos países já analisados, os parâmetros para a configuração nacional da tutela judicial em tempo razoável se originam, de um lado, do direito comunitário; e de outro, da Convenção Europeia dos Direitos Humanos, funcionando como moldura ao direito alemão.

¹⁶⁶ NICOLITTI, André Luiz. **A duração razoável do processo**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2006, p. 23.

¹⁶⁷ BARTOME, Fernandez-Viagasapud TUCCI, José RogérioCruz e. **Tempo e Processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 76.

¹⁶⁸ Artigo 19, inc. IV da Lei Fundamental alemã: “Se alguém sofrer violação de seus direitos pelo Poder Público poderá recorrer à via judicial”. LEI Fundamental da República Federal da Alemanha, de 23 de maio de 1949. Disponível em: <http://www.brasil.diplo.de/contentblob/3160404/Daten/1330556/Gundgesetz_pt.pdf>. Acesso em: 14 set. 2012.

À título de esclarecimentos, em alguns Estados europeus, como na Áustria, por exemplo, a Convenção Europeia dos Direitos Humanos tem validade e status constitucional. Na Alemanha, a Convenção tem a maior efetividade do nível da hierarquia das normas intranacionais e a ela cabe uma preferência de fato diante do Direito Federal alemão. Dessa forma, a Alemanha aplica todos os preceitos da Corte Europeia no que diz respeito à violação ou não do direito fundamental a razoável duração dos processos e inclusive dispõe de meios internos para que seja combatida a infração a esse direito. A Convenção Europeia está vinculada, pelo princípio da interpretação favorável ao Direito Internacional Público, ao cânone normativo da Lei Fundamental¹⁶⁹.

Bredow¹⁷⁰ afirma que, embora a garantia do processo prevista no inc. 1, do art. 6º da Convenção Europeia dos Direitos Humanos seja conhecida no direito alemão, o excesso de demora no processo configura também violação ao inciso IV do artigo 19 da Lei Fundamental. O autor ainda explica que em processos baseados em situações complexas, frequentemente não é assegurada a tutela judicial efetiva com relação ao tempo de duração do processo, sendo essa lacuna sanada com instrumentos de tutela provisória, justificando o fato de que aos processos que possuam um alto grau de complexidade e litigiosidade não se pode garantir o julgado em tempo razoável pelo Tribunal alemão.

Sugestiva de efetividade no Brasil a solução encontrada no direito alemão.

2.1.5.5 Itália

Barbosa Moreira¹⁷¹ traz que a Itália se situa em uma curiosa contradição, a tomar-se em consideração o fato de que sua doutrina constitui um dos auge da ciência processual, com profunda influência no mundo latino porém, nítida a situação crônica do país, em relação à lentidão dos processos. Taruffo¹⁷² adverte que a duração média dos processos em 1996,

¹⁶⁹ BREDOW, LippoldFreiherrvon. **Direito processual administrativo no contexto europeu: tutela administrativa sob influência do direito internacional público e supranacional**. Tradução de Martim Vicente Gottschalk. Revista Cej, Brasília, n. 27, p. 5-12, out./dez. 2004. Disponível em: <<http://www2.cjf.jus.br/ojs2/index.php/cej/article/view/628/808>>. Acesso em: 01. out. 2012.

¹⁷⁰ BREDOW, LippoldFreiherrvon. **Direito processual administrativo no contexto europeu: tutela administrativa sob influência do direito internacional público e supranacional**. Tradução de Martim Vicente Gottschalk. Revista Cej, Brasília, n. 27, p. 5-12, out./dez. 2004. Disponível em: <<http://www2.cjf.jus.br/ojs2/index.php/cej/article/view/628/808>>. Acesso em: 01. out. 2012.

¹⁷¹ MOREIRA, José Carlos Barbosa. **A duração dos processos: alguns dados comparativos**. Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil, Porto Alegre, v. 5, n. 29, p. 28-36, maio/jun. 2004, p. 30.

¹⁷² TARUFFO, Michelle apud MOREIRA, José Carlos Barbosa. **A duração dos processos: alguns dados comparativos**. Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil, Porto Alegre, v. 5, n. 29, p. 28-36, maio/jun. 2004, p. 35.

somada a instância de apelação e pendência na “*Corte di Cassazione*” era de 116 meses (mais de 9 anos e meio), uma das maiores da Europa.

O direito à razoável duração do processo encontra hoje na Itália o seu fundamento não apenas na Convenção Europeia, mas também no artigo 111 da Constituição do País, que dispõe que:

Art. 111

La giurisdizione si attua mediante il giusto processo regolato dalla legge. Ogni processo si svolge nel contraddittorio tra le parti, in condizioni di parità, davanti a giudice terzo e imparziale. La legge assicura la ragionevole durata.¹⁷³

Efetivamente, embora a Itália possua um dispositivo constitucional que assegure o direito ao processo num tempo razoável, a Corte de Estrasburgo – Corte Europeia de Justiça – considerou extrema a gravidade da situação em que o país se encontra no que diz respeito à excessiva lentidão de sua justiça e, para tentar reduzir a duração extrapolada dos processos, foi introduzido naquele país legislação específica para regular o direito do jurisdicionado de exigir do Estado uma indenização, fato que serve de suporte para minimizar os prejuízos advindos de uma duração excessivamente longa, mas que, de acordo com a doutrina italiana não deve ser encarado como a única solução do problema da morosidade judicial¹⁷⁴.

Refere-se à Lei 89/2001, que prevê o direito à reparação dos danos causados pela duração não razoável do processo. O artigo 2º da Lei 89/2001 prevê que quem tenha sofrido um dano patrimonial ou não patrimonial em razão da violação da Convenção para a salvaguarda dos direitos do homem e das liberdades fundamentais, em decorrente falta de respeito ao artigo 6º da referida Convenção, possui direito à reparação. A avalanche de condenações pela excessiva duração dos processos na Itália perante a Corte Europeia foi um dos grandes motivos para a elaboração de uma lei nacional que pudesse julgar esses dissídios¹⁷⁵.

¹⁷³ “A jurisdição é implementada através do devido processo regulado por lei. Cada processo tem lugar no debate entre as partes, em condições de igualdade, frente a um juiz independente e imparcial. A lei prevê a duração razoável do processo” (Tradução livre da autora).

¹⁷⁴ HOFFMAN, Paulo. **O direito à razoável duração do processo e a experiência italiana**. Jus Navigandi, Teresina, ano 10, n. 782, 24 ago. 2005. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/7179>>. Acesso em: 11 jul. 2012.

¹⁷⁵ DIAS, Luciana Drimel. **Dossiê Itália: a grave e profunda crise da duração dos processos/alerta e subsídio**. Revista de Direito Processual Civil Genesis, Curitiba, v. 7, n. 26, p. 79-82, out./dez. 2002. p. 780

2.1.5.6 Estados Unidos

Primeiramente, importante se realçar que o sistema¹⁷⁶ adotado nos EUA difere-se do até agora tratado. No sistema do *commowlaw*¹⁷⁷, a doutrina e a jurisprudência juntam forças para minimizar os efeitos e tentar traçar regras e normativas de um processo sem dilações injustificadas.

Nos EUA, a denominada *speedtrialclause*, cláusula do julgamento rápido é contemplada pela 6ª Emenda da Constituição¹⁷⁸.

Araújo¹⁷⁹ destaca que

[...]a Constituição dos Estados Unidos da América, embora limitadamente ao processo criminal, assegura aos acusados *'therightto a speedyandpublictrial'*. Em vernáculo, diz esse texto: 'E, todos os processos criminais, o acusado terá direito a um julgamento rápido e público'[...].

Conforme demonstrado, o direito fundamental à duração razoável do processo, além de pressuposto essencial de acesso à justiça e estar de previsto em diversas convenções internacionais, também é preocupação constante dos Estados membros dessas convenções.

¹⁷⁶ Vale ressaltar que, no que tange ao acesso à justiça, o sistema inglês sofre dos mesmos problemas enfrentados pelo ordenamento jurídico da Europa Continental, relativo ao tempo dos processos. A tentativa de superação dessa dificuldade resultou no *Courtsand Legal Services Act*, em 19 do Parlamento Inglês, que na realidade flexibilizou o sistema de distribuição da competência para julgamento entre a *High courte as CoutyCourts*. A primeira com poderes para decidir sobre procedimentos mais rápidos, permitindo que as outras ações mais complicadas fossem destinadas somente as *CoutyCourts*. LIMA FILHO, Francisco das Chagas. **Acesso à justiça e os mecanismos extrajudiciais de solução de conflitos**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 2003, p. 129.

¹⁷⁷ A respeito da matéria ensina Fredie Didier Júnior que o sistema da *common law* é informado pela teoria do *staredecisis*, segundo a qual o precedente judicial, sobretudo aquele emanado de corte superior, é dotado de eficácia vinculante não só para a própria corte como para os juízos que lhe são hierarquicamente inferiores. DIDIER JR., Fredie. **Curso de Direito Processual Civil**. 4. ed. Salvador: Jus Podivm, 2009. v. II, p. 385-386.

¹⁷⁸ Sextaemendaamericana: *In all criminal prosecutions, the accused shall enjoy the right to a speedy and public trial, by an impartial jury of the State and district wherein the crime shall have been committed, which district shall have been previously ascertained by law, and to be informed of the nature and cause of the accusation; to be confronted with the witnesses against him; to have compulsory process for obtaining witnesses in his favor, and to have the Assistance of Counsel for his defence.*

Tradução livre da autora: **EMENDA VI**

Em todos os processos criminais, o acusado terá direito a um julgamento rápido e público, por um júri imparcial do Estado e distrito onde o crime houver sido cometido, distrito esse que será previamente estabelecido por lei, e de ser informado sobre a natureza e a causa da acusação; de ser acareado com as testemunhas de acusação; de fazer comparecer por meios legais testemunhas da defesa, e de ser defendido por um advogado. ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. **Constituição americana**. Embaixada dos Estados Unidos, jul. 2003. Disponível em: <http://www.mspc.eng.br/temdiv/const_usa01.shtml>. Acesso: em 10 out. 2012.

¹⁷⁹ ARAUJO, Francisco Fernandes de. **Responsabilidade Objetiva do Estado pela morosidade da Justiça**. Campinas: Copola, 1999, p. 251.

2.2 Escopo da emenda constitucional 45/2004

A questão acerca da duração razoável do processo, apesar de sua constância em nosso ordenamento jurídico, ganhou força em 2004, com a edição da emenda constitucional nº 45, que inseriu no texto constitucional o inciso LXXVIII ao artigo 5º, que garante que “a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação.” No tópico que segue, busca-se o escopo de referido dispositivo constitucional.

2.2.1 Emenda constitucional 45/2004: reforma do poder judiciário

A emenda constitucional 45/2004 vem garantir muito mais que o direito de ação ou de acesso ao judiciário, mas a sua eficiência, celeridade e tempestividade. A norma declara o direito fundamental de todos à eficiente realização do processo, o que nos traduz a ideia de muito mais do que a simples garantia de acesso à Justiça.¹⁸⁰

O Ministro do STJ José Augusto Delgado¹⁸¹ assim se pronunciou sobre referida emenda constitucional e as consequências que tal disposição trouxe aos brasileiros:

A razoável duração do processo e os meios garantidores da celeridade de sua tramitação estão, assim, pela primeira vez em nosso sistema de direito, elevados ao mais elevado patamar de imposição jurídica. São valores de nível constitucional dotados de ampla eficácia e efetividade, pelo que não é dado ao intérprete interpretá-los com qualquer restrição. Pelo contrário. Há de ser extraído da mensagem contida no inciso LXXVIII, do art. 5º, da Constituição Federal, toda a força que ela contém para que o objetivo visado seja alcançado de modo absoluto. A sua interpretação, conseqüentemente, deve ser de modo ampliado.

Pode-se afirmar que, antes mesmo da reforma processual e edição de referida emenda, o direito fundamental à celeridade processual já constava no nosso ordenamento jurídico como desdobramento da cláusula do devido processo legal, ou em decorrência da garantia contida no

¹⁸⁰ SLAIBI Filho, Nagib. **Reforma da Justiça**. Niterói: Impetus, 2005, p. 19.

¹⁸¹ DELGADO, José Augusto. **Reflexões sobre as alterações no direito processual civil e brasileiro a partir da EC 45, de 31.12.2004, e as repercussões no direito judiciário trabalhista**. Disponível em: <[http://www.stj.jus.br/internet_docs/ministros/discursos/0001105/reflexões_sobre_as_alterações_no_direito_processual_civil_brasileiro_a_partir_da_EC_\(palestra_Natal\).doc](http://www.stj.jus.br/internet_docs/ministros/discursos/0001105/reflexões_sobre_as_alterações_no_direito_processual_civil_brasileiro_a_partir_da_EC_(palestra_Natal).doc)>. Acesso em: 12 jul. 2012.

inciso XXXV, artigo 5º da CF/88¹⁸², que assegura não só o acesso ao judiciário, como também a devida e efetiva proteção contra qualquer forma de violação de direitos.

Salienta-se que a inclusão do dispositivo no texto constitucional teve como fator determinante a adesão do Brasil ao Pacto de San Jose da Costa Rica¹⁸³, que prevê o direito de toda pessoa de ser ouvida por um tribunal competente, com as devidas garantias, dentro de um prazo razoável.

Como já tratado anteriormente no presente trabalho, a conclusão efetiva é a de que a inclusão no texto constitucional da garantia da razoável duração do processo não pode ser cunhada de novíssima e muito menos surpreendente, sendo que, na visão de Mello¹⁸⁴, a EC 45 apenas realçou uma garantia já prevista no sistema, chamando a atenção da comunidade jurídica e sobretudo dos tribunais para a importância de se ter uma solução satisfatória do conflito num espaço de tempo tolerável para as partes interessadas.

Moreira¹⁸⁵ é da opinião de que o tema trazido pela emenda constitucional 45/2004 em absoluto traduz-se em novidade no ordenamento jurídico brasileiro.

Rodrigues¹⁸⁶ entende que a emenda constitucional 45/2004 mostra-se de suma importância em, pelo menos, quatro aspectos principais:

[...] a) no campo constitucional torna expressamente obrigatória a prestação jurisdicional em um prazo razoável. Embora essa garantia já integrasse o ordenamento jurídico, de forma expressa na Convenção Americana de Direitos Humanos e, de forma derivada, nas garantias constitucionais da inafastabilidade do Poder Judiciário e do devido processo legal, a sua inclusão em texto próprio possui significado político fundamental, pois elimina qualquer discussão que ainda restasse sobre a sua existência; b) estabelece, pelo menos de forma indireta, a definição de que prazo razoável é o prazo legal; c) juntamente da garantia em si da prestação jurisdicional em um prazo razoável, trouxe o texto Constitucional também, de forma expressa,

¹⁸² CF, art. 5º [...] XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito. VADE MECUM. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 10.

¹⁸³ Convenção Americana de Direitos Humanos (1969)* (Pacto de San José da Costa Rica): [...] Artigo 8º - Garantias judiciais. 1. Toda pessoa terá o direito de ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou Tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou na determinação de seus direitos e obrigações de caráter civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza. SÃO PAULO (Estado). Procuradoria Geral do Estado de São Paulo. Convenção Americana de Direitos Humanos (1969). (Pacto de San José da Costa Rica). Disponível em: <<http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/instrumentos/sanjose.htm>>. Acesso em: 05 nov. 2012.

¹⁸⁴ MELLO, Gustavo de Medeiros. **A tutela adequada na reforma constitucional de 2004**. Revista de Processo, São Paulo, ano 30, n. 124, p. 76-110, jun. 2005, p. 99.

¹⁸⁵ “Não se trata de novidade absoluta no ordenamento brasileiro: o art.8º da Convenção Interamericana de Direitos Humanos, aprovada pelo Pacto de San José de Costa Rica, de que é signatário o nosso país, estabelece, na parte inicial, que “toda pessoa tem direito a ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de prazo razoável, por um juiz ou Tribunal competente”. MOREIRA, José Carlos. **A Emenda Constitucional 45 e o Processo**. Revista do Processo, São Paulo, n. 130, p. 235-248, 2005, p. 238.

¹⁸⁶ RODRIGUES, Horácio Wanderlei. **EC n. 45: acesso à justiça e prazo razoável na prestação jurisdicional**. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim et al. (Coords.). Reforma do judiciário: primeiros ensaios críticos sobre A EC n. 45/2004. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.p. 283-292, p. 288.

a exigência da existência dos meios que garantam a celeridade processual; e d) traz um conjunto de determinações relativamente à organização do Poder Judiciário que se adequadamente implementadas podem auxiliar decisivamente no cumprimento do mandamento constitucional.

Para Theodoro Jr.¹⁸⁷, a inovação constitucional trazida pela emenda 45/2004 vem com o mesmo propósito da reforma operada na constituição italiana, ou seja, o de impor à justiça proporcionar a completa tramitação dos processos em um prazo que seja apropriado no contexto social que o litígio apareceu. Ainda esclarece o doutrinador que não há como prefixar um prazo que atenda essas exigências de maneira exata, porém funciona como uma norma a prevalecer como norte da política judiciária do país, com reflexos na administração dos órgãos competentes encarregados à eficiente prestação jurisdicional.

Interessante e esclarecedora analogia utilizada por Bermudes¹⁸⁸ a fim de explicar o alcance da celeridade processual:

É a celeridade da tramitação que alcança a duração razoável, ou seja, a duração necessária à conclusão do processo, sem prejuízo do direito das partes e terceiros que deduzirem as suas pretensões, mas sem delongas que retardem a prestação jurisdicional ou administrativa postulada. A celeridade da tramitação traduz-se na presteza da prática de cada ato do processo, porquanto a demora na prática de um deles repercute, negativamente, no conjunto, como acontece com a retenção de um trem num dos pontos de parada de seu percurso.

Enfim, o que se pode dizer sobre a inserção desse novo dispositivo no texto constitucional, é que a emenda constitucional 45/2004 – a chamada “reforma do poder judiciário” só veio asseverar a conclusão que a tempestividade da tutela jurisdicional é elemento fundamental garantidor da efetividade da prestação jurisdicional, buscando trazer uma maior efetividade à garantia constitucional da duração razoável do processo.

¹⁸⁷ THEODORO JR., Humberto. **Alguns Reflexos da Emenda constitucional 45 de 08.12.2004, sobre o processo civil**. Revista de Processo, São Paulo, ano 30, n. 124, p. 28-39, jun. 2005a, p. 37.

¹⁸⁸ BERMUDES, Sergio. **A reforma do poder judiciário: emenda constitucional 45/2004**. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 11.

2.2.2 Aplicabilidade imediata do direito fundamental à razoável duração do processo

Segundo o parágrafo § 1º do artigo 5º da CF/88¹⁸⁹ “as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata” e o inciso LXXVIII do mesmo artigo 5º, define que a todos, no âmbito judicial ou administrativo são assegurados o direito à razoável duração do processo e a garantia da celeridade da tramitação dos processos.

A inclusão do direito à razoável duração do processo no inciso LXXVIII do artigo 5º da constituição federal revela o caráter fundamental que o constituinte optou por atribuir ao direito do cidadão a obter a prestação jurisdicional em um tempo hábil e adequado.

Por se tratar de um direito fundamental, tem a duração razoável do processo aplicabilidade imediata. Cambi¹⁹⁰ diz que a percepção de que a tutela jurisdicional célere é um direito fundamental, vincula o legislador, o administrador e o juiz, isto porque os direitos fundamentais possuem uma dimensão objetiva, ou seja, constituem um conjunto de valores ou fins diretivos da ação positiva do Estado.

Para Silva¹⁹¹, a interpretação do disposto no § 1º do artigo 5º traz que as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais são aplicáveis “até onde possam, até onde as instituições ofereçam condições para seu atendimento”. Também traz o entendimento de que o poder judiciário, uma vez invocado a se manifestar sobre uma situação que envolva normas de direitos fundamentais, “não pode deixar de aplicá-las, conferindo ao interessado o direito reclamado, segundo as instituições existentes”.

Isso porque, além de o legislador estar obrigado a atuar no sentido da concretização do direito fundamental, está também proibido de editar leis que atentem contra o sentido e a finalidade da norma fundamental inserida no rol de garantias fundamentais.¹⁹²

Na visão de Canotilho¹⁹³ dizer que uma norma possui aplicação imediata “significa, desde logo, nesta sede – direito, liberdades e garantias – a rejeição da <<idéia

¹⁸⁹VADE MECUM. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 10.

¹⁹⁰CAMBI, Eduardo. **Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo. Direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário.** 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 221-222.

¹⁹¹SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das Normas Constitucionais.** 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 165.

¹⁹²Sarlet traz um sentido de dupla significação da eficácia vinculante dos direitos fundamentais. De acordo com o critério formal, os detentores do poder (os órgãos do Executivo, Legislativo e Judiciário) se encontram obrigados pelos direitos fundamentais, respeitando-os, e em outra acepção, estes se encontram na obrigação de tudo fazer no sentido de realizar os direitos fundamentais. SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos Direitos Fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional.** 10.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 343.

¹⁹³CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional.** 4. ed. Coimbra: Livraria Almedina, 1989, p. 412-413.

criacionista>>conducente ao desprezo dos direitos fundamentais enquanto não forem positivados a nível legal”.

E complementa o autor:

Nesse sentido, escreveu sugestivamente um autor (K. KRÜGER) que, na época atual, se assistia à deslocação da doutrina dos <<direitos fundamentais dentro da reserva de lei para a doutrina da reserva de lei dentro dos direitos fundamentais.

Aplicação directa não significa apenas que os direitos liberdades e garantias se aplicam independentemente da intervenção legislativa (crf. 17º e 18º/1). Significa também que eles valem directamente contra a lei, quando esta estabelece restrições em desconformidade com a constituição (crf. CRP, art. 18º/3).

Assim, o inciso LXXVIII do artigo 5º, do Título II (Dos Direitos e Garantias Fundamentais) capítulo I (Dos Direitos e Deveres Individuais e Coletivos) pelo artigo 5º, § 1º da CF/88, tem aplicação imediata, ou seja, independe de complementação legislativa, seja de lei processual ou de norma administrativa, devendo o poder judiciário aplicá-lo imediatamente em todos os processos em curso à vista de cada caso concreto. E mais, as leis ou normas administrativas existentes que o contrariem são consideradas não recepcionadas se anteriores ou inconstitucionais se posteriores à 31.12.04 (data da promulgação da EC 45/04).

Diniz¹⁹⁴ diz das normas constitucionais de aplicação imediata que possuem eficácia absoluta, são intangíveis sendo que contra elas nem mesmo há o poder de emendar. Para a doutrinadora, tais ‘normas absolutas’ possuem uma “força paralisante total de qualquer legislação que, explícita ou implicitamente, vier a contrariá-las”.

O dispositivo constitucional inserido pela emenda 45/2004 pode ser visto como um meio para juízes, legisladores e partes se sentirem intimidados em procrastinarem injustificadamente o andamento dos processos e consignar o dever destes de buscar a efetiva aplicação e concretização da norma fundamental.

Concluindo, a fim de que seja dada plena efetividade aos direitos fundamentais, e dentre eles a razoável duração do processo, deve ser atribuída aplicabilidade imediata à respectiva garantia, cabendo aos intérpretes da lei e às autoridades competentes, a identificação dos meios possíveis para a obtenção da efetividade plena do dispositivo.

Nesse sentido é que se buscará a verificação de como o magistrado, aplicador direto do dispositivo constitucional, poderá contribuir para a busca da efetividade processual.

¹⁹⁴ DINIZ, Maria Helena. **Norma Constitucional e seus Efeitos**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 112.

2.2.3 Destinatários da emenda constitucional 45/2004: poderes legislativo, executivo e judiciário

Cediço que a emenda constitucional 45/2004 veio assegurar aos litigantes, de uma forma geral, a garantia de que suas demandas levadas ao judiciário sejam resolvidas dentro de um prazo razoável.

Porém, não basta que o legislador insira um princípio sem adequar e criar medidas para poder concretizá-lo. Assim, por exemplo, a introdução dos incisos XII e XIII ao artigo 93 da CF¹⁹⁵ deixa clara a intenção do legislador pela aplicabilidade do direito fundamental à razoável duração do processo.

Mas a quem é dirigida tal ordem? Quem deve buscar efetivar a garantia da duração razoável do processo?

Assim, os principais destinatários do princípio da duração razoável do processo e dos meios que garantam a celeridade de sua tramitação não são senão os poderes públicos (legislativo, executivo e judiciário), haja vista ser sua função dar a plena efetividade ao direito fundamental estendido aos litigantes de que uma vez garantido seu direito de amplo acesso ao poder judiciário, será responsabilidade dos poderes públicos solucionar sua demanda em um ‘prazo razoável’.

Cambi¹⁹⁶ anota que a emenda constitucional 45/2004, ao introduzir o direito a razoável duração do processo a todos e assegurar os meios que garantam a celeridade de sua tramitação, veio ressaltar a necessidade de construção de outras técnicas processuais capazes de reformular conceitos e institutos clássicos do direito.

Os poderes públicos da república ao exporem que “a morosidade dos processos judiciais e a baixa eficácia de suas decisões retardam o desenvolvimento nacional, desestimulam investimentos, propiciam a inadimplência, geram impunidade e solapam a crença dos cidadãos no regime democrático” firmaram o ‘pacto de estado em favor de um judiciário mais rápido e republicano’¹⁹⁷.

¹⁹⁵ Art. 93 - Lei complementar, de iniciativa do Supremo Tribunal Federal, disporá sobre o Estatuto da Magistratura, observados os seguintes princípios: [...]XII - a atividade jurisdicional será ininterrupta, sendo vedado férias coletivas nos juízos e tribunais de segundo grau, funcionando, nos dias em que não houver expediente forense normal, juízes em plantão permanente; (Acrescentado pela EC-000.045-2004) XIII - o número de juízes na unidade jurisdicional será proporcional à efetiva demanda judicial e à respectiva população. VADE MECUM. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 41.

¹⁹⁶ CAMBI, Eduardo. **Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo**. Direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 220.

¹⁹⁷ Pacto de Estado em Favor de um Judiciário mais rápido e Republicano’. “1. Implementação da Reforma Constitucional do Judiciário, que resultou na promulgação da EC no 45/2004 e subsequentemente, na adoção

Em referido documento consubstanciam-se 11 (onze) compromissos/pautas fundamentais que os poderes públicos se impuseram a fim de garantir a efetividade da prestação jurisdicional.

Importante que se detalhe mais especificadamente a função precípua que cabe a cada poder da república na implementação de referido pacto, para ao final, quando então vier a tratar do poder judiciário, fixar-se mais detidamente na prestação jurisdicional de primeira instância e na figura do juiz.

