

**UNIVERSIDADE FEDERAL DE MINAS GERAIS
FACULDADE DE DIREITO / PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO**

MARCELO VEIGA FRANCO

**O PROCESSO JUSTO COMO FUNDAMENTO DE LEGITIMIDADE DA
JURISDIÇÃO**

Belo Horizonte

2012

MARCELO VEIGA FRANCO

**O PROCESSO JUSTO COMO FUNDAMENTO DE LEGITIMIDADE DA
JURISDIÇÃO**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, como requisito parcial para a obtenção do grau de Mestre em Direito, sob a orientação do Professor Doutor Fernando Gonzaga Jayme.

Belo Horizonte
2012

F185p	Franco, Marcelo Veiga O processo justo como fundamento de legitimidade da jurisdição / Marcelo Veiga Franco. – 2012.
	Orientador: Fernando Gonzaga Jayme Dissertação (mestrado) – Universidade Federal de Minas Gerais, Faculdade de Direito.
	Inclui bibliografia
	1. Processo civil – Teses 2. Direito constitucional – Brasil 3. Processo legal justo 4. Jurisdição 5. Estado de direito 6. Devido processo legal I. Título
	CDU ⁽¹⁹⁷⁶⁾ 347.98(81) 342.736

MARCELO VEIGA FRANCO

**O PROCESSO JUSTO COMO FUNDAMENTO DE LEGITIMIDADE DA
JURISDIÇÃO**

Dissertação apresentada junto ao Curso de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Minas Gerais visando à obtenção do título de Mestre em Direito.

A banca examinadora da defesa de dissertação considerou o candidato _____.

Belo Horizonte, _____ de _____ de 2012.

Componentes da banca examinadora:

Professor Doutor Fernando Gonzaga Jayme (Orientador)
Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG)

Professor Doutor Humberto Theodoro Júnior
Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG)

Professor Doutor Érico Andrade
Fundação Mineira de Educação e Cultura (FUMEC)

Professor Doutor Dierle José Coelho Nunes (suplente)
Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (PUCMinas)

*Nada te turbe;
Nada te espante;
Tudo passa;
Deus não muda.
A paciência
tudo alcança
Quem a Deus tem,
Nada lhe falta.*

Só Deus basta.
(Santa Tereza de Ávila)

Dedico esta dissertação aos meus pais, aos meus irmãos e, especialmente, à Bruninha.

Agradecimentos

A Deus, pela sabedoria de me atribuir paciência e equilíbrio espiritual, sobretudo nos momentos de angústia e ansiedade, iluminando minha vida para que eu me torne sempre uma pessoa melhor.

Aos meus pais, Marcelo e Andirana, pelo amor sincero, pelo amparo e conforto necessários ao meu crescimento pessoal e pela contínua dedicação para a transmissão de sólidos valores morais.

À minha irmã, Fer, ao Valtinho e à minha afilhada, Luísa, pela leveza e alegria do convívio familiar. Ao meu irmão, Digo, pela certeza da constante presença e felicidade com as minhas vitórias.

À Bruninha, pela pureza do amor e da doação, pelo permanente abrigo e companhia, pelo diálogo e carinho, pela lealdade e confiança, pela essencial revisão ao meu texto e por me ensinar verdades que eu desconhecia.

À minha família, avós, tios e tias, primos e primas, pela contínua torcida.

Ao estimado Professor Doutor Fernando Gonzaga Jayme, pela digna e honesta orientação, a quem devo uma visão mais madura e coerente acerca do Direito Processual Civil.

Aos amigos, em especial Bruno Pereira e Luiz Felipe Gomes, pelo profícuo debate acerca das ideias deste trabalho.

Aos colegas da Procuradoria-Geral do Município de Belo Horizonte, na pessoa do Dr. Roberto Paiva, pela alegre convivência diária.

Aos meus sócios no Franco, Faria, Pereira & Pérez Advogados, pelo suporte e apoio necessários à realização deste trabalho.

Meu profundo muito obrigado, com quem compartilho esse momento de extrema realização.

RESUMO

O estudo proposto tem como objetivo central investigar de que maneira o processo justo consubstancia fundamento de legitimidade da função jurisdicional, de modo a expressar o resguardo da democracia, da cidadania e da soberania popular. Para tanto, em um primeiro momento, busca-se contextualizar a hipótese versada, mediante o estudo de aspectos globais relacionados à atual crise judiciária. Partindo da constatação de que a sociedade jurídica contemporânea adota uma cultura de litigiosidade, pretende-se demonstrar como a ineficiência administrativa e gerencial do serviço público jurisdicional acarreta permanente violação ao devido processo legal. Em um segundo estágio de pesquisa, intenta-se alcançar uma definição de processo justo apropriada ao Estado Democrático de Direito, advinda do modelo constitucional de devido processo legal. Neste capítulo, objetiva-se explicitar a insuficiência de teorias sobre a natureza jurídica do processo que não se mostraram adequadas à democracia. Neste passo, a definição do que é o processo justo se revela fundamental. Sob o enfoque da constitucionalização do Direito Processual, o *due process of law* requer a compreensão do processo com base nas garantias constitucionais processuais, com vistas a assegurar uma tutela jurisdicional efetiva e adequada. Definido o processo justo, propõe-se, em um terceiro momento, a análise dos fundamentos da legitimidade democrática da jurisdição, a partir das garantias constitucionais do processo. Nessa seara, o contraditório, a ampla defesa, a motivação decisória e o juízo natural, sobretudo, consubstanciam as garantias constitucionais processuais que justificam o exercício democrático da função jurisdicional, inclusive por intermédio do controle da atividade judicante. Por fim, estuda-se o processo justo como instrumento de realização de uma tutela jurisdicional efetiva, tempestiva e adequada. Dentro do enfoque do acesso à ordem jurídica justa, examina-se como o devido processo legal instrumentaliza a satisfação do direito material subjetivo reconhecido na sentença e a materialização do conteúdo mínimo dos direitos fundamentais, sugerindo-se, nesse viés, a aplicação da teoria da integridade do Direito e do princípio da vedação ao retrocesso.

Palavras-chave: crise judiciária – processo justo – devido processo legal – contraditório – efetividade da tutela jurisdicional – legitimidade democrática da jurisdição

ABSTRACT

The proposed study was aimed at investigating how the due process constitutes the basis of legitimacy of the judicial function, in order to express the shield of democracy, citizenship and popular sovereignty. To do so, at first, we seek to contextualize the hypothesis versed, through the study of global aspects related to the current judicial crisis. On the assumption that society adopts a contemporary legal culture of litigation, we intend to demonstrate how the mismanagement of public service and managerial court entails ongoing violation of due process. In a second stage of research, attempts to reach a definition of due process appropriate to a democratic state, stemming from the constitutional model of due process. This chapter aims to explain the lack of theories about the nature of the legal proceedings, which were not suited to democracy. At this moment, the definition of what is due process is fundamental. Under the focus of the constitutionalisation of procedural law, the due process of law requires an understanding of the process based on constitutional procedural guarantees, in order to ensure effective and appropriate judicial protection. Set a fair trial, it is proposed the analysis of the foundations of democratic legitimacy of the court, from the constitutional guarantees of the process. In this area, the contradictory, the legal defense, motivation, decision making and judgment naturally, especially, express constitutional guarantees of procedural democracy to justify the exercise of judicial functions, including through the control of adjudicative activity. Finally, we study the process just like an instrument to achieve an appropriate and effective judicial protection. Within the focus of access to fair legal system, it examines how the due process exploits the subjective satisfaction of the substantive right recognized in the sentence and the materialization of the minimum content of fundamental rights, suggesting that in this bias, the application of the theory of integrity Law and the principle of sealing the setback.

Keywords: judicial crisis – due process – adversarial – effectiveness of judicial protection – democratic legitimacy of the jurisdiction

LISTA DE SIGLAS

ADI – Ação Direta de Inconstitucionalidade

ADR – *alternative dispute resolution*

AgRg no REsp – Agravo Regimental no Recurso Especial

AgRg no AREsp – Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial

AGU – Advocacia-Geral da União

ARE – Agravo em Recurso Extraordinário

CEBEPEJ – Centro Brasileiro de Estudos e Pesquisas Jurídicas

CF – Constituição Federal

CNJ – Conselho Nacional de Justiça

CPC – Código de Processo Civil

CRFB – Constituição da República Federativa do Brasil

DJe – Diário de Justiça

EUA – Estados Unidos da América

FGV – Fundação Getúlio Vargas

HC – *Habeas corpus*

MS – Mandado de Segurança

RE – Recurso Extraordinário

REsp – Recurso Especial

RISTF – Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal

STF – Supremo Tribunal Federal

STJ – Superior Tribunal de Justiça

TRT – Tribunal Regional do Trabalho

SUMÁRIO

I INTRODUÇÃO	12
2 ASPECTOS DA CRISE JUDICIÁRIA NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO	15
2.1 A democracia e a cidadania como alicerces do Estado Democrático de Direito	15
2.2 A inevitável tensão gerada pelo Estado Democrático de Direito: a necessidade de mudança do comportamento cultural dos agentes jurídicos como pressuposto para a superação da crise judiciária	18
2.3 Uma análise crítica da crise judiciária com enfoque no Judiciário	32
3 O MODELO CONSTITUCIONAL DE DEVIDO PROCESSO LEGAL: O PROCESSO JUSTO	44
3.1 A insuficiência de algumas teorias sobre a natureza jurídica do processo	44
3.1.1 A superação das teorias do processo como contrato e como quase-contrato	44
3.1.2 A superação da teoria do processo como relação jurídica	47
3.1.3 A superação das teorias do processo como situação jurídica, instituição jurídica e serviço público	58
3.1.4 A teoria do processo como procedimento realizado em simétrico contraditório entre as partes	61
3.1.5 A constitucionalização do Direito Processual: o processo justo a partir do modelo constitucional do devido processo legal	71

4 A LEGITIMIDADE DEMOCRÁTICA DA JURISDIÇÃO A PARTIR DAS GARANTIAS CONSTITUCIONAIS DO PROCESSO	82
4.1 O contraditório como o fundamento de legitimidade da jurisdição	94
4.2 A motivação racional das decisões judiciais como elemento do contraditório	105
4.3 O controle da jurisdição pelo contraditório e pela motivação das decisões judiciais: a refutação do <i>indevido processo sentimental</i>	113
5 O PROCESSO JUSTO COMO INSTRUMENTO DE EFETIVIDADE DA TUTELA JURISDICIONAL	126
5.1 A efetividade da tutela jurisdicional sob o enfoque instrumentalista do processo	126
5.2 Efetividade da tutela jurisdicional e acesso à ordem jurídica justa	141
5.3 A tempestividade da tutela jurisdicional em correlação com o contraditório e com a motivação decisória: a necessidade de criação de uma teoria dos precedentes judiciais no Brasil	148
5.4 A motivação da decisão judicial a partir da teoria da integridade do Direito e do princípio da vedação ao retrocesso: a efetividade processual como garantia do <i>entrenchment</i> do conteúdo mínimo dos direitos fundamentais	160
6 CONSIDERAÇÕES FINAIS	168
7 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	172
1 INTRODUÇÃO	

A evolução histórica do Direito Processual mostrou-se insuficiente para definir uma concepção de *processo* apta a conferir *legitimidade democrática* ao exercício da *função jurisdicional*. A propalada crise judiciária que acomete o sistema jurídico contemporâneo evidencia o quão insustentável é a visão clássica de *devido processo legal* em um Estado Democrático de Direito.

O surgimento de várias teorias acerca da natureza jurídica do processo – processo como contrato, como quase-contrato, como situação jurídica, como instituição jurídica ou como serviço público –, não foi capaz de atribuir o necessário embasamento democrático e constitucional à atividade jurisdicional.

Também a teoria do processo como relação jurídica, embora ainda dominante na doutrina processual, mostra-se inapropriada a um Estado Democrático de Direito que consagra o pluralismo, a cidadania, a soberania popular e a participação democrática como seus fundamentos (art. 1º, da CRFB). Ao colocar o julgador no vértice de uma relação jurídica em que as partes estão a ele vinculadas por um elo de subordinação, a teoria processual desenvolvida por Oskar von Bülow se revela contrária a uma ideia democrática de jurisdição.

Mesmo a teoria processual idealizada por Elio Fazzalari já não se mostra completamente adequada ao Estado Democrático de Direito, por restringir o contraditório a mero predicado ou requisito de validade ou de eficácia do processo. Em realidade, a superveniência do movimento de constitucionalização do processo requer que o *contraditório* seja concebido como fundamento de legitimidade democrática da função jurisdicional. A consolidação de uma ordem jurídica democrática torna imprescindível que seja reconstruído o conceito de processo sob a perspectiva constitucional.

Partindo das bases lançadas pela teoria do processo como procedimento realizado em simétrico contraditório entre as partes e pela teoria do modelo constitucional de devido processo legal, busca-se construir, na presente dissertação, uma concepção de *processo justo*, a qual seja hábil a fundamentar a legitimidade do exercício da jurisdição em um regime constitucional democrático.

Para tanto, é necessário conceber o processo sob o prisma da constitucionalização do Direito Processual. O processo justo é baseado na ideia de um devido processo legal que contemple o resguardo de todas as *garantias fundamentais do processo*.

A rigor, o *contraditório* consiste no fundamento de legitimidade democrática da função jurisdicional (art. 5º, LV, da CRFB). Entendido não apenas como ciência ou conhecimento da demanda (informação), mas também como prerrogativa de influência no conteúdo do provimento jurisdicional, o contraditório legitima a jurisdição mediante a participação direta das partes na construção da decisão judicial, como forma de expressão da cidadania, da democracia e da soberania popular.

Ademais, ao impor que decisões judiciais devem ser racionalmente fundamentadas e proferidas por um juízo natural (arts. 5º, XXXVII e 93, IX, da CRFB), o

contraditório atua como mecanismo de controle democrático da atividade jurisdicional, de forma a impedir a prolação de pronunciamentos decisórios embasados no íntimo sentimento de justiça do julgador.

Do contraditório decorre, ainda, a superação da ideia do processo como forma, e pela forma. A necessidade de tornar substantiva a proteção da esfera jurídica dos cidadãos demanda uma pronta resposta jurisdicional, a qual tenha como escopo efetivar a tutela do direito material de modo adequado e em tempo razoável (art. 5º, LXXVIII, da CRFB).

Nesse sentido, o resguardo dos instrumentos idôneos à satisfação do bem jurídico material em litígio é imprescindível para um regime democrático. A atribuição de *efetividade* à tutela jurisdicional legitima a jurisdição, por meio da concretização dos direitos fundamentais e da garantia de proteção jurisdicional contra ameaças ou lesões à esfera jurídica dos cidadãos (art. 5º, XXXV, da CRFB).

Portanto, o processo justo, no Estado Democrático de Direito, retrata a constitucionalização da tutela e da concreção das garantias constitucionais processuais. O devido processo legal, na qualidade de direito fundamental (art. 5º, LIV, da CRFB), conjuga o contraditório, a ampla defesa, a motivação decisória, o juízo natural e a efetividade da tutela jurisdicional como fundamentos de legitimidade democrática da jurisdição.

Assim é que, neste trabalho, pretende-se definir o processo justo a partir das garantias constitucionais processuais, de modo que seja possível compreender de que maneira a legitimidade democrática da jurisdição é decorrência da própria estrutura constitucional do devido processo legal.

O processo justo, em outras palavras, é compreendido como o fundamento da legitimidade democrática da função jurisdicional. A jurisdição, nessa ótica, se justifica em um Estado Democrático de Direito a partir do devido processo legal.

Para a elaboração do presente trabalho, objetiva-se a interdisciplinaridade, mediante estudos de caráter pluridisciplinar e transdisciplinar. Os centros de conhecimento utilizados se referem à Teoria Geral do Processo e ao Direito Processual Civil, com influências reflexas da Teoria da Constituição e do Direito Constitucional.

Quanto ao aspecto metodológico, são adotadas, primordialmente, as vertentes jurídico-teórica e jurídico-dogmática. Os tipos metodológicos utilizados são: a) jurídico-exploratório; b) jurídico-compreensivo; c) jurídico-prospectivo; e d) jurídico-propositivo. São empregadas as técnicas de pesquisa-ação e de pesquisa teórica, qualitativa e descritiva. São

utilizados, como procedimentos metodológicos, a pesquisa de jurisprudência e a análise de conteúdo, a qual terá como objeto diversos textos normativos, doutrinários e jurisprudenciais.

Por fim, a hipótese versada é analisada tendo como marco teórico os estudos de Humberto Theodoro Júnior acerca do processo justo. Inspirado principalmente em estudos da doutrina italiana, o referido autor, em vários de seus escritos, constrói uma definição de processo justo absolutamente apropriada a um Estado Democrático de Direito.

Nessa senda, Humberto Theodoro Júnior, resumidamente, entende que o processo justo, advindo de um modelo constitucional de devido processo legal, compreende um conjunto de regras e de princípios constitucionais que asseguram a legitimidade da jurisdição e a efetividade na aplicação da tutela jurisdicional. Destarte, o processo justo abrange – mas não se exaure – em algumas garantias fundamentais previstas na Constituição, tais como o juiz natural (art. 5º, XXXVII, da CRFB) e o juiz competente (art. 5º, LIII, da CRFB), o acesso à justiça (art. 5º, XXXV, da CRFB), a ampla defesa e o contraditório (art. 5º, LV, da CRFB) e, ainda, a fundamentação de todas as decisões judiciais (art. 93, IX, da CRFB).

Ademais, para o autor, o processo justo tem como escopo atribuir efetividade à tutela jurisdicional. Partindo de seu caráter instrumental, o processo deve ser adequado para produzir o melhor resultado concreto, no que se refere à defesa e à realização do direito material subjetivo (aspecto substancial do devido processo legal).

Outrossim, a garantia constitucional do processo justo supera o caráter meramente formal do acesso à justiça, para consubstanciar a busca por uma ordem jurídica justa, que proporcione a todos uma tutela jurisdicional efetiva, adequada e tempestiva.

Com isso, a perspectiva constitucional do devido processo legal visa a assegurar o debate processual com observância das garantias processuais, ao mesmo tempo em que busca a prolação da decisão judicial em tempo razoável. E assim é que o processo justo se apresenta como apanágio da democracia e da cidadania.

2 ASPECTOS DA CRISE JUDICIÁRIA NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

2.1 A democracia e a cidadania como alicerces do Estado Democrático de Direito

O Estado Democrático de Direito, instituído no Brasil pelo art. 1º da CRFB, é concebido – ao menos no plano teórico – como um Estado promotor de justiça social, voltado

à realização dos direitos fundamentais.¹ Ao propor a construção de uma sociedade livre, igual, solidária e justa, apta a permitir o desenvolvimento nacional, a erradicação da pobreza, a redução das desigualdades sociais e o bem comum (art. 3º, da CRFB), o Estado Democrático de Direito tem como fundamento o resguardo da democracia, da cidadania, da soberania popular e dos direitos e das garantias fundamentais,² com base na proteção da dignidade da pessoa humana.

No Estado Democrático de Direito, a Constituição exerce papel decisivo. Além de organizar o Estado e de disciplinar a relação entre política e democracia, a ordem constitucional regulamenta também a sociedade civil e a esfera pública, com o objetivo de integrar as forças privadas e sociais em um espaço democrático.³ Evidencia-se, assim, não apenas a “democratização da direção política”, mas, também, a “democratização da sociedade”, de maneira que não exista decisão pública desatrelada da sociedade civil.⁴

Nesse contexto, o domínio privado (autonomia individual) e o espaço público (autonomia cidadã) se amoldam e formam esferas reciprocamente complementares.⁵ Partindo de um processo de autolegislação, no qual o indivíduo se apresenta simultaneamente como destinatário e autor das normas jurídicas, vislumbra-se uma co-originariedade entre a autonomia privada (direitos fundamentais) e a autonomia pública (soberania popular).⁶

Portanto, dos alicerces do Estado Democrático de Direito – sobretudo da cidadania – decorre a noção de *autonomia*. A cidadania, ao representar o “direito a ter

¹ A doutrina ensina que o Estado Democrático de Direito representa a conjugação do Estado de Direito, “alicerçado na igualdade, na segurança e na confiança”, com o Estado Democrático, assentado “na liberdade e na participação” (MITIDIERO, Daniel. Por uma reforma da Justiça Civil no Brasil: um diálogo entre Mauro Cappelletti, Vittorio Denti, Ovídio Baptista e Luiz Guilherme Marinoni. *Revista de processo*, São Paulo, vol. 199, ano 36, p. 86-87, set. 2011).

² Sabemos da diferenciação doutrinária entre *direitos* e *garantias*: “Os direitos representam por si só certos bens, as garantias destinam-se a assegurar a fruição desses bens; os direitos são principais, as garantias são acessórias e, muitas delas, adjectivas (ainda que possam ser objecto de um regime constitucional substantivo); os direitos permitem a realização das pessoas e inserem-se directa e imediatamente, por isso, nas respectivas esferas jurídicas, as garantias só nelas se projectam pelo nexa que possuem com os direitos; na acepção jusnaturalista inicial, os direitos *declaram-se*, as garantias *estabelecem-se*” (MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional: direitos fundamentais*. 3. ed., Coimbra: Coimbra Editora, 2000. t. IV, p. 95, destaques no original).

³ HÄBERLE, Peter. *A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1997, p. 33.

⁴ BOBBIO, Norberto. *Estado, governo, sociedade: para uma teoria geral da política*. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. 14. ed., São Paulo: Paz e Terra, 2007, p. 156.

⁵ SARMENTO, Daniel. Os direitos fundamentais nos paradigmas liberal, social e pós-social (pós-modernidade constitucional?). In: SAMPAIO, José Adércio Leite (Org.). *Crises e desafios da Constituição: perspectivas críticas da teoria e das práticas constitucionais brasileiras*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 403.

⁶ HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. 2. ed., Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. v. I, p. 128-139.

direitos”,⁷ carrega em seu centro as ideias da liberdade e da participação na dinâmica estatal, conferindo ao cidadão a autonomia necessária ao exercício de suas posições subjetivas e faculdades políticas.

Sendo inerente à democracia,⁸ a cidadania expressa o direito a participar ativamente da vida do Estado, mediante o exercício de um amplo leque de liberdades positivas e negativas. Contudo, a cidadania não se exaure na participação do cidadão no processo político decisório do Estado.

Ao instrumentalizar a participação democrática e o exercício do poder político, a cidadania retrata também um desdobramento da liberdade, da autonomia cidadã e da soberania popular, de modo a traduzir o máximo das possibilidades do pensar e do agir individuais.⁹

Dessa forma, o Estado Democrático de Direito, na esfera individual, pretende garantir as condições mínimas para o desenvolvimento da personalidade humana e para a realização dos direitos fundamentais, de modo a atribuir, aos indivíduos, as possibilidades de potencializarem suas prerrogativas e faculdades. Ademais, o Estado busca instituir um livre espaço público¹⁰ de debate entre os cidadãos, por meio da conformação de um ambiente de diálogo que permita a plena e igualitária formação de opiniões entre os atores sociais.

Portanto, o Estado Democrático de Direito assenta seus alicerces na democracia, na cidadania, na soberania popular e na autoridade de uma ordem constitucional que consagra a ampla proteção dos direitos fundamentais. A Constituição, concebida como o *locus* que baliza a hermenêutica jurídica,¹¹ unifica o sistema normativo em torno da tutela da dignidade da pessoa humana, entendida como o “superprincípio constitucional” que atua como parâmetro para a compreensão, a interpretação e a aplicação do ordenamento jurídico.¹²

⁷ LAFER, Celso. *A reconstrução dos direitos humanos: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt*. 6. reimp., São Paulo: Companhia das Letras, 2006, p. 146 *et seq.*

⁸ Conforme ensina José Alfredo de Oliveira Baracho, “não há cidadãos sem democracia ou democracia sem cidadãos” (BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *Teoria geral da cidadania: a plenitude da cidadania e as garantias constitucionais processuais*. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 1).

⁹ SIQUEIRA JR., Paulo Hamilton; OLIVEIRA, Miguel Augusto Machado de. *Direitos humanos e cidadania*. 2. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 239-249.

¹⁰ Jürgen Habermas conceitua a *esfera* ou o *espaço público* como “uma rede adequada para a comunicação de conteúdos, tomadas de posição e *opiniões*; nela os fluxos comunicacionais são filtrados e sintetizados, a ponto de se condensarem em *opiniões públicas* enfeixadas em temas específicos” (HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. 2. ed., Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. v. II, p. 92, destaques no original).

¹¹ STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito*. 8. ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 241.

¹² PIOVESAN, Flávia. Direitos humanos, o princípio da dignidade humana e a Constituição brasileira de 1988. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 94, n. 833, p. 49-51, mar. 2005.

A estruturação do exercício do poder com fundamento na cidadania e na soberania popular implica a idealização de uma democracia fundada na cooperação de pessoas livres e iguais, comprometidas e responsáveis por projetos comuns. Uma democracia que não apenas se resume à prevalência da vontade da maioria, mas que igualmente é dirigida à preservação dos direitos fundamentais das minorias.

Não apenas como direito à participação, a democracia deve ser concebida com vistas a possibilitar o real envolvimento das pessoas na vida em sociedade, a partir da materialização de uma igualdade plena e verdadeira que crie condições propícias para o desenvolvimento da liberdade. Em outras palavras, o regime democrático deve assegurar, além do direito à participação (“cidadão participante”), o direito de o cidadão em conflito ter sua esfera jurídica tutelada pelo Estado (“cidadão protegido”),¹³ através da jurisdição (art. 5º, XXXV, da CRFB).

Em suma, no Estado Democrático de Direito, a função do Direito – e, naturalmente, da Constituição – se revela na proteção da dignidade da pessoa humana, ao agregar democracia, cidadania, soberania popular e respeito aos direitos fundamentais. Disso decorre a autonomia do cidadão na participação nos processos decisórios, mediante o exercício do poder popular (art. 1º, parágrafo único, da CRFB), na livre formação de sua opinião e vontade (art. 5º, IV, da CRFB) e na lícita realização de seus projetos de vida (art. 5º, II, da CRFB).

2.2 A inevitável tensão gerada pelo Estado Democrático de Direito: a necessidade de mudança do comportamento cultural dos agentes jurídicos como pressuposto para a superação da crise judiciária

A complexidade do Estado Democrático de Direito faz com que a sociedade nele inserida se revele eminentemente pluralista, heterogênea, dinâmica e multifacetária. O compartilhamento múltiplo de atos e ideias, em um amplo espaço público de debate, implica a

¹³ BOBBIO, Norberto. *Estado, governo, sociedade: para uma teoria geral da política*. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. 14. ed., São Paulo: Paz e Terra, 2007, p. 51-52.

necessidade de construção de uma democracia *pelo povo* – e não apenas *para o povo* –, a qual tenha como requisitos a convivência com a diversidade e a prática da tolerância.¹⁴

Desse modo, a ideia do argumento e do contra-argumento, do dizer e do contradizer, é imprescindível para a caracterização do discurso jurídico democrático. As decisões de interesse da coletividade devem ser tomadas com prevalência da consensualidade, da persuasão e da argumentação, em detrimento da força física e da coação moral.

