

FACULDADE DE DIREITO MILTON CAMPOS

TIAGO LUÍS COELHO DA ROCHA MUZZI

**CORTE PROCEDIMENTAL NAS AÇÕES DE COGNIÇÃO
DUPLICADA: UMA PROPOSTA DE EFETIVIDADE**

Nova Lima

2013

Tiago Luís Coelho da Rocha Muzzi

**CORTE PROCEDIMENTAL NAS AÇÕES DE COGNIÇÃO
DUPLICADA: UMA PROPOSTA DE EFETIVIDADE**

Dissertação apresentada ao Curso de Pós-Graduação *Stricto Sensu* da Faculdade de Direito Milton Campos, como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Direito.

Área de concentração: Direito Empresarial

Orientador: Prof. Dr. Ricardo Adriano Massara Brasileiro.

Nova Lima

2013

AGRADECIMENTOS

O espaço, aqui e com tal propósito destinado, é pequeno para, dentre todos os que me influenciaram na formação que se faz concreta nestas linhas, fazer menção individual.

Ao professor Doutor Aroldo Plínio Gonçalves pela generosidade, o estímulo e exemplos que me conduziram ao Mestrado.

Ao professor Doutor Ricardo Brasileiro, pela admiração e amizade que, durante esse período, só fizeram convalidar e aumentar.

A todos os professores da Faculdade Milton Campos, cujos ensinamentos levo comigo para todo o sempre. Às amigadas que durante esse convívio compartilhei e as levo da mesma forma.

Ao início, meio e fim de tudo: João Caetano, Yvonne, Ziu, Lica e os rebentos que nos cercam de alegria: Bia, Tom, Bebel e Loulou. Ah! : Vick e Gu, Indissociáveis! Tios Iú, Martinha, Dedeco, Levis e Léo, sempre! Ao Alexandre Miranda e Leo CD, pela amizade de uma vida.

Aos e a por vir!

Ao Lúcio Marzagão, por cujo silêncio me ouço.

A toda equipe de uma família do Direito, em especial Sônia (em cujo exemplo me miro, sempre) e Tati (por cuja dedicação e disponibilidade, agradeço). Jota, pela saudade de um convívio doce que muito me faz falta. Pelo profissionalismo e rigores ético e técnico, sempre.

À MUZZI E ADVOGADOS ASSOCIADOS, meio de tudo.

Ao exemplo em casa: Hezick Muzzi Filho – *“ad astra per aspera”*.

“Qui la parola Tempo é intesa prima di tutto come *durata* cioé come distanza tra l’inizio e la fine di uno svolgimento e pertanto come necessita di attesa. Il processo dura; non si puó fare tutto in una volta. Bisogna aver pazienza. Si semina, come fa il contadino; e bisogna aspettare per raccogliere. Accanto all’ attenzione, vien fatto di collocare la pazienza tra Le virtú nécessaire al giudice e alle parti. Purtroppo queste sono impazienti per definizione; impazienti come i malati poiché soffrono anche loro. Uno dei compiti dei difensori é quello di ispirare a loro la pazienza. Lo *slogan* della giustizia rapida e sicura, Che va per Le bocche dei politici inesperti, contiene, purtroppo una contraddizione *in adiecto*: se la giustizia é sicura non é rápida, se é rápida non é sicura. Qualche volta il seme della verità mette degli anni, perfino dei secoli, per diventare una spiga (*veritas filia temporis*).

CARNELUTTI, Francesco. **Diritto e Processo**,
Napoli: Morano, 1958, p. 154;

RESUMO

A presente dissertação, partindo de um estudo sob o foco de efetividade da prestação jurisdicional no Brasil, busca, por meio de propostas de alteração na lei processual em vigência no país, através de cortes no procedimento de ações de cognição duplicada, abreviar o espaço de tempo entre a postulação do direito e sua satisfação. O foco dele é o de contribuir, de forma prática, com a efetividade jurisdicional.

Palavras Chave: Efetividade. Celeridade. Ampla Defesa. Procedimento. Brasil. Corte Procedimental. Sincretismo. Sumarização. Cognição Duplicada. Prestação de Contas. Improbidade Administrativa. Divisão e Demarcação de Terras Particulares.

ABSTRACT

This Master's thesis, based on a study from the standpoint of effectiveness of Brazilian jurisdictional delivery, search, through proposals to amend the procedural law in effect in the Brazil, by cutting the duplicate action proceeding, in order to make shorten the time from the beginning to the end of the claim. His focus is to contribute, in a practical way, with the court effectiveness.

KEY WORDS: Effectiveness. Celerity. Legal Defense. Proceeding. Brazil. Proceeding Cut. Syncretism. Summarization. Duplicate cognition. Action of account render. Action for partition. *Actio communi dividundo*. Administrative Misconduct Action.



Faculdade de Direito Milton Campos – Mestrado
em Direito Empresarial

Dissertação intitulada “*CORTE PROCEDIMENTAL NAS
AÇÕES DE COGNIÇÃO DUPLICADA: UMA PROPOSTA
DE EFETIVIDADE*” de autoria do mestrando **TIAGO LUÍS
COELHO DA ROCHA MUZZI** para exame da banca
constituída pelos seguintes professores:

Prof. Dr. Ricardo Adriano Massara Brasileiro
Orientador

Professor Doutor Aroldo Plínio Gonçalves

Prof. Dr. Jason Soares de Albergaria Neto

Nova Lima, ____ de _____ de 2013.

LISTA DE ABREVIATURAS

Art. artigo;

CC Lei de n.º 556, de 25 de junho de 1850, conhecida como Código Comercial Brasileiro de 1850;

CCB/16 Lei n.º 3.071 de 1º de Janeiro de 1916, conhecida, comumente, como Código Civil de 1916;

CCB/02 Lei n.º 10.406 de 10 de Janeiro de 2002, *DOU* de 11.01.2002, conhecida, comumente, como Código Civil de 2002;

CDC Lei n.º 8.078 de 11 de setembro de 1990, *DOU* de 10.01.2007, conhecida como Código de Defesa do Consumidor;

CF/88 Constituição da República Federativa do Brasil de 1988;

LFA Decreto-lei n.º 7.661 de 21 de junho de 1945, *DOU* de 31.07.1945, conhecida como Lei de Falências antiga;

LRJ Lei n.º 11.101 de 9 de fevereiro de 2005, *DOU* de 09.02.2005, edição extra, conhecida como Lei de Recuperação Judicial.

LSA Lei n.º 6.404 de 15 de dezembro de 1976, *DOU* de 17.12.1976, mais conhecida como Lei das Sociedades Anônimas;

v.g. “*verbis gratia*”, por exemplo;

LISTA DE SIGLAS

ACP	Ação Civil Pública
ADR	Alternative Dispute Resolution (ADR)
CC	Código Comercial
CF	Constituição Federal
CJF	Conselho da Justiça Federal
CNJ	Conselho Nacional de Justiça
CDC	Código de Defesa do Consumidor
CPC	Código de Processo Civil
ZPO	Código de Processo Civil alemão
CP	Código Penal
DPU	Defensorias Públicas da União
EC	Emenda Constitucional
LACP	Lei de Ação Civil Pública
LAJ	Lei de Assistência Judiciária
LFA	Lei de Falências Antiga
LRJ	Lei de Recuperação Judicial
LSA	Lei das Sociedades Anônimas
LICC	Lei de Introdução ao Código Civil
LONMG	Lei Orgânica Nacional do Ministério Público
MP	Ministério Público
STJ	Supremo Tribunal de Justiça
STF	Supremo Tribunal Federal
TEDH	Tribunal Europeu de Direitos Humanos

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	10
2 PREOCUPAÇÃO QUANTO À EFETIVIDADE DO PROCESSO.....	14
3 DO ACESSO À JUSTIÇA.....	19
4 A RAZOÁVEL DURAÇÃO DO PROCESSO	43
5 TENSÃO EFETIVIDADE “ <i>VERSUS</i> ” GARANTISMO PROCESSUAL	75
6 EFETIVIDADE PROCOESSUAL E ESTRUTURAÇÃO PRODECIMENTAL.....	86
7 AÇÕES DE COGNIÇÃO DUPLICADA OU EM FASES DISTINTAS.....	96
8 CONCLUSÕES.....	101
REFERÊNCIAS.....	106

1 INTRODUÇÃO

A presente dissertação de mestrado possui um foco claro em, atentando-se aos problemas que se vive quanto à realização da efetividade da prestação jurisdicional (e, portanto, ligado ao plano pragmático da norma), buscar caminhos para lhe dar concretude. Todo o alicerce em que se edifica este estudo é o da efetividade do processo.

Inicia-se com uma breve constatação na mudança do foco do estudo do direito processual que deixa de limitar-se aos institutos que o legitimam como ciência autônoma para, mais e além deles, lançar a mirada para o aspecto externo, prático, sem cujo alargamento de visão não se poderia falar numa preocupação sistemática quanto à efetividade.

Talvez o porquê se tenha optado para, ao invés de tratar deste foco junto com o capítulo do “Acesso à Justiça”, fazê-lo, para relevância que representa o alargamento deste campo de visão, em capítulo apartado: “Preocupações quanto à efetividade do processo”.

Posta e entendida esta alteração de óptica do direito processual, inicia-se este trabalho explicando a evolução do acesso, cujo itinerário começa pelo Estado liberal (acesso formal à jurisdição) e chega ao acesso à Justiça, no sentido de ordem jurídica justa e no de buscar, o quanto mais, a aproximação entre o detentor do direito substancial e o reconhecimento de tanto pela Jurisdição. As estações por onde percorre o caminho são tratadas: as três ondas de acesso de CAPPELLETTI.¹

As questões do tempo e o processo são vistas no capítulo III que traz um conceito de *tempo adequado*, aquele que é o necessário para, conjuntamente (e não de forma excludente), aliarem-se “razoável duração” e “ampla defesa”.

Ali se trata, ainda, do quanto representou a elevação de um direito já presente de forma expressa no CPC (art. 125, II) e, implicitamente, na CF/88 (art. 5º, XXXV e LV), e explicitamente após a EC 45 que acrescentou o inciso LXXVIII

¹ MAURO CAPPELLETTI foi um dos maiores doutrinadores a tratar da questão do acesso, em razão de cuja importância sua obra – Acesso à Justiça – foi adotada como marco referencial para o capítulo consentâneo.

o da “razoável duração do processo” como direito constitucional fundamental, de cujo *status* implicou em um efeito irradiante para, não apenas lhe dar uma concretude interpretativa na leitura dos dispositivos infra-constitucionais já positivados, mas, sobretudo, o de inspirar a alteração e criação de novos caminhos (novas legislações ou alterações de legislação já postas) a assegurá-lo.

E é da tensão entre “razoável duração” e “ampla defesa” que trata o capítulo subsequente, de uma forma mais aprofundada e dentro de conclusões que, na contramão do que se tem visto, afirma que ampla defesa e razoável duração não podem ponderar entre si. À Ampla Defesa, denominou-se princípio-regra.

Registre-se que a importância despendida por este estudo ao acesso e, portanto, à efetividade tem uma razão de ser, pois é o acesso efetivo à Justiça é um “direito charneira”², pois é esse direito³ (sob cujos desígnios se dá real asseguuração da igualdade material, do contraditório capaz de influir no julgamento do juiz e, portanto, na operosa dedução e tutela dos direitos dos desvalidos) o início e fim de todos os demais.

Estabelecido este alicerce, volta-se o foco para as ditas demandas de cognição duplicada (dentre as quais, a de exigir contas que, contestada e julgada procedentes, dá início a um novo processo, como nova produção de provas, a fim de averiguar-se a prestação em si), para, diante do papel propositivo do operador do direito, sugerir alteração de tudo quanto positivado e de tudo quanto se avizinha positivar.

Necessário o registro de BOBBIO⁴, para quem, na dita Era dos Direitos, a função do estudioso não mais se restringe a preocupação geral em fundamentar um direito, mas, acima disto, o de procurar os meios e formas mais efetivos de garanti-los.

² Conceito de BOAVENTURA DE SOUSA SANTOS, para quem “a consagração constitucional dos novos direitos econômicos e sociais e sua expansão paralela à do Estado-Providência transformou o direito ao acesso efetivo à justiça num direito charneira, um direito cuja denegação acarretaria a de todos os demais.” (SANTOS, Boaventura de Sousa Santos. **Pela Mão de Alice** (O Social e o Político na Pós-modernidade). 14. ed., São Paulo: Cortez Editora, 2013, p. 205.

³ Também chamado de direito de acesso à ordem jurídica justa, conforme será visto adiante.

⁴ “Não se trata de saber quais e quantos são esses direitos, qual é a sua natureza e seu fundamento, se são direitos naturais ou históricos, absolutos ou relativos, *mas sim qual é o modo mais seguro para garanti-los, para impedir que, apesar das solenes declarações, eles sejam continuamente violados*” (BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Rio de Janeiro: Campus, 1992, p.

Assim, o papel do jurista, no mundo de hoje, excede os lindes de preocupações exegéticas, indo, sobretudo, ao encontro de uma apreensão interpretativa da realidade que o cerca. Criticando-a, mas, além disto, propondo algo que possa minorar, por meio de eficiência, a resolução de problemas que se afloram no dia-a-dia.

Fazer ciência não mais é analisar um modelo estanque, mas buscar, diante de uma realidade circundante, soluções, propostas para melhorá-lo. O apelo linguístico como suporte ao objeto restrito de outrora – a norma – cede espaço, amplia-se para o cenário real (não mais plano, mas tridimensional, conforme se verá adiante), em que se visa à efetividade, por meio, muito além de interpretações, de proposições.

A vontade do legislador haurida da legislação posta há de coincidir com as aspirações contidas na Carta Constitucional⁵, razão por que todas as demais normas hão de ser lidas (*rectius*, vistas, interpretadas e aplicadas) não apenas sob o filtro da constituição, mas sob o efeito dela⁶. A subsunção cede para uma leitura conforme a Constituição. Valor constitucional é o objeto a que visa o hermeneuta e não apenas uma leitura binária: constitucional ou inconstitucional.

Muito mais do que interpretar, à luz da doutrina e da jurisprudência (dogmática), a vontade do legislador presente na letra da lei (exegese) o intérprete do Direito há de, por meio da crítica, buscar apontar soluções, o que supõe novos cortes, que possibilitem chegar ao destino: a jurisdição eficiente – rápida e justa, tanto como possível.

A teleologia é um mote a ser observado com todas as intervenções axiológicas de um estado constitucional. Não apenas ela, mas a identificação, crítica e proposição.

25; *apud*: GOMER JR., Luiz Manoel. **Curso de direito processual civil coletivo**. São Paulo: SRS Editora, 2008, p. 3).

⁵ Nesse sentido, cite-se BEDAQUE: “*de nada adianta o processo regular do ponto de vista formal, mas substancialmente em desacordo com os valores constitucionais que o regem*”. (BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Efetividade do processo e técnica processual**. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 26).

⁶ Ou, nas palavras de BARROSO, “O direito constitucional define a moldura dentro da qual o intérprete exercerá sua criatividade e seu senso de justiça” (BARROSO, Luís Roberto. **A nova interpretação constitucional**. 3. ed. Revista. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 9).

E este trabalho pretende, partindo deste cenário, não apenas identificar, mas propor um legado em conformidade a um valor constitucional fundante – o da razoável duração do processo – aos ditos processos de dupla cognição.

E é, aqui, o proposto corte procedimental, por meio de alteração de legislação, para, encurtando (ou, melhor, tornando sincréticas as duas fases em uma), se chegar a tal desígnio.

Já não mais basta que, conforme conhecida expressão chiovendiana (“*il processo deve dare quanto è possibile praticamente a chi ha un diritto tutto quello e proprio ch’egli ha diritto di conseguire*”⁷), se assegure ao vitorioso o gozo amplo e pleno da utilidade específica que lhe reconheceu a decisão. Além disto, atualmente, tem-se que fazê-lo de forma rápida tanto quanto possível.

E é aqui que avulta o papel do corte procedimental nas demandas de natureza dúplice como uma proposta para assegurá-lo.

Pretende o autor contribuir, por meio de propostas feitas neste, para o aprimoramento da justiça e da jurisdição no país, com a cautela de que, com esse anúncio, não se pareça presunçoso, mas na certeza de que, ainda que pouco, o trabalho que prenuncia há de contribuir com algo à ciência do direito processual e, sobretudo, sua efetividade⁸.

⁷ “Em toda extensão da possibilidade prática, o resultado do processo há de ser tal que assegure à parte vitoriosa o gozo pleno da específica utilidade a que faz juz”, o que é bem expresso na fórmula de Chiovenda: “*il processo deve dare quanto è possibile praticamente a chi ha un diritto tutto quello e proprio ch’egli ha diritto di conseguire*” (Chiovenda, *Dell’ azione nascente dal contratto preliminare*, *Rivista di diritto commerciale*, 1911, e *Saggi di diritto processuale civile*, Roma, 1930, v. p. 110)” (BARBOSA MOREIRA, José Carlos. **Estudos de direito processual em homenagem a José Frederico Marques**. São Paulo: Saraiva; 1982. P. 205 e rodapé de n. 2, à fl. 205.

⁸ Nesse sentido, veja as Fábulas de Fedro:

“[*Mons parturiens*]

*Mons parturibat, gemitus inmanes ciens,
Eratque in terris maxima expectatio.
At ille murem peperit. Hoc scriptum est
tibi,*

Qui, magna cum minaris, extricas nihil.”

In: FEDRO. *Favole (a cura di Fernando Solinas)*, 21. reimpressão, Milão: Arnoldo Mondadori Editore S.P.A., 2010.

Tradução livre do autor:

O parto da montanha

Uma montanha em trabalho de parto emitia gemidos monstruosos, e, em todas as partes do mundo, a espera era enorme.

Eis que, então, pare um rato.

Isto é escrito para que, diante de anúncios solenemente grandes, não se espere muita coisa.

“*Il parto della montagna*

*una montagna nel travaglio del parto emetteva gemiti mostruosi,
e ogni parte del mondo l'attesa era enorme. Ma quella partrori un
topolino.*

*Questo è scritto per te, che mentre annunci solennemente grandi
cose non tiri fuori un bel nulla.”*

2 PREOCUPAÇÕES QUANTO À EFETIVIDADE DO PROCESSO

2.1 INTRODUÇÃO

A efetividade do processo, pela complexidade que o termo “efetivo” encerra, não pode ser vista de uma forma reducionista, como muitas vezes o é, tal como fosse exclusivamente celeridade ou mero acesso.

Conforme abalizada lição de CARNELUTTI⁹, o processo desenvolve-se para a justa composição do litígio, servindo como lema do processo “Paz com Justiça”. Daí o porquê a prestação jurisdicional serve – muito além de resolver um interesse particular de uma das partes – para, além e acima delas (*‘supra partes’*), compor um litígio e não, simplesmente, tutelar um interesse.

Litígio que, na difundida conceituação do aludido processualista peninsular¹⁰, se configura pelo conflito de interesses qualificado por uma pretensão resistida.

Muito além de rápido, um processo efetivo é aquele capaz de obter o dito fim mediato da pacificação social, por meio da justa composição do litígio e não apenas a resolução do litígio (*rectius*: interesse), pontualmente, considerado.

Efetivo é real, é o aproximar-se de duas pontas de uma mesma corrente – cada qual com anéis próprios: institutos próprios que demonstram a autonomia de cada ramo – quais sejam: direito processual civil e direito substancial – a corrente do Direito. Não se pode obter tal fim mediato sem acesso (universalidade), pois

⁹ “La conclusión de la investigación hasta ahora efectuada, puede resumirse en esta fórmula: *el proceso se desenvuelve para la composición justa del litigio*.”

“Paz con justicia” podría ser, de ese modo, el lema del Derecho procesal. Ni paz sin justicia, ni justicia sin paz. Nada de paz sin justicia, porque el proceso, como se ha visto, no tiende a componer el litigio de cualquier modo, sino según el Derecho. Nada de justicia sin paz, porque el Derecho no se aplica o no se realiza por quien está en conflicto, sino por quien está sobre el conflicto: *supra partes*, no *inter partes*; a fin de componer un litigio y no de tutelar un interés. Según esa fórmula, el *quid novi* de la función procesal consiste en la combinación de los dos elementos: *paz y justicia*” (CARNELUTTI, 1943, p. 287).

¹⁰ Puede ocurrir que, ante la pretensión, el titular del interés opuesto se decida a su subordinación. En tal caso, la pretensión es bastante para determinar el desenvolvimiento pacífico del conflicto. Pero con frecuencia no sucede así. Entonces, a la *pretensión* del titular de uno de los intereses en conflicto se opone la *resistencia* del titular del otro (*infra*, núm. 124). Cuando esto ocurre, el conflicto de intereses se convierte en *litigio*. Llamo litigio *al conflicto de intereses calificado por la pretensión de uno de los interesados y por la resistencia del otro* (CARNELUTTI, 1943, p. 4).

pensar em uma sociedade pacificada sem a possibilidade de dedução (e resolução) das crises em juízo, por quem quer que seja, é negar o óbvio. O acesso a quem possa, de uma forma imperativa e definitiva, resolver tal crise que é a jurisdição.

Entretanto, antes desse acesso, importa pensar em formas e meios que as pretensões resistidas sejam solvidas antes de chegarem ao Judiciário. São as ditas formas alternativas de resolução de litígios. Àquelas demandas já aportadas e resolvidas, mas ainda não satisfeitas, faz-se necessário em pensar um meio de, auxiliando o Judiciário, vê-las resolvidas, adimplidas, cumpridas e, assim, finalizadas. Tudo isto, dentro das limitações do Estado e, portanto, no limite do possível.

Neste capítulo, pretende-se tratar, de forma breve, sobre cada um destes temas.

2.2 DA ALTERAÇÃO DA FORMA DE VER O PROCESSO (OU PARA ALÉM DOS INSTITUTOS DO DIREITO PROCESSUAL CIVIL CLÁSSICO)

Se for certo que, segundo FRANZ KLEIN, “o direito processual é um espelho da cultura da época”¹¹, não se pode dizer o mesmo quanto à evolução da perspectiva de sua análise, pois, em um mundo do homem egoísta, o mundo pós-moderno, preocupações tidas como solidárias existem, conforme será visto.

Afirma-se haver aparente antinomia entre a óptica do processo e a cultura em que se desenvolveu ou, melhor, que está a desenvolver-se, porquanto, inicialmente, visando a consolidar um *status* de autônomo, os processualistas buscaram estudar o Direito Processual de uma forma isolada dos demais ramos do direito e sob uma visão interna: seus institutos, suas relações endo instrumentais e suas características consideradas de forma teórica.

Dissecado o direito processual, seus institutos próprios e trazidas lume a sua autonomia, buscou-se um enfoque mais pragmático, uma forma de

¹¹ *Apud* CAPPELLETTI, Mauro. **Problemas de reforma do processo civil nas sociedades contemporâneas**. tradução de José Carlos Barbosa Moreira. *In* REpro 65, p. 129.

consecução de justiça por meio do direito. “*De facto*”, passa-se de um direito processual imanente a seus institutos para um transcendente a eles e preocupado com a realidade circundante¹².

A partir de então, o foco não é mais o processo, abstratamente, considerado, mas como algo jungido a um instrumento de justiça. Novos enfoques surgem, sob esta nova óptica: a necessidade de efetividade do processo como instrumento de justiça, de aproximação entre o detentor do direito substancial e o reconhecimento jurisdicional de tal situação.

Note-se que a preocupação, a partir de então, não se reduz aos institutos do direito processual. Ao revés, alarga-se para a *finalidade* deles, o que, outrora, com o conceitualismo¹³ próprio à fase autonomista do Direito processual e

¹² Nesse sentido, lapidar lição de Karl Larenz: “As normas jurídicas, tal como foi continuamente referido, não estão desligadas uma das outras, mas estão numa conexão multimoda uma com as outras. Assim, por exemplo, as regras de que se compõe o Direito da compra e venda, o Direito locatício e o Direito hipotecário são partes sintonizadas de uma regulamentação que subjazem determinados pontos de vista directivos. Por seu lado, tais regulamentações são regulamentações parciais de uma regulação mais ampla – por exemplo, do Direito dos contratos ou do Direito das garantias reais e ambas, por sua vez, do Direito privado. De acordo com isto, toda a interpretação de uma norma tem de tomar em consideração, como vimos, a cadeia de significado, o contexto e a sede sistemática da norma, a sua função no contexto da regulamentação em causa. Além disso, como vimos também, o ordenamento jurídico no seu conjunto, ou pelo menos grande parte dele, está subordinado a determinadas ideias jurídicas directivas, princípios ou pautas gerais de valoração, a alguns dos quais cabe hoje o escalão de Direito Constitucional. A sua função é justificar, subordinando-se à ideia de Direito, as decisões de valor que subjazem às normas, unificá-las, e, deste modo, excluir na medida do possível as contradições de valoração. São de grande préstimo para a interpretação, mas ainda mais, porém, para o desenvolvimento do Direito imanente à lei e do Direito transcendente à lei” (LARENZ, 2012, p. 621).

¹³ Os próprios e festejados Código de Processo Civil alemão (ZPO) e o Civil (BGB) embeberam-se nesse conceitualismo, conforme afirma Wassermann: “Nessa altura, vale a pena reproduzir o que diz Wassermann, no direito alemão contemporâneo, a respeito da influência do conceitualismo sobre o processo civil do Estado liberal clássico: “Característico para o enraizamento do Código de Processo Civil (ZPO) no pensamento liberal do Estado de Direito burguês foi, definitivamente, o nível de abstração, sobre o qual aquele se determinou. O conceitualismo e o nível de abstração que foram característicos do Direito civil da época transpassaram também ao CPC. É naturalmente correto apontar que, no CPC, a arte da legislação altamente formal - como aquela que formou posteriormente o Código Civil (BGB) - ainda não havia sido alcançada. Mas aqui não se trata disto. Decisivo é que a lógica analítica e formal, a qual apartou o CC de suas referências sociais, cunhou também o CPC. Toda criação jurídica deve ser abstrata; a pergunta, por conseguinte, não é o “que” se deve abstrair, mas sim “de que” se deve abstrair. *Aqui se encontra a realidade, a qual se pretende manter afastada. As circunstâncias da vida das partes, em princípio, não interessam, bem como o rol social, no qual o conjunto das relações sociais se forma. “Para o direito processual a parte somente é existente em seu rol processual. O postulado da justiça limita-se à igualdade de tratamento formal perante a lei. Raramente - por exemplo, em matérias ligadas à assistência judiciária gratuita a indigentes - é aberta uma ‘fresta’ neste sistema altamente formal, a qual estabelece ao menos uma parcial ligação com a realidade social”. [Wassermann, Rudolf. *Der soziale Zivilprozess*, Neuwied-Darmstadt: Luchterhand 1978, p. 45]” (MARINONI, Luiz Guilherme. Da teoria da relação jurídica processual ao processo civil do estado constitucional. *In*: SOUZA NETO; SARMENTO, 2007, p. 510).*

hermeticamente fechado à apreensão da realidade ao redor, fez com que se reduzisse, naquela época, essa visão, ora alargada.

A óptica passa a ser externa ou para fora dos institutos autônomos do processo. A preocupação centra-se, a partir de então, para garantir-se uma isonomia real e não, meramente, formal para as partes, dar acesso à jurisdição aos que não dispõem de meios para tanto, tornando o processo mais efetivo. Seja por meio de condensação de demandas (*'rectius'*, de pretensões dispersas em uma única demanda ou, ainda, do julgamento em bloco de diversas demandas) ou por alteração e simplificação do procedimento a dar rapidez à resolução da lide ou, ainda, por meio de criação de formas e meios alternativos de resolução de litígios.

A óptica, até então, em vigência, era a de ver o processo de dentro (*rectius*: para dentro) e, agora, passa-se a vê-lo de fora (*rectius*: para fora). Universalização do acesso à jurisdição, celeridade, capacidade de julgar inúmeros casos de só uma vez, fazendo irradiar os efeitos da decisão para inúmeras pessoas, sejam elas definidas ou não (exemplo deste último caso, os direitos difusos; naqueles, os individuais homogêneos), dentre outros assuntos, passam a ser constante nas discussões e no foco dos estudiosos. Não fosse esta visão externa (ou para fora) e não haveria falar-se nesta preocupação – a da efetividade da jurisdição – a que se prendem os estudos do direito processual na atualidade.

O direito processual caminha da simples carga léxica a um filtro de valores¹⁴ (axiológico), da bivalência ser ou não ser constitucional para uma leitura conforme a constituição, da reles subsunção de uma conduta *in concreto* ao texto da norma *in abstracto* para, além e acima dela, buscar a concretização¹⁵, por

¹⁴ “Ser sujeito à lei não significa ser preso ao rigor das palavras que os textos contêm, mas ao espírito do direito do seu tempo. Se o texto aparenta apontar para uma solução que não satisfaça ao seu sentimento de justiça, isso significa que provavelmente as palavras do texto ou foram mal empregadas pelo legislador, ou o próprio texto, segundo a *mens legislatoris*, discrepa dos valores aceitos pela nação no tempo presente. Na medida que o próprio ordenamento jurídico lhe ofereça [ao juiz] meios para uma interpretação sistemática satisfatória perante o seu senso de justiça, ao afastar-se das aparências verbais do texto e atender aos valores subjacentes à lei, ele [o juiz] estará fazendo cumprir o direito” (DINAMARCO, Cândido Rangel. A instrumentalidade do processo. São Paulo: Malheiros, 1993, p. 294, *apud* OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. Da constitucionalização do processo à procedimentalização da constituição: uma reflexão no marco da teoria discursiva do direito. *In*: SOUZA NETO, 2007, p. 543).

¹⁵ Nesse sentido: “Em se tratado de concretização de normas constitucionais, preconiza aquele jurista que haja, em presença dos elementos clássicos ou tradicionais distinguidos e apontados

meio de interpretação, da vontade da constituição que se plasma em todas as demais normas. Essa a evolução que se verifica e é em razão dela que o trato de conceitos, tal como o da efetividade, passa a ser, a partir de então e para fora dos institutos do processo, sistematicamente estudado.

Esta aparente antinomia entre as Eras – Moderna e pós-Moderna – e a evolução da visão do processo, a despeito de não ser o foco deste estudo, é extremamente interessante, na perspectiva de que, a despeito de grassar na atualidade o individualismo exacerbado ínsito ao homem pós-moderno, centra-se o foco de atenção do processo atual em elementos caros ao homem solidário: o aspecto social; a liberdade em poder, mesmo não tendo recursos necessários a tanto, para deduzir-se uma pretensão em juízo e vê-la, pela asseguaração de uma igualdade real, apreciada de forma equânime; a fraternidade, na acepção de “harmonia e união entre aqueles que vivem em proximidade ou que lutam pela mesma causa” (HOUAISS, 2009). É esta alteração de perspectiva de análise do direito processual que permite tratar da efetividade da jurisdição e é dela (e sob ela) que se pretende discorrer nesta dissertação de mestrado.

por Savigny, elementos adicionais a serem acrescentados, cabendo à nova metodologia completar a análise estrutural do processo de concretização mediante um modelo de estrutura, também de concretização, de maneira que disso tudo resulte uma “metódica estruturante” (BONAVIDES, 2013, p. 523).

3 DO ACESSO À JUSTIÇA

É inviável dissociar-se o acesso à justiça do conceito paradigmático eleito pela Constituição da República de 1988 – o do Estado Democrático de Direito, porquanto é ínsito a este paradigma (art. 1º¹⁶ da CF/88) a asseguaração daquele acesso.

E não se trata do simples acesso. Ao revés, para que se dê a efetiva asseguaração dele, necessário que seja o acesso *eficaz*, isto é, aquele em que, além de devidamente (e bem) assessorada, a parte, ainda que pobre no sentido legal, deve obter uma rápida solução da lide, *meta optata* esta que já vem positivada no Código de Processo Civil (CPC) de 1973, o que será visto adiante.

E é a própria Constituição Federal de 1988 (CF/88), vale registrar, que prevê dentre os valores e fundamentos da República Federativa do Brasil os da cidadania e da dignidade da pessoa humana (art. 1º, II e III), valores estes a cuja realização se faz necessário o acesso do cidadão à jurisdição, como meio de, imediatamente, resolver, debelar uma crise por meio da resolução de um litígio instaurado e, imediatamente, promover a paz social.

Note, de tal ordem foi o apreço do legislador constituinte originário quanto ao acesso à jurisdição, que cuidou ele em, dentre o rol dos “direitos e garantias fundamentais” constitucionais, relacionar o do art. 5º, LXXIV: “o Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos”.

Entrementes, o simples ato de o Estado deixar de cobrar as despesas processuais dos que não dispõem de recursos para adimpli-los não é o suficiente para dar efetivo acesso dos desvalidos à jurisdição, porquanto se sabe ser o advogado indispensável, muito além da “administração da justiça” (art. 2º da Lei 8.906/94 e art. 133¹⁷ da CF/88), à eficaz dedução e tutela de pretensões postas

¹⁶ Art. 1º. A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: [...]

¹⁷ Art. 133. O advogado é indispensável à administração da justiça, sendo inviolável por seus atos e manifestações no exercício da profissão, nos limites da lei.

em juízo.

É o advogado operante um dos vetores de aproximação da jurisdição ao bom direito substancial, de junção daquelas duas pontas (direito processual e substancial), a fim de que, encadeadas, se faça a Justiça por meio da Jurisdição. Afinal, não se pode garantir o “dar a cada um o que é de cada qual”¹⁸, sem que, juntos, o direito substancial e o processual concretizem-se aquele por meio deste.

Para tanto, veio aquela Carta Fundamental a tratar do meio à asseguuração e aparelhamento da defensoria pública, conforme se vê dos art. 21, XIII¹⁹, c/c art. 22, XVII²⁰ c/c 24, XIII²¹ c/c 48, IX²², c/c 61, alínea “d”²³, erigindo a defensoria como “instituição essencial à função jurisdicional do Estado, a quem incumbe a orientação jurídica e a defesa, em todos os graus, dos necessitados, na forma do artigo 5º, LXXIV”, por força do art. 134 da CF/88.