Ao poder legislativo cumpre a função de implementar o direito fundamental garantido no inciso LXXVIII do artigo 5º da CF/88, criando normas específicas como, aliás, tem feito, alterando o código de processo civil para que o processo tenha mais celeridade e principalmente efetividade, no entanto, sem se distanciar da segurança jurídica.¹⁹⁸

das providências para a implementação das mudanças aprovadas.2. Reforma do sistema recursal e dos procedimentos, o qual resultou na aprovação de diversas leis alterando o Código de Processo Civil, ficando ressaltado no documento que tais “reformas são reclamadas por toda a comunidade jurídica, que deseja regras capazes de agilizar e simplificar os julgamentos – sem prejuízo das garantias individuais”. 3. Defensoria Pública e Acesso à Justiça, visando aumentar o quadro de Defensores Públicos da União e dos Estados. 4. Juizados Especiais e Justiça Itinerante, assumindo o compromisso de apoiar o Superior Tribunal de Justiça, os Tribunais Regionais Federais e os Tribunais de Justiça para que os Juizados Itinerantes possam ter continuidade, especialmente nas cidades mais afastadas dos centros urbanos e com menor Índice de Desenvolvimento Humano e para que o Ministério da Previdência Social coordene iniciativas, em diálogo com os juízes, para que os procedimentos observados na concessão de benefícios previdenciários e assistenciais sejam aperfeiçoados, melhorando o atendimento aos cidadãos e desonerando a máquina judicial. 5. Execução Fiscal, visando a revisão da Lei no 6.830/80 (Lei de Execução Fiscal), com base na proposta já formalizada pelo Conselho da Justiça Federal.6. Precatórios, buscando-se soluções para o tormentoso problema dos precatórios vencidos e não pagos, especialmente por intermédio de parcelamentos. De fato, conforme os compromissários reconhecem remanesce o grave quadro de determinações judiciais que não são cumpridas há anos, criando descrédito na Justiça, desesperando vítimas do Estado e prejudicando o trabalho dos advogados.7. Graves violações contra os Direitos Humanos. Comprometem-se os pactuantes a identificar todos os casos de violação contra os direitos humanos em um único banco de dados. O objetivo é resolver rapidamente as controvérsias, inclusive com a busca de soluções amistosas, para “prestação de contas” com os organismos internacionais.8. Informatização. Criação de processos eletrônicos (“virtuais”) e convênios de cooperação, para que informações entre órgãos públicos sejam repassadas por meios eletrônicos, a exemplo do que já acontece entre o Judiciário e o Banco Central do Brasil são algumas das iniciativas propostas.9. Produção de dados e indicadores estatísticos, “para que as políticas corretas sejam reforçadas, as equivocadas sejam retificadas e novas sejam elaboradas, é fundamental que todos os agentes estatais e sociais contem com conjunto organizado de informações sobre o funcionamento do Judiciário no Brasil”.10. Coerência entre a atuação administrativa e as orientações jurisprudenciais já pacificadas. Comprometem-se no empenho, especialmente sob a coordenação da Advocacia-Geral da União, para que as normas e condutas administrativas sejam adequadas às diretrizes já pacificadas no Supremo Tribunal Federal e nos Tribunais Superiores, visando prevenir a multiplicação de demandas em torno do mesmo tema. O Supremo Tribunal Federal pelo compromisso irá priorizar em suas pautas os temas que estão gerando significativa multiplicação de ações judiciais, segundo pleitos a serem formalizados pela Advocacia-Geral da União, pela Procuradoria-Geral da República ou pela Ordem dos Advogados do Brasil.11. Incentivo à aplicação das penas alternativas, com a conscientização de magistrados, promotores, advogados e da população sobre a efetividade, a eficácia e a utilidade da aplicação de penas alternativas para determinados delitos”. BRASIL. Pacto de Estado em favor de um Judiciário mais rápido e republicano. Disponível em: <http://www.trf4.jus.br/trf4/upload/arquivos/emagis_prog_cursos/cpc_pacto.pdf>. Acesso em: 05 nov. 2012.

¹⁹⁸ Aduz Rui Portanova que: “Em busca da celeridade, a Constituição Federal oportunizou uma quebra no ‘princípio de competência da União para legislar sobre direito processual (CF, in. I, art. 22)’. O inc. XI do art. 24 atribuiu aos Estados e ao Distrito Federal competência para legislar em concorrência com a União sobre

Como esclarece Marinoni¹⁹⁹, o direito fundamental à tutela efetiva incide sobre o legislador e o juiz, ou seja, sobre a estrutura legal do processo e sobre a conformação dessa estrutura pela jurisdição. Na verdade, obriga o legislador a estabelecer procedimentos e técnicas processuais capazes de permitir a realização das tutelas prometidas pelo direito material.

E o poder legislativo, desde a inserção do inciso LXXVIII da CF/88, promulgou várias leis que alteraram o processo nos anos seguintes, com o objetivo de acelerar os procedimentos e tornar efetiva a tutela jurisdicional.²⁰⁰

Com relação ao poder executivo, a sua atuação interfere substancialmente no poder judiciário, posto que para adequar-se a uma economia mais moderna e tendo como objetivo atender às necessidades da sociedade e as expectativas sociais que existem, o poder judiciário depende, da liberação de verbas e de uma reestruturação funcional, o que demanda, exclusivamente, de uma atitude do poder executivo.

As críticas com relação à efetividade processual sempre recaem sobre o poder judiciário, porém o próprio Estado quando deixa de suprir o cidadão de seus direitos sociais, garantidos constitucionalmente, faz com que ele tenha que recorrer ao judiciário para garantir seu direito.

Assim, o executivo cumpriria o disposto no inciso LXXVIII do artigo 5º da CF/88²⁰¹ se disponibilizasse maiores recursos financeiros, para modernização do serviço judiciário, além, é claro, do caráter demandista do próprio Estado, enquanto parte no processo. Deve ser evitado pelos procuradores federais ou estaduais recursos em face de situações jurídicas já

procedimento em matéria processual". PORTANOVA, Rui. **Princípios do Processo Civil**. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p.171.

¹⁹⁹ MARINONI, Luiz Guilherme. **O direito à efetividade da tutela jurisdicional na perspectiva dos direitos fundamentais**. Gênesis: Revista de Direito Processual Civil, São Paulo, n. 28, p. 298-338, abr./jun. 2003a.

²⁰⁰ Convém ressaltar trecho da Decisão Monocrática do Ministro Celso de Melo que após mencionar o citado "Pacto de Estado em Favor de um Judiciário mais rápido e Republicano" diz que: Em razão do mencionado "Pacto de Estado", foram encaminhadas, ao Congresso Nacional, pelo Senhor Presidente da República, as seguintes proposições legislativas, todas elas visando a tornar real e efetiva a desejada celeridade na tramitação dos processos: (a) o PL 4.723/04 (que dispõe sobre a uniformização de jurisprudência no âmbito dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais); (b) o PL 4.724/04 (que altera artigos do Código de Processo Civil, relativamente à forma de interposição de recursos); (c) o PL 4.725/04 (que altera dispositivos da Lei nº 5.869/73, possibilitando a realização do inventário, partilha, separação consensual e divórcio consensual por via administrativa); (d) o PL 4.726/04 (que altera artigos do Código de Processo Civil concernentes à incompetência relativa, meios eletrônicos, prescrição, distribuição por dependência, exceção de incompetência, revelia, carta precatória e rogatória, ação rescisória e vista dos autos); (e) o PL 4.727/04 (que dá nova redação a artigos do Código de Processo Civil, relativos ao agravo de instrumento e ao agravo retido); (f) o PL 4.728/04 (que dispõe sobre a racionalização do julgamento de processos repetitivos); (g) o PL 4.729/04 (relativo ao julgamento de agravos); e (h) os Projetos de Lei ns. 4.730/04, 4.731/04, 4.732/04, 4.733/04, 4.734/04 e 4.735/04, que introduzem modificações na CLT, em ordem a conferir celeridade à tramitação dos processos trabalhistas. - Mandado de Injunção - Pressupostos. EC 45/2004 (Julgamento das Causas sem Dilações Indevidas) (Transcrições) MI 715/DF*. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo378.htm>>. Acesso em: 18 jul. 2012.

²⁰¹ VADE MECUM. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 10.

pacificadas no Supremo Tribunal Federal e nos tribunais superiores, visando não avolumar os tribunais com recursos que serão rejeitados, podendo os desembargadores e ministros, com o tempo economizado, decidirem com maior celeridade casos com onde realmente possam ter ocorrido equívocos.²⁰²

Por fim, passa-se a análise do poder judiciário, a crise que assola a instituição, seus problemas, organização, investimentos, para enfim chegarmos à figura principal do presente estudo – o magistrado de primeira instância.

Ao poder judiciário cabe a implementação do inciso LXXVIII do artigo 5º da CF/88 através de decisões que garantam a celeridade na tramitação do processo, garantindo a sua duração razoável por meio de um processo sem dilações indevidas, respeitando sempre as garantias constitucionais das partes devendo, entretanto, o magistrado corrigir atos meramente protelatórios, para que chegue ao final em menor tempo possível.

Porém, o que se vislumbra é que o judiciário não vem cumprindo com seu papel na efetivação da celeridade processual e, em decorrência dessa ineficiência, vê-se mergulhado em uma profunda crise que o torna uma das instituições mais desacreditadas pelos brasileiros.

2.2.4 Fatores e obstáculos à efetivação da celeridade processual

Neste tópico, adentra-se a análise da crise do poder judiciário, expondo seu conceito, implicações, causas e consequências.

De início, à ilustrar o presente tópico, cita-se Bermudes²⁰³ e sua descrição, no mínimo curiosa de Themis, a deusa da Justiça. A estátua da deusa, que se encontra no palácio de Justiça de Paris, além da tradicional venda nos olhos, tem um dos pés pousado sobre uma tartaruga, como querendo expressar que, por mais que o judiciário procure ser imparcial, não consegue deixar de ser lento.

Para Dallari²⁰⁴, o poder judiciário é tido como o mais fraco dentre os poderes da república, porém, essa uma questão que “não exonera o Judiciário de toda responsabilidade por suas deficiências e por sua própria fraqueza nem torna inútil o exame de suas

²⁰² Nunes diz que: “Não seria a lentidão processual opção do próprio estado, tendo em vista que ele é o ente que mais se encontra no banco dos réus, beneficiando-se dessa situação, assim, na medida em que só se desfaz do bem da vida após longos anos de espera?”. NUNES, Gustavo Henrique Schneider. **Tempo do processo civil e direitos fundamentais**. São Paulo: Letras Jurídicas, 2010, p. 155.

²⁰³ BERMUDES, Sérgio. **Introdução ao processo civil**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1996, p. 89-90.

²⁰⁴ DALLARI, Dalmo de Abreu. **O poder dos juizes**. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 77.

imperfeições, sendo certo que estas, quase sem exceção, independem dessa posição de inferioridade de fato.”²⁰⁵

A crise do judiciário pode ser considerada como resultado lógico e previsível de um processo caracterizado pelas principais mazelas decorrentes da atividade jurisdicional que perduram há muitos anos e que podem ser identificadas como: morosidade, ausência de modernização, falta de padronização nos procedimentos, legislação processual inadequada e ultrapassada, deficiência quantitativa e qualitativa na área de recursos humanos (juízes e servidores); falta de transparência, dificuldade de acesso à justiça e ausência de democratização.

Para Assis²⁰⁶, as causas de ineficiência na administração da justiça podem ser divididas em três eixos principais, denominando-os: crise da oferta – que se traduz no desaparecimento dos órgãos judiciários, crise da demanda – caracterizada pelo número excessivo de conflitos, de natureza essencialmente nova e, por fim, trazemos a crise ideológica – relacionada à figura do julgador, do magistrado que por muitas vezes encontra-se alheio à realidade social vivida fora das normatizações e legislações que lhe permeiam as decisões.

Posição parecida apresenta-nos Zaffaroni, ao comentar a crise do poder judiciário nos países latino-americanos, quando afirma que uma das maiores causas dessa pretensa ‘crise’ é a crescente demanda dos litígios. As relações jurídicas, na visão do autor, se multiplicaram devido, principalmente, aos seguintes fatores: a incorporação dos direitos sociais e suas contradições regionais; o aumento da burocracia estatal e a produção legislativa impulsionada pelos interesses políticos.²⁰⁷

²⁰⁵ “No caso brasileiro existem enormes inadequações, muitas das quais incorporadas como tradições intocáveis. Por isso o Poder Judiciário brasileiro está fora de seu tempo e mesmo trabalhando muito produz pouco, se considerarmos que no seu caso o que se espera teoricamente é que ele produza justiça, garantindo os direitos de todas as pessoas do povo e resolvendo rapidamente e com equidade os conflitos de direitos. Desde as insuficiências nas formações dos juízes, que devem ser debitadas aos cursos jurídicos mas são agravadas pela acomodação dos próprios juízes e por seu método de trabalho, até os vícios institucionais que lhe dão a imagem de lento, formalista, elitista e distante da realidade social, tudo isso compõe um quadro desfavorável ao prestígio da magistratura”. DALLARI, Dalmo de Abreu. **O poder dos juízes**. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 77-78.

²⁰⁶ ASSIS, Araken de. **O Direito Comparado e a Eficiência do Sistema Judiciário**. Revista do Advogado, São Paulo, n. 43, p. 9-25, 1994, p. 11.

²⁰⁷ De acordo com Zaffaroni: “[...] se indagarmos por essas causas, desde logo nos precatamos de que um dos fatores mais importantes é a crescente demanda de protagonismo dirigida aos judiciários latino-americanos. Deixando de lado as demandas provocadas pelas escaramuças políticas, o certo é que o Estado é mais complexo do que outrora e que as relações jurídicas se multiplicaram. A normatividade mesma tornou-se tão complexa, que não é raro que os Tribunais apliquem leis derogadas, ou que não se acautelem de interpretações contraditórias da mesma lei. A incorporação dos direitos chamados ‘sociais’ e suas contradições regionais, com a seqüela de marginalização e exclusão, isto é, de disparidade gravíssima entre o discurso jurídico e a planificação econômica, provoca também uma ‘explosão de litigiosidade’ com características próprias; o aumento da burocracia estatal (e sua pretendida redução por conta de cortes

Barbosa²⁰⁸, comentando sobre a “crise de legitimidade do poder judiciário”, menciona que “entre os três Poderes da República, o judiciário é o menos conhecido e mais distante da sociedade, situação que favorece uma crise de legitimidade” que, segundo ela, decorre de uma série de diferentes fatores, tais como, a crença na suficiência da lei; o caráter técnico do conhecimento jurídico; a excessiva erudição e ritualização dos procedimentos que envolvem o poder judiciário; a natureza da função jurisdicional, focada sempre na composição de conflitos, de forma que apenas uma das partes, seja ela individual ou coletiva, física ou jurídica, vá ao final sentir-se satisfeita; o caráter dito ‘antidemocrático’ do Judiciário, quando se tem em conta a forma de investidura em seus cargos, a extensão da atuação de seus membros na solução de conflitos, a falta de preparo dos operadores jurídicos para enfrentar questões cotidianas, decorrente de um processo de seleção autoritário, formal e essencialmente legalista; e a falta de transparência administrativa e a ausência de controle externo sobre o agir do poder judiciário, mas acima de tudo, da falta de conhecimento e compreensão daquilo que o poder judiciário é e realiza.

Ainda, segundo a autora, tais fatores acabam por distanciar o cidadão comum do juiz ou de outro membro do poder judiciário, que é uma das principais causas da crise de legitimidade que ecoa no judiciário.

Ponto a ser ressaltado é que, embora a crise do poder judiciário gere angústia e preocupação, é importante considerar que de um ponto de vista prospectivo e proativo, a crise é um momento em que se abrem oportunidades para mudanças – em conceitos, formalidades, abertura de novos cenários sócio-político-econômico, entre outras.

A verdade é que a consciência da crise do judiciário e o desejo de solucioná-la desempenham um papel produtivo na sociedade.²⁰⁹ A crise deve ser inserida num contexto de transformação, de oportunidade para aprimoramento, de buscar novos rumos para o poder judiciário.

orçamentários) e a produção legislativa impulsionada unicamente pelo clientelismo político provocam um maior protagonismo político dos juizes, com o conseqüente aumento de suas faculdades discricionárias, ao que se agrega que, em geral, o público parece tender a expressar-se mais violentamente diante dos erros – reais ou supostos- da justiça do que dos erros de outros órgãos estatais”. ZAFFARONI, Eugênio Raúl. **Poder Judiciário: crises, acertos e desacertos**. Tradução de Juarez Tavares. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p. 25-26.

²⁰⁸ BARBOSA, Cláudia Maria. **O processo de legitimação do poder judiciário brasileiro**. Disponível em: <<http://www.conpedi.org/manaus>>. Acesso em: 08 out. 2012

²⁰⁹ “Como consequência, uma leitura paradigmática condizente com o Estado Democrático de Direito revela um prisma procedimental que a ‘crise’ do Judiciário não pode ser superada, mas, ao contrário, que a mesma desempenha um papel produtivo na sociedade, uma vez que colocará (como bem coloca) o Judiciário e suas decisões no centro das discussões públicas, permitindo (possibilitando) ventilação e crítica (reflexão) pela sociedade”. FERNANDES, Bernardo Gonçalves; PEDRON, Flávio Quinaud. **O poder Judiciário e (em) crise**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 9.

2.2.4.1 Morosidade processual

O Estado exerce, através do poder judiciário, seu poder jurisdicional para resolução e composição dos conflitos de interesses existentes entre os indivíduos, como meio de pacificação social, de conservação e desenvolvimento da vida em sociedade, ou seja, aplica a lei ao caso concreto que lhe é trazido, impondo sobre os sujeitos de direitos e de obrigações a solução para seus conflitos de interesses, assegurando a ordem jurídica – em outras palavras, exerce o Estado a jurisdição através do poder judiciário. E o que distingue a jurisdição das demais funções do Estado, legislação e administração, é precisamente, a finalidade pacificadora com que o Estado a exerce.²¹⁰

Resta forçoso salientar que o poder judiciário tem uma situação diferenciada frente aos demais poderes da república, legislativo e executivo. O fato de os membros dos poderes legislativo e executivo terem sido escolhidos pelo povo, e dessa forma, ser uma representação desses no poder, coloca o judiciário em situação peculiar, inclusive à margem das discussões travadas entre os poderes legislativo e executivo. Nunca os demais poderes deram importância aos problemas do judiciário, seja com sua organização judiciária, e principalmente, a dificuldade de acesso do povo aos julgadores. O poder judiciário seja por temor reverencial ou por falta de reconhecimento de sua importância social e política, sempre se manteve mais distante da população²¹¹.

Sendo o processo o instrumento da jurisdição, ou seja, o meio que se vale o Estado para exercer sua função jurisdicional na resolução dos conflitos de interesses, deve-se fazer dele, processo, um meio para a concretização da efetivação da prestação jurisdicional.

Como visto alhures, a constituição federal de 1988 prevê expressamente no inciso XXXV, do artigo 5º a garantia constitucional de que todas as pessoas têm direito ao efetivo acesso à justiça, exercendo sua cidadania. Resta claro a inafastabilidade da prestação jurisdicional, por meio do poder judiciário, de toda e qualquer lesão ou ameaça a direito do cidadão.

Devido à garantia constitucional do acesso do cidadão ao poder judiciário, para resolução de seus conflitos, este se encontra demasiadamente abarrotado de inúmeras e intermináveis causas. A facilitação do ingresso no Poder Judiciário fez com que o número de demandas alcançasse índices alarmantes, ocasionando a estagnação do poder judiciário.

²¹⁰ CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 1996, p. 24.

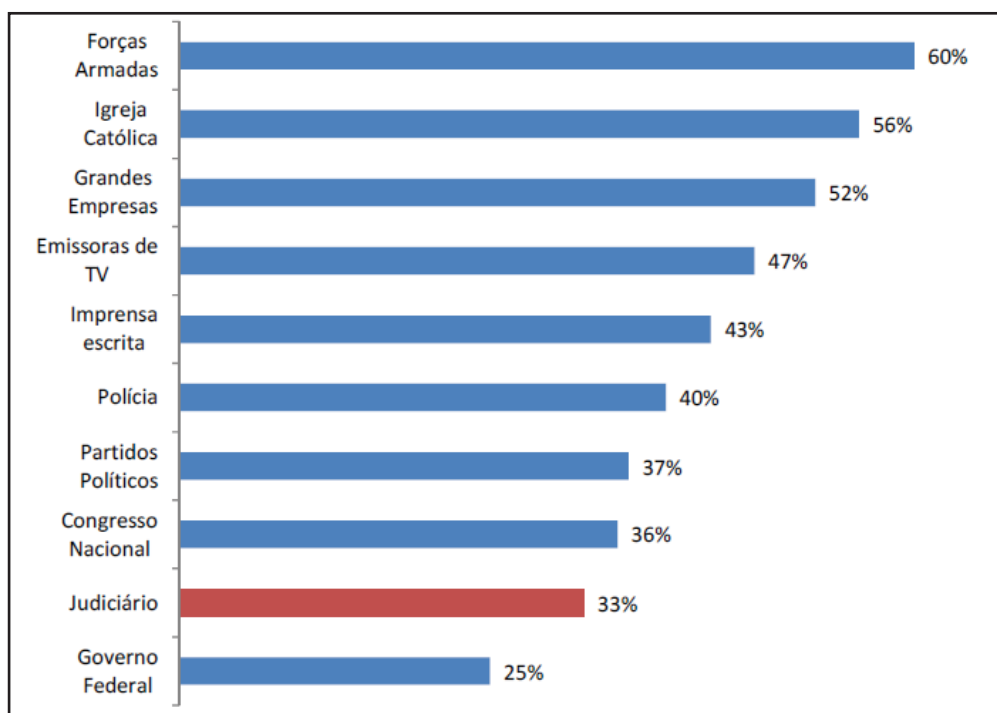
²¹¹ DALLARI, Dalmo de Abreu. **O poder dos juizes**. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 5.

A morosidade do judiciário é hoje uma triste realidade, e deixa a sociedade à mercê de uma justiça lenta e inadequada, que retarda sobremaneira o efetivo atendimento da prestação jurisdicional buscada, estimulando a injustiça, e a conseqüente descrença no poder judiciário.

Santos²¹², ao analisar o ordenamento jurídico brasileiro, traz que inúmeros são os impactos negativos da morosidade processual nos objetivos a serem cumpridos pelos tribunais destacando, dentre os vários motivos, que o método de decisão baseado num sistema adversarial depende de se preservar a memória dos fatos e, quanto maior o tempo decorrido entre o fato e a solução do litígio pelo poder judiciário, menor a chance de proferir-se uma decisão justa, o que também acaba por aumentar a ansiedade e incerteza das partes, abalando a confiança depositada na justiça. Outro problema levantado pelo autor diz respeito às partes que não podem simplesmente seguir com suas vidas, ignorando a demora na solução de seus litígios pelo poder judiciário. Demora implica em prejuízos reais às partes.

À título ilustrativo, trazemos a lume o índice de confiança dos brasileiros nas instituições, elaborado pela Fundação Getúlio Vargas:

Gráfico 1 - Relatório da Fundação Getúlio Vargas aponta o Índice de Confiança na Justiça no Brasil (ICJ)



Fonte: FGV (2011)

²¹² SANTOS, Boaventura de Souza. **Para uma revolução democrática da justiça**. 3. ed. São Paulo: Cortez, 2001, p. 41-42.

Percebe-se claramente que os brasileiros estão desacreditados no poder judiciário, chegando até mesmo a depositar maior confiança no congresso nacional do que na instituição judiciário.

Como bem destacado por Santos²¹³, quanto maior o tempo decorrido entre o fato e a aplicação do direito, menor é a confiança na justiça da decisão. São valores inversamente proporcionais, a morosidade de um lado e do lado oposto, a efetividade processual.

Complementa o autor afirmando que quando o problema da morosidade é estrutural, a desconfiança generaliza-se, aumentando desconfiança social na efetividade da justiça.

Houve uma ampliação do acesso dos cidadãos à justiça, porém o poder judiciário não se estruturou, não se modernizou adequadamente para essa nova realidade que se instaurou no país.

Em decorrência do aumento do número de processos e do caos que se encontra hoje o poder judiciário, aumenta absurdamente o número de feitos aguardando decisão.

A Corregedoria Geral da Justiça do Estado de São Paulo publica mensalmente, para conhecimento geral, a totalização do Movimento do Judiciário de Primeira Instância. Analisaremos os dados do período compreendido entre 1º e 31 de junho de 2012.²¹⁴

O levantamento nos apresenta um grande número de processos em andamento, hoje no Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Encontra-se em tramitação o total de 19.372.289 feitos, distribuídos entre as diversas áreas: Cível, Criminal, Infância, Execução Fiscal, JECíveis, JECriminais.

Apresenta, também, o número de processos distribuídos, as audiências realizadas, e as sentenças registradas, demonstrando que estas são bem inferiores ao número de feitos distribuídos, devido à morosidade processual.

²¹³ SANTOS, Boaventura de Souza. **Para uma revolução democrática da justiça**. 3. ed. São Paulo: Cortez, 2011, p. 41.

²¹⁴ Publicação Oficial do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo - Lei Federal nº 11.419/06, art. 4º. SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Comunicado CG n.º 1015/2012. **Diário da Justiça Eletrônico**, ano V, edição 1226, São Paulo, 18 jul. 2012. Caderno Administrativo. Disponível em: <http://www.tjsp.jus.br/Shared/Handlers/FileFetch.ashx?id_arquivo=39808>. Acesso em: 14 ago. 2012.

Tabela 1 - Movimento do Judiciário de Primeira Instância: 1º a 31 de junho de 2012

	FEITOS EM ANDAMENTO	FEITOS DISTRIBUIDOS	AUDIÊNCIAS REALIZADAS	SENTENÇAS REGISTRADAS	PRECATÓRIAS CUMPRIDAS
CÍVEL	5.356.652	182.207	33.139	148.078	35.075
CRIMINAL	1.287.760	64.108	26.682	21.396	26.804
INFANCIA	264.046	18.514	5.458	11.528	1.820
EX. FISCAL	10.814.784	65.111	19	65.321	2.727
JECIVEIS	1.268.025	43.666	32.858	59.011	3.734
JECRIMINAIS	381.022	21.135	11.612	15.288	2.622
TOTAL	19.372.289	394.741	109.768	320.622	72.782

Fonte: São Paulo (2012)

O acesso efetivo a justiça garantido constitucionalmente ainda encontra barreiras nas modernas sociedades, sejam elas estruturais, funcionais, entre outras, encarados na busca da resolução dos conflitos de interesses pelo cidadão.

É do conhecimento de todos que existe um enorme descompasso entre a teoria, contida na lei e na doutrina, e a prática judiciária, o dia-a-dia forense. O abismo é imenso. Atualmente, o aparelho estatal judiciário encontra-se demasiadamente estagnado, devido ao grande volume de processos que assolam nosso sistema, causando a morosidade processual.

Acrescente-se a sobrecarga de serviço acumulada com o excesso de burocracia e a falta de funcionários, que contribuem quase que integralmente à morosidade na tramitação dos processos, constituindo sério obstáculo ao efetivo acesso à justiça.

As consequências dessa falta de condições para satisfazer as necessidades da sociedade traduzem-se na morosidade processual, pública e notória, amplamente divulgada pelos meios de comunicação, demonstrando as dificuldades enfrentadas pelos cidadãos na busca da solução de seus conflitos por meio da tutela jurisdicional.

A esse quadro angustiante de uma justiça morosa, cara, complicada, burocratizada e praticamente inacessível à maior parte da população, soma-se a falta de resposta processual para os conflitos próprios de uma sociedade de massa, da coletividade.

Na visão de Cintra, Grinover e Dinamarco²¹⁵:

Se temos hoje uma vida societária de massa, com tendência a um direito de massa, é preciso ter também um processo de massa, com a proliferação dos meios de proteção a direitos supra-individuais e relativa superação das posturas individuais dominantes; se postulamos uma sociedade pluralista

²¹⁵ CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 1996, p. 45.

marcada pelo ideal isonômico, é preciso ter também um processo sem óbices econômicos e sociais ao pleno acesso à justiça; se queremos um processo ágil e funcionalmente coerente com seus escopos, é preciso também relativizar o valor das formas e saber utilizá-las e exigi-las na medida em que sejam indispensáveis à consecução do objetivo que justifica a instituição de cada uma delas.

Inúmeras barreiras precisam ser superadas para que o direito do cidadão ao efetivo acesso à justiça possa ser realmente alcançado no nosso aparelho judiciário, com a efetiva prestação jurisdicional. Opinião esta, também do Desembargador Cláudio Vianna de Lima²¹⁶:

A expressão ‘acesso à Justiça’ tem uma conotação peculiar e mais abrangente. Não se limita o acesso ao ingresso, no Judiciário, e das pretensões de potenciais lesados em seus direitos. Significa a efetiva atuação jurisdicional, com a entrega, real, da justa composição do conflito levado ao Judiciário

Santos²¹⁷ subdivide a morosidade processual em dois tipos: a morosidade sistêmica e a morosidade ativa. A morosidade sistêmica é a decorrente da sobrecarga de trabalho, do excesso de burocracia, positivismo e legalismo e que pode ser combatida pela adoção de medidas processuais e de produtividade, como as que vêm sendo adotadas no Brasil. Já a morosidade ativa, que consiste na interposição voluntariosa de obstáculos para impedir a sequencia normal dos procedimentos, obstáculos que podem ser interpostos tanto pelas partes e seus advogados, como pelos magistrados, funcionários, membros do Ministério Público e terceiros envolvidos na demanda. São os chamados processos na ‘gaveta’, de intencional ‘não decisão’.