A participação da sociedade civil organizada¹⁵ na construção da mentalidade política e na tomada das decisões, bem como o alargamento do círculo de intérpretes da Constituição,¹⁶ expressam o papel ativo do cidadão na defesa da democracia, da cidadania e da soberania popular. O resguardo de um amplo leque de direitos fundamentais possibilita a autodeterminação do indivíduo, de modo que a diversidade de crenças, ideologias, opiniões, ideias e vontades se configura como um elemento central do regime democrático.

Contudo, a proteção da autonomia individual resulta, por outro lado, em uma inevitável e constante *tensão* entre os cidadãos, a sociedade civil e o Estado. A garantia da ampla liberdade de pensar e de agir aos indivíduos, associada à complexidade de uma sociedade cada vez mais plural e heterogênea, são causas diretas do aumento exponencial de conflitos de interesses em um Estado Democrático de Direito. A pluralidade de ideias e de atos resguardada na sociedade contemporânea resulta no aumento da possibilidade de controvérsias entre pessoas cujos interesses são múltiplos e variados.

Em termos sociológicos, há uma infinidade de “relações sociais com potencialidade de lesão”, as quais ensejam irrisignação e reclamações junto aos causadores dos danos. Essa “polarização” leva a dualidades (ou multiplicidades) de interesses conflitantes, que reclamam negociações e tentativas de resolução (consensual ou litigiosa). E, assim, conclui-se que “os litígios são construções sociais”, resultantes de um “contexto de

¹⁴ SILVA, Ovídio A. Baptista da. Fundamentação das sentenças como garantia constitucional. *Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica: Direito, Estado e Democracia – entre a (in)efetividade e o imaginário social*. Porto Alegre: Instituto de Hermenêutica Jurídica, 2006, p. 327-331.

¹⁵ Jürgen Habermas diz que “A sociedade civil compõe-se de movimentos, organizações e associações, os quais captam os ecos dos problemas sociais que ressoam nas esferas privadas, condensam-nos e os transmitem, a seguir, para a esfera pública política” (HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. 2. ed., Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. v. II, p. 99).

¹⁶ O jurista alemão Peter Häberle é apontado como o precursor da ideia de uma “sociedade aberta de intérpretes da Constituição”, em contraposição à anacrônica “sociedade fechada” que atribui tão somente (ou principalmente) aos magistrados e membros das Cortes Constitucionais a prerrogativa de interpretação das normas constitucionais. Para o autor, é necessária uma ampliação dos sujeitos da hermenêutica constitucional, “de uma sociedade fechada dos intérpretes da Constituição para uma interpretação constitucional pela e para uma sociedade aberta”, de tal maneira que todos que vivam a norma constitucional sejam capazes de interpretá-la ou co-interpretá-la. (HÄBERLE, Peter. *A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1997, p. 11-18).

interações sociais” em que indivíduos e grupos sociais demonstram “percepções diferentes das situações de litígio e níveis de tolerância diferentes perante as injustiças”.¹⁷

Nessa toada, é essencial, em uma democracia que expresse “o regime da igualdade na diferença”,¹⁸ que as pessoas se respeitem e tolerem as desigualdades. A tutela do dissenso, como meio de realização do pluralismo, retrata uma das bases para a consagração de um Direito *dócil* (*dúctil*) e *suave* (*soft*), que seja ponderável e adaptável às mudanças da realidade social e apto a apaziguar a permanente tensão social inerente à democracia.¹⁹ De fato, a sociedade multicultural contemporânea guarda uma imensa variedade de opiniões e de ideias, o que faz com que o *discordar* seja uma lícita possibilidade de diferença.²⁰

Atualmente, sabe-se que a ordem jurídica influencia e é influenciada pelas estruturas culturais humanas, de modo que a Constituição, como um produto também da cultura, retrata a “situação de desenvolvimento cultural de um povo”.²¹ A desordem jurídico-social hoje verificada, comumente chamada de *crise judiciária*, é consequência direta de um problema de natureza cultural.

A carência de uma prestação jurisdicional²² adequada, em termos qualitativos e quantitativos, é o principal sintoma da crise judiciária que assola o sistema jurídico brasileiro. Fatores como precária gestão do Judiciário, lentidão de tramitação dos processos, falta de infraestrutura material, carência de juízes e de serventuários, atraso tecnológico e, especialmente, o assustador número de demandas judiciais em tramitação, demonstram um

¹⁷ SANTOS, Boaventura de Sousa; MARQUES, Maria Manuel Leitão; PEDROSO, João. Os Tribunais nas sociedades contemporâneas. *Revista brasileira de ciências sociais*, Associação Nacional de Pós-Graduação e Pesquisa em Ciências Sociais, n. 30, ano 11, p. 50-56, fev. 1996.

¹⁸ JAYME, Fernando Gonzaga. *Direitos humanos e sua efetivação pela Corte Interamericana de Direitos Humanos*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005, p. 31.

¹⁹ ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil: ley, derechos, justicia*. Tradução espanhola de Marina Gascón. 8. ed., Madrid: Trotta, 2008; SARMENTO, Daniel. Os direitos fundamentais nos paradigmas liberal, social e pós-social (pós-modernidade constitucional?). In: SAMPAIO, José Adércio Leite (Org.). *Crises e desafios da Constituição: perspectivas críticas da teoria e das práticas constitucionais brasileiras*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 409-410.

²⁰ LORENZETTI, Ricardo Luis. *Teoria da decisão judicial: fundamentos de direito*. 2. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 335-336.

²¹ DINIZ, Márcio Augusto Vasconcelos. *Constituição e Hermenêutica Constitucional*. 2. ed., Belo Horizonte: Mandamentos, 2002, p. 181-182; TAVARES, André Ramos. Abertura epistêmica do Direito Constitucional. In: NOVELINO, Marcelo (Org.). *Leituras complementares de Direito Constitucional: Teoria da Constituição*. Salvador: JusPodivm, 2009, p. 28; SAMPAIO, José Adércio Leite. Teorias constitucionais em perspectiva: em busca de uma Constituição pluridimensional. In: SAMPAIO, José Adércio Leite (Coord.). *Crises e desafios da constituição: perspectivas críticas da teoria e das práticas constitucionais brasileiras*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 26.

²² No ponto, cumpre pontuar a diferença entre *tutela jurisdicional*, que traduz a efetiva e concreta proteção e satisfação do direito material, e *prestação jurisdicional*, que tanto retrata a atuação da lei diante do conflito de interesses, como se refere aos serviços judiciários (RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva. *Prestação jurisdicional efetiva: uma garantia constitucional*. In: FUX, Luiz; NERY JR., Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Processo e Constituição: estudos em homenagem ao professor José Carlos Barbosa Moreira*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 154).

esgotamento das condições ideais para a obtenção de uma tutela jurisdicional que realize a harmonia na sociedade.

Nesse contexto, a conquista da paz social perpassa, necessariamente, pela necessidade de mudança do comportamento cultural dos agentes jurídicos. O excessivo caráter litigioso que acomete a sociedade jurídica contemporânea, a par dos problemas verificados no próprio ordenamento jurídico, retrata a consolidação de uma cultura jurídica *demandista*,²³ inadequada aos escopos do Estado Democrático de Direito.

Propositura abundante de ações judiciais com baixíssimo impacto social ou econômico, interposição de recursos com latente intuito protelatório ou com insignificantes chances de êxito e prolação de decisões judiciais que não resolvem a contenda, são exemplos que demonstram o *mal da litigiosidade em demasia*. Soma-se a isso a *desnecessária judicialização* de questões com pouca ou nenhuma expressão jurídica, que produz aumento do número de processos judiciais.

De fato, grande parte dos problemas relacionados à falta de uma prestação jurisdicional de qualidade “depende menos das reformas legislativas (importantes embora), do que da postura mental dos operadores do sistema (juízes, advogados, promotores de justiça)”, tendo em vista que a “mudança de *mentalidade* em relação ao processo é uma necessidade”.²⁴ É preciso, nessa seara, superar o mito de que “cabe aos defeitos da legislação processual a maior responsabilidade pela duração excessiva dos pleitos”.²⁵

A rigor, a falta de percepção do papel socializante do Direito, por parte dos agentes jurídicos, aponta para uma incompreensão da necessidade de se buscar o equilíbrio da sociedade a partir da pacificação jurídico-social. A atual cultura jurídica de cunho demandista não se coaduna à ideia de que o “processo moderno está construído na base da possibilidade, mas não da necessidade, de litígio”.²⁶

Trata-se, infelizmente, de um fenômeno típico das sociedades contemporâneas ocidentais, em que a resolução da contenda acaba se impondo pela imperatividade do Estado, e não sob o enfoque pacificador da jurisdição. A sentença põe fim ao processo, mas não encerra o conflito colocado *sub judice*. É preciso superar a cultura da sentença adjudicatória

²³ THEODORO JUNIOR, Humberto. *Direito e processo*: Direito Processual Civil ao vivo. Rio de Janeiro: Aide, 1997. v. 5, p. 105.

²⁴ CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. 22. ed., São Paulo: Malheiros, 2006, p. 51, destaques no original.

²⁵ ALVES, Francisco Glauber Pessoa. A efetividade como axiologia: premissa obrigatória para um processo célere. In: FUX, Luiz; NERY JR., Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Processo e Constituição*: estudos em homenagem ao professor José Carlos Barbosa Moreira. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 146.

²⁶ TORNAGHI, Hélio. *A relação processual penal*. 2. ed., São Paulo: Saraiva, 1987, p. 25.

jurisdicional – advinda do processo judicial –, mediante a sua substituição por uma mentalidade da solução negociada das controvérsias – decorrente da mediação e da conciliação, de preferência pré-processual.²⁷

O problema da litigiosidade em demasia expressa uma cultura de *contenciosidade*, em detrimento de uma tradição de *conciliação*. Fala-se em uma “síndrome da litigiosidade”, em uma “verdadeira euforia no ânimo de demandar”, com correspondente redução da “capacidade de dialogar”.²⁸ Araken de Assis avalia:

Se há multiplicidade de litígios, tanto que se criaram e difundiram meios alternativos para resolvê-los, então a demora se prende a uma crise de demanda. A pessoa na sociedade pós-moderna, devidamente etiquetada (consumidor, contribuinte, cidadão, e assim por diante, conforme a situação), assume a condição de litigante inveterado e intransigente. Reivindica direitos reais ou hipotéticos com ardor e pertinácia. Quer justiça a todo custo, exibindo indiferença com a posição e o direito do seu eventual adversário.²⁹

Na tradição do direito anglo-americano, diferentemente, a inadequação da jurisdição ordinária para dirimir certos tipos de demandas, assim como a impossibilidade de a jurisdição estatal (heterônoma) dar conta do crescente e enorme volume de processos judiciais, resultaram na preocupação com fontes autônomas de solução de litígios. Por meio da criação dos chamados “meios alternativos” de solução extrajudicial de conflitos de interesses (ou *alternative dispute resolution* – ADR), as doutrinas anglo-saxã e norte-americana voltaram “os olhos para a necessidade de buscar na justiça coexistencial um remédio para enfrentar a crise da justiça oficial”.³⁰

Na Inglaterra, por exemplo, Neil Andrews ressalta que o sistema de justiça civil apresenta cinco características principais: a) o julgamento de quase todas as ações civis inglesas, de primeira instância, por juízes singulares, sem o apoio de outros juízes nem de um júri civil; b) a passagem segmentada de grandes ações judiciais por várias fases e remédios

²⁷ Na visão de Francesco Carnelutti, a solução pacífica dos conflitos deve se converter em interesse coletivo, de maneira que a composição das controvérsias se obtenha sem a necessidade do Direito. Assim, o autor avalia que “à medida em que a civilização progride, há menos necessidade do Direito para atuar a solução pacífica do conflito, não apenas porque cresce a moralidade, como também, e mais que tudo, porque aumenta a sensibilidade dos homens perante o supremo interesse coletivo” (CARNELUTTI, Francesco. *Sistema de Direito Processual Civil*. Tradução de Hiltomar Martins Oliveira. São Paulo: Classic Book, 2000. v. 1, p. 62-63, destaques no original).

²⁸ THEODORO JUNIOR, Humberto. *Celeridade e efetividade da prestação jurisdicional: insuficiência da reforma das leis processuais*. *Revista de processo*, São Paulo, ano 30, n. 125, p. 74, jul. 2005.

²⁹ ASSIS, Araken. Duração razoável do processo e reformas da lei processual civil. In: FUX, Luiz; NERY JR., Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Processo e Constituição: estudos em homenagem ao professor José Carlos Barbosa Moreira*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 199-200.

³⁰ THEODORO JUNIOR, Humberto. *Celeridade e efetividade da prestação jurisdicional: insuficiência da reforma das leis processuais*. *Revista de processo*, São Paulo, ano 30, n. 125, p. 75, jul. 2005.

intermediários e de pré-litígio; c) a condução da controvérsia “sob a sombra do princípio de que cada litigante corre o risco de receber uma ordem para arcar com as despesas judiciais em que incorre a parte adversa, caso seja vitoriosa” (*cost-shifting*); d) “a divisão profissional entre os diferentes tipos de advogados especializados em litígios”; e) o término dos litígios, na maioria dos casos, mediante acordo, e raramente por meio de sentença.³¹

Como se percebe, a jurisdição inglesa se pauta, notavelmente, pelo estímulo oficial à adoção das ADR’s, o que tem levado a uma redução significativa dos processos em tramitação perante o Judiciário. A partir dos escopos de melhoria do acesso à jurisdição, redução dos custos, diminuição da complexidade das regras processuais e modernização da terminologia jurídica, o sistema anglo-saxão busca eliminar a obrigatoriedade de que toda e qualquer demanda passe pelo crivo do Judiciário, inclusive por meio da utilização de remédios intermediários e de pré-litígio voltados à resolução consensual das controvérsias antes do início do processo.

Nessa toada, os Tribunais ingleses se apresentam como órgãos “patrocinadores de acordo negociado”, uma vez que a resolução da controvérsia mediante sentença é “apenas um, e provavelmente o menos desejado” método de pacificação. Com isso, “juízes ingleses comemoram esses meios consensuais de solução de conflitos civis”, pois vigora na Inglaterra uma filosofia de litígio pautada no incentivo ao acordo inicial pré-processual.³²

No ponto, é oportuno ressaltar que a citada cultura inglesa tendente à adoção da consensualidade em detrimento do litígio – do acordo em detrimento da sentença judicial – é fruto, em tempos mais recentes, de uma “ampla reforma da administração da justiça”, iniciada na década de 1990 e impulsionada pelo *Lord Chancellor Department*, através do *Court Service*. A mencionada reforma, que adotou como referência “o modelo da *European Foundation for Quality Management*”, teve como escopo a adoção de medidas direcionadas “à otimização do funcionamento dos tribunais, à diminuição da morosidade processual, e à redução dos custos e tempo de espera nos julgamentos ou em outras diligências processuais”.³³

³¹ ANDREWS, Neil. *O moderno processo civil: formas judiciais e alternativas de resolução de conflitos na Inglaterra*. Tradução de Teresa Arruda Alvim Wambier. 2. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 55-56.

³² *Idem, ibidem*, p. 57-63 e 347-352; é claro que a “cultura do acordo”, além das vantagens óbvias (flexibilidade, aceitação social por todos os litigantes, menor onerosidade, maior rapidez), também pode acarretar em problemas, tais como ausência de compreensão das cláusulas pelas partes (sobretudo as hipossuficientes), imposição da avença pela parte mais forte técnica, social ou economicamente, precária redação do objeto acordado (p. 352-357). Contudo, a nosso ver, o incentivo a uma cultura da consensualidade traz mais benefícios do que prejuízos, razão pela qual se insiste na crítica à mentalidade litigiosa da sociedade jurídica atual.

³³ OBSERVATÓRIO PERMANENTE DA JUSTIÇA PORTUGUESA. *A Administração e Gestão da Justiça: análise comparada das tendências de reforma*. Direção científica de Boaventura de Sousa Santos; Coordenação

Também nos Estados Unidos da América (EUA), o acesso à justiça é facilitado em virtude de uma “forte reação social contra o abuso das demandas”.³⁴ Tanto é assim que a mediação é oficialmente incentivada nas escolas norte-americanas, onde as decisões são tomadas com base no consenso estimulado por um mediador especificamente capacitado.

Nesse sentido, o ensino praticado nos EUA se dirige, desde a base, a inculcar na sociedade uma cultura da pacificação, que acarreta, inclusive, a diminuição dos conflitos nas escolas. Owen Fiss relata, por exemplo, que o ex-presidente da Universidade de Harvard, Derek Bok, já no ano de 1983, enviou um relatório àquela instituição por meio do qual criticava “a comum inclinação do currículo jurídico com vistas a preparar os estudantes para o combate jurídico”, e então sugeria a orientação dos alunos de Direito “para as práticas amigáveis da conciliação e do acordo” e para a adoção de “novos mecanismos voluntários” de solução de controvérsias.³⁵

Partindo desse cenário, percebe-se que a cultura jurídica norte-americana define uma estratégia para a antecipação e a prevenção de conflitos, incentivando a composição amigável da contenda especialmente em momento anterior à propositura de ação judicial. A ideia é que as partes busquem por si mesmas a solução consensual do conflito – seja com a assistência ou não de um intermediador –, sem que tenham que se submeter ao pronunciamento imperativo de um terceiro, *estranho* aos fatos (juiz ou árbitro).

Sobretudo a partir de métodos de autocomposição de conflitos, tais como conciliação e mediação,³⁶ busca-se, alternativamente à jurisdição estatal, uma solução

de Conceição Gomes. Portugal, p. 195 *et seq.* Disponível em: <http://opj.ces.uc.pt/pdf/5.pdf>. Acesso em: 16 jun. 2012.

³⁴ THEODORO JUNIOR, Humberto. *Direito e processo: Direito Processual Civil ao vivo*. Rio de Janeiro: Aide, 1997. v. 5, p. 105; contudo, o autor ressalta que, não obstante os esforços para a redução de demandas, também nos EUA houve uma “proliferação de ações por mínimas e quaisquer razões”, chegando-se a se falar em uma *indústria do litígio*.

³⁵ FISS, Owen. *Um novo processo civil: estudos norte-americanos sobre jurisdição, constituição e sociedade*. Tradução de Daniel Porto Godinho da Silva e Melina de Medeiros Rós. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 121-122.

³⁶ A autocomposição ocorre quando os próprios litigantes, ou um deles unilateralmente, encontra caminho apto à solução do conflito. São exemplos de *autocomposição*: a) de natureza unilateral: a.1) a *renúncia ao direito*, que é uma “atitude de resignação” que determina a extinção do processo com resolução do mérito (art. 269, V, do CPC); a.2) a *submissão* (ou *reconhecimento do pedido*), o qual, quando homologado pelo juiz, acarreta a extinção do processo com resolução do mérito (art. 269, II, do CPC); b) de natureza bilateral: b.1) a *transação* (art. 840, do CC), que importa em mútuas concessões para colocar fim à controvérsia. A utilização de tais métodos pode levar à *conciliação*, quando há a intervenção de algum terceiro com vistas a persuadir os litigantes à autocomposição, e à *mediação*, quando as próprias partes apresentam propostas de solução da contenda. Por sua vez, a *arbitragem*, prevista na Lei n. 9.307/96, é método de *heterocomposição* de conflitos, pois consiste no julgamento do litígio por pessoa escolhida consensualmente pelas partes (árbitro), enquanto a *autotutela*, por implicar a realização de justiça pelas próprias mãos, é vedada pelo ordenamento jurídico, salvo em situações excepcionais como no estado de necessidade (art. 156, do CC). (DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. 6. ed., São Paulo: Malheiros, 2009. v. 1, p. 117-119).

consensual das contendas que se apresente mais rápida, menos onerosa e com resultados qualitativamente melhores. Indo além, a adoção de métodos autônomos de solução de controvérsias colima assegurar maior efetividade à tutela jurisdicional, como forma de trazer pacificação e atenuar o “problema *social* do igual acesso à Justiça Civil”.³⁷

Ademais, na qualidade de país-referência no que se refere às reformas no âmbito da administração da justiça, o sistema judicial norte-americano se pauta, primordialmente, pela ideia da eficiência gerencial, inclusive com o desenvolvimento de tecnologia informática de gerenciamento de processos e de técnicas de planejamento de instalações.

Com isso, não obstante as diferenças existentes entre os Estados federativos, é possível identificar um modelo comum de administração e gestão do sistema judiciário norte-americano, baseado nos seguintes elementos: a) centralização da definição da política administrativa, normalmente no Tribunal Estadual superior; b) existência de um administrador dos Tribunais com funções de apoio administrativo ao Juiz-Presidente do Tribunal Superior; c) existência de administradores e de departamentos administrativos nos Tribunais de primeira instância, como auxiliares do Juiz-Presidente no exercício das suas competências administrativas.

Nessa seara, busca-se a aproximação entre os Tribunais judiciários e os cidadãos – de modo a tornar o Judiciário mais acessível e confiável –, bem como a avaliação popular e cívica do trabalho realizado pelos juízes. Para tanto, o sistema judiciário nos EUA é fortemente calcado em avançado aparelhamento informático, o qual, por exemplo, permite a colocação, nos Tribunais judiciários, de sinais de indicação, quiosques informativos, sistemas telefônicos automatizados e caixas de sugestões.³⁸

No Brasil, é verdade que, gradativamente, ganha força a difusão de uma cultura que privilegia a *pacificação*, o *diálogo*, o *consenso*, o *acordo avençado* e a *oralidade*,³⁹ em

³⁷ CAPPELLETTI, Mauro. *Processo, ideologias e sociedade*. Tradução de Elício de Cresci Sobrinho. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2008. v. 1, p. 347 *et seq.*, destaque no original; CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1988, p. 7-13.

³⁸ OBSERVATÓRIO PERMANENTE DA JUSTIÇA PORTUGUESA. *A Administração e Gestão da Justiça: análise comparada das tendências de reforma*. Direção científica de Boaventura de Sousa Santos; Coordenação de Conceição Gomes. Portugal, p. 235 *et seq.* Disponível em: <http://opj.ces.uc.pt/pdf/5.pdf>. Acesso em: 16 jun. 2012.

³⁹ Carlos Alberto Alvaro de Oliveira leciona que a técnica da *oralidade* “implica privilegiar o uso da palavra oral nos contatos das partes com o órgão judicial, principalmente na realização da *audiência*, isto é, naquele dado momento e lugar no qual o juiz se dispõe a escutar as partes, dirigir a coleta das provas e eventualmente sentenciar o feito” (OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *Do formalismo no processo civil*. 2. ed., São Paulo: Saraiva, 2003, p. 127). A rigor, conhecemos alguns dos inconvenientes apontados pela doutrina em relação à oralidade, tais como impossibilidade de um processo totalmente oral, prejuízos à publicidade dos atos processuais, dificuldade de expressão verbal das partes e dos advogados, falta de preparação dos juízes para

detrimento da *força*, da *imperatividade*, do *litígio* e do *processo judicial*. A Resolução n. 125 do CNJ, de 29 de novembro de 2010, por exemplo, ao dispor sobre a Política Judiciária Nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses no âmbito do Poder Judiciário, prevê que aos “órgãos judiciários incumbe, além da solução adjudicada mediante sentença, oferecer outros mecanismos de soluções de controvérsias, em especial os chamados meios consensuais, como a mediação e a conciliação” (art. 1º, parágrafo único).

A citada Resolução, com acerto, trata o incentivo e o aperfeiçoamento dos mecanismos consensuais de solução de litígios como uma questão de *política pública*, considerando que a “conciliação e a mediação são instrumentos efetivos de pacificação social, solução e prevenção de litígios”, os quais têm “reduzido a excessiva judicialização dos conflitos de interesses, a quantidade de recursos e de execução de sentenças”.

Para tanto, o CNJ confere aos Tribunais a atribuição de criar Núcleos Permanentes de Métodos Consensuais de Solução de Conflitos, os quais, dentre outras funções, destinam-se a promover capacitação, treinamento e atualização permanente de magistrados, servidores, conciliadores e mediadores nos métodos consensuais de solução de conflitos (art. 7º, V). Também fica prevista a instalação de Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania, com o objetivo de realizar as sessões de conciliação e mediação que estejam a cargo de conciliadores e mediadores (art. 7º, IV).

Antes mesmo da edição da citada Resolução n. 125, já se verificava, em alguns Estados, a tendência de institucionalizar a resolução do conflito por meio da conciliação. Em Minas Gerais, por exemplo, há programa próprio de capacitação e de aperfeiçoamento de conciliadores, bem como o projeto “Conciliar é legal”. No Amapá, há projetos como “Sábado é dia de conciliar”, “Arraial da Conciliação” e “Spa da Conciliação”, enquanto em Fortaleza existem os Juizados Itinerantes de Trânsito.

A importância desse incentivo estatal é tamanha que, nos referidos Estados, o número de acordos é maior, embora ainda seja pequeno em relação ao universo de casos ajuizados.⁴⁰

audiências, grande exigência de pessoal e infraestrutura material e simplificação da realidade advinda de uma narração verbal dos fatos e fundamentos jurídicos (FENOLL, Jordi Nieva. *Jurisdicción y Proceso: estudios de ciencia jurisdiccional*. Madrid: Marcial Pons, 2009, p. 95-100). Contudo, sem que haja um *fascínio pela oralidade*, acreditamos que sua adoção é positiva, sobretudo se estiver em conjunto com as vantagens decorrentes da *escrita*, tais como maior segurança jurídica, melhor fixação do objeto litigioso, aceleração e simplificação do procedimento quando a questão é unicamente de direito e possibilidade de o juiz sentenciar com uma reflexão mais profunda sobre os fatos e fundamentos jurídicos da demanda.

⁴⁰ FERRAZ, Leslie Shériida. *Juizados Especiais Cíveis e acesso à justiça qualificado: uma análise empírica*. 2008. 235f. Tese (Doutorado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2008, p. 98-103.

Estado	Acordos na audiência de conciliação (Universo: 4.962 casos)		Acordos na audiência de instrução e julgamento (Universo: 1.792 casos)	
	n.	%	n.	%
Amapá (AP)	232	45,9	20	27,8
Bahia (BA)	271	34,9	43	16,5
Ceará (CE)	411	69,0	15	19,7
Goiás (GO)	119	28,1	19	14,7
Minas Gerais (MG)	178	32,7	59	27,4
Pará (PA)	124	24,3	55	25,7
Rio de Janeiro (RJ)	164	26,2	78	21,6
Rio Grande do Sul (RS)	95	21,3	41	20,6
São Paulo (SP)	117	22,0	45	16,9
Brasil (total)	1.711	34,5	375	20,9

Fonte: Centro Brasileiro de Estudos e Pesquisas Jurídicas (CEBEPEJ), 2006.