Assim, da conjunção desses dois fatores, a gratuidade de acesso e uma

¹⁸ Nesse sentido, a propecta e valiosa lição, citada por BARROSO, de “Ulpiano, Digesto 1.1.10.1: “*Honeste vivere, alterum non laedere, suum cuique tribuere*”.”BARROSO, Luís Roberto. **A nova interpretação constitucional**. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 28, nota 57.

¹⁹ Art. 21. Compete à União:

omissis

XIII - organizar e manter o Poder Judiciário, o Ministério Público do Distrito Federal e dos Territórios e a Defensoria Pública dos Territórios; (Redação dada ao inciso pela Emenda Constitucional nº 69, de 29.03.2012, DOU 30.03.2012, com efeitos após decorridos 120 (cento e vinte) dias de sua publicação oficial)

²⁰ Art. 22. Compete privativamente à União legislar sobre:

omissis

XVII - organização judiciária, do Ministério Público do Distrito Federal e dos Territórios e da Defensoria Pública dos Territórios, bem como organização administrativa destes; (Redação dada ao inciso pela Emenda Constitucional nº 69, de 29.03.2012, DOU 30.03.2012, com efeitos após decorridos 120 (cento e vinte) dias de sua publicação oficial)

²¹ Art. 24. Compete à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente sobre:

omissis

XIII - assistência jurídica e defensoria pública;

²² Art. 48. Cabe ao Congresso Nacional, com a sanção do Presidente da República, não exigida esta para o especificado nos artigos 49, 51 e 52, dispor sobre todas as matérias de competência da União, especialmente sobre:

Omissis

IX - organização administrativa, judiciária, do Ministério Público e da Defensoria Pública da União e dos Territórios e organização judiciária e do Ministério Público do Distrito Federal; (Redação dada ao inciso pela Emenda Constitucional nº 69, de 29.03.2012, DOU 30.03.2012, com efeitos após decorridos 120 (cento e vinte) dias de sua publicação oficial)

²³ Art. 61. A iniciativa das leis complementares e ordinárias cabe a qualquer membro ou Comissão da Câmara dos Deputados, do Senado Federal ou do Congresso Nacional, ao Presidente da República, ao Supremo Tribunal Federal, aos Tribunais Superiores, ao Procurador-Geral da República e aos cidadãos, na forma e nos casos previstos nesta Constituição.

Omissis

d) organização do Ministério Público e da Defensoria Pública da União, bem como normas gerais para a organização do Ministério Público e da Defensoria Pública dos Estados, do Distrito Federal e dos Territórios;

bem aparelhada defensoria pública – entenda-se bem aparelhada, no sentido de meios administrativos e, sobretudo, bem formados e dedicados defensores públicos – diz-se em acesso dos pobres à justiça, no sentido de que lhes seja o direito processual instrumento de asseguarção do quanto disposto no direito substancial. Aqui, fala-se em acesso substancial e não uma mera formalidade para assegurar uma reles obrigatoriedade de fazer-se a parte representada por advogado.

Se o constituinte originário optou por levantar, como paradigma, o Estado Democrático de Direito – e Democracia supõe cidadania e esta, participação efetiva (universalidade e igualdade substancial) – então, para a consecução daquele paradigma, é necessário estudar e garantir acesso eficiente dos desvalidos à jurisdição²⁴, o que será visto adiante.

3.1 O MOVIMENTO DE ACESSO UNIVERSAL À JUSTIÇA COMO UM NOVO ENFOQUE

O *movimento de acesso universal à Justiça*, conforme CAPPELLETTI (1994), surgiu como um novo enfoque à ciência jurídica, a fim de criar um contraponto ao *enfoque formalístico*, até então em vigência, que tinha a tendência de reduzir o direito ao sistema de normas criadas pelo Estado.

Aquele enfoque formalístico tinha um aspecto reducionista, ao entender o Direito como exclusivamente o conjunto de normas editadas pelo Estado, olvidando-se de elementos importantes da “realidade: “O direito e o sistema jurídico eram olhados exclusivamente em seu aspecto normativo, enquanto se negligenciavam seus componentes reais – sujeitos, instituições, processos e, mais genericamente, seu contexto social” (CAPPELLETTI, 1994, p. 121). Em

²⁴ “Se é verdade que democracia significa antes de tudo *participação*, e que o aspecto mais típico do fenômeno jurisdicional é o de um procedimento em que as partes têm o direito de participar no processo de formação do juízo, não se vê como possa ser considerada verdadeira jurisdição aquela em que a parte pobre fique privada das informações e da representação que são condições da respectiva participação. Um processo em que a parte fique na impossibilidade de participar efetivamente é um atentado contra aquilo que de mais essencial existe no processo jurisdicional” (CAPPELLETTI, Revista de Processo, **Rev. RePro**, n. 65, p. 130).

razão dessa negligência aos componentes reais foi que se afirmou, anteriormente, que a óptica do Direito processual, outrora interna, veio a tornar-se externa (ou para fora) também.

Necessário lembrar-se de que aquele *enfoque formalístico* surgiu, a partir de fins do século XVIII, com a revolução liberal burguesa que trouxe, como contribuição, “o ideal do Estado de Direito (*Rechtsstaat*), no qual a lei tem caráter geral e seu princípio básico é o de que todos são iguais perante a lei”²⁵, embora tenha sido essa igualdade meramente formal, pois, segundo ANATOLE FRANCE, “a justiça se faz para dar a cada um o que é seu: ao rico sua riqueza, ao pobre sua pobreza”.²⁶ E é à margem da proteção da jurisdição que os pobres, segundo HOBBSAWN (2004, p. 280), possuíam três possibilidades: “podiam lutar para se tornarem burgueses, poderiam permitir que fossem oprimidos ou então poderiam se rebelar”, o que em nada contribuía para o papel mediato do direito de pacificação social.

Ao contrário do que muito se ouve, no início da Era moderna não havia independência e harmonia entre os três poderes (Legislativo, Executivo e Judiciário). Naquela época, o Judiciário era apequenado e subserviente aos outros dois pelas amarras do princípio da legalidade como forma de impedir o retrocesso ao *ancien regime*.²⁷

Na Era moderna, no dito Estado Legislativo, bastava que a lei “declarasse” a igualdade para que se perfizesse satisfeita a condição de iguais entre todos

²⁵ CAPPELLETTI, Revista de Processo, **Rev. RePro**, n. 65, p. 129.

²⁶ *Apud* CAPPELLETTI, Revista de Processo, **Rev. RePro**, n. 65, p. 130, nota de rodapé 47.

²⁷ “A lei, que na época do Estado Legislativo valia em razão da autoridade que a proclamava, independentemente de sua correlação com os princípios de justiça, não existe mais. A lei, como é sabido, perdeu o seu posto de supremacia, e hoje é subordinada à Constituição. Agora é amarrada substancialmente aos direitos positivados na Constituição e, por isso, já constituiu *slogan* dizer que as leis devem estar em conformidade com os direitos fundamentais, contrariando o que antes acontecia, quando os direitos fundamentais dependiam da lei.

A assunção do Estado constitucional deu novo conteúdo ao princípio da legalidade. Esse princípio agregou o qualificativo “substancial” para evidenciar que exige a conformação da lei com a Constituição e, especialmente, com os direitos fundamentais. Não se pense, porém, que o princípio da legalidade simplesmente sofreu um desenvolvimento, trocando a lei pelas normas constitucionais, ou expressa uma mera “continuação” do princípio da legalidade formal, característico do Estado Legislativo. Na verdade, o princípio da legalidade substancial significa uma “transformação” que afeta as próprias concepções de direito e de jurisdição e, assim, representa uma quebra de paradigma (MARINONI, Luiz Guilherme. **Estudos de direito processual civil**: homenagem ao Professor Egas Dirceu Moniz de Aragão. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

(formal), o que cedeu lugar, na Era pós-moderna, na qual, muito além de uma mera declaração, se busca uma asseguaração (real) de igualdade substancial. Um caminho que perpassa o direito posto (positivação) e chega ao direito assegurado (efetividade).

A crítica feita àquele enfoque, nos séculos que se seguiram, centrou-se justamente no aspecto que a asseguaração da igualdade era meramente formal²⁸. O Direito não se preocupava com o acesso à jurisdição e, tampouco, com a igualdade material entre as partes.

A resposta a isto vem com a inclusão de uma dimensão social ao Estado de Direito, passando de um Estado de Direito (*Rechtsstaat*) para um Estado Social de Direito (*sozialerRechtsstaat*), dimensão esta que busca, muito antes de anular a contribuição trazida pela revolução liberal das ditas liberdades tradicionais, complementá-la para tornar a igualdade *material* e para dar acesso a todos à jurisdição²⁹ ou, conforme atualmente se diz, acesso à “*ordem jurídica justa*” (ARAUJO CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, 2013a, p. 41).³⁰

Esse movimento de acesso universal trouxe importantes colaborações, tanto à ciência jurídica como da reforma legislativa, em muitas partes do mundo, conforme noticia CAPPELLETTI (1994, p. 121). Este movimento continua a trazer, até hoje, inovações às normas, inclusive constitucionais, conforme é exemplo

²⁸ “O ideal de igualdade perante a lei foi a grande e revolucionária inovação da revolução “burguesa” que tão profundamente modificou os sistemas de governo do Ocidente desde o fim do século XVIII. Até aquela época, as sociedades civis dividiam-se em estratos sociais, e a cada um deles correspondia uma ordem jurídica diferente, e até tribunais diferentes. O que emergia da revolução liberal-burguesa foi o ideal do Estado de Direito (*Rechtsstaat*), onde a lei tem caráter geral e o princípio básico é o de que *todos são iguais perante a lei*. No entanto, como já se mencionou, a principal crítica feita a esse ideal liberal durante os séculos XIX e XX foi a de que a “igualdade” assim atingida era mais frequentemente uma fachada que uma realidade, era uma derrisão em face daqueles a quem se poderia aplicar a frase caústica segundo a qual eram todos “livres de dormir debaixo das pontes”. Foi justamente a mais alta Corte deste país [Inglaterra] que, nos anos 30, declarou que “a pobreza é uma desgraça pela qual o direito nenhuma responsabilidade pode assumir” (CAPPELLETTI, *Revista Forense* n. 326, 1994, p. 129-130).

²⁹ Segundo Cappelletti: “Contudo, surgiu igualmente outra resposta crítica da “revolução liberal”. Ela não consiste no repúdio das “liberdades tradicionais”, mas antes na *complementação* destas pelos novos “direitos sociais”, que visam precisamente a fazer acessíveis a todos aquelas liberdades, tornando a pobreza relevante, sim, para o direito. A filosofia do acesso à Justiça reflete exatamente essa resposta, isto é, a tentativa de adicionar uma dimensão “social” ao Estado de Direito, de passar do *Rechtsstaat* ao *sozialerRechtsstaat*, consoante proclamam as mais avançadas Constituições europeias, inclusive a francesa, a alemã e, mais recentemente, a espanhola; na verdade, consoante proclamam também declarações de direitos transnacionais, como a Convenção Européia dos Direitos do Homem, interpretada pela Corte Estrasburgo” (CAPPELLETTI, *Revista Forense* n. 326, 1994, p. 130).

³⁰ Nesse mesmo sentido, acham-se afirmações desta na obra de Kazuo Watanabe (1997).

claro, a alteração da redação do art. 111 da Constituição Italiana, em cujo texto incluiu-se, como norma de efetividade, a garantia de asseguuração pela lei da “*ragionevole durata*” do processo, conforme explica CHIARLONE.³¹

De facto, pretender que se reduza a uma unívoca interpretação aquilo (o Direito ou, conforme sustentava o enfoque formalístico, o conjunto de normas) que, em sua acepção literal, já é vária, é negar o óbvio. Diz-se vário, pois se nem os dicionários são capazes de revelar significados léxicos idênticos às mesmas palavras, tampouco os intérpretes hão de fazê-lo, eis que, além da palavra, lidam com o seu contexto sistêmico e, mais do que ele, a vontade do legislador ou, nos precisos termos de RONALDO CUNHA CAMPOS (1988, p. 37), “interpretação teleológica aquela que nos leva à aplicação da lei, atendendo à utilidade social e não à vontade do legislador”.

Nesse ponto, CAPPELLETTI afirma que o movimento do acesso à Justiça tende a retratar mais fielmente a feição complexa da sociedade humana:

O movimento de acesso à Justiça, como enfoque teórico, embora certamente enraizado na crítica realística do formalismo e da dogmática jurídica, tende a uma visão mais fiel à feição complexa da sociedade humana. A componente normativa do direito não é negada, mas encarada como *um* elemento, e com grande frequência não é principal, do direito. O elemento primário é o *povo, com todos os seus traços culturais, econômicos e psicológicos*. Ademais, nessa visão realística, adquirem relevo as instituições e processos. O resultado do enfoque do acesso à Justiça é uma concepção “contextual” do direito (CAPPELLETTI, 1994, p. 121).

Dessa forma, o direito deixa de ter uma concepção unidimensional (“o direito e a ciência jurídica se limitam à declaração das normas” (CAPPELLETTI, 1994, p. 121) para tomar uma tridimensional:

[...] uma primeira dimensão reflete o problema, necessidade ou exigência social que induz à criação de um instituto jurídico; a segunda dimensão reflete a *resposta ou solução jurídica*, por sinal uma resposta que, além das normas, inclui as instituições e processos destinados a tratar daquela necessidade, problema ou exigência social; enfim, uma terceira dimensão que encara os *resultados* ou o *impacto* dessa resposta jurídica sobre a necessidade, problema da exigência social. O papel da ciência

³¹ Nesse sentido, cita-se: “1. Modifiche dll’art. 111:

1. *La giurisdizione si attua mediante il giusto processo regolato dalla leggi;*

2. *Ogni processo si svolge ne contraddittorio tra le parti, in condizioni di parità, davanti a giudice terzo e imparziale. La legge ne assicura la ragionevole durata*” (CHIARLONE, **REPRO** n. 152, 2007, p. 88).

jurídica, aliás, o papel dos operadores do direito em geral, torna-se assim mais complexo, porém gradualmente muito mais fascinante e realístico. Para exemplificar, ele não se cinge a descrever as normas, formas e procedimentos aplicáveis aos atos de instauração de um processo judicial ou de interposição de um recurso deve também levar em consideração os *custos* a suportar, o *tempo necessário*, as *dificuldades* (inclusive as psicológicas) a superar, os *benefícios* a obter etc. (CAPPELLETTI, 1994, p. 121-122).

O direito processual deixa de ser visto sob a perspectiva (hermética) de seus teóricos e passa a ser olhado sob a perspectiva e com o foco do que deles dependem: os usuários³². Usuários de um serviço público que, segundo ARAKEN DE ASSIS³³, a Justiça é e em razão do que há de ser prestado: além de sob todos os princípios que informam a Administração Pública, com eficiência, a que se fazem necessários os conceitos aqui tratados.

Em se tratando o foco em investigação, o processo civil aponta, segundo CAPPELLETTI (1994, p. 121-122), que são três os obstáculos ou ondas a serem vencidas: a primeira (de ordem econômica), a segunda de caráter institucional e, “o terceiro obstáculo, mais diretamente relacionado com os métodos alternativos de solução de conflitos, em sentido técnico. Isso é o que proponho denominar de *processual*, porque significa que, em certas áreas, são inadequados os tipos ordinários de procedimento” (CAPPELLETTI, 1994, p. 121).

³² Nesse sentido, CAPPELLETTI: “na concepção de acesso, a atenção estende-se a uma visão a que costumo chamar “tridimensional” do direito – na qual este já não é visto apenas na perspectiva de seus produtores e dos produtos destes: as normas gerais e especiais; mas também, e principalmente, na perspectiva de “consumidores” do direito e da justiça, em suma, dos usuários. Visão “tridimensional”, porque toma antes de tudo, como ponto de partida; (a) a *necessidade* ou o *problema* social que exige uma resposta no plano jurídico; em segundo lugar; (b) examina tal *resposta*, que naturalmente pode ser de natureza *normativa*, mas o exame do jurista deve sempre estender-se também às *instituições* e aos *procedimentos* responsáveis pela atuação de tal resposta; e, finalmente; (c) preocupa-se em analisar o *impacto* dessa resposta jurídica sobre a necessidade ou o problema social, e portanto lhe pesa a *eficácia*.” (CAPPELLETTI, **Revista de Processo (RePro)** n. 65, p. 130).

³³ “Na realidade, o problema da demora da Justiça - Pública atinge a todos os países. Não é algo geograficamente confinado a um país em particular. Enfrentá-lo representa tarefa difícil e exige o abandono de alguns preconceitos arraigados. A justiça é um serviço público. É de semelhante serviço público - um dos tantos serviços que o Estado contemporâneo não consegue prestar com eficiência - que se reclamam brevidade e eficiência. Segue-se que a justiça governar-se-á pelos princípios gerais dos serviços públicos. E um deles é que todo serviço público há de ser prestado de forma contínua e permanente” (ASSIS, Araken de. Duração razoável do processo e reformas da lei processual civil. **Revista Jurídica**: [Porto Alegre], Porto Alegre (RS), v. 56, n. 372, p. 11-28, out. 2008. In FUX; NERY JÚNIOR; WAMBIER, 2006, p. 199).

3.1.1 A assistência judiciária para os pobres ou a garantia do acesso eficaz

A primeira das ondas do citado autor a ser vencida é a do acesso em si. Não do mero acesso do jurisdicionado à jurisdição, mas de um acesso aparelhado, isto é, hábil e em igualdade de condições da parte contrária (paridade de armas) para deduzir ou defender uma pretensão.

Percebe-se que, em alguns países de tradição democrática, a preocupação em assegurar o acesso dos pobres à jurisdição é, se comparada a longa data em que celebrada ali a democracia, recentíssima³⁴. O primeiro impulso de criação de uma forma de remuneração pelo Estado a advogados que pudessem tutelar os direitos dos pobres teve início na Alemanha entre 1919 e 1923 e, depois, na Inglaterra em 1949. Após isto, somente em 1965, criou-se algo assemelhado nos Estados Unidos (*“Office of Economic Opportunity”*) e, diante da consciência social novamente despertada na década de 1960 do século passado, a década de 1970 daquele século foi pródiga em instituir modelos de assistência judiciária aos pobres (CAPPELLETTI, 1994, p. 121).

Ditos modelos de assistência podem, em síntese, dividir-se em: advogados escolhidos e contratados por “todas as pessoas que se enquadrem nos termos da lei” (CAPPELLETTI; GARTH, 1988, p. 35), (o chamado Sistema Judicare³⁵, em uso na década de 1970, do século passado em diversos países da Europa continental, tais como Áustria, Holanda, França e, naquela época, na porção ocidental da Alemanha), por meio do qual, ao invés de os honorários serem adimplidos pelo cliente, eram-no pelo Estado; por advogados remunerados pelos cofres públicos e por sistemas mistos.

A grande crítica àquele primeiro sistema por CAPPELLETTI e GARTH (1988, p. 35) é o de que, muitas vezes, aqueles que dele mais precisam, em geral, os pobres, não possuem capacidade crítica para, diante de uma lesão verificada, identificá-la e não contemplando o sistema uma consultoria a tal público, boa parte das lesões ficaram ao largo de apreciação e submissão aos advogados que, do sistema, fazem parte e do Judiciário. Há, ainda, os modelos

³⁴ Nesse sentido, veja CAPPELLETTI; GARTH, Bryant, 1988, p. 32-35.

³⁵ Ibidem, op. cit., p. 35-39.

em que o Estado contrata o advogado e o remunera para tal tipo de serviço. E, por fim, os modelos mistos em que, tanto há advogados contratados pelas partes pobres e remunerados pelo Estado, como advogados contratados e remunerados pelo Estado para dar assistência aos pobres.

Há, ainda, os modelos em que o Estado contrata o advogado e o remunera para tal tipo de serviço.

E, por fim, os modelos mistos em que tanto há advogados contratados pelas partes pobres e remunerados pelo Estado como advogados contratados e remunerados pelo Estado para dar assistência aos pobres.

No Brasil, há organizadas as Defensorias Públicas da União (DPU) e dos estados e, conforme Lei de Assistência Judiciária³⁶ (LAJ), recepcionada pela CF/88, sendo assegurado àquele que se declarar pobre, no sentido legal, a isenção das custas (*rectius*: despesas processuais), estando carente de regulamentação a consultoria jurídica aos desvalidos³⁷.

E, para aqueles Estados em que não há a defensoria organizada, o Supremo Tribunal Federal já apreciou o assunto.

Com efeito, de tal importância é a matéria que, por meio do paradigmático julgamento do Agravo de Instrumento de n. 598.212/PR pelo Supremo Tribunal Federal (STF), por meio de cujo pronunciamento jurisdicional se determinou ao Estado do Paraná a cumprir “a obrigação de ‘implantar e estruturar a Defensoria Pública do Estado do Paraná, no prazo de 06 (seis) meses, sob pena de cominação de multa diária de R\$1.000,00 (um mil reais), valor que será destinado ao Fundo de Defesa dos Direitos Difusos, na forma do artigo 13 da Lei n.

³⁶ Lei 1.060/1950.

³⁷ Nesse sentido: “Mais ampla do que a assistência judiciária, a assistência jurídica consiste na consultoria, auxílio extrajudicial e assistência judiciária. A assistência jurídica deverá ser prestada pela defensoria pública, criada e organizada na forma da lei. Parte da assistência jurídica (a judiciária), se encontra regulada pela LAJ, que foi recepcionada pela nova ordem constitucional. A assistência extrajudicial ainda não está regulamentada pela lei. A comprovação da insuficiência de recursos pode ser feita com a simples declaração, neste sentido, daquele que pretende o benefício. O acesso à justiça por aqueles que não têm condições de suportar os custos da ação judicial, é garantido pelo texto constitucional que dá operatividade ao direito constitucional de ação (NERY JÚNIOR, 2009, p. 198).

7.347/85”³⁸.

Nesse sentido, BASTOS e MARTINS³⁹ destacam a importância da CF/88 na institucionalização da carreira de defensor público operacionalizada pelo art. 5º, LXXIV.

O ponto de maior relevância ao estudo de efetividade do processo não se cinge, no que toca à questão da assistência judiciária, ao seu aspecto formal (haver ou não quem tutele as pretensões dos que não podem arcar com honorários e, em geral, com as despesas processuais), mas o aspecto material: dar aos assistidos serviço de assistência (consultiva e contenciosa) jurídica de qualidade, de forma a assegurar-lhes a consecução da igualdade material (paridade de armas), por meio de profissionais hábeis e de uma estrutura capaz de proporcionar tanto.

Necessário o registro de que, além da dedução e da defesa de demandas, dita assistência há de estender-se à consultoria, pois, diante da ignorância, muitos desvalidos deixam de deduzir pretensões consistentes por total falta de conhecimento ou, ainda, deduzem demandas sem consistência, desassistidos por profissionais hábeis, por total desconhecimento. Tanto num como noutro caso, entende-se frustrado o acesso universal à jurisdição, na medida em que há (ou é desejoso que haja) uma ineludível aproximação entre direito substancial e o direito processual.

³⁸ Nesse sentido, veja a íntegra do acórdão relatado pelo Min. Celso de Mello e transcrito no Informativo de n. 711, 17 a 21 de junho de 2013, do STF, em que, por diversas passagens S. Ex.a faz alusão ao acesso à justiça e a necessária concretização de tal direito.

³⁹ “A atual Constituição introduz um avanço substancial na matéria, na medida em que institucionaliza no âmbito da própria Lei Maior a assistência judiciária. É certo que o dever de prestá-la já vem consagrado desde a Constituição de 1946. O que se verificou contudo foi que, mercê da omissão quanto aos meios de propiciá-la, os Estados- Membros tomaram posições diversas sobre o assunto, encampando soluções que iam desde a criação de um órgão específico para prestação desse serviço até o credenciamento de advogados especiais.

A verdade é que, salvo alguns pontos do País e sem embargo de reconhecer-se a dedicação e a abnegação de outros profissionais com militância nessa área, globalmente considerada, a situação mostrou-se sempre insatisfatória. É de supor que, com a institucionalização da carreira do defensor público, levada a efeito pelos arts. 5º, LXXIV. E 134 a assistência venha a se tornar plena e operante (BASTOS; MARTINS, 2001, p. 290).

3.1.2 A segunda onda: representação dos interesses meta individuais

O objeto da jurisdição não pode ser visto, pontual e isoladamente, como sendo a exclusiva resolução de um assunto próprio e único circunscrito entre duas partes bem definidas ou cuja prestação jurisdicional possa aproveitar a uma única parte.

Muito mais e muito além do que isto, pode pensar em, de uma só vez, resolver uma pretensão de determinadas pessoas ligadas por um liame comum ao fato tido por ilícito⁴⁰ ou a uma indeterminação de pessoas que, ligadas por uma circunstância de fato, possuam direitos ou interesses difusos⁴¹ ou aqueles direitos ou interesses coletivos que, a despeito de indivisíveis entre si, circunscrevem-se a pessoas, ligadas entre si ou com a parte contrária, por uma “relação jurídica-base”.⁴²

Estes são os ditos direitos ou interesses difusos, coletivos, bem ainda os individuais homogêneos que podem, por meio de uma representação de um ente (Ministério Público, Associações, Sindicatos, etc.), ser meta-individualmente tutelados e que fazem parte daquilo a que CAPPELLETTI (1988) afirmou como a segunda onda de acesso à justiça.

E é desta preocupação que se centra a segunda onda de acesso.

A sociedade atual é conhecida como uma sociedade de *massa*, em que tudo se faz à profusão: consome-se em massa, contrata-se em massa, vende-se em massa e, natural disto, litiga-se em massa⁴³.

⁴⁰ Direito individual homogêneo, cuja definição legal acha-se no art. 81, III do CDC: “assim entendidos os decorrentes de origem comum”;

⁴¹ Nesse sentido, cite-se a definição dada ao direito ou interesse difuso pelo art. 81, I do CDC: I - interesses ou direitos difusos, assim entendidos, para efeitos deste Código, os transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato;

⁴² Nesse sentido, cite-se a definição dada pelo CDC – art. 81, II, aos direitos ou interesses coletivos: interesses ou direitos coletivos, assim entendidos, para efeitos deste Código, os transindividuais de natureza indivisível de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica-base;

⁴³ Nesse sentido, Barbosa Moreira: “Realmente, as características da vida contemporânea produzem a emersão de uma série de situações em que, longe de achar-se em jogo o direito ou o interesse de uma única pessoa, ou de algumas pessoas individualmente consideradas, o que sobreleva, o que assume proporções mais imponentes, é precisamente o fato que se formam conflitos nos quais grandes massas estão envolvidas, e um dos aspectos pelos quais o processo

A questão, de raiz romana, de que a titularidade do direito prendia-se exclusivamente à pessoa (presente no art. 6º do atual CPC) vem dando espaço ao conceito dos “povos bárbaros” de que a tomada de decisão leva em consideração a representatividade e a opinião de todos e, em razão disto, açambarca toda uma coletividade.

A legislação pátria – atenta a essa tendência de, utilizando-se de uma expressão de Watanabe⁴⁴, “proteção jurisdicional molecular”, por meio de demandas coletivas – está na vanguarda das legislações mundiais sobre o assunto.

Inicialmente, com a lei de n. 7.347, de 24/07/1985, mais conhecida como Lei de Ação Civil Pública (LACP), e, em seguida, com a Constituição da República de 1988 que trouxe importantes garantias à coletivização de demandas quando, dentre outros dispositivos, assegurou como direito fundamental aquele de representação das associações para seus associados (art. 5º, XX⁴⁵), a possibilidade de impetração de Mandado de Segurança coletivo (art. 5º, LXX⁴⁶), a legitimação dos Sindicatos para “defesa dos direitos e interesses coletivos ou individuais da categoria” (art. 8º, III da CF/88), entre outros.

Há quem afirme ser a Constituição Federal, dentre todas as constituições, a que mais tratou sobre os direitos e interesses coletivos.

Assim, o direito brasileiro está na vanguarda da proteção coletiva de direitos e interesses, não havendo (ao menos, no plano constitucional e de tal forma minudente) tanta preocupação em prever a tutela jurisdicional coletiva na Constituição, como feito no Brasil, conforme noticia BARBOSA MOREIRA (1988, p.

recebe o impacto desta propensão do mundo contemporâneo para os fenômenos de massa: produção de massa, distribuição de massa, cultura de massa, comunicação de massa, e por que não, processo de massa?” (BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Ações coletivas na Constituição Federal de 1988. *In*: MILARÉ, 2010, p. 363).

⁴⁴ “mesmo sem organização, os interesses ou direitos ‘coletivos’, pelo fato de serem de natureza indivisível, apresentam identidade tal que, independente de sua harmonização formal ou amalgamação pela reunião de seus titulares em torno de uma entidade representativa, passam a formar uma só unidade, tornando-se perfeitamente viável, e mesmo desejável, a sua proteção jurisdicional molecular” (WATANABE, 1997, p. 824).

⁴⁵ XXI - as entidades associativas, quando expressamente autorizadas, têm legitimidade para representar seus filiados judicial ou extrajudicialmente;

⁴⁶ LV - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes;

372)⁴⁷.

3.1.2.1 Direitos ou interesses difusos

Os direitos ou interesses difusos “caracterizam-se por pertencerem a pessoas indeterminadas, ligadas por circunstâncias apenas de fato, apresentando-se como de natureza transindividual e indivisível (CARNEIRO, 2001, p. 5).”

Quanto ao conceito de indivisibilidade, cite-se CAIO MÁRIO DA SILVA PEREIRA (2007, p. 79), para quem “em verdade, o que é divisível ou indivisível não é a obrigação, mas a prestação, como se verifica da leitura do art. 258, do Código Civil de 2002. Por metonímia, contudo, fala-se em divisibilidade ou indivisibilidade da obrigação” e, no que ensina ORLANDO GOMES (2008, p. 96): no “conceito de obrigação indivisível devem estar compreendidas as prestações que tenham por objeto uma coisa ou um fato, insuscetível de divisão por sua natureza ou pelo modo considerado pelas partes contratantes”, com o que se coaduna a opinião de MARIA HELENA DINIZ (1997, p. 45):

[...] a obrigação indivisível é aquela cuja prestação só pode ser cumprida por inteiro, não comportando sua cisão em várias obrigações parceladas distintas, pois, uma vez cumprida parcialmente a prestação, o credor não obtém a que não representa a parte exata da que resultaria do adimplemento integral”.⁴⁸

Exemplos de tais direitos são, conforme ensina ATHOS GUSMÃO CARNEIRO

⁴⁷ “Creio que o direito brasileiro hoje está mais bem equipado que qualquer outro que eu conheça em matéria de ações coletivas. É um direito extremamente rico em remédios desse tipo. E o que é mais interessante é que já agora essa riqueza está incorporada à Constituição. É notável o fato, porque não é em todos os setores que se pode dizer que o Brasil está particularmente rico em confronto com as outras nações mundiais, aí de nós; em ações coletivas estamos muito bem, pelo menos quantos aos textos. [omissis...] Em regra, as Constituições dos outros países não se preocupam em prever com tanta riqueza de pormenores essa possibilidade da tutela jurisdicional coletiva; causa mesmo admiração a juristas estrangeiros essa característica da nossa atual Constituição” (BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Ações coletivas na Constituição Federal de 1988. *In*: MILARE, 2010, p. 372).

⁴⁸ No mesmo sentido, cite-se, ainda: CARLOS ROBERTO GONÇALVES: “A atualidade predomina o entendimento, em doutrina, de que, para a divisibilidade ou indivisibilidade da obrigação são decisivas em primeiro lugar a natureza da obrigação, em segundo lugar a vontade das partes e, finalmente, a determinação da lei” (GONÇALVES, 2013, p. 116) e, ainda, Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho: “As obrigações divisíveis são aquelas que admitem o cumprimento fracionado ou parcial da prestação; as indivisíveis, por sua vez, só podem ser cumpridas por inteiro” (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2013, p. 125).

(2001, p. 5),

[...] as vítimas da propaganda enganosa de um determinado produto ou serviço ou do fornecimento por atacado de remédios falsificados ou alimentos em más condições: quando não é possível determinar quais e quantas as pessoas efetiva ou potencialmente são prejudicadas, e a manutenção da prática danosa a todos em tese prejudica, e sua suspensão a todos e a cada um irá favorecer. Caso "talibãs" brasileiros resolvessem danificar bens do patrimônio histórico ou locais de notável paisagismo, ofendida estaria a coletividade e justificável, na defesa de tais interesses difusos comuns e indivisíveis, a via da ACP.

Diante de tais casos, é impraticável identificar quais os bens jurídicos, um a um, lesados, em razão do que a via da ação coletiva deve ser intentada para poder obter a tutela de tais direitos difusos, sendo necessário o registro de que a prestação jurisdicional, nestes casos, será *erga omnes*, observada a ressalva contida no art. 103, I⁴⁹ da lei n. 8.087, de 11/09/1990 (lei esta que é, comumente, conhecida como o Código de Direito do Consumidor – CDC).

3.1.2.2 Direitos ou interesses coletivos

Aqui, a despeito da semelhança com a indivisibilidade dos direitos difusos, as pessoas são identificáveis e ligadas, entre si ou com a parte contrária, por um liame comum, seja ele associativo, sindical ou de outra natureza, conforme ATHOS GUSMÃO CARNEIRO (2001).⁵⁰

⁴⁹ Art. 103. Nas ações coletivas de que trata este Código, a sentença fará coisa julgada: I - *erga omnes*, exceto se o pedido for julgado improcedente por insuficiência de provas, hipótese em que qualquer legitimado poderá intentar outra ação, com idêntico fundamento, valendo-se de nova prova, na hipótese do inciso I, do parágrafo único, do artigo 81.

⁵⁰ Todavia, em se tratando de interesses e direitos coletivos, apresentou-se delimitada e restrita a abrangência subjetiva da tutela, limitada às pessoas integrantes de uma determinada categoria, grupo ou classe, exigindo-se estejam ligados entre si, ou com a parte contrária, por uma relação jurídica básica. Relação jurídica, não apenas circunstâncias de fato.