Ambas as situações de morosidade maculam a confiança que o povo deposita no poder judiciário, agravando a crise.

Assim, no âmbito do estudo da crise do judiciário, não se esquecendo dos demais fatores, maior importância toma a morosidade processual, inclusive pesquisas de opinião²¹⁸ demonstram que o fator morosidade, ao lado do favorecimento dos mais ricos, é considerado o maior problema que a justiça enfrenta.

²¹⁶ LIMA, Cláudio Vianna de. **Arbitragem – a solução**. Rio de Janeiro: Forense/EMERJ, 1994, p. 16.

²¹⁷ SANTOS, Boaventura de Souza. **Para uma revolução democrática da justiça**. 3. ed. São Paulo: Cortez, 2011, p. 42-43.

²¹⁸ IBOPE - Pesquisa Qualitativa “A imagem do Judiciário”, principais resultados: Março 2004:

- A imagem geral do Judiciário é, principalmente, de uma entidade poderosa e distante, fechada em si mesma e “estática” (antiquada, morosa, extremamente burocrática e de muito pouca mobilidade), sendo predominantemente negativa.
- A lentidão e o favorecimento dos mais ricos e poderosos são os sentimentos mais fortes e mais presentes em todos os grupos pesquisados.
- A lentidão é atribuída ao caráter burocrático da Justiça que, segundo os entrevistados, permite uma série infundável de recursos e adiamentos, ao volume de processos para o reduzido número de juizes, à estrutura arcaica (pouco informatizada) e à burocracia, exercida por “maus funcionários públicos”. PESQUISA

Ainda entre os advogados também a morosidade consta como um dos principais problemas da justiça. Até mesmo entre os próprios magistrados, há a percepção de que a lentidão da justiça é seu maior gargalo. Porém, como causa dessa morosidade desenfreada, a qual se busca, a todo preço, frear, deve-se render atenção ao volume de demandas que tramitam pelo judiciário, assunto este a ser tratado no próximo tópico.

2.2.4.2 O volume de demandas que tramitam pelo poder judiciário brasileiro: “crise numérica”

O grande número de demandas que assolam o poder judiciário é incompatível com sua estrutura, causando uma crise de legitimidade em sua atuação, uma vez que o judiciário não é capaz de absorver todas as demandas e devolve-las à sociedade, em forma de prestação jurisdicional efetiva, de forma célere e eficaz.

Porém, essa pretensa crise já é antiga...

Em 1972, Buzaid²¹⁹ já vinha falar em crise do judiciário, partindo da ideia de que a crise está ligada a um desequilíbrio entre o aumento do número de demandas ajuizadas e o número de julgamentos proferidos. Ou seja, em razão do maior número de demandas propostas em face do número reduzido de julgamentos, há um acúmulo de demandas que se aglomeram, atravancando o fluxo normal da tramitação processual e prejudicando a observância regular dos prazos processuais fixados na legislação processual brasileira.

Porém, durante um longo período, não houve essa preocupação com o elevado número de litígios a assolar o poder judiciário, o que certamente acabou por agravar a situação atual. A verdade é que, a qualidade da prestação jurisdicional acabou sendo afetada pela quantidade de litígios.²²⁰

Outro dado interessante refere-se à quantidade de ações distribuídas – casos novos de conhecimento no 1º grau no Estado de São Paulo no ano de 2010, 2.439.691, e o número de feitos baixados naquele mesmo ano em São Paulo, 2.671.691.²²¹

Nota-se que embora o número de feitos distribuídos seja grande, o número de feitos baixados se mostra maior ainda, o que nos leva a concluir que não só a litigiosidade é que acarreta a morosidade processual.

Qualitativa “A imagem do Judiciário” - principais resultados. mar. 2004. Disponível em: <<http://www.enm.org.br/docs/Principais%20resultados.pdf>>. Acesso em: 20 set. 2012.

²¹⁹ BUZOID, Alfredo. **Estudos de Direito**. São Paulo: Saraiva, 1972. v. 1, p. 144.

²²⁰ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **A resolução dos conflitos e a função judicial no contemporâneo estado de direito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 51.

²²¹ CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Departamento de Pesquisas Judiciárias. **Justiça em números 2010**. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/images/pesquisas-judiciarias/Publicacoes/relat_estadual_jn2010.pdf>. Acesso em: 25 set. 2012.

Muitas das vezes, esse cenário de morosidade, crise, acaba sendo atribuído às questões processuais como, por exemplo, o excesso de recursos previstos na legislação pátria, que permitem que as demandas, até mesmo aquelas que tratem de questões irrelevantes, limitadas apenas aos interessados e sem reflexos socioeconômicos, possam ser levadas aos Tribunais superiores e se arrastem por uma dezena de anos.

Theodoro Jr.²²² assevera que em matéria de direito processual civil, o clamor social maior é contra a morosidade da prestação jurisdicional e, para contornar essa mazela, sucessivas alterações têm sido introduzidas no Código de 1973, todas justificadas com argumentos relacionados à efetividade e à celeridade do processo.

Porém, em uma análise mais acurada dos fatores que levam ao grande volume de processos acumulados na justiça, que acaba por gerar uma prestação jurisdicional morosa e ineficiente, também não é causado apenas por questões processuais.²²³

A primeira questão a ser suscitada é que nosso sistema judicial não evoluiu na mesma proporção que o ambiente político, social e econômico do Brasil. Por exemplo, as questões envolvendo direitos difusos e coletivos.

Também não é de se desconsiderar a ineficiência das instâncias administrativas, que são incapazes de resolver os conflitos a elas submetidos, gerando uma judicialização do litígio e, como consequência uma demanda à qual o Estado não é capaz de dar vazão²²⁴. Nesse tema, cediço que uma boa parte dessas demandas envolvendo, por exemplo, questões previdenciárias as quais poderiam e deveriam ser resolvidas na esfera administrativa, mas acabam tendo que ser solucionadas pelo poder judiciário, movimentando toda a máquina judiciária e retardando a solução de outros processos que aguardam julgamento.

Grinover²²⁵ destaca que a morosidade dos processos, seu custo, a burocratização na gestão dos processos, a complicação procedimental, a mentalidade de juízes que nem sempre

²²² THEODORO JR., Humberto. **A onda reformista do direito positivo e suas implicações com o princípio da segurança jurídica.** Disponível em: <<http://sisnet.aduaneiras.com.br/lex/doutrinas/arquivos/ONDA.pdf>>. Acesso em: 06 nov. 2012.

²²³ Pierpaolo Cruz Bottini afirma que a prestação jurisdicional é morosa por conta do excesso de litigiosidade, mas isso não significa amplo acesso à Justiça ou que ela seja democrática, porque poucos organismos (Poder Público, instituições financeiras, concessionárias de serviços públicos) a utilizam à exaustão, enquanto a maioria da população está fora do Poder Judiciário. Atribui o excesso de litigiosidade ao grande número de processos sobre temas repetidos, ao fato de nossa legislação exigir a homologação judicial de alguns atos que, muitas vezes, não representam um litígio (jurisdição voluntária) e à cultura de resolver os litígios na justiça. Ao lado do excesso de litigiosidade, coloca o problema do processamento dos feitos, em virtude da complexidade e burocratização do processo, e a deficiência gerencial de algumas unidades judiciais. BOTTINI, Pierpaolo Cruz. **A crise do judiciário e os pactos por um novo modelo.** In: _____ (Org.). *Justiça e Segurança.* São Paulo: Fundação Perseu Abramo, 2010. p. 23-32.

²²⁴ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **A resolução dos conflitos e a função judicial no contemporâneo estado de direito.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 38.

²²⁵ GRINOVER, Ada Pellegrini. **Os fundamentos da Justiça conciliativa.** Revista de Arbitragem e Mediação, São Paulo, a. 4, n. 14, p. 16-21, jul/set de 2007b. p. 17.

lançam mão dos poderes que os códigos lhes atribuem, a falta de informação e de orientação para os detentores dos interesses em conflitos e deficiências no patrocínio gratuito são fatores que obstruem o acesso à justiça e acabam por distanciar o poder judiciário de seus usuários.

É cediço que toda a preocupação em elaborar-se novas leis, procedimentos tem como escopo a busca da efetividade do poder judiciário, posto que, somente assim o poder judiciário poderá produzir uma prestação jurisdicional de boa qualidade, com os atributos que dela se espera que, na visão de Mancuso²²⁶ são: justa (equânime); jurídica (tecnicamente consistente e fundamentada); econômica (equilíbrio entre custo e benefício); tempestiva (em consonância com a razoável duração do processo); e razoavelmente previsível.

A preocupação latente com a “crise numérica”, com a quantidade de processos adentrando no poder judiciário e aguardando julgamento se mostra justificável, vez que mesmo com a adoção de normas e técnicas processuais resultantes de reformas legislativas, o que se tem notado é que apenas as reformas legislativas não são suficientes para trazer maior tranquilidade ao jurisdicionado, para garantir a tão buscada efetividade processual.

O que faz sentido quando se fala em efetividade processual é o tratamento das causas da falta de credibilidade do Poder Judiciário, na causa do grande volume de demandas a aguardar julgamento, na causa da falta de celeridade processual apesar das várias reformas processuais tendentes a realizar tal objetivo.

Na visão de Mancuso²²⁷, nesse momento o que realmente faz sentido é “[...]lidar com a causa ao invés de apenas tentar combater as consequências, como até hoje, basicamente, se tem feito.”

Ainda segundo Mancuso²²⁸, a preocupação do Estado tem sido muito mais no sentido de eliminar processos do que propriamente de resolver as lides, proferindo uma resposta de qualidade. É “[...] a morosidade processual, ficando substituída pela justiça incélere.”

Uma das consequências mais ferozes dessa preocupação com os números, a chamada crise numérica, é que o juiz, sobrecarregado de processos aguardando decisão, possa produzir satisfatoriamente²²⁹. Nas palavras de Nalini²³⁰ “o exercício da magistratura é angustiante”.

²²⁶ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **A resolução dos conflitos e a função judicial no contemporâneo estado de direito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 52.

²²⁷ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Acesso à justiça – Condicionantes legítimas e ilegítimas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 184

²²⁸ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Acesso à justiça – Condicionantes legítimas e ilegítimas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 5

²²⁹ Nota do autor: Nosso posicionamento é no sentido de que os juízes, face ao cumprimento de metas e estatísticas tendentes a amenizar a ‘crise numérica’ não conseguem produzir uma justiça de qualidade, que venha a garantir a efetividade da prestação jurisdicional. O cumprimento de metas impostas pelo CNJ aos juízos de primeira instância induzema uma redução no número de processos, porém o que se vê é que a simples diminuição do números de processos aguardando providências não resolve a crise de efetividade, uma vez que

Para Mancuso, o judiciário empregou uma política de quantidade, que adota técnicas de manejo processual como a padronização das respostas e a celeridade a qualquer custo, medidas essas que sim, diminuem o estoque de processos porém, não solucionam a questão judiciária nacional, justamente por não cumprirem com a eficiência na prestação jurisdicional.

Na visão de Couto²³¹:

“Lamentavelmente, na medida em que os juízes se veem asfixiados por tamanha demanda, é natural que os julgamentos retardem e, com isto, que os processos levem anos a fio para serem concluídos. Mas, sem dúvida alguma, a consequência mais danosa dessa asfixia é a de impedir que os processos recebam exame acurado, uma reflexão e discussão merecidas, o que naturalmente demandaria algum tempo”.

O que se quer aqui demonstrar é que a adoção de medidas tendentes a garantir o amplo acesso à justiça, apesar de ser uma garantia constitucional, acabou por abarrotar o poder judiciário de demandas que aguardam um pronunciamento judicial²³², e que o momento agora pede a adoção de medidas efetivas tendentes a tornar a prestação jurisdicional mais veloz, a fim de que se restaure a confiança da população na instituição poder judiciário e, nesse cenário, importante papel recebe a prestação jurisdicional de primeira instância na busca pela efetividade da prestação jurisdicional, tema esse que será assunto do próximo capítulo.

uma decisão dada celeremente, apenas para cumprimento de metas e estatísticas, certamente será objeto de recurso pelas partes, e assim sendo, nada de efetividade na prestação jurisdicional pelo juiz de primeira instância.

²³⁰ NALINI, José Renato. Entrevista concedida ao site Consultor Jurídico, em 25 nov 2012. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2012-nov-25/entrevista-jose-renato-nalini-corregedor-geral-justica-sao-paulo>. Acesso em 21 jan 2013.

²³¹ COUTO, Monica Bonetti; MEYER-PFLUG, Samantha Ribeiro. **A educação jurídica no Brasil e os meios não contenciosos de solução de conflitos**. In: SILVEIRA, Vladimir Oliveira da; SANCHES, SamyraHaydêe Dal Farra Napolini; COUTO, Mônica Bonetti (organizadores). Educação Jurídica. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 376

²³² Mancuso: “Salta aos olhos que uma prestação jurisdicional de qualidade (que, para nós, deve ser justa, jurídica, econômica, tempestiva, razoavelmente previsível e idônea a assegurar a efetiva fruição do bem da vida, valor ou direito reconhecidos no julgado) não tem como se realizar em remanescendo o formidável volume de processos em trâmite na Justiça brasileira: 82,9 milhões em 2009, registrando-se ‘pequeno aumento dos casos em tramitação no Poder Judiciário entre 2009 e 2010, no percentual de 0,6%’. Isso, pela boa e crucial razão de que a quantidade afeta a qualidade, sendo inócuo esperar que juízes sobrecarregados possam produzir satisfatoriamente (assim como é ingênuo insistir na estratégia meramente quantitativa, na obsessiva aceleração dos ritos, e, na sumarização da cognição, sem a identificação das concausas do problema, em ordem ao seu enfrentamento eficaz). MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Acesso à justiça – Condicionantes legítimas e ilegítimas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 9

CAPÍTULO 3 – A FUNÇÃO JURISDICIONAL DE PRIMEIRA INSTÂNCIA: PROPOSTAS DE ATUAÇÃO

“[...] Quanto mais bem preparado e comprometido estiver o juiz para encarar o desafio, maior celeridade é verificada na tramitação dos processos”²³³.

3.1 A função jurisdicional

No capítulo anterior tratou-se da crise do poder judiciário e a suas conseqüentes reformas tendentes a diminuir o grau de insatisfação da população com a instituição, de forma que as reformas tratadas, especialmente a introdução no ordenamento jurídico da emenda constitucional 45/2004, vieram em busca de trazer maior efetividade à prestação jurisdicional.

No capítulo que agora se segue, cujo escopo é a função jurisdicional de primeira instância, enfoque na figura do magistrado e seu papel na garantia da efetividade processual voltar-se-ão os olhos à figura do julgador. Em que pesem existirem bons juizes, não há um bom judiciário, posto que alguns juizes ainda encontram-se presos à ideologia liberal, declarando serem escravos da lei, como se com essa atuação viessem a esgotar todo o seu dever jurisdicional.²³⁴ A pesquisa elaborada tende no sentido de se buscar um juiz oposto ao juiz adstrito à letra da lei. A sociedade clama por um julgador que se atente das realidades sociais e, na busca por decisões justas, adequue o direito à realidade vivenciada, valendo-se de princípios éticos e de sua liberdade criativa, fundamentando as decisões nos direitos fundamentais, e ainda seja esse juiz responsável pelas inovações trazidas ao mundo real.

Nalini²³⁵ diz que “a sociedade pede juizes obreiros e não gênios”.

Nesse sentido é que se desenvolverá o capítulo derradeiro da presente dissertação.

Alguns questionamentos que se buscará responder com a presente pesquisa passam pela insatisfação dos jurisdicionados, em qual sentido se dá essa insatisfação e, de outra sorte, o que se mostra de maior relevância, a rapidez na solução dos conflitos, ou garantir-se a efetividade dos direitos?

²³³ TUCCI, José Rogério Cruz e. **Garantias Constitucionais da Duração Razoável e da Economia Processual no Projeto do Código de Processo Civil**. Revista de Processo, São Paulo, ano 36, n. 192, p. 193-208, fev. 2011, p. 204.

²³⁴ NUNES, Gustavo Henrique Schneider. **Tempo do processo civil e direitos fundamentais**. São Paulo: Letras Jurídicas, 2010, p. 154.

²³⁵ NALINI, José Renato. Entrevista concedida ao site Consultor Jurídico, em 25 nov 2012. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2012-nov-25/entrevista-jose-renato-nalini-corregedor-geral-justica-sao-paulo>. Acesso em 21 jan 2013.

Falcão²³⁶, ao analisar os dados da pesquisa realizada pela Associação dos Magistrados Brasileiros (AMB), coordenada por Sadek, diz que “a concepção dogmática do direito foi extrapolada e as políticas judiciais dentro de uma reforma do judiciário devem levar em conta esse novo padrão de permeabilidade do juiz para com a sociedade”. Ou seja, “a pauta nacional prioritária está em combater a lentidão, ampliar o acesso popular à justiça e adotar práticas gerenciais eticamente mais rigorosas”.

Assim, a par de um judiciário mais célere, acessível à população, o magistrado, na busca pela efetividade, deve estar atento aos aspectos políticos, filosóficos, econômicos e sociais, não ignorando tais fatos a fim de imprimir maior celeridade e apartando suas decisões da real situação posta a seu crivo.

No presente estudo já foi tratado do “pacto de Estado a favor de um judiciário mais rápido e republicano”. Foi dito que em referido documento a morosidade da justiça é tida como uma das premissas básicas a justificar a reforma do judiciário, é colocada como causa da baixa eficácia das decisões judiciais, desestimulando a crença dos brasileiros na instituição poderjudiciário.

O que agora se questiona é que todas as medidas tomadas a fim de colocar-se o pacto em prática, todas elas são baseadas na celeridade e acesso à justiça, nada se fala ou questiona com relação à formação – humanística, inclusive - ou reformação daqueles que conduzem o judiciário - os juízes.

O presente estudo foca-se na figura do magistrado, em sua percepção do mundo jurídico e também social, valendo-se dos mecanismos que o sistema processual lhe oferece para que adote uma atividade jurisdicional garantidora da efetividade da prestação jurisdicional.

Para tanto, necessária se faz uma análise dos modelos do poder judiciário e dos tipos de magistrados e, então, caminhar para a busca da resposta ao questionamento central desse estudo: como o magistrado de primeira instância pode auxiliar na busca pela efetividade da prestação jurisdicional?

²³⁶ FALCÃO, Joaquim. **O múltiplo judiciário**. In: SADEK, Maria Tereza. *Magistrados: uma imagem em movimento*. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2006. p. 115-137, p. 118.

3.1.1 Modelos de poder judiciário

Inicialmente busca-se conceituar magistratura, pela qual se entende²³⁷

[...] cargo ou dignidade do magistrado, derivado do latim magistratus, podendo ser aplicado para designar o corpo ou classe de magistrados. Assim, diz-se magistratura brasileira, em alusão à totalidade de juízes ou magistrados pertencentes ao poder judiciário federal e aos poderes judiciais estaduais.

É de Zaffaroni²³⁸, partindo da metodologia dos tipos ideais de Weber²³⁹, a ideia da formulação de três modelos de magistratura ou de Poder Judiciário, os quais o jurista argentino buscou chamar “empírico primitivo, tecno burocrático, democrático contemporâneo”.

Vale lembrar que todos os três modelos, apesar de suas inconsistências técnicas coexistem, são resultantes de momentos históricos diferentes, decorrentes dos três estágios de evolução da política da magistratura.²⁴⁰

Segundo a teoria de Zaffaroni, o Judiciário “empírico primitivo”, caracteriza-se, em regra,

[...] pelo recrutamento realizado por nomeação política – seleção livre pelo Executivo, ou pelo Legislativo, ou pela concorrência de vontade desses dois poderes, nomeação por cooptação – na qual na qual o órgão judiciário de cúpula acaba escolhendo os seus próprios juízes, - e nomeação mista – nela a Suprema Corte do Judiciário é recrutado por nomeação política, enquanto os demais juízes são cooptados por ela. [...]²⁴¹.

Nesse modelo os juízes podem apresentar um perfil tendente a “não ter independência assegurada, controle constitucional nem sempre presente e quando parece

²³⁷ SILVA, Plácido e. **Vocabulário jurídico conciso**. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 506.

²³⁸ ZAFFARONI, Eugênio Raúl. **Poder Judiciário: crises, acertos e desacertos**. Tradução de Juarez Tavares. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p. 102-104.

²³⁹ As construções do tipo ideal fazem parte do método criado por Max Weber, que pode se assemelhar ao método comparativo. Ao comparar fenômenos sociais complexos o pesquisador cria tipos ou modelos ideais, construídos a partir de aspectos essenciais dos fenômenos. A característica principal do tipo ideal é não existir na realidade, mas servir de modelo para a análise de casos concretos, realmente existentes. WEBER, Max. **Ensaio de Sociologia**. Tradução de Waltensir Dutra. 5. ed. Rio de Janeiro: LTC, 2008. p. 39-43.

²⁴⁰ ZAFFARONI, Eugenio Raul. **Poder judiciário: crises, acertos e desacertos**. Tradução de Juarez Tavares. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p. 102-104.

²⁴¹ ZAFFARONI, Eugenio Raul. **Poder judiciário: crises, acertos e desacertos**. Tradução de Juarez Tavares. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p. 123.

existir aproxima-se da precariedade [...], o Estado de Direito torna-se de existência duvidosa em geral se estabelece em países não democráticos ou com democracias instáveis”²⁴².

No “técnico-burocrático” a tendência é a valoração do nível técnico dos magistrados, quando da existência de critérios de seleção, tais como concurso público de provas e títulos que tem por finalidade “expungir as ingerências externas e políticas no recrutamento”²⁴³. Referido modelo aproxima-se de um Estado de direito, regido pela legalidade e distante da constitucionalidade, onde as instituições funcionam formalmente, inexistente a preocupação com a democracia substancial, e há total ausência de questionamentos constitucionais. É o juiz cujo perfil indica uma tendência silogística²⁴⁴. A independência dos juizes nesse modelo é extrema, o que o aproxima inclusive de uma ditadura.

Com relação ao modelo “democrático contemporâneo”, ou “técnico democrático”, sugere-se a mesma seleção técnica do “técnico burocrático”, inclusive aperfeiçoada mediante um controle sobre os mecanismos seletivos²⁴⁵. Já a qualidade dos serviços tende a ser mantida distanciando-se da formalidade por causa do controle constitucional centralizado ao lado do difuso²⁴⁶. Trata-se de uma estrutura com distribuição orgânica funcional e pluralista. A independência é assegurada através da influência da constitucionalidade, fortalecendo-se o Estado de direito e na medida em que esta estrutura seja real e não se reduza a uma planificação constitucional desvirtuada por vícios instrumentais, a característica geral não pode ser outra que a de uma democracia.²⁴⁷

No Brasil a tendência é de prevalência do modelo “técnico-burocrático”, caracterizado em nossa democracia por um governo vertical, pela indicação política dos membros do Supremo Tribunal Federal e pelo fato dessa Corte funcionar, a um só tempo, como última instância recursal e como corte constitucional. É justamente contra esse tipo de modelo que se insurgem os juizes ativistas, quando pugnam pela constitucionalização do processo, assunto que será tratado mais adiante.

²⁴² ZAFFARONI, Eugenio Raul. **Poder judiciário: crises, acertos e desacertos**. Tradução de Juarez Tavares. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p. 102-103.

²⁴³ SILVA JUNIOR, Walter Nunes da. **Modelo de recrutamento de juizes no Brasil**. Disponível em: <<http://www.jfrn.gov.br/doc/doutrina114.doc>>. Acesso em: 18 set. 2012.

²⁴⁴ GOMES, Luiz Flávio. **A dimensão da magistratura no estado constitucional e democrático de direito: independência judicial, controle judiciário, legitimação da jurisdição, politização e responsabilidade do juiz**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 17.

²⁴⁵ ZAFFARONI, Eugenio Raul. **Poder judiciário: crises, acertos e desacertos**. Tradução de Juarez Tavares. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p. 103.

²⁴⁶ GOMES, Luiz Flávio. **A dimensão da magistratura no estado constitucional e democrático de direito: independência judicial, controle judiciário, legitimação da jurisdição, politização e responsabilidade do juiz**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 18.

²⁴⁷ ZAFFARONI, Eugenio Raul. **Poder judiciário: crises, acertos e desacertos**. Tradução de Juarez Tavares. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p. 170.

Gomes²⁴⁸ alerta que se deve “recordar [...] que no Brasil vigora o modelo “técnico-burocrático” de magistratura [...]. Isso significa que o fundamental é a aferição da capacidade técnica do candidato. É o que mais importa nesse modelo”.

Porém, a magistratura técnica parece não ser a mais apta a suprir as expectativas sociais, que dirá atingir a efetividade processual. Diante dessa realidade a reforma da formação e seleção dos magistrados precisa incluir, necessariamente, uma ampliação dos poderes do julgador.

Reale²⁴⁹ adverte que:

Compreender não é ver segundo nexos causais, mas na integridade de seus sentidos ou de seus fins, segundo conexões vivenciadas valorativamente. Interpretar a lei não é explicar a lei, mas compreende-la. Não basta ter o espírito lógico, procurando penetrar nas nuances nas matizes dos textos legais, porque, muitas vezes, esse trabalho de mera análise formal leva à deturpação do Direito. [...] É o que acontece quando se quer esvaziar o direito de seu conteúdo, para que pareça com uma forma geométrica, sem correspondência perfeita na realidade concreta da vida.

O modelo ideal a ser buscado e implementado em nossa realidade aproxima-se do “democrático contemporâneo”, no qual se avaliza a independência da instituição, garantida e controlada pela Constituição, fortalecendo-se, dessa forma, o Estado democrático de direito.

3.1.2 Modelos de juiz

Vale-se a presente pesquisa do modelo do tipo ideal desenvolvido por François Ost²⁵⁰ para descrever o juiz atuante em nossa sociedade. Através das principais características dos juízes “Hermes, Hércules e Jupiter²⁵¹”, trazidas por Ost é que se organiza o papel que tradicionalmente os magistrados realizam na prestação jurisdicional.

²⁴⁸ GOMES, Luiz Flávio. **Concurso público de ingresso na magistratura e no ministério público: a exigência de três anos de atividade jurídica garante profissionais experientes**. Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil, Porto Alegre, v. 6, n. 33, p. 64-65, jan./fev. 2005, p. 65.

²⁴⁹ REALE, Miguel. **Filosofia do Direito**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 1983, p. 251-255.

²⁵⁰ Nota explicativa: François Ost, jurista e filósofo, especialista em direitos do homem e do ambiente, professor da *Facultes universitaires Saint-Louis em Bruxelas*. Diretor da Academia Europeia de Teoria do Direito e Presidente da Fundação para Gerações Futuras, parece ter feito uma análise clássica a respeito do modelo de juiz. Em seu trabalho, tende a desenvolver, partir da metodologia dos tipos ideais de Max Weber, três modelos de magistrado, aos quais ele denomina “Júpiter, Hércules e Hermes”.

²⁵¹ OST, François. **Júpiter, Hércules, Hermes: Tres Modelos de Juez**. Disponível em: <http://www.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/01360629872570728587891/cuaderno14/doxa14_11.pdf>. Acesso em: 28 set. 2012.

Para Nalini²⁵², dificultosa se mostra a tarefa de aceitar-se um modelo pronto de juiz, ao qual se conformem os candidatos. Por ser a magistratura uma instituição aberta, suscetível de abrigar inúmeros perfis, há a convicção de que o confronto de ideias e o cotejo de opiniões venham a incrementar o patrimônio intelectual sobre que se assenta. Assim, não é saudável a homogeneidade de pensamentos. Porém, alinháveis se mostram os caracteres que devam identificar o juiz, e que podem ser agrupados em quatro espécies: técnica, ético-institucional, cívico-política e a humanista.

Apesar dessa constatação, busca-se selecionar o perfil mais próximo desejável a enfrentar os novos desafios sociais.