Contudo, mesmo com esse incipiente progresso, fato é que a adoção de métodos autônomos de resolução de conflitos de interesses não foi capaz de solucionar os problemas gerados pela crise judiciária nacional.⁴¹ Tais métodos, ao revés, se mostram impotentes no judiciário brasileiro, em face de uma cultura jurídica arcaica, contrária à resolução consensual de contendas. Kazuo Watanabe, ao analisar o problema da organização judiciária no Brasil, discorre sobre essa questão:

Nesse âmbito, os estudos que vêm sendo desenvolvidos não se limitam ao mero aspecto organizacional, sua estrutura e sua funcionalidade. Novas estratégias de tratamento dos conflitos de interesses têm sido analisadas e até mesmo postas em prática, procurando-se soluções alternativas aos meios tradicionais em uso, como o juízo de conciliação, os juízos arbitrais e a participação de leigos na administração da Justiça. Lamentavelmente, no Brasil, as tentativas de busca de novas alternativas esbarram em vários obstáculos – dos quais os mais sérios são o imobilismo e a

⁴¹ De fato, o atual estágio de adoção de métodos autônomos de resolução de conflitos de interesses, no Brasil, não é capaz de suplantar a crise judiciária. No entanto, os benefícios advindos de uma cultura da consensualidade são evidentes. Como exemplo, cite-se que, na Semana da Conciliação do ano de 2011 (período de 28/11 a 02/12), promovida pelo CNJ, foram realizadas 349.613 audiências, que resultaram em 168.841 acordos (taxa de sucesso de 48,3%) envolvendo a homologação do montante de R\$1.072.098.403,72. Disponível em: http://www.cnj.jus.br/images/programas/movimento-pela-conciliacao/2011/Semana_Conciliacao_20-01-2012.pdf. Acesso em: 16 jun. 2012.

estrutura mental marcada pelo excessivo conservadorismo, que se traduz no apego irracional às fórmulas do passado, de um lado, e à inexistência, por outro, de qualquer pesquisa interdisciplinar sobre os conflitos de interesses e as demandas (no sentido de ações ajuizadas), suas causas, seus modos de solução ou acomodação, os obstáculos ao acesso à Justiça e vários outros aspectos que propiciem o melhor entendimento da realidade social por parte dos responsáveis pela melhor organização da Justiça.⁴²

Todavia, também a jurisdição dita oficial, como método estatal de resolução das controvérsias, não demonstra a eficiência necessária para solucionar, a contento, os litígios que lhe são dirigidos. A precária estruturação da “Justiça Pública” retrata sua incapacidade de atender a uma “massa de lides sem absorção pelo aparato estatal”.⁴³

O desagrado social em relação à atuação do Judiciário dá a ideia “de que o anseio de justiça das comunidades se esvai numa grande e generalizada frustração”.⁴⁴ Tentativas de aperfeiçoamento da legislação processual, com vistas à agilização dos procedimentos, não dão conta de amenizar a sobrecarga de demandas a que está sujeita a jurisdição estatal.

Basta perceber os dados estatísticos extraídos das pesquisas realizadas pelo CNJ, no projeto “Justiça em números”. Em 2010, ingressaram, na Justiça Estadual, 17,7 milhões de novos processos, sendo que 62% desses casos se concentram nos Tribunais de Justiça dos Estados de São Paulo, Rio de Janeiro, Minas Gerais e Rio Grande do Sul. Mesmo que tenha havido uma redução de 3% do quantitativo de novos casos em relação ao ano de 2009 (isto é, cerca de 640 mil novos casos), é inegável o significativo número de processos que anualmente abarrotam os órgãos judiciários. Confira a tabela que resume a movimentação processual, no ano de 2010, no âmbito da Justiça Estadual:⁴⁵

⁴² WATANABE, Kazuo. *Da cognição no processo civil*. 2. ed., Campinas: Bookseller, 2000, p. 29-32; em sentido semelhante, Francisco Alves salienta o reduzidíssimo índice de conciliação na experiência forense, atribuindo, como um dos motivos, o fato de os advogados terem “a exata noção de que, mesmo sem razão, podem muito bem postergar por anos o cumprimento de uma decisão desfavorável” (ALVES, Francisco Glauber Pessoa. A efetividade como axiologia: premissa obrigatória para um processo célere. In: FUX, Luiz; NERY JR., Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Processo e Constituição: estudos em homenagem ao professor José Carlos Barbosa Moreira*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 147).

⁴³ ASSIS, Araken. Duração razoável do processo e reformas da lei processual civil. In: FUX, Luiz; NERY JR., Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Processo e Constituição: estudos em homenagem ao professor José Carlos Barbosa Moreira*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 198-199.

⁴⁴ THEODORO JUNIOR, Humberto. *Celeridade e efetividade da prestação jurisdicional: insuficiência da reforma das leis processuais*. Revista de processo, São Paulo, ano 30, n. 125, p. 61, jul. 2005.

⁴⁵ Disponível em: http://www.cnj.jus.br/images/programas/justica-em-numeros/2010/rel_justica_numeros_2010.pdf. Acesso em: 16 de abr. 2012.

Grupo	Tribunal de Justiça	Casos novos	Casos pendentes	Total de processos baixados	Sentenças e decisões
1º Grupo: Grande porte	São Paulo	5.256.996	16.431.818	5.042.424	4.330.357
	Rio de Janeiro	1.986.708	8.019.708	2.135.781	2.469.822
	Minas Gerais	1.492.986	3.170.808	1.796.123	1.404.194
	Rio Grande do Sul	2.224.640	2.285.371	2.274.586	1.355.157
2º Grupo: Médio porte	Bahia	685.409	1.823.180	813.109	499.927
	Paraná	965.502	2.872.461	966.195	824.216
	Santa Catarina	823.919	1.922.437	756.841	723.303
	Pernambuco	375.951	2.752.703	549.508	438.116
	Distrito Federal	358.939	653.370	271.443	222.196
	Goiás	407.135	1.254.439	505.144	452.610
	Ceará	246.175	973.392	322.806	315.145
	Espírito Santo	282.803	788.911	262.309	215.073
	Mato Grosso	363.463	363.783	253.087	206.634
	Pará	285.481	786.321	392.824	491.096
3º Grupo: Pequeno porte	Maranhão	188.259	187.053	141.022	136.715
	Mato Grosso do Sul	376.547	599.196	497.656	437.370
	Paraíba	223.444	563.271	204.755	193.999
	Rio Grande do Norte	211.457	336.199	217.930	182.467
	Rondônia	169.304	235.057	200.574	138.411
	Amazonas	184.504	554.743	167.544	134.248
	Sergipe	151.051	318.929	236.407	204.385
	Alagoas	130.083	477.820	159.994	119.015
	Piauí	78.196	150.455	50.704	55.035
	Tocantins	94.538	239.678	72.813	70.148
Amapá	67.730	50.899	55.545	73.558	
Acre	76.926	55.423	88.629	106.101	
Roraima	35.850	73.094	40.555	28.397	
Justiça Estadual		17.743.996	47.960.519	18.476.308	15.827.897

Fonte: Justiça em Números 2010.

Na Justiça Federal, o recrudescimento do número de processos em tramitação também é evidente. No ano de 2010, 3,2 milhões de novos processos ingressaram nos cinco Tribunais Regionais Federais, o que representa um número aproximado de 11 milhões de processos atualmente em andamento na Justiça Federal.⁴⁶

Tribunal de Justiça	Casos Novos	Casos Pendentes	Total de Processos Baixados	Total de Sentenças / Decisões
1ª Região	794.314	2.332.377	782.398	474.559
2ª Região	353.290	1.097.237	402.774	318.037
3ª Região	714.770	2.462.349	996.370	831.161
4ª Região	915.916	1.389.004	795.632	784.798
5ª Região	388.476	646.320	409.012	462.007
Justiça Federal	3.166.766	7.927.287	3.386.186	2.870.562

Fonte: Justiça em Números 2010

⁴⁶ Disponível em: http://www.cnj.jus.br/images/programas/justica-em-numeros/2010/re_ljustica_numeros_2010.pdf. Acesso em: 16 de abr. 2012.

Portanto, no ano de 2010, ingressaram nas Justiças Federal e Estadual, excluídos os processos de competência originária do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal, aproximadamente 20,9 milhões de casos novos, o que, por si só, já é suficiente para demonstrar o alto grau de litigiosidade da sociedade jurídica brasileira. Isso sem considerar os quase 56 milhões de processos pendentes de julgamento.

É possível concluir, desses números, que “a montanha de processos acumulados ou que entram em pauta de julgamento compromete a qualidade da prestação jurisdicional”, impondo à magistratura “uma tarefa que excede suas forças e sua capacidade de trabalho”. O que é pior, a avalanche de demandas judiciais pendentes de julgamento acaba por implicar, inevitavelmente, um afastamento entre os juízes e o povo, com “queda de teor democrático” do Judiciário e distanciamento “da concretização de um legítimo Estado de Direito”.⁴⁷

Ademais, como não poderia deixar de ser, o altíssimo número de demandas judiciais implica a correspondente elevação das despesas advindas dos serviços judiciários, o que acaba por comprometer o desenvolvimento econômico da jurisdição.⁴⁸ Na Justiça Estadual, por exemplo, cada caso novo custa ao Judiciário, em média, R\$ 1.346,00, enquanto na Justiça Federal esse valor atinge a média de R\$ 2.049,00.⁴⁹

Cumpram ainda criticar, especialmente nos Juizados Especiais Cíveis, a postura de determinadas sociedades empresárias, as quais, geralmente dotadas de vasto poderio econômico, levam em conta cálculos atuariais para a avaliação de riscos de demandas judiciais. Nesse caso, sabedoras que são de que nem todas as pessoas têm tempo, conhecimento e condição de buscar judicialmente a reparação por eventuais danos sofridos, infere-se que é mais interessante para essas sociedades empresárias a postergação das

⁴⁷ BONAVIDES, Paulo. O Poder Judiciário e o parágrafo único do art. 1º da Constituição do Brasil. In: CUNHA, Sérgio Sérulo da; GRAU, Eros Roberto (Org.). *Estudos de Direito Constitucional em homenagem a José Afonso da Silva*. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 82-83.

⁴⁸ TUCCI, José Rogério Cruz e. *Tempo e processo: uma análise empírica das repercussões do tempo na fenomenologia processual (civil e penal)*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, p. 114-118; neste passo, Luiz Guilherme Marinoni ensina que “Um dos principais entraves para um efetivo acesso à justiça encontra-se no excessivo custo do processo”, que pode “impedir o cidadão comum de recorrer ao Poder Judiciário” (MARINONI, Luiz Guilherme. *Novas linhas do processo civil*. 2. ed., São Paulo: Malheiros, 1996, p. 25).

⁴⁹ Vicente Maciel Júnior analisa que os custos para a manutenção de um processo (custo da burocracia, número de funcionários que atuarão, papéis, infraestrutura desenvolvida, tempo de duração) “muitas vezes superam o valor da própria demanda em si”. Porém, o autor opina: “As razões econômicas, embora importantes para equacionar a gestão dos processos e oferecer soluções racionais, não são prioridades do processo. A realização da Justiça não é um negócio, uma empresa, mas uma função pública necessária exercida por monopólio do Estado, que chamou para si a solução dos interesses em conflito que restaram inconciliáveis” (MACIEL JUNIOR, Vicente de Paula. *Estrutura e interpretação do Direito Processual Civil brasileiro a partir da Constituição Federal de 1988*. In: MACHADO, Felipe Daniel Amorim; CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade (Coord.). *Constituição e Processo: a contribuição do processo ao constitucionalismo democrático brasileiro*. Belo Horizonte: Del Rey, 2009, p. 306).

demandas, pois o custo judicial “é incluído no planejamento contábil (...) como passivo realizável a longo prazo”.⁵⁰

Em uma análise puramente *oportunist*a do Direito, a qual desconsidera por completo os custos impostos aos serviços judiciários, algumas sociedades empresárias figuram como réis na esmagadora maioria das ações ajuizadas nos Juizados Especiais Cíveis.⁵¹ Para tanto, elas contam, também, com a complacência de juízes que determinam condenações judiciais em montantes pecuniários manifestamente insuficientes para inibir novas violações à esfera jurídica dos cidadãos.

A litigiosidade excessiva é decorrência também da postura da Fazenda Pública em juízo. Não só por força de atrasos tecnológicos no que diz respeito à automação e à informatização das Procuradorias Públicas,⁵² mas, principalmente, em virtude de uma cultura *recorrista*, a União, os Estados, o Distrito Federal, os Municípios e as respectivas entidades administrativas contribuem significativamente para inflar os órgãos judiciários com demandas e recursos, contribuindo para a lentidão da prestação jurisdicional.⁵³

Contudo, nem sempre a *cega litigiosidade* comumente praticada pelas Procuradorias Públicas se coaduna à proteção da indisponibilidade do interesse público primário, na perspectiva de ordem administrativo-econômica. Interposição de recursos com intuito protelatório e insistência em teses jurídicas contrárias às já consolidadas nos Tribunais

⁵⁰ ALVES, Francisco Glauber Pessoa. A efetividade como axiologia: premissa obrigatória para um processo célere. In: FUX, Luiz; NERY JR., Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Processo e Constituição: estudos em homenagem ao professor José Carlos Barbosa Moreira*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 146; tais sujeitos são conhecidos como “litigantes habituais”, os quais levam várias vantagens em relação aos “litigantes eventuais”: a) maior experiência com a demanda que lhes possibilita melhor planejamento e estratégia de atuação; b) litigância com economia de escala; c) oportunidade de desenvolver relações informais com os serventários da justiça; d) diluição dos riscos da demanda por maior número de casos; e) possibilidade de testar estratégias visando a um melhor desempenho em casos futuros. Com isso, fica “muito mais fácil ao empresário, do que ao cidadão comum, assumir os riscos de uma derrota judiciária. O empresário contabiliza a derrota como perda e facilmente encontra formas de equilibrar o seu orçamento” (CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1988, p. 25-26; MARINONI, Luiz Guilherme. *Novas linhas do processo civil*. 2. ed., São Paulo: Malheiros, 1996, p. 35).

⁵¹ No Estado do Rio de Janeiro, por exemplo, no ano de 2004, 20% das demandas ajuizadas nos Juizados Especiais foram dirigidas contra uma única empresa de telefonia, Telemar S/A (BANCO MUNDIAL. *Fazendo com que a Justiça conte: medindo e aprimorando o desempenho do Judiciário no Brasil*. Unidade de Redução de Pobreza e Gestão Econômica. América Latina e Caribe. 30 de dezembro de 2004, p. 125-126). Em Minas Gerais, a situação é tão alarmante que há um Juizado Especial Cível apenas para atender reclamações de consumidores contra empresas de telefonia.

⁵² BANCO MUNDIAL. *Fazendo com que a Justiça conte: medindo e aprimorando o desempenho do Judiciário no Brasil*. Unidade de Redução de Pobreza e Gestão Econômica. América Latina e Caribe. 30 de dezembro de 2004, p. 61-62.

⁵³ Nesse viés, Luiz Guilherme Marinoni opina que “algumas vezes, a morosidade da justiça é opção dos próprios detentores do poder”. E arremata: “Talvez falte vontade política para a redução da demora processual. Tal demora, segundo alguns, não seria meramente acidental, mas fruto de vários interesses, até mesmo o de limitar o afluxo de litígios ao Poder Judiciário” (MARINONI, Luiz Guilherme. *Novas linhas do processo civil*. 2. ed., São Paulo: Malheiros, 1996, p. 29).

Superiores são condutas que, diferentemente do que genericamente se pensa, impõem aumento de despesas ao erário público.

Veja o louvável exemplo verificado na União Federal. A partir de uma análise do impacto econômico das demandas judiciais sobre o erário público federal, foi alterada a Lei n. 9.469/1997, dispondo que “O Advogado-Geral da União, diretamente ou mediante delegação, e os dirigentes máximos das empresas públicas federais poderão autorizar a realização de acordos ou transações, em juízo, para terminar o litígio, nas causas de valor até R\$ 500.000,00 (quinhentos mil reais)” (art. 1º, com redação dada pela Lei n. 11.941/2009).⁵⁴ Também o Ato Regimental n. 1/1997 prevê que cabe ao Secretário-Geral de Contencioso, sob a orientação do Advogado-Geral da União, propor a edição de enunciados de súmula administrativa, com o objetivo de, reduzindo os custos decorrentes da tramitação de processos, determinar a dispensa da interposição de recursos nos casos que envolvam jurisprudência uníssona do Supremo Tribunal Federal.

Em resumo, a atual crise judiciária é decorrência direta do alto grau de litigiosidade da comunidade jurídica brasileira. A insatisfação crônica e generalizada, produzida em virtude da crise judiciária e da ausência de uma pronta e adequada resposta jurisdicional, gera *denegação de justiça* e “frustração permanente em face da longa tramitação dos litígios”. O brocardo “a justiça tarda, mas não falha” se transforma no aforismo a “justiça que tarda é sempre falha”,⁵⁵ e ganha aplicação o adágio “justiça retardada, justiça negada”.⁵⁶

A rigor, a redefinição do papel dos agentes jurídicos, mediante a atribuição de corresponsabilidade política, jurídica e social na realização dos ideais democráticos, constitui imperativo para o resguardo da supremacia da Constituição e para a materialização dos direitos fundamentais. Dentro de um cenário de vinculação às fronteiras do devido processo legal, a compreensão de que todos os sujeitos processuais agem em um ambiente de diálogo

⁵⁴ De modo semelhante, a Portaria da Advocacia-Geral da União (AGU) n. 915/2009 autoriza aos órgãos de execução da Procuradoria-Geral Federal a realização de acordos ou transações, em juízo, para terminar o litígio, nas causas de valor até R\$ 1.000.000,00 (um milhão de reais), observados os seguintes limites de alçada: “I - até 60 (sessenta) salários mínimos, pelos Procuradores Federais que atuam diretamente na causa; II - até R\$ 100.000,00 (cem mil reais), mediante prévia e expressa autorização dos Procuradores Seccionais e dos Chefes de Escritório de Representação; III - até R\$ 500.000,00 (quinhentos mil reais), mediante prévia e expressa autorização dos Procuradores-Chefes das Procuradorias Federais nos Estados; IV - até R\$ 1.000.000,00 (um milhão de reais), mediante prévia e expressa autorização dos Procuradores Regionais Federais” (art. 1º).

⁵⁵ TAVARES, Fernando Horta. Acesso ao Direito, duração razoável do procedimento e tutela jurisdicional efetiva nas Constituições brasileira e portuguesa: um estudo comparativo. In: MACHADO, Felipe Daniel Amorim; CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade (Coord.). *Constituição e Processo: a contribuição do processo ao constitucionalismo democrático brasileiro*. Belo Horizonte: Del Rey, 2009, p. 270.

⁵⁶ DIAS, Ronaldo Brêtas de Carvalho. *Processo Constitucional e Estado Democrático de Direito*. Belo Horizonte: Del Rey, 2010, p. 162.

retrata manifestação, no processo, dos princípios constitucionais da democracia, da cidadania, da soberania popular e da dignidade da pessoa humana.

É urgente, portanto, uma mudança da postura dos advogados, procuradores públicos, membros do Ministério Público, defensores públicos, dentre outros. Mas, mais imprescindível ainda, é a necessidade de a magistratura assumir sua “condição de participante ativa do processo de mudança social”.⁵⁷ A legitimidade democrática do exercício da jurisdição depende, fundamentalmente, de que sejam respeitadas as garantias fundamentais que compõem o devido processo legal.

2.3 Uma análise crítica da crise judiciária com enfoque no Judiciário

Primeiramente, ressalte-se que a análise da crise judiciária no âmbito do Judiciário requer a apuração, mediante dados estatísticos, do real funcionamento dos órgãos da Justiça, a partir de um exame macro (e não casuístico) do exercício da atividade jurisdicional. Neste passo, Ovídio Baptista da Silva anota que as atuais tentativas de superação da crise judiciária – a exemplo do movimento legislativo de minirreformas processuais – falham justamente porque nelas não são investigadas as *causas reais* do problema.⁵⁸

Genericamente, não há, por parte da magistratura, do Governo, do Parlamento ou dos próprios juristas, a preocupação em encontrar um diagnóstico sério a respeito dos motivos que levam à inadequação dos institutos processuais e à ineficiência do Judiciário. Todavia, como atualmente já se percebe, é através da coleta de números exatos que passa a ser possível aferir a funcionalidade do Judiciário e, conseqüentemente, a real situação do acesso à justiça e da efetividade processual. Moniz de Aragão ressalta:

(...) assunto que há muito me preocupa, a necessidade de realizar pesquisas estatísticas a respeito do funcionamento do Poder Judiciário no Brasil, no que tange à distribuição de justiça, matéria que parece não despertar a atenção das autoridades, que não só poderiam, como deveriam promover tal investigação e por seu intermédio fazer diagnóstico confiável da situação dominante no País, a fim de cogitar de remédios para o grave mal com que todos se defrontam. Em países

⁵⁷ DALLARI, Dalmo de Abreu. *O poder dos juízes*. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 53.

⁵⁸ SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Processo e ideologia: o paradigma racionalista*. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 299.

européus há longos anos isso é feito, de modo a oferecer subsídios para a análise do problema, para sua equação e para a busca de soluções.⁵⁹

Mesmo que, na prática, dados numéricos possam ser manipulados ou viciados – v.g., utilização de *quantitativo* de número de processos julgados para demonstrar aspecto *qualitativo* da prestação jurisdicional –, é evidente que a realização de estatísticas judiciárias abrangentes e confiáveis, seriamente coletadas, podem sobremaneira auxiliar no diagnóstico da realidade do Judiciário. Com isso, pretende-se que a análise da crise do Judiciário pare de “patinhar, como sempre fizemos, no lodaçal dos ‘palpites’” ou na “experiência pessoal de cada opinante – experiência, ocioso frisar, extremamente variável de caso a caso, além de sujeita a mil distorções impostas pelo filtro da subjetividade”.⁶⁰

Digna de nossos aplausos, pois, é a atual tendência do STF e do CNJ de aferir, gerenciar e controlar estatisticamente os processos em tramitação nos órgãos judiciários, inclusive com a disponibilização eletrônica para a população, de modo transparente, dos números apurados. Com as estatísticas coletadas, possibilita-se um exame *menos viciado* dos problemas do Judiciário, que seja *mais fidedigno* em face da realidade social.

Na verdade, no domínio do Judiciário, a discussão acerca da crise judiciária ganha contornos ainda mais ampliados. Os problemas advindos da litigiosidade em demasia desencadeiam, no Judiciário, problemas de natureza estrutural, que envolvem o baixo grau de profissionalização da gestão judiciária (com ausência de “métodos compatíveis com as técnicas atuais de ciência da administração”),⁶¹ a falta de modernização dos órgãos judiciários, a necessária melhoria da formação dos juízes e o descontentamento da sociedade no que se refere à demora do serviço público jurisdicional.

A atual crise judiciária, mais do que uma questão normativa, denota um problema cultural-comportamental (antiquada mentalidade contenciosa dos operadores jurídicos) e, também, um problema administrativo (gestão do Judiciário). O alto grau de demandismo atinge a sociedade brasileira como um *câncer*, e demonstra a incapacidade de o Judiciário se adaptar a uma *litigiosidade de massas*, característica do capitalismo:

⁵⁹ MONIZ DE ARAGÃO, Egas Dirceu. *Revista de Processo*, São Paulo, ano 28, n. 110, p. 09, abr./jun. 2003.

⁶⁰ MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Temas de Direito Processual*: nona série. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 36-37.

⁶¹ THEODORO JUNIOR, Humberto. Constituição e processo: desafios constitucionais da reforma do processo civil no Brasil. In: MACHADO, Felipe Daniel Amorim; CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade (Coord.). *Constituição e Processo: a contribuição do processo ao constitucionalismo democrático brasileiro*. Belo Horizonte: Del Rey, 2009, p. 250.

Os números evidenciam que a excessiva litigiosidade demonstra encontrar-se a sociedade brasileira doente, por causa da carência de efetividade do Direito, inexistindo, até o momento, remédios que possam preveni-la, sendo que para a cura dispomos de um processo oneroso, lento e ineficiente. A desordem social decorrente da crise do Direito face à incapacidade da jurisdição de preservar a coesão da sociedade e de fazer as normas jurídicas serem cumpridas, além de comprometer a imagem do Poder Judiciário, ocasiona insegurança jurídica. O astronômico volume de processos julgados anualmente pelo Supremo Tribunal Federal e pelo Superior Tribunal de Justiça não representa nenhum alento, mas, ao contrário, deve constituir motivo para sérias preocupações (...).⁶²

Desvalorização de juízes de primeira instância, processos que perduram por gerações em virtude de inércia do impulso oficial, ausência de infraestrutura física e material das repartições públicas, burocracia interminável em cartórios judiciais, baixo grau de informatização e de modernização do aparato funcional, falta de qualificação e descaso dos serventuários dos Tribunais, consistem em causas que implicam crescente descrédito e desprestígio social do Judiciário,⁶³ e também uma contínua violação à garantia constitucional do devido processo legal.

Como atesta Dalmo Dallari, “o Brasil tem muitos bons juízes e não tem um bom Poder Judiciário”.⁶⁴ Isso significa que o Judiciário possui problemas externos e incongruências internas que prejudicam – e em alguns casos até mesmo impedem –, a adequada e eficiente prestação jurisdicional.

Apegado à sua *tradição paralisante*, o Judiciário não mantém permanente diálogo com as demais funções estatais (Legislativo e Executivo), as quais, por sua vez, também não conferem a devida atenção aos problemas estruturais relacionados à organização judiciária e ao acesso da população à jurisdição. O Judiciário, no Brasil e em grande parte do mundo,

⁶² JAYME, Fernando Gonzaga. Os problemas da efetiva garantia de proteção judicial perante o Poder Judiciário brasileiro. In: JAYME, Fernando Gonzaga; FARIA, Juliana Cordeiro de; LAUAR, Maira Terra (Coord.). *Processo Civil – novas tendências: estudos em homenagem ao Professor Humberto Theodoro Júnior*. Belo Horizonte: Del Rey, 2008, p. 239.

⁶³ Para comprovar o crescente desprestígio social do Judiciário, cite-se pesquisa realizada pela Fundação Getúlio Vargas (FGV), na qual o Judiciário aparece em penúltimo lugar no Índice de Confiança na Justiça, em comparação com outras instituições públicas e privadas. De acordo com essa pesquisa, o Judiciário possui 33% de confiança da população, atrás de instituições como emissoras de televisão (47%), imprensa (43%), Polícia (40%), partidos políticos (37%) e Congresso Nacional (36%), enquanto instituições como Forças Armadas, Igreja Católica e grandes empresas detêm expressivos índices de confiança, respectivamente, de 60%, 56% e 52%. A nosso ver, o baixo índice de confiança da população no Judiciário, maior apenas que o do Governo Federal (25%), é reflexo da precária gestão das instituições judiciárias, que acarreta, por exemplo, processos demorados que pouco ou nada resolvem as contendas envolvendo os cidadãos. (Fonte: Índice de Confiança na Justiça/FGV – 4º trimestre de 2010).