As pessoas integrantes do grupo podem apresentar-se indeterminadas de início, mas são determináveis: membros de uma associação de classe ou sindicato, ligados entre si pelo vínculo associativo; ou o corpo discente de uma escola, os prestamistas de um mesmo sistema habitacional, os integrantes de um sistema complementar de saúde, etc., vinculados todos a um mesmo contratante, ou a determinado gênero de contratantes.

Permanece o pressuposto de cuidar-se de interesse ou direito transindividual e indivisível: o atendimento às pretensões de um aluno, de um prestamista, de um associado, somente poderá legitimamente fazer-se no âmbito de idêntico atendimento ao direito ou interesse de todos os integrantes do grupo que estejam em idêntica situação jurídica.

Nestas ações coletivas, a sentença fará coisa julgada ultra partes, favorecendo, também, as pessoas pertencentes ao grupo, mas não integradas, v.g., à associação autora da ação coletiva. O

Aqui, a coisa julgada se faz “*ultra partes*, favorecendo, também, as pessoas pertencentes ao grupo, mas não integradas, v.g., à associação autora da ação coletiva” (CARNEIRO, 2001, p. 5).

3.1.2.3 Direitos ou interesses individuais homogêneos

Ao contrário dos dois direitos precedentes, os direitos individuais homogêneos são divisíveis, daí o porquê se fala em “individuais”, em razão do que podem, por cada um de seus titulares de forma isolada e por eles mesmos, ser tutelados de forma específica e individual.

O primeiro aspecto de dúvida que emerge de tais direitos é o de que se tem o Ministério Público (MP) legitimação ou não para tutelá-los, de cuja indagação parece emergir como necessário a tanto se tratar de direitos indisponíveis, pois, nos outros casos, conforme portentosa corrente doutrinária⁵¹, não teria o *parquet* legitimidade para tanto, com o que se coaduna o papel claro e ele definido pelo art. 127 da CF/88: “a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais *indisponíveis*”.

E a dúvida, diante da leitura do art. 129, III⁵² da CF/88, parece esvaír, pois não há no dispositivo citado qualquer referência a interesses e direitos individuais.

MP continua sendo, quando menos na prática brasileira, o autor por excelência de tais demandas coletivas.

⁵¹ Nesse sentido: IVES GANDRA DA SILVA MARTINS: “Ora, quem tem a faculdade de dispor de um seu direito é seu único titular, não podendo ser substituído por ninguém contra sua vontade, contra sua autorização, contra sua deliberação. O MP não pode dispor de direito individual de um cidadão, sem que este o autorize, razão pela qual não lhe outorgou a CF competência para proteção dos direitos individuais se não aqueles que são indisponíveis e, assim mesmo, por outro veículo processual que não o veículo da ACP” (*in* RT 707/19-32, *apud* CARNEIRO, 2001, p. 5); Kazuo Watanabe: “em linha de princípio, somente os interesses individuais indisponíveis estão sob a proteção do *parquet*” (**Código Brasileiro de Defesa do Consumidor**. 2. ed., Forense Universitária, 1992, p. 511), *apud* CARNEIRO, 2001, p. 5; e Hugo Mazzilli: “Para Hugo Mazzilli, a pergunta sobre se o MP estaria legitimado a defender em Juízo qualquer interesse coletivo em sentido lato, a assumir a tutela de quaisquer interesses individuais homogêneos, encontrará resposta dependente do caso concreto; em última análise, dependerá da averiguação sobre se a solução da lide apresenta interesse relevante à coletividade como um todo” (MAZZILI, Hugo. A defesa dos interesses difusos em juízo. São Paulo: RT, 1992, p. 87, *Apud* CARNEIRO, 2001, p. 5).

⁵² III - promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos;

“*De facto*”, a redação dada ao art. 25, IV⁵³ da Lei Orgânica Nacional do Ministério Público (LONMG), isto é, a Lei 8.625, de 12.02.1993) – e, portanto, posterior ao CDC – deixa clara a circunscrição do papel do MP para a tutela dos direitos individuais homogêneos em que haja o caráter de indisponibilidade e, ainda assim, “em casos excepcionais, devidamente justificados e demonstrados, em que a eventual lesão a um conjunto de direitos individuais possa ser qualificada, à luz dos valores jurídicos estabelecidos, como lesão a interesses relevantes da comunidade, ter-se-ia presente hipótese de 'lesão a interesse social', para cuja defesa está o MP legitimado pelo art. 127 da CF”, conforme TEORI ZAVASCKI⁵⁴.

“Também nestas hipóteses”, complementa ZAVASCKI⁵⁵,

[...] cuja configuração estará evidentemente sujeita ao crivo do Poder Judiciário, a atuação do MP, necessariamente, em forma de substituição processual autônoma, limitar-se-á à obtenção dos 'provimentos genéricos' indispensáveis à restauração dos valores sociais comprometidos, 'sendo-lhe vedado deduzir pretensões que signifiquem, simplesmente, tutela de interesses particulares, ainda que homogêneos ou de grupo' (**REVISTA DA ASSOCIAÇÃO DOS JUÍZES FEDERAIS DO BRASIL**, 48/7).

Todavia, no que toca para os outros entes (v.g., os sindicais e associativos), a legitimação para a propositura de demandas que visem à tutela desses direitos individuais homogêneos, a fim de assegurar na prática a efetividade e um acesso mais amplo à jurisdição de um determinado grupo, deve alargar-se.

Desejoso, ainda, que a representação do individual (via de regra e quando sozinho se trata de um “litigante acidental”⁵⁶) se faça por quem habituado a demandar e ser demandado e que, além de amalhada experiência, possua

⁵³ Art. 25.

[...]

IV - promover o inquérito civil e a ação civil pública, na forma da lei:

a) para a proteção, prevenção e reparação dos danos causados ao meio ambiente, ao consumidor, aos bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico, e a outros interesses difusos, coletivos e individuais **indisponíveis** e homogêneos [...]" (grifou-se).

⁵⁴ ZAVASCKI, Teori. Revista da Associação dos Juizes Federais do Brasil, 48/7, *apud* CARNEIRO, **Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil**, 2001, p. 5, *In* Juris Síntese DVD, Setembro/Outubro de 2013.

⁵⁵ Op. cit, loc. Cit..

⁵⁶ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Ações coletivas na constituição federal de 1988. *In*: MILARÉ, 2010, p. 372.

corpo de representação e capacidade técnica mais apurada, de cujas características se vestem os entres representativos (ou de que deveriam dotar-se), uma vez que as pessoas em face de quem irão pleitear a jurisdição são, no mais das vezes, pessoas que estão habituadas ao litígio e, em razão disto, trata-se de “litigantes habituais”⁵⁷, em geral, grandes empresas ou pessoas jurídicas de direito público.

3.1.3 A terceira onda: os métodos alternativos de resolução de litígios (ADR)⁵⁸ e o enfoque de acesso à justiça

A efetividade, conforme já visto, há de possuir um enfoque propositivo, na medida em que, além do estudo dos institutos próprios e que legitimam a autonomia do direito processual, se faz necessário buscar caminhos de resolução de litígios de uma forma que eles não se aportem ao Judiciário e, ainda entre aqueles que até ali cheguem, busque resolvê-los de uma forma mais efetiva e efetividade implica em eficiência e eficiência é gerar o melhor resultado no menor curso de tempo.

Aqui, talvez dentre as três ondas, seja esta aquela onde melhor se enquadre este estudo em que se propõe, após uma visão crítica dos procedimentos de duplo conhecimento, algo que os faça mais racionais e, portanto, mais eficientes e, desta forma, mais efetiva a prestação jurisdicional neles havida.

Segundo BARBOSA MOREIRA (2004),

[...] a lentidão processual explica sem dúvida a preferência de inúmeros litigantes por vias extrajudiciais, e aí está o motivo pelo qual o fenômeno da Alternative Dispute Resolution (ADR), na sigla usual) encontrou nos Estados Unidos o solo de sua máxima florescência.

⁵⁷ Nesse mesmo sentido, veja CAPPELLETTI, Mauro e GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. Trad. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antonio Frabris Editor, 1988, p. 25-26.

⁵⁸ “À expressão “Alternative Dispute Resolution” (ADR) costuma-se atribuir acepção estritamente técnica, relativa, sobretudo, aos expedientes extrajudiciais ou não judiciais, destinados a resolver conflitos” (CAPPELLETTI, Mauro. Os métodos de solução de conflitos no quadro do movimento universal de acesso à justiça. Trad. José Carlos Barbosa Moreira. **Revista Forense**, n. 326, p. 121.

Muito mais do que chegar até o Judiciário, sair dele é indelevelmente um elemento de acesso, pois, diante da escassez ⁵⁹ de meios (Juízes, servidores, Tribunais, etc.) com que são tratadas as demandas, tanto maior for a capacidade de findá-las, maior será a possibilidade de julgar novas demandas.

Essa onda, afirmam CAPPELLETTI e GARTH,

[...] centra sua atenção no conjunto geral de instituições e mecanismos, pessoas e procedimentos utilizados para processar e mesmo prevenir disputas nas sociedades modernas. Nós o denominamos “enfoque do acesso à Justiça” por sua abrangência. Seu método não consiste em abandonar técnicas das duas primeiras ondas de reforma, mas em tratá-las como apenas algumas de uma série de possibilidades para melhorar o acesso (1988, p. 67-68).

E conclui CAPPELLETTI:

Assim, o movimento de acesso à justiça e sua terceira onda, que enfatiza a importância dos métodos alternativos de solução de litígios, reflete o núcleo mesmo dessa filosofia política; a filosofia para a qual também os pobres fazem jus a representação e informação, também os grupos, classes, categorias não organizados devem ter acesso a remédios eficazes; enfim, uma filosofia que aceita remédios e procedimentos alternativos, na medida em que tais alternativas possam ajudar a Justiça equitativa e mais acessível (**Revista de Processo (RePro)**, n. 65, p. 130).

Desta forma, além dos difundidos métodos alternativos de resolução de litígio (ADR), faz-se necessário, para os processos em tramitação no Judiciário ou a que a ele cheguem, repensar formas de que haja maior eficiência e, com ela, maior capacidade de resolver mais demandas de uma forma rápida e segura.

Este é um papel dos que pensam o direito processual na atualidade, o de buscar, com segurança, meios de tornar a jurisdição melhor, mais rápida, mais efetiva, sem perder aspectos que, além de caros, são a ela indissociáveis, tais como, entre outros: a ampla defesa, o contraditório, a imparcialidade do julgador.

⁵⁹ Aqui, vale lembrar-se de um conceito da Economia que é a administração de recursos escassos e não é diferente no Judiciário com a multiplicidade de processos, com um orçamento fixo e com a necessidade, agora acentuada pelo CNJ, de cumprimento de metas muito das vezes tangenciando a capacidade física de um julgador. Nesse sentido, cite-se Alexandre Câmara Freitas que, após algum exercício matemático, chega à conclusão de que um ministro do STJ teria 20 (vinte) minutos para decidir um processo se trabalhasse, ininterruptamente 9 (nove) horas por dia, durante 300 (trezentos) dias por ano, utilizando-se os dados e metas do CNJ para se fazer essa apuração (CAMARA, **REPRO** 223, p. 39-53).

3.2 A SITUAÇÃO DO ACESSO NO BRASIL

No Brasil, embebido pela legislação da *commom law*⁶⁰, duas importantes alterações foram vistas nos últimos tempos: a criação da Lei de pequenas causas e, depois dela, dos Juizados especiais (inicialmente, com a promulgação da Lei 7.244 de 7.11.84 e, atualmente, a Lei 9.099 de 26.9.95) e a disciplina das tutelas coletivas, por meio, inicialmente, da Lei da Ação Civil Pública (Lei 7.347 de 24.7.85) e, posteriormente, pelos Código de Defesa do Consumidor (CDC), Lei 8.078, de 11.09.1990.

Sustenta DINAMARCO⁶¹ que

[...] essas duas verdadeiras *retificações de rota* são igualmente significativas na determinação dos rumos do processo civil brasileiro, mas, metodologicamente, a segunda delas é mais rica que a primeira porque importa repensamento de velhos dogmas e mesmo uma releitura do princípio do contraditório (DINAMARCO, 2009a, p. 289).

Entre nós, a dita “pobreza associativa”, a que alude a todo instante CAPPELLETTI, foi mitigada pela possibilidade de que alguns entes possam pleitear direitos de pessoas a eles vinculadas.

Note-se que a participação de cada um de um tudo (participação um a um, individual, própria do direito romano e arraigada no art. 6º do atual CPC) cede espaço para centrar-se em uma única pessoa (Ministério Público, Associações, Sindicatos, etc., conforme art. 5º da LACP e 82 do CDC), por meio de substituição dos representados e uma outorga de legitimidade adequada, em que há a representação dos demais que, por um laço ideológico (caso das associações e sindicatos), se fazem representar por aquele ente único e, assim, satisfeito o contraditório.

Note-se que a coisa julgada, em tais tipos de demanda que visem à tutela de direitos individuais homogêneos (art. 82, III do CPC), faz-se “*in utilibus*”⁶², isto

⁶⁰ Nesse sentido: DINAMARCO, 2009a, p. 289.

⁶¹ DINAMARCO, *Op. Cit., loc. Cit.*

⁶² Nesse sentido, cita-se trecho do acórdão exarado na demanda trabalhista de n.º 00457-2010-023-03-00-1 RO, DJMG de 24/02/2011, 12ª Turma, Relator – Dr. Márcio Flavio Salem Vidigal, Revisora – Drª Deoclecia Amorelli Dias, divulgação 23/02/2011. DEJT. Página 84. Boletim: Sim: “A matéria é disciplinada pelo artigo 103 do CDC. “Especificamente quanto às ações coletivas

é, só vai possuir valor de vincular as partes substituídas pelos aludidos entes representativos se julgada procedente (art. 97 do CDC). Em outros termos, se julgada tais demandas, que visam às tutelas de tais direitos, improcedentes, não se opera a eficácia negativa ínsita à coisa julgada em face dos substituídos, razão por que eles podem, à luz do disposto no art. 103, III do CDC, de forma individual, pleitear a mesma pretensão sem que se lhes possa opor as exceções próprias da coisa julgada.

Nesse ponto GONÇALVES e BRASILEIRO, ao tratarem da substituição processual e a sentença:

A sentença proferida na causa vincula o substituto processual e o substituído.

E a coisa julgada produz eficácia para ambos, embora em planos diferentes.

Para o substituto, são efeitos que operam na esfera processual, como não lhe ser lícito renovar a ação, responder pelo dolo processual, ser responsabilizado pelos ônus da sucumbência.

Para o substituído os efeitos da sentença atingem a esfera do direito material.

Nesse sentido, o substituído não é parte no sentido processual, mas é parte no sentido material, enquanto sujeito da lide, que recebe os efeitos da sentença em seu patrimônio (GONÇALVES; BRASILEIRO, 2013, p. 26).

Conforme DINAMARCO (2009a, p. 291),

[...] o que há de mais rico e promissor nessas técnicas é a proposta de sua própria generalização, para que o sistema processual brasileiro como um todo possa desvencilhar-se dos rigores de vetustas regras herdadas dos romanos, em si mesmas responsáveis pela segurança do processo mas em certa medida inimigas da agilidade que se pretende na preparação e outorga da tutela jurisdicional. Da perspectiva do *processo civil de resultados*, é legítimo ousar prudentemente, transigindo com

manejadas na defesa de direitos ou interesses individuais homogêneos, a coisa julgada tem efeito "*erga omnes*" apenas para o caso da procedência do pedido (art. 103, inciso III, do CDC). É o que a doutrina intitula de efeitos da coisa julgada "*in utilibus*", transportando-se para a relação individual o resultado positivo do processo, beneficiando todos os reclamantes (art. 97 do CDC). E, na hipótese da improcedência do pedido da ação civil pública, os titulares do direito que não tiverem intervindo no processo como litisconsortes poderão regularmente propor ação individualmente (art. 103, /S/S 2o., do CDC). Trata-se da coisa julgada "*secundum eventum*". Portanto, se é possível a coisa julgada com resultado positivo para o efeito "*erga omnes*", em regra e potencialmente é possível a litispendência e ela se estabelece diante da prova em torno do rol de substituídos da ação coletiva. O resultado positivo na ação coletiva tornará possível o efeito "*erga omnes*" e vai necessariamente captar aquele substituído que constar do rol, sendo perfeitamente possível a litispendência em relação à ação individual ou plúrima da qual faz parte mesmo trabalhador."

exigências que retardem a tutela e permitindo soluções e condutas que, sem criarem grandes riscos de males prováveis e sem remédio, concorram para a maior aderência do processo à realidade dos conflitos e possam abreviar a penosa duração dos juízos.

O direito processual pátrio vem sofrendo, paulatinamente, alterações visando a, dentro do que é objeto deste estudo, promover cortes no procedimento amplo (ordinário), a fim de imprimir celeridade. É nesse sentido que se cita a criação do instituto da Ação Monitória (art. 1102-A⁶³ do CPC), a transformação da ação de execução de título executivo judicial em cumprimento de sentença, fazendo-se o sincretismo entre o processo de conhecimento e sua execução, passando esta a ser apenas uma fase daquele (art. 475-I⁶⁴ e seguintes do CPC). Tudo isto com vistas a, encurtando o procedimento, imprimir efetividade.

Assim e dentro desse afã de imprimir cortes procedimentais e tornar o processo mais sincrético, alterou-se a visão de duas fases do processo (a primeira a declaração do direito e a segunda a sua satisfação), jungindo-as em uma única, sendo que a execução de sentença cedeu espaço para o cumprimento dela e, deixando de ser um novo processo (com a necessária citação das partes), tornou-se uma nova fase dentro do mesmo processo em que a citação não se faz mais necessária, havendo a cominação de multa, caso não cumprida voluntariamente a decisão (475-J⁶⁵ do CPC) e por simples intimação por meio de ciência ao advogado do auto de penhora e avaliação haverá o prazo de 15 (quinze) dias para a parte executada “oferecer impugnação” (§ 1º⁶⁶ do art. 475-J do CPC).

De tudo posto, é necessário ao estudioso do Direito que aponte soluções para problemas que já se fazem presentes ou, ainda, as tendências de acordo com as quais se possa pensar em soluções e caminhos para saná-los.

⁶³Lei n. 9.079, de 14.07.1995, DOU 17.07.1995, com efeitos a partir de sessenta dias após a data de sua publicação;

⁶⁴Lei n. 11.232, de 22.12.2005, DOU 23.12.2005, com efeitos a partir de 6 (seis) meses após a publicação, republicado no DOU 27.07.2006, de acordo com o seu art. 7º

⁶⁵ Art. 475-J. Caso o devedor, condenado ao pagamento de quantia certa ou já fixada em liquidação, não o efetue no prazo de quinze dias, o montante da condenação será acrescido de multa no percentual de dez por cento e, a requerimento do credor e observado o disposto no art. 614, inciso II, desta Lei, expedir-se-á mandado de penhora e avaliação.

⁶⁶ § 1º Do auto de penhora e de avaliação será de imediato intimado o executado, na pessoa de seu advogado (arts. 236 e 237), ou, na falta deste, o seu representante legal, ou pessoalmente, por mandado ou pelo correio, podendo oferecer impugnação, querendo, no prazo de quinze dias.

Veja que se buscou, fora de nossa dita corrente romano-germânica, soluções próprias da *commom law* embebidas em pragmatismo por excelência (caso do abandono de algumas formalidades para a instauração e postulação perante os Juizados Especiais de pequenas causas), de cuja constatação não espantaria se outras viessem dali, atentando-se às observações de BARBOSA MOREIRA, no sentido de que, ao mesmo tempo em que não se deve estar alheio ao direito alienígena, não se pode importar modelos de forma acrítica próprias de um “deslumbramento ingênuo”⁶⁷.

Nesse mesmo sentido, é o observado por GARTH e CAPPELLETTI, ao afirmarem que

[...] as reformas não podem (e não devem) ser transplantadas simploriamente de seus sistemas jurídicos e políticos. Mesmo se transplantada ‘com sucesso’, uma instituição pode, de fato, operar de forma inteiramente diversa num ambiente diverso. Nossa tarefa deve consistir, com o auxílio de pesquisa empírica e interdisciplinar, não apenas em diagnosticar a necessidade de reformas, mas também cuidadosamente monitorar sua implementação (CAPPELLETTI; GARTH, 1988, p. 162).

A adequada sistematização dos juizados especiais pelo país reclama estudos, quer na regulação, quanto à organização judiciária (DINAMARCO, 2009a, p. 296-301). O autor adverte que

[...] a realidade que vem evidenciando o enorme risco de *burocratização dos juizados*, mercê do qual seu processo poderá reduzir-se à quase-inutilidade a que as más práticas fadaram o procedimento sumário. O problema é essencialmente cultural e muita responsabilidade cabe à doutrina nesse campo, sendo dela o encargo de sensibilizar consciências e formar *opinião pública*, no sentido de exigir a correta adequação do sistema (DINAMARCO, 2009a, p. 297).

Existe, ainda, o risco de que a utilização desvirtuada das Ações Coletivas por representantes desprovidos de senso de responsabilidade⁶⁸ possam, gerando um indesejável desgaste para tais institutos, provocar o seu descrédito.

⁶⁷ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. O futuro da justiça: alguns mitos. *In*: BARBOSA MOREIRA, 2004, p. 7.

⁶⁸ “Já se concedeu liminar em ação civil pública, para impor ao Executivo determinado horário para a subida e a descida das Rodovias que ligam São Paulo a Santos (Rodovias Imigrantes e Anchieta). Já se julgou procedente ação civil pública para suspender direitos políticos de todos os vereadores de um município, bem como – pasmem – também da própria Câmara de Vereadores. No Rio Grande do Sul foi concedida liminar determinando a um padre a realização de um casamento que, segundo as leis da Igreja Católica, ele considerava inadmissível (pessoas casadas)” (DINAMARCO, 2009a, p. 297, rodapé de n. 15).

Ponto de grande interesse nos albores de novas abordagens do processo é aquilo a que DINAMARCO (2009a, p. 298) dá o nome de “*deformalizar o procedimento*”⁶⁹, isto é, propor simplificações ou cortes procedimentais com vistas à otimização da celeridade dos processos.

Nessa nova perspectiva propositiva do direito instrumental⁷⁰, diversos institutos foram ideados para, em tese, promoverem a necessária racionalização do julgamento em bloco de processos (Súmula Vinculante – art. 103-A da CF/88 e lei 11.417 de 19.12.2006; e a repercussão geral e julgamento por amostragem – art. 543-A, 543-B e 543-C do CPC), mas que, após instituídos, não tiveram uma releitura para, diante da prática, verificar se lhes colimaram o propósito a que foram criados, o que se pretende, aqui, fazer.

Logo, diante da vivência sob uma nova legislação, se faz necessário analisá-la, sob o enfoque prático e, verificando não ter a norma criada atingido a finalidade a que se destinara quando de sua ideação, propor alteração para que se possa atingi-la.

Outro ponto de reflexão, a fim de impulsionar maior efetividade à jurisdição, a buscar-se “diversificar as técnicas de busca de resultados mediante a execução judicial, autorizando-se o juiz a lançar mão de enérgicas medidas *coercitivas*, lá onde as *sub-rogatórias* não tenham como atuar, ou efetivamente não atuem”⁷¹, criando-se novas normas, a exemplo do que se deu com a lei 8.952 de 13.12.1994 (DOU de 14.12.1994) que alterou a redação dos art. 461 e a lei 10.444 (DOU de 07.05.2002) dando redação ao art. 461-A do CPC, tidas como instrumentos de coerção do cumprimento da obrigação, a exemplo do que se vê do art. 475-J e 656, § 1º, c/c art. 14, parágrafo único.

⁶⁹ “II – *Aceleração do processo*. Para melhorar as condições de tempestividade da tutela jurisdicional, muitas medidas vêm sendo tomadas na legislação brasileira de processo civil. Entre nós, são tradicionalmente muito *numerosos os títulos executivos extrajudiciais* (casos em que se dispensam as demoras de uma prévia fase de conhecimento); dispomos do *processo monitorio*, no qual se produz título executivo judicial com bastante celeridade; generalizou-se a admissibilidade da *antecipação da tutela jurisdicional* (art. 273) e algo vem sendo feito no sentido de *deformalizar o procedimento* (juizados especiais, simplificação de certos atos mesmo no processo comum)” (DINAMARCO, 2009a, p. 298).

⁷⁰ Sob cujo cenário o estudioso do direito não figura apenas como mero espectador que se limita a buscar sentido meramente literal nas regras postas, mas como sujeito que, diante de gargalos, coopera para propor soluções.

⁷¹ DINAMARCO, 2009a, p. 301.

Posto tudo, de nada disto adianta se o *Estado-inimigo*⁷², não alterando a postura em persistir na condução dos seus feitos sem ter como Norte a escorregadia visão de juridicidade de seus atos, persistir em ser, de longe, o maior cliente do Judiciário.

E, tomados tais cuidados, inúmeras são as possibilidades a se avaliar daquele sistema⁷³ da *common law* e de outros países, mas, além deles, o operador do direito e, em especial, o seu estudante tem que propor caminhos que visem à efetividade, observadas as cautelas de que não se abre mão.

Mais do que isto, os operadores do direito e, sobretudo, o que é detentor do monopólio da jurisdição (o Juiz) devem estar abertos às reformas, mas as que estejam em sintonia com as aspirações do povo, cuja vontade acha-se representada na Carta Fundamental, pois a lei nada vale se não for compreendida e aplicada, segundo e de acordo com essa vontade.

⁷² “Os principais responsáveis por insistências em teses são a própria União, a Previdência Social e a Caixa Econômica Federal – ou seja, o *Estado-inimigo*” (DINAMARCO, 2009a, p. 298). No mesmo sentido Greco (2013): “A visão deturpada do Estado e da sua responsabilidade distorceu também o papel da justiça, que deveria ser guardiã das liberdades individuais e dos direitos dos cidadãos, e foi transformada em administradora da moratória do Estado e eficiente protetadora do pagamento das dívidas públicas e do cumprimento de suas obrigações para com os cidadãos. Esse ritual kafkaniano de inadimplência oficial é amplamente favorecido por inúmeros privilégios processuais que a lei e a Constituição Federal estabelecem em favor da Fazenda Pública.”

⁷³ “Os americanos praticam, p.ex., a *discovery*, que é quase uma devassa dos meios de prova disponíveis e inclui um rigoroso dever de dizer a verdade, sob rigorosíssimas sanções; notoriamente, dão significativo valor vinculante aos *holdings*, que são as máximas jurídicas estabelecidas em sentenças judiciais (*stare decisis*); acatam as *citações* promovidas pelo *server*, cidadão privado, por encargo da própria parte e sem interferência do juiz, cartório ou oficial de justiça; permitem que um processo, conquanto principiado por iniciativa individual, se coletivize mediante a *certification of class action etc.* Estranham muito ao observador ligado às premissas romano-germânicas as práticas inerentes ao *adversary system*, que deixam o juiz em situação de espectador do drama do processo e chocam-se com a moderna tendência ao *ativismo judiciário* (os americanos praticam, p.ex., a *cross examination* e a *cross interrogation* — cabendo aos advogados dirigir diretamente perguntas à parte oposta ou às testemunhas, sob o olhar do juiz). Também, o sistema processual dos Estados Unidos é menos exigente quanto à *motivação dos atos judiciais*” (DINAMARCO, 2009a, p. 295-296).

4 A RAZOÁVEL DURAÇÃO DO PROCESSO

4.1 INTRODUÇÃO

O tempo, segundo ANDOLINA, é uma componente essencial do processo:

O tempo – supérfluo recordar-se dele – é um componente essencial do processo.

O próprio conceito de processo – presente em sua etimologia – evoca a dimensão diacrônica, o caminho temporal, o percurso temporal ao longo do qual – dentro do qual – se desdobram e organizam os fatos do processo (atos, atividades, comportamentos), os fios de que se compoem a tecelagem, todos entre si ligados e todos, coerentemente, voltados para a produção do resultado jurisdicional.

O processo não é concebível sem se pensar no tempo (ANDOLINA, **REPRO** n. 176, 2009, p. 260).⁷⁴

A despeito de ser uma componente essencial do processo, o tempo é um conceito, por si só, abstrato e a dificuldade é presente no trato de conceitos legais indeterminados⁷⁵, abertos, diante da imprecisão de que deles emerge e em razão da qual impede certa confluência (ao menos do que tratar, ao mais quanto ao quê definir) e, portanto, dificulta a sua definição, o que reverbera no seu trato científico.

E desta característica plasma o conceito haurido do art. 5º, LXXVIII da CF/88: “a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação.”

Este é o primeiro de vários pontos a enfrentar.

Posto este, como um primeiro óbice à necessária inteligência do conceito, ouve-se que, no Brasil, a Justiça é lenta; o acesso à jurisdição é precário; a

⁷⁴ Tradução livre do autor, do seguinte excerto:

“Il tempo - superfluo ricordarlo - è una componente essenziale del processo.

Il concetto stesso di processo - scolpito nel suo etimo - evoca la dimensione diacronica, il percorso temporale lungo il quale - ed entro il quale - si dispiegano ed organizzano i fatti delo processo (atti, attività, comportamenti), i segmenti che ne compogno la tessitura, tutti tra loro concatenati e tutti coerentemente finalizzati alla produzione del risultato giustiziale.

Il processo non è quindi pensabile fuori dal tempo.”

⁷⁵ Sobre conceitos jurídicos indeterminados, veja NERY JÚNIOR, Nelson. Contratos no código civil (apontamentos gerais). In: NERY Júnior, 2003, p. 405-412.

Justiça é tarda e falha, tudo isto, de forma cadenciada e repetida, com que, ‘*ad nauseam*’, se possa conduzir a acompanhar tal coro.

Ora, nunca é demais lembrar-se de que, para que uma coisa seja mais ou menos do que outra, necessário se afigura erigir, como padrão, determinado valor/baliza ou, ainda, como referência, determinado critério adotado em algum lugar. Comparar é, ao mesmo tempo, constatar (isto é mais ou menos do que aquilo; ou lá é melhor ou pior do que aqui), e, porque não, desmistificar.

Muito se fala da EC 45/2004 que trouxe a lume a inclusão do inciso LXXVIII do art. 5º da CF/88, mas pouco se traz luz àquilo que, há muito, já se achava positivado (ao menos, no Direito processual civil): a *meta optata* da razoável duração do processo.

Com isto, não se quer desconsiderar ou menosprezar o *status* de constitucional trazidos pela redação ao inciso LXXVIII do art. 5º acima referida que, dentre o rol dos “direitos e garantias fundamentais”, assume vestes próprias e caráter de inoldidável eficácia.

É desta elevação constitucional que surgem, ainda, embates ricos entre normas (em sentido lato) de mesma categoria (formal) e que, na prática, exigem uma ponderação para melhor adequação da vontade do povo externada e contida na Carta Fundamental: ampla defesa e razoável duração do processo.

Nem todo o propósito com que se criam institutos ou se inspiram reformas são, na prática, perfeitos, afirmação esta que demanda interação com os institutos de excesso de poder instrumental às cortes superiores sem que haja, todavia, um critério objetivo para colimar o propósito previsto da efetividade almejada: a jurisdição paralisada – Súmula Vinculante e repercussão geral (art. 103-A⁷⁶ da CF/88 com redação dada pela EC 45/2004 e art. 543-A⁷⁷ do CPC, com redação dada pela Lei n. 11.418, de 19.12.2006).

⁷⁶ Art. 103-A. O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços dos seus membros, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, aprovar súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma estabelecida em lei.

⁷⁷ Art. 543-A. O Supremo Tribunal Federal, em decisão irrecorrível, não conhecerá do recurso extraordinário, quando a questão constitucional nele versada não oferecer repercussão geral, nos termos deste artigo.

Postos estes pontos, busca-se, ultramar, experiências e critérios utilizados pelas Cortes para identificar o que é duração razoável e o que não é.

O Processo complexo e o simples podem ter a mesma apreciação diacrônica? Quais critérios para se verificar uma demora para além do razoável? Direito à razoável duração do processo e à ampla defesa se ponderam? Estes e diversos outros questionamentos emergem como óbices e incitam reflexão.

Posto tudo isto, propostas hão de servir de parâmetro para que o efetivo (adequado tempo) seja observado.

Posta esta nota de introdução, tratar-se-á, neste capítulo, destes pontos.

Antes, como todo trabalho científico deve orientar-se, necessário se afigura desmistificar alguns pontos que, senão afastados, prestam desserviço à razão.

4.1.1 Os mitos da razoável duração do processo

É a Razão talvez o maior legado deixado pelos gregos ao ocidente “como um pensamento que segue princípios e regras de valor universal”⁷⁸. E é diante dela que, valendo-se de tais princípios e regras, se pretende trazer à consideração alguns mitos do processo, a fim de, iluminados pela razão, se acentue a visão crítica e técnica do que se pretende falar.

Não de hoje, escuta-se, em todo canto, que a Jurisdição no Brasil é lenta, ineficiente, atende a interesses de poucos e leva ao aumento do dito “custo Brasil”.

Como dito, para afirmar que uma coisa é lenta há que se tomar, como parâmetro, uma referência, uma comparação (quer seja ela de outro país – quanto tempo leva o julgamento de um processo, em 1ª instância, por exemplo na Itália, na Índia, no Paraguai, na França...) ou um valor absoluto que, em razão de

⁷⁸ Nesse sentido: “Os gregos inventaram a idéia ocidental de *razão* como um pensamento que segue princípios e regras de valor universal. Ela é o traço distintivo da condição humana, juntamente com a capacidade de acumular conhecimento e transmiti-lo pela linguagem. Traz em si a superação dos mitos, dos preconceitos, das aparências, das opiniões sem fundamento. Representa, também, a percepção do outro, do próximo, em sua humanidade e direitos. Idealmente, a razão é o caminho da justiça, o domínio da inteligência sobre os instintos, interesses e paixões” (BARROSO, 2008, p. 6).

tanto, seja adotado, senão no mundo todo, em uma boa porção dele.