Ao iniciar, o perfil “Júpiter”.

Bezerra²⁵³ nos esclarece que, de acordo com os ensinamentos de Ost, o sistema jurídico, visto como uma hierarquia de normas que são superpostas ou subordinadas umas às outras, refere a um modelo que atende às exigências do Estado liberal ou do Estado de direito do século XIX, e para adaptar-se a essa realidade, o magistrado deve estar limitado à hierarquia das normas, não se preocupando com a realidade social de cada indivíduo.

A verdade é que o modelo de juiz “Júpiter” não garante a justiça constitucional, uma vez que não aplica os direitos fundamentais em sua totalidade pelo fato de ser caracterizado pelo monismo jurídico, monismo político ou soberania estatal – e assim, como resultado, implica um processo de identificação nacional e de centralização administrativa que culmina na figura do soberano – pela racionalidade dedutiva e linear, apta a garantir coerência lógica e harmonia ideológica ao sistema, e, derradeiramente, pela concepção de tempo orientado a um futuro controlado, o que por si só, não é suficiente para garantir uma justiça constitucional, posto que as leis codificadas são “setas indicadoras do caminho justo, e não o caminho mesmo”²⁵⁴⁻²⁵⁵.

²⁵² NALINI, José Renato. **A formação do juiz**. In: _____. (Coord.). Formação jurídica. São Paulo: Malheiros, 1994. p. 121-148, p. 123.

²⁵³ BEZERRA, Eudes Vitor. **Direitos fundamentais e justiça constitucional – Três modelos de juízes**.

Disponível em http://www.jurisway.org.br/monografias/monografia.asp?id_dh=4583, acesso em 13 out 2012.

²⁵⁴ PORTANOVA, Rui. **Motivações Ideológicas da Sentença**. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000, p. 123.

²⁵⁵ Zaffaroni, em defesa do juiz Júpiter, diz que: “Inobstante, reconhecida hoje unanimemente a necessidade de interpretar a lei e admitindo-se que esta é justamente a função do saber jurídico, em que pese às múltiplas e díspares posições metodológicas a esse respeito, há poucas dúvidas de que o juiz, entendido como aplicador mecânico de um texto legal, corresponde a uma imagem totalmente deteriorada de suas funções ou, dizendo mais claramente, é a imagem de juiz completamente ignorante do direito, suscetível de ser substituído com vantagens por um computador. A menos que o juiz padeça de uma completa ignorância jurídica, não pode deixar de interpretar a lei na hora de aplicar o direito, embora para isso se renda a interpretações prévias ou a alguma das que se lhe propõem. [...] Este é um processo de análise praticamente inevitável para qualquer juiz, no curso do qual demarca, limita ou estende o sentido das palavras da lei, em função de disposições de outras leis de igual ou superior hierarquia, que não pode admitir como contraditórias com a que aplica. É

Já o juiz “Hércules”, em contraposição à dureza do liberalismo econômico que se desenvolveu ao amparo do juridicismo formal, caracteriza-se como o juiz-assistencialista típico do Estado Social do século XX²⁵⁶.

Atua adaptando suas decisões às necessidades e circunstâncias sociais. Nesse modelo, a supremacia do legislador torna-se relativa, sendo as decisões judiciais o centro do sistema jurídico. Assim, o direito é visto não apenas como um conjunto de regras, mas um complexo formado também pelo comportamento dos magistrados. Nesse modelo, o juiz “Hércules” precisa trabalhar em cima das leis a fim de que essas passem a ter consistência.

O juiz “Hércules” começa a aplicar a visão da supremacia do fato concreto perante as normas abstratas, em outras palavras, somente a norma não é suficiente para garantir uma justiça social devendo ser adequada ao caso concreto, ou seja, deve ser realizada uma hermenêutica considerando-se o momento, adaptando o texto da lei às necessidades do momento²⁵⁷.

Finalmente, o perfil do juiz “Hermes”, que se aproxima do julgador mediador e comunicador. O juiz “Hermes” surge como resultado das crises do direito liberal gerado pelo Estado de direito e do direito social produzido pelo Estado assistencial, e do surgimento de um direito pós-moderno, cujos contornos não se delineiam nitidamente, devido ao grau de complexidade da situação presente. [...] O modelo “Hermes” se articula entre o direito e o fato, entre a ordem e a desordem, dando conta dessa racionalidade paradoxal²⁵⁸.

Na realidade social vivenciada hoje em dia, deparamo-nos com um direito que se apresenta em certas ocasiões no estado fluido que lhe permite colocar-se nas situações mais diversas e ocupar assim suavemente todo o espaço disponível, suportando fortes compressões²⁵⁹.

O modelo de juiz “Hermes” tende a requerer que o juiz não venha a ser prender a uma regra superior estanque. De fato, tal magistrado parece não ser mais aquele que “[...]”

inquestionável que não poderá evitar de considerar, entre as de superior hierarquia, primariamente a Constituição”. ZAFFARONI, Eugenio Raul. **Poder judiciário: crises, acertos e desacertos**. Tradução de Juarez Tavares. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p. 56.

²⁵⁶BEZERRA, Eudes Vitor. **Direitos fundamentais e justiça constitucional – Trêsmodelos de juízes**. Disponível em http://www.jurisway.org.br/monografias/monografia.asp?id_dh=4583, acesso em 13 out 2012.

²⁵⁷BEZERRA, Eudes Vitor. **Direitos fundamentais e justiça constitucional – Trêsmodelos de juízes**. Disponível em http://www.jurisway.org.br/monografias/monografia.asp?id_dh=4583, acesso em 13 out 2012.

²⁵⁸BEZERRA, Eudes Vitor. **Direitos fundamentais e justiça constitucional – Trêsmodelos de juízes**. Disponível em http://www.jurisway.org.br/monografias/monografia.asp?id_dh=4583, acesso em 13 out 2012.

²⁵⁹Disponível em: http://www.ibea-rj.com.br/index.php?option=com_content&view=article&id=82:qual-e-a-funcao-do-juiz-moderno&catid=37:artigos&Itemid=27, acesso em 05 dez 2013.

conhece bem o direito e a sua relação com os autos, mas não conhece a relação dos autos com a realidade²⁶⁰”.

Por conclusivo, “Júpiter” igual convenção, “Hércules” igual invenção, e “Hermes” uma somatória dos dois perfis, capaz de respeitar o caráter hermenêutico do direito, mas adequando à realidade social vivenciada.

O modelo de juiz²⁶¹ que aqui se busca, do magistrado capaz de se adaptar às realidades sociais e ter como escopo a efetividade da prestação jurisdicional mais se adequa ao perfil “Hermes”.

Nesse momento, em que se idealiza um juiz, necessária se torna, ainda que superficialmente, a diferenciação do juiz neutro para o juiz imparcial, tendo como premissa que a imparcialidade não é garantia de um magistrado ideal.

A imparcialidade judicial, caracteriza-se como um princípio constitucional do devido processo legal, que nos leva às suas restrições legais - impedimentos e suspeições – que devem ser verificados e respeitados em qualquer processo, instância e por qualquer juiz, sob pena de nulidade absoluta do processo.

Cintra, Grinover e Dinamarco²⁶² assim definem a imparcialidade judicial:

"O caráter de imparcialidade é inseparável do órgão da jurisdição. O juiz coloca-se entre as partes e acima delas: esta é a primeira condição para que possa exercer sua função dentro do processo. A imparcialidade do juiz é pressuposto para que a relação processual se instaure validamente. É nesse sentido que se diz que o órgão jurisdicional deve ser subjetivamente capaz. A incapacidade subjetiva do juiz, que se origina da suspeita de sua imparcialidade, afeta profundamente a relação processual. Justamente para assegurar a imparcialidade do juiz, as constituições lhe estipulam garantias (Const., art. 95), prescrevem-lhe vedações (art. 95, par. ún.) e proíbem juízos e tribunais de exceção (art. 5º, inc. XXXVII)."

²⁶⁰SANTOS, Boaventura de Souza. **Que formação para os magistrados de hoje?** Revista do Ministério Público, Lisboa, n. 0, 3º trimestre 2000. Disponível em: <<http://www.crise-da-justica.com/Que%20forma%C3%A7%C3%A3o%20para%20os%20magistrados.htm>>. Acesso em: 06 nov. 2012.

²⁶¹ “Qualidades que deve ter o juiz: ‘ É essencialmente obrigatório que o juiz seja sério e imparcial. A cultura também deve fazer parte desse seu acervo de qualidades, sempre que possível; mas a sua honestidade e desenvoltura, no trato dos negócios forenses, são condições imprescindíveis ao exercício da judicatura. Igualmente, impõe-se sempre que, no agir, seja ele sóbrio, porém enérgico, quando as condições assim o exigirem. É sempre interessante que a pessoa do juiz esteja ao nível do cargo que ocupa, não mais além, nem mais aquém. Acima dele, tem-se o juiz arbitrário e, abaixo, o juiz medroso. Ambos apavoram a todos e a tudo, e, ao invés de segurança no meio social em que atua, gera insegurança e sobressaltos. É preciso que o juiz inspire confiança a todos, e esta confiança somente é alcançada se juiz tiver “pulso” e capacidade intelectual para decidir. Entretanto, decidir nunca a favor do amigo ou contra o inimigo, mas tão-somente visando a atingir o ideal de justiça”. AMORIM, Edgar Carlos de. **O juiz e a aplicação das leis**. Rio de Janeiro: Forense, 1989, p. 2-3.

²⁶²CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; e DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**, 12ª ed., São Paulo, Malheiros Editores, 1996, pág.51

O ponto de maior sutileza quando se menciona a imparcialidade judicial é a neutralidade, que deve ser relevada pelo juiz que ora se busca.

Ao juiz ideal se faz necessário que ao julgar as mais variadas situações que lhe são submetidas, deixe de manter-se adstrito à letra fria da lei – abdique de sua neutralidade - mas também faça uso em seu julgamento de sua bagagem cultural, emocional e mesmo intelectual que traz consigo. Essa característica se mostra imprescindível na diferenciação do magistrado imparcial para o ideal, quando o juiz imparcial – garantia constitucional – deixa de ser neutro e traz ao julgamento a necessária adequação social.

3.1.3 O papel das faculdades de direito na formação dos juízes

As faculdades de direito tem papel importante na formação do juiz, porém não é função da universidade municiar a sociedade e, por consequência, o poder judiciário, com magistrados prontos e acabados, tampouco garantir a sua idoneidade e integridade ética e intelectual. A presunção de uma formação jurídica e ética suficiente para prover os quadros da magistratura não é absoluta²⁶³.

A verdade é que diversas são as limitações das grades curriculares dos cursos de direito que impedem a formação crítica e senso reflexivo aos estudantes de direito.

Na verdade, as faculdades de direito, além de preparar tecnicamente o bacharel, deveriam ter como missão desenvolver lhe a consciência social a respeito de suas funções enquanto operadores do direito. Parte também da postura do novo juiz a consolidação do judiciário no futuro, apto a solucionar as controvérsias do indivíduo, do Estado e da massa, de modo eficiente, célere e, portanto, respeitado pela comunidade dos destinatários²⁶⁴.

Oliveira²⁶⁵ diz do ensino jurídico que:

“É de fundamental importância que o ensino jurídico atente para a necessidade de compreender o sujeito em sua especificidade, valorizando sua subjetividade, em vista da existência de condições plurais no espaço social, as quais se evidenciam nos fatos e nas relações que se processam entre o homem e a Natureza.”

²⁶³ NALINI, José Renato. **O desafio de criar juízes**. In: ALMEIDA, José Maurício Pinto de; LEARDINI, Márcia (Coords.). Recrutamento e formação dos magistrados no Brasil. Curitiba: Juruá, 2007. p. 91-109, p. 91.

²⁶⁴ COLNAGO, Cláudio de Oliveira Santos. **O processo de formação e seleção do magistrado brasileiro**. Jus Navigandi, Teresina, ano 9, n. 541, 30 dez. 2004. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/6113>>. Acesso em: 3 out. 2012.

²⁶⁵ OLIVEIRA, Vanderlei Portes de. **Ensino Jurídico – a crise no ensino do direito e o acesso à justiça**. São Paulo: Letras Jurídicas, 2011, p. 65

A busca por um bom ensino universitário se mostra salutar na formação dos juízes, porém, o que se vislumbra é que hoje em dia houve uma massificação do ensino jurídico, com a proliferação das faculdades de direito que formam bacharéis sem o mínimo de conhecimento social, humanístico e ético da realidade com que vão se deparar. Os cursos de direito formam profissionais acostumados a dogmatização, mas sem a capacidade de adequar o direito positivado às mais diversas situações que lhe são colocadas a julgo. Assim, necessário um algo a mais na formação dos futuros julgadores, é necessária uma reforma no estudo jurídico.

Por oportuno, vislumbrando esse problema, o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil cuidou de alterar o nome de sua Comissão Nacional de Ensino Jurídico para Comissão Nacional de Educação Jurídica, buscando incutir nas faculdades de direito a mentalidade de educar os futuros magistrados, promotores, advogados e, quiçá, professores universitários de direito, e não apenas ensinar - atitude mecânica de trazer o conhecimento pronto e entrega-lo aos alunos.

A visão da educação jurídica consiste no estímulo à pesquisa, ao incentivo de que os estudantes busquem as informações, as soluções para os problemas, as adequações das legislações por suas próprias mãos²⁶⁶, tentando, com este novo posicionamento, melhorar o conceito das faculdades de direito no Brasil, e com isso, colocar no mercado profissionais melhores qualificados a lidar com as mais diversas situações que lhe serão apresentadas para análise e julgamento, no caso dos juízes.

Antes mesmo desta atitude do Conselho na Ordem dos Advogados do Brasil, os legisladores, preocupados com a nítida formação deficitária dos magistrados, através da EC 45/2004 acrescentaram o parágrafo único ao artigo 105 da CF²⁶⁷, criando a Escola Nacional

²⁶⁶Adeotado, em referência à nova terminologia adotada pelo Conselho Nacional da Ordem dos Advogados do Brasil: “Iniciando, pois, pela diferença entre ensino e educação, parece fundamental conceituar a pesquisa, posto que é nela que reside o critério fundamental da distinção. Enquanto no ensino o aluno desempenha um papel passivo, de receptor de informações relatadas pelo professor, dentro da tipologia aula-conferencia, a pesquisa implica fazer o aluno buscar a informação por sua própria conta. E a palavra-chave para uma educação mais completa do estudante de direito é exatamente a problematização que caracteriza a pesquisa. Enquanto no ensino jurídico o objetivo é fazer o aluno ser capaz de compreender e dar de volta a informação recebida, ainda que com suas próprias palavras, na pesquisa o aluno precisa partir de um ou mais problemas específicos e daí desenvolver sua tese, que consiste exatamente na sugestão de uma resposta para aquele ou aqueles problemas.” ADEOTADO, João Maurício. **A OAB e a massificação do ensino jurídico**. In: SILVEIRA, Vladimir Oliveira da; SANCHES, SamyraHaydê Dal Farra Napolini; COUTO, Mônica Bonetti (organizadores). Educação Jurídica. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 565

²⁶⁷**Art. 105** - Compete ao Superior Tribunal de Justiça:

[...]

Parágrafo único - Funcionará junto ao Superior Tribunal de Justiça: (Alterado pela EC-000.045-2004)

I - a Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados, cabendo-lhe, dentre outras funções, regulamentar os cursos oficiais para o ingresso e promoção na carreira. Vade Mecum. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 43.

de Magistrados, mostrando que o desempenho da função jurisdicional exige muito mais do que o conhecimento da dogmática jurídica, sendo imprescindível a formação peculiar e especializada do magistrado, para exercer sua função de forma sensível às necessidades da efetivação dos direitos e garantias previstos constitucionalmente.²⁶⁸

E é aqui que cintila o papel relevante a ser desempenhado pelas escolas de magistratura. São aptas a ensejar uma visão mais ampla aos juízes, não se restringindo somente aos enfoques técnicos da dogmática jurídica, mas preocupando-se em fornecer mecanismos para a formação ética e intelectual profunda do magistrado²⁶⁹.

Cediço que o ensino superior no Brasil vivencia problemas sérios em relação à formação que propicia aos estudantes. Paralelo a isso, os cursos preparatórios ensinam aos estudantes como se tornarem juízes, mas não conferem adequada formação humanista a esses juízes. Por fim, resta claro que a missão de formar magistrados que dominem os pressupostos positivistas, mas que também saibam adequar a lei à realidade social fica postergado para momento ulterior à posse na magistratura.

3.1.4 Formação humanística dos juízes

Após as faculdades de direito, importante ao deslinde desta pesquisa uma análise da formação ética e moral dos nossos julgadores, distinguindo e ponderandoseu perfil,finalizando demonstrar que, ao lado da formação técnica, adquirida nos bancos das faculdades de direito, a formação social, consciência política da função e uma ética humanista são importantíssimas ao magistrado garantidor da efetividade processual.

A começar, o modo de ingresso dos magistrados nos quadros da Administração Pública que se dá através de concurso público adequado a averiguar o conhecimento técnico dos candidatos à magistratura. Uma vez que não foram eleitos pela população, assim como os membros do legislativo e do executivo, os juízes não passam de meros desconhecidos da população à qual irá julgar as lides que afetam diretamente suas vidas cotidianas, ou seja, os magistrados irão julgar o bem da via de pessoas que sequer conhecem e de quem muito menos são conhecidos, situação esta desconfortável aos magistrados e tambémaos jurisdicionados, que se sentem intimidados por figura tão austera como a de um juiz de Direito.

²⁶⁸ GOMES, Suzana de Camargo. **A escola de magistrados e a formação do juiz**. Escola da magistratura e formação do juiz: concurso de monografias promovido pela AJUFE. Brasília: Editora Conselho da Justiça Federal, 1995. p. 11-49, p. 15.

²⁶⁹ GOMES, Suzana de Camargo. **A escola de magistrados e a formação do juiz**. Escola da magistratura e formação do juiz: concurso de monografias promovido pela AJUFE. Brasília: Editora Conselho da Justiça Federal, 1995. p. 11-49, p. 16.

Nalini²⁷⁰ refuta que o modo de seleção dos magistrados - os concursos públicos - descuida da formação humanística dos juízes. Afirma o autor que a fim de que os juízes estejam aptos a responder os novos desafios que a Justiça apresenta “precisa de um sujeito que decida, alguém que dê uma resposta, que julgue conflitos de massa, num mundo em que tudo se multiplicou, as lides proliferaram, que todas as questões chegam ao judiciário.”

Os juízes, enquanto aplicadores e intérpretes do sistema jurídico possuem em suas mãos um grande poder: cabe-lhes informar a sociedade sobre o que é certo e o que é errado, balizados fundamentalmente pelos preceitos postos por esta própria sociedade e expressos no ordenamento jurídico²⁷¹.

Dallari afirma que a verificação dos conhecimentos técnico-jurídicos do candidato não é suficiente, pois o juiz que oferecer apenas isso, ainda que em alto grau, não conseguirá ser mais do que um eficiente burocrata. Para a boa seleção e, conseqüentemente, para que se tenha uma magistratura íntegra e eficiente é indispensável que a seleção seja de pessoas conscientes de que os casos submetidos a sua decisão implicam interesses dos seres humanos²⁷².

Cada vez mais há a preocupação com a formação de um magistrado atento às realidades sociais, atento às mudanças de paradigmas ocorridas em nossa sociedade no decorrer dos últimos anos, magistrado esse capaz de adaptar o direito positivado, de se valer dos princípios gerais do direito, das normas de direito fundamental para proceder a julgamentos justos.

Em recente artigo, Marroco²⁷³, tratando do tema da educação jurídica, traz que a formação acadêmica, hoje em dia, não mais se mostra suficiente para um operador do direito, de uma forma geral, encarar os desafios da sociedade moderna:

²⁷⁰NALINI, José Renato. Entrevista concedida ao site Consultor Jurídico, em 25 nov 2012. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2012-nov-25/entrevista-jose-renato-nalini-corregedor-geral-justica-sao-paulo>. Acesso em 21 jan 2013.

²⁷¹ COLNAGO, Cláudio de Oliveira Santos. **O processo de formação e seleção do magistrado brasileiro**. Jus Navigandi, Teresina, ano 9, n. 541, 30 dez. 2004. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/6113>>. Acesso em: 3 out. 2012.

²⁷² “Um curso que se preocupe com a formação de bons profissionais do direito deverá ser organizado de tal forma que os estudantes tenham estímulo para leituras e oportunidades para discussões, o que se consegue fazendo sempre a aproximação da teoria e da legislação com as práticas da realidade social. Desse modo será mais fácil despertar o interesse dos estudantes pelo conhecimento da conceituação básica, por aquilo que, geralmente, é apresentado como ‘questões teóricas’, como se fosse apenas um requinte intelectual sem interesse prático”. DALLARI, Dalmo de Abreu. **O poder dos juízes**. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 27, 29.

²⁷³MARROCO, Andréia de Almeida Leite. **O ensino jurídico: desafios à formação do profissional do século XXI**. In: Educação jurídica : temas contemporâneos , organizadores: RODRIGUES, Horácio Wanderlei, ARRUDA JR, Edmundo Lima de. – Florianópolis : Fundação Boiteux, 2011.p. 101

Enseja-se à formação de egressos que, além de serem indivíduos preocupados com a realidade que os envolve e não apenas profissionais que dominem funções burocráticas e tecnicistas, aceitem, compreendam e cumpram uma função na sociedade; mais que advogados, magistrados, promotores, delegados, meros operadores do Direito positivado, mas “pessoas” que reconheçam e saibam bem utilizar o poder de transformação que possuem em suas mãos.

Para Nalini²⁷⁴, a sociedade espera não por um juiz que tenha habilidade de memorização, o que se espera de um bom magistrado, é que ele tenha “curiosidade e vontade de procurar sobre os temas em questão.” Continua o autor afirmando que o necessário em um juiz é saber como ele julgará “quando desafiado diante de questões concretas? Ele terá equilíbrio, sensibilidade e consciência?” Conclui afirmando que os juízes devem ter noção das consequências de suas decisões, devem se compenetrar no que é o papel do juiz.

Leal²⁷⁵ diz da justiça da decisão, que esta residiria ainda na capacidade do juiz em sintetizar e realizar, pela interpretação do caso concreto, valores presumidamente vigentes nas sociedades, e em permitir, dessa forma, que o direito seja permanentemente adaptado a uma realidade, não obstante a legalidade tenha de ser afastada.

Feitas todas essas considerações a respeito do problema da formação ética e intelectual dos magistrados brasileiros, aliados ao fato de que o papel do juiz atual passa pela criação, pela inovação do direito positivado, chega-se a conclusão de que formar juízes humanistas é dotá-los sim de liberdade, pois se são livres também assumem responsabilidades. O juiz que é livre para conhecer a realidade, porque pesquisa a verdade em cada caso singular, assume a responsabilidade de tomar a decisão que prestigia o ser humano e efetiva direitos.

A tarefa colocada nas mãos dos juízes não é simples. Trata-se da função de resolver lides que veiculam sérios problemas de desigualdade social. Julgar é definir um conflito em favor de alguém. Assim sendo, é realmente necessário que o juiz tenha total consciência de seu papel político na sociedade. Para tanto, não basta que tenha uma formação genérica para o desempenho de qualquer profissão jurídica. É imprescindível uma formação específica, uma formação humanística.

²⁷⁴NALINI, José Renato. Entrevista concedida ao site Consultor Jurídico, em 25 nov 2012. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2012-nov-25/entrevista-jose-renato-nalini-corregedor-geral-justica-sao-paulo>. Acesso em 21 jan 2013.

²⁷⁵ LEAL, André Cordeiro. **Instrumentalidade do processo em crise**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2008, p. 25.

Oliveira²⁷⁶, a respeito da humanização do direito diz que essa se confunde com um processo de cidadanização do jurídico, tornando o Judiciário, em suas atividades práticas, mais cidadão, logo baseado na figura de um juiz cidadão ou, nas palavras do autor:

(...)a humanização do Judiciário passando pela descoberta de uma nova identidade para a magistratura. A identidade do magistrado como cidadão, como homem sensível e comum, não mais como um semideus de um real maravilhoso.”

Percebendo a necessidade evidente de se aliar, além do vasto conhecimento jurídico, a formação humanista aos futuros magistrados, o Conselho Nacional de Justiça, em 2009, editou a resolução 75²⁷⁷, ditando regras ao concurso para ingresso nos quadros da magistratura nacional, e dentre essas regras, acrescentou-se à prova dissertativa, além das noções gerais de direito, questões relacionadas à formação humanística, que envolvem a sociologia do direito, psicologia judiciária, ética e estatuto jurídico da magistratura nacional, filosofia do Direito e teoria geral do Direito e da política²⁷⁸.

Para Oliveira²⁷⁹:

“as novas configurações sociais apontam possibilidades de rupturas nas matrizes curriculares do curso de Direito, destacando as vertentes sociais, políticas, ecológicas, antropológicas e outras que facilitem a compreensão do ser humano.”

A proposta de formação humanística dos juízes condiz com uma maior aproximação entre o julgador e os jurisdicionados, trazendo o juiz mais próximo às partes e à sua realidade, pois o magistrado que se coloque mais próximo da parte e, conseqüentemente, mais perto da lide que lhe é colocada a julgo, por certo, tem melhores condições de proferir uma decisão justa, que traga efetividade à prestação jurisdicional.

²⁷⁶OLIVEIRA, Vanderlei Portes de. **Ensino Jurídico – a crise no ensino do direito e o acesso à justiça**. São Paulo: Letras Jurídicas, 2011, p. 42

²⁷⁷Disponível em http://www.cnj.jus.br/images/stories/docs_cnj/resolucao/rescnj_75b.pdf, acesso em 06 fev2013

²⁷⁸“A presença da Filosofia e de outras disciplinas relacionadas às ciências sociais pode contribuir para a superação do conhecimento formalizado, fragmentado, objetivo, tornando a formação um exercício constante da capacidade reflexiva.” OLIVEIRA, Vanderlei Portes de. **Ensino Jurídico – a crise no ensino do direito e o acesso à justiça**. São Paulo: Letras Jurídicas, 2011, p. 65

²⁷⁹OLIVEIRA, Vanderlei Portes de. **Ensino Jurídico – a crise no ensino do direito e o acesso à justiça**. São Paulo: Letras Jurídicas, 2011, p. 71

3.2 Adequação da legislação à realidade social

Os novos conflitos de interesses gerados na sociedade atual exigem dos magistrados formas diferenciadas de atuação²⁸⁰, devendo o juiz introduzir-se nas mazelas da realidade social, lembrando sempre que o apego literal à norma pode, algumas vezes, torná-lo mero instrumento de interesses menos legítimos. No exercício dessa tarefa, deve o juiz fundar-se nos princípios constitucionais, que velam pela liberdade e pela segurança jurídica que cada cidadão possui frente ao Estado. Nesta seara, se buscará nesse tópico agregar o tema da legislatura e da responsabilidade judiciais já existentes em nosso ordenamento jurídico, como ponto de partida às propostas de atuação judicial que serão trazidas no decorrer desse capítulo.

3.2.1 Criatividade judicial

Quando um juiz interpreta uma lei está exercendo sua criatividade, pois a produção legislativa pode deixar lacunas que necessitam ser recebidas e resolvidas pelos magistrados, e referidas lacunas devem ser preenchidas pelas normas mestras do próprio sistema jurídico.

Nas palavras de Romani²⁸¹, magistrado paulista, um juiz “seguidor do método da lógica formal abstrata ditada pelo legislador, não contribui para o direito novo, mais próximo da verdadeira justiça, aquela coerente com os direitos do povo, que é o mais legítimo credor da prestação jurisdicional”.

Na visão de Marinoni²⁸², o juiz deve estar ciente de que a sua função é comprometida além do conteúdo do direito, com seu momento histórico. Assim, ao julgador, não cabe aplicar friamente a lei, posto que essa atitude possa conduzir a decisão a resultados corrompidos, seja porque não foi adequadamente elaborada, seja porque não mais satisfaz as necessidades sociais. Continua o autor afirmando que o juiz que alcança o conteúdo do direito do momento em que vive sabe reconhecer o texto de lei que não corresponde às expectativas sociais e extrair da constituição os elementos que lhe permitem decidir de modo a fazer valer o conteúdo do direito do seu tempo.