⁶⁴ DALLARI, Dalmo de Abreu. *O poder dos juízes*. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 77.

apesar das tentativas de alguns bons juízes,⁶⁵ encontra-se imobilizado e estagnado, alheio aos avanços sociais e ao dinamismo da sociedade.

Voltado para si em uma atitude de intencional isolamento, o Judiciário permanece muitas vezes arraigado aos antiquados pensamentos e tradições do início do século, não se adaptando aos anseios do povo por uma moderna e dinâmica prestação jurisdicional:

No Poder Judiciário, as mudanças foram mínimas, em todos os sentidos. A organização, o modo de executar suas tarefas, a solenidade dos ritos, a linguagem rebuscada e até os trajes dos julgadores nos tribunais praticamente permanecem os mesmos há mais de um século. Mas, o que é de maior gravidade, a mentalidade do Judiciário permaneceu a mesma, tendo começado a ocorrer, recentemente, um movimento de mudança, nascido dentro da própria magistratura. Um aspecto importante da velha mentalidade é a convicção de que o Judiciário não deve reconhecer que tem deficiências nem pode ser submetido a críticas, pois tamanha é a magnitude de sua missão que seus integrantes pairam acima do comum dos mortais. (...). O Poder Judiciário permaneceu em atitude de olímpica superioridade e praticamente ignorou tudo isso, como se o tempo tivesse escoado muito lentamente e as condições de vida de hoje fossem quase as mesmas do início do século. Assim o Judiciário envelheceu e o que muitos dentro dele veneram como tradições não passa de sinais de velhice. (...). No Judiciário o passado determina o presente, influenciando tanto na forma das solenidades, dos rituais e dos atos de ofício quanto no conteúdo de grande número de decisões. Esse é um dos principais motivos pelos quais há evidente descompasso entre o Poder Judiciário e as necessidades e exigências da sociedade contemporânea.⁶⁶

Nessa perspectiva, a simplificação de procedimentos, o uso de uma linguagem mais acessível aos cidadãos e até mesmo a redução do tamanho das peças jurídicas – inclusive pelos advogados – tornam-se elementos apropriados para a obtenção de uma prestação jurisdicional de qualidade. Em tom crítico, no que se refere à utilização da linguagem forense, vale a transcrição das palavras de José Carlos Barbosa Moreira:

⁶⁵ Essa agitação de parcela do Judiciário para uma melhoria da qualidade da prestação jurisdicional, que busca fortalecer a função social da magistratura na garantia de direitos e na distribuição da justiça, é denominada por Dalmo de Abreu Dallari de “A boa rebelião dos juízes”. Explica o autor que esse movimento de renovação do Judiciário teve início na Europa, na década de 1970, sendo exemplos o *Syndicat de la Magistrature* e o livro *Le ghetto judiciaire* (BOULANGER, Philippe. Paris: Grasset, 1978), na França, a obra *Crise político-istituzionale e independenza della magistratura* (SENESE, Salvatore. *Rivista Questione Giustizia*, anno I, n. 2, Milano: Franco Angeli, 1982), na Itália, e a criação da associação espanhola *Jueces para la Democracia*. No Brasil, são exemplos a criação da *Associação dos Juízes do Rio Grande do Sul* e da *Associação Juízes para a Democracia*, em 1991. (DALLARI, Dalmo de Abreu, *op. cit.*, p. 78-79).

⁶⁶ *Idem, ibidem*, p. 5-7; no mesmo sentido é o pensamento de Fernando Gonzaga Jayme, quando sustenta “que o modelo de organização do Poder Judiciário (...) entrou em colapso”, pois “trata-se de um modelo concebido sob uma lógica de organização estatal de mais de cem anos”, que “se mantém intocado até hoje, a despeito das transformações sociais, políticas, culturais e tecnológicas vivenciadas no curso do século XX” (JAYME, Fernando Gonzaga. Os problemas da efetiva garantia de proteção judicial perante o Poder Judiciário brasileiro. In: JAYME, Fernando Gonzaga; FARIA, Juliana Cordeiro de; LAUAR, Maira Terra (Coord.). *Processo Civil – novas tendências: estudos em homenagem ao Professor Humberto Theodoro Júnior*. Belo Horizonte: Del Rey, 2008, p. 240-241).

Há um jargão jurídico, dentro do qual se movem vários jargões característicos das diferentes províncias daquela ciência e da respectiva prática. (...). Um dos subidiomas jurídicos mais curiosos é o que se emprega na vida forense. Ele tem suficiente individualidade para merecer consideração à parte, como dialeto inconfundível com os outros. Cultivam-no, e contribuem permanentemente para expandi-lo, advogados, juízes de todas as instâncias, procuradores, promotores, defensores, funcionários e serventuários da Justiça, enfim, todos que nesse âmbito exercem funções.

Nem sempre é fácil discernir a origem das expressões características da linguagem forense. Não poucas emergem da neblina de tempos remotos e exibem a marca das deturpações sofridas com o passar dos anos. Várias são destroços de frases antigas, em que a erosão da preguiça – ou, se preferirem, da lei do menor esforço – reduziu a estrutura a uma ruína aparentemente indecifrável. (...).

Bem se sabe quão difícil de atingir é o ideal de que as peças judiciais sejam vazadas em linguagem acessível à gente comum. A técnica tem suas exigências legítimas. Entre o respeito destas e o culto do hermetismo, porém, medeia um oceano. Há petições, sentenças, pareceres, acórdãos que se diriam redigidos com a intenção precípua de que nenhum outro ser humano consiga entendê-los. (...).

É tempo de arejar o ambiente para dar cabo desse mofo. (...). Quem pleiteia deve lembrar-se, antes de mais nada, de que necessita fazer-se entender ao menos por quem vai decidir; quem decide, de que necessita fazer-se entender ao menos por quem pleiteou. Linguagem forense não precisa ser, não pode ser sinônimo de linguagem cifrada. Algum esforço para aumentar a inteligibilidade do que se escreve e se diz no foro decerto contribuiria para aumentar também a credibilidade dos mecanismos da Justiça.⁶⁷

Não se está, em hipótese alguma, negando a importância da tradição e das solenidades do Judiciário, nem tampouco atenuando a necessidade de que haja absoluto respeito à função jurisdicional. O que se pretende, diferentemente, é alertar para a urgente necessidade de *reciclagem* da retrógada mentalidade que insiste em pairar sobre parcela considerável da magistratura, anacrônica diante das significativas mudanças da sociedade contemporânea, de cunho político, social, econômico, jurídico, cultural, comportamental e tecnológico.

A sustentabilidade da indiscutível importância da magistratura, em um contexto de complexas mudanças sociais e tecnológicas, depende fundamentalmente de uma atualização da mentalidade judiciária e de uma premente melhoria da administração e da gestão do Judiciário – em termos de condições de trabalho, instalações materiais, qualidade e quantidade de quadro de pessoal, adequada formação dos juízes.⁶⁸ Humberto Theodoro Júnior

⁶⁷ MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Temas de Direito Processual*: sétima série. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 242-249; no mesmo sentido: OLIVEIRA, Regis Fernandes de. O papel do juiz e do Poder Judiciário na sociedade moderna. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, vol. 824, ano 93, p. 65, junho 2004.

⁶⁸ Quanto ao problema da formação dos juízes, Calmon de Passos se posiciona: “Tão defeituoso e pernicioso quanto o que vem de ser dito é o sistema de recrutamento e aperfeiçoamento de nossa magistratura, no particular um mal que é extensível a todos os operadores do Direito, vale dizer, também aos advogados e aos membros do Ministério Público. Permitimos que jovens mal saídos de faculdades que lhes dão formação mais que deficiente de logo se habilitem aos cargos de magistrados, promotores, procuradores ou exerçam a advocacia e isso com a maior liberdade e sem qualquer restrição” (PASSOS, José Joaquim Calmon de. *Direito, poder, justiça e processo*: julgando os que nos julgam. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 114); em sentido semelhante, Luiz

resume os problemas estruturais da crise do Judiciário, que impedem o fornecimento de uma prestação jurisdicional de qualidade:

Ao findar o século XX, nem mesmo as nações mais ricas e civilizadas da Europa se mostram contentes com a qualidade da prestação jurisdicional de seu aparelhamento judiciário. A crítica, em todos os quadrantes, é a mesma: a lentidão da resposta da justiça, que quase sempre a torna inadequada para realizar a *composição justa* da controvérsia. Mesmo saindo vitoriosa no pleito judicial, a parte se sente, em grande número de vezes, *injustiçada*, porque justiça tardia não é justiça e, sim, denegação de justiça. (...). É lastimável, mas não se pode deixar de reconhecer o regime caótico em que os órgãos encarregados da prestação jurisdicional no Brasil trabalham tanto do ponto de vista organizacional, como principalmente em torno da busca de solução para sua crônica inaptidão para enfrentar o problema do acúmulo de processos e da intolerável demora na prestação jurisdicional. Não há o mínimo de racionalidade administrativa, já que inexitem órgãos de planejamento e desenvolvimento dos serviços forenses, e nem mesmo estatística útil se organiza para verificar onde e porque se entrava a marcha dos processos. (...). O que urge enfrentar e analisar, não é a lei em si, mas seu impacto entre a ação da parte que postula a prestação jurisdicional e a conduta dos órgãos encarregados de realizá-la. E o que, empiricamente, se constata é que, malgrado as sucessivas alterações das leis processuais, a Justiça continua ‘rotineira e ineficiente’, apegada a métodos arcaicos e que, fatalmente, redundam em ‘julgamentos tardios’, que mais negam do que distribuem a verdadeira justiça. O Poder Judiciário, é lamentável reconhecê-lo, é o mais burocratizado dos Poderes estatais, é o mais ineficiente na produção de efeitos práticos, é o mais refratário à modernização, é o mais ritualista; daí sua impotência para superar a morosidade de seus serviços e o esclerosamento de suas rotinas operacionais.⁶⁹

De tal sorte, uma gestão *profissional* do Judiciário revela-se absolutamente necessária para a melhoria da prestação jurisdicional. É necessário, urgentemente, eliminar a antiquada concepção dos Tribunais judiciários “como organizações excessivamente burocráticas”, com o fito de se obter “novos sistemas de gestão e administração da justiça”, condizentes com os propósitos de aumentar a “eficácia do sistema judiciário” e aproximar o Judiciário dos cidadãos.⁷⁰

Guilherme Marinoni aduz que “A problemática da organização judiciária (...) também tem a ver com a forma de recrutamento dos magistrados, repousando na questão do ensino jurídico, atualmente tão desprezado, com faculdades germinando em todos os cantos do país, onde a preocupação é muitas vezes nenhuma com o ensino, mas fundamentalmente com os lucros” (MARINONI, Luiz Guilherme. *Novas linhas do processo civil*. 2. ed., São Paulo: Malheiros, 1996, p. 52).

⁶⁹ THEODORO JUNIOR, Humberto. *Celeridade e efetividade da prestação jurisdicional: insuficiência da reforma das leis processuais*. *Revista de processo*, São Paulo, ano 30, n. 125, p. 68-71, jul. 2005.

⁷⁰ OBSERVATÓRIO PERMANENTE DA JUSTIÇA PORTUGUESA. *A Administração e Gestão da Justiça: análise comparada das tendências de reforma*. Direção científica de Boaventura de Sousa Santos; Coordenação de Conceição Gomes. Portugal, p. 25-27. Disponível em: <http://opj.ces.uc.pt/pdf/5.pdf>. Acesso em: 16 jun. 2012; na esteira do que Jordi Nieva Fenoll reflete sobre o que chama de *justiça de proximidade*, é possível apontar outros fatores essenciais à aproximação do jurisdicionado à justiça, a saber: a) qualificação neutra e menos espetacular dos órgãos judiciais; b) localização dos órgãos judiciais em todos os bairros e povoados da cidade; c) ampliação da competência objetiva dos juizados de pequenas causas, no que se refere ao valor e à matéria; d) formação específica e direcionada dos juizes de proximidade; e) conhecimento pelos juizes dos costumes, da cultura, da língua e do Direito local; f) inamovibilidade dos juizes de proximidade; g) simplificação e unificação

Em Portugal, por exemplo, começam-se a arquitetar novos modelos de gestão pública. O primeiro deles, denominado de *modelo gestor*, é contrário a um *modelo burocrático*, o qual não atende “às exigências de celeridade e eficiência dos serviços prestados” e, conseqüentemente, não satisfaz “as necessidades dos cidadãos”. O modelo gestor é caracterizado pela “gestão profissional, pela fragmentação das unidades administrativas, pela competição, pela adoção dos modelos de gestão empresarial, pela clara definição dos padrões de performance, pela focalização nos resultados, e pela importância dada ao uso eficiente dos meios existentes”.

Por sua vez, o *modelo da qualidade total*, mitigando as bases de um modelo de gestão empresarial, propõe uma “nova concepção de Administração Pública”, que segue os seguintes critérios: a) liderança, como fator fundamental na promoção da qualidade de uma organização; b) gestão das pessoas, com o objetivo de desenvolver e sustentar o potencial humano de forma eficiente; c) definição clara da política e da estratégia organizacional; d) gestão das parcerias externas e dos recursos internos à organização; e) aumento da eficiência dos procedimentos, “de modo a melhor satisfazer as necessidades dos utentes e a comparação dos resultados chave do desempenho planeados com os resultados alcançados”.⁷¹

Com isso, o modelo da qualidade total adota como princípios básicos a liderança, a motivação dos funcionários, o desenvolvimento de uma cultura organizacional, a comunicação e a introdução de novas tecnologias.

Já na Espanha, dentro de uma concepção gerencial, a antiga “secretaria judicial” foi substituída pelo chamado “escritório judicial” (*oficina judicial*). Sob essa perspectiva, as funções do “Secretário Judicial” foram redefinidas e ampliadas, de modo a atribuir-lhe maiores responsabilidades na organização e no funcionamento cartorário, com o objetivo de retirar do juiz a incumbência de realização de tarefas atípicas referentes à direção da burocracia judiciária.

Com isso, o juiz ganhou tempo para se dedicar à sua atividade precípua de julgamento, desvinculando-se da função de gerenciamento administrativo dos milhares de processos sob sua direção. No Brasil, vê-se com bons olhos a ideia de criação do administrador judicial, o qual, com formação específica na área de gestão processual, substituiria os hoje denominados escrivãos judiciários, bem como “teria o encargo de

do procedimento. (FENOLL, Jordi Nieva. *Jurisdicción y Proceso*: estudios de ciencia jurisdiccional. Madrid: Marcial Pons, 2009, p. 131-142).

⁷¹ OBSERVATÓRIO PERMANENTE DA JUSTIÇA PORTUGUESA, *op. cit.*, p. 9. Disponível em: <http://opj.ces.uc.pt/pdf/5.pdf>. Acesso em: 16 jun. 2012.

administrar e controlar a tramitação sistemática e contínua dos feitos, além de poder proferir os despachos, de modo a permitir a redução dos tempos mortos e garantir ao juiz o exercício da função decisória e de estudo detido dos casos”.⁷²

A busca por uma prestação jurisdicional de qualidade requer, ainda, a melhoria e a ampliação do acesso à justiça, mediante a garantia de maior facilidade de provocação dos órgãos do Judiciário. Nessa perspectiva, uma melhor organização judiciária – que se manifesta, por exemplo, por meio da redefinição das funções das secretarias judiciais e das tarefas dos magistrados, da cooperação com os advogados, da celebração de audiências, da informatização dos serviços judiciários, da redução dos custos – se apresenta como pressuposto para a realização da democracia e da cidadania.⁷³

Outrossim, é imprescindível, dentre outros fatores, a valorização da Defensoria Pública⁷⁴ e a diminuição de taxas e custos para os serviços judiciários – ou até mesmo a sua gratuidade, como acontece nos Juizados Especiais (Leis n. 9.099/95, n. 10.259/01 e n. 12.153/09)⁷⁵ e para aqueles que comprovam a condição de hipossuficiência financeira. Ademais, a simplificação de procedimentos é válida, desde que respeitadas as garantias constitucionais dos cidadãos.

Entrementes, o aparelhamento do Judiciário com melhores e modernas instalações físicas e materiais, e também com maior número de juízes⁷⁶ e serventuários, é uma

⁷² NUNES, Dierle José Coelho; FRANCO BAHIA, Alexandre Gustavo Melo. Por um paradigma democrático de processo. In: DIDIER JR., Fredie. *Teoria do Processo: panorama doutrinário mundial*. Segunda série. Salvador: Jus Podivm, 2010. v. 2, p. 175; os autores explicam ainda que, na Alemanha, o administrador judicial (*Rechtspfleger*), além de realizar atividades não-jurisdicionais, profere decisões ordinárias durante a tramitação processual, chegando até a exercer competência em questões executivas, na expedição de ordens de pagamento e nos processos de insolvência (p. 175).

⁷³ BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *Teoria geral da cidadania: a plenitude da cidadania e as garantias constitucionais processuais*. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 38-39.

⁷⁴ Infelizmente, as atuais condições materiais e estruturais da Defensoria Pública, não obstante o esforço de alguns Estados e da União, ainda não permitem o objetivo de universal acesso à jurisdição pela população. Cite-se, por exemplo, que, no ano de 2006, o atendimento da Defensoria Pública no país abarcou 39,7% das comarcas e sessões judiciárias existentes, contando o Brasil com apenas 1,48 defensor público para cada 100.000 habitantes. Em termos financeiros, as despesas referentes à Defensoria representaram 0,24% das despesas totais dos Estados, sendo que, do total do orçamento público, 71,3% foram destinados ao Poder Judiciário, 25,4% ao Ministério Público e 3,3% à Defensoria Pública (*II Diagnóstico da Defensoria Pública no Brasil*. Ministério da Justiça: Secretaria da Reforma do Judiciário, 2006).

⁷⁵ Historicamente, os Juizados Especiais, em substituição aos antigos Juizados das Pequenas Causas, foram criados justamente para ampliar o acesso à justiça, sob a influência norte-americana do início do século XX, ocasião em que foram criadas as chamadas *Poor Man's Court* (corte dos homens pobres), também conhecidas como *Small Claims Courts* (cortes das pequenas causas/reclamações) ou *Common Man's Court* (corte dos homens comuns), com o nítido propósito de processar e julgar demandas judiciais mais simples e com valor econômico de menor expressividade. (FERRAZ, Leslie Shériida. *Juizados Especiais Cíveis e acesso à justiça qualificado: uma análise empírica*. 2008. 235f. Tese (Doutorado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2008, p. 25).

⁷⁶ É certo que o simples crescimento do número de juízes não é a solução para enfrentar o aumento do volume de demandas judiciais. Contudo, ainda assim, é premente a necessidade de aumento do número de juízes para

necessidade imediata. Também a informatização de processos⁷⁷ e o avanço na seleção, no ensino jurídico e na formação de juízes tornam-se imperativos para que a população tenha uma resposta jurisdicional constitucionalmente adequada.⁷⁸

Contudo, um dos grandes desafios – para não dizer o maior – a ser superado para uma prestação jurisdicional adequada, é a melhoria da administração gerencial dos cartórios e secretarias judiciárias, com o objetivo de redução da *morosidade processual* e do *tempo morto*⁷⁹ dos processos:

Temos reiteradamente advertido para o fato de que a demora e ineficiência da justiça – cuja erradicação se coloca como a principal inspiração da reforma do processo – decorre principalmente de problemas administrativos e funcionais gerados por uma deficiência notória da organização do aparelhamento burocrático do Poder Judiciário brasileiro. Influem muito mais na pouca eficácia e presteza da tutela jurisdicional as etapas mortas e as diligências inúteis, as praxes viciosas e injustificáveis, mantidas por simples conservadorismo, que fazem com que os processos tenham que durar muito mais do que o tolerável e muito mais mesmo do que o tempo previsto na legislação vigente.⁸⁰

O Supremo Tribunal Federal (STF), por exemplo, possui um numeroso acervo atual de 62.955 processos. Todavia, deste total, 58.097 processos (ou seja, aproximadamente 92%) se encontram localizados em setores internos do Tribunal, o que demonstra um altíssimo índice de processos aguardando decisão no gabinete dos Ministros – o que é

atendimento das demandas da população. Na Justiça Estadual, por exemplo, verifica-se uma média de 6,2 juízes a cada 100 mil habitantes, enquanto na Justiça Federal esse índice chega a irrisórios 0,9 juízes para cada grupo de 100 mil pessoas. (Disponível em: http://www.cnj.jus.br/images/programas/justica-em-numeros/2010/rel_justica_numeros_2010.pdf. Acesso em: 16 de abr. 2012).

⁷⁷ Ainda é praticamente insignificante a informatização de processos nos órgãos judiciários brasileiros da Justiça Estadual, cujo índice de processos eletrônicos é de 6%, sendo que, nos Tribunais de Justiça dos Estados do Rio de Janeiro, do Rio Grande do Sul, do Paraná e do Amapá, não há ainda nenhum processo informatizado. Por sua vez, na Justiça Federal já se atingiu um índice médio de 67% de processos eletrônicos, sendo que o Tribunal Regional Federal da 4ª Região já registra um percentual de 82% de processos informatizados. (Disponível em: http://www.cnj.jus.br/images/programas/justica-em-numeros/2010/rel_justica_numeros_2010.pdf. Acesso em: 16 de abr. 2012).

⁷⁸ Quanto à necessidade de aperfeiçoamento do método de seleção de juízes e de uma formação mais humanística dos magistrados, que leve em consideração o estudo dos comportamentos humanos, cite-se a edição da Resolução n. 75 do CNJ, publicada em 12 de maio de 2009, a qual prevê que nos concursos públicos para ingresso na carreira da magistratura, em todos os ramos do Poder Judiciário nacional, haverá avaliação de disciplinas como Sociologia do Direito, Psicologia Judiciária, Ética, Filosofia do Direito e Teoria Geral do Direito. (Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/atos-administrativos/atos-da-presidencia/resolucoespresidencia/12190-resolucao-n-75-de-12-de-maio-de-2009>. Acesso em: 16 de abr. 2012).

⁷⁹ ‘Tempo morto’ (ou ‘etapas mortas do processo’) significam “longos espaços temporais de completa inatividade procedimental”, geralmente quando autos ficam parados, sem movimentação, nas secretarias e cartórios judiciários. (DIAS, Ronaldo Brêtas de Carvalho. *Processo Constitucional e Estado Democrático de Direito*. Belo Horizonte: Del Rey, 2010, p. 154).

⁸⁰ THEODORO JUNIOR, Humberto. Constituição e processo: desafios constitucionais da reforma do processo civil no Brasil. In: MACHADO, Felipe Daniel Amorim; CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade (Coord.). *Constituição e Processo: a contribuição do processo ao constitucionalismo democrático brasileiro*. Belo Horizonte: Del Rey, 2009, p. 250.

compreensível ante o expressivo número de demandas – ou, em grande parte das vezes, *parados* nos cartórios e secretárias judiciárias, pendentes de efetiva movimentação.⁸¹

A padronização de rotinas administrativas a todas as varas e secretarias judiciárias do Brasil é medida que se impõe em prol da eficiência e da transparência do serviço público jurisdicional. Por conseguinte, faz-se necessário um melhor gerenciamento dos processos, com o escopo de, mesmo que gradativamente, reduzir o número de processos em tramitação e aperfeiçoar a resposta do Judiciário às demandas que lhe são apresentadas, enfim, de mitigar “a lentidão alarmante do funcionamento dos órgãos da justiça”:⁸²

O gerenciamento de processos é a base da administração da Justiça. A maioria das Cortes sofrem com severos acúmulos processuais e são incapazes de reduzir o volume processual para enfrentar o problema da morosidade. (...). O aprimoramento dos procedimentos administrativos requer a revisão de sua existência em relação a ineficiência no gerenciamento de registros, gerenciamento do fluxo de processos, gerenciamento dos próprios processos, gerenciamento do volume processual e manutenção de estatísticos processuais e arquivos. Essa medida tem um significativo impacto na redução da morosidade do Judiciário. (...). As técnicas apropriadas de gerenciamento de processos requer que as Cortes sejam capazes de reunir dados sobre volume processual. Os projetos devem preparar o quadro de servidores, encarregado da parte administrativa das Cortes, para desenvolver o planejamento e a pesquisa necessária a aplicação das técnicas de gerenciamento processual. Também é importante que as avaliações sobre o fluxo processual sejam feitas pelas Cortes, como forma de analisar as questões relacionadas a morosidade, e estabelecer prazos padrões para processamento de processos e monitoramento individual do andamento de cada processo. Uma avaliação da carga de trabalho é importante para uma estratégia de planejamento e pesquisa, utilização de recursos e desenvolvimento de atividades judiciais e não judiciais por parte do quadro de pessoal.⁸³

Porém, retomando a ideia traçada no início deste capítulo, ressalte-se que o esforço de melhoria da prestação jurisdicional só será recompensado se os próprios magistrados realizarem uma mudança de mentalidade. Ao se portarem, eventualmente, como *juízes super-homens*, vários magistrados acabam por infringir o regime democrático, mediante

⁸¹ Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=estatistica&pagina=acervoatual>. Acesso em: 16 de abr. 2012; veja, por exemplo, a situação que ocorre com o Ministro Marco Aurélio, o qual, de um acervo de 8.894 processos, possui 2.742 (cerca de 31%) localizados em setores internos do Tribunal. A situação é semelhante também com o Ministro Ayres Britto, o qual, de um acervo de 5.940 processos, possui 1.163 (cerca de 20%) localizados em setores internos do Tribunal. (Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=estatistica&pagina=mmaurelio> e <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=estatistica&pagina=mabritto>. Acesso em: 16 de abr. 2012).

⁸² TUCCI, José Rogério Cruz e. *Tempo e processo: uma análise empírica das repercussões do tempo na fenomenologia processual (civil e penal)*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, p. 16.

⁸³ DAKOLIAS, Maria. *O setor judiciário na América Latina e no Caribe: elementos para reforma*. Tradução de Sandro Eduardo Sardá. Washington: Banco Internacional para Reconstrução e Desenvolvimento/Banco Mundial, 1996, p. 38-41.

a prolação de decisões judiciais que desrespeitam as garantias processuais que compõem o devido processo legal:

A Constituição e a democracia não serão salvas por juízes e promotores travestidos de super-homem/mulher-maravilha defensores da ética e da justiça. Ao contrário, a efetividade/legitimidade constitucional encontra seu fundamento nos instrumentos processuais capazes de realizar tais valores. O acesso à ordem jurídica, a eficácia da tutela jurisdicional, o contraditório, a igualdade entre as partes, a fundamentação das decisões judiciais, dentre outros princípios, são o fundamento de um processo jurisdicional democrático, desde que unidos a uma perspectiva ética no discurso de aplicação jurídica.⁸⁴

Dentro dessa perspectiva, a assunção, pelos magistrados, da sua condição de agentes sociais em prol da democracia, da cidadania, da soberania popular e da dignidade humana, é fator imprescindível para a alteração de mentalidade e de comportamento cultural que ora se sugere. O rompimento com supérfluos luxos, privilégios, ostentações, formalidades ou regalias políticas constitui conduta necessária para uma maior aproximação dos magistrados aos anseios da população, que os tornem menos indiferentes às injustiças sociais.