Sem essa referência, inviável afirmar que aqui é melhor ou pior do que em algum lugar. De que aqui possui uma justiça morosa ou rápida. Para tanto, conforme visto, é preciso buscar dados para, diante deles, verificar se isto é um problema exclusivo do Brasil ou não.

Aqui o ponto.

Um exame mais aprofundado e nota-se que dito fenômeno (o tempo e o processo; a irrazoável duração do processo; a demora na prestação jurisdicional) é, como sói acontecer em um mundo globalizado⁷⁹,⁽⁸⁰⁾, mundial e não como muitos sustentam ser peculiar ao Brasil. Dele já se preocupavam os doutrinadores no idos de 1970 e, não apenas no país, reclama-se ser lenta a Justiça em boa parte do mundo, conforme enuncia BARBOSA MOREIRA.

Noticia aquele processualista emérito que, ao redor do mundo, a lentidão da justiça faz-se presente:

Com justas razões, olhamos para a Itália como quem contempla um dos pontos culminantes da ciência jurídica em geral e da processual em particular. Isso não impede que o processo, lá, seja exasperantemente lento. Na área civil, segundo dados constantes do relatório sobre a administração da justiça em 1998, elaborado pelo Procurador-Geral da República junto à Corte de cassação, girou em torno de quatro anos, entre 1991 e 1997, a duração média dos processos, em primeiro grau de jurisdição, perante os órgãos de competência comum, *os tribunali*. No Japão – Informa um dos vice-presidentes da Associação Internacional de Direito Processual –, antes da entrada em vigor do novo código, em 1998, não era raro que um feito civil se arrastasse por alguns anos na primeira instância e levasse mais de um decênio até a eventual decisão da Corte Suprema. Habitamo-nos a enxergar no universo anglo-saxônico padrão insuperável de onímoda eficiência. Todavia, a Inglaterra estava tão descontente com o desempenho de sua Justiça civil – e muito especialmente com o ritmo dos pleitos, mencionado em documentos incontáveis como problema capital –, que se dispôs a adotar, quebrando multissecular tradição, a partir exatamente de abril do ano passado, um código de processo civil bastante aproximado, em vários traços, do modelo continental europeu. Quanto aos Estados Unidos, para onde costumam volta-se, com admiração que beira o êxtase, as miradas de

⁷⁹ e, antes dessa globalização, já presente em inúmeros países, conforme da conta o relatório de CAPPELLETTI e GARTH realizado nos idos de 1970.

⁸⁰ “Na Itália, por exemplo, “verifica-se que (em 1973) os casos de primeira instância perante um pretor duram 566 dias; aqueles no tribunal de primeira instância tomam 944 dias; e os da Corte de Apelação de segunda instância levam 769 dias”. Vigoriti, V., nota supra nº 16, na seção 12. Vide também De Miguel y Alonso, C. de, nota supra n. 18, na seção IIA2, onde se afirma que na Espanha são necessários cinco anos e três meses para que se obtenha uma sentença e o julgamento de um recurso à Corte de Cassação” (CAPPELLETTI; GARTH, 1988, p. 20, nota 21).

tantos, lê-se em obras de autores norte-americanos, logo insuspeitos, que em muitos lugares um feito civil de itinerário completo (isto é, que se estenda até o *trial*) chega a durar em média, na primeira instância, nada menos que três a cinco anos (BARBOSA MOREIRA, 2004, p. 2-3).

Logo, tal como prenunciado, em se considerando o prazo de duração dos processos em outros países, nota-se que a “moléstia” da morosidade não é própria e nem exclusiva do Brasil.

Outro ponto que demanda ser afastado é o de que “todos os jurisdicionados clamam, em quaisquer circunstâncias, pela rápida solução dos litígios” (BARBOSA MOREIRA, 2004, p. 2-3). Ora, a despeito de ser ínsito ao bom juiz a imparcialidade a conferir-lhe grau de incerteza do porvir (a sentença) a ambos os polos da relação processual que se estabelece (autor e réu), não raro se sabe, de antemão, ao lado de quem será pendida a jurisdição. Logo, aquele que se antevê sucumbente não terá o pendor em cooperar para que sua derrota seja expedita.

Ao revés, aquele que se antevê derrotado irá utilizar-se de todos os meios jurídicos (e, às vezes, os não, tais como recursos meramente protelatórios) para diferir-lhe a perda. Assim, nem todas as partes visam à rapidez na prestação jurisdicional, cabendo velar por ela o Juiz. Nesse sentido, pertinente a observação de BARBI que, ao interpretar o art. 14 do CPC, ensina:

Se cada litigante pode contar para seu êxito somente com sua própria capacidade de fazer valer os elementos e argumentos favoráveis, não se pode pretender que forneça também aqueles que lhe são desfavoráveis e poderiam beneficiar o adversário. Estabelecer uma obrigação, em tal caso, não teria nenhuma probabilidade de ser observada e teria como único resultado pôr em dificuldade a parte mais honesta (BARBI, 1998, p. 121).

No mesmo sentido, NERY JR. e NERY: “O processo é um jogo fundado no contraditório [...]. Não se pode exigir da parte, em processo contraditório, que faça afirmações que poderiam beneficiar a parte contrária e atuar em detrimento do declarante” (NERY JR; NERY, 2010, p. 220).

Outro ponto que demanda avaliação crítica é o de que a lei, por si só, é capaz de resolver todos os assuntos, asserto este que, no caso da razoável duração do processo, não se verifica.

Com efeito, muito mais do que a norma estatuída pelo art. 5º, LXXVIII da CF/88 e a fim de dar cumprimento a ela, precisa-se de melhores meios físicos e, sobretudo, de pessoas (Juízes, Servidores, etc.) que possam dar vazão ao que já se tem e, com isto, concretude à razoável duração do processo. Muitos são os concursos para Juiz em que várias vagas deixam de ser preenchidas⁸¹. Sem tais meios adequadamente suficientes, não há como dar a real dimensão de concretude àquela norma.

A arte da Economia, como se sabe, é a de administrar recursos escassos e com o Judiciário não é diferente. Além da escassez material, há uma profusão de demandas que, com a difusão da consciência por meio do conhecimento, aumentam. Assim, o maior dos obstáculos a ser vencido é o de encontrar Juízes capazes de, aprovados em concurso⁸², administrar por meio de técnica processual sobretudo essa escassez.

Por fim, não se pode elevar, como o mal maior da efetividade, a morosidade da justiça, pois muito pior do que ela há outros fatores, tais como, v.g., a justiça sem a asseguaração do devido processo legal e da ampla defesa. Para dar a cada um o que pertence a cada qual (ULPIANO), antes uma justiça lenta e certa, do que uma rápida e falha. Não se quer, com isto, menosprezar o papel da efetividade, tampouco o da razoável duração do processo, mas, antes disto, alocar isto em uma moldura maior, a da *juridicidade cooperativa*.⁸³

⁸¹ Nesse sentido, cf. BARBOSA MOREIRA: “não me parece que a lei, com todas as imperfeições que tem, ocupe o lugar de máximo relevo. Recordemos, antes de mais nada, a escassez de órgãos judiciais, a baixa relação entre o número deles e a população em constante aumento, com a agravante de que os quadros existentes registram uma vacância de mais de 20%, que na primeira instância nem a veloz sucessão de concursos públicos consegue preencher” (BARBOSA MOREIRA, 2004, p. 4).

⁸² Para GRECO, “não seria solução a simples multiplicação do número de juízes, pois a baixa qualidade do ensino fundamental e do ensino jurídico, assim como o alto custo decorrente do pagamento de salários elevados, criam uma impossibilidade material à sua implementação e tornam improvável por essa via a melhoria da qualidade da justiça” (GRECO, , 2013, p. 17).

⁸³ Fala-se em “juridicidade” para expressar a aproximação da jurisdição ao direito material e “cooperativa” como a forma desejável de, por meio da condução (e condução inclui repressão ao *contempt of court* e o papel de “velar pela rápida solução do litígio”, art. 125, II do CPC) pelo juiz, do procedimento em que se permita às partes, por meio de cooperação, a efetiva participação na construção desse provimento, de sorte a assegurar-lhes o contraditório substancial e não o meramente formal em que, ao contrário deste contraditório, Naquele a participação das partes é imbuída e dotada de capacidade de influir no resultado do pronunciamento final: a sentença.

4.2 BREVE HISTÓRICO SOBRE A RAZOÁVEL DURAÇÃO DO PROCESSO

Afirmar que a preocupação com a celeridade do processo é assunto recente é desconhecer a história.

Com efeito, essa preocupação é antiga⁸⁴, uma vez que, ao menos a partir do Séc. XIV, há registros dela, quando, após reiteradas reclamações da morosidade do processo canônico, decidiu o Papa Clemente V a criar um rito simplificado, por meio da bula conhecida de *Clementina Saepe*, que teria sido um dos antecedentes dos procedimentos sumários ou sumaríssimos, conforme afirma BARBOSA MOREIRA (2007, p. 369).

Muito antes da aludida bula, já se fazia presente esse anseio pelo processo célere, conforme noticia BORGES (2013, p. 438):

O desejo de um processo célere vem atravessando a própria história da humanidade. Apenas para ilustrar, em *Luigi Comoglio* (2007, p. 73 nota 2), vamos encontrar a narrativa de que durante o reinado de Justiniano (século VI) foram promulgadas leis que já tinham por finalidade reduzir o tempo de administração da justiça. [*Omissis...*] No século XIX, na Inglaterra, uma das principais fontes de insatisfação com o Poder Judiciário estava justamente na excessiva demora para a resolução dos conflitos (CHRISTOPHER, 1907, v.I, p. 520).

No Brasil, há notícia dessa preocupação em processualista que tratava do Regulamento 737, conforme noticia CUNHA⁸⁵, citando FRANCISCO DE PAULA BATISTA:

O tema é, a um só tempo, velho e novo. É antiga a preocupação com a demora do desfecho de uma demanda judicial. A necessidade de se evitarem dilações indevidas, impondo-se a remoção de obstáculos supérfluos em prol da brevidade e economia processuais, já era alertada, no século XIX, ainda sob os auspícios do Regulamento 737, de 25 de novembro de 1850, pelo processualista pernambucano, Francisco de Paula Batista, que assim propugnava:

⁸⁴ Nesse sentido, BARBOSA MOREIRA: “Primeiro equívoco: o problema de excessiva duração do processo é peculiar ao nosso tempo. Na verdade, ele é multissecular. Para não ir mais longe – e sem esquecer a extrema diversidade das circunstâncias históricas, que tornam arriscado qualquer confronto com a situação atual –, recordarei que no início do século XIV as reiteradas queixas sobre a lentidão do processo canônico levaram o Papa Clemente V a criar, mediante a bula conhecida pela denominação de *Clementina Saepe*, um rito simplificado, sem muitas formalidades, que os historiadores do direito incluem entre os antecedentes dos atuais procedimentos sumários ou sumaríssimos” (BARBOSA MOREIRA, 2007, p. 369).

⁸⁵ LEONARDO CARNEIRO CUNHA no prefácio ao livro **A razoável duração do processo**, de Frederico Augusto Leopoldino Koehler, 2ª ed., ed. JUSPODIVM, 2013, p. 16-17.

§ 61. Brevidade, economia e remoção de todos os obstáculos supérfluos, tais são as qualidades acessórias que devem acompanhar o processo em toda a sua marcha; assim, todos os atos, dilações, demoras e despesas inúteis são aberrações do regime judiciário em dano do interesse particular e público.

De feito, se uma imprudente prontidão pode dar causa a erros e injustiças, a prolongação de lutas judiciárias traz, para as partes, perda de tempo e de dinheiro, vexações e incertezas, incompatíveis com o repouso e a segurança das famílias, que a lei tem obrigação de defender. Destes abusos, e outros muitos, que se escondem através de uma multidão imensa de incidentes, é que têm nascido todas as indisposições, recriminações e sátiras contra o processo: tem sido um erro de todos os tempos odiar-se a coisa por causa do abuso (BATISTA, 2002, § 61, p. 88-89).

Fato que, conforme visto, dita preocupação passou a ser tratada de uma forma mais sistematizada e com maior ênfase, a partir do relatório de Florença na Década de 70 do Século passado, em que os professores CAPPELLETTI e GARTH (1988) passaram a tratar da questão das ondas de acesso e, com elas, o direito processual ganhou um dito aspecto externo, dentro de cujo contexto surgiu a sistematização da *efetividade* da prestação jurisdicional e, desta forma, os estudos, outrora pontuais sobre a efetividade, tornaram-se sistematizados e com esta sistematização o trato da duração do processo e do acesso universal, mais constante.

Na legislação processual encontra-se, como *meta optata*⁸⁶, a “*rápida solução do litígio*” desde a redação primitiva trazida pelo CPC de 1973, conforme se vê, dentre os “Poderes”, “Deveres” e “Responsabilidades” do Juiz, o de “*velar pela rápida solução do litígio*” (art. 125, II⁸⁷ do CPC).

Ora, a redação que lhe foi dada por BUZAID foi feliz em dizer “*velar*” que, segundo HOUAISS (2009), significa “dispensar cuidados, proteção a; zelar, proteger”.

É neste dispositivo que se acha, direta e literalmente, o ponto da razoável duração do processo positivado no CPC, mas, mais do que ele, há outros dispositivos contidos naquele Código que permitem ao Juiz *velar* da sobredita

⁸⁶ Expressão de que se vale Theodoro JR., ao referir-se à rápida solução do litígio (THEODORO JÚNIOR, 2000, p. 5).

⁸⁷ Art. 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;

meta optata, dentre os quais se citam os que coíbem uma atitude de malferimento da Boa-fé instrumental (dentre os quais, os art. 14, 17, 18, 538, 600 e 601 do CPC); os que lhe permite indeferir provas que, a despeito de pedidas, são inúteis e, portanto, protelatórias (art. 130⁸⁸ do CPC) e os que o permitem julgar o feito de forma antecipada⁸⁹ (art. 330, I⁹⁰ do CPC).

É intuitiva a noção de que, para que o processo seja expedito, deve ser conduzido em cooperação com as partes e em conformidade à Boa-fé instrumental. ARAKEN⁹¹, citando TUCCI-TUCCI, afirma que a sanção prevista no art. 601 não conflita com as garantias de acesso à Justiça.

Note-se que, ao coibir atos de que se afastem da Boa-fé processual, coopera o CPC com a razoável duração do processo.

E há inúmeros dispositivos que, por meio de sanção, conduzem as partes a obedecer àquele Norte, dentre os quais se encontram os que punem a litigância de má-fé, a interposição de embargos de declaração protelatórios e o ato atentatório à dignidade da justiça, cada qual próprio a uma fase do processo (a litigância de má-fé mais propriamente ligada ao processo de conhecimento e o ato atentatório à dignidade da justiça ínsito ao procedimento satisfativo ou, atualmente, a fase de cumprimento de sentença ou da execução de título extrajudicial) ou a um recurso (caso da interposição de embargos de declaração protelatório).

Ponto de grande relevo e ao que se tem, ultimamente, dado pouca atenção prende-se à oportunidade em que, após exortada as partes à conciliação, “o juiz

⁸⁸ Art. 130. Caberá ao juiz, de ofício ou a requerimento da parte, determinar as provas necessárias à instrução do processo, indeferindo as diligências inúteis ou meramente protelatórias.

⁸⁹ Sobre o papel do despacho saneador em imprimir celeridade ao feito, veja: TUCCI, José Rogério Cruz. **Tempo e processo** (uma análise empírica das repercussões do tempo na fenomenologia processual (civil e penal). São Paulo: RT, 1997, p. 43 e seguintes.

⁹⁰ Art. 330. O juiz conhecerá diretamente do pedido, proferindo sentença:

Jurisprudência Vinculada

Doutrina Vinculada

I - quando a questão de mérito for unicamente de direito, ou, sendo de direito e de fato, não houver necessidade de produzir prova em audiência;

⁹¹ “Nenhuma infração há, neste novel regime [art. 601 do CPC], às **garantias do acesso à justiça** (art. 5º, XV, da CF/88) e do contraditório (art.5º, LV, da CF/88). É óbvio que tais salvaguardas operam [de acordo com TUCCI-TUCCI, *Constituição de 1988 e processo*, n.º 18, p. 65, nota 167] “a fim de que, dentre outros objetivos, o executado, agindo em contraditório, possa acompanhar a legalidade da realização dos atos procedimentais e, ainda, verificar se a execução está sendo efetivada do modo que lhe é menos gravoso” (ASSIS, 2000, p. 266).

fixará os pontos controvertidos, decidirá as questões processuais pendentes e determinará as provas a serem produzidas, designando audiência de instrução e julgamento, se necessário” (§ 2º do art. 331 do CPC).

O referido dispositivo retro citado é de extrema importância para a efetividade do processo, tendo em vista que, possibilitando a identificação de demandas que não tenham viabilidade de chegar ao mérito (e.g., por carência de ação⁹², por haver prescrição, etc.), ver-lhes abreviado o desfecho e, com isto, obtida celeridade. Não apenas por isto, mas como também para, dentro dos limites de atuação⁹³ do Estado-juiz para, em demandas de cunho econômico e que não envolvam interesse público, delimitar quais são as questões (pontos duvidosos de fato ou de direito⁹⁴) e, dentre as provas requeridas pelas partes⁹⁵, determinar a produção das que sejam úteis para, debelando aquela dúvida, resolver a pretensão deduzida.

Em situação de destaque à celeridade do processo, surge o disposto no art. 273⁹⁶ do CPC, o instituto da antecipação de tutela.

Ora, fossem levados todos esses dispositivos com o devido rigor e, certamente, vários processos teriam seu desfecho abreviado.

Mesmo no âmbito constitucional, muito antes da promulgação da EC/45⁹⁷, a Carta Constitucional já era dotada de dispositivos que asseguravam a

⁹² Nesse sentido, cite-se FREDIE DIDIER JR que, no artigo “Será o fim da categoria “condição da ação? Um elogio ao projeto do novo CPC”, aplaude as propostas de alteração do CPC, ao extinguir as condições da ação criadas por Liebman e albergadas no CPC atual (art. 267, VI) para fundi-las com os pressupostos processuais no art. 472 do NCPC. (DIDIER JR., Fredie. Será o fim da categoria “condição da ação”? um elogio ao projeto do novo CPC, *In*: DIDIER JR.; BASTOS, 2012, p. 313-317).

⁹³ Segundo o princípio da adstrição haurido no art. 128 do CPC, “O juiz decidirá a lide nos limites em que foi proposta, sendo-lhe defeso conhecer de questões, não suscitadas, a cujo respeito a lei exige a iniciativa da parte”.

⁹⁴ Nesse sentido: ARAÚJO CINTRA, 2000, p. 275.

⁹⁵ A possibilidade de que o Juiz se valha da prerrogativa contida no art. 130 do CPC em produzir prova de ofício deve ser vista com bastante cuidado para que não se quebre a cooperação que deve permear a relação entre ele e as partes, no sentido de que lhes assegure o contraditório substancial: aquele em que haja a participação das partes capaz de influir no julgamento.

⁹⁶ Art. 273. O juiz poderá, a requerimento da parte, antecipar, total ou parcialmente, os efeitos da tutela pretendida no pedido inicial, desde que, existindo prova inequívoca, se convença da verossimilhança da alegação e:

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

II - fique caracterizado o abuso de direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório do réu. (Redação dada ao *caput* pela Lei n. 8.952, de 13.12.1994, DOU 14.12.1994, com efeitos a partir de sessenta dias após a data de sua publicação).

⁹⁷ Que incluiu, no art. 5º da CF/88, o inciso LXXVIII.

efetividade da jurisdição.

Nesse sentido, cite-se a garantia fundamental da devido processual legal contida no art. 5º, LIV⁹⁸, em que, segundo NERY JR., em seu sentido processual, se acha assegurado o “direito a um rápido e público julgamento”⁹⁹, com cujo conceito se alinha o de MARINONI¹⁰⁰.

Cite-se, ainda, o disposto no art. 5º, XXXV¹⁰¹ da Carta Federal que, ao proibir a lei de excluir da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito, trouxe a previsão da “efetiva tutela do direito material”¹⁰², em cujo escopo se aninha o da razoável duração do processo, o que se coaduna o instituto da antecipação de tutela (art. 273 do CPC com suas sucessivas alterações

⁹⁸ LIV - ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal;

⁹⁹ Nesse sentido, cite-se o afirmado pelo autor: “E é nesse sentido unicamente processual que a doutrina brasileira tem empregado, ao longo dos anos, a locução “devido processo legal” como se pode verificar, v.g., da enumeração que se fez das garantias dela oriundas *verbis*: a) direito à citação e ao conhecimento do teor da acusação; b) direito a um rápido e público julgamento; c) direito ao arrolamento de testemunhas e à notificação das mesmas para comparecimento perante os tribunais; d) direito ao procedimento contraditório; e) direito de não ser processado, julgado ou condenado por alegada infração às leis *ex post facto*; f) direito à plena igualdade entre acusação e defesa; g) direito contra medidas ilegais de busca e apreensão; h) direito de não ser acusado nem condenado com base em provas ilegalmente obtidas; i) direito à assistência judiciária, inclusive gratuita, privilegio contra auto-incriminação (MELLO FILHO; José Celso de. A tutela judicial da liberdade. *RT* 526 (1979), p. 298-299; *idem*. *Constituição ...*, cit., p. 448.]” (NERY JR., 2002, p. 41-42).

¹⁰⁰ Com ele, alinha-se MARINONI: “Ora, se é inquestionável que o autor tem o direito de exercer a pretensão à tutela jurisdicional do direito através da ação, é evidente o seu direito de exercer a ação processual que lhe permita obter a tutela jurisdicional do direito. Quer dizer que o autor tem, ao lado do direito à tutela jurisdicional do direito decorrente do próprio material –, o direito à ação adequada à tutela do direito (ou o direito à tutela jurisdicional efetiva) garantido pelo art. 5.º, XXXV da CF portanto, tem os direitos de influir sobre o convencimento do juiz e de utilizar as técnicas processuais capazes de permitir a efetiva do direito material” (MARINONI, 2011, p. 27); e, ainda do mesmo autor, “Atualmente, diante da inclusão da locução “ameaça a direito” na verbalização do denominado princípio da inafastabilidade, não há mais qualquer dúvida sobre o direito à tutela jurisdicional capaz de impedir a violação do direito.” (MARINONI, 2013, p. 147). No mesmo sentido e do mesmo autor: “Ora, se é inquestionável que o autor tem o direito de exercer a pretensão à tutela jurisdicional do direito através da ação, é evidente o seu direito de exercer a ação processual que lhe permita obter a tutela jurisdicional do direito. Quer dizer que o autor tem, ao lado do direito à tutela jurisdicional do direito decorrente do próprio material –, o direito à ação adequada à tutela do direito (ou o direito à tutela jurisdicional efetiva) garantido pelo art. 5.º, XXXV da CF portanto, tem os direitos de influir sobre o convencimento do juiz e de utilizar as técnicas processuais capazes de permitir a efetiva do direito material” (MARINONI, 2011, p. 27).

¹⁰¹ XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito;

¹⁰² Nesse sentido, cite-se: “Ora, se é inquestionável que o autor tem o direito de exercer a pretensão à tutela jurisdicional do direito através da ação, é evidente o seu direito de exercer a ação processual que lhe permita obter a tutela jurisdicional do direito. Quer dizer que o autor tem, ao lado do direito à tutela jurisdicional do direito decorrente do próprio material –, o direito à ação adequada à tutela do direito (ou o direito à tutela jurisdicional efetiva) garantido pelo art. 5.º, XXXV da CF portanto, tem os direitos de influir sobre o convencimento do juiz e de utilizar as técnicas processuais capazes de permitir a efetiva do direito material” (MARINONI, 2011, p. 27).

legislativas) que, paulatinamente, passou por transformações¹⁰³ a lhe dar maior efetividade e, com ela, celeridade. A inclusão do vocábulo “ameaça” no texto constitucional atual representou avanço do texto para o anterior em que tanto não se achava presente.¹⁰⁴

Nesse sentido, NELSON NERY (2002, p. 100):

Pelo princípio constitucional do direito de ação, todos têm o direito de obter do Poder Judiciário a *tutela jurisdicional adequada*. Não é suficiente o direito à tutela jurisdicional. É preciso que essa tutela seja a *adequada*, sem o que estaria vazio de sentido o princípio. Quando a tutela adequada para o jurisdicionado for medida urgente, o juiz, preenchidos os requisitos legais, tem de concedê-la, independentemente de haver lei autorizando, ou, ainda, que haja lei proibindo a tutela urgente.

MONIZ DE ARAGÃO (2001), após informar da existência de asseguaração de ingresso em juízo por diversas Cartas Constitucionais¹⁰⁵, conclui que “essa orientação, que parece refletir um dado cultural do Ocidente, estimula a busca de soluções para todas as disputas entre os cidadãos ou entre estes e os órgãos públicos, ou mesmo destes entre si (MONIZ DE ARAGÃO, 2001, p. 510). É nesse sentido que, por vezes, procedimentos e juizados criados com o objetivo de imprimir celeridade, diante de uma *disfunção*¹⁰⁶, acabam por realizar o contrário, conforme ORSINI e RIBEIRO¹⁰⁷.

¹⁰³ Desde a Lei n. 8.952, de 13.12.1994, DOU 14.12.1994, com efeitos a partir de sessenta dias após a data de sua publicação que deu redação ao atual ‘*caput*’ do art. 273 do CPC, este vem sofrendo alterações, das quais:

i. Lei nº 8.952, de 13.12.1994, DOU 14.12.1994, com efeitos a partir de sessenta dias após a data de sua publicação que deu redação aos atuais §§ 1º, 2º, 4º e 5º
ii. Lei nº 10.444, de 07.05.2002, DOU 08.05.2002, com efeitos a partir de 3 (três) meses após a data de publicação, alterando a redação dos §§ 3º, 6º e 7º;

¹⁰⁴ 4. A Constituição brasileira de 1946 estabeleceu regra segundo a qual “a lei não poderá excluir da apreciação do Poder Judiciário qualquer lesão de direito individual” (art. 141, parágrafo 4º) norma saudada por José Frederico Marques como importante marco, por assegurar o direito de ação, ou seja, o direito de resolver questões através de processo contencioso. Pontes de Miranda, informa que “pensamento semelhante” encontrava-se “na Constituição vurtem burguesa de 1819, parágrafo 95”. Nossa Constituição de 1988 manteve o princípio (art. 5º, no. XXXV) e foi elogiada porque teria alargado, pois nele abrangeu, além da lesão, a ameaça de direito” (MONIZ DE ARAGAO, 2001, p. 50).

¹⁰⁵ “Também a Constituição italiana de 1947, art. 24, ou a Lei Fundamental alemã, de 1949, art. 103, e a Constituição espanhola de 1978, art. 24, são exemplos da firme propensão de assegurar o ingresso em juízo” (MONIZ DE ARAGAO, 2001, p. 51).

¹⁰⁶ “O termo “disfunção” é utilizado por alguns autores, como Marçal Justen Filho e Aldacy Rachid, para expressar a utilização de um instrumento jurídico, cujos fins tornam-se incompatíveis com os que justificaram sua consagração pelo ordenamento jurídico. É a subversão do propósito funcional de uma determina atividade estatal” (ORSINI; RIBEIRO, <http://www.publicadireito.com.br/>)

¹⁰⁷ “Os Juizados contribuem, portanto, para promoção da cultura da paz, buscando a composição

Aliás, da convenção de Roma de 1950 (norma mais conhecida como Convenção Europeia de Direitos Humanos) colhem-se inúmeros dispositivos sobre duração do processo, dentre os quais: o art. 5º, n. 5 e 6; art. 6, n. 1 e 3; art. 13, art. 38, n. 1).¹⁰⁸

de litígios em detrimento de relações adversariais inerentes à sistemática tradicional. Contudo, nesse ponto, surgem algumas indagações: têm os Juizados alcançado o objetivo de trazer soluções efetivas e céleres às partes ou a ampliação do acesso à justiça congestiona novamente essa corte, retomando o sentimento de inefetividade do Judiciário? São propostas ações por toda e qualquer demanda, expressando características de uma sociedade altamente demandista. Seria isso expressão de cidadania? Se positivo, em qual medida?

Diante desse contexto, somos levados a refletir sobre a postura do Judiciário diante do enorme demandismo, que pode significar “disfunção”⁶ do sistema judicial. Se, por um lado, percebe-se que pequenos aborrecimentos e transtornos do cotidiano tornaram-se motivo para ajuizar uma ação no Juizado Especial com o objetivo (não somente, mas inclusive) de receber a correspondente indenização em danos morais; por outro lado, sabe-se que podem e devem ser objeto de demanda judicial, porque presente uma lesão. Nesse último caso, caberia ao Judiciário dar uma resposta aos litigantes que se utilizam da Justiça como modo de auferir vantagens econômicas e não cumprir espontaneamente com suas obrigações contratuais? Esses questionamentos serão alvo de discussão ao longo do presente estudo”.

¹⁰⁸ Artículo 5. Derecho a la libertad y a la seguridad

omissis

2. Toda persona detenida preventivamente debe ser informada, en el **más breve plazo** y en una lengua que comprenda, de los motivos de su detención y de cualquier acusación formulada contra ella.

3. Toda persona detenida preventivamente o internada en las condiciones previstas en el párr. 1 c) del presente artículo deberá ser conducida **sin dilación** a presencia de un juez o de otra autoridad habilitada por la ley para ejercer poderes judiciales, y tendrá derecho a ser juzgada en un **plazo razonable** o a ser puesta en libertad durante el procedimiento. La puesta en libertad puede ser condicionada a una garantía que asegure la comparecencia del interesado en juicio.

4. Toda persona privada de su libertad mediante detención preventiva o internamiento tendrá derecho a presentar un recurso ante un órgano judicial, a fin de que se pronuncie en **breve plazo** sobre la legalidad de su privación de libertad y ordene su puesta en libertad, si fuera ilegal.

omissis

Artículo 6. Derecho a un proceso equitativo

1. Toda persona tiene derecho a que su causa sea oída equitativa, públicamente y **dentro de un plazo razonable**, por un Tribunal independiente e imparcial, establecido por la ley, que decidirá los litigios sobre sus derechos y obligaciones de carácter civil o sobre el fundamento de cualquier acusación en materia penal dirigida contra ella. La sentencia debe ser pronunciada públicamente, pero el acceso a la Sala de Audiencia puede ser prohibido a la prensa y al público durante la totalidad o parte del proceso en interés de la moralidad, del orden público o de la seguridad nacional en una sociedad democrática, cuando los intereses de los menores o la protección de la vida privada de las partes en el proceso así lo exijan o en la medida considerada necesaria por el Tribunal, cuando en circunstancias especiales la publicidad pudiera ser perjudicial para los intereses de la justicia.

omissis

3. Todo acusado tiene, como mínimo, los siguientes derechos:

a) A ser informado, **en el más breve plazo**, en una lengua que comprenda y detalladamente, de la naturaleza y de la causa de la acusación formulada contra él.

omissis

Artículo 13. Derecho a un recurso efectivo

Toda persona cuyos derechos y libertades reconocidos en el presente Convenio hayan sido violados tiene derecho a la concesión de un recurso **efectivo** ante una instancia nacional, incluso cuando la violación haya sido cometida por personas que actúen en el ejercicio de sus funciones oficiales.

A declaração universal dos direitos humanos possui o seguinte comando:

Artigo 8º - Todos têm o direito a um remédio judicial efetivo pelo tribunal competente, de acordo com a lei ou a Constituição, para julgar atos violadores dos direitos fundamentais.¹⁰⁹

Ora, pode-se entender como “remédio efetivo” a tempestiva tutela jurisdicional, razão por que se pode, à semelhança dos demais dispositivos, afirmar que nessa declaração há norma sobre a efetividade.

No Brasil, antes da promulgação da EC/45, o próprio pacto de San Jose da Costa Rica, recepcionado pelo decreto 678 de 06.11.1992, já previa em diversos pontos a razoável duração do processo. E dito pacto é pródigo em dispositivos a albergar a dita garantia, dentre os quais: art. 7º, n. 5 e n. 6;¹¹⁰ art. 8º, n. 1¹¹¹ e art. 25, n. 1.¹¹² e art. 48¹¹³.

omissis

Artículo 38. Examen contradictorio del asunto y procedimiento de arreglo amistoso

1. Si el Tribunal declara admisible una demanda:

a) Procederá al examen contradictorio del caso con los representantes de las partes y, si procede, a una indagación, para cuya **eficaz realización** los Estados interesados proporcionarán todas las facilidades necesarias;” Disponível em:

<<http://www.intermigra.info/intermigra/archivos/legislacion/internac011.htm>>. Acesso em: 05 nov. 2013, às 13:50;

¹⁰⁹ Tradução livre do autor da seguinte norma:

Article 8.

Everyone has the right to an **effective remedy** by the competent national tribunals for acts violating the fundamental rights granted him by the constitution or by law. Disponível em:

<<http://www.un.org/en/documents/udhr/>>. Acesso em: 05 nov. 2013, às 14:10.

¹¹⁰ Artigo 7º - Direito à liberdade pessoal

5. Toda pessoa presa, detida ou retida deve ser conduzida, sem demora, à presença de um juiz ou outra autoridade autorizada por lei a exercer funções judiciais e tem o direito de ser julgada em prazo razoável ou de ser posta em liberdade, sem prejuízo de que prossiga o processo. Sua liberdade pode ser condicionada a garantias que assegurem o seu comparecimento em juízo.

6. Toda pessoa privada da liberdade tem direito a recorrer a um juiz ou tribunal competente, a fim de que este decida, sem demora, sobre a legalidade de sua prisão ou detenção e ordene sua soltura, se a prisão ou a detenção forem ilegais. Nos Estados-partes cujas leis prevêm que toda pessoa que se vir ameaçada de ser privada de sua liberdade tem direito a recorrer a um juiz ou tribunal competente, a fim de que este decida sobre a legalidade de tal ameaça, tal recurso não pode ser restringido nem abolido. O recurso pode ser interposto pela própria pessoa ou por outra pessoa.