²⁸⁰ Dallari: “Embora se tenha criado a aparência de maior respeito pelo Judiciário, que não dialoga com os demais Poderes mas também não se envolve em disputas com eles, o fato é que, aceitando passivamente tal situação, a magistratura, na prática, ficou imobilizada, voltada para si própria, incapaz de perceber que, em alguma medida, os outros procuravam adaptar-se ao dinamismo da sociedade enquanto ela estagnava”. DALLARI, Dalmo de Abreu. **O poder dos juizes**. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 5.

²⁸¹ ROMANI, Dagoberto. **O juiz, entre a lei e o direito**. Revista dos Tribunais, São Paulo, n. 633, p. 234-236, 1988, p. 236.

²⁸² MARINONI, Luiz Guilherme. **Tutela antecipatória: julgamento antecipado e execução imediata da sentença**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000b, p. 19.

Para Nalini²⁸³, não é juiz aquele que não o for com independência, desvinculado de qualquer interesse, corajoso para inovar, pois independência também significa se afastar do imobilismo jurisprudencial, sempre que circunstâncias novas o justifiquem, seguro de sua missão imprescindível de concretizar a produção do justo.

Ocorre que essa liberdade criativa deve ter limites, pois do contrário, estar-se-ia sujeito à insegurança jurídica, a um verdadeiro caos jurídico. Assim, o limite para a criatividade judicial se situa no fato de os magistrados não possuírem poderes ilimitados, posto que, o juiz, embora inevitavelmente criador do direito, não é necessariamente um criador completamente livre de vínculos. Na verdade, todo sistema jurídico civilizado procurou estabelecer e aplicar certos limites à liberdade judicial, tanto processuais, quanto substanciais²⁸⁴.

Para Cappelletti²⁸⁵, a criatividade jurisdicional é ao mesmo tempo inevitável e legítima, e que o problema real e concreto, ao invés, é o da medida de tal criatividade, portanto, de restrições. Esses limites é que tendem a evitar que o juiz se transforme em legislador.

A fim de alcançarem-se juízes criativos, mas que respeitem os limites de sua criatividade é que não é facultado ao magistrado deixar de lado a legislação vigente em nosso ordenamento jurídico. O juiz deverá fundamentar e argumentar logicamente, suas decisões a fim de que as mesmas sejam consideradas válidas e tenham eficácia além de que, essa fundamentação, deverá ser feita com base no texto legal, como forma a coibir-se a discricionariedade e arbitrariedade na prolação das decisões.

A fundamentação das decisões mostra-se como um limitador da criatividade judicial, evitando, como já dito, a possibilidade do juiz, ante a discricionariedade peculiar a sua função, incorrer em arbitrariedades. Assim, temos que a fundamentação é o meio que permite à população fiscalizar o desempenho do magistrado, uma vez que a mesma deve dispor todos os fundamentos lógicos e jurídicos que levaram o juiz à escolha tomada no ato de decidir, ou seja, o limite imposto aos julgadores.

Aqui é que reside a linha tênue que separa o juiz ativista do julgador que extrapola os ditos limites. Nesse contexto, o que se propõe é que o juiz não fique apenas limitado ao texto de lei e tenha a sensibilidade de adequar o direito já positivado às várias situações que lhe

²⁸³ NALINI, José Renato. **O juiz e suas atribuições funcionais: introdução à deontologia da magistratura**. In: _____ (Coord.). Curso de deontologia da magistratura. São Paulo: Saraiva, 1992. p. 2.

²⁸⁴ CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes legisladores?** Tradução de Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1999, p. 26.

²⁸⁵ CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes legisladores?** Tradução de Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1999, p.103.

precipitar-se-ão para decisão, e esta adequação das normas deve-se dar em face dos princípios gerais de direito e normas de direitos fundamentais traçadas na constituição federal. Sempre limitando a criatividade judicial à carta magna de nosso país.

O fato de o juiz aplicar cegamente as leis, sem atentar para a sua conformidade constitucional vai à contramão da nova ordem social, haja vista ser o direito uma ciência em constante construção. Para Gomes²⁸⁶, “não se trata de postular a substituição do parlamento pelos juízes, cabendo ao juiz contemporâneo dar prioridade às normas, aos princípios e aos valores constitucionais”.

“A mentalidade do legalismo, praticado por muitos juízes, que consiste no apego ‘quase fanático’ a pormenores das formalidades legais, mesmo quando isso se mostra inoportuno, injusto ou acarreta graves conflitos sociais”²⁸⁷, é exatamente o caminho inverso ao juiz que ora se esquadrinha, do juiz arguto da realidade vivenciada e capaz de adequar as leis à essa nova ordem social.

Como visto, o papel do juiz, na realidade é muito mais difícil e complexo do que se pondera. O juiz, tanto moral quanto politicamente, tem maior responsabilidade por suas decisões do que haviam sugerido as doutrinas tradicionais.

Cresce em complexidade a atuação do juiz, e em responsabilização também, posto que, como descreve Cappelletti²⁸⁸:

Escolha significa discricionariedade, embora não necessariamente arbitrariedade; significa valoração e ‘balanceamento’; significa ter presentes os resultados práticos e as implicações morais da própria escolha; significa que devem ser empregados não apenas os argumentos da lógica abstrata, ou talvez os decorrentes da análise linguística puramente formal, mas também e sobretudo aqueles da história e economia, da política e da ética, da sociologia e da psicologia. E assim o juiz não pode mais se ocultar, tão facilmente, detrás da frágil defesa da concepção do direito como normapré estabelecida, clara e objetiva, na qual pode basear sua decisão de forma ‘neutra’. É envolvida sua responsabilidade pessoal, moral e política, tanto quanto jurídica, sempre que haja no direito abertura para escolha diversa. E a experiência nos ensina que tal abertura sempre ou quase sempre está presente.

Cada vez mais o magistrado ideal se aproxima do juiz “Hermes”, o qual, como já dito alhures, tende a requerer que o juiz não venha a ser prender a uma regra superior

²⁸⁶ GOMES, Luiz Flávio. **A dimensão da magistratura: no estado constitucional e democrático de direito: independência judicial, controle judiciário, legitimação da jurisdição, politização e responsabilidade do juiz**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 152-153.

²⁸⁷ DALLARI, Dalmo de Abreu. **O poder dos juízes**. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 3.

²⁸⁸ CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes legisladores?** Tradução de Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1999, p. 33.

estranque, mas sim que busque “se articular entre o direito e o fato, entre a ordem e a desordem, dando conta dessa racionalidade paradoxal”²⁸⁹.

É esse julgador, sintonizado com as mudanças da realidade social, sabedor de que, sendo o direito uma ciência em constante construção, deve exercer, dentro dos limites legais, sua criatividade na aplicação das leis, que poderá fazer diferença na garantia da efetividade processual, esse o magistrado que se busca.

3.2.2 Responsabilidade judicial

Os juízes, por serem prestadores de serviço público, devem ser independentes e imparciais em suas decisões, mas também devem ter responsabilidade em relação à população que servem²⁹⁰.

Na medida em que os juízes têm aumentado o seu poder e a sua participação em busca de uma maior efetivação da justiça, deve ser também aumentada a responsabilidade dos julgadores, de forma a garantir-se a segurança jurídica da sociedade.

Com relação à responsabilidade pessoal do juiz, o CPC traz em seu artigo 133:

Art. 133. Responderá por perdas e danos o juiz, quando:

- I) no exercício de suas funções, proceder com dolo ou fraude;
- II) recusar, omitir ou retardar, sem justo motivo, providência que deva ordenar de ofício, ou a requerimento da parte.

Parágrafo único. Reputar-se-ão verificadas as hipóteses previstas no n. II só depois que a parte, por intermédio do escrivão, requerer ao juiz que determine a providência e este não lhe atender o pedido dentro de dez (10) dias.

Referido dispositivo apresenta as duas hipóteses em que se afigura possível responsabilizar pessoalmente o magistrado: “a primeira, quando o juiz procede com dolo ou fraude, e, a segunda, quando ocorrer recusa, omissão ou atraso de qualquer providência que o juiz deve ordenar de ofício ou a requerimento da parte. Esse dispositivo é claramente taxativo devido à sua própria natureza. A intenção é a de proteger a liberdade do juiz, de forma que não seria possível estender a responsabilidade pessoal do juiz a outras situações.”²⁹¹

²⁸⁹BEZERRA, Eudes Vitor. **Direitos fundamentais e justiça constitucional – três modelos de juízes**. Disponível em http://www.jurisway.org.br/monografias/monografia.asp?id_dh=4583, acesso em 13 out 2012.

²⁹⁰CAPPELLETI, Mauro. **Juízes irresponsáveis?** Tradução e revisão de Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1989, p. 17.

²⁹¹FERRIANI, Adriano. **A responsabilidade civil do juiz**. Cadernos de Direito, Piracicaba, v. 9(16-17): 25-39, jan.-dez. 2009, p. 36. Disponível em <https://www.metodista.br/revistas/revistas-unimep/index.php/direito/article/download/136/81>, acesso em 13 out 2012.

Cappelletti²⁹² afirma categoricamente que

um poder não sujeito a prestar contas representa a patologia, ou seja, isto que Merryman apelida, com expressão que oculta um pouco o seu conteúdo ideológico, de falta de ‘organização racional’ mas que, em ciência política, se pode simplesmente rotular de autoritarismo e, na sua expressão extrema, de tirania. Parece-me sempre válida, em verdade, a afirmação de que ‘um poder sem responsabilidade é incompatível com um sistema democrático’.

A expressão responsabilidade judicial pode significar tanto o dever de prestar contas de determinados atos perante a sociedade quanto do poder exercido pelos magistrados, sendo a primeira acepção decorrente da segunda, posto que o poder e o dever de exercerem suas atribuições os tornam responsáveis pelos seus atos perante a população.²⁹³

Essa mudança na responsabilização do juiz muda o modelo do processo civil como mero negócio das partes e o juiz como árbitro passivo. O aumento da criatividade judicial aponta na direção de uma maior responsabilização judicial sem, contudo, diminuir-lhe a autonomia e independência. Na medida em que os juízes têm assumido poderes que os conduzem a decisões concernentes a interesses vitais, é provável que tenha aumentado para as partes o incentivo de invocar a responsabilidade deles²⁹⁴.

Limites à responsabilização judicial tendem a ser aceitos na medida em que preservem valores como a manutenção da paz social e a independência dos magistrados.

Para Cappelletti²⁹⁵, no tema da responsabilidade judicial, primeiramente, há que ser analisada a responsabilidade política do juiz como pessoa ou da magistratura como classe, sendo dividida em responsabilidade em face do poder político e responsabilidade constitucional. Há ainda a responsabilidade social, que se dá perante a sociedade e também

²⁹² CAPPELLETI, Mauro. **Juízes irresponsáveis?** Tradução de Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1989, p. 18.

²⁹³ Os juízes exercitam um poder. Onde há poder deve haver responsabilidade: em uma sociedade organizada racionalmente, haverá uma relação diretamente proporcional entre poder e responsabilidade. [...] Mas um poder não sujeito a prestar contas representa a patologia, ou seja [...], em ciência política, se pode simplesmente rotular de autoritarismo e, na sua expressão extrema, de tirania, então [...] o problema da responsabilidade judicial vem assumindo na nossa época peculiar conotação e relevância particularmente acentuada, em razão [...] do crescimento sem precedentes do poder judiciário na sociedade moderna. CAPPELLETI, Mauro. **Juízes irresponsáveis?** Tradução e revisão de Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1989, p. 18-19.

²⁹⁴ Tucci entende ser necessário “institucionalizar-se um sistema de responsabilização dos magistrados e de controle social sobre eles, para inviabilizar-se a possibilidade de virem reproduzir o déspota que se buscou eliminar”. TUCCI, José Rogério Cruz e. **Tempo e processo**. São Paulo: RT, 1997, p. 100-101.

²⁹⁵ Na responsabilidade constitucional, permanecem as características da responsabilidade política, mas aquela deriva de violações especificadas na Constituição, definidas pela norma com contornos usualmente vagos e abertos à interpretação dos órgãos políticos. Tratam-se de comportamentos condenáveis sob o ponto de vista político podendo ser incluídos na sanção constitucional. CAPPELLETI, Mauro. **Juízes irresponsáveis?** Tradução e revisão de Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1989, p. 41-42.

pode ser referente ao magistrado ou apenas à magistratura. Além disso, a responsabilidade jurídica do Estado pode ser exclusiva ou concorrente com a responsabilização individual do juiz. A responsabilidade jurídica judicial pode se dar no âmbito penal, civil e disciplinar.

Outro tipo da responsabilidade jurídica judicial é a responsabilidade restitutória do Estado compatível com o ressarcimento pelo magistrado do prejuízo sofrido por aquele em virtude da sua responsabilidade substitutiva²⁹⁶.

A responsabilidade política da magistratura sugere a não existência do caráter jurisdicional, sendo analisada sob o prisma político. Como a responsabilidade constitucional deriva da própria constituição, suas violações são usualmente de natureza política, o que dificulta o enquadramento na responsabilidade jurídica.

Em relação à responsabilidade social, ela diferencia-se da precedente no sentido de que a prestação de contas é efetuada também perante a sociedade.

Ainda, a responsabilidade jurídica diz respeito à responsabilização efetuada por procedimentos e órgãos de natureza jurisdicional. A responsabilidade nesses casos é exercida pela parte ou terceiro, com uma demanda aforada não em face do magistrado, mas contra o Estado.

A responsabilidade substitutiva do Estado pode ser exclusiva ou concorrente com a responsabilidade do juiz²⁹⁷ como pessoa física.

Cappelletti²⁹⁸ faz um reagrupamento desses diferentes tipos de responsabilidade dos juízes, nomeando-os de “repressivo ou da sujeição”, “autônomo corporativo ou do isolamento” e “em função dos consumidores ou responsabilização social”.

O “modelo repressivo ou da sujeição” é caracterizado pela relação de sujeição do poder judiciário ou do magistrado em relação ao poder político. São exemplos desse modelo os sistemas em que há responsabilização ‘política’ dos magistrados.

O modelo “autônomo corporativo ou do isolamento”, caracteriza-se como a antítese do anterior e representa a autonomia do poder judiciário.

²⁹⁶ CAPPELLETI, Mauro. **Juízes irresponsáveis?** Tradução e revisão de Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1989, p. 30-36.

²⁹⁷ Hely Lopes Meirelles: O ato judicial típico, que é a sentença, enseja responsabilidade civil da Fazenda Pública, como dispõe a CF de 1988, em seu art. 5º, LXXV. Ficará entretanto, o juiz individual e civilmente responsável por dolo, fraude, recusa, omissão ou retardamento injustificado de providências de seu ofício, nos expressos termos do art. 133 do CPC, cujo ressarcimento do que foi pago pelo Poder Público deverá ser cobrado em ação regressiva contra o magistrado culpado. MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 618.

²⁹⁸ CAPPELLETI, Mauro. **Juízes irresponsáveis?** Tradução e revisão de Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1989, p. 78-80.

Derradeiro, o modelo concebido “em função dos consumidores ou da responsabilização social” foi estruturado a fim de se evitar eventuais excessos dos dois sistemas anteriormente explicitados. Consiste na combinação da responsabilidade política e social com a jurídica, distanciando-se da subordinação ao poder político e a conglomerados econômicos. Esse modelo parece o que melhor resultado encontra na busca do equilíbrio entre a independência e a responsabilidade.

Por fim, o que se buscou lograr com essa explanação sobre a responsabilidade judicial é que esta deve ser baseada em instrumentos que permitam um judiciário mais aberto, tanto social quanto politicamente, e que permita ao magistrado o uso de sua criatividade na resolução dos conflitos, de modo que esse julgador possa, real e concretamente, auxiliar na garantia da efetividade processual.

3.2.3 Magistratura independente e responsável²⁹⁹

A independência da magistratura, muito mais do um privilégio aos nossos julgadores, faz-se necessária ao povo, que precisa de juízes imparciais para harmonização pacífica e justa dos conflitos de direitos³⁰⁰. Tanto é assim que a Organização das Nações Unidas, em 1994, reconheceu formalmente a independência dos juízes como requisito necessário à democracia e à paz³⁰¹.

²⁹⁹ Ao iniciar esse tópico, interessante destacar-se o pensamento de Calamandrei: “Creia-me, a pior desgraça que poderia ocorrer a um magistrado seria pegar aquela terrível doença dos burocratas que se chama conformismo. É uma doença mental semelhante à agorafobia: é o pavor da independência própria, uma espécie de obsessão, que não espera as recomendações externas, mas precede-as, que não se dobra às pressões dos superiores, mas as imagina e as satisfaz antecipadamente”. CALAMANDREI, Piero. **Eles, os juízes, vistos por um advogado**. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 279.

³⁰⁰ DALLARI, Dalmo de Abreu. **O poder dos juízes**. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 45.

³⁰¹ Em resolução 1994/41, a Comissão de Direitos Humanos da ONU decidiu recomendar a criação do cargo de Relator Especial sobre a independência do Poder Judiciário, onde a Comissão reconheceu a necessidade de se criar um mecanismo de controle encarregado de acompanhar a questão da independência e imparcialidade do Poder Judiciário, especialmente no que respeita aos juízes e advogados e ao pessoal e auxiliares da justiça, assim como à natureza dos problemas que podem menoscabar essa independência e imparcialidade.

Funções do Relator Especial:

- a) Investigar toda denúncia que seja transmitida ao Relator Especial e informar sobre suas conclusões à respeito;
 - b) Identificar e registrar não somente os atentados à independência do Poder Judiciário, dos advogados e do pessoal e auxiliares da justiça, mas também os progressos realizados na proteção e no fomento dessa independência, bem como fazer recomendações concretas, inclusive sobre assistência técnica ou serviços de assessoramento aos Estados interessados, quando esses solicitarem;
 - c) Estudar, por sua atualidade e importância, e visando a formulação de propostas, algumas questões de princípio com o fim de proteger e assegurar a independência do Poder Judiciário e da advocacia.
- DALLARI, Dalmo de Abreu. **O poder dos juízes**. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 44

Melo³⁰².traz que a independência para um juiz parece significar um estado constante de liberdade que não supõe qualquer tipo de subordinação para interpretar e fazer valer a lei. Uma liberdade que necessariamente implica em autonomia e não suporta, sob nenhuma possibilidade, a ideia de sujeição. Na verdade, trata-se de uma independência que requisita respeito e impõe respeito, na medida em que faculta ao magistrado a ordem e o cumprimento das suas decisões.

Continua a autora afirmando que é de se salientar que essa liberdade, essa autonomia em momento algum estão distantes ou podem isentá-lo da responsabilidade ou do compromisso que o obrigam a resistir aos sutis mecanismos de quebra da independência, da sedução, seja ela de que teor for investida, ou desprezar os alertas da sensibilidade que o impelem a prever, em um possível resultado final, as marcas das insinuações, das sugestões, das influências, das manipulações ou até das ameaças veladas que se consubstanciam em limites à independência do magistrado ou à limitação da sua esfera de decisão³⁰³.

Forçosa se mostra a explicação de que a independência aqui tratada não se refere à instituição poder judiciário, que tem a garantia constitucional de independência, enquanto instituição, através das prerrogativas de inamovibilidade, vitaliciedade e irredutibilidade de subsídios. O que aqui se busca é a independência dos julgadores na fundamentação de suas decisões, a fim de que lhes seja garantido, a par de fundamentar seus julgados nos termos do direito positivado, adequar essas normas à realidade social vivenciada por ocasião do julgamento.

As garantias que estão previstas nos incisos I a III do artigo 95 da constituição federal, quais sejam, vitaliciedade, irredutibilidade de vencimentos e inamovibilidade, dão segurança ao jurisdicionado, ao menos em tese, de que terá um julgamento imparcial, atento, absolutamente desvinculado de fatores externos.

Dallari enumera quatro medidas, dentre todas as necessárias, que são relevantes na conquista e manutenção da independência da magistratura no Brasil, sendo a primeira o reconhecimento da realidade da magistratura, com suas falhas de organização e funcionamento. Por segunda medida, enumera a ciência da natureza política do problema da independência da magistratura. Em terceiro lugar, aponta uma mudança estrutural da

302MELO,Ronidalva de Andrade (Org.). Apresentação. In: Seminário Cidadania Ativa: **A Independência da magistratura**. 2008, Recife. Anais... Recife: Fundação Joaquim Nabuco, 2008. p. 5-10. Disponível em: <http://www.ajd.org.br/arquivos/publicacao/66_AIndependenciadaMagistratura.pdf>. Acesso em: 08 jan. 2012.

303MELO,Ronidalva de Andrade (Org.). Apresentação. In: Seminário Cidadania Ativa: **A Independência da magistratura**. 2008, Recife. Anais... Recife: Fundação Joaquim Nabuco, 2008. p. 5-10. Disponível em: <http://www.ajd.org.br/arquivos/publicacao/66_AIndependenciadaMagistratura.pdf>. Acesso em: 08 jan. 2012.

sociedade e do Estado, no sentido de se garantir uma prática democrática e, por fim, segundo o autor “é preciso que os juízes queiram ser independentes e trabalhem para isso”³⁰⁴.

A independência da magistratura propicia confiança no resultado final de suas prerrogativas, ou seja, a tão buscada efetivação da justiça.

A magistratura independente é necessária para garantir a possibilidade de novas conquistas sociais, para a eliminação das injustiças existentes e para que os avanços no sentido da justiça sejam consolidados. Por esses motivos, deve ser dado todo o apoio para que a magistratura possa conquistar e manter sua independência, que deve ser institucional, concreta e bem protegida dos efeitos de eventuais oscilações políticas³⁰⁵.

“A falta de independência da magistratura é fruto de uma cultura velha alimentada pelos próprios juízes”³⁰⁶. Somente nas últimas décadas é que se verificou o aparecimento de movimentos e organizações de magistrados tendentes a fomentar o reconhecimento e o debate público das falhas e necessidades dos juízes e das organizações judiciárias.

Tal movimento teve maior expressão na Itália e na França. Na Itália surgiu o movimento “Magistratura Democrática”, um grupo de juízes que decidiu rebelar-se contra o excesso de conservadorismo, formalismo e oportunismo da magistratura que, protegida pelo manto da solenidade, abafava suas falhas e deficiências. Tal movimento teve uma extraordinária influência na modernização e moralização da magistratura.

Já na França foi o surgimento do Sindicato da Magistratura que incitou a possibilidade da discussão pública dos problemas da instituição.

De se salientar que tais movimentos geraram controvérsias dentro da própria magistratura e sua escala mais conservadora, porém, a experiência da Itália e da França mostrou que, ao invés da desmoralização do judiciário, e possível perda de autoridade pelos juízes, sobreveio situação inversa, traçando-se uma nova imagem dos juízes, muito mais positiva, diga-se de passagem. Os magistrados passaram a ser vistos como independentes, e a magistratura passou a ser tida como uma instituição com autoridade moral e força jurídica, situação muito relevante aos interesses tanto público, quanto dos próprios juízes.

Assim, foi que com fundamento nos estímulos vindos da Europa, foram aparecendo movimentos semelhantes também na América Latina, inclusive no Brasil, onde em 1991 surgiu, em São Paulo, a associação “Juízes para a Democracia”.

304 DALLARI, Dalmo de Abreu. **O poder dos juízes**. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 54-61.

305 DALLARI, Dalmo de Abreu. **O poder dos juízes**. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 53.

306 MELO, Ronidalva de Andrade (Org.). Apresentação. In: SEMINÁRIO CIDADANIA ATIVA: A **Independência da magistratura**. 2008, Recife. Anais... Recife: Fundação Joaquim Nabuco, 2008. p. 8. Disponível em: <http://www.ajd.org.br/arquivos/publicacao/66_AIndependenciadaMagistratura.pdf>. Acesso em: 08 jan. 2012.

Por fim, de tão importante ao processo democrático a independência da magistratura, que a própria Organização das Nações Unidas, como já visto alhures, manifestou-se a respeito.

Na visão de Dallari³⁰⁷.,

[...] com a nova magistratura, que já começa a se fazer visível, estará plenamente justificada a exigência de garantia da independência dos juízes. Estes não deverão aceitar docilmente a determinação de se porem a serviço de qualquer legalidade, como simples autômatos desprovidos de consciência, sob o pretexto de se evitar conflitos entre a magistratura e os poderosos do momento

Ao juiz, independente e responsável, ciente de seu papel na busca da efetividade processual, cabe enfrentar o autoritarismo que domina as instituições jurídicas, tendo o julgador um papel significativo e permanente de exigir, elaborar, monitorar, cobrar e aplicar práticas democráticas que respeitem a soberania popular.

3.3 Propostas de atuação ao magistrado de primeira instância

No presente tópico, o desígnio é a tentada construção de perfil assemelhado a um juiz ideal, com formação humanística, que saiba de seu papel fundamental no Estado Democrático de Direito e tenha consciência de que, para alcançar-se a efetividade processual, necessária se torna a sua presença de modo a adequar as decisões às demandas que lhe são propostas aos anseios sociais.

Porém, deve ser observado o cuidado de não ficar na mera forma de uma magistratura moderna, mas sem conteúdo material.

A fim de alcançar-se referido objetivo é que agora o presente estudo apresenta algumas propostas de atuação judicial tendentes a garantir a efetividade da prestação jurisdicional, e entre tais propostas destaca-se o ativismo judicial, o uso dos precedentes judiciais, bem como o gerenciamento processual praticado pelo magistrado de primeira instância.

³⁰⁷ DALLARI, Dalmo de Abreu. **O poder dos juízes**. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 60.

3.3.1 Ativismo judicial

Na busca pelo juiz garantidor da efetividade processual, indiscutivelmente recai-se na questão acerca do ativismo judicial. Por ativismo entende-se a atuação de um juiz que incorpora os reveses do meio social, as conquistas das classes envolvidas, a própria evolução do poder judiciário e tem por fim a realização dos direitos fundamentais.

A enfoque do ativismo judicial que se faz primordial no presente trabalho é a ideia primária do ativismo judicial, o conceito de que há ativismo judicial quando o juiz se considera no dever de interpretar a constituição no sentido de garantir direitos³⁰⁸.

Segundo Gomes³⁰⁹ há duas espécies de ativismo judicial: “há o ativismo judicial inovador (criação, *ex novo*, pelo juiz de uma norma, de um direito) e há o ativismo judicial revelador (criação pelo juiz de uma norma, de uma regra ou de um direito, a partir dos valores e princípios constitucionais ou a partir de uma regra lacunosa [...]).”

Assim sendo, o ativismo a que se refere está relacionado ao ativismo revelador, que traz o magistrado inovando em suas decisões, porém valendo-se de valores supremos e princípios constitucionais, como um incremento aos poderes do juiz dentro do processo o que, de certa forma, está intimamente relacionado ao gerenciamento de processos judiciais, tema que será abordado em tópico próximo.

Barroso³¹⁰ diz do ativismo judicial: “é uma atitude, a escolha de um modo específico e proativo de interpretar a constituição, expandindo o seu sentido e alcance. Normalmente ele se instala em situações de retração do poder legislativo, de um certo descolamento entre a classe política e a sociedade civil, impedindo que as demandas sociais sejam atendidas de maneira efetiva”.

O termo ativismo judicial³¹¹ encontra-se definido por outras expressões tais como protagonismo judicial, atividade judicial criadora, direito judicial, judicialização da

³⁰⁸GOMES, Luiz Flávio. **O STF está assumindo um ativismo judicial sem precedentes?**. Jus Navigandi, Teresina, ano 14, n. 2164, 4 jun. 2009. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/12921>>. Acesso em: 4 fev. 2013.

³⁰⁹GOMES, Luiz Flávio. **O STF está assumindo um ativismo judicial sem precedentes?**. Jus Navigandi, Teresina, ano 14, n. 2164, 4 jun. 2009. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/12921>>. Acesso em: 4 fev. 2013.

³¹⁰BARROSO, Luis Roberto. **Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática**. RDE Revista de Direito do Estado, Salvador, v. 18, p. 1-22, 2009. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/rede/edicao/18>>. Acesso em: 04 fev 2013.