Com isso, é preciso uma prestação jurisdicional que aproxime a relação dos juízes com os cidadãos, de forma que a decisão judicial, efetivamente, tenha o condão de trazer benefícios práticos ao povo. O juiz, nesse cenário, é um sujeito “unificador dos consensos básicos da sociedade, e não quem decide sobre a base das suas próprias concepções da vida”.⁸⁵ Aos magistrados cumpre assumir a responsabilidade de que suas decisões judiciais podem implicar o agravamento de conflitos humanos e sociais já instaurados, caso sejam proferidas desconsiderando as garantias constitucionais do processo.

Nessa ótica, é de suma importância valorizar os juízes de primeiro grau, especialmente aqueles em início de carreira e em comarcas pequenas do interior, os quais estão mais próximos das necessidades da população.⁸⁶ A estruturação física e material das

⁸⁴ CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. Processo constitucional e a efetividade dos direitos fundamentais. In: SAMPAIO, José Adércio Leite; CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza (Coord.). *Hermenêutica e Jurisdição Constitucional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001, p. 227.

⁸⁵ LORENZETTI, Ricardo Luis. *Teoria da decisão judicial: fundamentos de direito*. 2. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 327.

⁸⁶ Em tom crítico, Calmon de Passos, ao classificar o capítulo na Constituição que trata do Poder Judiciário como um “magnífico atestado de anti-democracia”, diz que “Os juízes de primeiro grau, ou primeira instância, justamente aqueles que em toda democracia são os mais importantes em termos de boa prestação da atividade jurisdicional, foram transformados em *fetos de magistrado*, como costume denominá-los”. O autor explica seu posicionamento ao aduzir que “Nenhuma independência ou autoridade tem o juiz de primeiro grau em face de seus *superiores*, os eminentes desembargadores que integram os tribunais (...)”, o que faz com que “a carreira de um juiz depende de sua subserviência aos tribunais e qualquer manifestação de independência soa como rebeldia”. Prossegue o autor dizendo que é comum entre os advogados a ideia de que “o importante é obter celeremente a decisão do primeiro grau, seja ela qual for, porque em verdade quem decide a causa é o tribunal”,

comarcas de primeira entrância – instalações forenses, condições de moradia do juiz, melhoria da segurança – é de fundamental relevância para uma adequada prestação jurisdicional.

Por outro lado, Tribunais suntuosos instalados em grandes capitais intimidam o acesso da população às suas dependências. A democratização do Judiciário perpassa tanto uma profunda mudança do relacionamento dos juízes com o povo – o que ocorreria, por exemplo, com o uso de trajes e vocabulário mais acessíveis à população –, como a percepção, pelos magistrados, de sua posição de *juiz-cidadão* – e não de *juiz-divindade*, distante e superior em relação aos *meros mortais*:

Em relação aos juízes esse processo de distanciamento do comum do povo é bem evidente. Ele está presente na linguagem rebuscada e no tratamento cerimonioso, falsamente respeitoso, previsto na própria legislação e que tem o efeito real de criar mais temor do que respeito. Quem presenciar o interrogatório de uma pessoa simples numa audiência judicial vai verificar que o juiz e o depoente usam o mesmo idioma mas não falam a mesma língua. O depoente, muitas vezes, tem dificuldade para responder as perguntas do juiz, em grande parte porque não consegue entender o que lhe está sendo perguntado e, por vergonha ou temor, não revela essa dificuldade. (...). A par dessas dificuldades, não é raro que o juiz não consiga entender com precisão o vocabulário do depoente nem se esforce para isso, deixando lacunas no termo de depoimento ou registrando coisas diferentes das que foram ditas. Compreende-se que um juiz sobrecarregado de trabalho não tenha muita disposição para ouvir com paciência ou para traduzir em termos da linguagem comum as expressões técnicas. Mas, em grande parte, essa dificuldade de compreensão e diálogo está ligada a uma atitude de superioridade em relação às pessoas comuns e à falta de percepção de que, muito mais do que um aparato formal, a magistratura bem exercida é um serviço relevante para o povo. Essa inconsciência de seu papel social influi para que o juiz fique longe do povo e, em última análise, prejudica a apuração da verdade e a realização da justiça, reduzindo a utilidade e o prestígio do Judiciário.⁸⁷

Nessa toada, a compreensão do processo justo como fundamento do exercício da função jurisdicional em nada altera a necessidade do papel social dos juízes. Pelo contrário, é relevante delinear um papel democrático à magistratura, o qual atenda aos anseios e necessidades da população. O juiz, como aquele que garante a efetivação dos direitos fundamentais, não pode se afastar da realidade social.

Em realidade, a garantia do devido processo legal se releva imprescindível para assegurar uma prestação jurisdicional de qualidade. A legitimidade da jurisdição está calcada no respeito às garantias constitucionais que representam, no processo, a materialização da democracia, da cidadania, da soberania popular e da dignidade da pessoa humana.

o que implica “descrédito e fragilização” do julgador de primeiro grau (PASSOS, José Joaquim Calmon de. *Direito, poder, justiça e processo*: julgando os que nos julgam. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 110-113).

⁸⁷ DALLARI, Dalmo de Abreu. *O poder dos juízes*. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 144-147.

A crise judiciária, portanto, não pode sobrepor-se à legitimidade da jurisdição, nem tampouco servir de justificativa para a supressão das garantias processuais. Ao revés, é necessário, ante a permanente tensão social verificada no Estado Democrático de Direito, resgatar os fundamentos que asseguram a legitimidade da função jurisdicional, seja em relação à independência da magistratura, seja, especialmente, no que se refere à concretização das garantias constitucionais do processo justo – sobretudo as do contraditório, da ampla defesa, da motivação decisória, do juízo natural e da efetividade da tutela jurisdicional.

3 O MODELO CONSTITUCIONAL DE DEVIDO PROCESSO LEGAL: O PROCESSO JUSTO

3.1 A insuficiência de algumas teorias sobre a natureza jurídica do processo

3.1.1 A superação das teorias do processo como contrato e como quase-contrato

O exame dos fundamentos da legitimidade da jurisdição requer a compreensão do que é o devido processo legal a partir das garantias constitucionais que o compõem. Melhor dizendo, a definição de processo justo, no Estado Democrático de Direito, é essencial para que se possibilite o exercício democrático da função jurisdicional.

Nessa toada, para que se alcance a melhor conceituação sobre o processo justo, é necessário, primeiramente, analisar – e, conseqüentemente, superar – diversas teorias acerca da natureza jurídica do processo, as quais se mostram insuficientes para atribuir um embasamento democrático e constitucional à atividade jurisdicional.

A teoria do processo como *contrato*, por exemplo, confere uma natureza facultativa à jurisdição, pois atribui às partes o direito de escolha do juiz. Surgida a partir da máxima romana *Sicut stipulatione contrahitur, ita iudicio contrahi*, de Ulpiano,⁸⁸ a referida teoria foi desenvolvida por R. J. Pothier, para quem os direitos e os deveres processuais se

⁸⁸ TORNAGHI, Hélio. *A relação processual penal*. 2. ed., São Paulo: Saraiva, 1987, p. 213. O autor traduz a máxima citada como “Em juízo se contrata (se contrai obrigação) tal qual na estipulação”.

originam de um contrato (judiciário), de natureza privada, firmado pelas partes que convencionam entre si a intervenção do juiz para a resolução do caso concreto.

Em outras palavras, compete às partes, ao seu livre alvedrio, submeterem-se ao processo e aos resultados da atividade jurisdicional, por meio da celebração de um negócio jurídico de cunho particular. Em princípio, as decisões judiciais não são imperativas, uma vez que o caráter coercitivo do provimento jurisdicional está condicionado à aquiescência dos litigantes.⁸⁹

O caráter convencional do processo também influencia a própria instauração da lide perante o árbitro (juiz). Isso porque o conflito de interesses se transforma em litígio a partir da *litis contestatio*, a qual é entendida como um acordo por meio do qual as partes aceitam a sujeição aos efeitos da decisão jurisdicional.⁹⁰

Como se percebe, a teoria contratual do processo não se coaduna à garantia constitucional da inafastabilidade da jurisdição (art. 5º, XXXV, da CRFB), pois confere às partes a faculdade de autorizar, ou não, o exercício da função jurisdicional pelo magistrado. Ademais, a teoria do processo como contrato impede a atribuição de independência à magistratura, uma vez que a atuação do juiz fica condicionada à vontade das partes.

Na verdade, a teoria contratual do processo se relaciona à ideia do juiz como a mera “boca que pronuncia as palavras da lei” (*bouche de la loi*), nada mais que “seres inanimados que não podem moderar nem sua força, nem seu rigor”.⁹¹ O juiz, exercendo a jurisdição de forma autômata, aparece como simples espectador de um processo que se desenvolve apenas entre autor e réu.

Nesse sentido, a teoria em comento retira do juiz a capacidade de interpretar a lei. Inserido em um “modelo de legislação sem jurisdição”,⁹² em que realiza a subsunção dos fatos à norma (silogismo) na busca da *voluntas legislatoris*, ao magistrado cabe se dirigir ao legislativo para sanar dúvidas sobre a interpretação da lei (*référé facultatif*).⁹³

A teoria do processo como contrato, portanto, impede o juiz de exercer seu papel de agente transformador da realidade social, ou de assumir sua função de concretizador dos

⁸⁹ DEL NEGRI, André. *Controle de constitucionalidade no processo legislativo: teoria da legitimidade democrática*. 2. ed., Belo Horizonte: Fórum, 2008, p. 91.

⁹⁰ LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria geral do processo: primeiros estudos*. 10. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 64.

⁹¹ MONTESQUIEU, Charles de Secondat. *O espírito das leis*. Tradução de Cristina Murachco. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 175.

⁹² PICARDI, Nicola. *Jurisdição e Processo*. Organização e revisão técnica da tradução de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 24-27 e 84-97.

⁹³ Introdução de Sérgio Sérulo Cunha ao KELSEN, Hans. *Jurisdição Constitucional*. Tradução de Sérgio Sérulo Cunha, São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. VIII-IX.

anseios cívicos. Condicionado à vontade das partes, ao juiz não resta alternativa senão uma atuação mecanicista – tal qual uma “função notarial”⁹⁴ –, desprovida do apuro hermenêutico e do senso crítico necessários ao exercício de uma atividade jurisdicional com independência funcional.

Por seu turno, a teoria do processo como *quase-contrato*, idealizada por Friedrich Savigny e Arnaut de Guényvau, também não é capaz de resolver o problema advindo da natureza facultativa da atividade jurisdicional, pois não é exitosa em eliminar, por completo, o caráter convencional da jurisdição.

A par de sua própria fragilidade lógico-estrutural – uma vez que é impossível caracterizar o que é um quase-contrato como fonte de obrigações –, a referida teoria preconiza que apenas ao autor compete aquiescer quanto aos resultados do processo. A concepção do processo como quase-contrato, logo, mantém a natureza privatística da jurisdição – e a inserção do processo no ramo do Direito Privado –, pois condiciona a produção dos efeitos da sentença à instauração da demanda pelo autor.

Na realidade, a caracterização do processo como quase-contrato se pauta em um critério de exclusão, com base nas fontes obrigacionais existentes quando de sua criação: o processo não era um contrato, uma vez que era dispensável o consentimento entre autor e réu para a instauração da demanda; igualmente, o processo não era um delito ou quase-delito, porquanto os polos litigantes não infringiam direitos ou normas jurídicas. Por via de consequência, o processo passa a ser concebido como um *ex quasi contractu* (ou quase-contrato), isto é, algo semelhante ao contrato, como um “fato voluntário e lícito de que resulta obrigação para terceiro ou obrigação recíproca entre as partes”.⁹⁵

Percebe-se, pois, que a teoria do processo como quase-contrato, muito embora tenha proposto um progresso quanto à concepção contratual, não é capaz de desvincular o caráter privatístico da atividade jurisdicional, na medida em que mantém a necessidade de aquiescência das partes para a atribuição de eficácia cogente ao provimento jurisdicional.

E assim é que as teorias do processo como contrato e como quase-contrato são suprimidas pela afirmação da natureza publicista da jurisdição e do processo, bem como pela constatação de que a imperatividade do provimento jurisdicional independe do consenso das partes, uma vez que é fruto do monopólio da atividade jurisdicional do Estado.

⁹⁴ TORNAGHI, Hélio. *A relação processual penal*. 2. ed., São Paulo: Saraiva, 1987, p. 214.

⁹⁵ TORNAGHI, Hélio. *A relação processual penal*. 2. ed., São Paulo: Saraiva, 1987, p. 215-218.

3.1.2 A superação da teoria do processo como relação jurídica

A teoria do processo como *relação jurídica*, não obstante tenha tido o mérito de conferir autonomia científica ao Direito Processual e de desvincular o processo do direito material, não se mostra apropriada a um exercício democrático da função jurisdicional.

Desenvolvida por Oskar von Bülow na obra *Teoria das exceções processuais e dos pressupostos processuais* (Alemanha, 1868),⁹⁶ e adotada no Direito brasileiro pelo Código de Processo Civil (CPC) de 1973 e por renomados autores,⁹⁷ a referida teoria trata o processo como uma relação jurídica peculiar, ou seja, um elo de direitos e de obrigações recíprocos que determinam faculdades e deveres e “colocam em mútuo vínculo as partes e o tribunal”.⁹⁸

Sintetizada no brocardo *iudicium est actus trium personarum: iudicis, actoris et rei* (“Juízo (processo) é o ato de três pessoas: o juiz, o autor e o réu”),⁹⁹ a mencionada teoria preconiza que a relação jurídica processual (pública) se diferencia da relação jurídica de direito material (privada), uma vez que demanda o preenchimento de pressupostos processuais, relacionados a três aspectos: a) sujeitos (autor, réu e Estado-juiz); b) objeto (prestação jurisdicional); c) pressupostos (pressupostos de caráter processual).¹⁰⁰

Nesse sentido, o processo, entendido externamente como um procedimento, consiste em uma relação jurídica peculiar de natureza pública, dotada de características próprias, dentre as quais se destacam: a) autonomia, pois a relação jurídica processual é independente da relação jurídica substancial – de direito material – deduzida em juízo (*res in*

⁹⁶ Hélio Tornaghi ressalta que Hegel é apontado como o precursor dessa teoria, ao dizer que “o processo põe as partes em condição de fazer valer seus meios de prova e suas razões e permite ao juiz chegar ao conhecimento da causa, o que fazem exercendo direitos que, por isso mesmo, devem ser regulados em lei”, mas que foi Oskar von Bülow o primeiro a afirmar o processo como relação jurídica. Prossegue o autor explicando que a teoria se implanta realmente com os livros de Adolph Wach, *Manual de Direito processual civil alemão (Handbuch des deutschen Civilprozessrechts*, Alemanha, 1885), e de Josef Kohler, *O processo como relação jurídica (Der Prozess als Rechtsverhältniss*, Alemanha, 1888), o primeiro no sentido publicístico e o segundo sob ótica privatística, encontrando defensores também na Itália, especialmente com os trabalhos desenvolvidos por Lodovico Mortara, Giuseppe Chiovenda, Alfredo Rocco e Luigi Ferrara. (*Idem, ibidem*, p. 230-231).

⁹⁷ Por todos, conferir: WAMBIER, Luiz Rodrigues; CORREIA DE ALMEIDA, Flávio Renato; TALAMINI, Eduardo. *Curso Avançado de Processo Civil: teoria geral do processo e processo de conhecimento*. 7. ed., São Paulo: RT, 2005. v. 1, p. 159-161.

⁹⁸ BÜLOW, Oskar von. *Teoria das exceções e dos pressupostos processuais*. Tradução de Ricardo Rodrigues Gama. Campinas: LZN, 2005, p. 05.

⁹⁹ TORNAGHI, Hélio. *A relação processual penal*. 2. ed., São Paulo: Saraiva, 1987, p. 229-230.

¹⁰⁰ CINTRA, Antônio Carlos de Araújo. GRINOVER, Ada Pelegrini. DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. 22. ed., São Paulo: Malheiros, 2006, p. 298.

iudicium deducta); b) progressividade (ou chinesa) e dinamismo, pois a relação jurídica processual se desenvolve e se desdobra gradualmente, passo a passo, e está sempre em movimento dinâmico, um caminhar para frente, ao contrário da relação jurídica de direito material, que é perfeita e acabada desde seu surgimento; c) unidade e complexidade, pois a relação jurídica processual é única e complexa, resultante da fusão de várias outras relações jurídicas, não se confundindo com um conjunto de vínculos ligados por um traço comum; d) unicidade, pois cada ato não cria uma relação jurídica nova, mas alenta a já existente; e) viva, pois a relação processual nasce, cresce e morre, e é desta vida que resulta sua unidade e identidade, apesar das mutações estruturais e fisionômicas; f) pública, pois a validade da relação jurídica processual não depende do acordo de vontade entre as partes, mas do preenchimento dos pressupostos processuais apreciáveis pelo juiz, sendo que a interferência do magistrado na resolução do caso concreto cria um vínculo jurídico-processual público entre as partes (indivíduos) e o Estado-juiz.¹⁰¹

Cumprir citar a afirmação do próprio Oskar von Bülow:

Visto que os direitos e obrigações processuais aplicam-se entre os funcionários do estado e os cidadãos, desde que se trata no processo da função dos oficiais públicos e uma vez que, as partes são levadas em conta unicamente no aspecto de seu vínculo e cooperação com a atividade judicial; essa relação pertence, portanto, a uma relação jurídica pública.

A relação jurídica processual se distingue das demais relações de direito por outra característica singular, que pode ter contribuído, em grande parte, ao desconhecimento de sua natureza de relação jurídica contínua. O processo é uma relação jurídica que avança gradualmente e que se desenvolve passo a passo. Enquanto as relações jurídicas privadas que constituem a matéria do debate judicial, apresentam-se como totalmente concluídas; a relação jurídica processual se encontra em embrião. (...). A relação jurídica processual está em constante movimento e transformação.¹⁰²

Ademais, caracteriza-se a relação jurídica processual pelo vínculo de subordinação entre as partes e pelo caráter de exigibilidade da prestação demandada perante o Estado. A relação jurídica processual é construída estruturalmente por um “enlace normativo”, mediante o qual um dos polos litigantes pode exigir do outro o cumprimento de um dever jurídico. Desse modo, é relevante a ideia da “exigibilidade da prestação”, uma vez que o particular, no polo ativo da relação jurídica, pode exigir do Estado, no polo passivo, a realização de uma determinada prestação.¹⁰³

¹⁰¹ TORNAGHI, Hélio, *op. cit.*, p. 61-64; 238-244.

¹⁰² BÜLOW, Oskar von. *Teoria das exceções e dos pressupostos processuais*. Tradução de Ricardo Rodrigues Gama. Campinas: LZN, 2005, p. 06-07.

¹⁰³ GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Técnica Processual e Teoria do Processo*. Rio de Janeiro: Aide, 1992, p. 78.

Com efeito, Oskar von Bülow construiu sua teoria do processo como relação jurídica a partir do que chamou de *pressupostos processuais* e de *exceções processuais*. Com isso, o autor sustentava que a validade, a eficácia e a legitimidade do processo estariam condicionadas ao cumprimento, pelo juiz, pelo autor e pelo réu, de determinados pressupostos processuais, os quais eram considerados como “os requisitos de admissibilidade e as condições prévias para a tramitação de toda a relação processual”.¹⁰⁴

Para Oskar von Bülow, a relação jurídica processual apenas se aperfeiçoava com a litiscontestação, entendida como a resposta positiva quanto ao preenchimento dos pressupostos processuais e das condições de existência da relação jurídica processual. Dessa forma, era formado um “contrato de direito público”, por meio do qual, de um lado, o tribunal “assume a obrigação concreta de decidir e realizar o direito deduzido em juízo e de outro lado, as partes ficam obrigadas, para isto, a prestar uma colaboração indispensável e a submeter-se aos resultados desta atividade comum”.¹⁰⁵

Apresentada a demanda, cabia ao réu apresentar exceções dilatórias de caráter processual, isto é, defesas contra a própria existência dos pressupostos processuais de formação válida e eficaz do processo (“pressupostos processuais expressados negativamente, em forma de exceção”).¹⁰⁶

Relacionando-se, por exemplo, a aspectos referentes às pessoas do processo (v.g., exceção do foro incompetente), à matéria do processo (v.g., exceção de processo não ritualmente formado), à proposição da demanda (v.g., exceção de libelo obscuro ou inepto) ou à ordem consecutiva dos processos (v.g., exceção prejudicial), tais exceções processuais tinham como objetivo impedir a análise do mérito da demanda.¹⁰⁷ Contudo, aferida a regularidade procedimental, o processo se formava e se tornava pronto para prosseguir ao debate do objeto litigioso.

Portanto, com o preenchimento dos pressupostos processuais e admitido o processo, a relação jurídica processual estava válida e eficazmente constituída, e só então se passava à análise da *res in iudicium deducta*. Isso quer dizer que o cumprimento dos

¹⁰⁴ BÜLOW, Oskar von, *op. cit.*, p. 09.

¹⁰⁵ *Idem, ibidem*, p. 05-11; nesse sentido, Hélio Tornaghi explica que a relação jurídica processual se conclui “mediante a litiscontestação (*mit der Litiscontestation*), isto é, por meio de um contrato de Direito Público (*dem öffentlichrechtlichen Vertrag*) graças ao qual o juiz contrai o dever de cuidar, no caso concreto, da declaração e da atuação do direito (pretensão, exigência – *Anspruch*) feito valer em juízo. E, por outro lado, as partes também se obrigam a cooperar e a submeter-se ao resultado dessa atividade” (TORNAGHI, Hélio. *A relação processual penal*. 2. ed., São Paulo: Saraiva, 1987, p. 07).

¹⁰⁶ BÜLOW, Oskar von. *Teoria das exceções e dos pressupostos processuais*. Tradução de Ricardo Rodrigues Gama. Campinas: LZN, 2005, p. 10-15.

¹⁰⁷ *Idem, ibidem*, p. 15-16.

pressupostos processuais era prejudicial ao exame do *meritum causae*, uma vez que o direito disputado e alegado pelas partes se situava em plano posterior à formação do processo. Ao juiz caberia não só aferir a concorrência prévia dos requisitos de existência da própria relação jurídica processual, como também decidir sobre a existência do direito material controvertido.

Nesse momento, ao réu competia contestar a demanda mediante o oferecimento de exceções relativas ao mérito. A partir de então, tinha o juiz condições de resolver a lide, decidindo acerca da existência da relação de direito material litigiosa.

Em síntese, Oskar von Bülow entendia que a relação jurídica processual se dividia em dois *processos*: um processo prévio, preliminar ou *in jure*, de caráter preparatório e antecedente ao trâmite de mérito, relativo à aferição dos pressupostos processuais e à determinação da relação processual, dotado de prejudicialidade e cujo ato final consistia “ou em uma *litis contestatio* (admissão da demanda) ou em uma *absolutio ab instantia* (recusa da demanda como inadmissível, o que os romanos chamavam *denegatio actionis*)”;¹⁰⁸ e outro processo principal ou *in judicio*, que dizia respeito à relação de direito material, ou seja, à análise do próprio mérito da demanda (relação litigiosa material), que resultava em uma *condemnatio* ou em uma *absolutio ab actione*.¹⁰⁹

Todavia, apesar de sua imensa importância para o desenvolvimento do Direito Processual como uma disciplina científica autônoma, a teoria do processo como relação jurídica mostra-se inapropriada a um Estado Democrático de Direito que consagra o pluralismo, a cidadania, a soberania popular e a participação democrática (art. 1º, da CRFB).

De fato, a teoria em apreço perpassa a ideia do processo como uma relação jurídica que estabelece não um elo de coordenação, mas um vínculo de “poder e sujeição, predominando sobre os interesses divergentes dos litigantes o interesse público na resolução (processual e, pois, pacífica) dos conflitos e controvérsias”.¹¹⁰ Nesse diapasão, a teoria elaborada por Oskar von Bülow traz em si o próprio problema da definição de relação jurídica, tendo como base o conceito de direito subjetivo.

A rigor, o direito subjetivo pode ser entendido como o “poder de exigir de outrem ações e omissões”,¹¹¹ ou como o “poder de dispor e de criar os meios garantidos pelo

¹⁰⁸ TEIXEIRA, Wellington Luzia. *Da natureza jurídica do processo à decisão judicial democratizada*. Belo Horizonte: Fórum, 2008, p. 65.

¹⁰⁹ BÜLOW, Oskar von, *op. cit.*, p. 10-11; TORNAGHI, Hélio. *A relação processual penal*. 2. ed., São Paulo: Saraiva, 1987, p. 63.

¹¹⁰ CINTRA, Antônio Carlos de Araújo. GRINOVER, Ada Pellegrini. DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. 22. ed., São Paulo: Malheiros, 2006, p. 90.

¹¹¹ GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Técnica Processual e Teoria do Processo*. Rio de Janeiro: Aide, 1992, p. 77.

ordenamento contra os recalcitrantes”, conforme idealizado por Bernhard Windscheid (*A ação do direito romano do ponto de vista do direito civil*, Alemanha, 1856).¹¹²

Destarte, o direito subjetivo é o “poder de vontade”¹¹³ que possibilita (*facultas agendi*), a um dos sujeitos, exigir (*facultas exigendi*) de outro o cumprimento de determinada prestação (*facere* ou *omittere*). Surge então a pretensão, do titular do direito, de submeter o obrigado à sua vontade, enquanto a este cabe o dever jurídico de realizar a conduta exigida.¹¹⁴

Por sua vez, o poder, como expressão subjetiva do mandato, significa a “possibilidade de mandar”, retratando o “domínio da vontade alheia”. Já a sujeição, como o aspecto passivo do mandato, significa a “necessidade de obedecer” e denota a “impossibilidade de querer com eficácia”.¹¹⁵

De tal sorte, o direito subjetivo compõe-se de três elementos fundamentais: a) os sujeitos, um com o poder de exigir e o outro com o dever de cumprir; b) o objeto, que denota a satisfação daquele poder; c) a relação ou vínculo jurídico, que “é o meio técnico de que se vale a ordem legal, para a integração efetiva do poder da vontade”.¹¹⁶

Na esfera substancial, o direito subjetivo se apresenta a partir dos seguintes esquemas: a) o direito realizado por uma faculdade do titular; b) o direito realizado por um poder do titular (direito potestativo); c) o direito realizado por uma obrigação de outro (direito de crédito); d) o direito realizado pela faculdade do titular e por deveres de abstenção de todos os concidadãos (direito absoluto real); e) o direito realizado somente pelos deveres de abstenção de todos os concidadãos, excluído o titular (direitos meramente absolutos, como os direitos da personalidade e a servidão negativa).¹¹⁷

Como se percebe, é da essência do direito subjetivo a correlatividade entre os sujeitos, tendo em vista que ao poder jurídico (faculdade) de um deles corresponde o dever jurídico (sujeição) do outro. O direito subjetivo possibilita ao seu titular “a possibilidade de impor judicialmente seus interesses juridicamente tutelados perante o destinatário

¹¹² FAZZALARI, Elio. *Instituições de Direito Processual*. Tradução de Elaine Nassif. Bookseller: Campinas, 2006, p. 338.