¹¹¹ 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.

¹¹² Artigo 25 - Proteção judicial

1. Toda pessoa tem direito a um recurso simples e rápido ou a qualquer outro recurso efetivo, perante os juízes ou tribunais competentes, que a proteja contra atos que violem seus direitos fundamentais reconhecidos pela Constituição, pela lei ou pela presente Convenção, mesmo

Por fim, com a promulgação da EC/45 a trazer o inciso LXXVIII ao art. 5º da CF/88 que, dentre os direitos fundamentais constitucionais, prevê “*a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação*”, a questão passa a ser, *literalmente*, tratada pela Constituição da República.

Note que, a despeito de já prevista norma similar a esta no CPC, o fato de tê-la elevado ao *status* de direito fundamental constitucional, conforme atual interpretação constitucional, importou muito, conforme se vê adiante.

4.2.1 Alguns dispositivos no CPC que albergam ou asseguram a garantia da rápida solução do litígio

O CPC, em sua atual vigência e de sua redação primitiva, prevê que – dentre os poderes, deveres e responsabilidades do juiz – se acha o de “velar para rápida solução do litígio” (art. 125, II do CPC).

E, sobre esse dispositivo, PONTES DE MIRANDA (2003, p. 367) afirma que o

artigo 125 tem de ser interpretado como se dissesse: ‘O juiz dirigirá formal e materialmente, o processo. Uma das suas finalidades há de ser a celeridade dos feitos, sem prejuízo da defesa dos interessados’, o respeito do princípio de igual tratamento das partes e a prevenção e repressão a qualquer ato contrário à dignidade da justiça. A política da rapidez obcecou o legislador, diante das reclamações públicas, e não

quando tal violação seja cometida por pessoas que estejam atuando no exercício de suas funções oficiais.

¹¹³ Artigo 48 –

1. A Comissão, ao receber uma petição ou comunicação na qual se alegue a violação de qualquer dos direitos consagrados nesta Convenção, procederá da seguinte maneira:

a) se reconhecer a admissibilidade da petição ou comunicação, solicitará informações ao Governo do Estado ao qual pertença a autoridade apontada como responsável pela violação alegada e transcreverá as partes pertinentes da petição ou comunicação. As referidas informações devem ser enviadas **dentro de um prazo razoável**, fixado pela Comissão ao considerar as circunstâncias de cada caso; [...]

d) se o expediente não houver sido arquivado, e com o fim de comprovar os fatos, a Comissão procederá, com conhecimento das partes, a um exame do assunto exposto na petição ou comunicação. Se for necessário e conveniente, a Comissão procederá a uma investigação para cuja **eficaz realização** solicitará, e os Estados interessados lhe proporcionarão, todas as facilidades necessárias; Disponível em: <<http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/instrumentos/sanjose.htm>>. Acesso em: 05 nov. 2013, às 13:30.

raro o subconsciente esponta nos textos das próprias regras legais. A presteza dos processos não é de somenos importância (longe disso); porém seria crê-la o requisito principal da justiça.

Comentando esse dispositivo, CELSO BARBI (1998, p. 385) fala sobre a constante tensão que se verifica entre “a necessidade da decisão rápida e a da segurança na defesa do direito dos litigantes”, concluindo que o aumento da intensidade de um desses vértices implica, quase que necessariamente, na diminuição do outro.

Conforme visto, não apenas o disposto no citado art. 125, II do CPC prevê (*rectius*: assegura) a razoável duração do processo.

Isto porque, para que se conduza um processo em uma duração diacronicamente razoável, mister se assegurar que não haja a prática de atos desnecessários e que impeçam a consecução de tal fim e, no CPC, acha-se a positividade deles, entre os quais: art. 14, 17, 538 e 600 com as devidas sanções – respectivamente, nos art. 18, § único do art. 538 e 601 do CPC.

E a repressão das condutas contrárias à Boa-fé processual foi, desde o início, preocupação de Buzaid que relata isto na exposição de motivos¹¹⁴ do CPC.

O julgamento antecipado da lide (art. 330¹¹⁵ do CPC) foi uma novidade trazida pelo CPC de 1973 e representou importante papel na redução do tempo de tramitação dos feitos, conforme destaca BARBOSA MOREIRA¹¹⁶.

¹¹⁴ "Posto que o processo civil seja, de sua índole, eminentemente dialético, é reprovável que as partes se sirvam dele, faltando ao dever da verdade, agindo com deslealdade e empregando artifícios fraudulentos. porque tal conduta não se compadece com a dignidade de um instrumento que o Estado põe à disposição dos contendores para atuação do direito e realização da justiça". Com essas palavras a Exposição de Motivos do Min. Alfredo Buzaid anunciou uma das mais agudas preocupações da reforma de 1.973, que foi a de impor com energia um sistema de austeridade no processo - e não só às partes, como também aos seus procuradores, órgãos do Ministério Público, auxiliares da Justiça e até mesmo aos juízes de todos os graus de jurisdição" (DINAMARCO, 1996, p. 62-63).

¹¹⁵ Art. 330. O juiz conhecerá diretamente do pedido, proferindo sentença:

I - quando a questão de mérito for unicamente de direito, ou, sendo de direito e de fato, não houver necessidade de produzir prova em audiência;

II - quando ocorrer a revelia (artigo 319). (Redação dada ao inciso pela Lei nº 5.925, de 01.10.1973, DOU 02.10.1973, com efeitos a partir de 01.01.1974).

¹¹⁶ Veja-se, por exemplo, o problema da lentidão processual. Sem dúvida algum esforço merece ser feito, para atenuar o mal, em sede de interpretação das normas que regem o andamento das causas em juízo: sendo igualmente admissíveis dois entendimentos diversos, há de preferir-se o mais favorável à rápida solução do litígio. Algo também se pode conseguir — e portanto se deve preconizar — na perspectiva da reforma das leis processuais. Particularizando o discurso para o caso do direito brasileiro, é justo reconhecer, ao propósito, os bons préstimos de algumas inovações introduzidas pelo Código de Processo Civil de 1973: se em certa medida se vêm

Além desses dispositivos que, diretamente, tratam da razoável duração do processo (ou em reprimir a conduta contrária das partes à efetividade nessa prestação jurisdicional), outros dispositivos há em que, indiretamente, se pode obter dita efetividade, tais como o princípio da adstrição (art. 128¹¹⁷ do CPC) e o instituto da preclusão sobre a qual se fazem algumas considerações.

4.2.1.1 A preclusão¹¹⁸

Note-se que, muito do que se tem exposto neste trabalho centra visão no porvir do processo, de cuja perspectiva não se pode, para torná-lo efetivo, esquecer-se de institutos já consolidados, dentre os quais o da preclusão.

É ela, a preclusão, ainda dois vértices de um mesmo lado: ao mesmo tempo em que visa a garantir a segurança jurídica, imprime, no vetusto conceito da doutrina peninsular, um caminhar à frente na marcha procedimental e, com isto, assegura o desiderato, ora constitucional, da celeridade.

E os valores constitucionais que o regem vêm encerrados nos princípios que *“têm a função de organizar o sistema jurídico, atuando como elo responsável por demonstrar os resultados escolhidos pela nação, sendo inegável o seu caráter prevalentemente axiológico. Daí a razão pela qual os valores atuais de uma nação determinam a real extensão e interpretação dos princípios”*, conforme LUCON (2008, p. 15).

E é, mediante o prisma da razoabilidade, que se pretende fazer a leitura de tal instituto à luz dos princípios da segurança jurídica e, ao mesmo lado, da celeridade.

frustrando as intenções que inspiraram a criação do procedimento sumaríssimo não há negar, v. g., o avanço que representou, quanto ao procedimento ordinário, a instituição do "julgamento antecipado da lide" (art. 330), a evitar a inútil espera, depois de expostas as pretensões das partes, de uma "audiência de instrução e julgamento" desprovida de significação quando não haja necessidade de provas cuja colheita pudesse justificá-la" (BARBOSA MOREIRA, 1982, p. 206-7).

¹¹⁷ Art. 128. O juiz decidirá a lide nos limites em que foi proposta, sendo-lhe defeso conhecer de questões, não suscitadas, a cujo respeito a lei exige a iniciativa da parte.

¹¹⁸ Sobre preclusão, veja MUZZI, Tiago Luís Coelho da Rocha. Princípio da preclusão. In: EÇA, Vitor Salino de Moura. **Atuação principiológica no processo do trabalho** (estudo em homenagem ao professor Carlos Henrique Bezerra Leite). Belo Horizonte: RTM, 2012, p. 215-222.

4.2.1.1.1 Aspectos doutrinário-históricos do instituto

O grande doutrinador que sistematizou o instituto, apercebendo-se do fenômeno, foi, indubitavelmente, CHIOVENDA (2009) que, inicialmente, conceituava a preclusão como sendo “a perda, extinção ou consumação de uma faculdade processual pelo fato de se haverem alcançado os limites assinalados por lei ao seu exercício”, conforme noticia THEODORO JR. (2000), descrição esta que, posteriormente, tomou um caráter mais descritivo, com o que se coadunou o entendimento de JOSÉ FREDERICO MARQUES (1997), ao atribuir-lhe as denominações de *preclusão temporal*, *preclusão lógica* e *preclusão consumativa*.

Destaca MARQUES (1997, p. 201), ainda, o caráter objetivo (fato impeditivo que garante a marcha à frente e impede o retrocesso no processo) e subjetivo (a perda da faculdade processual já esgotada pelo exercício ou não exercitada na oportunidade devida) da preclusão.

Em ditas conceituações havia uma lacuna: a da extensão de tais efeitos, os da perda de faculdade processual, ao Juiz, lacuna esta colmatada por BARBI (1955, p. 58 e segs), para quem é parte integrante de dita força preclusiva aquela de impedir o juiz de decidir novamente as questões já decididas, o que vem, presentemente, contido no art. 471 do CPC.

Dentro da ponderação de valores posta ao cabo do tópico antecedente é que nasce, no direito atual permeado de uma leitura à luz (filtro) da Constituição¹¹⁹, o grande desafio a ser emprestado ao conceito (*‘rectius’*: na aplicação dele) de preclusão: o de assegurar um curso, ao mesmo tempo, célere e seguro à prestação jurisdicional.

¹¹⁹ “*Pero lo importante es tener presente que toda interpretación, sea sustantiva o instrumental, remite a postulados que están por encima de ellos.*” (BALAUNDE, Domingo García. Interpretación constitucional e interpretación procesal constitucional, *In Direitos fundamentais e estado constitucional* – estudos em homenagem a J.J. Gomes Canotilho, Ed. RT, 2009, p. 111).

4.2.1.1.2 Modalidades de preclusão

No direito pátrio, foi MARQUES (1997) quem trouxe a divisão do gênero preclusão nas espécies temporal, lógica e consumativa.

Aquela se dá quando

[...] *‘o decurso do tempo é que constitui ou forma o fato impeditivo’*; essa, *‘quando a incompatibilidade entre um ato processual já praticado e outro que se pretende praticar se torna fato impeditivo a não permitir que se realize o ato posterior’* e esta, *‘quando o pronunciamento decisório sobre determinada uma questão toma as características de fato impeditivo, não possibilitando reexame posterior da referida questão (ne bis in idem)’*, conforme ensina Marques (1997, p. 201).

A preclusão temporal vem regulada pelo atual art. 183 do CPC que, como hipótese exceptuativa de aplicação, traz, em seu § 1º, a da configuração “justa causa”, cujo conceito ali previsto – evento imprevisto, alheio à vontade da parte e que a impediu de praticar o ato por si ou por mandatário – é, segundo PONTE DE MIRANDA (2001, p. 139),

[...] *‘mais amplo do que o de força maior. Se o ato processual tinha de ser praticado pelo advogado, a justa causa há de ser concernente à atuação dele, e não da parte. Se só a parte poderia praticá-lo, a justa causa há de ser para ter havido sua omissão.*

O art. 245 do CPC trata também de preclusão temporal que, à semelhança do previsto no § 1º do art. 183, pode ser afastada por “impedimento legítimo”.

Exemplo a ser citado de preclusão lógica é aquela regulada pelo art. 117 do CPC, segundo o qual *“não pode suscitar conflito a parte que, no processo, ofereceu exceção de incompetência.”*

A preclusão *‘pro-judicato’* regula-se pelo art. 471 do CPC, a cuja inteligência faz-se necessário o conhecimento técnico instrumental do vocábulo questão: ponto duvidoso de fato ou direito.¹²⁰

Ora, a decisão que resolva uma questão possui, indubitavelmente, caráter decisório (e, portanto, poderá ser sentença ou decisão interlocutória, a cuja irresignação poderá valer-se a parte, a fim de evitar o efeito preclusivo, de recurso

¹²⁰ Nesse sentido: ARAÚJO CINTRA, 2000, p. 275.

próprio: agravo ou apelação).

Tal preclusão serve, ainda, como forma de – evitando surpresas às partes e, via direta de consequência, malferimento ao princípio da segurança jurídica – coibir a mudança abrupta no curso procedimental e, com isto, permitir a vulneração ao princípio da ampla defesa.

Ora, diante do estatuído pelo art. 471 do CPC, ressaltando inquestionável que, não apenas às partes, mas como também o juiz está sujeito à preclusão que, neste caso, se denomina de “*pro-judicato*”, que vem contida no aforismo *bis de eadem re ne sit actio*¹²¹, a ser interpretado no senso de ser vedado submeter-se ao juiz, novamente, demanda decidida ou questão sobre a qual já tenha ele se manifestado.

Afora casos de evidente erro de fato, com o pronunciamento sobre a questão, o juiz presta a função jurisdicional devida e, com essa prestação, finda o seu papel de dizer o direito e é a preclusão *pro-judicato* instituto caro à segurança de todos e na certeza, uma vez que, decidido, o ponto duvidoso não será (*rectius*: deverá ser) reapreciado pelo mesmo juiz e na mesma instância, não se tratando de matéria de Ordem Pública ou em casos de evidente e manifesto erro.

4.2.1.1.3 Algumas considerações necessárias sobre preclusão

Dois, sobretudo, são os pontos que demandam reflexão, a partir da qual, no atual viés propositivo da ciência, se possa buscar saída.

O primeiro deles liga-se àquilo a que alguns estudiosos têm denominado de “prova diabólica”, isto é, aquela prova que, de tal ordem difícil de ser produzida (quer pelo desequilíbrio econômico-financeiro, técnico ou por outro fator), implique na impossibilidade do detentor do ônus de desincumbir-se dele (caso do paciente operado por médico, exigir daquele comprovar que a técnica utilizada por este foi a adequada e esperada, por exemplo). Necessário que, para a asseguuração da ampla defesa, saneado o feito deve-se, nesses casos, o juiz indicar que está a

¹²¹ Tradução livre do autor: não se admitem duas demandas para debater o mesmo assunto – que, por extensão, se pode entender a impossibilidade de resolução de uma questão já decidida.

inverter o ônus.

O segundo, o de que uma leitura açodada desse instituto pode esvaziar, indevidamente, a *'mens'* de efetividade rogada pelo poder legiferante como um interesse indelével do jurisdicionado, o que se afigura indesejável.

Antes de confrontar tal desiderato, é a preclusão um valioso instrumento para assegurá-lo.

4.2.1.1.3.1 A preclusão e efetividade – Do ato processual passível de correção

Duas coisas talvez assemelhadas, mas que, em absoluto, não de confundirem-se são, de um lado, a preclusão e, doutro, a retificação de erros ou suprimimento de falhas de atos já praticados.

O anseio atual é o de que haja a prestação jurisdicional de forma efetiva e, para tanto e dentre outros aspectos, segura e rápida.

Para a ultimação de tal anseio, o maior resultado com a menor prática de atos é o desejável (eficiência).

Logo, desde que não ofenda garantias da outra parte, ainda que não haja positividade, é desejável permitir-se tanto.

Ocorre que positividade há. Tanto assim que, em havendo vício na inicial, pode (*'rectius'*: deve) o juiz determinar-lhe a emenda, mercê do art. 284 e 616 do CPC.

Eis, aqui, campo para alargamento, desde que haja proposição de previsão, pois que se deve, como dito e na medida do possível, assegurar ao jurisdicionado, não apenas o amplo acesso à jurisdição, mas a ampla participação cooperativa, por meio da qual se possa obter uma decisão que chegue ao mérito.

4.2.1.1.3.2 Preclusão e ordem pública

Uma grande questão limitadora da preclusão *pro-judicato*¹²² se apresenta: a do reconhecimento das questões de ordem pública.

Tudo aquilo que esteja elencado no art. 301 do CPC, salvo o disposto no inciso IX do CPC, é tido como matéria de Ordem Pública e, portanto, pode (*'rectius'*: deve) ser conhecido *'ex officio'* pelo Estado-juiz. Há posicionamento do STF a respeito (RTJ, 101/901).

4.2.1.1.4. Conclusão sobre a preclusão

A atual visão a ser emprestada à preclusão, em que as regras (tudo ou nada) abrem espaço à percepção dos anseios éticos eleitos pela sociedade, por meio dos princípios (regras de otimização), é a de convívio, via ponderação de interesses, entre os princípios da celeridade, efetividade e segurança jurídica que, se bem aplicados ao instituto, ao invés de anularem-se, se somam.

4.3 ASPECTOS ÍNSITOS DE UMA GARANTIA CONSTITUCIONAL (DIREITO FUNDAMENTAL) CONTIDA NO ART. 5º, LXXVIII

É inoidável que, com a promulgação do art. 5º, LXXVIII da CF/88, tomaram outras vestes o direito à razoável duração do processo ou o efeito irradiante dela para as demais normas, isto é, conforme ANDOLINA e VIGNERA (1990, p. 11)¹²³, o dever ser das demais normas em acordo à norma

¹²² E não apenas para elas, mas como também para todas as demais;

¹²³ “Nella nuova prospettiva post-constituzionale, quindi, il problema del processo non riguarda soltanto il suo essere (idest: la sua concreta organizzazione secondo Le leggi ordinarie vigenti), ma anche il suo dover essere (idest: la conformità del suo assetto positivo Allá normativa costituzionale sull'esercizio dell'attività giurisdizionale)

Il problema della giurisdizionale, a sua volta non è più una mera questione di tipo (essenzialmente) definitorio interessante soprattutto la teoria generale del diritto e dello stato, costituendo invece di fronte ad un procedimento (positivo) strumentale all'esercizio della funzione giurisdizionale

constitucional.

Há os que sustentam – mesmo antes de erigido o direito à razoável duração do processo ao patamar constitucional com a inclusão do inciso LXXVIII no art. 5º, por meio da EC/45 – haver dispositivos que indicam já estar dita garantia, ainda que de forma implícita, presente desde sua promulgação¹²⁴. Para tanto, fundam tal afirmação na existência, presente desde a promulgação da CF/88, do art. 5º, incisos XXXV e LIV.

A atual dogmática jurídica coaduna-se com o entendimento de que “as normas em geral, e as normas constitucionais em particular, enquadram-se em duas grandes categorias diversas: os princípios e as regras. Normalmente, as regras contêm relato mais objetivo, com incidência restrita às situações específicas às quais se dirigem. Já os princípios têm maior teor de abstração e uma finalidade mais destacada no sistema”, segundo BARROSO¹²⁵.

Conforme ROBERT ALEXY, segundo BARROSO (2008, nota 61, p. 31), as regras contem *mandados de definição*, enquanto os princípios são *mandados de otimização*. Nesse sentido, BARROSO (2008, nota 61, p. 31):

O tema foi retomado, substancialmente sobre as mesmas premissas, pelo autor alemão Alexy, Robert (**Teoria de los derechos fundamentales**, 2008, p. 81 ss.), cujas ideias centrais na matéria são resumidas a seguir. As regras veiculam mandados de definição, ao passo que os princípios são mandados de otimização. Por essas expressões se quer significar que as regras (mandados de definição) têm natureza biunívoca, isto é, só admitem duas espécies de situação, dada seu substrato fático típico: ou são válidas e se aplicam ou não se aplicam por invalidá-las. Uma regra vale ou não vale juridicamente. Não são admitidas gradações. A exceção da regra ou é outra regra, que invalida a primeira, ou é a sua violação. Os princípios se comportam de maneira diversa. Como mandados de otimização, pretendem eles ser realizados da forma mais ampla possível, admitindo, entretanto, aplicação mais ou menos intensa de acordo com as possibilidades jurídicas existentes, sem que isso comprometa sua validade. Esses limites jurídicos, capazes de restringir a otimização do princípio, são (i) regras que o excepcionam em algum ponto e (ii) outros princípios de

occorre controllare se lo stesso effettivamente é come dovrebbe (secondo la Costituzione) essere.

L'oggetto di queste lezioni é costituito proprio dalla “giurisdizionalita costituzionalmente derivata” del processo, dal suo dover essere allá stregua della normativa costituzionale.” (ANDOLINA; VIGNERA, 1990, p. 11.

¹²⁴ Nesse sentido, veja-se o item 4 .2 acima.

¹²⁵ *Apud* BARROSO, Luís Roberto. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro (Pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo). *In*: BARROSO, 2008, p. 30.

mesma estatura e opostos que procuram igualmente maximizar-se, impondo a necessidade eventual de ponderação.

Ora, diante de tal afirmação, não é difícil antever que a norma em questão, pelo caráter indeterminado dos conceitos nela tratados (nesse sentido, o termo “razoável duração”) se trata de um princípio e, como tal, conforme ROBERTO ALEXANDRE (2008), passível de ser ponderado (“aplicação mais ou menos intensa de acordo com as possibilidades jurídicas existentes, sem que isso comprometa sua validade”) com outros princípios, a fim de que – interagindo-se, em graus de intensidade distinto entre si – os princípios ponderados (princípio da Unidade da Constituição) e não se anulando, chegue-se à solução mais adequada, axiologicamente, ao caso.

A grande questão que, adiante será aprofundada, é saber se dita ponderação pode ser feita com o princípio da Ampla Defesa (art. 5º, LV da CF/88) e, se sim, de que forma.

Poder-se-ia, em se tratando de norma de caráter processual, afirmar que se lhe aplicaria o princípio *tempus regit actum*, mas, por encontrar-se no rol do art. 5º da CF/88 possui um aspecto mais abrangente.

Com efeito, por tratar-se de norma definidora de “direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata” (§ 1º do art. 5º da CF/88) e, ainda segundo definição de JOSÉ AFONSO DA SILVA, possui eficácia plena e aplicabilidade direta, imediata e integral, conforme PEREIRA (2008, apud GOMES NETO, 2008, p. 185-186).¹²⁶

¹²⁶ “No contexto brasileiro, o exame da natureza das normas constitucionais, segundo o critério de aplicabilidade, contou com a preciosa contribuição do professor José Afonso da Silva, a quem devemos a classificação mais aceita das normas constitucionais no plano da eficácia jurídica.

De acordo com a distinção do renomado autor, existiriam: i) normas constitucionais de eficácia plena e aplicabilidade direta, imediata e integral; ii) normas de eficácia contida e aplicabilidade direta e imediata, mas possivelmente não integral; e iii) normas de eficácia limitada, que se subdividem em, a) declaratórias de princípios institutivos ou organizativos, e b) declaratórias de princípio programático.

Da mais alta relevância o estudo e compreensão da classificação supra, os graus de eficácia jurídica de cada norma, em virtude da identificação do tipo de norma revelar sua eficácia e aplicabilidade dentro de nosso ordenamento jurídico, determinando os efeitos práticos desta normatividade junto ao legislador, aplicadores do direito e governantes. Que não soe redundante, em se tratando de direitos fundamentais”.

Contrariamente às de eficácia contida e limitada, as normas de eficácia plena exprimem tudo que desejam, sendo completas naquilo que seu texto dispõe, dispensando leis integrativas ulteriores. Logo, independem de uma legislação infraconstitucional futura que lhes permita produzir todos os

Note-se que a norma constitucional em questão, por conter elementos de notável indeterminação – tais como “razoável duração” – só se permite, inequivocamente, identificar o seu descumprimento em casos de notável desvio, os quais, decerto, são exceções à regra, pois, fosse o contrário, e o desvio não seria notado.

Assim, sem uma baliza ou um indicador mais claro, a regra em questão se mostra diminuída, havendo necessário positivar tal esclarecimento, a fim de que dela se possa obter o maior grau de efetividade.

Um exemplo claro de regras que demandam um dado objetivo é a do art. § 2º do 543-C do CPC em que, na ausência de um prazo para que a Corte Superior (STJ) julgue um recurso por ela própria eleito como paradigma, acaba por paralisar milhares de outras demandas afetadas, cujos julgamentos dependam do daquele do processo, conforme abordado a seguir.

Sobre a questão da interpretação das normas constitucionais que guardam direitos fundamentais, cite-se FREIRE PIMENTA (2009, p. 10, nota 6):

O *modus operandi* desse método de concretização das normas constitucionais foi bem delineado por KONRAD HESSE (In: Grundzuge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, p. 25 e 42. *Apud* BONAVIDES, 2013) partindo da natureza genérica, flexível e incompleta das normas constitucionais, afirma que o teor das mesmas só se completa no ato interpretativo. Esclarece que o método concretista de interpretação gravita ao redor de três elementos básicos: a norma que se vai concretizar, a "compreensão prévia" do intérprete e o problema concreto a resolver. Só no momento da aplicação da norma

seus efeitos, ou mesmo os restrinja em se tratando de normas de eficácia contida, em virtude de suas disposições serem peremptórias "sobre os interesses regulados."

O exame do inciso LXXVIII revela que é norma de aplicabilidade direta — imediata, integral e eficácia plena — já que dita a razoável duração sem que para tal careça de norma infraconstitucional. Não bastando, a partir da leitura do § 1º do art. 50 da CF é forçoso concluir que tão logo tenha entrado em vigor, o referido inciso possui as atribuições já declinada.

Consoante o exposto, em sendo de aplicabilidade imediata (direta) dispensar-se-ia a edição de outras leis, apesar de ao nível da eficácia social serem bem-vindas as reformas sob a égide do mandamento constitucional. Com efeito, a louvável atitude do legislador em aprovar leis e adaptar a legislação infraconstitucional pré-existente, não encerra a tarefa que ainda abarca governantes e pretores, mormente quando discorreremos sobre direitos tidos por fundamentais.

De tudo isto, não preconizaremos revoluções diretas na práxis. Cumpre observar que pretendemos dissertar no âmbito do mundo jurídico, tão-somente a eficácia jurídica, sem tomar em consideração, como o faz o Professor José Afonso da Silva, acerca da eficácia social.

Os efeitos concretos da cláusula exorbitam de nosso empenho, aventando apenas algumas possíveis mudanças de postura frente a leis e instrumentos processuais." (PEREIRA, Mateus Costa. Algumas ilações a partir do inciso LXXVIII do art. 5º da CONSTITUIÇÃO FEDERAL: SUBSTRATO A DISCUSSÕES. In: GOMES NETO, José Mário Wanderley (org.). Dimensões do acesso à justiça, Salvador: JURISPODIVM, 2008, p. 185-186).

constitucional aberta e multidimensional é que o seu verdadeiro significado será completado pelo juiz, a partir dos valores por ela estabelecidos e diante das especificidades do problema a ser resolvido através de sua incidência e aplicação ao caso concreto.

BONAVIDES (2013, p. 541-545) acrescenta que, nas Constituições pós-positivistas nas quais boa parte de seus dispositivos têm a natureza de normas-princípio (por natureza vazadas em fórmulas amplas, vagas e maleáveis), será inútil e insuficiente a simples interpretação dessas normas, com base na técnica da subsunção, típica da clássica Hermenêutica positivista. A nova Hermenêutica pós-positivista terá que lançar mão de uma nova metodologia - a concretização, por meio da qual o aplicador do Direito terá que ter uma certa diligência criativa, complementar e aditiva para conseguir a indispensável completude de sentido necessária para a incidência das normas-princípio sobre o caso concreto submetido a seu exame e decisão, a qual, por sua vez, dele exigirá uma vasta e sólida pré-compreensão das questões sociais, por meio da "qual ele poderá proferir decisões com mais sensibilidade para os direitos fundamentais e para o quadro social da ordem jurídico-constitucional a que os mesmos se ligam. CANOTILHO, por sua vez, ao explicar o conceito de "concretização da Constituição", esclarece que ele se traduz, fundamentalmente, no processo de densificação de regras e princípios constitucionais, esclarecendo que "densificar uma norma" significa preencher, complementar e precisar o espaço normativo de um preceito constitucional (que seja demasiado genérico para ser diretamente aplicado), para que seja possível a utilização do mesmo para a solução de determinado problema concreto. Acrescenta que o processo de concretização das normas constitucionais é um trabalho técnico-jurídico diverso da simples interpretação do texto da norma; é, sim, a construção de uma norma jurídica. Por fim, observa que a "concretização" implica sempre a necessidade de introduzir a "realidade", os elementos não normativos, a análise dos conflitos de interesses e dos resultados no procedimento concretizante (CANOTILHO, 1993.p. 201-204, texto e nota 2) Especificamente sobre os conceitos de compreensão e de pré-compreensão como pontos de partida do método de concretização das normas constitucionais, vejam-se também VENTURI, Elton. Processo civil coletivo.

Note-se, assim, que o papel do intérprete é o de dar concretude à norma constitucional que se pretende interpretar.

4.4 RAZOÁVEL DURAÇÃO DO PROCESSO *VERSUS* AMPLA DEFESA: TEMPO SUFICIENTE

Conforme já pontuado, há uma tensão visível entre duas normas constitucionais: de um lado, na asseguuração da razoável duração do processo (art. 5º, LXXVIII) e, de outro, na garantia albergada no art. 5º, LV da CF/88, no sentido de assegurar a ampla defesa.

Note-se que um método de simples subsunção é inviável para a

conciliação desta tensão, pois que, nem sempre, o que pode ser razoável para uma demanda não o é para outra; nem sempre a garantia à ampla defesa se perfaz em um processo rápido.

Ao revés, denota-se certo antagonismo entre os dois princípios, máxime se são analisados sob a perspectiva de rápido como o insuficiente a garantir a ampla defesa.

Para se buscar a conciliação entre tais princípios, mister afastar o método de subsunção, de simples enquadramento da conduta *in concreto* a um tipo previsto na norma *in abstracto*. Tal enquadramento perfeito (enquadrar-se ou não) é inviável para debelar a tensão existente entre estes dois princípios, uma vez que adequado às regras, mas inviável aos princípios.

Um bom começo para se tentar atender a estes dois princípios seria o do *tempo suficiente*, em que, atendendo à Ampla Defesa, se busque, por meio de rigorosa punição às condutas contrárias à Boa-fé (e capituladas no CPC: art. 14, 17, 538, § único e 600), da adequada leitura e técnica processual de instrumentos já existentes (entre outros, os art. 128, 130, 183, 249, § 1º¹²⁷, 250¹²⁸), aplicados de uma forma mais cooperativa, buscando, por meio de um “formalismo-valorativo”¹²⁹, evitar condutas que representem “desperdício” de tempo e, sem essa *disfunção diacrônica*, aumentar a eficiência e, com ela, reduzir o tempo de duração das demandas.

A isto, somam-se os prazos concedidos às partes (sobretudo, aquele de que trata o art. 196 do CPC), aos Juízes e servidores que, não raro, deixam de ser cumpridos, a cuja obediência, à semelhança do predito, ressairia menor prazo de tramitação.

Nesse sentido, os prazos do procedimento sumário (dentre os quais, o de

¹²⁷ Sobre este dispositivo a insuperável obra: BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Efetividade do processo e técnica processual*. São Paulo: Malheiros, 2006.

¹²⁸ Sobre nulidade, citem-se: GONÇALVES, Aroldo Plínio. **Nulidades no Processo**. 2. ed., Belo Horizonte: DELREY, 2012 e WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Nulidades do processo e da sentença**. 4. ed. rev. e ampl., 2ª tiragem, São Paulo: RT, 1997

¹²⁹ Nesse sentido, cite-se: OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro. **Do formalismo no processo civil**. 2. ed. rev. e acrescida de apêndice. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 183-207 e OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro. O formalismo-valorativo no confronto com o formalismo efetivo. *In*: DIDIER JR., Fredie *et al.* (org), *Leituras complementares de processo civil*, Salvador: JURISPODIVM, 6. ed. 2008, p. 351-372.

30 dias para a realização da audiência de conciliação, conforme art. 277¹³⁰ do CPC e o prazo para a prolação de sentença em 10 dias, conforme art. 281¹³¹) e os do ordinário, dentre os quais merece destaque o do art. 456, CPC: “Encerrado o debate ou oferecidos os memoriais, o juiz proferirá a sentença desde logo ou no prazo de 10 (dez) dias” e os do art. 189¹³² do CPC.

Os servidores, da mesma sorte, cumprissem as determinações contidas no art. e 190¹³³ do CPC e, decerto, haveria maior efetividade.

Note que regra há para todos os ditos atores do processo (Juiz, partes, auxiliares do juiz, servidores), no sentido de lhes haver a legislação designado prazos, o que se coaduna com a objetividade necessária para retomar um curso de efetividade na aplicação da norma do art. 5º, LXXVIII da CF/88.

4.5 DA JURISDIÇÃO PARALISANTE: AS RECENTES REFORMAS NO CPC

Após criado pela EC 45/2004 o instituto da repercussão geral¹³⁴, sobreveio a Lei nº 11.418/06 que, no plano infra-constitucional, regulamentou a matéria, ao incluir os art. 543-A e 543-B no CPC.

Tal alteração serviu para reduzir o número de processos distribuídos

¹³⁰ Art. 277. O juiz designará a audiência de conciliação a ser realizada no prazo de trinta dias, citando-se o réu com a antecedência mínima de dez dias e sob a advertência prevista no § 2º deste artigo, determinando o comparecimento das partes. Sendo ré a Fazenda Pública, os prazos contar-se-ão em dobro.