³¹¹Barroso faz uma abordagem histórica acerca do ativismo judicial: “As origens do ativismo judicial remontam à jurisprudência norte-americana. Registre-se que o ativismo foi, em um primeiro momento, de natureza conservadora. Foi na atuação proativa da Suprema Corte que os setores mais reacionários encontraram amparo para a segregação racial (*Dred Scott vs. Sanford*, 1857) e para a invalidação das leis sociais em geral

política, politização do judiciário, entre outras e, enfim, traduz a ideia do magistrado, através de sua decisão, criar novas interpretações à norma adequada para o caso, revelando novas interpretações aos valores supremos e princípios constitucionais, tendo como objetivo, a garantia dos direitos fundamentais dos jurisdicionados.

Outra forma de fazer-se o ativismo se mostra frente às omissões do poder legislativo, que impedem o pleno exercício de direitos fundamentais. Nessas situações o juiz, diante da inoperância do poder legislativo, intitula-se garantidor da efetivação dos direitos fundamentais, forçando os tribunais a garantirem a dignidade da pessoa humana. Essa situação do ativismo legislador, por assim dizer, bem se exemplifica no caso de omissão do poder legislativo acerca do direito de greve dos funcionários públicos - mandados de injunção 670, 712 STF³¹².

(Era Lochner, 1905-1937), culminando no confronto entre o Presidente Roosevelt e a Corte, com a mudança da orientação jurisprudencial contrária ao intervencionismo estatal (*West Coast v. Arrish*, 1937). A situação se inverteu completamente a partir da década de 50, quando a Suprema Corte, sob a presidência de Warren (1953-1969) e nos primeiros anos da Corte Burger (até 1973), produziu jurisprudência progressista em matéria de direitos fundamentais, sobretudo envolvendo negros (*Brown v. Board of Education*, 1954), acusados em processo criminal (*Miranda v. Arizona*, 1966) e mulheres (*Richardson v. Frontiero*, 1973), assim como no tocante ao direito de privacidade (*Griswold v. Connecticut*, 1965) e de interrupção da gestação (*Roe v. Wade*, 1973). BARROSO, Luis Roberto. **Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática**. RDE Revista de Direito do Estado, Salvador, v. 18, p. 1-22, 2009. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/rede/edicao/18>>. Acesso em: 09 out. 2012.

³¹² EMENTA VOL-02339-03PP-00384. EMENTA: MANDADO DE INJUNÇÃO. ART. 5º, LXXI DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. CONCESSÃO DE EFETIVIDADE À NORMA VEICULADA PELO ARTIGO 37, INCISO VII, DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. LEGITIMIDADE ATIVA DE ENTIDADE SINDICAL. GREVE DOS TRABALHADORES EM GERAL [ART. 9º DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL]. APLICAÇÃO DA LEI FEDERAL N. 7.783/89 À GREVE NO SERVIÇO PÚBLICO ATÉ QUE SOBREVENHA LEI REGULAMENTADORA. PARÂMETROS CONCERNENTES AO EXERCÍCIO DO DIREITO DE GREVE PELOS SERVIDORES PÚBLICOS DEFINIDOS POR ESTA CORTE. CONTINUIDADE DO SERVIÇO PÚBLICO. GREVE NO SERVIÇO PÚBLICO. ALTERAÇÃO DE ENTENDIMENTO ANTERIOR QUANTO À SUBSTÂNCIA DO MANDADO DE INJUNÇÃO. PREVALÊNCIA DO INTERESSE SOCIAL. INSUBSISTÊNCIA DO ARGUMENTO SEGUNDO O QUAL DAR-SE-IA OFENSA À INDEPENDÊNCIA E HARMONIA ENTRE OS PODERES [ART. 20 DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL] E À SEPARAÇÃO DOS PODERES [art. 60, § 4º, III, DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL]. INCUMBE AO PODER JUDICIÁRIO PRODUZIR A NORMA SUFICIENTE PARA TORNAR VIÁVEL O EXERCÍCIO DO DIREITO DE GREVE DOS SERVIDORES PÚBLICOS, CONSAGRADO NO ARTIGO 37, VII, DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Injunção n 712. Relator: MIN. EROS GRAU. DJU 31-10-2008. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2244628>>. Acesso em: 25 out. 2012.

EMENTA VOL-02339-01PP-00001. RTJ VOL-00207-01 PP-00011. EMENTA: MANDADO DE INJUNÇÃO. GARANTIA FUNDAMENTAL (CF, ART. 5º, INCISO LXXI). DIREITO DE GREVE DOS SERVIDORES PÚBLICOS CIVIS (CF, ART. 37, INCISO VII). EVOLUÇÃO DO TEMA NA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (STF). DEFINIÇÃO DOS PARÂMETROS DE COMPETÊNCIA CONSTITUCIONAL PARA APRECIÇÃO NO ÂMBITO DA JUSTIÇA FEDERAL E DA JUSTIÇA ESTADUAL ATÉ A EDIÇÃO DA LEGISLAÇÃO ESPECÍFICA PERTINENTE, NOS TERMOS DO ART. 37, VII, DA CF. EM OBSERVÂNCIA AOS DITAMES DA SEGURANÇA JURÍDICA E À EVOLUÇÃO JURISPRUDENCIAL NA INTERPRETAÇÃO DA OMISSÃO LEGISLATIVA SOBRE O DIREITO DE GREVE DOS SERVIDORES PÚBLICOS CIVIS, FIXAÇÃO DO PRAZO DE 60 (SESSENTA) DIAS PARA QUE O CONGRESSO NACIONAL LEGISLE SOBRE A MATÉRIA. MANDADO DE INJUNÇÃO DEFERIDO PARA DETERMINAR A APLICAÇÃO DAS LEIS Nos 7.701/1988 E 7.783/1989. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Injunção n 670. Relator:

No julgamento de referidos mandados de injunção, o Supremo Tribunal Federal³¹³, ainda que com muitas ressalvas, adotou postura ativa ao formular supletivamente a norma regulamentadora do direito de greve dos servidores públicos.

No ativismo judicial serve-se o magistrado, portanto, em suas sentenças, dos princípios do estado de direito e desponta a criatividade judicial fundamentada não somente na regra expressa, mas nos princípios.

Deve-se salientar o posicionamento adotado no sentido de que o ativismo judicial, ou judicialização da política³¹⁴, como preferem alguns, encontra sua legitimidade democrática no próprio texto da constituição federal, que emana a soberania popular constitucionalmente positivada, a legitimidade democrática do juiz deriva da própria constituição. É sabido que o juiz na atualidade possui nova posição dentro do Estado democrático de direito e a legitimidade de sua atuação é voltada a permitir a concretização constitucional, a realização plena dos direitos fundamentais.

O movimento do ativismo judicial é bastante favorecido pelas características da *Common Law*, a qual é delineada justamente pela criatividade jurisprudencial. Mas mesmo nos países de cultura *Civil Law*, como no caso do Brasil, que tem os princípios incorporados em suas constituições, vem se abrindo espaço ao ativismo, e esse juiz ativista em muito colabora na consecução do objetivo final, que é o magistrado de primeira instância garantidor da efetividade processual.

MIN. Gilmar Mendes. DJU 31-10-2008 Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2018921>>. Acesso em: 25 out. 2012.

³¹³ Barroso alude que: “ao se lançar o olhar para trás, pode-se constatar que a tendência não é nova e é crescente. Nos últimos anos, o STF pronunciou-se ou iniciou a discussão em temas como: (i) Políticas governamentais, envolvendo a constitucionalidade de aspectos centrais da Reforma da Previdência (contribuição de inativos) e da Reforma do Judiciário (criação do Conselho Nacional de Justiça); (ii) Relações entre Poderes, com a determinação dos limites legítimos de atuação das Comissões Parlamentares de Inquérito (como quebras de sigilos e decretação de prisão) e do papel do Ministério Público na investigação criminal; (iii) Direitos fundamentais, incluindo limites à liberdade de expressão no caso de racismo (Caso Elwanger) e a possibilidade de progressão de regime para os condenados pela prática de crimes hediondos. Deve-se mencionar, ainda, a importante virada da jurisprudência no tocante ao mandado de injunção, em caso no qual se determinou a aplicação do regime jurídico das greves no setor privado àquelas que ocorram no serviço público”. BARROSO, Luis Roberto. **Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática**. RDE Revista de Direito do Estado, Salvador, v. 18, p. 1-22, 2009. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/rede/edicao/18>>. Acesso em: 09 out. 2012.

³¹⁴ Na visão de Barroso, enquanto a judicialização se refere a uma expansão do judiciário por uma configuração sociopolítica e institucional, o ativismo é uma anomalia decorrente de um exercício deliberado de vontade política. A judicialização é um fenômeno marcado pela expansão das fronteiras de atuação do Poder Judiciário. Ocorre que esta expansão se dá, em grande parte, pela determinação constitucional e não por deliberação e arbitrariedade do próprio Poder Judiciário. No contexto do constitucionalismo abrangente e democrático, o judiciário não pode se negar a se pronunciar sobre questões previamente previstas no ordenamento jurídico. Diferentemente disso, ou seja, diferentemente da judicialização, o ativismo judicial é “uma atitude, a escolha de um modo específico e proativo de interpretar a Constituição, expandindo o seu sentido e alcance”. BARROSO, Luis Roberto. **Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática**. RDE Revista de Direito do Estado, Salvador, v. 18, p. 1-22, 2009. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/rede/edicao/18>>. Acesso em: 09 out. 2012.

O perfil do magistrado que se busca, aquele com robusta formação ética humanista e que busca a justiça é que será capaz de desenvolver o ativismo e adequar o direito positivado às várias situações que se sejam postas para deliberação. Em alguns casos, se por meio da lei se vir obrigado a proferir uma decisão que julga injusta, pode até mesmo negar a aplicação dessa lei, justificando o uso do ativismo como uma forma de garantir a efetividade processual, ou seja, como uma maneira de fazer com que o processo atinja seu objetivo final: a justiça das decisões.

Uma dura crítica que surge ao instituto diz respeito ao seu uso como uma prerrogativa para que o juiz utilize de sua competência funcional para perpetrar regalias e cometer ilegalidades. Porém, esse risco é neutralizado pela obrigação de o magistrado atender ao comando do inc. IX, do art. 93 da Constituição Federal³¹⁵. De fato, a adoção de uma postura mais ativa no desenrolar do processo significa fundamentar as decisões sempre, porém, utilizando-se dos mecanismos jurídicos válidos dados pelo próprio ordenamento jurídico.

Ademais, decisões ativistas, embasadas em um senso particular de justiça, que desrespeitam a adequação e coerência do ordenamento, devem ser vistas como ilegítimas e perigosas para a democracia.

Dworkin³¹⁶, de forma precisa e acurada, define bem o problema trazido por posturas ativistas, segundo o autor:

O ativismo é uma forma virulenta de pragmatismo jurídico. Um juiz ativista ignoraria o texto da Constituição, a história de sua promulgação, as decisões anteriores da Suprema Corte que buscaram interpretá-la e as duradouras tradições da nossa cultura política. O ativista ignoraria tudo isso para impor a outros poderes do Estado seu próprio ponto de vista sobre o que a justiça exige.

Assim, se torna imprescindível a generalização de uma formação ética e intelectual humanista do juiz, bem como inculcar-lhe a consciência de que o julgamento não pode estar distanciado da realidade dos destinatários dos direitos previstos na constituição.

³¹⁵ **Art. 93** - Lei complementar, de iniciativa do Supremo Tribunal Federal, disporá sobre o Estatuto da Magistratura, observados os seguintes princípios:

[...]

IX - todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação; (Alterado pela EC-000.045-2004). VADE MECUM. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 41-42.

³¹⁶ DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 451-452.

Porém, apesar de toda a problematização ao ativismo alhures levantada, continua pugnando-se pelo posicionamento de que o juiz ativista, que efetivamente possui a característica mais humanista, atento às mudanças sociais, e que alia à sua liberdade criativa na elaboração das decisões à responsabilidade pelas consequências geradas pela sentença, que fundamenta suas sentenças em valores supremos e princípios gerais do direito, que tem como norte a manutenção e preservação dos direitos fundamentais tende a ser o juiz capaz de garantir a efetividade da prestação jurisdicional.

3.3.2 Precedentes judiciais³¹⁷

Na busca de propostas de atuação ao magistrado de primeira instância, ao lado do ativismo judicial, o estudo agora se remete aos precedentes judiciais como forma de o julgador carrear efetividade à prestação jurisdicional.

Ao iniciar-se o tema precedente, necessário se torna uma breve distinção entre jurisprudência e precedente.

Alguns autores utilizam o termo “precedente judicial” como sinônimo de “jurisprudência”. Outros, como Kelsen³¹⁸, utilizam-no como sinônimo de decisão judicial vinculante para subsequentes casos idênticos.

O termo “jurisprudência” pressupõe um mínimo de constância e de uniformização, que se forma a partir da existência de algumas decisões reiteradas num mesmo sentido.

Nesse sentido Tostes³¹⁹, para quem: “[...] jurisprudência no sentido técnico do termo é o entendimento majoritário esposado pelos tribunais após reiteradas decisões sobre a mesma matéria”.

De certa forma, pode-se dizer que o conjunto de precedentes judiciais, em determinado sentido, é chamado de jurisprudência.

O precedente judicial, por outro lado, não necessariamente expressa orientação uniforme; pode constituir entendimento isolado do prolator da decisão, contrário ao resto da jurisprudência sobre o assunto em questão.

³¹⁷ Nota da autora: o termo ‘precedentes judiciais’ assumido pela doutrina brasileira, foi importada do Direito norte-americano, nação em que os precedentes judiciais assumem uma construção diferenciada do sentido que lhe é aplicado no Direito brasileiro, e é com relação à aceção do uso dos precedentes no cenário jurídico brasileiro que o presente trabalho irá se referir.

³¹⁸ KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 278.

³¹⁹ TOSTES, Natacha Nascimento Gomes. **Uniformização de jurisprudência**. Revista de Processo, São Paulo, n. 104, p. 194-218, 2001, p. 198.

Mello³²⁰, ao tratar do tema precedente judicial, diz que “na cultura jurídica norte-americana, o precedente constitui a regra jurídica utilizada pela Corte de última instância no local em que o caso foi decidido, aplicada aos fatos relevantes que criaram a questão de mérito levada perante a Corte para a decisão”.

Didier³²¹ diz dos precedentes: “[...] precedente judicial é a decisão judicial tomada à luz de um caso concreto, cujo núcleo essencial pode servir como diretriz para julgamento posterior de casos análogos”.

Assim, conclui-se que o precedente é a decisão judicial construída no caso concreto, cuja *ratiodecidenti*³²² – fundamento jurídico em que se funda a ação – pode servir de diretriz para o julgamento de casos análogos.

Quando se fala em precedente judicial, deve-se interpretar a acepção da palavra precedente em seu sentido mais amplo. Assim sendo, por precedentes entende-se toda decisão judicial tomada à luz de um caso concreto, cuja tese jurídica – norma jurídica abstrata – extraída de sua fundamentação possa servir como norte para o julgamento posterior de casos equivalentes.

Para Didier, Braga e Oliveira³²³, tais decisões são aptas à formação de precedentes judiciais:

Ao decidir uma demanda judicial, o magistrado cria, necessariamente, duas normas jurídicas. A primeira, de caráter geral, é fruto de sua interpretação/compreensão dos fatos envolvidos na causa e da sua conformação ao Direito positivo, Constituição, leis etc. A segunda, de caráter individual, constitui a sua decisão para aquela situação específica que se lhe põe para análise.

Assim, ao afirmar-se que um precedente judicial produz uma norma jurídica de caráter geral, pode-se dizer que toda decisão judicial possui um elemento de autoridade para as demais demandas similares àquela. Este elemento de autoridade estaria na tese jurídica – interpretação do sistema jurídico – a que se chega quando do julgamento da uma demanda e,

³²⁰ MELLO, Patrícia Perrone Campos. **Precedentes e vinculação: instrumentos do staredecisis e prática constitucional brasileira.** Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, n. 241, p. 177-208, jul./set. 2005, p. 180.

³²¹ DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. **Curso de Direito Processual Civil.** Salvador: Jus Podivm, 2010. v. 2, p. 381.

³²² Nota explicativa: *Ratiodecidenti* são os fundamentos que sustentam a decisão, a tese jurídica adotada naquele caso, norma geral exposta na fundamentação do julgado. DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. **Curso de Direito Processual Civil.** Salvador: Jus Podivm, 2010. v. 2, p. 381.

³²³ DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. **Curso de Direito Processual Civil.** Salvador: Jus Podivm, 2010. v. 2, p. 382.

essa tese jurídica, essa norma jurídica abstrata é o que buscamos denominar *ratiodecidendi*, que é o elemento constitutivo, formador do precedente judicial.

O precedente existe em todos os ordenamentos jurídicos, alterando-se apenas a força que lhe é atribuída em cada um deles³²⁴.

Questionamentos tais como se podemos importar um modelo típico da *commomlaw* para o nosso sistema, embasado na *civil law*, poderão surgir, ao qual responder-se-á afirmando que a doutrina do uso do precedente judicial não é consequência imediata dos sistemas embasados no *commomlaw*, mas sim, uma característica atribuída aos julgados no intuito de prestigiar-se a segurança jurídica, a previsibilidade e a igualdade. Trata-se, pois, de um conceito jurídico-positivo e, assim sendo, a aplicabilidade ou não da regra do uso dos precedentes em um ordenamento não possui como pressuposto a sua filiação a esta ou àquela família do direito.

De salientar-se que a segurança jurídica apenas pode ser garantida instituindo-se a igualdade perante as decisões judiciais, criando-se, dessa forma, o dever judicial de respeito aos precedentes.

Confirmando a tese da perfeita aplicabilidade dos precedentes entre os países da família do *civil law*, Marinoni³²⁵ ainda afirma que:

A segurança jurídica, românticamente desejada na tradição do *civil law* pela estrita aplicação da lei, não mais pode dispensar o sistema de precedentes, há muito estabelecido no *common law*, em que a possibilidade de decisões diferentes para casos iguais nunca deixou de ser percebida e, por isso, fez surgir o princípio de que os casos similares devem ser tratados do mesmo modo.

Sobre a temática da segurança jurídica, devem ainda os julgadores ater-se à qualidade das fundamentações de suas decisões, haja vista que as *ratiodecidendi* poderão servir como precedente para o julgamento de casos análogos³²⁶.

³²⁴ MACEDO, Gabriela Silva. **A eficácia vinculante do precedente judicial no Direito brasileiro e sua importância para atuação do Poder Judiciário**. Jus Navigandi, Teresina, ano 17, n. 3217, 22 abr.2012 . Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/21528>>. Acesso em: 19 out 2012.

³²⁵ MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 19.

³²⁶ Sobre esse ponto Didier também mostra preocupação: “Não bastasse a exigência constitucional de a decisão judicial ser devidamente motivada, é preciso que o órgão jurisdicional, máxime os tribunais superiores, tenha bastante cuidado na elaboração da fundamentação de seus julgados, pois, a prevalecer determinada *ratiodecidendi*, será possível extrair, a partir dali, uma regra geral a ser observada em outras situações”. DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. **Curso de Direito Processual Civil**. Salvador: Jus Podivm, 2010. v. 2, p. 384.

Por conclusivo, é o mesmo que dizer que a *rationedecidende* uma decisão tomada anteriormente pelo poder judiciário constitui, para os casos a ela semelhantes, um precedente judicial.

Forçoso se mostra uma análise como os juízes deverão aplicar corretamente ditos precedentes e então, partir-se à efetividade de tal proposta de atuação.

O primeiro ponto a ser observado é a redação dos precedentes. Para que tal instituto tenha sua efetividade garantida, torna-se necessária a utilização de técnicas de redação do preceito normativo jurisprudencial, sempre se lembrando de que as situações que vierem a tornarem-se precedentes devem ser possíveis de ter a análise da *rationedecidenda* priori, ou seja, as peculiaridades do caso não podem ser deveras específicas ou quiçá carrear inúmeras hipóteses de interpretação, posto que se assim o fosse, não teríamos a efetividade garantida ao uso dos precedentes.³²⁷

Assim sendo, tem-se que a correta aplicação do precedente judicial indica necessária e previamente a utilização de técnicas de confronto, interpretação e aplicação (*distinguish*) e de técnicas de superação (*overruling e overriding*), as quais merecem algumas considerações. Não basta simplesmente ao magistrado o desejo de aplicar o precedente, tem de haver a conformidade entre as ações.

Desta forma, é forçoso que antes de aplicar o precedente, o magistrado verifique se o caso concreto acosta-se do caso modelo – ou paradigmático, conferindo os elementos objetivos de ambas as ações.

Não haverá, é cediça, identidade absoluta entre as ações comparadas, porém a tese jurídica exposta na fundamentação do julgado anterior deverá ser interpretada para verificar a aplicação adequada aos fatos concretos do novo caso. Caso não haja essa identidade entre as ações comparadas, diz-se haver o *distinguish*.

Didier³²⁸ diz que haverá

[...] *distinguishing* (ou *distinguish*) quando houver distinção entre o caso concreto (em julgamento) e o paradigma, seja porque não há coincidência entre os fatos fundamentais discutidos e aqueles que serviram de base à *rationedecidendi* (tese jurídica) constante no precedente, seja porque a despeito de existir uma aproximação entre eles, alguma peculiaridade no caso em julgamento afasta a aplicação do precedente.

³²⁷ DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. **Curso de Direito Processual Civil**. Salvador: Jus Podivm, 2010. v. 2, p. 392.

³²⁸ DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. **Curso de Direito Processual Civil**. Salvador: Jus Podivm, 2010. v. 2, p. 392.

Portanto, para que seja garantido ao julgador o uso dos precedentes, primeiro deve ser feito o necessário confronto entre os casos e então, cabe ao magistrado verificar se a hipótese em julgamento se amolda a hipótese normativa do precedente – seja porque há perfeita identidade entre elas, seja porque, apesar de haver alguma distinção, a tese jurídica anterior merece interpretação extensiva –, ele poderá aplicar o entendimento consagrado no precedente judicial. Adotar postura distinta implicará na equivocada aplicação da teoria do precedente judicial, razão por que é de extrema importância a compreensão das técnicas de confronto, interpretação e aplicação dos precedentes.³²⁹

Passadas as técnicas de confronto, interpretação e aplicação dos precedentes, necessária se torna o estudo das técnicas de superação, ou *overruling* e *overriding*.

Segundo Didier³³⁰, “*overruling* é a técnica através do qual um precedente perde a sua força vinculante e é substituído (*overruled*) por um outro precedente [...] assemelha-se à revogação de uma lei por outra”.

Já o *overriding* ocorre quando “o tribunal apenas limita o âmbito de incidência de um precedente, em função da superveniência de uma regra ou princípio legal. [...] É uma superação parcial do precedente³³¹”.

Ainda sobre as técnicas de superação, no Brasil, ainda que sob outra nomenclatura, tais técnicas se fazem presentes, como por exemplo, os casos de revisão ou cancelamento de súmulas vinculantes, bem como os instrumentos processuais de que o jurisdicionado pode se valer para controlar decisão judicial, que invocando precedente, lhe cause gravame, como por exemplo, o agravo interno tratado no § 1º do artigo 557 do CPC.^{332 333}

³²⁹ MACEDO, Gabriela Silva. **A eficácia vinculante do precedente judicial no Direito brasileiro e sua importância para atuação do Poder Judiciário**. Jus Navigandi, Teresina, ano 17, n. 3217, 22 abr. 2012. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/21528>>. Acesso em: 24 out. 2012.

³³⁰ DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. **Curso de Direito Processual Civil**. Salvador: Jus Podivm, 2010. v. 2, p. 395.

³³¹ DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. **Curso de Direito Processual Civil**. Salvador: Jus Podivm, 2010. v. 2, p. 396.

³³² DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. **Curso de Direito Processual Civil**. Salvador: Jus Podivm, 2010. v. 2, 397.

³³³ **Art. 557** - O relator negará seguimento a recurso manifestamente inadmissível, improcedente, prejudicado ou em confronto com súmula ou com jurisprudência dominante do respectivo tribunal, do Supremo Tribunal Federal, ou de Tribunal Superior (Alterado pela L-009.756-1998).

§ 1º-A - Se a decisão recorrida estiver em manifesto confronto com súmula ou com jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal, ou de Tribunal Superior, o relator poderá dar provimento ao recurso (Acrescentado pela L-009.756-1998).

§ 1º - Da decisão caberá agravo, no prazo de cinco dias, ao órgão competente para o julgamento do recurso, e, se não houver retratação, o relator apresentará o processo em mesa, proferindo voto; provido o agravo, o recurso terá seguimento (Acrescentado pela L-009.756-1998).

§ 2º - Quando manifestamente inadmissível ou infundado o agravo, o tribunal condenará o agravante a pagar ao agravado multa entre um a dez por cento do valor corrigido da causa, ficando a interposição de qualquer

Assim, cediço a conclusão de que o precedente é sempre revogável, e que cabe ao juiz analisar sua adequação ao caso concreto, devendo demonstrar, se for o caso, a distinção do caso *sub judice* daquele que deu origem ao precedente (*distinguish*), ou mesmo evidenciar que a regra jurídica definida no precedente não se aplica ao caso que se deva julgar.³³⁴

Didier³³⁵ diz da essência dos precedentes que se traduz numa decisão judicial cujo núcleo essencial (*ratiodecidenti*) pode servir como diretriz para demandas semelhantes. Nesse contexto, conclui-se que a aplicação dos precedentes se justifica como forma de homogeneizar a prestação jurisdicional e assim, garantir a concretização dos direitos fundamentais.³³⁶

Essa homogeneização alegada acontece face ao dever do juiz manter coerência com o que já decidiu, ou seja, diante do uso dos precedentes, o magistrado vê-se tolhido de decidir casos iguais de forma diferente. Segundo Marinoni³³⁷, “a parte terá garantia de imparcialidade se o juiz for proibido de negar o seu passado”, aliado ao fato de que as decisões, “para que possam expressar um Estado de Direito, devem guardar coerência”.

Marinoni³³⁸ ainda afirma que viola a igualdade e o Estado de direito admitir que um caso, cuja questão jurídica já fora definida pelos tribunais, possa ser julgado de forma diferente por outro órgão do poder judiciário, posto que a jurisdição, como já amplamente abordado, é una.

Outra vantagem no uso dos precedentes é que com a habitualidade de sua aplicação, os prolores de decisões judiciais acabam por imprimir maior responsabilidade ao fundamentá-las, posto que o juiz deva refletir sobre as repercussões que a sua decisão venha a gerar quando enfim tornar-se um precedente à outra futura decisão.

Nesse sentido, Marinoni³³⁹:

[...] a necessidade de cautela em relação ao futuro faz com que o juiz fique inibido de tratar o caso que no presente lhe é submetido de forma

outro recurso condicionada ao depósito do respectivo valor (Acrescentado pela L-009.756-1998). VADE MECUM. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 464.

³³⁴ MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 211.

³³⁵ DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. **Curso de Direito Processual Civil**. Salvador: Jus Podivm, 2010. v. 2, p. 382-383.

³³⁶ Nota explicativa: Didier classifica os precedentes quanto ao seu conteúdo, em declarativos ou criativos; e quanto aos efeitos, em vinculativo, ou obstativo de recursos ou ainda persuasivos. DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. **Curso de Direito Processual Civil**. Salvador: Jus Podivm, 2010. v. 2, p. 387-390.

³³⁷ MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 175-176.

³³⁸ “[...] se não há dúvida que o Judiciário, tomado em sua unidade, não pode atribuir vários significados à lei ou decidir casos iguais de forma desigual, restariam àqueles que sustentam que o juiz não pode se subordinar ao precedente o argumento de que o Judiciário pode e deve ter diversos entendimentos e decisões sobre a mesma lei e o mesmo caso, como se fosse um Poder irremediavelmente multifacetado”. MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 205-206.

³³⁹ MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 176.

arbitrariamente diferenciada. Nesse sentido, o respeito aos precedentes também colabora para a garantia da imparcialidade.