¹¹³ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil: introdução ao Direito Civil, teoria geral do Direito Civil*. 20. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 39.

¹¹⁴ TORNAGHI, Hélio. *A relação processual penal*. 2. ed., São Paulo: Saraiva, 1987, p. 52-55

¹¹⁵ CARNELUTTI, Francesco. *Sistema de Direito Processual Civil*. Tradução de Hiltomar Martins Oliveira. São Paulo: Classic Book, 2000. v. 1, p. 114.

¹¹⁶ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil: introdução ao Direito Civil, teoria geral do Direito Civil*. 20. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 39-45.

¹¹⁷ FAZZALARI, Elio. *Instituições de Direito Processual*. Tradução de Elaine Nassif. Bookseller: Campinas, 2006, p. 340.

(obrigado)”.¹¹⁸ Há, assim, um vínculo de subordinação entre pessoas, representado pela ideia da relação jurídica, a qual, construída com um sentido de bilateralidade, permite, a um dos sujeitos, compelir o outro (poder) ao cumprimento de determinada prestação (dever).

Nesse sentido, a relação jurídica pode ser definida como um liame que liga duas ou mais pessoas, estipulado em virtude de determinado objeto, por meio do qual uma norma jurídica qualificadora confere direitos, poderes e faculdades a um dos sujeitos, bem como encargos, sujeições, deveres e obrigações ao outro. O conceito de relação jurídica traz em si um elemento material (o vínculo propriamente dito) e um elemento formal (a regulamentação ou qualificação do vínculo pela norma jurídica), os quais, interligados, criam o poder de uma das pessoas de impor sujeições sobre a conduta alheia.

A relação jurídica, nessa seara, constitui um vínculo entre pessoas, regulado pela lei. Sua definição, a rigor, é mais ampla que o conceito de direito subjetivo e não se esgota “num único direito subjetivo de uma parte e na correspondente sujeição da outra parte”. Na verdade, a relação jurídica é essencialmente *complexa*, pois “compreende mais de um direito subjetivo de uma parte em referência à outra, e frequentemente uma pluralidade de direitos subjetivos recíprocos entre as partes”.¹¹⁹

Portanto, o conceito de direito subjetivo implica a definição de relação jurídica como “um enlace normativo entre duas pessoas, das quais uma pode exigir da outra o cumprimento de um dever jurídico”.¹²⁰ É sob esse prisma, logo, que se torna possível superar a teoria elaborada por Oskar von Bülow, uma vez que a ideia do vínculo jurídico de sujeição/exigibilidade de um dos polos da relação processual não se adéqua ao princípio democrático da igualdade entre os sujeitos processuais, consoante demonstrado, posteriormente, pelos estudos de Elio Fazzalari e Aroldo Plínio Gonçalves.¹²¹

¹¹⁸ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 10. ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 152.

¹¹⁹ CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de Direito Processual Civil*. Tradução de J. Guimarães Menegale. São Paulo: Saraiva, 1942. v. 1, p. 28.

¹²⁰ GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Técnica Processual e Teoria do Processo*. Rio de Janeiro: Aide, 1992, p. 73-74.

¹²¹ Ressalte-se que mesmo outras teorias clássicas que tentaram refutar a ideia de direito subjetivo de Bernhard Windscheid, como a concepção de Rudolf von Jhering do direito subjetivo como “interesse juridicamente protegido”, a de Georg Jellinek do direito subjetivo exercitável por particulares em face do Estado (como ‘poder de vontade’ – elemento formal – a serviço de um determinado ‘interesse’ – elemento material), a de Hans Kelsen do direito subjetivo como conexão de normas que determina a conduta dos indivíduos ou a de Gaston Jèze do direito subjetivo como situação jurídica, “não atacavam o ponto essencial da formulação, uma vez que mantinham a ideia do direito subjetivo como ‘poder absoluto sobre a própria conduta ou como prerrogativa sobre a conduta alheia’ (vínculo normativo entre sujeitos com poder dotado de exigibilidade para cumprimento de uma prestação)”. (*Idem, ibidem*, p. 77-88).

De fato, o acolhimento da ideia do vínculo jurídico de subordinação, em que um dos sujeitos processuais pode exigir do outro o cumprimento de determinada conduta ou prestação, implica admitir que, no bojo da relação processual, uma das partes pode impor à outra a prática de qualquer ato processual. Da teoria do processo como relação jurídica, pois, decorre o poder unilateral de um dos polos de demandar o cumprimento de qualquer conduta processual pela outra parte, a qual se sujeita à realização do ato por intermédio de um vínculo imperativo de exigibilidade. Disso resulta a potestade de um dos sujeitos processuais de ditar a conduta processual alheia:

Assim, a norma que concede ao sujeito uma faculdade, ou um poder, dá a ele de início uma posição de proeminência sobre o objeto da faculdade ou do poder: isto é, exatamente um 'direito subjetivo' (o poder pode ser indicado, e é indicado também como 'direito potestativo'). Por isso, não é por outro motivo que a norma que impõe a um sujeito o dever de prestar alguma coisa a um outro sujeito confere a este último uma posição de proeminência sobre o objeto da prestação, portanto um 'direito subjetivo' (pensa-se, por exemplo, no 'direito de crédito': a posição de quem é destinatário da obrigação do outro, de pagar). (...). Ao esquema de 'direito subjetivo relativo' (realizado pelo dever de outro) equipara-se a velha e gloriosa figura da 'relação jurídica', modelada pela pandetística alemã e nela imperante, mas já em declínio exatamente pela impossibilidade de empregá-la em relação a complexas relações entre normas. (Pensa-se, aliás, no emprego impróprio que do esquema da relação jurídica por tanto tempo se fez a fim de definir a estrutura do 'processo').¹²²

Nessa ordem de ideias, a teoria do processo como relação jurídica, ao se basear em um vínculo jurídico de subordinação e de exigibilidade, acaba por atribuir ao processo um caráter dissonante do da democracia, pois confere, aos sujeitos processuais, poderes arbitrários sobre a conduta alheia, o que não se coaduna com a concepção de que o processo é um procedimento que se realiza em simétrico contraditório entre as partes (conforme se verá adiante).¹²³

¹²² FAZZALARI, Elio. *Instituições de Direito Processual*. Tradução de Elaine Nassif. Bookseller: Campinas, 2006, p. 84-85.

¹²³ Como se percebe, a ideia do direito subjetivo é inerente e não pode ser dissociada do conceito de relação jurídica. Contudo, alguns autores aderem à teoria de Oskar von Bülow buscando desvinculá-la do direito subjetivo, o que, a nosso ver, desnatura a própria definição de relação jurídica. Nesse sentido, Piero Calamandrei diz: "A faculdade dada assim às partes de provocar com suas atividades o exercício dos poderes jurisdicionais não se pode, em rigor de termos, fazer entrar no esquema típico do direito subjetivo, ao qual corresponda no órgão judicial uma obrigação de prestação em relação às partes. A jurisdição, com todos os poderes preparatórios a ela inerentes, é função eminentemente pública; e o Estado que, através do órgão judicial, a exercita em interesse geral da justiça, isto é, do próprio interesse, não pode ser reduzido à figura do obrigado que, com sacrifício do interesse próprio, se vê compelido a cumprir em interesse do titular do direito. (...). Não se pode dizer, que ao poder-dever que o órgão judicial tem de prover sobre as demandas das partes e de realizar no processo tudo aquilo que é necessário para preparar a providência, correspondam nas partes verdadeiros e próprios direitos subjetivos no sentido privatista da expressão" (CALAMANDREI, Piero. *Direito Processual Civil: estudos sobre o Processo Civil*. Tradução de Luiz Abezia e Sandra Drina Fernandez Barbary. Campinas: Bookseller, 1999. v. 1, p. 269-270).

Nesse viés, a mencionada teoria pode resultar na restrição da liberdade individual de ação, da autonomia da vontade, da personalidade e, em última instância, da própria dignidade dos sujeitos processuais, os quais, em situação de desigualdade processual, servem de puro instrumento da manifestação de vontade de outrem. A predominância da vontade pessoal do titular do direito subjetivo elimina a *voluntas* do sujeito processual obrigado ao cumprimento da prestação, além de provocar a subordinação da própria atividade jurisdicional mediante a imposição de condutas à atuação do juiz.¹²⁴

Como se não bastasse, o desenrolar da história do Direito Processual demonstrou, também, que a teoria do processo como relação jurídica resultou em uma valorização extremada da atividade judicante, em detrimento da garantia da liberdade e da igualdade entre os sujeitos processuais, o que culminou em um caráter antidemocrático do processo e da jurisdição.

É que, ao ostentar a *exclusividade* na construção do provimento decisório e na entrega da prestação jurisdicional, o Judiciário substitui a vontade das partes, ante a prevalência da *voluntas* do julgador. Partindo de uma confiança no “senso inato do juiz”, o magistrado possui ampla liberdade valorativa na resolução dos casos concretos, servindo o processo como mera ferramenta de exercício de uma jurisdição “confinada à autonomia individual” do julgador.¹²⁵

De tal sorte, a crítica que se faz à teoria de Oskar von Bülow se dirige, outrossim, ao fortalecimento exagerado dos poderes judiciais que ela possibilita. Ao centrar-se na figura da jurisdição, a teoria do processo como relação jurídica acaba por “desprezar a realidade concreta dos seus sujeitos”, possibilitando “qualquer forma de exercício do poder”,¹²⁶ inclusive o arbitrário.

Assim é que a referida teoria, uma vez que vincula as partes ao controle do magistrado, funciona como instrumento de exercício de uma jurisdição entendida “como atividade do juiz na criação do direito em nome do Estado com a contribuição do sentimento e da experiência do julgador”.¹²⁷ Tanto é assim que, para Oskar von Bülow, é possível a prolação de decisões judiciais mesmo *contra legem*:

¹²⁴ GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Técnica Processual e Teoria do Processo*. Rio de Janeiro: Aide, 1992, p. 92-99.

¹²⁵ DEL NEGRI, André. *Controle de constitucionalidade no processo legislativo: teoria da legitimidade democrática*. 2. ed., Belo Horizonte: Fórum, 2008, p. 91-94.

¹²⁶ MARINONI, Luiz Guilherme. Da teoria da relação jurídica processual ao processo civil do Estado constitucional. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, vol. 852, ano 95, p. 12, out. 2006.

¹²⁷ LEAL, André Cordeiro. *Instrumentalidade do processo em crise*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2008, p. 60.

Então, quando acontece, várias vezes, das decisões dos juízes contrariarem o sentido e a vontade da lei, isso deve ser aceito tranqüilamente, como um destino inevitável, como um tributo, o qual os legisladores e juízes prestam à fraqueza do poder de expressão e comunicação humanas. (...). Mesmo a decisão contrária à lei possui força de lei. Ela é, como qualquer decisão judicial, uma determinação jurídica originária do Estado, validada pelo Estado e por ele provida de força de lei. Com isso, não se quer dizer outra coisa do que o juiz ser autorizado pelo Estado a realizar determinações jurídicas, por eles criadas, escolhidas e desejadas!¹²⁸

A desconstrução da teoria do processo como relação jurídica, pois, é necessária para a superação do dogma do “protagonismo judicial”.¹²⁹ A desvinculação do magistrado às alegações das partes origina um exercício subjetivo da jurisdição, pois cabe ao juiz, com exclusividade e sem a participação dos jurisdicionados, exercer a jurisdição de maneira solitária, a partir de suas próprias convicções particulares, como mero “instrumento para a positivação do poder”.¹³⁰

E, o que é pior, a teoria idealizada por Oskar Von Bülow é avessa à ideia de legitimidade, “seja de *legitimidade* pela participação no procedimento, de *legitimidade* do procedimento e de *legitimidade* da decisão”. De fato, o esquema da relação jurídica processual, em virtude de sua suposta neutralidade, “imuniza o processo em relação à legitimidade do exercício do poder, à legitimidade do módulo processual em face das necessidades de tutela dos direitos e dos direitos fundamentais, assim como diante da legitimidade da decisão”.¹³¹

A par da teoria construída por Oskar von Bülow, outros autores também desenvolveram teorias tendo como base a concepção do processo como relação jurídica, as quais devem ser prontamente rechaçadas.

Josef Kohler, por exemplo, em sua obra *O processo como relação jurídica* (Alemanha, 1888), concebia o processo como uma relação jurídica complexa, dinâmica e unitária, de natureza retilínea, cujo vínculo se formava tão somente entre as partes, e não entre

¹²⁸ BÜLOW, Oskar von. *Gesetz und Richtertamt. In: Juristische zeitgeschichte*. Kleine Reihe, Klassische Texte. Berl: Berliner Wissenschafts-Verlag GmbH, 2003. v. 10, p. 37 *apud* LEAL, André Cordeiro. *Instrumentalidade do processo em crise*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2008, p. 61.

¹²⁹ NUNES, Dierle José Coelho. *Processo Jurisdicional Democrático: uma análise crítica das reformas processuais*. 1. ed., Curitiba: Juruá, 2011, p. 98-102.

¹³⁰ CINTRA, Antônio Carlos de Araújo. GRINOVER, Ada Pelegrini. DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. 22. ed., São Paulo: Malheiros, 2006, p. 47.

¹³¹ MARINONI, Luiz Guilherme. Da teoria da relação jurídica processual ao processo civil do Estado constitucional. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, vol. 852, ano 95, p. 13, out. 2006, destaques no original; na esteira do ensinamento do autor, é preciso deixar claro que as críticas ora formuladas em relação à teoria do processo como relação jurídica devem ser compreendidas “em uma perspectiva histórica, isto é, em uma perspectiva que faça ver a ligação do conceito jurídico com os valores do seu momento histórico”. Nesse sentido, “o que se deve deixar claro é a impossibilidade de se tomar a teoria da relação jurídica processual, infiltrada pelos propósitos dos seus edificadores do final do século XIX, como algo prestável a uma teoria processual compatível com o Estado constitucional” (p. 13).

estas e o juiz. O liame jurídico-processual, de caráter estritamente privado, era constituído tão somente entre autor e réu, os quais possuíam real interesse na resolução do conflito. O magistrado, colaborando de forma desinteressada no desenvolvimento do processo, assumia uma posição de superioridade que não lhe permitia integrar a relação jurídica processual entre os polos litigantes.¹³²

Nesse sentido, parece fácil perceber que a concepção retilínea de Josef Kohler era fadada ao insucesso, não só porque atribuía à relação jurídica processual um caráter estritamente privatístico, como também pela constatação de que o juiz, como órgão do Estado, possui direto e legítimo interesse na resolução da controvérsia por intermédio do processo.

Já Heinrich Degenkolb, na obra *Ingresso forçado em júízo e norma judicial* (Alemanha, 1877) e, principalmente, Adolph Wach, na obra *Manual de direito processual civil alemão* (Alemanha, 1885), entendiam o processo como uma relação jurídica processual triangular ou trilateral, pois o vínculo era constituído não só entre as partes, como também entre estas e o juiz. Sob esse aspecto, a relação jurídica formada entre autor e réu se inseria no domínio do Direito Privado, enquanto o vínculo formado entre as partes e o juiz possuía natureza eminentemente publicista. Ainda dentro dessa perspectiva, o processo era composto por direitos e deveres de natureza processual, desatrelado de um fundamento que residisse unicamente na relação jurídica de direito material.¹³³

Assim sendo, a concepção triangular do processo ruiu, uma vez que o litígio entre as partes é anterior ao processo e dele independe. Como ao juiz cabia, mediante o processo, resolver a controvérsia separando as partes em litígio, as – supostamente existentes – relações de direito privado entre autor e réu seriam interrompidas quando a *res* fosse *in iudicium deducta* e só voltariam após a execução da sentença (após a *res iudicata*).

Por sua vez, Julius Wilhelm von Planck e Konrad Hellwig idealizavam o processo como uma relação jurídica processual angular, uma vez que o vínculo era formado apenas entre as partes e o juiz. Negava-se qualquer tipo de liame processual direto entre autor e réu, os quais não possuíam nenhum direito entre si, mas apenas a pretensão de exigir do Estado-juiz a resolução da controvérsia e a satisfação do objeto material.

Como os pedidos das partes eram dirigidos exclusivamente ao magistrado, a relação jurídica processual detinha natureza publicista. Cabia ao Estado-juiz, por meio de seu poder de decidir e de ordenar, extinguir o vínculo imediato entre os polos litigantes, avocar o

¹³² TORNAGHI, Hélio. *A relação processual penal*. 2. ed., São Paulo: Saraiva, 1987, p. 16; 232--233.

¹³³ TORNAGHI, Hélio. *A relação processual penal*. 2. ed., São Paulo: Saraiva, 1987, p. 16-19; 234.

poder judicante e ocupar o vértice de uma relação jurídica angular, na qual autor e réu estavam posicionados nos extremos dos segmentos laterais. As decisões jurisdicionais – especialmente a sentença – retiravam sua força vinculatória da autoridade do Estado, e não da atividade privada do autor ou do réu.¹³⁴

Assim é que a referida teoria não prosperou, seja por negar qualquer tipo de vínculo jurídico-processual entre as partes, seja por outorgar, ao juiz, poderes arbitrários na condução do processo.

A bem da verdade, a adoção da teoria do processo como relação jurídica encontra-se ultrapassada. Melhor dizendo, a discussão acerca da existência de uma relação jurídica processual parece um debate inócuo. Veja as palavras de Luiz Guilherme Marinoni:

O processo não pode mais ser visto como uma relação jurídica processual. Aliás, não importa nem mesmo saber se realmente existe uma relação jurídica processual. É que a sua existência revelaria apenas o aspecto interno e estático do processo, o que importa muito pouco diante do estágio que o direito processual atingiu no Estado constitucional.

É evidente que há alguma relação entre as partes e o juiz, pouco importando se existe uma única relação jurídica que se desenvolve ou várias relações ou se essas relações decorrem de situações jurídicas ou de uma única situação jurídica. Essa questão possuía relevo há quase cento e cinquenta anos, época em que os doutrinadores se preocuparam em elaborar o que acontecia no plano da aplicação do direito ou do direito processual a partir da formulação de conceitos gerais-abstratos, como o da relação jurídica.¹³⁵

Nessa perspectiva, os estudos desenvolvidos por Elio Fazzalari e por Aroldo Plínio Gonçalves lançaram as bases para se compreender as inconsistências técnicas que permitem a superação da teoria do processo como relação jurídica, na busca pelo exercício democrático da jurisdição.

O que se deve entender, atualmente, é que o processo não pode ser visto como mera ferramenta da atividade jurisdicional, a qual permite ao juiz decidir de acordo com suas próprias convicções pessoais. É necessária a imposição de limites objetivos à atuação jurisdicional, de forma a impedir que o exercício da jurisdição se converta em mecanismo de realização da vontade pessoal do juiz, desprendida das alegações das partes.

A participação dos jurisdicionados na gestão processual e na construção do provimento, como se verá, é fundamento de legitimidade democrática do processo, da jurisdição e da decisão judicial. O processo há de ser entendido como uma espécie do gênero

¹³⁴ *Idem, ibidem*, p. 16-27; 234-235.

¹³⁵ MARINONI, Luiz Guilherme. *Curso de Processo Civil: Teoria Geral do Processo*. 5. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. v. 1, p. 461.

procedimento, organizado por uma estrutura normativa cujo objetivo é a preparação do provimento jurisdicional e qualificado pelo contraditório exercido entre as partes em simétrica paridade.¹³⁶ Mais do que isso, o processo deve ser concretizado a partir de um modelo constitucional que viabilize o respeito aos direitos fundamentais e às garantias processuais, com base nos princípios democráticos da liberdade, da igualdade, da solidariedade, enfim, da proteção à dignidade da pessoa humana.

3.1.3 A superação das teorias do processo como situação jurídica, instituição jurídica e serviço público

Antes de se adentrar ao exame da teoria processual desenvolvida por Elio Fazzalari, é preciso registrar, brevemente, que outras teorias surgidas ao longo da história da processualística também não se mostram capazes de superar os problemas da teoria do processo como relação jurídica.

A teoria desenvolvida por James Goldschmidt (Alemanha, 1925), por exemplo, entendia o processo como uma *situação jurídica*, vale dizer, uma expectativa de solução do litígio a partir da sentença.¹³⁷

Nascida como uma crítica à concepção do processo como relação jurídica, a aludida teoria preconizava que a prolação de uma sentença gerava uma situação de expectativa às partes. Nesse viés, autor e réu possuíam meros prognósticos que poderiam ou não ser reconhecidos no momento do exercício da atividade judicante.

Por essa razão, James Goldschmidt atribuía imensa relevância à sentença, pois a finalidade do processo não se pautava pela necessidade de resolução equânime da controvérsia. Diferentemente, o escopo do processo se confundia com a própria obtenção da coisa julgada, a qual, independentemente de fundamentação jurídica plausível, conferia

¹³⁶ FAZZALARI, Elio. *Instituições de Direito Processual*. Tradução de Elaine Nassif. Bookseller: Campinas, 2006, p. 109-128.

¹³⁷ TORNAGHI, Hélio. *A relação processual penal*. 2. ed., São Paulo: Saraiva, 1987, p. 218-233; Hélio Tornaghi, no entanto, ensina que o precursor da teoria do processo como situação jurídica foi Wilhelm Kisch, “que em seu *Deutsches Zivilprozessrecht* sustenta ser o processo uma ‘situação de entrosamento’ (*Zustand der Gebundenheit*) entre os sujeitos que nele interferem”. Para tanto, “Kisch nega a existência de qualquer relação jurídica, no processo, entre autor e réu, mas sustenta que a atividade processual enseja uma situação de nexo entre os sujeitos do processo”, uma vez que, sob o vínculo resultante do pedido inicial, as partes se põem obrigadas perante os atos do juiz. (p. 218).

validade jurídica a uma pretensão e possuía força vinculatória judiciária para colocar fim ao litígio. As partes se colocavam em uma situação jurídica que consistia na própria expectativa de obtenção de uma sentença, a qual, a depender do conteúdo, alteraria positiva ou negativamente o estado de espera de autor e réu.

Como decorrência do alto grau de relevância da sentença, o juiz, na condução do processo, ostentava um poder superlativo. As normas jurídicas, apesar de cogentes e imperativas para os cidadãos, consubstanciavam meros padrões a orientar o julgamento do magistrado, o qual não estava adstrito tampouco aos argumentos deduzidos pelas partes. Nessa perspectiva, o juiz, soberano do Direito, poderia estabelecer, por intermédio da sentença, uma ordem jurídica paralela, a qual possuía prevalência sobre o regramento legal em caso de colisão.¹³⁸

Não é difícil concluir porque a teoria do processo como situação jurídica restou fadada ao insucesso, pois conferia ao juiz um poder de cunho arbitrário. O juiz, ao cometer um erro no exercício da função jurisdicional, não incorria em nenhuma infringência à legislação processual, mas tão somente era responsabilizado civil ou criminalmente (se fosse o caso). O *error in iudicando* ou o *error in procedendo* não implicavam quaisquer repercussões processuais, uma vez que era característica típica da atividade jurisdicional a própria insegurança jurídica resultante da espera pelo resultado da sentença.¹³⁹

Ademais, a mencionada teoria falhou ao conceber o processo como uma única situação jurídica, e não como um complexo delas. A ideia da expectativa das partes na obtenção de uma sentença gerava incerteza jurídica, uma vez que a espera pessoal do polo litigante referia-se ao próprio direito subjetivo material (*res in iudicium deducta*), e não ao processo (*iudicium*) considerado em si mesmo.¹⁴⁰

Por seu turno, a teoria desenvolvida por Jaime Guasp (*La pretensión procesal*, Espanha, década de 1940), concebia o processo como uma *instituição jurídica*, ou seja, “um conjunto de atividades relacionadas entre si pelo vínculo de uma idéia comum e objetiva, à qual aderem as diversas vontades particulares dos sujeitos dos quais procede aquela atividade, seja ou não a finalidade de cada qual a idéia comum”.¹⁴¹

¹³⁸ *Idem, ibidem*, p. 223-225.

¹³⁹ SILVA, Ovídio A. Batista da. *Curso de processo civil: Processo de conhecimento*. 6. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. v. I, p. 50.

¹⁴⁰ CINTRA, Antônio Carlos de Araújo. GRINOVER, Ada Pellegrini. DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. 22. ed., São Paulo: Malheiros, 2006, p. 300.

¹⁴¹ GUASP, Jaime. *La pretensión procesal*. 2. ed., Madrid: Civitas, 1985, p. 39, tradução livre.

Sob a ótica institucional, pois, o processo era visto como “um complexo de atos, um método, um modo de ação, unitário, regulado pelo direito para a obtenção de uma finalidade”.¹⁴² A instituição jurídica do processo era constituída pelo liame formado pelas vontades particulares dos sujeitos processuais, projetadas sobre uma ideia objetiva e comum, a qual representava a satisfação de uma exigência, ora retratada pela sentença (juiz), ora pelo pedido (autor) ou pela defesa (réu).

A grande crítica assinalada em desfavor da teoria do processo como instituição jurídica diz respeito à influência direta da sociologia na sua construção, o que, por via de consequência, ocasionou a perda do caráter de juridicidade. De fato, considerando o próprio conceito de instituição, criado e consolidado sob alicerces sociológicos, a concepção de Jaime Guasp ruiu por conferir ao processo um caráter despido de balizamentos essencialmente jurídicos.¹⁴³ Além disso, a definição de instituição é, por si só, incerta e dotada de vários significados, o que pode acarretar indesejada insegurança jurídica.

Por fim, a teoria desenvolvida na França pelos juristas Gaston Jèze e Léon Duguit tratava o processo como um *serviço público*, isto é, um préstimo estatal colocado à disposição dos particulares. Independentemente do órgão prolator da decisão, o processo servia como instrumento de realização de uma função jurisdicional tendencialmente voltada ao caráter administrativo do Estado, sendo despicienda a existência de duas partes em litígio.¹⁴⁴

É fácil inferir que a referida teoria desconsiderava a própria essência do processo. Ligando-se à natureza publicista da função estatal, a concepção do processo como serviço público não se preocupava com o caráter substancial do processo, mas, tão somente, com a natureza da atividade jurisdicional exercida.