¹³¹ Art. 281. Findos a instrução e os debates orais, o juiz proferirá sentença na própria audiência ou no prazo de dez dias. (Redação dada ao artigo pela Lei nº 9.245, de 26.12.1995, DOU 27.12.1995, com efeitos a partir de sessenta dias após a data de sua publicação)

¹³² Art. 189. O juiz proferirá:

Jurisprudência Vinculada

Doutrina Vinculada

I - os despachos de expediente, no prazo de 2 (dois) dias;

II - as decisões, no prazo de 10 (dez) dias.

¹³³ Art. 190. Incumbirá ao serventuário remeter os autos conclusos no prazo de 24 (vinte e quatro) horas e executar os atos processuais no prazo de 48 (quarenta e oito) horas, contados:

I - da data em que houver concluído o ato processual anterior, se lhe foi imposto pela lei;

II - da data em que tiver ciência da ordem, quando determinada pelo juiz.

Parágrafo único. Ao receber os autos, certificará o serventuário o dia e a hora em que ficou ciente da ordem, referida no nº II.

¹³⁴ que deu redação atual ao art. 102, III e seu § 3º da CF/88 a exigir que, no recurso extraordinário, seja demonstrada a repercussão geral das questões discutidas no caso, sem cuja observância o recurso não será conhecido

perante o STF, conforme estatísticas¹³⁵ disponibilizadas por aquela Corte. Assinale-se que, nos Estados Unidos de onde originou o Recurso Extraordinário, a Suprema Corte, em sessão secreta e sem motivar, bem dizer “escolhe” o que pretende julgar, conforme notícia BARBOSA MOREIRA (2008, item 316, p. 580-586).

A mesma redução de processos se dá, após o advento do julgamento de recursos por amostragem (art. 543-C do CPC trazido pela Lei 11.672/08), conforme notícia o relatório anual do conselho nacional de justiça referente ao ano de 2009:

Ressalte-se que, em relação à Lei dos Recursos Repetitivos, fazendo-se uma comparação entre o primeiro ano (agosto/08 e agosto/09) e o ano anterior, verificou-se uma queda de 37% na quantidade de recursos especiais recebidos pelo Tribunal (*apud* KOEHLER, 2013, p. 233).

Note-se que a ausência de requisitos temporais certos para dar efetividade às normas aqui tratadas é, à identidade do que se dá com a norma constitucional citada no item 4.3, um fator impeditivo de maior efetividade.

Com efeito, um exame no plenário virtual do STJ e se vê recursos que estão ali – afetados e impedindo a tramitação de milhares, senão milhões de outros processos – estão parados, há muito tempo, sem previsão de ser julgados.

A norma que instituiu os arts. 543-B e 543-C do CPC silencia-se¹³⁶ a

¹³⁵ “As estatísticas divulgadas no site do STF demonstram uma clara diminuição do número de recursos extraordinários interpostos e do total de processos distribuídos na Excelsa Corte, a partir do ano de 2007. De fato, em 2006 foram interpostos 54.575 RE, com um total de 116.216 processos distribuídos. Em 2007, foram interpostos 49.708 RE, com um total de 112.938 processos distribuídos. Em 2008, foram interpostos 21.531 RE, com um total de 66.873 processos distribuídos. Em 2009, foram interpostos 8.348 RE, com um total de 42.729 processos distribuídos. Em 2010, foram interpostos 6.735 RE, com um total de 41.014 processos distribuídos. Em 2011, foram interpostos 6.388 RE, com um total de 38.109 processos distribuídos. Por fim, em 2012, foram interpostos 3.405 RE, com um total de 25.625 processos distribuídos. Houve, como se constata, uma reviravolta no número de processos submetidos à Suprema Corte, invertendo-se uma tendência que se repetia ano a ano, de aumento do número de processos, sendo importante registrar-se que o número de processos distribuídos em 2012 (25.625) já representa quase metade do número de processos que foram distribuídos em 1998 (50.273), e que o número de recursos extraordinários interpostos em 2012 (3.405) representa apenas 6,23% (seis vírgula vinte e três por cento) do quantitativo interposto em 2006 (54.575)” (KOEHLER, 2013, p. 233).

¹³⁶ A única alusão que se faz é a seguinte: “§ 6º Transcorrido o prazo para o Ministério Público e remetida cópia do relatório aos demais Ministros, o processo será incluído em pauta na seção ou na Corte Especial, devendo ser julgado com preferência sobre os demais feitos, ressalvados os que envolvam réu preso e os pedidos de **habeas corpus**. (Incluído pela Lei nº 11.672, de 2008)...” – de toda imprecisa e incapaz de dar solução à paralisia que se verifica.

respeito de um prazo para que, reconhecida a repercussão geral, haja o julgamento do recurso paradigma¹³⁷, alteração legislativa esta que se faz necessária e que representaria, por si só, um alento à *jurisdição paralisante* (aquela que, com o propósito criado de imprimir celeridade aos feitos, acaba por gerar o contrário: paralisa o julgamento dos processos afetados, cujos detentores da pretensão deduzida ficam à espera do julgamento do processo paradigma, sem expectativa de que os seus processos tomem um curso de andamento).¹³⁸

Neste sentido, *vide* Recursos Especiais nº 1101725/RS, 1105205/RS, 1102457/RJ, 1144469/PR e 1167146/PE, os quais se encontram afetados e sem julgamento desde, respectivamente, 19/12/2008¹³⁹, 13/02/2009¹⁴⁰, 18/02/2009¹⁴¹, 11/11/2009¹⁴² e 07/12/2009¹⁴³ e, portanto, há 5 (cinco) anos o primeiro e mais antigo deles impede os demais processos a ele afetados de prosseguir.

Conforme visto, o papel dos que interagem com o direito, notadamente daquele que propõe estudá-lo, é, diante da prática, perante um desvio de finalidade com que criado um instituto, buscar um caminho de retorno de rota, no sentido de se voltar à *mens* com que criado.

¹³⁷ Ou, então, uma previsão na legislação processual que assegurasse, vencido determinado prazo dentro do qual o recurso paradigma não fosse julgado, o andamento dos processos afetados;

¹³⁸ Nesse sentido, KOEHLER (2013, p. 234): “Preocupa-nos sobremaneira, no entanto, a excessiva demora do STJ no julgamento da alguns recursos repetitivos, o que acarreta a paralisação de uma imensa gama de processos por longos períodos. Em consulta ao site do STJ, é possível notar a existência de recursos repetitivos cujo julgamento se aguarda há bastante tempo, como, por exemplo: o REsp 773643 (Rel. Min. Nancy Andrighi), afetado à Corte Especial desde 30/09/2009; o Resp 933081 (Rel. Min. Luiz Fux), afetado desde 26/10/2009 à Corte Especial; o Resp 1069810 (Rel. Min. Luiz Fux), afetado à Primeira Seção desde 15/09/2008; o REsp 1105205 (Rel. Min. Fernando Gonçalves), afetado à Segunda Seção desde 13/02/2009. Frise-se que o julgamento por amostragem deve ter prioridade diante dos outros processos, sob pena de trazer mais atraso do que celeridade na resolução dos feitos sobrestados.”

¹³⁹ Andamento extraído do endereço eletrônico
<<http://www.stj.jus.br/webstj/Processo/Justica/detalhe.asp?numreg=200802497505&pv=000000000000>>, consultado em 10 dez. 2013 às 15:14hrs;

¹⁴⁰ Andamento extraído do endereço eletrônico
<<http://www.stj.jus.br/webstj/Processo/Justica/detalhe.asp?numreg=200802754840&pv=000000000000>>, consultado em 10 dez. 2013 às 15:15hrs;

¹⁴¹ Andamento extraído do endereço eletrônico
<<http://www.stj.jus.br/webstj/Processo/Justica/detalhe.asp?numreg=200802570369&pv=000000000000>>, consultado em 10 dez. 2013 às 15:16hrs;

¹⁴² Andamento extraído do endereço eletrônico
<<http://www.stj.jus.br/webstj/Processo/Justica/detalhe.asp?numreg=200901124142&pv=000000000000>>, consultado em 10 dez. 2013 às 15:18hrs;

¹⁴³ Andamento extraído do endereço eletrônico
<<http://www.stj.jus.br/webstj/Processo/Justica/detalhe.asp?numreg=200902191561&pv=000000000000>>, consultado em 10 dez. 2013 às 15:20hrs;

Nesse sentido que, diante da *jurisdição paralisante* criada pela afetação de determinada matéria pela Corte Superior ao plenário virtual sem que haja uma previsão de que tal feito seja julgado, acaba por paralisar milhares de processo e, assim, o efeito inicialmente pretendido se desfaz, pois, ao invés de gerar efetividade e celeridade ao pacificar coletivamente determinadas matérias, acaba por paralisar, diante da inércia em julgar o caso afetado paradigma, milhares de demandas afetadas, aspecto este que representa o contrário do pretendido.

Eis, aqui, um típico caso de *disfunção*, diante do qual o operador do direito, máxime aquele que o estuda, deve propor uma alteração, a fim de voltar ao curso inicial, isto é, o de obter, na prática, o propósito com que criado: efetividade, racionalidade e celeridade.

Assim, necessário reavaliar a norma para que, visando a extrair dela um maior conteúdo de efetividade, sejam criados, v.g., elementos diacrônicos objetivos (v.g., um prazo para que, nos casos do art. 543-C, § 2o, sejam os recursos paradigmas julgados), por meio de alteração do texto de lei em vigência.

4.6 DOS CRITÉRIOS ADOTADOS PELAS CORTES DE DIREITO PARA A CONFIGURAÇÃO DA “RAZOÁVEL DURAÇÃO”

Da mesma forma que se viu não ser um problema exclusivamente brasileiro o da demora na prestação jurisdicional, outros lugares se deparam com a problemática de como se aferir se o curso do processo está ou não exacerbando a dita “razoável duração”.

Ora, processos com certo grau de complexidade – maior dilação probatória, necessidade de realização de exames periciais complexos, oitiva de partes e testemunhas fora da comarca onde tramita – não podem possuir um mesmo tratamento daqueles em que tais circunstâncias não existem.

Desta forma, o Tribunal Europeu de Direitos Humanos (TEDH) levantou, ao longo de uma série de julgamentos proferidos sobre a questão, certos critérios objetivos (*rectius*: menos subjetivos), sob os quais se identifica se se deu a razoável duração do processo, mediante a comparação ou a subsunção aos

casos particularmente analisados, dentre os quais: a complexidade do litígio; a conduta pessoa da parte lesada; a conduta das autoridades envolvidas no processo e o interesse em jogo para o demandante da indenização.¹⁴⁴

E, diante destes critérios, que aquela Corte julga se houve ou não a observância de tal razoável duração.

4.7 CONCLUSÃO

De tudo quanto visto, necessário haver critérios fechados ou passível de subsunção, sob pena de frustrado um direito constitucional fundamental: o da razoável duração do processo.

Não se pode combater um mal com outro (indeterminação com mais indeterminação) e, de fato, pretender que se dê a necessária leitura de concretude à norma que guarda a “razoável duração do processo” sem que tenham sido estabelecidos critérios objetivos (tais como prazos como aquele que se concede às partes, aos servidores ou, ainda, aos juízes) é, senão inviabilizá-la, dificultar-lhe o aumento de espectro e, portanto, reduzir-lhe a efetividade.

Desta forma, é que, aqui, se traz esta reflexão para, em se apurando o desvio de finalidade a que se propôs a norma quando criada (caso do disposto nos art. 543-C do CPC, isto é, recursos repetitivos), buscar (e, aqui, a técnica processual não se mostra suficiente) propor alterações para corrigir o desvio.

Assim, de tudo quanto visto – e a fim de colimar-se uma maior celeridade necessária para o efeito de concretização próprio das garantias fundamentais em que se encontra a razoável duração do litígio –, pertinente a reflexão sobre proposição de alterações na legislação, a fim de que dela conste um certo grau de objetividade, tal como a inclusão de um prazo.

Somente assim é que se pode trazer àquela indeterminação a necessária objetividade para dar azo à pretendida concretização, em grau de profundidade, do multicitado direito fundamental.

¹⁴⁴ Sobre o assunto, confira-se KOEHLER, 2013, p. 90-116.

5 TENSÃO EFETIVIDADE ‘VERSUS’ GARANTISMO PROCESSUAL

5.1 INTRODUÇÃO

Os textos jurídicos, no mais das vezes, contam com uma linguagem aberta que não traduz um tipo perfeito de subsunção do caso *in concreto* à norma *in abstracto*.

De facto, fosse a capacidade legiferante capaz de regar todas as situações hipotéticas possíveis e, decerto, haveria uma produção legislativa ainda maior da atual.

Poucas são as normas¹⁴⁵ que, de tal forma claras, afastam a dubiedade própria da linguagem e os signos de que esta se utiliza e que precisam ser interpretados. Assoma-se a isto, a heterogeneidade da sociedade, diversidade esta a fazer, a partir de cada subjetividade, um filtro de apreensão ‘*sui generis*’, sob os mais variados matizes e com os mais diversos dogmas e preconceitos, daquilo que nos circunda.

Tais fatores – de um lado a linguagem aberta dos textos jurídicos e, de outro, a visão vária de cada um – somados ao da indeclinabilidade da jurisdição redundam na necessidade da resolução possível, a que feita por meio de ponderação de valores e atenta ao resultado prático: solver a pretensão deduzida. Este é um desafio duro¹⁴⁶.

Dentre estes desafios, uma das tensões mais evidentes de que se tem notícia do Direito processual é a que toca, de um lado, a ampla defesa (garantia fundamental albergada no art. 5º, LV da CF/88) e a efetividade, notadamente em seu aspecto do da “razoável duração do processo” que, com a promulgação da EC 45/2004, a trazer ao art. 5º o inciso LXXVIII da CF/88, tomou, ao menos formalmente, as mesmas vestes daquela primeira garantia. É diante desta

¹⁴⁵ Neste sentido, cita-se a do art. 121 do Código Penal (CP): “Matar alguém”. Mesmo assim, restringe-se-lhe ao *caput*, pois, se vistos os parágrafos, e nota-se a profusão de termos que demandam interpretação e não mero enquadramento.

¹⁴⁶ A expressão *hard case* é utilizada por DWORKIN, 2007.

suposta paridade de normas e garantias de mesmo grau constitucional que surge a tensão. Como fazer um processo, ao mesmo tempo, rápido e garantidor da ampla defesa é o que se indaga. Podem ditas normas sofrer ponderação entre si é outro aspecto que se pergunta.

A efetividade pode ser um fim em si mesma. A norma tem, *'per se'*, o condão de determinar e influir a conduta, inexoravelmente, a ser observada, após sua promulgação é outro aspecto que emerge. É sobre isso que se pretende discorrer neste capítulo.

5.1.1 A distinção de Comoglio para as garantias fundamentais: individuais e estruturais

Para COMOGLIO¹⁴⁷, as garantias fundamentais “podem ser *individuais* e *estruturais*, conforme se refiram à proteção dos direitos e interesses subjetivos de cada uma das partes no caso, em concreto ou às condições prévias de que deve revestir-se a organização judiciária” (GRECO, 2013, p. 17).

Para aquele doutrinador peninsular, a ampla defesa seria garantia individual, enquanto a do “prazo razoável” seria estrutural.

Os dois conceitos estão, de tal ordem, jungidos que, para GRECO, não poderiam ser apartados (GRECO, 2013, p. 19):

Todavia, é impossível dizer que a observância das últimas [estruturais] não seja também pressuposto da tutela jurisdicional efetiva dos direitos e interesses de cada uma das partes nos casos concretos, embora, num primeiro momento, elas se destinem a definir o método de exercício da função jurisdicional no Estado Democrático de Direito.

5.2 PRINCÍPIOS E REGRAS

Definir a conceituação de princípios e regras jurídicas, além de criar uma distinção entre eles, depende dos critérios em razão dos quais as diferenças são

¹⁴⁷ Luigi Paolo Comoglio, citado por GRECO, 2013, p. 19-20.

estabelecidas. De início, pode-se afirmar que, tanto um como o outro, são normas, conforme ALEXY (2008).

A norma é um dos conceitos fundamentais para o entendimento do Direito, já que para todos os que possuem direitos, no modelo de Estado Democrático, há uma norma que lhe assegure a aplicação. Este conceito não está necessariamente vinculado a um enunciado normativo, já que a mesma norma pode ser expressa por enunciados normativos diferentes. Nesse sentido, as “normas [...] não são estabelecidas diretamente pelo texto constitucional, elas são atribuídas às normas diretamente estabelecidas pela Constituição” (ALEXY, 2008, p. 73). Assim, a estruturação das normas ocorre através de regras e princípios cuja distinção “é uma das colunas- mestras do edifício da teoria dos direitos fundamentais” (ALEXY, 2008, p. 85).

Com frequência, não são regra e princípio, mas norma e princípio ou norma e máxima, que são contrapostos. Aqui, regras e princípios serão reunidos sob o conceito de norma. Tanto regras quanto princípios são normas, porque ambos dizem o que deve ser. Ambos podem ser formulados por meio das expressões deontológicas básicas do dever, da permissão e da proibição. Princípios são, tanto quanto as regras, razões para os juízos concretos de dever-ser, ainda que de espécie muito diferente. A distinção entre regras e princípios é, portanto, uma distinção entre duas espécies de norma (ALEXY, 2008, p. 87).

Para uma distinção e conceituação dos mencionados instrumentos analíticos abstratos, ÁVILA (2001) entende que não se deve buscar uma definição unitária dos princípios e regras jurídicas, já que é necessário considerar as especificidades dos critérios distintivos aplicados, os fundamentos teóricos utilizados e as finalidades específicas para quais são destinadas. Nesse sentido, deve-se perceber se as diferenças estão sendo avaliadas quanto à formulação, conteúdo, estrutura lógica e posição no ordenamento jurídico ou à função na interpretação e aplicação do Direito.

Essa distinção é a base da teoria da fundamentação no âmbito dos direitos fundamentais e uma chave para a solução de problemas centrais da dogmática dos direitos fundamentais. Sem ela não pode haver nem uma teoria adequada sobre as restrições a direitos fundamentais, nem uma doutrina satisfatória sobre colisões, nem uma teoria suficiente sobre o papel dos direitos fundamentais no sistema jurídico (ALEXY, 2008, p. 85).

Assim, os diferentes operadores do Direito podem embasar as definições

sobre regras e princípios, baseando as diferenças em critérios de observância diferentes, conforme ÁVILA (2001, p. 5):

O problema não está em qualificar esta ou aquela norma ou este ou aquele fenômeno de “princípio”, mas em não perceber a diferença estrutural entre as normas ou dos fenômenos que se busca descrever. O que se pretende é demonstrar que há fenômenos normativos diversos e que – eis a questão – é mais adequado, em nome da clareza e da consistência argumentativa, qualificá-los de modo também diverso.

Busca-se uma definição de regras e princípios que corresponda às distinções, aqui propostas, para se perceber a ampla defesa como um terceiro gênero, não se enquadrando nem nas características que perpassam pelas regras nem nas distinções específicas dos princípios jurídicos. Assim, a distinção entre princípios e regras estaria além de uma análise superficial que levasse em conta apenas o grau de abstração e generalidade da prescrição normativa e nos próprios fundamentos de validade.

O grau de abstração e de generalidade da prescrição normativa diferenciaria as regras dos princípios, na medida em que, enquanto estes seriam dirigidos a um número indeterminado de pessoas e de circunstâncias, aquelas seriam menos gerais e seriam mais concretos e específicos relacionados a uma determinada conduta. Já os fundamentos de validade seriam um dos critérios de distinção entre as regras e os princípios, ao se considerar possível a dedução destes da própria ordem jurídica do Estado e a dedução daqueles das normas positivadas.

Aqui, não se discute se princípio possui ou não força normativa, porquanto lhes é ínsito esta força, mas sim determinar, sob critérios mais objetivos, a aplicação das normas jurídicas – ampla defesa e razoável duração.

Comumente, é possível encontrar, na doutrina e na jurisprudência, afirmações que colocam os princípios como as normas jurídicas mais importantes de um ordenamento. Ao referir-se à conceituação de princípio, elaborada por ESSER, ÁVILA explica que, para aquele, “os princípios, ao contrário das normas (regras), não contêm diretamente ordens, mas apenas fundamentos, critérios para justificação de uma ordem” (2001, p. 6).

Esses fundamentos constituintes dos princípios jurídicos não precisam possuir uma ordem direta e determinada, mas são perfeitamente dedutíveis da ideia de Direito que determinado Estado possui. Eles, na verdade, “funcionariam como fundamentos jurídicos para as decisões. Ainda que com caráter normativo, não possuiriam a qualidade de normas de comportamento, dada a sua falta de determinação” (ÁVILA, 2001, p. 6).

Nesse sentido, o ordenamento jurídico não se sustentaria sem os princípios, justamente por serem esses os responsáveis por estabelecer os fundamentos normativos para a aplicação prática do Direito e para a hermenêutica jurídica, conforme as orientações fundamentais e formadoras do Estado Democrático de Direito. "Eles funcionariam como fundamentos jurídicos para as decisões. Ainda que com caráter normativo, não possuiriam qualidade de normas de comportamento, dada a sua falta de determinação" (ÁVILA, 2001, p. 6).

Ao citar LARENZ, o autor define os princípios como normas de relevância singular no ordenamento jurídico, em que estabelecem “fundamentos normativos para a interpretação e aplicação do Direito, deles decorrendo, direta ou indiretamente, normas de comportamento” (ÁVILA, 2001, p. 6-7). Os princípios “recebem seu conteúdo de sentido somente por meio de um processo dialético de complementação e limitação” (ÁVILA, 2001, p. 8) e são concretizados por meio da aplicação das regras. Conforme DWORKIN:

Os princípios possuem uma dimensão que as regras não têm - a dimensão do peso ou importância. Quando os princípios se inter cruzam [...], aquele que vai resolver o conflito tem de levar em conta a força relativa de cada um. Esta não pode ser, por certo, uma mensuração exata e o julgamento que determina que um princípio ou uma política particular é mais importante que outra, frequentemente, será objeto de controvérsia (2007, p. 42).

Os princípios não vinculam uma decisão, mas contêm os fundamentos que devem ser conjugados com fundamentos provenientes de outros princípios. Dessa forma, os princípios possuem uma dimensão de peso¹⁴⁸ (papel axiológico)

¹⁴⁸ "Dimension of weight", conforme Dworkin (2007).

que, na hipótese de colisão entre princípios, aquele que tiver um peso relativo maior irá sobrepor-se ao outro, sem que este perca a sua validade.

As teses de DWORKIN (2007) e ALEXY (2008) – que se distinguem das teses que defendem os critérios do grau da generalidade, abstração e fundamentalidade para separar as regras dos princípios – assemelham-se por promover uma distinção qualitativa entre as duas espécies normativas.

DWORKIN (2007) fundamenta a sua teoria, baseando-se em uma crítica ao modelo do positivismo jurídico que, por considerar o Direito como um sistema de regras, não consegue sustentar a complexidade das relações sociais e fundamentar as decisões de *desafio duro* (ou, nas palavras dele, *hard cases*) que se situam nas chamadas zonas cinzentas do Direito. Nesses casos, muitas vezes, o julgador não consegue identificar nenhuma regra no ordenamento jurídico que seja aplicável à situação fática e, diante disso, a solução do caso só é encontrada por meio da discricionariedade.

DWORKIN (2007) entende que os princípios, diferentemente das regras, além de possuírem a dimensão da validade, possuem a dimensão do peso. Em uma situação de conflitos entre princípios jurídicos, não se questiona a validade de cada um deles, já que as validades principiológicas são inquestionáveis. O que se tem é a prevalência de um em relação ao outro para a aplicação no caso concreto.

Importante é ter em mente que o princípio que não tiver prevalência não deixa de valer ou de pertencer ao ordenamento jurídico. Ele apenas não terá tido peso suficiente para ser decisivo, naquele caso concreto. Em outros casos, porém, a situação pode inverter-se (SILVA, 2003, p. 610).

Para DWORKIN (2007), as regras apenas poderiam ser aplicadas de maneira completa, já que, em caso contrário, não haveria forma para tal aplicação. É uma espécie de "tudo ou nada"¹⁴⁹ em que para haver validade na regra é imprescindível a sua incidência, cuja consequência normativa deve ser aceita. No caso de ocorrer colisões entre regras, uma delas deve ser considerada inválida, diferentemente do que ocorreria com uma colisão entre princípios, conforme já demonstrado.

¹⁴⁹ "All or nothing", conforme Dworkin (1967)

Neste mesmo sentido, ALEXY (2008), embebido nas considerações de DWORKIN, conferiu uma distinção mais qualitativa que gradativa entre princípios e regras e entendeu que os princípios são uma espécie de normas jurídicas que estabelecem deveres de otimização, podendo estas ser aplicadas em vários graus, a partir das possibilidades normativas e fáticas.

Com base na jurisprudência do Tribunal Constitucional Alemão, Alexy demonstra a relação de tensão ocorrente, no caso de colisão entre princípios: nesse caso, a solução não se resolve com a determinação imediata de uma prevalência de um princípio sobre outro, mas é estabelecida em função da ponderação entre os princípios colidentes, em função da qual um deles, em determinadas circunstâncias concretas, recebe a prevalência. Os princípios, portanto, possuem apenas uma dimensão de peso e não determinam as consequências normativas de forma direta, ao contrário das regras. É só a aplicação dos princípios diante dos casos concretos que os concretiza mediante regras de colisão. Por isso, a aplicação de um princípio deve ser vista sempre com uma cláusula de reserva, a ser assim definida: se no caso concreto um outro princípio não obtiver maior peso. E dizer o mesmo: a ponderação dos princípios conflitantes é resolvida mediante a criação de regras de prevalência, o que faz com que os princípios, desse modo, sejam aplicados também ao modo "tudo ou nada". Essa espécie de tensão e o modo como ela é resolvida é o que distingue os princípios das regras: enquanto no conflito entre regras é preciso verificar se a regra está dentro ou fora de determinada ordem jurídica ("problema do dentro ou fora"), o conflito entre princípios já se situa no interior desta mesma ordem "teorema da colisão" (ÁVILA, 2001, p. 9).

Nesse contexto, os princípios são definidos como "deveres de otimização" que podem ser aplicáveis em vários graus, de acordo com as possibilidades normativas e fáticas.

Nas mesmas trilhas de DWORKIN (2007), ALEXY (2008) considera as regras como normas que podem ou não ser utilizadas. Seguir-se-ia, assim, o princípio da legalidade de forma, cuja proposição refere-se ao momento em que regra é tomada como válida, torna-se necessário que se faça, exatamente, o que ela exige. Quando houver colisões de regras, portanto, o conflito poderá ser solucionado através de uma decretação de invalidade de uma das normas envolvidas ou criando, por exemplo, uma exceção à regra.

O autor, entretanto, desconsidera o modelo "tudo ou nada" proposto por DWORKIN, pois, para ele, a distinção entre princípios e regras resume-se em diferença quanto à colisão ou quanto à obrigação que instituem (ALEXY, 2008).

A diferença principiológica, quanto à colisão estaria relacionada às situações em que os princípios colidentes, passam a ter força normativa limitada e de maneira recíproca. A diferença quanto à obrigação que instituem, por sua vez, trata de uma obrigação absoluta, justamente por não existir, na colisão de regras, forma de superação da norma contraposta, enquanto nas colisões de princípios, as normas podem ser superadas.

Importante, nesse ponto, é a ideia de que a realização completa de um determinado princípio pode ser – e frequentemente é – obstada pela realização de outro princípio. Essa ideia é traduzida pela metáfora da *colisão* entre princípios, que deve ser resolvida por meio de um sopesamento, para que se possa chegar a um resultado ótimo. Esse resultado ótimo vai sempre depender das variáveis do caso concreto (SILVA, 2003, p. 611).

Nesse sentido, TEIXEIRA (2008), partindo de uma síntese dos vários critérios provenientes das doutrinas de ESSER, LARENZ, CANARIS, DWORKIN e ALEXY, condensa a distinção entre princípios e regras da seguinte forma:

(i) As regras possuem uma hipótese e uma consequência que predeterminam a decisão, sendo aplicadas com caráter hipotético-condicional (se, então), ao passo que os princípios apenas indicam o fundamento a ser utilizado pelo aplicador para, futuramente, encontrar a regra para o caso concreto; (ii) as regras são aplicadas de modo absoluto (tudo ou nada), enquanto os princípios têm aplicação gradual (“mais ou menos”); (iii) a antinomia entre as regras configura verdadeiro conflito, solucionável com a declaração de invalidade de uma das regras ou com a criação de uma exceção, ao passo que o relacionamento entre os princípios consiste numa imbricação, solucionável mediante ponderação que atribua dimensões de peso a cada um deles; (iv) ao contrário das regras, os princípios servem como fundamentos axiológicos para a decisão a ser tomada (TEIXEIRA, 2008, p. 86).

Há, portanto, uma diferenciação do conceito de princípios usado nas teorias de DWORKIN e ALEXY, qual seja uma “espécie de norma contraposta à regra jurídica” (SILVA, 2003, p. 612), em relação à conceituação de princípios, normalmente utilizada na literatura jurídica brasileira.

Autores como MELLO (1993) e SILVA (1998) entendem que os princípios referem-se às normas mais fundamentais do sistema e as regras seriam a concretização desses princípios, conferindo-lhes certa instrumentalidade.

Quando o fim instituído de uma norma exclui a realização de outra, estar-se-ia perante um conflito de regras, cuja solução ocorre mediante a declaração da

invalidade de uma delas. Entretanto, para resolver um conflito principiológico não se pode dizer que o princípio afastado no caso concreto é declarado inválido, passando a não mais pertencer do ordenamento jurídico.

O que ocorre é uma simples impossibilidade de aplicação de um dos princípios para a solução de um problema concreto, o que não significa que, em outros casos, o mesmo princípio afastado não possa ser aplicado e, mais importante, que não possa até mesmo prevalecer àquele princípio que, no primeiro caso, prevaleceu a ele (SILVA, 2003, p. 621-622).

Na esteira da necessidade de auferir modos para soluções de conflitos normativo, dentro do ordenamento jurídico, pode-se perceber que é exatamente dessa tentativa de resolver colisões de princípios que se deve (re)afirmar o dever de proporcionalidade. Assim, faz-se necessária a verificação de qual dos princípios envolvidos no conflito possui um maior peso, diante da concretude do caso.

A tensão entre princípios constitucionais não é resolvida, preferindo a aplicação de um dos princípios em decorrência do outro, pois não é possível, no plano abstrato, determinar qual entre eles seria mais importante. No entanto, é no plano concreto, a partir da ponderação, que existe a possibilidade de solucionar as situações conflituosas de princípios.

A ponderação trata de efetivas possibilidades fáticas que necessitam de concretude nas relações principiológicas. Assim, se há tensão entre dois princípios, a ponderação deve ocorrer de forma que seja possível a melhor realização entre ambos os princípios.

As possibilidades fáticas de realização dos princípios implicam o dever de adequação e de necessidade. Se o meio escolhido não for adequado nem necessário, é proibido. E das possibilidades normativas resulta a necessidade de proporcionalidade em sentido estrito: se o meio escolhido para a realização de um princípio significar a não-realização de outro princípio, ele é vedado, por excessivo (ÁVILA, 2001, p. 12).

Se, no caso concreto, após o sopesamento entre dois princípios, considerando todas as situações fáticas e jurídicas determinantes da situação, chegar-se à conclusão de que um princípio deve prevalecer em detrimento do outro, estar-se-ia diante de uma nova regra, aplicável àquele caso concreto.

Assim, não se poderia declarar inválido nenhum dos princípios envolvidos no conflito. Ocorreria, apenas, uma precedência de um em relação ao outro, ou seja, ocorreria uma ponderação entre eles, no caso concreto. ALEXY afirma:

A solução para essa colisão consiste no estabelecimento de uma relação de precedência condicionada entre os princípios, com base nas circunstâncias do caso concreto. Levando-se em consideração o caso concreto, o estabelecimento de relações de precedências condicionadas consiste na fixação de *condições* sob as quais um princípio tem precedência em face do outro. Sob outras condições, é possível que a questão da precedência seja resolvida de forma contrária (ALEXY, 2008, *passim*).

Ocorre que, ao considerar o conflito existente entre a razoável duração do processo e a ampla defesa, estar-se-ia diante da impossibilidade de um sopesamento, já que embora a ampla defesa seja tratada como princípio e não como regra, não é possível haver ponderação em conflitos que a envolvam.

É diante disto que se propõe a existência de um terceiro gênero, qual seja, um verdadeiro princípio-regra que, diante da impossibilidade de ponderar-se com outro princípio (no caso a Ampla Defesa e a Razoável Duração do Processo).

Nesse sentido, a ampla defesa é considerada um princípio, tendo em vista toda a estruturação normativa decorrente dela, porém, ao envolvê-la em um conflito, ela se torna imponderável. Ou há a garantia de sua ocorrência, ou não.

Esse *tertius genus*, princípio-regra, seria, ao lado dos princípios e regras, uma terceira espécie normativa. Assim, é princípio porque irradia seus efeitos e, portanto, inspira interpretação das demais normas, é sempre válido e permanente no ordenamento, de forma que não é possível a decretação de sua invalidade. Entrementes, é regra, pois, sua aplicabilidade, em ponderação, é inviável. Dai falar-se em imponderabilidade da Ampla Defesa. Isto porque, a despeito de, insista-se, ser a ampla defesa ineludavelmente um princípio, não há a observância, axiologicamente considerada, parcial dela, de cujo asserto ressaí a nítida natureza de regra, máxime na pretendida ponderação com a razoável duração do processo. Da junção das duas conclusões precedentes, tem-se o *tertius*: princípio-regra.

5.3 DA IMPOSSIBILIDADE DE ALTERAÇÃO PROFUNDA NO PROCEDIMENTO, SENÃO POR ALTERAÇÃO LEGISLATIVA

A fim de se atender ao multicitado *princípio-regra* da Ampla Defesa que o corte de abreviação no procedimento (*v.g.*, em demandas de cognição duplicada, promover o sincretismo para, ao invés de duas, fazer apenas uma), porquanto em desalinho à regra pré-estabelecida, não deve ser feito senão por meio de alteração da lei em vigência. Assim, estabelecido este alicerce, adentra-se ao capítulo subsequente.