Por fim, o uso dos precedentes vem ganhando destaque em nosso ordenamento jurídico, e a efetividade que sua aplicação traz à prestação jurisdicional faz com que o seu aproveitamento pelos juízes de primeira instância seja um dos remédios que os mesmos possuem garantir a efetividade processual.

3.3.3 - Gerenciamento de processos judiciais

Paralela à questão do volume e morosidade processuais, surge o tema gerenciamento dos processos judiciais, que se traduz em formas de racionalização das atividades cartoriais e mudanças na mentalidade dos juízes na condução efetiva dos processos, bem como na introdução de meios alternativos de solução de conflitos nas demandas apresentadas³⁴⁰.

Nesse diapasão, as técnicas de gerenciamento de processos induzem ao planejamento da condução de demandas judiciais em direção à solução mais adequada ao conflito, com o menor dispêndio de tempo.

O assunto gerenciamento dos processos judiciais vem ao encontro da temática tratada, qual seja a busca pela efetividade processual, sobremaneira quando tal procedimento, ao invés de tratar apenas uma das causas da demora na prestação jurisdicional – seja essa causa o elevado volume de demandas em trâmite pelo judiciário brasileiro, seja a morosidade propriamente dita – através da edição de reformas processuais, busca que tal efetividade seja alcançada através de atitudes positivas e proativas tomadas principalmente pelo magistrado na administração dos processos³⁴¹.

Para Silva³⁴², não é possível combater a morosidade processual atacando apenas uma das causas – só a reforma da legislação processual não é suficiente. Deve o juiz assumir a direção efetiva do processo, evitando a prática de atos desnecessários e inúteis, bem como conhecendo a fundo a questão controvertida que foi posta a seu julgo e enfim, buscar a conciliação, o bom acordo entre as partes e, caso não seja possível, o proferimento de uma boa sentença, com a qual as partes se sintam conformadas.

A pergunta que ora se faz é: mas o juiz pode atingir tal objetivo?

³⁴⁰GAJARDONI, Fernando da Fonseca. ROMANO, Michel Betenjane. LUCHIARI, ValeriaFerioliLagrasta. **O gerenciamento do processo**. In: Mediação e gerenciamento do processo. Revolução na Prestação Jurisdicional – Guia prático para instalação do setor de mediação e conciliação. Coord. GRINOVER, Ada Pellegrini. WATANABE, Kazuo. NETO, Caetano Lagrasta. São Paulo: Ed Atlas 2008. p. 19

³⁴¹Nota da autora: O gerenciamento dos processos passa obrigatoriamente pelas soluções trazidas pelas técnicas alternativas de solução dos conflitos, quais sejam conciliação e arbitragem, porém, devido ao foco dado ao presente estudo, que se atem à figura do magistrado de primeira instância e seu papel na efetividade da prestação jurisdicional, tal vertente do gerenciamento não será analisada nesse trabalho.

³⁴²SILVA, Paulo Eduardo Alves da. **Gerenciamento de Processos Judiciais**. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 80.

Cediço que o amplo acesso justiça garantido constitucionalmente acabou por levar a um aumento expressivo da litigiosidade, acarretou o aumento no volume das demandas que aguardam julgamento no poder judiciário, ocasionando, por consequência, a morosidade processual. Em outros termos, o amplo acesso à justiça aumentou a litigiosidade, porém, diminuiu a celeridade.

No gerenciamento de processos o juiz deve lidar com essa questão do aumento da litigiosidade e diminuição da celeridade, deve equacionar esses dois fatores de forma a realizar o melhor resultado, para as partes e para o próprio Poder Judiciário.

Esse o fundamento do gerenciamento do processo, o juiz desde a inicial deverá acompanhar todos os atos e fases processuais estabelecidos no Código de Processo Civil.

O Código de Processo Civil traz em seu bojo normas cujos destinatários são as partes – autor e réu – e normas a cuja obediência se curva o juiz, por exemplo, o juiz é quem deve ser o responsável pela sua pauta de audiências, deve o magistrado ter o controle sobre a mesma, evitando com tal atitude, publicações, intimações e conclusões desnecessárias, otimizando seu trabalho, o trabalho do cartório e bem ainda, a vida das partes, que somente são chamadas a se pronunciarem ou a comparecerem aos autos quando estritamente necessário³⁴³. Se esse controle couber ao julgador, que em um cartório onde se faça o gerenciamento dos processos, acompanhando o feito desde a sua exordial, há um ganho significativo em termos de efetividade processual, haja vista que o enfoque primordial do gerenciamento é a efetividade processual.

O gerenciamento processual, acaba por aproximar o juiz com as rotinas dos serventuários do cartório, agilizando as atividades e andamentos processuais.

O curioso é que estatísticas mostram que a gestão processual realizada pelo juiz traz maior agilidade e efetividade ao processo, e a matéria tem surgido como se a gestão processual fosse um papel novo a ser desempenhado pelos magistrados de primeira instância. Porém, a gestão da tramitação processual já é tarefa afeta ao juiz. O próprio artigo 125 do Código de Processo Civil³⁴⁴ estabelece que: “O juiz dirigirá o processo conforme as disposições deste Código”.

³⁴³Gajardoni, diz que : “O bom andamento do processo depende do bom andamento do cartório”. GAJARDONI, Fernando da Fonseca. ROMANO, Michel Betenjane. LUCHIARI, ValeriaFerioliLagrasta. **O gerenciamento do processo**. In: Mediação e gerenciamento do processo. Revolução na Prestação Jurisdicional – Guia prático para instalação do setor de mediação e conciliação. Coord. GRINOVER, Ada Pellegrini. WATANABE, Kazuo. NETO, Caetano Lagrasta. São Paulo: Ed Atlas 2008. p. 20

³⁴⁴Art. 125 - O juiz dirigirá o processo conforme as disposições deste Código, competindo-lhe:
I - assegurar às partes igualdade de tratamento;
II - velar pela rápida solução do litígio;
III - prevenir ou reprimir qualquer ato contrário à dignidade da Justiça;

De acordo com o regramento processual civil, a gestão processual já um dever do juiz, e tal gestão consiste, como já demonstrado, na direção efetiva do processo, que pressupõe a participação do magistrado na condução do procedimento. Novidade nenhuma também aqui se avizinha, posto que o próprio Código de Processo Civil, no artigo 262³⁴⁵, traz que “O processo [...] começa por iniciativa da parte, mas se desenvolve por impulso oficial”, ou seja, quem deve fazer a administração do processo, a gestão processual é o juiz de primeira instância.

O gerenciamento de processos vem ao encontro das críticas traçadas às reformas pontuais na lei processual que se ocupam da crise numérica dos processos, ou seja, as reformas processuais ocupam-se da consequência da falta de efetividade da prestação jurisdicção e não com a causa em si, o porquê desta inefetividade, e é justamente nesse sentido que surge a gestão dos processos judiciais, vem cuidar da causa do descrédito do poder judiciário no Brasil. Explicando melhor, o gerenciamento de processos cuida de trazer uma melhor administração da justiça, dos processos, de modo a evitar que no longo prazo o processo se alongue no tempo, causando então o desconforto às partes litigantes.

Assim, ao lado do ativismo judicial e do uso dos precedentes pelos magistrados de primeira instância, o gerenciamento de processos judiciais caracteriza-se como uma forma de o julgador primário garantir a efetividade processual.

IV - tentar, a qualquer tempo, conciliar as partes. (Acrescentado pela L-008.952-1994) – Vade Mecum. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. .315

³⁴⁵Art. 262 - O processo civil começa por iniciativa da parte, mas se desenvolve por impulso oficial. Vade Mecum. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. .324

3.3.4 O papel do juiz de primeira instância na garantia da efetividade processual

Roesler³⁴⁶ diz que “o modelo de juiz adequado aos sistemas jurídicos contemporâneos é importante [...]. O que poderia ajudar a ter mais clareza sobre as reformas a serem feitas nos sistemas da tradição legalista com a qual vivemos”.

O modelo de juiz da atualidade parece proferir decisões interpretando o ordenamento jurídico de maneira sistemática. Vale lembrar que “interpretar é explicar, esclarecer; dar o significado de vocábulo, atitude ou gesto; reproduzir por outras palavras um pensamento exteriorizado; mostrar o sentido verdadeiro de uma expressão; extrair da frase, sentença ou norma tudo o que a mesma contém³⁴⁷”. É descobrir no exame da norma o sistema.

Cappelletti³⁴⁸ traz que os magistrados “são chamados a interpretar e, por isso, inevitavelmente a esclarecer, integrar plasmar e transformar, e não raro criar o direito. Isto não significa, porém, que sejam legisladores”, o que o aparta do perfil do julgador “Hercules”, com certas decisões judiciais no centro do sistema.

O perfil do juiz “Hermes” propicia uma interpretação sistemática, o que em determinadas circunstâncias pode provocar um distanciamento da aplicação restrita do texto legal pela necessidade de o magistrado pensar “[...] que cada preceito deve ser visto como uma parte viva do todo, eis que é do exame em conjunto que pode resultar melhor resolvido qualquer caso em apreço, desde que se busque descobrir qual é, na respectiva situação, o interesse fundamental³⁴⁹”.

Para Silva³⁵⁰,

[...] o juiz é um cidadão e como tal é partícipe da sociedade, devendo conhecer de perto os valores por ela desejados, não pode deixar de discutir suas ideias, nem fechar os olhos às desigualdades e aos problemas sociais existentes, acreditando na necessidade de seu afastamento social, por conta da imparcialidade, o que certamente acarretará sua alienação [...] o papel do juiz moderno no processo não é de mero espectador ou um “mero convidado de pedra”, na democracia participativa deve se preocupar em dar o rumo ao

³⁴⁶ ROESLER, Cláudia Rosane. **O sistema espanhol de seleção dos magistrados e o estado constitucional**. Revista Eletrônica Direito e Política, Itajaí, v. 2, n. 2, 2º quadrimestre de 2007. Disponível em: <www.univali.br/direitoepolitica>. Acesso em: 08 out. 2012.

³⁴⁷ MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e aplicação do direito**. 18. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 9.

³⁴⁸ CAPPELLETTI, Mauro. **Juizes legisladores?** Tradução de Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1999, p. 74.

³⁴⁹ FREITAS, Juarez. **A interpretação sistemática do direito**. São Paulo: Malheiros, 1995, p. 47.

³⁵⁰ SILVA, Nelson Finotti. **Paridade de armas no processo civil**. Revista Jurídica, v. 327, p. 31-40, jan. 2005. Disponível em: <http://www.manualdeprocessocivil.com.br/arquivos/artigo_nelson2.pdf>. Acesso em: 04 out. 2012.

processo de modo que todos devam dele participar com as mesmas oportunidades.

Esse novo papel a ser desenvolvido pelo juiz caminha na direção do perfil do juiz “Hermes”, como já visto anteriormente, com capacidade de perceber que o direito, ao mesmo tempo, precisa tornar compatível a ideia da rigidez e flexibilidade, conjuntura e princípios para se moldar às necessidades sociais, ou seja, esse magistrado, que passou por uma formação humanística, utiliza-se da interpretação sistemática do ordenamento jurídico de modo a aproximar o direito material e o formal com o escopo de dirimir controvérsias, alcançar a paz social e a efetividade do processo.

Enfim, o juiz que traz maior efetividade ao processo é humanista, é capaz de adequar as demandas à realidade social, se mostra um desafio da sociedade brasileira, em busca da concretização da justiça social e dos valores democráticos, afinal, “não há sociedade forte sem um judiciário forte. Sua fragilidade coloca em risco todo o tecido social sobre o qual está erigida a sociedade brasileira³⁵¹”.

Sendo o poder judiciário essencial à convivência social, seu papel será cada vez mais importante, e somente com juízes à altura dessa missão é que teremos o judiciário que se pretende e com o qual todos sonhamos³⁵².

Matos³⁵³, doutrinador português, diz que o modelo de juiz que se busca é o de um juiz ativo, nos litígios nucleares, e um juiz além de ativo, também gestor, na solução de conflitos de massa, juiz esse que em ambos os casos deve ser munido de poderes efetivos e substanciais que confirmem efetividade ao processo, fulcrado em uma lei que deposite na figura dele, magistrado, clara e inequívoca confiança.

Continua Matos afirmando que todos esses fatores são necessários ao juiz haja vista que uma ética de liberdade só se consubstancia com a prática de uma ética de responsabilidade, ou seja, para que o juiz tenha garantida a sua liberdade criativa, necessário se faz que ele atue com responsabilidade.

Esse também o juiz que se busca em nosso ordenamento jurídico, esse magistrado atento às mudanças sociais, que alia à sua liberdade criativa na elaboração das decisões, a responsabilidade pelas consequências geradas pela sentença.

³⁵¹ BARBOSA, Cláudia Maria. **O processo de legitimação do poder judiciário brasileiro**. Disponível em: <<http://www.conpedi.org/manaus>>. Acesso em: 08 out. 2012.

³⁵² TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. **O juiz: seleção e formação do magistrado no mundo contemporâneo**. Belo Horizonte: Del Rey, 1999, p. 5.

³⁵³ MATOS, José Igreja. **Um modelo de juiz para o processo civil atual**. Coimbra: Coimbra Ed., 2010, p. 143.

O que se intenciona demonstrar é o que juiz de primeira instância tem papel fundamental na garantia da efetividade processual, quando em suas decisões, deixa de ficar adstrito à literalidade dos posicionamentos normativos, e consegue adaptar as leis às novas realidades sociais.

A crise da justiça é uma crise séria. O descrédito gerado na população por conta da crise, grande parte dela gerada pela lentidão, ineficiência e dificuldade de acesso ao judiciário, pode ser amenizado pela presença de um magistrado mais ativo. Não basta ao magistrado a opção pela justiça, desvinculada da vivência concreta do justo³⁵⁴.

O juiz, como exercente de poder independente da União, está envolvido no projeto de construção de uma sociedade livre, justa e solidária e no erradicar a pobreza e a marginalização, reduzindo as desigualdades e promovendo o bem de todos³⁵⁵.

Também é de suma importância que esse juiz esteja, do mesmo modo que as partes envolvidas no litígio, atento ao cumprimento dos prazos processuais, trabalhando no gerenciamento processual, pois como já exaustivamente trabalhado, a demora na outorga da prestação jurisdicional é uma forma de injustiça.

Recaem sobre o poder judiciário as expectativas e pressões da sociedade no sentido de mais “célere possível consecução dos fins traçados na Constituição, incluindo a imediata fruição de direitos sociais ou a extensão de benefícios, de universalização progressiva, concedidos a determinadas categorias ou regiões com exclusão de outras³⁵⁶”.

Nalini³⁵⁷ diz que:

Os defeitos da estrutura não eximem o juiz do dever de atender aos prazos da lei. Integrando o Poder Judiciário, deve atuar de maneira a superar as conjunturas e otimizar sua produção, valendo-se de métodos informatizados e racionalização de suas rotinas.

Ao juiz é necessário que encontrem “equilíbrio entre a ousadia e criatividade, imprescindíveis à tarefa de concretização de uma Constituição social-democrática, e a observância dos limites decorrentes da adequada interpretação do próprio texto que se

³⁵⁴ NALINI, José Renato. **Uma nova ética para o juiz**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994c, p. 7.

³⁵⁵ NALINI, José Renato. **O juiz e a ética no processo**. In: _____. (Coord.). Uma nova ética para o juiz. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994b. p. 85-106, p. 90-91.

³⁵⁶ RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos**. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 271.

³⁵⁷ NALINI, José Renato. **O juiz e a ética no processo**. In: _____. (Coord.). Uma nova ética para o juiz. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994b. p. 85-106, p. 100.

pretende ver transformado em realidade³⁵⁸”, buscando concretizar, dessa forma, a efetividade processual.

Ativismo, uso de precedentes, gerenciamento processual realizados pelo magistrado de primeira instância são apenas propostas tendentes a amenizar a crise instaurada dentro do poder judiciário e garantir a efetividade da prestação jurisdicional. Paralela e simultaneamente às propostas aqui apresentadas, outras tantas atitudes devem ser tomadas e sistematizadas a fim de que resgatar a credibilidade da instituição, garantindo-se assim que a justiça seja efetivamente oferecida e garantida aos jurisdicionados que buscam a solução de seus conflitos pelo poder judiciário.

³⁵⁸ RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos**. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 274.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

No desenvolvimento da presente dissertação buscou-se trazer propostas de atuação ao desempenho do magistrado de primeira instância, a fim de garantir-se a efetividade processual.

Para concretizar o estudo, partiu-se do direito fundamental à tutela jurisdicional, iniciando desde o surgimento do Estado social ao Estado de direito e jurisdição.

Nesse ponto, o estudo ocupou-se do constitucionalismo até a sua evolução ao neoconstitucionalismo, onde trouxe a nova visão dada ao direito constitucional, a valorização dos direitos fundamentais e, aqui, o direito fundamental da garantia da efetividade da prestação jurisdicional, em outras palavras, o direito fundamental à tutela efetiva.

Com a finalidade de garantir-se esse direito fundamental, buscou o estudo a jurisdição, cuidando dessa função específica do poder judiciário e, de modo especial, da inafastabilidade do controle judicial, a necessidade de as demandas serem decididas pelo poder judiciário, o que acaba por gerar outra garantia fundamental, qual seja, o acesso à justiça, amplo e garantido constitucionalmente.

Do amplo acesso à justiça, decorre a garantia da efetividade processual, pois de muito pouca utilidade se mostra garantir o acesso à justiça, sem a contrapartida de que essa justiça será prestada efetivamente, de modo a garantir-se que os direitos tutelados pelo Estado serão julgados pelo poder judiciário de forma efetiva.

Já no segundo capítulo, tratando-se da efetividade, necessário se tornou um estudo mais aprofundado da crise em que se vê mergulhado o poder judiciário, isso porque, como se logrou demonstrar, não basta apenas e tão somente garantir-se à população um amplo acesso à justiça, sem a garantia de que essa justiça será prestada da melhor forma possível, ou seja, sem a garantia da efetividade processual.

No estudo da efetividade processual, cedeu travar a discussão acerca da celeridade, com escopo na morosidade da prestação jurisdicional, suas causas e consequências, sendo a principal consequência o descrédito da população na instituição poder judiciário, chegando até mesmo, como demonstrado nas pesquisas de opinião ilustradas no corpo do capítulo, ao ponto de a população creditar maior confiabilidade no congresso nacional do que no próprio poder judiciário.

Assim é que se logrou uma definição do conceito de duração razoável, qual seria o prazo razoável e duração dos procedimentos mais adequada à nossa realidade social, porém

sem deixar de lado o estudo do direito estrangeiro, como a questão da duração razoável é enfrentada em outros países tanto da *Civil Law* como da *Common Law*, chegando a conclusão de que no Brasil, diante da adoção de um sistema processual rígido, a regra para a duração razoável do processo apura-se pela soma do prazo final de todos os atos processuais necessários para uma determinada causa. O resultado obtido pela somatória desses prazos é a regra geral adotada no Brasil para determinar a tempestividade da tutela jurisdicional de cada procedimento

Ainda com relação à duração razoável do processo, foi traçado um panorama sobre as Cortes Internacionais, e ganhou destaque a recente condenação do Brasil pela Corte Interamericana de Direitos Humanos.

Nesse ponto, galgou-se à reforma do poder judiciário, escopo na emenda constitucional 45/2004 e o status de direito fundamental conferido à duração razoável do processo.

Por fim, no terceiro capítulo, propostas de atuação ao juiz de primeira instância na garantia da efetividade processual.

Em meio à crise do poder judiciário, a atividade do juiz de primeira instância ganha relevância primária, pois este pode – e deve – atuar como importante instrumento para a realização da democracia e garantia da efetividade processual.

De uma análise dos modelos de juiz propostos por Ost, concluiu-se que o perfil do magistrado que mais se adapta à realidade brasileira e com maiores possibilidades de realmente creditar alguma confiabilidade no poder judiciário, muito se assemelha ao perfil “Hermes”, ou seja, tende a requerer que o juiz não venha a ser prender a uma regra superior estanque, mas sim que busque se articular entre o direito e o fato, entre a ordem e a desordem, dando conta dessa racionalidade paradoxal.

Para tanto, ou seja, a fim de que o magistrado singular possa efetivamente ter seu papel de destaque na efetividade processual, este teve que reelaborar seu papel de julgador, desde a sua formação, muito mais humanista, abandonando a submissão restrita às leis e adotando um perfil muito mais ativista, ciente e consciente da realidade social vivenciada e disposto a adequar o regramento à realidade.

E esse juiz, como tratado nas páginas que se seguiram, deve ser dotado de uma formação ética humanista e buscar a justiça desenvolvendo o ativismo para enfrentar as mais diversas questões que se lhe apresentem, podendo ser que para isso até tenha que negar a lei, caso por meio dessa tenha que proferir decisões injustas, motivo suficientemente justificável para aderir ao ativismo como uma forma de garantir a efetividade processual.

Juntamente com esse papel ativista desejado do julgador, vem uma maior responsabilização por suas decisões, posto que agora compete ao magistrado conhecer, coordenar e transformar a tão complexa realidade social.

A segunda proposta de atuação veio com o uso dos precedentes judiciais, com o escopo explícito de trazer maior homogeneidade à prestação jurisdicional e assim, garantir a concretização dos direitos fundamentais.

O uso dos precedentes pelo magistrado de primeira instância, de forma racional e homogênea, traz maior coerência ao ordenamento jurídico e assim, garante a efetividade processual.

Também trouxe o trabalho o gerenciamento processual concretizado pelos juízes que assumem a direção efetiva do processo, evitando a prática de atos desnecessários e inúteis. O gerenciamento proposto inclui uma mudança na mentalidade dos juízes e tem como objetivo o desvio do foco das consequências da crise numérica instaurada dentro do Poder Judiciário para então partir-se ao tratamento das causas dessa crise.

Assim é que o estudo veio mostrar quem são os juízes brasileiros, qual a sua formação ética e intelectual, como são recrutados e qual o conteúdo dos cursos de formação, ressaltando a importância da formação humanística a ser dada aos julgadores, além, é claro, de procurar saber se os juízes têm conhecimento da realidade para a qual operam o direito.

Por derradeiro, concluímos que a qualidade da prestação jurisdicional –efetividade – em tempos de crise, como o que ora se apresenta, estão intimamente ligados à qualificação ética, intelectual e humana dos juízes. A garantia da efetividade da prestação jurisdicional pode sim ser alcançada por esses magistrados de perfil ativista, conectados com a realidade social, bem como pelo uso mais frequente e responsável dos precedentes judiciais, bem como o gerenciamento processual praticado pelos magistrados, parece ser uma solução muito mais simples do que a busca desenfreada pela celeridade a qualquer custo, proposta como base da reforma do poder judiciário.

A conclusão efetiva é que celeridade é diferente de efetividade, e a solução da crise instaurada no Poder Judiciário passa por atitudes concretas e mudanças no comportamento e formação dos julgadores, que cientes e conscientes de seu papel no Estado, podem sim ser garantidores da efetividade processual.

REFERENCIAS

ACTC 7152, nº 96-1169-1, Rel. Monteiro Diniz, j. 05.03.1997. Disponível em: <<http://www.iob.com.br/bibliotecadigitalderevistas/bdr.dll/RDC/3fecc/4239c/42864/@15p1@?f=templates&fn=altmain-nf.htm&2.0>>. Acesso em: 01 jan. 2012.

ADEOTADO, João Maurício. **A OAB e a massificação do ensino jurídico**. In: SILVEIRA, Vladimir Oliveira da; SANCHES, SamyraHaydêe Dal Farra Naspolini; COUTO, Mônica Bonetti (organizadores). Educação Jurídica. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 565-576

ALEXY, Robert. **Direitos fundamentais no estado constitucional democrático**. Revista de Direito Administrativo, São Paulo, n. 217, p. 55-59, jul./set. 1999.

_____. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Affonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

ALVES, Cristiane Paglione. **A eficácia horizontal dos direitos fundamentais**. In: Âmbito Jurídico, Rio Grande, XV, n. 100, maio 2012. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=11648>. Acesso em 13 dez 2012.

AMORIM, Edgard Carlos. **O juiz e a aplicação das leis**. Rio de Janeiro: Forense, 1989.

ANDRIGHI, Fátima Nancy. **A ordem constitucional e o novo direito civil**. Disponível em: <<http://bdjur.stj.gov.br/dspace/handle/2011/729>>. Acesso em: 16 jul. 2012.

ARAÚJO, Francisco Fernandes de. **Do prazo razoável na prestação jurisdicional**. Disponível em: <<http://kplus.cosmo.com.br/materia.asp?co=15&rv=direito>>. Acesso em: 17 jul. 2012..

_____. **Responsabilidade Objetiva do Estado pela morosidade da Justiça**. Campinas: Copola, 1999.

ARISTÓTELES. **Ética a Nicômacos**. 3.ed. Brasília: UnB, 1999.

ARMELIN, Donaldo. **Tutela jurisdicional diferenciada**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

ARRUDA ALVIM. **A EC 45 e o instituto da repercussão geral**. In: WAMBIER, Tereza Arruda Alvim (Coord.). Reforma do Poder Judiciário: primeiras reflexões sobre a emenda constitucional nº 45/2004. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.p.63-99.

ASSIS, Araken de. **O Direito comparado e a eficiência do sistema judiciário**. Revista do Advogado, São Paulo, n. 43, p.9-25, 1994.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. **A duração dos processos: alguns dados comparativos**. Carta Mensal, Rio de Janeiro, v. 50, n. 591, p. 59-72, jun. 2004.

BARBOSA, Cláudia Maria. **O processo de legitimação do poder judiciário brasileiro**. Disponível em: <<http://www.conpedi.org/manaus>>. Acesso em: 8 out. 2012.

BARROSO, Luis Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição**. São Paulo: Saraiva, 2003.

BARROSO, Luis Roberto. **Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática**. RDE Revista de Direito do Estado, Salvador, v. 18, p. 1-22, 2009. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/rede/edicao/18>>. Acesso em: 09 out. 2012.

_____. **Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito. O triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil**. Jus Navigandi, Teresina, ano 10, n. 851, 1 nov. 2005. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/7547>>. Acesso em: 09 out. 2012.

BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra. **Comentários à Constituição do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988**. São Paulo: Saraiva, 1989.v. 2.

BATISTA, Keila Rodrigues. **Acesso à Justiça: Instrumentos viabilizadores**. São Paulo: Letras Jurídicas, 2010.

BEDAQUE, José R. Santos. **Efetividade do Processo e Técnica Processual**. São Paulo: Malheiros, 2010.

_____. **Os elementos objetivos da demanda examinados à luz do contraditório**. In: TUCCI, José Rogério Cruz e; BEDAQUE, José Roberto dos Santos (Coords.). **Causa de pedir e pedido no processo civil: questões polêmicas**. São Paulo: RT, 2002. p.13-52.

BEDAQUE, José R. Santos; TUCCI, José Rogério Cruz e. **Causa de pedir e pedido no processo civil: questões polêmicas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

BERMUDES, Sergio. **A reforma do poder judiciário:emenda constitucional 45/2004**.Rio de Janeiro: Forense, 2005.

_____. **Introdução ao processo civil**. 2. ed.Rio de Janeiro: Forense, 1996.

BEZERRA, Eudes Vitor. **Direitos fundamentais e justiça constitucional – Trêsmodelos de juízes**. Disponível em http://www.jurisway.org.br/monografias/monografia.asp?id_dh=4583, acesso em 13 out 2012.

BOBBIO, Norberto. **A era dos Direitos**. Rio de Janeiro: Forense, 1992.

BOBBIO, Norberto.**Teoria Geral da Política: A filosofia política e as lições dos clássicos**.Tradução de Daniela BeccaciaVersiani. Rio de Janeiro: Elseiver, 2000.

BONAVIDES, Paulo. **Ciência Política**. 18.ed. São Paulo: Malheiros, 2011a.