Em suma, essas foram as principais teorias sobre a natureza jurídica do processo surgidas ao longo da história do Direito Processual. E assim se torna necessário, nesse momento, o exame da teoria do processo como procedimento realizado em simétrico contraditório entre as partes, desenvolvida por Elio Fazzalari e Aroldo Plínio Gonçalves, para que seja possível, posteriormente, compreender a ideia do processo justo como fundamento de legitimidade democrática da função jurisdicional.

¹⁴² COUTURE, Eduardo J. *Fundamentos del Derecho Procesal Civil*. 3. ed., Depalma: Buenos Aires, 1976, p. 144, tradução livre.

¹⁴³ CARREIRA ALVIM, José Eduardo. *Elementos de teoria geral do processo*. Rio de Janeiro: Forense, 1998, p. 137.

¹⁴⁴ TORNAGHI, Hélio. *A relação processual penal*. 2. ed., São Paulo: Saraiva, 1987, p. 238-241.

3.1.4 A teoria do processo como procedimento realizado em simétrico contraditório entre as partes

A superação das teorias surgidas no decorrer da evolução da processualística, mormente daquela que concebe o processo como relação jurídica, é necessária para a compreensão de um modelo constitucional de devido processo legal democrático que atue como fundamento de legitimidade da função jurisdicional.

Nesse contexto, aparece a teoria desenvolvida por Elio Fazzalari – e aperfeiçoada, no Brasil, por Aroldo Plínio Gonçalves – como aquela que, conceitualmente, fornece as melhores bases para a construção de uma teoria acerca do processo justo. A necessidade de construção do provimento¹⁴⁵ mediante a participação das partes em simétrico contraditório é essencial para edificar um modelo democrático de devido processo legal.

Elio Fazzalari conceitua o processo como “um procedimento do qual participam (são habilitados a participar) aqueles em cuja esfera jurídica o ato final é destinado a desenvolver efeitos: em contraditório, e de modo que o autor do ato não possa obliterar as suas atividades”.¹⁴⁶ De tal sorte, a teoria do processo como procedimento realizado em simétrico contraditório define a *igualdade* de oportunidades entre as partes como fundamento de legitimidade da jurisdição.

Por essa razão, a teoria de Elio Fazzalari é incompatível com aquela idealizada por Oskar von Bülow, tendo em vista a impossibilidade de se conciliar a noção do contraditório, como posição de paridade entre as partes, com a ideia de vínculo de subordinação entre os sujeitos processuais, em que um deles exerce poder em face do outro:

A identificação do processo nessa estrutura normativa, como procedimento realizado em contraditório entre as partes, supera a concepção de processo como relação jurídica. O contraditório é oportunidade de participação paritária, é garantia de simétrica igualdade de participação dos destinatários do provimento na fase

¹⁴⁵ Ronaldo Brêtas Dias ensina que, por influência da doutrina italiana, a processualística brasileira “passou a utilizar o vocábulo *provimento* com o sentido de decisão jurisdicional. Os italianos se valem com freqüência da palavra *provvedimento* (provimento), derivada de *provvedere* (prover), a fim de expressar o que a doutrina brasileira chama de decisão jurisdicional, providência jurisdicional, medida jurisdicional ou pronunciamento jurisdicional”. Nesses termos, o termo provimento aqui utilizado tem o sentido de decisão judicial. (DIAS, Ronaldo Brêtas de Carvalho. *Processo Constitucional e Estado Democrático de Direito*. Belo Horizonte: Del Rey, 2010, p. 34-35).

¹⁴⁶ FAZZALARI, Elio. *Instituições de Direito Processual*. Tradução de Elaine Nassif. Bookseller: Campinas, 2006, p. 118-119.

procedimental de sua preparação. A possibilidade assegurada de participação em simétrica igualdade não se concilia com vínculo de sujeição.¹⁴⁷

Para Elio Fazzalari, processo e procedimento são conceitos inconfundíveis; ou melhor, são fenômenos distintos, porém essencialmente conexos. O procedimento não retrata uma pura concatenação estática de atos e de condutas que exterioriza a relação jurídica processual. Ao revés, o procedimento, como estrutura normativa de descrição de condutas e de qualificação de direitos e obrigações, consiste em gênero do qual o processo é espécie mais articulada e complexa, particularizada pela nota do simétrico contraditório entre os interessados ao provimento jurisdicional final:

(...) 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 o 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’.¹⁴⁸

Dessa maneira, o procedimento consiste em uma sequência de normas e de posições subjetivas,¹⁴⁹ preparatória de um provimento estatal de cunho legislativo, administrativo ou judicial, e destinada a produzir efeitos na esfera jurídica de seus destinatários. O procedimento denota a atividade preparatória que, disciplinada por uma estrutura normativa, precede necessariamente a emanação válida e eficaz de um ato estatal dotado de natureza imperativa e, por isso, denominado provimento.¹⁵⁰

¹⁴⁷ GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Técnica Processual e Teoria do Processo*. Rio de Janeiro: Aide, 1992, p. 193.

¹⁴⁸ FAZZALARI, Elio. *Instituições de Direito Processual*. Tradução de Elaine Nassif. Bookseller: Campinas, 2006, p. 93-94.

¹⁴⁹ A expressão *posição subjetiva* (ou posição jurídica subjetiva) contém um significado peculiar e se refere “à posição de sujeitos perante a norma, que valora suas condutas como lícitas, facultadas ou devidas”, e com isso não se relaciona “à posição de sujeitos em uma relação com outro sujeito ou à posição de sujeitos em um quadro qualquer de liames”. Com isso, a posição subjetiva, como posição do sujeito em relação à norma, permite “qualificar a conduta como faculdade ou poder, se é valorada como lícita, e como dever, se é valorada como devida” (GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Técnica Processual e Teoria do Processo*. Rio de Janeiro: Aide, 1992, p. 106-109).

¹⁵⁰ *Idem, ibidem*, p. 102-103; no ponto, cumpre ressaltar que também o jurista italiano Enrico Redenti, antes mesmo de Elio Fazzalari, porém de modo incipiente, já trabalhava na renovação do conceito de procedimento, entendendo “o processo como a atividade destinada à formação do provimento jurisdicional”. Para referido

Cada norma que incide para formar a sequência da estrutura procedimental descreve uma conduta a ser praticada, e a qualifica como ‘direito’ ou como ‘obrigação’. Existentes “tantas normas quantas são as condutas reguladas (qualificadas, isto é, como direito ou como obrigação)”, a estrutura do procedimento constitui-se a partir de uma série de normas, “cada uma das quais reguladora de uma determinada conduta (qualificando-a como direito ou como obrigação), mas que enuncia como pressuposto da sua própria aplicação, o cumprimento de uma atividade regulada por uma outra norma da série”.¹⁵¹

O procedimento, portanto, retrata uma estrutura normativa preparatória de um provimento, e se revela como uma sequência interligada de normas das quais se extraem posições subjetivas. Segundo a ordem estabelecida pela lei, a prática de um ato normativo subsequente é postecedente lógico e temporal do exercício de um ato normativo anterior que lhe é pressuposto. Daí por diante, o procedimento se desenrola de maneira coesa, conectada e integrada, até que se obtenha o ato final conclusivo:

O procedimento não é atividade que se esgota no cumprimento de um único ato, mas requer toda uma série de atos e uma série de normas que os disciplinam, em conexão entre elas, regendo a sequência de seu desenvolvimento. Por isso se fala em procedimento como sequência de normas, de atos e de posições subjetivas. O ato de caráter imperativo, um provimento, tem no procedimento sua fase preparatória, mas não é, entretanto, suficiente para esgotar sua definição. A atividade que precede sua emissão, ou edição, ou emanção, é constituída de atos que são disciplinados segundo um modelo normativo próprio, que determina sua especial forma de coordenação e de conexão, no desenvolvimento, ou, no *iter* do procedimento, até o ato final.¹⁵²

A validade e/ou a eficácia de um ato posterior – inclusive do ato final – pode ser neutralizada caso não tenha sido observada a sequência precedente de atos determinada pela legislação. Um dos requisitos de validade e de eficácia de um ato inserido na estrutura normativa do procedimento consiste, justamente, no fato de ser o epílogo de um procedimento regular, e, portanto, dependente da regularidade ou irregularidade do ato precedente e influente sobre a validade e a eficácia dos atos subsequentes (inclusive o ato final).¹⁵³

autor, a atividade preparatória do provimento é disciplinada por vários esquemas normativos, propostos para as diversas possibilidades de processos, e que devem tomar o nome de procedimento, entendido como o ‘módulo legal do fenômeno em abstrato’. (*Idem, ibidem*, p. 103-104).

¹⁵¹ FAZZALARI, Elio, *op. cit.*, p. 113-114.

¹⁵² GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Técnica Processual e Teoria do Processo*. Rio de Janeiro: Aide, 1992, p. 108-109.

¹⁵³ FAZZALARI, Elio. *Instituições de Direito Processual*. Tradução de Elaine Nassif. Bookseller: Campinas, 2006, p. 115-117.

Quando o “pressuposto para a incidência de uma norma é o cumprimento de uma atividade prevista na norma anterior da série do complexo normativo”, alcança-se o real significado do procedimento, rompendo-se com a ideia de mera forma ou concatenação serial de atos (“simples ordenação de uma cadeia normativa”).¹⁵⁴

Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, ao estudar o formalismo processual, sintetiza a noção de procedimento:

Mas, se o procedimento é importante e até essencial para a conformação do processo, não se trata, claro está, de encará-lo como simples diretiva para a ordem e a sucessão dos atos processuais, ou tomá-lo tão somente como modelo de realização do processo, com o que só se atentaria ao mero aspecto exterior do fenômeno processual. Certamente o conceito de ‘procedimento’ implica a noção de uma seqüência legal de atos a ser observada pelo juiz e pelas partes, mas não é só isso. Já há mais de um século intuía-se que o processo não estabelece tão-somente o *procedere*, senão que determina também as faculdades e deveres das partes e do tribunal, em mútua e recíproca relação. (...). A sedimentação dessas idéias obrou para que hoje se encontre pacificado o entendimento de que o procedimento não deve ser apenas um pobre esqueleto sem alma, tornando-se imprescindível ao conceito a regulação da atividade das partes e do órgão judicial, conexas ao contraditório paritário e ainda ao fator temporal, a fatalmente entremear essa mesma atividade. (...).

Ao mesmo tempo, como estrutura formal constante, a seqüência procedimental caracteriza-se por ser disciplinada por uma série de normas coligadas entre si, de tal modo que a norma sucessiva da série tem sempre o seu suporte fático constitutivo composto pelos efeitos produzidos pela atuação da norma precedente. Dessa maneira, o modelo procedimental decorre de uma seqüência de normas, cada qual regulando determinada conduta e ao mesmo tempo enunciando, como pressuposto da própria incidência, o cumprimento de uma atividade regulada por outra norma da série e assim até à norma reguladora do ‘ato final’. Ao fim e ao cabo, o procedimento só pode ser concebido na perspectiva de conexão, antecipadamente prevista, entre as várias normas, atos e posições subjetivas da série.¹⁵⁵

Compreendida a noção de procedimento, Elio Fazzalari e Aroldo Plínio Gonçalves passam, então, a conceituar o processo como espécie de procedimento, edificando o contraditório como sua característica peculiar. O processo é espécie procedimental qualificada pelo contraditório, realizado em simétrica paridade. Procedimento sem contraditório é mero procedimento, porém não é processo. O contraditório paritário é essencial à definição do processo.

Nessa perspectiva, o contraditório passa a ser concebido como a “estrutura dialética do procedimento”, consistindo: a) na participação dos destinatários dos efeitos do ato final, em simétrica paridade de posições, na fase procedimental preparatória do provimento;

¹⁵⁴ GONÇALVES, Aroldo Plínio, *op. cit.*, p. 110-111, acréscimo nosso.

¹⁵⁵ OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *Do formalismo no processo civil*. 2. ed., São Paulo: Saraiva, 2003, p. 111-112.

b) na mútua implicação das atividades dos destinatários, voltadas a promover – requerente – ou a impedir – requerido – a emanação do provimento; c) na efetiva relevância e influência das atividades desenvolvidas pelos destinatários perante o autor do provimento final, isto é, do juiz ou do árbitro; d) na possibilidade de exercício, por cada interessado ou destinatário dos efeitos do ato final (denominados de contraditores), de um conjunto de escolhas, de reações e de controles; e) na existência de controle não só das atividades de cada um dos contraditores, mas também na necessidade de fiscalização dos resultados da função exercida pelo autor do provimento final.¹⁵⁶

O contraditório, como estrutura dialética do procedimento, consubstancia a razão de distinção (*ratio distinguendi*) que permite superar antigas definições de processo.¹⁵⁷ Mais do que possibilitar a participação dos interessados na atividade preparatória do provimento, o processo esquematiza uma série de normas, as quais, contemplando atos e posições jurídicas, projetam-se para os prováveis destinatários dos efeitos do provimento final, com o fito de viabilizar-lhes o exercício de um paritário contraditório.

A essência do contraditório assenta-se na participação de ao menos dois *contraditores*, dizendo e contradizendo em “posições simetricamente iguais”, um deles *interessado* e o outro *contra-interessado* na emanação de um provimento final que lhes produzirão, respectivamente, efeitos favoráveis e prejudiciais. Por sua vez, ao autor do provimento final (juiz ou árbitro) compete guiar o desenvolvimento do contraditório, colocando-se em arranjo “estranho aos interesses em contenda, não sendo parte daquela situação”.¹⁵⁸

¹⁵⁶ FAZZALARI, Elio. *Instituições de Direito Processual*. Tradução de Elaine Nassif. Bookseller: Campinas, 2006, p. 119-120; no ponto, saliente-se que a compreensão do contraditório como “estrutura dialética do procedimento”, nos termos propostos por Elio Fazzalari, não se confunde com a ideia de Piero Calamandrei acerca do “caráter dialético do processo”. Para este autor, a dialeticidade processual refere-se ao desenvolvimento do processo “como uma luta de ações e de reações, de ataques e de defesas, na qual cada um dos sujeitos provoca, com a própria atividade, o movimento dos outros sujeitos, e espera, depois deles um novo impulso para se pôr, por sua vez, em movimento”. Essa perspectiva decorre, então, da ideia do procedimento como uma concatenação de atos, em que “cada um deles nasce como consequência daquele que o tem precedido, e, por sua vez, atua como estímulo do que o segue” (CALAMANDREI, Piero. *Direito Processual Civil: estudos sobre o Processo Civil*. Tradução de Luiz Abezia e Sandra Drina Fernandez Barbery. Campinas: Bookseller, 1999. v. 1, p. 266).

¹⁵⁷ Neste particular, ressalte-se que a ideia do contraditório como elemento do processo não surgiu apenas com a divulgação da teoria de Elio Fazzalari, nos idos de 1975. Adolf Wach, por exemplo, já em 1865, “realçava a importância do contraditório, ao destacar o caráter dialético do processo, observando que sua finalidade atendia a dois interesses em colisão, o interesse da tutela jurídica afirmada pelo autor e o interesse contraposto sustentado pelo réu”. Também Piero Calamandrei, em 1965, entendia o contraditório “como diálogo permanente entre os envolvidos, (...) força motriz do processo, seu princípio fundamental” (*apud* DIAS, Ronaldo Brêtas de Carvalho. *Processo Constitucional e Estado Democrático de Direito*. Belo Horizonte: Del Rey, 2010, p. 94-95).

¹⁵⁸ FAZZALARI, Elio. *Instituições de Direito Processual*. Tradução de Elaine Nassif. Bookseller: Campinas, 2006, p. 121-124.

Ideia também importante para a construção da teoria processual de Elio Fazzalari é a de *legitimação*, concebida em intrínseca relação com o conceito de contraditório acima firmado. O contraditório, como critério empregado “para estabelecer se o provimento jurisdicional deve, no caso concreto, ser emitido ou recusado”,¹⁵⁹ consiste no fator que confere (ou não) a *legitimação para agir* (ou *legitimação para o processo*)¹⁶⁰ e a *legitimação para o provimento jurisdicional*.¹⁶¹

O juiz, antes de emitir o comando jurisdicional, deve analisar se está presente sua legitimação para o provimento. Cumpre ao magistrado, em momento prévio ao julgamento, analisar a prejudicialidade das *questões de rito* – se estão presentes os requisitos e os pressupostos processuais que permitem a ação jurisdicional – ou se existem obstáculos meritórios intransponíveis que implicam a recusa ou a rejeição da demanda.¹⁶² Nessa hipótese (de rejeição da demanda), o juiz e as partes ficam privados de *legitimação para o provimento*, uma vez que o magistrado recusa a emissão do ato final jurisdicional. Ainda assim, está presente a *legitimação para agir*, porque esta, independentemente do êxito da demanda, foi realizada com o próprio desenvolvimento do processo.¹⁶³

Ultrapassada essa análise preliminar, cabe ao juiz examinar as *questões de mérito*, no domínio de uma fase cognitiva, a qual, destinada ao accertamento dos fatos (juízo de fato), culminará em um julgamento conclusivo (juízo de direito). O julgador, então, firmada sua *legitimação para o provimento*, emite o *comando jurisdicional* consubstanciado em ato declarativo de vontade de natureza condenatória, declaratória ou constitutiva.

O magistrado, ao proferir o julgamento e exarar o provimento jurisdicional de mérito,¹⁶⁴ exerce sua *legitimação ativa ao provimento*, ficando as partes, em *legitimação*

¹⁵⁹ *apud* Apresentação de Ada Pellegrini Grinover ao FAZZALARI, Elio, *op. cit.*, p. 5.

¹⁶⁰ A legitimação para agir, ligada ao contraditório, é vista como a “participação dos sujeitos no processo (como contraditores), enquanto prováveis destinatários da eficácia do ato emanado” (*Idem, ibidem*, p. 5).

¹⁶¹ “Quando, por fim, se estabelece que subsiste o pressuposto substancial da medida jurisdicional, o juiz estará investido do dever de emaná-la. Em tal hipótese, irá se constatar, em tese, ou melhor, efetivamente, a legitimação do juiz a emanar o provimento jurisdicional, como última fase da sua legitimação. Tal fase pode ser indicada, como já mencionado, como ‘legitimação para o provimento jurisdicional’, para distingui-la da pregressa legitimação para agir (‘legitimação para o processo’) e vê as partes em posição passiva, enquanto a eles é imposto o provimento” (FAZZALARI, Elio, *op. cit.*, p. 380-381).

¹⁶² Como exaustivamente sustenta Elio Fazzalari, o provimento de *rejeição* da demanda não possui caráter *jurisdicional em sentido estrito*, uma vez que, envolvendo questão processual de rito, constitui a própria recusa do juiz de emitir o provimento jurisdicional (FAZZALARI, Elio. *Instituições de Direito Processual*. Tradução de Elaine Nassif. Bookseller: Campinas, 2006, p. 493-494).

¹⁶³ *Idem, ibidem*, p. 381-382.

¹⁶⁴ Provimentos *de mérito*, em sentido *lato*, são aqueles “que envolvem a cognição do mérito (isto é, o aspecto substancial deduzido na lide e aquele requerido ao juiz), sejam os que acolhem a demanda judicial, sejam os que a rejeitam”. Em sentido *stricto*, provimentos de mérito se referem somente aos provimentos jurisdicionais, isto é, “aqueles que no acolher da demanda invocam uma das medidas reparadoras que constituem a jurisdição

passiva ao provimento,¹⁶⁵ submetidas à autoridade do ato estatal proveniente da jurisdição. Emanado o comando jurisdicional requerido, tem-se o *juízo conclusivo*, que põe termo ao procedimento.¹⁶⁶

Em suma, para Elio Fazzalari, o processo consubstancia o procedimento realizado em paritário contraditório entre as partes, na busca da construção do provimento jurisdicional por meio da participação dialética dos interessados. A nota do contraditório em simétrica paridade – que faz com que o simples procedimento se transforme em processo –, é o grande *insight* tido por Elio Fazzalari não só para superar em definitivo a ideia do processo como relação jurídica, como para lançar as bases de um processo justo que legitime o exercício democrático da jurisdição.

Como bem ressalta Ada Pellegrini Grinover, o processo como procedimento em simétrico contraditório não passa de “uma idéia simples e genial”,¹⁶⁷ porém suficiente para afastar o “velho e inadequado *clichê* pandetístico da ‘relação jurídica processual’, (...) esquema estático (...) que leva em conta a realidade, mas não a explica”.¹⁶⁸ Elio Fazzalari teve o mérito de renovar estruturalmente o conceito de procedimento e de atribuir viés democrático à concepção de processo, rompendo de forma categórica com a teoria processual de Oskar von Bülow:

A caracterização do processo como procedimento realizado em contraditório entre as partes não é compatível com o conceito de processo como relação jurídica. Ressaltou-se, neste capítulo, o quanto foi possível, a idéia de contraditório como *direito* de participação, o conceito renovado de contraditório como *garantia* de participação em simétrica paridade, o contraditório como *oportunidade de participação*, como direito, hoje revestido da especial proteção constitucional. O conceito de relação jurídica é o de vínculo de exigibilidade, de subordinação, de supra e infra-ordenação, de sujeição. Uma garantia não é uma imposição, é uma liberdade protegida, não pode ser coativamente oferecida e não se identifica como instrumento de sujeição. Garantia é liberdade assegurada. Se o contraditório é garantia de simétrica igualdade de participação no processo, como conciliá-lo com a

(condenação, declaração, ou constituição): são elas que desenvolvem efeitos substanciais no patrimônio das partes”. (*Idem, ibidem*, p. 441-442).

¹⁶⁵ A *legitimação passiva ao provimento*, como submissão das partes ao conteúdo do provimento jurisdicional, não se confunde com a – agora inexistente – *legitimação passiva para agir*. A *legitimação passiva ao provimento* (ou *legitimação passiva em relação ao provimento requerido*) pressupõe que os sujeitos processuais sejam *contraditores* legitimados a ‘dizer e contradizer’ no curso de um procedimento que, em virtude dessa participação simétrica, constitui-se como processo. Por seu turno, a *legitimação para agir* de todos os sujeitos processuais é “sempre *ativa*, quer se trate do autor, quer se trate do réu, pois indica a ‘habilitação a cumprir atividades processuais’”, só se podendo admitir sua natureza *passiva* na anacrônica concepção de processo como relação jurídica, vale dizer, “na superada configuração da ação como *direito potestativo* endereçado contra o réu”. (*apud* Apresentação de Ada Pellegrini Grinover ao FAZZALARI, Elio, *op. cit.*, p. 5).

¹⁶⁶ FAZZALARI, Elio, *op. cit.*, p. 442-443; 488-489.

¹⁶⁷ *apud* Apresentação de Ada Pellegrini Grinover ao FAZZALARI, Elio. *Instituições de Direito Processual*. Tradução de Elaine Nassif. Bookseller: Campinas, 2006, p. 5.

¹⁶⁸ FAZZALARI, Elio, *op. cit.*, p. 111 *et seq.*

categoria da relação jurídica? Os conceitos de garantia e de vínculo de sujeição vêm de esquemas teóricos distintos. O processo como relação jurídica e como procedimento realizado em contraditório entre as partes não se encontram no mesmo quadro, e não há ponto de identificação entre eles que permita sua unificação conceitual.¹⁶⁹

O simétrico contraditório entre os destinatários do provimento jurisdicional, como elemento conceitual do processo, expressa a isonomia processual em sua forma mais genuína. A igualdade, como exigência democrática inerente ao contraditório, fica respeitada quando se formata o processo mediante a participação paritária dos interessados na atividade preparatória de um provimento, cujo autor (juiz ou árbitro) se vê materialmente influenciado pelas alegações e provas deduzidas pelas partes no bojo do procedimento. A construção do provimento jurisdicional mediante a participação dialética das partes consiste em direito dos contraditores ao exercício da igualdade substancial e em um dos fundamentos de legitimação do exercício da jurisdição.

Aliás, não só a igualdade fica respeitada com a adoção da teoria do processo como procedimento que se realiza em simétrico contraditório entre as partes. Também a liberdade, outro sustentáculo da democracia, é concretizada quando são conferidas às partes iguais oportunidades de participação no processo de construção do provimento decisório.

A liberdade, manifestada através do direito de participação, significa que cabe às partes a valoração a respeito da conveniência e da oportunidade de exercício do contraditório. A liberdade, então, se expressa na possibilidade de autodeterminação do modo e da intensidade de que se valerão na atividade preparatória de emanção do provimento jurisdicional final.

Nessa perspectiva, às partes são conferidos direitos subjetivos não mais entendidos sob a ótica do vínculo de subordinação entre as partes, como “poder sobre a conduta alheia, ou de direito à prestação decorrente de relação jurídica”. Pelo contrário, as faculdades outorgadas aos interessados são conceitualmente revistas para refletirem eventual “posição de vantagem do sujeito assegurada pela norma”, a qual incide sobre o “objeto do comportamento” qualificador da conduta praticada (e não mais sobre o ato de outrem):

Foi demonstrado que, quer se negue ou se admita o direito subjetivo, já não se pode afirmar que ele se constitui em ‘poder sobre a conduta alheia’. Em consequência, não há como se admitir que, no processo, uma das partes possa exigir da outra o cumprimento de qualquer conduta, por um vínculo entre sujeito ativo e sujeito

¹⁶⁹ GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Técnica Processual e Teoria do Processo*. Rio de Janeiro: Aide, 1992, p. 132, destaques no original.

passivo. (...). No processo não poderia haver tal vínculo entre as partes, porque nenhuma delas pode, juridicamente, impor à outra a prática de qualquer ato processual. No exercício de faculdades ou poderes, nos atos processuais, a parte sequer se dirige à outra, mas sim ao juiz, que conduz o processo. E, do juiz, as partes não exigem conduta ou atos.¹⁷⁰

A rigor, a adoção de uma teoria de processo que privilegie a oportunidade de simétrica participação dos interessados na construção do provimento se coaduna não só com a igualdade e a liberdade, mas, sim, com toda a perspectiva democrática de um Estado de Direito. A consagração do contraditório como a estrutura dialética do procedimento permite a formulação de uma teoria de processo dialógica e plural, que concretiza a democracia e a cidadania através do exercício da soberania popular.

Dentro dessa ótica, o processo qualificado pelo contraditório retrata os princípios constitucionais da igualdade, da liberdade, da democracia, da cidadania, da soberania popular e da proteção à dignidade da pessoa humana. O processo confere legitimidade, validade e eficácia a uma jurisdição democraticamente exercida com fulcro no resguardo dos princípios constitucionais, dos direitos fundamentais e das garantias processuais.