6 EFETIVIDADE PROCESSUAL E ESTRUTURAÇÃO PROCEDIMENTAL

6.1 INTRODUÇÃO

O direito processual brasileiro experimenta, sobretudo, nas últimas duas décadas, alterações no procedimento, com vistas à asseguarção de uma maior efetividade, por meio de cortes procedimentais que buscam, na trilha da efetividade, imprimir, por meio da redução do *iter*, celeridade.

É nesse sentido que se viu: por meio da edição 9.079 de 1995, a criação do processo monitorio; o encurtamento do procedimento ordinário, por meio da criação do procedimento sumário (Lei n. 9.245, de 26.12.1995, 27.12.1995) e, mais presentemente, a inclusão do processo satisfativo de título executivo judicial (a antiga execução de título executivo judicial) em mera fase de um único e mesmo processo. Este último trouxe louvável abreviação no curso do processo¹⁵⁰, entre a dedução da pretensão e a satisfação dela, por inúmeras razões, dentre as quais a desnecessidade de nova citação, etc. Tal corte procedimental não é novo no Direito. Ao revés, desde pelo menos o Séc. XVI, já se o noticia.

A indagação que se faz é a de que o procedimento pode, por vontade do Juiz, ser abreviado ou não ou se é ele matéria de ordem pública.

¹⁵⁰ Sobre sumarização veja OVÍDIO BAPTISTA DA SILVA: 12. A técnica de sumarização de uma demanda qualquer pode utilizar-se de um dos seguintes expedientes; a) permite-se que o juiz decida com base em cognição apenas *superficial* sobre todas as questões da lide, como acontece com as decisões (sentença) liminares; b) o juiz deve decidir com base em *cognição plena* das questões próprias daquela lide, mas fica-lhe vedado investigar determinadas questões cuja controvérsia poderia assegurar a vitória do demandado, que ficam, no entanto, excluídas previamente pela lei da área litigiosa pertencente à demanda. É isto o que ocorre com as ações cambiárias e possessórias, para mencionar apenas os exemplos clássicos mais notórios; c) sumariza-se, também, impedindo que o juiz se valha de certa espécie de prova, como acontece nos chamados *processos documentais*, de que, aliás, o cambiário foi o exemplo mais eminente, mas que encontram na ação de mandado de segurança uma espécie típica do direito moderno; finalmente d) pode dar-se sumarização, ao estilo dos antigos processos sumários, com verdadeira "reserva de exceções", por exemplo, em certas ações de despejo (*convalida di sfratto*) do direito italiano e nos processos *d'ingiunzione* também existentes no direito peninsular e agora também em nosso direito, com a introdução da chamada "ação monitoria" a que agregássemos algum provimento de natureza antecipatória, dos arts. 273 ou 461 -, nos quais a sentença liminar toma-se desde logo executiva se o demandado não oferecer prova escrita contrária, reservando-se para uma fase subsequente da própria ação o exame das questões que exijam prova demorada e complexa. SILVA, Ovídio A. Baptista da. **Comentários ao código de processo civil** - Dos procedimentos Especiais, v. 13, São Paulo: RT, p. 59.

Posta esta nota, adentra-se às demandas de cognição duplicada, de cujo rol é espécie a de exigir contas (art. 914 do CPC), em que, mesmo após acertado o dever em prestar contas e, transitada em julgado esta “parte” da demanda, vem uma segunda fase em que se busca o acertamento do há de ser prestado para, somente após estas duas fases, se buscar a satisfação daquilo (e se é que foi reconhecido na segunda fase) que se apurou. Antes, todavia, faz-se necessário trazer alguns conceitos sobre processo e procedimento.

6.2 PROCESSO E PROCEDIMENTO

Institutos podem ser definidos de forma, rigorosamente técnica, alijando o objeto a ser definido da realidade circundante e dos propósitos próprios do que se pretende definir¹⁵¹. Tudo isto está mais ligado àquela fase autonomista do direito processual, tal como se pode, sem perder o mínimo de rigor científico, fazê-lo atento a tal realidade, em forma consentânea com a atual fase do processo.

Mais ligados ao papel de efetividade do processo civil, os processualistas desta quadra enxergam, sob a perspectiva prática, uma qualificação para, dentro de espécies do mesmo gênero, qualificar processo e procedimento.

Nesse sentido, é lapidar a definição de AROLDO PLÍNIO GONÇALVES (2012)¹⁵², segundo a qual processo é procedimento em contraditório e, sob o critério lógico, são espécies do mesmo gênero:

Pelo critério lógico, as características do procedimento e do processo não devem ser investigadas em razão dos elementos finalísticos, mas devem ser buscadas dentro do próprio sistema jurídico que os disciplina. E o sistema normativo revela que, antes que “distinção”, há entre eles uma relação de inclusão, porque o processo é uma espécie do gênero procedimento, e, se pode ser ele separado é por uma diferença específica, uma propriedade que possui e que o torna, então, distinto, na mesma escala em que pode haver distinção entre gênero e espécie. A diferença específica entre o procedimento geral, que pode ou não se

¹⁵¹ Nesse sentido, a definição de processo e procedimento: “processo e procedimento são conceitos diversos e que os processualistas não confundem. Processo, como já se afirmou, é o método, isto é, o sistema de compor a lide em juízo através de uma relação jurídica vinculativa de direito público, enquanto procedimento é a forma material com que o processo se realiza em cada caso concreto” (THEODORO JÚNIOR, 2013, p. 64).

¹⁵² E, antes dele, REDENTI e FAZZALARI (2006), conforme afirma o autor. (GONÇALVES, 2012, p. 49-57;

desenvolver como processo, e o procedimento que é processo, é a presença neste do elemento que o especifica: o contraditório. O processo é um procedimento, mas não qualquer procedimento; é o procedimento de que participam aqueles que são interessados no ato final, de caráter imperativo, por ele preparado, mas não apenas participam; participam de uma forma especial, em contraditório entre eles, porque seus interesses em relação ao ato final são opostos.”¹⁵³

Assim, esta corrente está muito mais consentânea com o hodierno papel propositivo desta fase em que, muito além de dissecar academicamente institutos, o Direito processual centra sua preocupação em buscar, por meio de técnicas e proposições, solução aos problemas que se apresentam, notadamente aqueles ligados à efetividade da jurisdição.

6.2.1 Procedimento

Em sendo o processo “procedimento em contraditório”, é intuitivo afirmar que ele se alinha, ao mesmo tempo, à efetividade e segurança das partes. Isto porque, estando previamente definido o caminho que, *a priori*, deva ser percorrido até a entrega do “bem da vida”¹⁵⁴, tanto assegura, *per se*, ordem e segurança

¹⁵³ GONÇALVES, 2012, p. 49-57; pertinente citar FAZZALARI (2006), para quem Processo e procedimento possuem um lima de seqüência, sendo que, para o procedimento, indispensável haver uma qualificadora (contraditório):

“Outras seqüências de normas, posições subjetivas e atos são constituídas pelo “procedimento” e pelo “processo”. Chegamos assim às figuras que são objetos do nosso estudo. Sobre elas devemos debruçar mais adiante discurso nada breve; por aqui basta dizer, novamente, que o “procedimento” se verifica quando se está de frente a uma série de normas, cada uma das quais reguladora de uma determinada conduta (qualificando-a como lícita ou obrigatória), mas que enunciam como condição da sua incidência o cumprimento de uma atividade regulada por outra norma da série, e assim por diante, até a norma reguladora de um “ato final”.

Se pois o procedimento é regulado de modo que dele participem também aqueles em cuja esfera jurídica o ato final é destinado a desenvolver efeitos – de modo que o autor dele (do ato final, ou seja, o juiz) deve dar a tais destinatários o conhecimento da sua atividade, e se tal participação é armada de modo que os contrapostos “interessados” (aqueles que aspiram a emanação do ato final – “interessados” em sentido estrito – e aqueles que queiram evitá-lo, ou seja, os “contra-interessados”) estejam sob plano de simétrica paridade, então o procedimento compreende o “contraditório”, faz-se mais articulado e complexo, e do *genus* “procedimento” é possível extrair a *species* “processo.” (FAZZALARI, 2006, p. 93-94).

¹⁵⁴ Expressão utilizada por CHIOVENDA: “Vários são os direitos, como vários são os modos de inclinar-se a um bem da vida, e os próprios bens. Por bem se entende o gozo de uma coisa exterior, e, quando a lei garante gozo absoluto de uma coisa, impondo a todos o respeito ao nosso gozo, surge em nós um direito fundamental, a propriedade. Mas bem pode ser da mesma forma o gozo limitado de uma coisa (usufruto, uso, habitação), ou a possibilidade de exercer determinada atividade relativamente a uma coisa alheia, para o melhor gozo de nossa próprias coisa (*ius agendi, eundi, aquam ducendi*). Bem pode ser a atividade alheia, quando imposta pela lei, como

que, juntas, coadunam com o predito.

DINAMARCO (2009b) destaca que, “reduzindo opções de comportamento de cada um dos sujeitos do processo, o direito evita situação de extrema complexidade que geraria incertezas e faria perigar a própria integridade dos direitos e obrigações de ordem substancial e fidelidade do processo aos seus objetivos”.

Não em vão o entendimento do Superior Tribunal de Justiça é no sentido de que “não há discricionariedade do autor, na adoção do rito processual, questão que envolve matéria de ordem pública, sobrepondo-se aos interesses particulares das partes e do julgador” (REsp. 717.276/PR¹⁵⁵, p. DOU de 29.06.2007), alinhando-se ao quanto afirmado, no sentido de que o procedimento é matéria de ordem pública e, portanto, não pode ser alterado ao talante das partes ou do juiz, conforme Theodoro (2013, p. 365).¹⁵⁶

Com isto, não se quer dizer que deva o procedimento ser inflexível. Ao revés, quer-se afirmar que deva ele ser previsível, previamente positivado, e, portanto, pode ter um certo grau de flexibilidade, desde que assegure às partes

meio de obter uma utilidade (obrigação de fazer e dar); e ainda o não fazer alheio se apresenta como um bem, quando os permite o melhor gozo de um bem (*servitus altius non tollendi*; obrigação de não abrir um negócio como nosso, na mesma rua). Bem finalmente, pode ser a modificação de estado jurídico existente, quando se tenha interesse de interromper uma relação jurídica ou de constituir uma nova (anulação ou resolução de contratos; anulação de testamentos ou outros atos jurídicos; cessação ou constituição de servidões).” (CHIOVENDA, 2009, p. 47).

¹⁵⁵ “PROCESSO CIVIL. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. AÇÃO DE COBRANÇA PROPOSTA POR DETENTOR DE TÍTULO EXECUTIVO. ADMISSIBILIDADE.

- Não há discricionariedade do autor na adoção do rito processual, questão que envolve matéria de ordem pública, sobrepondo-se aos interesses particulares das partes e do julgador.

- Com as alterações introduzidas pela Lei 11.232, de 22.12.2005, o detentor de título executivo extrajudicial pode deduzir pretensão condenatória em juízo, pois tem interesse processual em obter decisão judicial passível de cumprimento e válida como título constitutivo de hipoteca judiciária.

- Existindo dúvida quanto à força executiva do título executivo, é possível a adoção do processo de conhecimento com procedimento comum. Recurso Especial não conhecido. (REsp 717276/PR, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 21/06/2007, DJ 29/06/2007, p. 581), in: BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, disponível em <https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/ita.asp?registro=200500015616&dt_publicacao=29/06/2007>. Acesso em: 07 dez 2013, às 11:21.

¹⁵⁶ “A previsão legal de determinado procedimento para certas causas envolve matéria de ordem pública, pelo que não há, seja pelas partes, seja pelo juiz, a liberdade de substituir um rito por outro. No entanto, como o erro de forma não conduz necessariamente à nulidade do processo (art. 250), o que incube ao juiz, diante de eventual irregularidade, é apenas ordenar a adaptação da causa ao procedimento adequado, qualquer que seja a fase em que se encontre, aproveitando-se sempre os atos já praticados, dos quais não tenha decorrido prejuízo para as partes ou para a jurisdição” (THEORO JÚNIOR, 2013, p. 365).

estabilidade e segurança. É dentro dessa quadra, que possui especial relevo a possibilidade de flexibilidade – e não alteração do procedimento anteriormente previsto em lei, conforme política legislativa¹⁵⁷ de acordo com uma “garantia estrutural”¹⁵⁸ –, desde que assegurado o contraditório substancial, em que as partes possam, mediante efetiva atuação de cada qual, isto é, aquela com real possibilidade de influir no julgamento, cooperar com o Juiz para chegar-se à sentença.

O procedimento deve, ainda, revestir-se de uma carga de formalismo necessária (aquela que a lei processual lhe prevê) para, coibindo desordem e falta de garantias, ser, ao mesmo tempo, efetivo e seguro, razão por que não se pode, ao talante do Juiz, sob pena de vulneradas tais garantias caras ao paradigma de Estado Democrático de Direito, alterá-las em prejuízo à regra de pré-ordenação, contida na lei processual.¹⁵⁹

¹⁵⁷ Nesse sentido, BARBOSA MOREIRA: “A união ou a separação de processo é aí assunto entregue à mera opção do legislador, tomada ao nível da política jurídica, e sujeita a variações contingentes no tempo e no espaço.” (BARBOSA MOREIRA, José Carlos. “Cumprimento” e “execução” de sentença: necessidade de esclarecimentos conceituais, In: DIDIER JÚNIOR 2007, p. 350).

¹⁵⁸ Para Greco, dentre as ‘garantias estruturais’, acha-se a do “procedimento legal, que deve ser flexível e previsível, objetivando assegurar a necessária paridade de tratamento de todos perante todos os órgãos jurisdicionais e regular de modo equilibrado o encadeamento lógico dos diversos atos, a fim de garantir o respeito às regras mínimas de um processo justo” (GRECO, 2013, p. 20).

¹⁵⁹ Nesse sentido: “O formalismo, ou forma em sentido amplo, não se confunde com a forma do ato processual individualmente considerado. Diz respeito à totalidade formal do processo, compreendendo não só a forma, ou as formalidades, mas especialmente a delimitação de poderes, faculdades e deveres dos sujeitos processuais, coordenação de sua atividade, ordenação do procedimento e organização do processo, com vistas a que sejam atingidas suas finalidades primordiais. A forma em sentido amplo investe-se, assim, da tarefa de indicar as fronteiras para o começo e o fim do processo, circunscrever o material a ser formado, e estabelecer dentro de quais limites devem cooperar e agir as pessoas atuantes no processo para o seu desenvolvimento. O formalismo processual contém, portanto, a própria ideia do processo como organização da desordem, emprestando previsibilidade a todo procedimento. Se o processo não obedecesse a uma ordem determinada, cada ato devendo ser praticado a seu devido tempo e lugar, fácil entender que o litígio desembocaria numa disputa desordenada, sem limites ou garantias para as partes, prevalecendo ou podendo prevalecer a arbitrariedade e a parcialidade do órgão judicial ou a chicana do adversário. Não se trata, porém, apenas de ordenar, mas também disciplinar o poder do juiz e, nessa perspectiva, o formalismo processual atua como garantia de liberdade contra o arbítrio dos órgãos que exercem o poder do Estado. Pondere-se, dentro dessa linha, que a realização do procedimento deixada ao simples querer do juiz, de acordo com as necessidades do caso concreto, acarretaria a possibilidade de desequilíbrio entre o poder judicial e o direito das partes. E dessa maneira poderia fazer até periclitir a igual realização do direito material, na medida em que a discricionariedade do órgão judicial, quanto ao procedimento e o exercício da atividade jurisdicional, implicaria o risco de conduzir a decisões diversas sobre a mesma espécie de situação fática material, impedindo uma uniforme realização do direito. Não bastasse isso, se constrangido o órgão judicial de cada processo a elaborar para o caso concreto, com grande desperdício de tempo, os próprios princípios com a finalidade de dar forma ao procedimento

6.3 AS ALTERAÇÕES POR QUE PASSA O DIREITO PROCESSUAL NO QUE TOCA AOS PROCEDIMENTOS

O direito processual pátrio vem, ao longo dos tempos, sofrendo alterações sensíveis, na perspectiva de efetividade, por meio na criação de novos institutos (monitorias) ou até mesmo de abreviação e alteração de institutos já existentes (caso da transformação da outrora Execução de título executivo judicial, em uma mera fase de cumprimento de sentença, o dito sincretismo). Tudo isto com vistas a, otimizando a prestação jurisdicional por meio de cortes no procedimento amplo, gerar efetividade.

Aliás, a aglutinação de processos distintos, em meras fases de um único processo já foi objeto de inúmeras alterações legislativas, *e.g.*, “ações possessórias, de despejo, de desapropriação. Também no processo monitorio, procede-se de modo semelhante, com a cognição (sumária) realizada em uma primeira fase e a execução em outra, sem a necessidade de novo processo”, conforme DINAMARCO¹⁶⁰.

Trata-se de sucessivas alterações, no plano legislativo, para, fazendo cortes no procedimento amplo do conhecimento, imprimir um procedimento mais adequado com vistas a asseguar o acesso, acesso visto como efetividade: respeito à ampla defesa (procedimento previamente previsto na legislação) e razoável duração do processo (encurtamento do procedimento e, com ele, encurtamento de tempo na prolação jurisdicional).

Exemplo disto é a Monitória, conforme BAPTISTA:

O procedimento monitorio, também conhecido como injuntivo, introduzido no atual processo civil brasileiro, largamente difundido e utilizado na Europa, com amplo sucesso, tem por objetivo abreviar a formação do título executivo, encurtando a via procedimental do processo de conhecimento (2002, p. 21).

E, no mesmo sentido, DINAMARCO:

adequando, permaneceria inutilizável o tesouro da experiência colhida da história do direito processual” (OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. O formalismo-valorativo no confronto com o formalismo excessivo. *In*: DIDIER JÚNIOR, , 2008, p. 351-352).

¹⁶⁰ DINAMARCO, Cândido Rangel. *INSTITUIÇÕES DE DIREITO PROCESSUAL*, v. I, 6ª ed. Revista e atualizada, São Paulo: Malheiros, 2009, p. 300;

O processo monitorio é um processo diferenciado, porque a razão única pela qual a lei o institui é o empenho em abreviar a espera pela tutela jurisdicional. [...] A celeridade e as limitações impostas à cognição, tanto no plano vertical, quanto no horizontal, são os fatores que lhe conferem a qualificação de processo diferenciado (DINAMARCO, 2009c, p. 775).

Quanto ao cumprimento de sentença, é necessário afirmar que, conforme observado por BARBOSA MOREIRA¹⁶¹, não se trata de “extinção da execução” pela Lei n.º 11.232, mas sim de abolição dela, enquanto novo processo subsequente ao de conhecimento, uma vez que se deixa “de lado a clássica ruptura entre o conhecimento e o executivo, para que, em um processo só e unitário, seja decidido o *meritum causae*, mediante sentença condenatória e, logo, em seguida, realizadas as medidas de caráter executivo, destinadas à satisfação do credor”, conforme DINAMARCO¹⁶².

6.4 O DIREITO DO PROCEDIMENTO ADEQUADO COMO FORMA DE ACESSO À JUSTIÇA E DE ACELERAÇÃO NA PRESTAÇÃO JURISDICIONAL

Tanto o CPC como a Carta Constitucional de 1988 albergam a garantia conhecida como da indeclinabilidade da jurisdição, segundo a qual toda pretensão posta há de ser resolvida, de cuja indeclinabilidade já não se afastava a regra do

¹⁶¹ “Raiara pelo absurdo, note-se, pensar que a Lei n. 11.232 pura e simplesmente “aboliu a execução”. O que ela aboliu, dentro de certos limites, foi a necessidade de instaurar-se novo processo, formalmente diferenciado, após o julgamento da causa, para dar efetividade à sentença – em linguagem carneluttiana, para fazer que realmente seja aquilo que deve ser, de acordo com o teor do pronunciamento judicial. Um dos fatores capazes de perturbar o raciocínio do intérprete e fazê-lo perder-se em labirinto sem Ariadne que o socorra com o fio providencial é a falsa igualação de duas coisas perfeitamente distintas: execução e processo de execução.”

omissis

“O que se quer é sempre dar efetividade, mediante a realização de atos complementares, a sentenças incapazes, por si sós, de proporcionar na prática ao litigante dotado de razão o gozo pleno do direito (o “bem da vida”, em linguagem chiovendiana) que lhe reconheceu o juiz.” BARBOSA MOREIRA, José Carlos. “CUMPRIMENTO” E “EXECUÇÃO” DE SENTENÇA: NECESSIDADE DE ESCLARECIMENTOS CONCEITUAIS, in: DIDIER JÚNIOR, Fredie (Org.). LEITURAS COMPLEMENTARES DE PROCESSO CIVIL. 5. ed. Salvador: JusPODIVM, 2007, p. 337 e 339.

¹⁶² DINAMARCO, Cândido Rangel. Instituições de Direito Processual Civil, vol. III, 4ª ed., São Paulo: Malheiros, 2004, p. 224, apud BARBOSA MOREIRA, José Carlos. “Cumprimento” e “execução” de sentença: necessidade de esclarecimentos conceituais, in: DIDIER JÚNIOR, 2007, p. 343, nota 9.

art. 4º da Lei de Introdução ao Código Civil (LICC)¹⁶³

Para tanto, o procedimento adequado avulta em importância como medida de não apenas eficiência e celeridade, mas como necessária adequação para observância da ordem pré-estabelecida.

O procedimento único para toda e qualquer pretensão, é bem lembrar, é oriundo do Estado liberal clássico, em que, imperando a igualdade *formal* e em uma sanha incontida de preservar liberdades, levou-se à abstração “das diferenças entre as pessoas e os bens. Por consequência, o autor – ou o réu – não era visto como “homem da rua”, mas como “homem sem rosto” ou simplesmente como “parte” da relação jurídica processual.”¹⁶⁴

Como visto, o direito processual é espelho do povo e de seu tempo. Se imperava, sob o Estado liberal clássico, tais idéias, não é difícil concluir que inconcebível, naquele tempo, em tutela jurisdicional que, atenta às diferenciações de cada qual das pretensões postuladas, se adeque o procedimento a elas: a adequação processual.

De fato, naquele modelo liberal, o procedimento e as técnicas eram uniformes, pois toda e qualquer tutela (ou, nos citados dizeres de CHIOVENDA, da entrega do “bem da vida”¹⁶⁵) poderia dar-se pelo equivalente, pela entrega de pecúnia e não, necessariamente, aquilo que se perseguia de forma específica.

Se todos eram “iguais” (de uma forma meramente formal) perante a lei, inconcebível imaginar-se em uma proteção diferenciada para os que não possuíam recursos para, com paridade de armas, deduzir uma pretensão, tampouco procedimentos especiais para a tutela de determinadas situações substancialmente próprias, específicas.

Tal conceito de adequação processual só veio a lume quando se diferenciaram as diversas espécies de bens e, aliado à atenção a cada qual delas, foi voltada a atenção para proteção das “posições sociais mais frágeis”.¹⁶⁶

¹⁶³ Decreto-lei n. 4.657/1942.

¹⁶⁴ MARIONI, Luiz Guilherme e ARENHART, Sérgio Cruz. **Curso de processo civil** (procedimentos especiais), v. 5, 4. ed. revista e atualizada, São Paulo: RT, 2013, p. 19.

¹⁶⁵ CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de direito processual civil**. 4. ed. Campinas: Bookseller, 2009. p. 47

¹⁶⁶ Op. cit., p. 20.

Note-se que, com a evolução do direito processual de sincrético para autonomista, no afã de uma completa autonomia do direito processual para com o substancial, nada se contribuiu para a adequação do procedimento, pois esta, como se pode intuir, é jungida ao direito substancial a que visa, instrumentalmente, tutelar. Ali, na fase autonomista, o procedimento era uniforme (até mesmo como uma forma de isolar o direito processual do direito substancial).

O erro daquele momento autonomista por que passou o direito processual civil foi o de confundir autonomia, instrumentalidade neutralidade, conforme MMARIONOI e ARENHART:

Surgiu, neste contexto, uma confusão entre autonomia científica, *instrumentalidade* e *neutralidade* do processo em face do direito substancial. Os processualistas clássicos estavam absolutamente certos quando afirmavam autonomia do processo e a sua função instrumental em relação ao direito material. Realmente, era chegada a hora de se evidenciar a autonomia da ação e de se elaborar uma dogmática capaz de explicar os institutos que fazem do direito processual civil uma ciência autônoma, ligadas aos valores do Estado. O equívoco ocorreu ao não se perceber que, para se ter uma disciplina cientificamente autonomia, não é preciso, recomendável e possível se ter um direito processual neutro em relação ao direito material e à realidade da vida.¹⁶⁷

De fato, ser autônomo não significa indiferente, mas com características e institutos próprios, de cuja constatação ressaí a de que o direito processual não pode afastar-se (neutralidade) do direito substancial a que visa dar proteção, porquanto é aquele instrumento de seu reconhecimento jurisdicional deste. Somente a partir desta consciência (e, portanto, lançando as miradas para fora do processo, conforme visto), é que se passou a dedicar ao “Direito do Procedimento adequado como forma de Acesso à Justiça e de aceleração na prestação jurisdicional” que é enunciado neste tópico.

Atualmente, não basta mais uma leitura reducionista do princípio da indeclinabilidade da jurisdição haurido do art. 5º, XXXV da CF/88. Ao revés, a leitura que se pretende e espera do atual operador do direito processual é a de que, muito além de ver um direito ou lesão tutela, vê-lo de forma adequada, por meio de um procedimento adequado.

Assim o é na tutela dos alimentos, em que a urgência do alimentando

¹⁶⁷ Op. cit., p. 22.

demanda técnica específica e procedimento adequado, havendo previsão expressa “desde logo” (art. 4º da Lei 5.478/1968) deles, bem ainda na ação de reintegração de posse, cujo procedimento é uma mescla de técnica de antecipação de tutela e sentença executiva, tudo isto para, atentando-se para especificidades do que se vai tutelar, imprimir efetividade à jurisdição, por meio de uma adequação procedimento.

É dentro do caráter informativo e propositivo dos princípios fundamentais constitucionais, dentre os quais o da “razoável duração” que o operador do direito, diante de um procedimento inadequado, deve trazer, ao mesmo tempo, crítica e solução. Se assim o faz, respeitada a concretização, tão almejada pela hermenêutica constitucional, das normas de direito fundamenta. Propostas há, no que toca ao corte procedimental das ações de cognição duplicata, a fim de imprimir-lhes maior efetividade.

7 AÇÕES DE COGNIÇÃO DUPLICADA OU EM FASES DISTINTAS

7.1 INTRODUÇÃO

Diversas são as demandas de cognição duplicada, isto é, as que demandam a apreciação, por meio de decisão terminativa (sentença), em duas ocasiões, destacando-se: a ação de prestação de contas (ou, melhor, a de exigir contas)¹⁶⁸, ação de demarcação e divisão de terras particulares e a improbidade administrativa.

A adequação procedimental se faz presente no direito brasileiro, conforme se viu no tópico antecedente, há muito e não apenas naqueles institutos citados (o da monitória e o do sincretismo da antiga execução de título executivo judicial em cumprimento de sentença), mas como também em diversos outros e nos procedimentos especiais.

A adequação procedimental faz-se presente, no direito brasileiro, conforme foi visto no tópico antecedente, há muito e não apenas naqueles institutos citados (o da monitória e o do sincretismo da antiga execução de título executivo judicial em cumprimento de sentença), mas como também nos demais.

Pertinente à adequação procedimental, o que ensina BRASILEIRO:

A supra mencionada “releitura” da antiga ideia de que “a todo direito deve corresponder uma ação que o assegure” também se pode fazer e tem sido feita num sentido de necessária plasticidade e adequação procedimental ao direito cuja defesa se postula (2009, p. 138).

De fato, pretender que, sob um mesmo e único procedimento se possa dar uma tutela adequada a tudo quanto submetido à jurisdição é, ao mesmo tempo,

¹⁶⁸ O objetivo primordial desta ação - em ambos os casos - é apurar a existência ou não da pretensão às contas (a prestá-las ou a exigir que sejam prestadas). Não há necessidade de que o autor da demanda (especialmente da ativa, ou seja, daquela em que se pretende que o réu preste contas) invoque algum suposto crédito existente ou desfalque efetuado pelo requerido. Basta que ostente o direito a ter as contas prestadas, para que a demanda seja procedente. E evidente, porém, que, neste caso, em se verificando a existência de saldo, o feito continuará para impor ao réu o ressarcimento dos prejuízos por ele gerados. Essa consequência, entretanto, é meramente acidental na ação, e faz surgir uma segunda fase no procedimento” (MARINONI; ARENHART, 2013, p. 82).

alinhar-se com um pensamento presente no século XX¹⁶⁹ e esquecer-se das novas miradas do Direito processual em que, como parte da efetividade, se faz indissociável um adequado procedimento que permita, a um só tempo, segurança e efetividade (ou, melhor, rapidez pelo encurtamento do procedimento já previsto).

Atento a isto e àquele papel de que se cuidou em linhas transatas – o de propor soluções para problemas verificados na prática – é o objeto deste capítulo: a promoção de cortes do procedimento, em demandas de cognição dúplice, destacando, como modelo, a de prestação de contas, quando se exija a prestação de contas de outrem e este resista em prestá-las (art. 915 do CPC)¹⁷⁰.

Posto isto, à nota de introdução, adentra-se aos tópicos.

7.2 DAS ESPÉCIES AQUI TRATADAS (PRESTAÇÃO DE CONTAS, DIVISÃO E DEMARCAÇÃO DE TERRAS PARTICULARES E AÇÃO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA)

Para o bom enquadramento do objeto do estudo, serão tratados neste capítulo a Ação de Prestação de Contas (exigir contas), de Divisão e Demarcação de Terras Particulares e a de Improbidade Administrativa.

As duas primeiras são tratadas no CPC e a última pela lei 8.429/92, notadamente em seu art. 17, § 8º.

¹⁶⁹ “Consequência disto, foi a resistência, da doutrina processual do século XX, em relação aos procedimentos especiais. Os processualistas clássicos enxergavam os procedimentos especiais como exceções ao procedimento ordinário. CARNNELUTTI, por exemplo, afirmou, sem qualquer constrangimento, que seria correto falar “*di procedimenti anomali in confronto con il procedimento normale*” (MARINONI e ARENHART, 2005, p. 25).

¹⁷⁰ Art. 915. Aquele que pretender exigir a prestação de contas requererá a citação do réu para, no prazo de 5 (cinco) dias, as apresentar ou contestar a ação.

§ 1º Prestadas as contas, terá o autor 5 (cinco) dias para dizer sobre elas; havendo necessidade de produzir provas, o juiz designará audiência de instrução e julgamento; em caso contrário, proferirá desde logo a sentença.

§ 2º Se o réu não contestar a ação ou não negar a obrigação de prestar contas, observar-se-á o disposto no artigo 330; a sentença, que julgar procedente a ação, condenará o réu a prestar as contas no prazo de 48 (quarenta e oito) horas, sob pena de não lhe ser lícito impugnar as que o autor apresentar.

§ 3º Se o réu apresentar as contas dentro do prazo estabelecido no parágrafo anterior, seguir-se-á o procedimento do § 1º deste artigo; em caso contrário, apresentá-las-á o autor dentro em 10 (dez) dias, sendo as contas julgadas segundo o prudente arbítrio do juiz, que poderá determinar, se necessário, a realização do exame pericial contábil.

7.2.1 Prestação de contas em cognição duplicata e a ação de divisão e demarcação de terras particulares

Conforme prenunciado, exigir a prestação de contas, diante da resistência de quem se nega em espontaneamente prestá-las, acaba por ocasionar a duplicação da cognição: uma primeira, a fim de se aferir se há ou não o direito de exigí-las e, depois disto, a de efetivamente fazê-lo se julgada procedente aquela primeira fase.

O dito “efeito acidental”¹⁷¹ da prestação de contas, previsto no dispositivo citado, demanda revisão, porquanto – em havendo o efeito irradiante e, sob a nova perspectiva de hermenêutica constitucional (a de concretização dos direitos), do direito fundamental criado no art. 5º, LXXVIII da CF/88 – este direito fundamental há de inspirar, aqui, um corte do procedimento, a fim de, abreviando o duplo julgamento, o primeiro, em se apurando o dever de prestar as contas, determiná-lo, por meio de decisão terminativa; e um segundo, após transitado em julgado o primeiro comando, o de prestá-las efetivamente, para, em um único e mesmo procedimento, subdividido em duas fases – poder-se-ia, no caso em comento, por meio de decisão fundamentada, decisão interlocutória, julgar o direito em que o terceiro preste as contas para o autor e, em uma mera fase deste mesmo procedimento, à identidade do sincretismo do cumprimento de sentença, iniciar-se a prestação de contas em si, com todos os meios de defesa assegurados pela Ampla Defesa – julgar-se o direito em ter as contas prestadas para, já num segundo momento, vê-las prestadas. Tudo isto dentro do mesmo processo, julgando-se, em uma sentença única, tudo.

O mesmo poderia dar-se, no que toca à demanda de divisão e demarcação de terras particulares (art. 946 até 981 do CPC), em que, decidido o direito de dividir ou demarcar por meio de decisão interlocutória, passaria, imediatamente, para a outra fase em que se promoveria a divisão ou a demarcação e, por meio de uma decisão terminativa única¹⁷², julgaria o direito em se dividir ou demarcar

¹⁷¹ Isto é, a de que, exigido o direito em prestá-las, se apure, em uma segunda fase, a existência de saldo a adimplir, termo utilizado por MARINONI; ARENHART, 2013, p. 81-87.

¹⁷² E não dúplice, isto é, “duas decisões de mérito, a primeira, examinando a viabilidade da divisória, a segunda, homologando a divisão propriamente dita. Os atos previstos nos arts. 979 e

(mais abstrato) e, no plano concreto, a divisão e a demarcação provenientes daquele reconhecimento.