_____. **Curso de Direito Constitucional**. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2011b.

_____. **Do Estado Liberal ao Estado Social**. 5. ed. Belo Horizonte: Livraria Del Rey, 1993.

_____. **Palestra de abertura do X Seminário de Direito Militar realizado pelo Superior Tribunal Militar e proferida no dia 28/11/2011**. Disponível em: <<http://www.youtube.com/watch?v=zWnoaRP0jao&feature=related>>. Acesso em: 18 out. 2012.

BOTTINI, Pierpaolo Cruz. **A crise do judiciário e os pactos por um novo modelo**. In: _____. (Org.). **Justiça e Segurança**. São Paulo: Fundação Perseu Abramo, 2010. p. 23-32.

BRASIL. Ministério da Justiça. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. 10 de dezembro de 1948. Disponível em: <http://portal.mj.gov.br/sedh/ct/legis_intern/ddh_bib_inter_universal.htm>. Acesso em: 05 nov. 2012.

_____. **Pacto de Estado em favor de um Judiciário mais rápido e republicano**. Disponível em: <http://www.trf4.jus.br/trf4/upload/arquivos/emagis_prog_cursos/cpc_pacto.pdf>. Acesso em: 05 nov. 2012.

BREDOW, LippoldFreiherrvon. **Direito processual administrativo no contexto europeu: tutela administrativa sob influência do direito internacional público e supranacional**. Tradução de Martim Vicente Gottschalk. Revista CEJ, Brasília, n. 27, p. 5-12, out./dez. 2004. Disponível em: <<http://www2.cjf.jus.br/ojs2/index.php/cej/article/view/628/808>>. Acesso em: 01 out. 2012.

BUZAID, Alfredo. **Do agravo de petição no sistema do Código de Processo Civil**. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 1956.

_____. **Estudos de Direito**. São Paulo: Saraiva, 1972.v.1.

CALAMANDREI, Piero. **Direito Processual Civil**. Campinas: Bookseller, 1999.

_____. **Eles, os juízes, vistos por um advogado**. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

CAMBI, Eduardo. **Neoconstitucionalismo e Neoprocessualismo**. Direitos Fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional**. 4.ed. Coimbra: Livraria Almedina, 1989.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça**. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1998.

_____. **Juízes irresponsáveis?** Tradução e revisão de Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1989.

_____. **Juízes legisladores?** Tradução de Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1999.

CARVALHO, Joana de Moraes Souza Machado. **A colisão de direitos fundamentais na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.** Dissertação de Mestrado. Fortaleza/CE, 2006. Disponível em <http://www.dominiopublico.gov.br/download/cp021943.pdf>, acesso em 11 dez 2012.

CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de Direito Processual Civil.** São Paulo: Saraiva, 1962. v. II.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo.** 12. ed. São Paulo: Malheiros, 1996.

COLNAGO, Cláudio de Oliveira Santos. **O processo de formação e seleção do magistrado brasileiro.** Jus Navigandi, Teresina, ano 9, n. 541, 30 dez. 2004. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/6113>>. Acesso em: 03 out. 2012.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Departamento de Pesquisas Judiciárias. **Justiça em números 2010.** Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/images/pesquisas-judiciarias/Publicacoes/relat_estadual_jn2010.pdf>. Acesso em: 25 set. 2012.

CONVENÇÃO para a proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais. Roma, 04 abr. 1950. Disponível em: <http://www.echr.coe.int/NR/rdonlyres/7510566B-AE54-44B9-A163-912EF12B8BA4/0/POR_CONV.pdf>. Acesso em: 05 nov. 2012.

COUTO, Monica Bonetti; MEYER-PFLUG, Samantha Ribeiro. **A educação jurídica no Brasil e os meios não contenciosos de solução de conflitos.** In: SILVEIRA, Vladimir Oliveira da; SANCHES, Samyra Haydêe Dal Farra Napolini; COUTO, Mônica Bonetti (organizadores). Educação Jurídica. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 369-382

COUTURE, Eduardo J. **Fundamentos Del derecho procesal civil.** 3. ed. Buenos Aires: Depalma, 1978.

DAHL, Robert A. **Sobre a democracia.** Tradução de Beatriz Sidou. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2001.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de Teoria Geral do Estado.** 30. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **O poder dos juízes.** São Paulo: Saraiva, 1996.

DECLARAÇÃO dos direitos do homem e do cidadão de 1789. Disponível em: <http://pfdc.pgr.mpf.gov.br/atuacao-e-conteudos-de-apoio/legislacao/direitos-humanos/declar_dir_homem_cidadao.pdf>. Acesso em: 18 out. 2012.

DELGADO, José Augusto. **Reflexões sobre as alterações no direito processual civil e brasileiro a partir da EC 45, de 31.12.2004, e as repercussões no direito judiciário trabalhista.** Disponível em: <[http://www.stj.jus.br/internet_docs/ministros/discursos/0001105/reflexões_sobre_as_alterações_no_direito_processual_civil_brasileiro_a_partir_da_EC_\(palestra_Natal\).doc](http://www.stj.jus.br/internet_docs/ministros/discursos/0001105/reflexões_sobre_as_alterações_no_direito_processual_civil_brasileiro_a_partir_da_EC_(palestra_Natal).doc)>. Acesso em: 12 jul. 2012.

_____. **Reforma do Poder Judiciário: art. 5º, LXXVIII, da CF.** In: WAMBIER, Tereza Arruda Alvim (Coord.). **Reforma do Poder Judiciário: primeiras reflexões sobre a emenda constitucional nº 45/2004.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.p.355-371.

DIAS, Luciana Drimel. **Dossiê Itália: a grave e profunda crise da duração dos processos/alerta e subsidio.** Revista de Direito Processual Civil Genesis, Curitiba, v. 7, n. 26, p. 79-820, out./dez. 2002.

DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. **Curso de Direito Processual Civil.** Salvador: Jus Podivm, 2010. v. 2.

_____. **Direito Processual Civil: Teoria Geral do Processo e Processo de Conhecimento.** 6. ed. Salvador: JusPODIVM, 2006.

DINAMARCO, Candido Rangel. **A instrumentalidade do processo.** 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

_____. **A reforma do código de processo civil.** 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1996a.

DINAMARCO, Candido Rangel. **Execução Civil.** 7. ed. São Paulo:Malheiros, 2000.

_____. Tutela Jurisdicional.**Revista de Processo,** São Paulo, n. 81, p. 54-81,jan.-mar. 1996b.

DINIZ, Maria Helena. **Norma Constitucional e seus efeitos.** 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

DUTRA, Valéria de Souza Arruda. **A questão da legitimidade e da eficácia social dos direitos fundamentais e a influencia da legistica.** Disponível em: www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/bh/valeria_de_souza_arruda_dutra.pdf, acesso em 07 nov 2012.

DWORKIN, Ronald. **O império do direito.** 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. **Constituição americana.** Embaixada dos Estados Unidos, jul. 2003. Disponível em:<http://www.mspc.eng.br/temdiv/const_usa01.shtml>.Acesso em: 10 out. 2012.

FALCÃO, Joaquim. **O múltiplo judiciário**. In: SADEK, Maria Tereza. Magistrados: uma imagem em movimento. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2006. p.115-137.

FARIA, José Eduardo. **Justiça e conflito: os juízes em face dos novos movimentos sociais**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992.

FAZZALARI, Elio. **Instituições de direito processual**. Tradução de Elaine Nassif. 8. ed. Campinas: Bookseller, 2006.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismopenal**. Tradução de Ana Paula Zomer Zica et al. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

FERRIANI, Adriano. **A responsabilidade civil do juiz**. Cadernos de Direito, Piracicaba, v. 9(16-17): 25-39, jan.-dez. 2009, p. 36. Disponível em <https://www.metodista.br/revistas/revistas-unimep/index.php/direito/article/download/136/81>, acesso em 13 out 2012.

FERNANDES, Bernardo Gonçalves; PEDRON, Flávio Quinaud. **O poder judiciário e (em) crise**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

FILIPPO, Thiago Baldani Gomes De. **Neoconstitucionalismo e súmulas vinculantes**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 2012.

FRANZÉ, Luiz Henrique Barbante. **Agravo Frente aos pronunciamentos de primeiro grau no processo civil**. 4. ed. Curitiba: Juruá, 2006.

_____. **Direito fundamental a duração do processo por prazo razoável**. Revista Eletrônica de Direito/Unesp, Franca, v. 1, n. 2, 2011a.

_____. **Tutela Antecipada Recursal**. 3.ed. Curitiba: Juruá. 2011b.

FREITAS, Juarez. **A interpretação sistemática do direito**. São Paulo: Malheiros, 1995.

GAJARDONI, Fernando da Fonseca. ROMANO, Michel Betenjane. LUCHIARI, Valeria Ferioli Lagrasta. **O gerenciamento do processo**. In: GRINOVER, Ada Pellegrini. WATANABE, Kazuo. NETO, Caetano Lagrasta (coord.). Mediação e gerenciamento do processo. Revolução na Prestação Jurisdicional – Guia prático para instalação do setor de mediação e conciliação. São Paulo: Ed Atlas 2008. p. 19-34

GÁLVEZ, Juan Monroy; PALACIOS, Juan Monroy. **Del mito del proceso ordinario a la tutela diferenciada: apuntes iniciales**. Revista de Processo, São Paulo, n. 109, p. 187-220, 2003.

GÓES, Gisele Fernandes. **Razoável duração do processo**. In: WAMBIER, Tereza Arruda Alvim (Coord.). Reforma do Poder Judiciário: primeiras reflexões sobre a emenda constitucional nº 45/2004. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p.261-268.

GOIAS (Estado). Poder Judiciário do Estado de Goiás – Justiça Federal - Clipping biblioteca – 02 jul 2007, pgs. 20-21. Disponível em http://www.go.trfl.gov.br/setoriais/biblioteca/clipping/clipping_2007_07_02.doc, acesso em 07 nov 2012.

GOMES, Luiz Flávio. **A dimensão da magistratura no estado constitucional e democrático de direito:** independência judicial, controle judiciário, legitimação da jurisdição, politização e responsabilidade do juiz. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

_____. **Concurso público de ingresso na magistratura e no ministério público: a exigência de três anos de atividade jurídica garante profissionais experientes.** Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil, Porto Alegre, v. 6, n. 33, p. 64-65, jan./fev. 2005.

_____. **O STF está assumindo um ativismo judicial sem precedentes?.** Jus Navigandi, Teresina, ano 14, n. 2164, 4 jun. 2009. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/12921>>. Acesso em: 4 fev. 2013.

GOMES, Suzana de Camargo. **A escola de magistrados e a formação do juiz.** Escola da magistratura e formação do juiz: concurso de monografias promovido pela AJUFE. Brasília: Editora Conselho da Justiça Federal, 1995. p. 11-49.

GRANDINETTI, Adriana Monclaro. **O Papel do poder judiciário na efetividade dos direitos fundamentais** Revista Bonijuris > Núm. 510, Maio 2006, Pgs: 5-10. Disponível em <http://br.vlex.com/vid/papel-judiciario-efetividade-fundamentais-40752990>. Acesso em 17 dez 2012.

GRINOVER, Ada Pellegrini, **A inafastabilidade do controle jurisdicional e uma nova modalidade de autotutela,** Revista Brasileira de Direito Constitucional – RBDC, n. 10, jul./dez. 2007^a. Disponível em: <http://www.esdc.com.br/rbdc-10/rbdc-10-013-Ada_Pellegrini_Grinover.pdf>. Acesso em: 05 nov. 2012.

_____. **A reforma do Poder Judiciário.** Contribuição do Instituto Brasileiro de Direito Processual - IBDP. Revista do Advogado, São Paulo, ano XXIV, n. 75, p. 7-16, abr. 2004.

_____. **Garantia constitucional do direito de ação.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 1973.

_____. **Os fundamentos da Justiça conciliativa.** Revista de Arbitragem e Mediação, São Paulo, ano 4, n. 14, p. 16-21, jul./set. 2007b.

GUERRA, Marcelo Lima. **Direitos Fundamentais e a proteção do credor na execução civil.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

HOBBS, Thomas. **Leviatã ou matéria, forma e poder de um Estado Eclesiástico e Civil.** Tradução de Alex Marins. São Paulo: Martin Claret, 2006.

HOFFMAN, Paulo. **O direito à razoável duração do processo e a experiência italiana.** Jus Navigandi, Teresina, ano 10, n. 782, 24 ago. 2005. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/7179>>. Acesso em: 11 jul. 2012.

INSTITUTO BRASILEIRO DE DIREITO PROCESSUAL. **Proposta de Emenda ao Substitutivo Aloysio Nunes Ferreira à Proposta de Emenda Constitucional 96-A de 1992.** Revista de Processo, São Paulo, ano 24, n. 96, p. 113-123, out./dez. 1999.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito.** 6.ed. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

LASSALLE, Ferdinand. **A Essência da Constituição.** 6. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

LEAL, André Cordeiro. **Instrumentalidade do processo em crise.** Belo Horizonte: Mandamentos, 2008.

LEI Fundamental da República Federal da Alemanha, de 23 de maio de 1949. Disponível em: <http://www.brasil.diplo.de/contentblob/3160404/Daten/1330556/Gundgesetz_pt.pdf>. Acesso em: 14 set. 2012.

LEITE, Evandro Gueiros. **Ativismo Judicial.** Disponível em: <http://bdjur.stj.gov.br/xmlui/bitstream/handle/2011/16980/Ativismo_Judicial.pdf?sequence=1>. Acesso em: 09 out. 2012.

LIMA FILHO, Francisco das Chagas. **Acesso à Justiça e os mecanismos extrajudiciais de solução de conflitos.** Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2003.

LIMA, Cláudio Vianna de. **Arbitragem – a solução.** Rio de Janeiro: Forense/EMERJ, 1994.

LIMA, Francisco Gerson Marques de. **Fundamentos Constitucionais do Processo (sob a perspectiva da eficácia dos direitos e garantias fundamentais).** São Paulo: Malheiros, 2002.

LOPES, Maria Elizabeth de Castro. **O juiz e o princípio dispositivo.** São Paulo. Revista dos Tribunais, 2006.

MACEDO, Gabriela Silva. **A eficácia vinculante do precedente judicial no Direito brasileiro e sua importância para atuação do Poder Judiciário.** Jus Navigandi, Teresina, ano 17, n. 3217, 22 abr. 2012. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/21528>>. Acesso em: 24 out. 2012.

MACHADO, Edinilson Donisete. **Ativismo Judicial: limites institucionais democráticos e constitucionais.** São Paulo: Letras Jurídicas, 2012.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Acesso à justiça – Condicionantes legítimas e ilegítimas.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

_____. **A resolução dos conflitos e a função judicial no contemporâneo estado de direito.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

MANDRIOLI, Crisanto. **Tutela antecipatória e julgamento antecipado.** 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

MARCACINI, Augusto Tavares Rocha. **Estudo sobre a efetividade do processo civil.** 1999. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade de São Paulo, São Paulo, 1999.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Garantia da tempestividade da tutela jurisdicional e duplo grau de jurisdição.** In: TUCCI, José Rogério Cruz e (Coord.). **Garantias Constitucionais do Processo Civil.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999a.p.207-233.

_____. **Novas Linhas de Processo Civil.** 4.ed. São Paulo: Malheiros, 2000a.

_____. **O direito à efetividade da tutela jurisdicional na perspectiva dos direitos fundamentais.** *Gênesis: Revista de Direito Processual Civil*, São Paulo, n. 28, p. 298-338, abr./jun. 2003a.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

_____. **Questões do novo direito processual civil brasileiro.** Curitiba. Juruá, 1999b.

_____. **Tutela antecipatória: julgamento antecipado e execução imediata da sentença.** 4.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000b.

_____. **Tutela Inibitória: individual e coletiva.** 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003b.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Curso de processo civil: processo de conhecimento.** São Paulo: RT, 2007.v. 2.

MARROCO, Andréia de Almeida Leite. **O ensino jurídico: desafios à formação do profissional do século XXI.** In: *Educação jurídica : temas contemporâneos*, organizadores: RODRIGUES, Horácio Wanderlei, ARRUDA JR, Edmundo Lima de. – Florianópolis : Fundação Boiteux, 2011.

MATOS, José Igreja. **Um modelo de juiz para o processo civil atual.** Coimbra: Coimbra Ed., 2010.

MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e aplicação do direito.** 18.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro.** 26.ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

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

MELLO, Patrícia Perrone Campos. **Precedentes e vinculação: instrumentos do stare decisis e prática constitucional brasileira**. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, n. 241, p. 177-208, jul./set. 2005.

MELO, Ronidalva de Andrade (Org.). Apresentação. In: SEMINÁRIO CIDADANIA ATIVA: **A Independência da magistratura**. 2008, Recife. **Anais...** Recife: Fundação Joaquim Nabuco, 2008. p. 5-10. Disponível em: <http://www.ajd.org.br/arquivos/publicacao/66_AIndependenciadaMagistratura.pdf>. Acesso em: 08 jan. 2012.

MEZZAROBA, Orides; MONTEIRO, Claudia Sevilha. **Manual de metodologia na pesquisa do direito**. 5.ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

MORAES, Alexandre de. **Direitos Humanos Fundamentais: Teoria Geral – Comentários aos arts. 1 a 5 da Constituição da República Federativa do Brasil**. Doutrina e Jurisprudência. 2.ed. São Paulo: Atlas, 1998.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. **A duração dos processos: alguns dados comparativos**. Carta Mensal, Rio de Janeiro, v. 50, n. 591, p. 59-72, jun. 2004.

_____. **A Emenda Constitucional 45 e o Processo**. Revista do Processo, São Paulo, n. 130, p. 235-248, 2005.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Efetividade do processo e técnica processual**. Revista de Processo, São Paulo, ano 20, n. 77, p. 168-176, jan./mar. 1995.

_____. **Temas do Direito Processual – nona série**. São Paulo: Saraiva, 2007.

NALINI, José Renato. **A formação do juiz**. In: _____. Formação Jurídica. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994a. p. 121-148.

_____. Entrevista concedida ao site Consultor Jurídico, em 25 nov 2012. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2012-nov-25/entrevista-jose-renato-nalini-corregedor-geral-justica-sao-paulo>. Acesso em 21 jan 2013.

_____. **O desafio de criar juízes**. In: ALMEIDA, José Maurício Pinto de; LEARDINI, Márcia (Coords.). Recrutamento e formação dos magistrados no Brasil. Curitiba: Juruá, 2007. p. 91-109.

NALINI, José Renato. **O juiz e a ética no processo**. In: _____. (Coord.). Uma nova ética para o juiz. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994b. p. 85-106.

_____. **O juiz e suas atribuições funcionais: introdução à deontologia da magistratura.** In: _____. Curso de deontologia da magistratura. São Paulo: Saraiva, 1992.

NALINI, José Renato. **Uma nova ética para o juiz.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994c.

NEGRÃO, Theotônio; GOUVÊA, José Roberto F. **Código de Processo Civil e legislação processual em vigor.** 42. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

NERY JUNIOR, Nelson. **Princípios do processo civil na Constituição Federal.** 9.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

NICOLLIT, André Luiz. **A Duração razoável do processo.** Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2006.

NOVAIS, Jorge Reis. **Contributo para uma Teoria do Estado de Direito.** Coimbra:Almeidina, 2006.

NUNES, Andréia R.S. **Tutela Constitucional dos Direitos Fundamentais.**In: AGOSTINHO, Luiz Otávio Vincenzi de; HERRERA, Luiz Henrique Martim (Orgs.). **Tutelas dos Direitos Humanos e Fundamentais: ensaios a partir das linhas de pesquisa: construção do saber jurídico e função política do direito.** Birigui, SP: Boreal, 2011. p.110-120. (Coleção Univem).

NUNES, Benedito. **O tempo na narrativa.** 2. ed. São Paulo. Ática, 1995.

NUNES, Gustavo Henrique Scheneider. **Tempo do processo civil e direitos fundamentais.** São Paulo: Letras Jurídicas, 2010.

OLIVEIRA, Rogério Nunes de. **A morosidade da entrega da jurisdição e o direito à razoável duração do processo judicial.**Revista de Direito da Faculdade de Campos, ano IV, n. 4, p. 609-643, 2003-2004.

OLIVEIRA, Vanderlei Portes de. **Ensino Jurídico – a crise no ensino do direito e o acesso à justiça.**São Paulo: Letras Jurídicas, 2011.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. **Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos (1966).** Disponível em: <<http://www.oas.org/dil/port/1966%20Pacto%20Internacional%20sobre%20Direitos%20Civis%20e%20Pol%C3%ADticos.pdf>>. Acesso em: 05 nov. 2012.

OST, François. **Júpiter, Hércules, Hermes: Tres modelos de juez.** Disponível em:<http://www.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/01360629872570728587891/cuader no14/doxa14_11.pdf>. Acesso em: 28 set. 2012.

PASSOS, José Joaquim Calmon de. **Direito, poder, justiça e processo: julgando os que nos julgam.** Rio de Janeiro: Forense, 1999.

PESQUISA Qualitativa “**A imagem do Judiciário**” - principais resultados. mar. 2004. Disponível em: <<http://www.enm.org.br/docs/Principais%20resultados.pdf>>. Acesso em: 25 set. 2012.

PORTANOVA, Rui. **Motivações Ideológicas da Sentença**. 4.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

_____. **Princípios do processo civil**. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos**. São Paulo: Saraiva, 2010.

REALE, Miguel. **Filosofia do Direito**. 10.ed. São Paulo: Saraiva, 1983.

ROCHA, Andréa Presas. Princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional (direito de ação). Jus Navigandi, Teresina, ano 15, n. 2497, 3 maio 2010 . Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/14788>>. Acesso em: 17 dez 2012.

ROCHA, Carmem Lucia Antunes. **O direito constitucional a jurisdição**. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (Coord.). As garantias do cidadão na justiça. São Paulo: Saraiva, 1993. p. 31-51.

RODRIGUES, Horácio Wanderlei. **EC N. 45: acesso à justiça e prazo razoável na prestação jurisdicional**. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim et al. Reforma do judiciário: primeiros ensaios críticos sobre a EC n. 45/2004. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 283-292.

ROESLER, Cláudia Rosane. **O sistema espanhol de seleção dos magistrados e o estado constitucional**. Revista Eletrônica Direito e Política, Itajaí, v.2, n. 2, 2º quadrimestre de 2007. Disponível em: <www.univali.br/direitopolitica>. Acesso em: 08 out. 2012.

ROMANI, Dagoberto. **O juiz, entre a lei e o direito**. Revista dos Tribunais, São Paulo, n. 633, p. 234-236, 1988.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. **O contrato social e outros escritos**. 12.ed. São Paulo: Cultrix, 1997.

SANTOS, Boaventura de Souza et al. **Os tribunais nas sociedades contemporâneas: o caso português**. Lisboa: Afrontamento, 1996.

SANTOS, Boaventura de Souza. **Introdução à sociologia da administração da Justiça**. Disponível em: <http://www.boaventuradesousasantos.pt/media/pdfs/Introducao_a_sociologia_da_admin_justica_RCCS21.PDF>. Acesso em: 09 set. 2012.

_____. **Para uma revolução democrática da justiça**. 3. ed. São Paulo: Cortez, 2001.

SANTOS, Boaventura de Souza. **Que formação para os magistrados de hoje?** Revista do Ministério Público, cidade, 3º trimestre de 2000. Disponível em: <<http://www.crise-da-justica.com/Que%20forma%C3%A7%C3%A3o%20para%20os%20magistrados.htm>>. Acesso em: 06 nov. 2012.

SANTOS, Moacyr Amaral. **Primeiras linhas de direito processual civil**. 23.ed. São Paulo: Saraiva, 2004. v. 1.

SÃO PAULO (Estado). Procuradoria Geral do Estado de São Paulo. **Convenção Americana de Direitos Humanos (1969)**. (Pacto de San José da Costa Rica). Disponível em: <<http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/instrumentos/sanjose.htm>>. Acesso em: 05 nov. 2012.

SÃO PAULO (Estado). Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Comunicado CG n.º 1015/2012. **Diário da Justiça Eletrônico**, São Paulo, ano v, edição 1226, 18 jul. 2012. Caderno Administrativo. Disponível em: <http://www.tjsp.jus.br/Shared/Handlers/FileFetch.ashx?id_arquivo=39808>. Acesso em: 14 ago. 2012.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos Direitos Fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 10.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

SILVA JUNIOR, Walter Nunes da. **Modelo de recrutamento de juízes no Brasil**. Disponível em: <<http://www.jfrn.gov.br/doc/doutrina114.doc>>. Acesso em: 18 set. 2012.

SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das Normas Constitucionais**. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

_____. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 34.ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

SILVA, Nelson Finotti. **Paridade de armas no processo civil**. Disponível em: <http://www.manualdeprocessocivil.com.br/arquivos/artigo_nelson2.pdf>. Acesso em: 04 out. 2012.

SILVA, Ovídio A. Baptista da. **Curso de Processo Civil**: processo de conhecimento. 5.ed. São Paulo: RT, 2001. v. 1.

SILVA, Paulo Eduardo Alves da. **Gerenciamento de Processos Judiciais**. São Paulo: Saraiva, 2010

SILVA, Plácido e. **Vocabulário jurídico conciso**. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

SILVEIRA, Vladimir Oliveira da; SANCHES, SamyraHaydêe Dal Farra Napolini; COUTO, Mônica Bonetti (organizadores). **Educação Jurídica**. São Paulo: Saraiva, 2013

SISTEMA africano de protecção dos direitos humanos. Carta Africana dos Direitos do Homem e dos Povos, 26 de Junho de 1981. Nairobi, Quénia. Disponível em:<<http://www.gddc.pt/direitos-humanos/textos-internacionais-dh/tidhregionais/carta-africa.html>>. Acesso em: 06nov. 2012.

SLAIBIFILHO, Nagib. **Reforma da Justiça**. Niterói: Impetus, 2005.

SOUZA, Carlos Aurélio Mota de. **Poderes éticos do juiz: a igualdade das partes e a repressão ao abuso no processo**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1987.

TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. **O juiz: seleção e formação do magistrado no mundo contemporâneo**. Belo Horizonte: Del Rey, 1999.

THEODORO JR., Humberto. **Alguns Reflexos da Emenda constitucional 45 de 08.12.2004, sobre o processo civil**. Revista de Processo, ano 30, n. 124, p. 28-39, jun. 2005a.

_____. **A onda reformista do direito positivo e suas implicações com o principio da segurança jurídica**. abr. 2006 Disponível em: <<http://sisnet.aduaneiras.com.br/lex/doutrinas/arquivos/onda.pdf>>. Acesso em: 06. nov. 2012.

_____. **Celeridade e Efetividade da Prestação Jurisdicional: Insuficiência da Reforma das Leis Processuais**. Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil, Porto Alegre, v.6, n. 36, p. 19-37, jul./ago.2005b.

TOSTES, Natacha Nascimento Gomes. **Uniformização de jurisprudência**. Revista de Processo, São Paulo, n. 104, p. 194-218, 2001.

TUCCI, José Rogério Cruz e. **Garantias Constitucionais da Duração Razoável e da Economia Processual no Projeto do Código de Processo Civil**. Revista de Processo, São Paulo, ano 36, n. 192, p. 193-208, fev. 2011.

_____. **Tempo e Processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

VADE MECUM. 11.ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

VIEIRA, Oscar Vilhena. **A constituição e sua reserva de justiça: um ensaio sobre os limites materiais ao poder de reforma**. São Paulo: Malheiros, 1999a.

_____. **Direitos fundamentais - uma leitura da jurisprudência do STF**. São Paulo: Malheiros: 1999b.

WAMBIER, Luiz Rodrigues; ALMEIDA, Flavio Renato Correia de; TALAMINI, Eduarda. **Curso avançado de processo civil: teoria geral do processo e processo de conhecimento**. 8.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. v.1.

WATANABE, Kazuo. **Da cognição no processo civil**. 3.ed. São Paulo: DPJ, 2005.

WEBER, Max. **Ensaio de Sociologia**. 5.ed. Tradução de Waltensir Dutra. Rio de Janeiro: LTC, 2008.

ZAFFARONI, Eugênio Raúl. **Poder Judiciário: crises, acertos e desacertos**. Tradução de Juarez Tavares. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

ZIMMERMANN, Augusto. **Curso de Direito Constitucional**. 2.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.