É claro que um corte procedimental em tal amplitude, tanto em um como no outro caso, somente podem ser feitos por meio de alteração do texto processual em vigência.

Se, se feito, estaria muito mais consentâneo com a qualificação de decisão interlocutória presente no art. 162 do CPC, do que a sentença (art. 458 do CPC). E em havendo a alteração proposta, dita exigência de prestar contas, por meio de decisão interlocutória, poderia ser atacada por agravo que, diante dos argumentos trazidos pelo agravante, poder-se-ia recebê-lo, inclusive em seu efeito suspensivo.¹⁷³

7.2.2 A ação de improbidade administrativa

Ao exame da lei de regência (Lei 8.429/1992) e nota-se haver a previsão de um procedimento de natureza dúplice para a improbidade administrativa. Com efeito, informa a predita norma (especialmente em seu art. 17, 7º¹⁷⁴) a exigência de uma manifestação prévia à citação. Somente após a predita manifestação prévia e convencido de que haja indícios que indiquem a existência do ato de

980 somente poderão ser realizados após encerrada a primeira fase, dita contenciosa” (STJ, 3ª Turma, REsp. n. 165.782/PR, Rel. Min. Waldemar Szeiter, ac. de 24.05.1999, DJU de 27.11.2000, p. 156)” in: THEODORO JR., Humberto. **Curso de Direito Processual Civil (Procedimentos Especiais)**, v. III, 45. ed. revista e atualizada, Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 191, nota 7;

¹⁷³ Nesse sentido e coadunando-se com as conclusões a que se chegou, MARINONI: “Nada obstaría, por outro lado, que se concluísse que o ato que encerra a primeira fase do conhecimento na ação de prestação de contas deveria ser caracterizado como decisão interlocutória. Na verdade, talvez essa fosse até a conclusão mais acertada, por várias razões. Em primeiro lugar, esta conclusão estaria mais harmonizada com a idéia que o Código faz de sentença (vinculando-a ao encerramento de uma das fases, ou de conhecimento ou de satisfação, do processo). Em segundo lugar, caracterizar esse ato como decisão interlocutória faria com que o recurso designado para atacá-lo fosse o agravo, que, por subir em instrumento próprio, e por não ser dotado de efeito suspensivo, não impediria o prosseguimento do processo para a segunda fase. Finalmente, o efeito suspensivo *ope iudicis* do agravo permitiria dosar com maior prudência a necessidade de paralisar ou não a apresentação das contas enquanto se discute sobre o dever de prestá-las” (MARINONI;ARENHART, 2013, p. 83).

¹⁷⁴ § 7º Estando a inicial em devida forma, o juiz mandará autuá-la e ordenará a notificação do requerido, para oferecer manifestação por escrito, que poderá ser instruída com documentos e justificações, dentro do prazo de quinze dias. (Parágrafo acrescentado pela Medida Provisória n. 2.225-45, de 04.09.2001, DOU 05.09.2001 - Ed. Extra, em vigor conforme o art. 2º da EC n. 32/2001)

improbidade, em razão da qual possa ser julgada procedente a ação, o Juiz determinará a citação do réu para contestar a ação. A jurisprudência entende que, mesmo diante da oportunidade da defesa prévia, a citação ulterior é necessária¹⁷⁵.

De fato, se há norma a prever a defesa prévia e, somente após ela e feito um cadinho (ainda que não exauriente) de indícios procedência pelo Juiz, este determina a citação. Assim, ultrapassar essa fase seria, muito mais do que uma mera flexibilidade de procedimento tolerável, a subtração de garantias constitucionais: do Devido Processo Legal e a Ampla Defesa.

Dessa forma, diante da impossibilidade de se ponderar o princípio-regra Ampla Defesa, a solução é, por meio de proposta legislativa, promover a alteração de tal dispositivo para, tornando sincréticas as duas fases – a da defesa prévia e da contestação – fazê-lo em uma única. O réu seria, então, citado para apresentar contestação e defesa prévia e, na hipótese de acatados os seus argumentos trazidos na defesa prévia, a ação seria julgada improcedente, de plano, e não apreciada a contestação.

Tal alteração de procedimento, via alteração da legislação, representaria a assecuração da Ampla Defesa e, ao mesmo tempo, uma maior celeridade aos feitos de improbidade administrativa.

¹⁷⁵ Nesse sentido: acórdão do eg. TJMG, Relator Desembargador Hyparco Immesi, AI 1.0000.00.279325-5/000, 4ª Câmara Cível, DJ de 08.10.2003.

8 CONCLUSÕES

O Direito e, em especial o direito processual, possui as normas com uma componente e não única, havendo outras visões para além dos institutos importantes para o Estado de Direito Social, sem cuja óptica inviável pensar em “efetividade”.

O Direito é criado e se exerce pelo e para o povo – o seu real destinatário e cujo contexto histórico deve vincular-se.

A preocupação do direito processual deixa a dimensão plana (“concepção unidimensional, pela qual o direito e a ciência jurídica se limitam à declaração das normas” (CAPPELLETTI, 1994, p. 121) e torna-se tridimensional “uma primeira dimensão reflete o problema, necessidade ou exigência social que induz à criação de um instituto jurídico; a segunda dimensão reflete a *resposta ou solução jurídica*, por sinal resposta que, além das normas, inclui as instituições e processos destinados a tratar daquela necessidade, problema ou exigência social; enfim, uma terceira dimensão encara os *resultados*, ou o *impacto* dessa resposta jurídica sobre a necessidade, problema ou exigência social” (CAPPELLETTI, 1994, p. 121). Diante disto, o papel dos operadores do direito, outrora circunscritos ao hermético universo dos institutos do processo, passa a ser o de refletir e criar propostas e soluções para que tornem o processo efetivo.¹⁷⁶

A norma jurídica, enquanto abstrata, é inalterada e possui um comando estanque, diante de cuja inalterabilidade os operadores do Direito devem repensá-la, a fim de que, diante do contexto de uma “realidade social”¹⁷⁷, em que

¹⁷⁶ Em estrito alinhamento ao dito, BEDAQUE: “Não obstante o aprimoramento técnico alcançado pela ciência processual, alguns aspectos ainda carecem de melhor desenvolvimento. A radical mudança de perspectivas verificada nos últimos anos – em razão do quê o processualista deixou de se preocupar exclusivamente com conceitos e formas, para dedicar-se à busca de mecanismos destinados a conferir à tutela jurisdicional o grau de efetividade que dela se espera – impõe sejam revistas ideias concebidas à luz de outra realidade histórica. Hoje, pensa-se no processo de resultados” (BEDAQUE, 2006, p. 17).

¹⁷⁷ Termo retirado de Liebman: “Liberato da vincoli nell' esercizio della sua funzione, il giudice è tuttavia tenuto ad operare in applicazione della legge, della quale egli è l'interprete qualificato. Ma la legge deve appunto sere *interpretata* ed è questo uno dei momenti salienti della funzione giurisdizionale. La norma giuridica è astratta ed è statica, mentre la vita sociale è in continuo movimento e sottopone al giudice casi concreti sempre diversi e sempre nuovi. Il giudice deve

se a aplica – e essa realidade social mutável de, igualmente, mutáveis aspirações – extrair dela o melhor conteúdo, a fim de atender ao anseio dessa realidade.

Dentre os anseios presentes, na atual sociedade e que, dentre outros, reverberam no Direito processual, talvez o mais constante deles seja o da *efetividade* da jurisdição, dentre cujos aspectos ressaltaram-se os da universalidade de acesso, com qualidade assecuratória à igualdade substancial, de uma forma rápida sem descurar do amplo diálogo entre partes e juiz capaz de, assegurado o contraditório substancial – aquele capaz, mediante tal diálogo, de influir na convicção e, com ela, na decisão do juiz – lhes entregar aproximação tanto quanto possível do direito substancial ao direito dito pelo Estado (jurisdição) em estrita observância à ampla defesa. O direito processual funciona como instrumento de assecuração dessa aproximação.

Durante esse contínuo caminhar, o direito processual passou pelo período em que o juiz é escravo da lei – pré-moderno ou estado liberal – em que várias expressões indicam o juiz como boca da lei; período em que todos são escravos de uma profusão de normas e de todo tipo de regramento (moderno ou *welfare state*); e, ora, perpassa por mundo em que os valores orientam tudo (pós-moderno ou axiológico).

A cada qual dos passos prenunciados corresponde, respectivamente, um estágio do Direito processual: sincrético, autonomista, instrumentalista e há quem proponha ulteriores como o professor LEAL¹⁷⁸.

Houve, ainda, o surgimento e a alteração da segurança jurídica e garantias formais – igualdade; surgimento da proteção de direitos coletivos e difusos e da forma de dar tutela a eles de uma maneira aglutinada, aos direitos individuais homogêneos. Leitura conforme a Constituição e preocupação acentuada sobre a concretização de suas normas surgem. É sob a proteção de tais conceitos que viceja o princípio da adequação procedimental como forma de, imprimindo

cercare di intendere la norma in tutto il suo significato, non solo in connessione con l'intero ordinamento e colmando le eventuali lacune della legge, ma anche ripensando la norma stessa nel contesto di una realtà sociale in continua evoluzione e perciò carica di esigenze e di valori nuovi. Cià non vuol dire peraltro che egli possa attribuire alla norma contenuti conformi alle sue preferenze soggettive ed arbitrarie: al contrario, egli deve sforzarsi di esprimere le esigenze ed i valori della società del suo tempo. Il fine ultimo della sua attività è la giustizia e, insieme e per suo mezzo, la pace sociale” (LIEBMAN, 1992, p. 4).

¹⁷⁸ Visão neo-institucionalista do processo. Nesse sentido, veja LEAL, 2010, p. 35-39.

celeridade, dar efetividade à jurisdição.

É hora de caminhar à frente, aguçando a crítica do que posto e propondo alteração, a fim de sob o império delas, obter-se a efetividade. A ineficiência e sobrecarga do Judiciário continuam ainda a ser um dos problemas mais sérios a resolver, não apenas no país, mas no mundo¹⁷⁹.

Questão de todo relevo que poucos processualistas se debruçaram a estudá-la liga-se a imposição de que se dê, de cima para baixo, o acesso à justiça e a celeridade a todo custo.

Da mesma forma, impedi-los a todo custo ou ainda impor norma que contrarie os valores correntes de uma nação no momento em que promulgada, deve ser ponto de inflexão de todos os que operam com o direito, porquanto injusto e inaceitável.

Imparcialidade e passividade são conceitos distintos e de cujos significados e extensões o Juiz de agora deve conhecer para, dentro desta perspectiva, fazer valer o princípio dispositivo substancial. Nesse ponto, CAPPELLETTI:

O juiz deve ser imparcial com respeito ao *conteúdo* da controvérsia, mas não com respeito à relação processual como tal; antes, constitui até dever específico do juiz assegurar que o processo se desenvolva de maneira regular, rápida, tanto quanto possível e leal. Emerge aqui a distinção entre o “princípio dispositivo em sentido processual ou impróprio”, a ser respeitado – deixando exclusivamente às partes a iniciativa de instaurar o processo e de determinar-lhe o conteúdo, a *res iudicanda*, o que inclui a alegação dos fatos essenciais à determinação da *causa petendi* – e o “princípio dispositivo em sentido processual ou impróprio”, que, ao contrário, não tem razão de ser, constituindo precisamente obrigação do juiz controlar, repito, o regular, leal, rápido

¹⁷⁹ Nesse sentido, as palavras de CAPPELLETTI, no fechamento do VIII Congresso de Direito Processual realizado em Utrecht, Holanda que, a despeito de pronunciadas em 27.08.1987, continuam atuais: “Nosotros, los procesalistas, no estamos de ninguna manera preparados para aceptar el status quo, ni satisfechos con él. Conocemos perfectamente el “descontento” popular, creciente y amplio con el funcionamiento del proceso judicial, lo que ha sido tan hábilmente expuesto nuestros Informantes Generales Ehrard Blankenburg y Yasuhei Taniguchi como la razón de un movimiento mundial general hacia el desarrollo de nuevas alternativas en los procesos y cortes ordinarias, y por el Informante General Paul Meijknecht, como uno de los motivos del incrementado uso, y de abuso frecuente, de los procedimientos sumarios en ciertos países. En realidad, la ineficiencia y la sobrecarga de trabajo, son dos de los problemas más serios que en muchos países aún resta resolver. Nosotros estamos haciendo todo lo posible para solucionarlo. Ponemos ahínco en un mundo mejor. Y sabemos que, en nuestro imperio —y citaré nuevamente una traducción de Sentis Melendo de Calamandrei—: ...ningún tema como el del proceso merece hoy la atención y el empeño de los estudiosos, porque en ningún campo como en el del proceso es posible encontrar y valorar reunidos, en su angustiosa actualidad todos los aspectos, jurídicos, políticos y morales, del problema central de la sociedad humana, que es el problema de la justicia.” (CAPPELLETTI, 1991, p. 154).

desenvolvimento do processo, com a possibilidade, para tanto, de impor prazos e sanções, e também – nos limites dos fatos constitutivos, impeditivos e modificativos alegados pelas partes – de utilizar meios probatórios. É aquilo a que os alemães chamam a *formelle Prozessleitung*, a direção formal do processo, que certamente constitui atribuição e responsabilidade do bom juiz.” (CAPPELLETTI, Revista de Processo (RePro) n.º 65, p. 127).

E, aqui, surge a grande indagação do que seja o Tempo e, mais do que isto, o que seja um interstício de razoável temporalidade para a entrega da prestação jurisdicional, por meio do procedimento em contraditório. Talvez, dentre todos, seja CARNELUTTI quem melhor sintetizou essa indagação, conforme texto em epígrafe que, aqui, se reproduz traduzido:

Aqui, a palavra Tempo é vista, antes de tudo, como *duração*, isto é, distância entre o início e o fim de um desenvolvimento e, portanto, como o esperado. O processo dura; não se pode fazer tudo ao mesmo tempo. Há de ter paciência. Semeia-se, como faz o camponês, e você tem que esperar para colher. Ao lado da atenção, vem a paciência entre as virtudes necessárias ao Juiz e às partes. Infelizmente, todos estes são impacientes por natureza; impacientes como os doentes, de cuja doença também sofrem. Uma das tarefas dos defensores é inspirar, em todos, a paciência. O *slogan* da justiça rápida e segura, que saia da boca dos políticos inexperientes, contem, infelizmente, uma contradição em termos: se a justiça é segura não é rápida e se rápida, a justiça não é segura. Às vezes, a semente da verdade demanda anos, até séculos, para se tornar uma espiga (*veritas filia temporis*)¹⁸⁰ (CARNELUTTI, 1958. 154).

Neste trabalho, denominou-se esse de *tempo suficiente*, isto é, aquele em que, sem malferir o *princípio-regra* – da Ampla Defesa (conceito trazido no capítulo subsequente ao do da Razoável Duração do Processo), se possa entregar o bem da vida perseguido numa dimensão temporal do suficiente para tanto.

Chegou-se à conclusão de que a garantia presente no art. 5º, LXXVIII da CF/88 possui um efeito irradiante e de concretização, em razão dos quais

¹⁸⁰ Tradução livre do autor: “*Qui la parola Tempo é intesa prima di tutto come durata cioè come distanza tra l’inizio e la fine di uno svolgimento e pertanto come necessita di attesa. Il processo dura; non si può fare tutto in una volta. Bisogna aver pazienza. Si semina, come fa il contadino; e bisogna aspettare per raccogliere. Accanto all’ attenzione, vien fatto di collocare la pazienza tra Le virtù nécessaire al giudice e alle parti. Purtroppo queste sono impazienti por definizione; impazienti come i malati poiché soffrono anche loro. Uno dei compiti dei difensori é quello di ispirare a loro la pazienza. Lo slogan della giustizia rapida e sicura, Che va per Le bocche dei politici inesperti, contiene, purtroppo una contraddizione in adiecto: se la giustizia é sicura non é rápida, se é rápida non é sicura. Qualche volta il seme della verità mette degli anni, perfino dei secoli, per diventare una spiga (veritas filia temporis)” (CARNELUTTI, 1958, p. 154).*

demandam a releitura de velhos institutos do processo (sob a hermenêutica concretizadora dos comandos axiológicos emanados dos princípios) e, mais do que isso, um papel propositivo do operador do direito para fazê-lo efetivo.

Trouxe à constatação que alguns institutos, apesar de criados para dar efetividade ao processo, apresentam, na prática, uma *disfunção*, ao ocasionar um atraso na prestação jurisdicional, citando o caso do art. 543-C do CPC, em que há recurso paradigma a ser julgado faz mais de 5 (cinco) anos de sua afetação pelo STJ e, com isso, diversos processos permanecem parados.

A isso se denominou de *jurisdição paralisante* e, diante da nova óptica propositiva, trouxe, por meio de sugestões de alteração na legislação, a inclusão de dados objetivos para contrapor aos conceitos indeterminados de tempo e razoável, este último muito mais identificável pelo desvio – quando há uma patente falta de razoabilidade diacrônica do que propriamente pela regra – do que pela regra. Necessário serem criados os parâmetros de uma razoabilidade eficaz.

Conceitos de fora do país contam com o mesmo e ruim grau de indeterminação, tal como os adotados pelo Tribunal Europeu de Direitos Humanos.

Diante de uma indeterminação é necessário um contraponto objetivo.

Aqui o objetivo da dissertação, levantando as ações de cognição duplicada e criticando o procedimento dúplice delas, propor, por meio de cortes procedimentais, o encurtamento desse procedimento e, com ele, a efetividade do processo. Dentro do proposto, viu-se perfeitamente possível fazê-lo, tanto na ação de exigir contas como naquela de divisão e demarcação de terras particulares, ou, ainda, na ação de improbidade administrativa.

Teorizar, sob o aspecto prático, com vistas a fazer do direito processual civil um instrumento de substancial efetividade.

REFERÊNCIAS

- ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2008.
- ANDOLINA, Italo. Il tempo e il processo, in: **REPRO** n.º 176, outubro de 2009.
- ANDOLINA, Italo; VIGNERA, Giuseppe. **Il modello costituzionale del processo civile italiano**. Turim: G. Giappichelli Editore, 1990.
- ARAUJO CINTRA, Antonio Carlos; GRINOVER, Ada Pellegrini e DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**. 29. ed. São Paulo: RT, 2013.
- ASSIS, Araken de. **Comentários ao CPC**. v. VI, Rio de Janeiro: Forense, 2000.
- ASSIS, Araken de. *DURAÇÃO RAZOÁVEL DO PROCESSO E REFORMAS DA LEI PROCESSUAL CIVIL*, in FUX, Luiz; NERY JÚNIOR, Nélon e WAMBIER, Teresa Arruda Alvim, *PROCESSO E CONSTITUIÇÃO (ESTUDOS EM HOMENAGEM AO PROFESSOR JOSÉ CARLOS BARBOSA MOREIRA)*, São Paulo: RT, 2006;
- BALAUNDE, Domingo García. Interpretación constitucional e interpretación procesal constitucional, in **Direitos fundamentais e estado constitucional – estudos em homenagem a J.J. Gomes Caontilho**. São Paulo: Ed. RT, 2009.
- BAPTISTA, Joaquim de Almeida. **Da ação monitória**. São Paulo: Iglu, 2002.
- BARBI, Celso Agrícola. **Comentários ao CPC**. v. I, 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998.
- BARBI, Celso Agrícola. Da preclusão no processo civil. **Revista Forense**, vol. 158, p. 58 e seguintes.
- BARBOSA MOREIRA, José Carlos. **Temas de direito processual** (oitava série). São Paulo: Saraiva, 2004.
- BARBOSA MOREIRA, José Carlos. “Cumprimento” e “execução” de sentença: necessidade de esclarecimentos conceituais, in: DIDIER JÚNIOR, Fredie (Org.). **Leituras complementares de processo civil**. 5. ed. Salvador: JusPODIVM, 2007, p. 350.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Ações coletivas na Constituição Federal de 1988. In: MILARÉ, Édís (Coord.). **A ação civil pública após 25 anos**. São Paulo: RT, 2010.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. **Comentários ao CPC**. v. V, 14. ed. Rio de Janeiro: FORENSE, 2008.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. **Estudos de direito processual em homenagem a José Frederico Marques**. São Paulo: Saraiva; 1982.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. **O futuro da justiça**: alguns mitos. In: **Temas de direito processual** (oitava série). São Paulo: Saraiva, 2004.

BARROSO, Luís Roberto. **A nova interpretação constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

BARROSO, Luís Roberto. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro (pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo). Interesse Público, Sapucaia do Sul, v.3, n.11 , p.42-73, jul./set. 2001. In: BARROSO, Luís Roberto (Org.). **A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas**. 3. ed. rev. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra. **Comentários à Constituição do Brasil**. 2. Ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

BATISTA, Francisco de Paula. **Compêndio de teoria e prática do processo civil**. Atualização de Ricardo Rodrigues da Gama. Campinas: Russell, 2002, § 61, p. 88-89.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Efetividade do processo e técnica processual**. São Paulo: Malheiros, 2006.

BOBBIO, Norberto. A era dos direitos, Rio de Janeiro: CAMPUS, 1992, p. 25; apud: GOMER JR., Luiz Manoel. **Curso de direito processual civil coletivo**. São Paulo: SRS Editora, 2008, p. 3.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 28. ed.. São Paulo: Malheiros, 2013.

BORGES, Leonardo. A garantia da razoável duração do processo do trabalho e o

dano marginal, *In*: MIESSA, Élisson e CORREIA, Henrique (coord.). Estudos aprofundados (Magistratura do Trabalho), Salvador: **JURISPODIVM**, 2013.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça: <https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/ita.asp?registro=200500015616&dt_publicacao=29/06/2007> Acesso em: 07 dez; 2013, às 11:21.

BRASILEIRO, Ricardo Adriano Massara. **Romanismo e pandectismo nas teorizações da ação**. Belo Horizonte: LÍDER, 2009.

CAMARA, Alexandre Freitas. O direito à duração razoável do processo: entre eficientes e garantias, **REPRO** n. 223, p. 39-53.

CAMPOS, Ronaldo Cunha. **Limites objetivos da coisa julgada**. 2ª ed. Rio de Janeiro: AIDE, 1988.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional**. 6. ed. rev. Coimbra: Almedina, 1993. p. 201-204, texto e nota 2.

CAPPELLETTI, Mauro e GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. Trad. e rev. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1988.

CAPPELLETTI, Mauro. Algunas relexiones sobre el rol de los estudios procesales en la actualidad, **RePro** n. 64, out. / dez. 1991.

CAPPELLETTI, Mauro. Os métodos alternativos de solução de conflitos no quadro do movimento universal de acesso à justiça. **Revista Forense** n. 326, Rio de Janeiro: Forense, abril/maio de 1994, p. 121-130.

CAPPELLETTI, Mauro. Problemas de reforma do processo civil nas sociedades contemporâneas, tradução de José Carlos Barbosa Moreira, *in* **REpro** n. 65.

CARNEIRO, Athos Gusmão. Ação Civil Pública - Direitos individuais homogêneos, limitações à sua tutela pelo Ministério Público, **Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil**, n. 12, julho/agosto de 2001, p. 5, *in* Jurís Síntese DVD, Setembro/Outubro de 2013.

CARNEIRO, Athos Gusmão. Ação civil pública - direitos individuais homogêneos, limitações à sua tutela pelo Ministério Público. **Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil**, n.º 12, julho/agosto de 2001, p. 5, *in* Jurís Síntese DVD, Setembro/Outubro de 2013.

CARNELUTTI, Francesco. **Tratado del processo civile**. Napoli: Morano, 1958.

CARNELUTTI, Francisco. **Sistema de derecho processual civil**, v. I. Trad. Niceto Alcalá-Zamora y Castilho y Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires: Uteha Argentina, 1943, p. 287.

CHIARLONE, Sergio. Giusto processo, garanzie processuali, giustizia della decisione, *in* **REPRO** n. 152, out. 2007.

CHIOVENDA, Giuseppe. Dell' azione nascente dal contratto preliminare. **Rivista di Diritto Commerciale**, 1911, e Saggi di diritto precessuale civile. Roma, 1930, v. p. 110)"

CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de direito processual civil**. 4. ed. Campinas: Bookseller, 2009.

CHRISTOPHER, Charles Synge. Progress in Administration of justice during the Victorian Period. In: **Select Essayas in Anglo-American Legal History**. Boston: Litle, Brown and Co., 1907, v. I, p. 520.

COMOGLIO, Luigi Paolo; Durata ragionevole del giudizio e forme alternative di tutela. **Revista De Processo**, v. 151, set. 2007, p. 73 nota 2.

DIDIER JR., Fredie. Será o fim da categoria condição da ação? um elogio ao projeto do novo *CPC*. In: DIDIER JR. Fredie e BASTOS, Antonio Adonias Aguiar (coord.), O projeto do novo código de processo civil (estudos em homenagem ao professor José Joaquim Calmon de Passos, 2a série, Salvador: **JUSPODIVM**, 2012, p. 313-317.

DINAMARCO, Cândido Rangel. A instrumentalidade do processo, São Paulo: MALHEIROS, 1993, p. 294, *apud* OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. Da constitucionalização do processo à procedimentalização da constituição: uma reflexão no marco da teoria discursiva do direito, *in*: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (coord.). **A constitucionalização do direito (fundamentos teóricos e aplicações específicas)**. Rio de Janeiro: LUMEN JURIS, 2007, p. 543.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **A reforma do código de processo civil**. São Paulo: Malheiros, 1996, p. 62-63.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de Direito Processual Civil**, vol. III, 4. ed., São Paulo: Malheiros, 2004 *apud* BARBOSA MOREIRA, José Carlos.

“Cumprimento” e “execução” de sentença: necessidade de esclarecimentos conceituais, *In*: DIDIER JÚNIOR, 2007, p. 343, nota 9.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil**. V. III. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2009a.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. 14. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2009b.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual**. v. I, 6. ed. Revista e atualizada. São Paulo: Malheiros, 2009c.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**. v. II, São Paulo: Saraiva, 1997.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

FAZZALARI, Elio. **Instituições de direito processual**. 1ª ed. Trad. Elaine Nassif, Campinas: BOOKSELLER, 2006.

FEDRO. **FAVOLE** (a cura di Fernando Solinas). 21ª reimpressão. Milão: Arnoldo Mondadori Editores.P.A., 2010.

GAJARDONI, Fernando da Fonseca. **Flexibilização procedimental** (um novo enfoque para o estudo do procedimento em matéria processual). São Paulo: ATLAS, 2008.

GARTH, Bryant; CAPPELLETTI, Mauro. **Acesso à justiça**. Trad. e rev. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1988.

GOMER JR., Luiz Manoel. **Curso de direito processual civil coletivo**. São Paulo: SRS Editora, 2008.

GOMES, Orlando. **Obrigações**. 17. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

GONÇALVES, Aroldo Plínio; BRASILEIRO, Ricardo Adriano Massara. **Estudos de direito processual civil e de direito e processo do trabalho**. Belo Horizonte: RTM, 2013.

GONÇALVES, Aroldo Plínio. **Técnica processual e teoria do processo**. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2012.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro**: volume 2 - teoria geral das obrigações. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

GRECO, Leonardo. **Instituições de processo civil**. v. I, 4. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

HOBBSAWM, Eric J. **A era das revoluções (1789-1848)**. Trad. Maria Tereza Lopes Teixeira e Marcos Penchel. 18. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2004.

HOUAISS, Antônio. **Dicionário eletrônico Houaiss da língua portuguesa**. São Paulo: Objetiva, 2009.

KOEHLER, Frederico Augusto. A razoável duração do processo. 2. ed. Salvador: **JUSPODIVM**, 2013.

LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do direito**. Tradução de José Lamago. 6. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2012, p. 621.

LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria geral do processo** (primeiros estudos). 9. ed. São Paulo: Forense, 2010.

LIEBMAN, Enrico Tullio. **Manuale di diritto processuale civile**, principi. 5. ed., Milão: Giuffrè, 1992, p. 4.

LUCON, Paulo Henrique dos Santos. Devido processo legal substancial, in: DIDIER JR., Fredie *et alii* (org). Leituras complementares de processo civil, Salvador: **JURISPODIVM**, 6. Ed. 2008.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Curso de processo civil** (procedimentos especiais). v. 5, São Paulo: RT, 2013.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Antecipação da tutela**. 12. ed. São Paulo: RT, 2011.

MARINONI, Luiz Guilherme. Da teoria da relação jurídica processual ao processo civil do estado constitucional. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (coord.). **A constitucionalização do direito (fundamentos teóricos e**

aplicações específicas). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 510.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Técnica processual e tutela dos direitos**. 4. ed. São Paulo: RT, 2013.

MARIONI, Luiz Guilherme *et alii*. **Estudos de direito processual civil (homenagem ao professor Egas Dirceu Moniz de Aragão)** – A jurisdição no Estado Contemporâneo, São Paulo: Ed. RT, 2005.

MARIONI, Luiz Guilherme. Da teoria da relação jurídica processual ao processo civil do estado constitucional. *in*: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (coord.). **A constitucionalização do direito** (fundamentos teóricos e aplicações específicas). Rio de Janeiro: LUMEN JURIS, 2007, p. 510.

MARQUES, José Frederico. **Instituições de direito processual civil**. v. II Campinas: BOOKSELLER, 1997.

MAZZILI, Hugo. **A defesa dos interesses difusos em juízo**. São Paulo: RT, 1992.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 1993.

MILARÉ, Édis (Coord.). **A ação civil pública após 25 anos**. São Paulo: RT, 2010, p. 372.

MONIZ DE ARAGÃO, E. D. Procedimento: formalismo e burocracia. **Revista Forense** (RF) n. 358, dez. 2001.

NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria Andrade. **Código de processo civil comentado e legislação extravagante**. 11. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

NERY JÚNIOR, Nelson. Contratos no código civil (apontamentos gerais). *in*: **O novo Código Civil** (Estudos em Homenagem ao Prof. Miguel Reale. São Paulo: LTr, 2003, 2003. p. 405-412.

NERY JÚNIOR, Nelson. **Princípios do processo civil na constituição federal**, 7. ed. São Paulo: RT, 2002.

NERY JÚNIOR, Nelson. **Constituição Federal comentada e legislação constitucional**. 2. ed., São Paulo: RT, 2009.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro. **Do formalismo no processo civil**. 2. ed. revista e acrescida de apêndice. São Paulo: Saraiva, 2003.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro. O formalismo-valorativo no confronto com o formalismo efetivo, in: DIDIER JR., Fredie *et alii* (org). Leituras complementares de processo civil. Salvador: **JURISPODIVM**, 6. ed. 2008, p. 351-372.

OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. Da constitucionalização do processo à procedimentalização da constituição: uma reflexão no marco da teoria discursiva do direito. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (coord.). **A constitucionalização do direito** (fundamentos teóricos e aplicações específicas), Rio de Janeiro: LUMEN JURIS, 2007.

ORSINI, Adriana Goulart de Sena; RIBEIRO, Luiz Berlini Dornas. A Litigância Habitual nos Juizados Especiais de Telecomunicações: a questão do “excesso de acesso à Justiça”, Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=96b250a90d3cf086>, Acesso em: 07 dez. 2013, à 20:16.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PALPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil**. V. II, 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civi.**, v. II, 21. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

PIMENTA, José Roberto Freire. **Tutela Metaindividual Trabalhista**. São Paulo: LTR, 2009.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Comentários ao CPC**. Tomo II, 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

PORTANOVA, Rui. **Princípios do processo civil**. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

SANTOS, Boaventura de Sousa Santos. **Pela mão de Alice** (O Social e o Político na Pós-modernidade). 14. ed. São Paulo: Cortez, 2013.

SILVA, Virgílio Afonso da. Princípios e regras: mitos e equívocos cerca de uma

distinção. **Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais**, v. 1, 2003, p. 610.

SIVA, José Afonso. **Curso de direito constitucional positivo**. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

TEIXEIRA, Guilherme Freire de Barros. **Teoria do Princípio da Fungibilidade**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. A preclusão no processo civil. **Revista Jurídica** n. 273, Porto Alegre: Revista Jurídica Editora Ltda, Julho de 2000, p. 5.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de direito processual civil** (teoria geral do direito processual civil e processo de conhecimento). 54. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

VILA, Humberto. A distinção entre princípios e regras e a redefinição do dever de proporcionalidade. **Revista Diálogo Jurídico**. Salvador: CAJ – Centro de Atualização Jurídica, v. I, nº 4, Julho, 2001.

WATANABE, Kazuo. Acesso à justiça e sociedade moderna. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido; WATANABE, Kazuo (orgs.). **Participação e Processo**. São Paulo: ed. Revista dos tribunais, 1988, p. 128-135.

WATANABE, Kazuo. **Código brasileiro de defesa do consumidor**. 2. ed., Forense Universitária, 1992, p. 511.

WATANABE, Kazuo. **Código brasileiro de defesa do consumidor**. 5. ed., Forense Universitária, 1997, p. 824.

ZAVASCKI, Teori. Revista da Associação dos Juízes Federais do Brasil, 48/7, *apud* CARNEIRO, Athos Gusmão. Ação civil pública - direitos individuais homogêneos, limitações à sua tutela pelo Ministério Público. **Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil**, n. 12, julho/agosto de 2001, p. 5, *in* Juris Síntese DVD, Setembro/Outubro de 2013.

MUZZI, Tiago Luís Coelho da Rocha

M994 c Corte procedimental nas ações de cognição duplicada: uma proposta de efetividade./ Tiago Luís Coelho da Rocha – Nova Lima: Faculdade de Direito Milton Campos / FDMC, 2013

126 f. enc.

Orientador: Prof. Dr. Ricardo Adriano Massara Brasileiro

Dissertação (Mestrado) – Dissertação para obtenção do título de Mestre, área de concentração Direito empresarial junto a Faculdade de Direito Milton Campos

Referências: f. 106-114

1. Corte procedimental. 2. Cognição duplicada. 3. Direito empresarial. I. Brasileiro, Ricardo Adriano Massara. II. Faculdade de Direito Milton Campos III. Título

CDU 347.72(043)