São lançadas as bases para a *constitucionalização de um devido processo legal democrático (processo justo)*, manifestamente avesso ao decisionismo judicial. O desenvolvimento de “uma teoria do *processo jurisdicional a partir do processo*” traz o mérito de *descolar* o processo de uma atividade jurisdicional legitimada pelo “processo a partir da jurisdição”, entendida esta como poder estatal unilateral.¹⁷¹

Contudo, não obstante sua notável importância, é preciso pontuar que a teoria desenvolvida por Elio Fazzalari, uma vez que idealizada antes do movimento constitucionalista do processo, apresenta imperfeições que demandam a necessária adequação ao atual modelo constitucional de devido processo legal no Estado Democrático de Direito.

Primeiramente, ressalte-se que o contraditório não pode ser visto apenas como um *mero predicado* ou elemento conceitual do processo – ainda que seja sua qualidade particular ou *ratio distinguendi*. Diferentemente, é o contraditório, na democracia atual, direito fundamental, fonte de legitimação da própria ordem jurídico-processual.

Além disso, diversamente do exposto por Elio Fazzalari, é impossível conceber o provimento como “emanações de vontade dos órgãos públicos” ou como comandos que

¹⁷⁰ GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Técnica Processual e Teoria do Processo*. Rio de Janeiro: Aide, 1992, p. 98; 106.

¹⁷¹ LEAL, André Cordeiro. *Instrumentalidade do processo em crise*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2008, p. 110-121, destaques no original.

declaram “manifestações de vontade do juiz”.¹⁷² A decisão final que põe termo ao processo não é simples ato de vontade do julgador. Pelo contrário, o provimento jurisdicional é resultado de uma atividade preparatória (processo) realizada com respeito ao simétrico dissenso entre as partes, com poder de influência no conteúdo do pronunciamento decisório.

De tal sorte, a teoria idealizada por Elio Fazzalari guarda imensa importância no desenvolvimento de um processo consentâneo à democracia contemporânea. Todavia, a enumeração do contraditório como mero elemento conceitual do processo e a abertura ao voluntarismo judicial prejudicam a elaboração de um conceito de devido processo legal apropriado ao Estado Democrático de Direito.

Mais do que assegurar o contraditório no bojo do processo, faz-se necessário que a própria decisão judicial e a jurisdição sejam democratizadas. A nosso ver, além da garantia de simétrica paridade entre as partes, também a motivação decisória e a efetividade processual, em correlação com os princípios constitucionais e com as garantias processuais, denotam os pilares de um modelo constitucional de *due process of law*, os quais atuam como fundamento de legitimidade democrática do exercício da jurisdição.

3.1.5 A constitucionalização do Direito Processual: o processo justo a partir do modelo constitucional de devido processo legal

Como ressaltado, a teoria desenvolvida por Elio Fazzalari, ao renovar o conceito de procedimento, teve o mérito de atribuir ao contraditório o predicado de *ratio distinguendi* apta à caracterização do processo como atividade preparatória de um provimento. Todavia, no atual Estado Democrático de Direito, é insuficiente a compreensão do contraditório apenas como um simples elemento técnico-conceitual do processo.

Com efeito, o devido processo legal, sob o enfoque da *constitucionalização do Direito Processual*, não pode ser composto apenas da nota da contraditoriedade, pois requer o resguardo de todas as demais *garantias fundamentais do processo*. A valorização da ampla defesa em paridade entre as partes, como condição da formação da decisão, retrata apenas um

¹⁷² FAZZALARI, Elio. *Instituições de Direito Processual*. Tradução de Elaine Nassif. Bookseller: Campinas, 2006, p. 441; 454.

dos alicerces para a construção do *processo justo*, advindo *de um modelo constitucional de devido processo legal*.

Por conseguinte, é necessário enxergar o processo – melhor dizendo, o devido processo legal – sob o prisma da constitucionalização do Direito Processual, de forma a assegurar à sociedade as múltiplas garantias constitucionais de caráter processual. Trata-se de uma “tutela constitucional do processo”, que tem por finalidade conformar a aplicação dos institutos processuais de acordo com a Constituição.¹⁷³ O devido processo legal, em um Estado Democrático de Direito, é concebido como um direito fundamental de proteção e de concreção das garantias constitucionais do processo, que viabiliza a tutela e o exercício dos direitos fundamentais.¹⁷⁴

Historicamente, a noção de devido processo legal – correspondente à tradução para o português da expressão inglesa *due process of law* – remonta ao Édito de Conrado II (Decreto Feudal Alemão do ano 1037 d. C.), o qual inspirou posteriormente a edição da *Magna Charta Libertatum*, de 1215 (pacto entre o Rei João Sem Terra e os barões ingleses) e da Carta de Henrique III, de 1225. A partir da consagração da submissão do monarca ao *law of the land*, passa-se gradativamente à noção do *due process of law*, em que a palavra *Law* significa Direito, e não apenas lei (*statute law*). Processo devido, portanto, é aquele em conformidade com o Direito, e não apenas em consonância com a lei.¹⁷⁵

Com o desenrolar da história, o conteúdo da garantia fundamental do devido processo legal sofreu profundas modificações, pois os conceitos de *devido*, de *processo* e de *legal* são situados espacial e temporalmente. Atualmente, pode-se dizer que há, no Brasil, o direito fundamental ao *due process of law*, consagrado no art. 5º, LIV, da CRFB, cuja posição, como um “superprincípio” que coordena e delimita os demais princípios processuais, é de basilar importância dentro do quadro das garantias constitucionais.¹⁷⁶

Fato é que, com o advento do Estado Democrático de Direito, opera-se, sobretudo depois da Segunda Guerra Mundial, um movimento de *constitucionalização do processo*, a

¹⁷³ MARINONI, Luiz Guilherme. *Novas linhas do processo civil*. 2. ed., São Paulo: Malheiros, 1996, p. 18.

¹⁷⁴ A ideia do processo como unificador de uma série de garantias constitucionais é denominada pela doutrina de “garantismo processual” (LORENZETTI, Ricardo Luis. *Teoria da decisão judicial: fundamentos de direito*. 2. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 139-140); contudo, como se verá adiante, nossa concepção de processo justo ultrapassa a noção do garantismo, para contemplar também uma perspectiva de realização, vale dizer, de efetiva satisfação do direito material e concreta materialização dos direitos fundamentais, por meio da tutela jurisdicional.

¹⁷⁵ DIDIER JR., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil: teoria geral do processo e processo de conhecimento*. 12. ed., Salvador: Jus Podium, 2010. v. 1, p. 41-43; LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria geral do processo: primeiros estudos*. 10. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 42-43.

¹⁷⁶ THEODORO JUNIOR, Humberto. *Processo justo e contraditório dinâmico*. Disponível em: <http://www.rechtd.unisinos.br/pdf/91.pdf>. Acesso em: 12 jun. 2012.

partir do qual “os institutos processuais passam, agora, a ser entendidos e lidos sempre a partir da perspectiva da estrutura constitucional do processo, ou seja, das garantias constitucionais mínimas do processo”. Verifica-se, nesse cenário, uma verdadeira “mudança metodológica”, pois a compreensão do processo parte das normas constitucionais, e não mais da legislação ordinária. Concebe-se uma “principiologia constitucional do processo” que formata um “modelo processual encampado nas garantias processuais acolhidas na Constituição”.¹⁷⁷

Com isso, a constitucionalização do Direito Processual se revela em duas dimensões, tanto na incorporação, aos textos constitucionais, de normas processuais com o *status* de direitos fundamentais, como na aplicação das normas processuais infraconstitucionais como concretizadoras das disposições constitucionais. Mediante a intensificação do diálogo entre processualismo e constitucionalismo, a Constituição “passa a ser examinada como o *mais* importante capítulo do Direito Processual”.¹⁷⁸ É possível se falar, assim, em um Direito Processual *na* Constituição, que exige uma leitura constitucional da processualística.¹⁷⁹

Nesse contexto, é manifestamente importante o advento da teoria do *modelo constitucional do processo* (também denominado de teoria do *devido processo constitucional*),¹⁸⁰ a qual, surgida do movimento de constitucionalização dos princípios do Direito Processual, teve origem nos estudos desenvolvidos por José Alfredo de Oliveira Baracho (Brasil), Ítalo Andolina e Giuseppe Vignera (Itália), Hector Fix-Zamudio (México) e Eduardo Couture (Uruguai). Partindo da análise da intrínseca relação entre Constituição e processo, a referida teoria, de forma pioneira, consagra o processo como garantia constitucional que possibilita a tutela da Constituição e dos direitos fundamentais:

A tutela do processo efetiva-se pelo reconhecimento do princípio da supremacia da Constituição sobre as normas processuais. (...). O processo, como garantia constitucional, consolida-se nas constituições do século XX, através da consagração de princípios de direito processual, com o reconhecimento e a enumeração de direitos da pessoa humana, sendo que esses consolidam-se pelas garantias que os torna efetivos e exequíveis. (...). O modelo constitucional do processo civil assenta-

¹⁷⁷ ANDRADE, Érico. *O Mandado de Segurança: a busca da verdadeira especialidade* (proposta de releitura à luz da efetividade do processo). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 53-54.

¹⁷⁸ DIDIER JR., Fredie. *Sobre a Teoria Geral do Processo, essa desconhecida*. Salvador: Jus Podivm, 2012, p. 149-152, destaque no original.

¹⁷⁹ LLOBREGAT, José Garberí. *Constitución y Derecho Procesal: los fundamentos constitucionales del Derecho Procesal*. Pamplona: Thommson Reuters, 2009, p. 35.

¹⁸⁰ PASSOS, José Joaquim Calmon de. Instrumentalidade e Devido Processo Legal. *Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil*, Porto Alegre: Síntese, v. 1, n. 1, p. 8-9, set./out. 1999.

se no entendimento de que as normas e os princípios constitucionais resguardam o exercício da função jurisdicional.¹⁸¹

Para essa teoria, a constitucionalização das garantias constitucionais do processo teria implicado a criação de um novo e autônomo ramo jurídico, denominado Direito Processual Constitucional, o qual, conforme ensina Nestor Pedro Sagüés, seria um campo da processualística direcionado a disciplinar os dispositivos processuais destinados a assegurar a supremacia constitucional, sendo constituído, especialmente, pela jurisdição constitucional e pelo processo constitucional.¹⁸²

Por seu turno, o Direito Constitucional Processual, consoante leciona Héctor Fix-Zamudio, seria aquele ramo destinado a outorgar “efetividade às disposições constitucionais através dos instrumentos processuais” e a tratar da “regulação constitucional das instituições processuais”.¹⁸³

Especialmente na Itália, Ítalo Andolina e Giuseppe Vignera delineam um modelo constitucional de processo, estruturado a partir de um esquema geral de princípios e de garantias constitucionais processuais. Mencionado modelo, que tem como substrato principiológico a própria Constituição, é aplicável a todo e qualquer processo, seja de natureza administrativa, legislativa ou jurisdicional, uma vez que todo processo é constitucional. A formatação de um modelo processual, constituído de uma base principiológica constitucionalmente uníssona, faz com que o processo se converta em “garantia constitutiva dos direitos fundamentais dos sujeitos de direitos”.¹⁸⁴

¹⁸¹ BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *Direito Processual Constitucional: aspectos contemporâneos*. Belo Horizonte: Fórum, 2008, p. 11-15.

¹⁸² SAGÜÉS, Nestor Pedro. *Derecho Procesal Constitucional*. 4 ts., Buenos Aires: Astrea, 1989 *apud* DANTAS, Ivo. Teoria do processo constitucional: uma breve visão pessoal. In: MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer; LELO DE LARREA, Arturo Zaldívar. *Estudos de Direito Processual Constitucional: homenagem brasileira a Héctor Fix-Zamudio em seus 50 anos como Pesquisador do Direito*. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 105-149. Em nossa opinião, na linha do que entende João Batista Lopes, a criação de uma disciplina jurídica autônoma na grade curricular das Faculdades de Direito, denominada Direito Processual Constitucional, afigura-se desnecessária, “já que o objeto de estudo de que se cuida é o próprio processo civil, posto que sob a perspectiva constitucional. Mais adequado se mostra falar de constitucionalização do processo como simples método de trabalho em que o processo é estudado sob à luz dos princípios e valores expressos ou implícitos na Constituição Federal” (LOPES, João Batista. Princípio da proporcionalidade e efetividade do processo civil. In: MARINONI, Luiz Guilherme (Coord.). *Estudos de Direito Processual Civil: homenagem ao professor Egas Dirceu Moniz de Aragão*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 134). Nesse sentido, Cândido Rangel Dinamarco conceitua o Direito Processual Constitucional como o “método consistente em examinar o sistema processual e os institutos do processo à luz da Constituição e das relações mantidas com ela” (DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. 6. ed., São Paulo: Malheiros, 2009. v. 1, p. 193).

¹⁸³ FIX-ZAMUDIO, Héctor. *Latino America: Constitución, proceso y derechos humanos*. México: UDUAL: Miguel Angel Porrúa, 1988, p. 192 e 218 *apud* WALTER, Carlos. *Discurso jurídico na democracia: processualidade constitucionalizada*. Belo Horizonte: Fórum, 2008, p. 174.

¹⁸⁴ BARROS, Flaviane de Magalhães. O modelo constitucional de processo e o processo penal: a necessidade de uma interpretação das reformas do processo penal a partir da Constituição. In: MACHADO, Felipe Daniel

Nesse contexto, os citados juristas italianos atribuem ao modelo constitucional de processo os predicados de *expansividade*, *variabilidade* e *perfectibilidade*, com o objetivo de possibilitar a expansão, a modificação (variação) e o aperfeiçoamento da estrutura normativa processual de acordo com as necessidades concretas, sempre com fundamento na base principiológica que serve como substrato ao modelo processual. As características gerais do modelo constitucional de processo se manifestam:

- a) na ‘expansividade’ (do modelo), consistente na sua idoneidade (derivada da posição primária das normas constitucionais na hierarquia das fontes) para condicionar a fisionomia dos procedimentos jurisdicionais comuns concebidos pelo legislador ordinário, fisionomia essa que deverá ser compatível com aquele modelo (o constitucional);
- b) na ‘variabilidade’, consistente na possibilidade de assumir (o procedimento) formas diversas, de modo que a adequação ao modelo constitucional (por obra do legislador ordinário) das figuras processuais concretamente funcionais possa ocorrer segundo várias modalidades, de acordo com os escopos particularmente perseguidos;
- c) na ‘perfectibilidade’, consistente na idoneidade (do modelo constitucional) de ser aperfeiçoado pela legislação infraconstitucional, a qual (no próprio respeito daquele modelo e em função de alcançar objetivos particulares) pode mesmo construir procedimentos jurisdicionais caracterizados por (novas) garantias e institutos desconhecidos pelo modelo constitucional.¹⁸⁵

Com efeito, é pacífica, na doutrina jurídica contemporânea, a inevitável influência da Constituição sobre o processo. O fenômeno da constitucionalização do processo advém da consolidação de um Estado Democrático de Direito que reconhece a força normativa da Constituição, a qual irradia eficácia para as demais normas do ordenamento jurídico.¹⁸⁶

A criação, a interpretação e a aplicação do Direito devem necessariamente se pautar pela absoluta consonância às normas constitucionais e aos direitos fundamentais. O fortalecimento e a expansão do catálogo dos direitos fundamentais impõem ao processo a função de materialização dos princípios constitucionais.

Nessa toada, a aproximação entre Constituição e processo pode ser vista sob duas óticas: ora na de consagração de garantias constitucionais de processo, ora na de interpretação das normas processuais a partir dos princípios constitucionais. A constitucionalização do

Amorim; CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade (Coord.). *Constituição e Processo: a contribuição do processo ao constitucionalismo democrático brasileiro*. Belo Horizonte: Del Rey, 2009, p. 333-334.

¹⁸⁵ ANDOLINA, Ítalo; VIGNERA, Giuseppe. *Il modello costituzionale del processo civile italiano*. Torino: Giappichelli, 1990, p. 14-15 *apud* THEODORO JUNIOR, Humberto. *Constituição e processo: desafios constitucionais da reforma do processo civil no Brasil*. In: MACHADO, Felipe Daniel Amorim; CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade (Coord.). *Constituição e Processo: a contribuição do processo ao constitucionalismo democrático brasileiro*. Belo Horizonte: Del Rey, 2009, p. 237-238.

¹⁸⁶ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 10. ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 142-151 e 365-374.

Direito Processual, destarte, projeta o caráter de interdependência entre processo e direitos fundamentais: o processo, *como garantia constitucional*, se destina à tutela dos direitos fundamentais, ao mesmo tempo em que é estruturado com base em uma gama de garantias processuais de natureza constitucional.¹⁸⁷

Os direitos e as garantias fundamentais do processo representam o elemento central que conduz ao movimento de constitucionalização do Direito Processual e à interpretação do processo a partir da Constituição. Os direitos fundamentais, como “máximas processuais” com força imperativa, determinam direta ou indiretamente a conformação do processo.¹⁸⁸ O processo, logo, é configurado na dimensão da proteção da Constituição e dos direitos fundamentais:¹⁸⁹

Os direitos e garantias fundamentais, como vimos, são quem comandam todo esse processo de compreensão da Constituição como centro do ordenamento jurídico e de um processo que tenha como premissa a concretização desses direitos em cada caso concreto (...). Dentro dessa perspectiva, observa-se facilmente que os direitos e garantias fundamentais que tratam da forma de se assegurar os direitos em geral são juridicamente o alicerce para o neoprocessualismo (processo constitucional em nossa visão), já que toda a leitura e a conseqüente aplicação das normas criadas pós Constituição passam compulsoriamente por eles, não como guias abstratos aos juristas, mas como elementos que devem necessariamente ser materializados por meio do processo com amparo direto da Carta Maior. (...). Entendemos, pois, por neoprocessualismo, numa visão inicial, justamente essa contaminação dos valores constitucionais em todos os ramos processuais, de modo que as garantias constitucionais processuais previstas expressamente no bojo da Constituição impõem uma releitura de todas as regras e princípios processuais (...).¹⁹⁰

Fala-se, assim, que a constitucionalização do Direito Processual e a interdependência entre processo e direitos fundamentais são fruto de uma fase evolutiva da processualística denominada *Neoprocessualismo*.¹⁹¹ Em realidade, o movimento de constitucionalização do processo constitui um desdobramento do fenômeno da *constitucionalização do Direito*, por meio do qual se defende que a Constituição, como o

¹⁸⁷ DIDIER JR., Fredie. Teoria do Processo e Teoria do Direito: o Neoprocessualismo. In: DIDIER JR., Fredie (Org.). *Teoria do Processo: panorama doutrinário mundial*. Segunda série. Salvador: Jus Podivm, 2010. v. 2, p. 257-263.

¹⁸⁸ OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *Do formalismo no processo civil*. 2. ed., São Paulo: Saraiva, 2003, p. 83.

¹⁸⁹ MARINONI, Luiz Guilherme. Da teoria da relação jurídica processual ao processo civil do Estado constitucional. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, vol. 852, ano 95, p. 37, out. 2006.

¹⁹⁰ SAMPAIO JUNIOR, José Herval. A influência da constitucionalização do Direito no ramo processual: neoprocessualismo ou processo constitucional? Independente da nomenclatura adotada, uma realidade inquestionável. In: DIDIER JR., Fredie (Org.). *Teoria do Processo: panorama doutrinário mundial*. Segunda série. Salvador: Jus Podivm, 2010. v. 2, p. 430-433.

¹⁹¹ CAMBI, Eduardo. Neoconstitucionalismo e Neoprocessualismo. *Panóptica*. Vitória, ano 1, n. 6, fev./2007. Disponível em: <http://www.panoptica.org/fevereiro2007pdf/1Neoconstitucionalismoeneoprocessualismo.pdf>. Acesso em: 18 jun. 2012.

locus hermenêutico,¹⁹² fornece os parâmetros para a releitura de toda a ordem jurídica sob a “lente da Constituição, com o objetivo de realização dos valores nela consagrados” (*filtragem constitucional*).¹⁹³

Como um estágio avançado em relação ao *sincretismo* (confusão entre processo e direito material), ao *processualismo* (autonomia científica do processo) e ao *instrumentalismo* (processo como instrumento de concretização do direito material), a teoria neoprocessualista determina o estudo e a aplicação do Direito Processual com base nos pressupostos teóricos do movimento denominado *Neoconstitucionalismo*, a saber: a) reconhecimento da força normativa da Constituição; b) expansão da jurisdição constitucional; c) consagração e aumento do catálogo dos direitos fundamentais, com base na dignidade da pessoa humana; d) reaproximação entre o Direito, a Moral e a Filosofia, por meio da consolidação do caráter normativo dos princípios; e) desenvolvimento de uma nova hermenêutica constitucional, que leve em consideração o caráter plural e discursivo da sociedade.¹⁹⁴

Em suma, é fácil perceber que a noção do processo como garantia constitucional é corolário da ideia do modelo constitucional de processo, em um cenário de conexão direta entre a Constituição e o Direito Processual. O modelo constitucional de processo, como uma das facetas do movimento de constitucionalização do Direito Processual, representa “o conjunto de garantias constitucionais referentes ao processo dispostos no rol de direitos e de garantias fundamentais”.¹⁹⁵

Indo além, é a partir de um esquema geral de princípios e de garantias constitucionais processuais que se alcança uma compreensão adequada do que é o *processo*

¹⁹² STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito*. 8. ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 241.

¹⁹³ BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição*. 7. ed., São Paulo: Saraiva, 2009, p. 341-342.

¹⁹⁴ *Idem*, *Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito: o triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil*. Disponível em: <http://www.georgemlima.xpg.com.br/barroso.pdf>. Acesso em: 27 nov. 2011; é certo que concordamos com os pressupostos teóricos do “Neoconstitucionalismo” e com a doutrina do “Neoprocessualismo”, que exige o estudo do Direito Processual a partir da Constituição. Porém, particularmente, entendemos que tais nomenclaturas, em virtude do prefixo “neo”, podem levar a conclusões distorcidas, que erroneamente considerem que os *novos* constitucionalismo e processualismo rompem completamente com os *antigos*. Por isso, é importante a advertência de Fredie Didier Jr. ao defender a adoção do termo Neoprocessualismo: “Isso não significa que devam ser desprezadas as ‘velhas’ construções da ciência jurídica, tão ou mais imprescindíveis para a correta compreensão do fenômeno processual. Os institutos da Teoria do Direito (situações jurídicas, fatos jurídicos, norma jurídica etc.) e a História do Direito e do pensamento jurídico, tradicionais objetos das investigações científicas, não podem ser ignorados” (DIDIER JR., Fredie. Teoria do Processo e Teoria do Direito: o Neoprocessualismo. In: DIDIER JR., Fredie (Org.). *Teoria do Processo: panorama doutrinário mundial*. Segunda série. Salvador: Jus Podivm, 2010. v. 2, p. 257).

¹⁹⁵ SAMPAIO JUNIOR, José Herval. A influência da constitucionalização do Direito no ramo processual: neoprocessualismo ou processo constitucional? Independente da nomenclatura adotada, uma realidade inquestionável. In: DIDIER JR., Fredie (Org.). *Teoria do Processo: panorama doutrinário mundial*. Segunda série. Salvador: Jus Podivm, 2010. v. 2, p. 436.

justo em um Estado Democrático de Direito. A ideia do processo justo, como decorrência do modelo constitucional de processo, representa a constitucionalização de um devido processo legal democrático unificador das garantias constitucionais processuais, pautado na busca da efetividade da tutela jurisdicional, em respeito à supremacia da Constituição:

Tutela jurisdicional efetiva, adequada e justa somente seria a disponibilizada às partes com observância e respeito aos ditames garantísticos da Constituição. (...). Todo o direito processual, direito ao acesso à justiça, se viu envolvido pelo manto da constitucionalidade, traduzido na declaração de garantia de ‘processo justo’ em substituição à velha noção de ‘devido processo legal’. (...). Em suma: o ‘justo processo’ não pode ser formalizado pelo legislador ordinário, nem aplicado pelos órgãos jurisdicionais, sem amoldar-se ao modelo constitucional. (...). Da constitucionalização do processo decorre um ‘processo justo’ que absorve, naturalmente, aqueles direitos fundamentais específicos do processo, como a garantia do juiz natural e a proibição do juízo de exceção (CF, art. 5º, XXXVII e LII), do contraditório e ampla defesa (art. 5º, LV), da inadmissibilidade das provas obtidas por meios ilícitos (art. 5º, LVI) e da motivação obrigatória das decisões judiciais (art. 94, IX).¹⁹⁶

A noção do processo justo denota a sintetização de princípios constitucionais e de direitos fundamentais no campo do processo, por intermédio da consagração de garantias processuais. A justeza processual expressa o resguardo e a solidificação das normas constitucionais, por meio de um devido processo legal que prima pela efetividade da tutela jurisdicional em consonância com as garantias constitucionais processuais.¹⁹⁷

O processo justo, portanto, “não é aquele desempenhado segundo um único e dominante princípio”, mas, sim, aquele “que permite a convivência harmoniosa de todos os princípios e garantias constitucionais pertinentes ao acesso à justiça e prestação efetiva da adequada tutela aos direitos subjetivos materiais”.¹⁹⁸

¹⁹⁶ THEODORO JUNIOR, Humberto. Constituição e processo: desafios constitucionais da reforma do processo civil no Brasil. In: MACHADO, Felipe Daniel Amorim; CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade (Coord.). *Constituição e Processo: a contribuição do processo ao constitucionalismo democrático brasileiro*. Belo Horizonte: Del Rey, 2009, p. 233-243.

¹⁹⁷ Boa parte da doutrina denomina de *devido processo legal formal* (ou *procedimental*) a composição do processo pelas diversas garantias constitucionais processuais. Em contraposição, sustenta-se também a existência de um *devido processo legal substantivo* (ou *substancial*), o qual gera decisões jurídicas substancialmente devidas a partir da proteção do princípio da proporcionalidade, bem como exige a elaboração de leis com razoabilidade (*reasonableness*) e racionalidade (*rationality*). Por todos, conferir: BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição*. 7. ed., São Paulo: Saraiva, 2009, p. 224-253; em posição contrária, conferir: ÁVILA, Humberto. O que é ‘devido processo legal’?. In: DIDIER JR., Fredie. *Teoria do Processo: panorama doutrinário mundial*. Segunda série. Salvador: Jus Podivm, 2010. v. 2, p. 353-362.

¹⁹⁸ THEODORO JUNIOR, Humberto. Constituição e Processo: desafios constitucionais da reforma do Processo Civil no Brasil. In: THEODORO JUNIOR, Humberto; CALMON, Petrônio; NUNES, Dierle. *Processo e Constituição: os dilemas do processo constitucional e dos princípios processuais constitucionais*. Rio de Janeiro: GZ, 2012, p. 45.

Na visão de Gustavo de Medeiros Melo, o processo justo é a “espinha dorsal que move a idéia mais moderna de acesso aos canais de jurisdição, congregando as condições mínimas e insuprimíveis sem as quais não será possível ao Estado aplicar o direito material com justiça no seio das relações em conflito”. Com isso, o processo justo, composto “de garantias fundamentais de justiça”, atua como “veículo de realização dos valores básicos consagrados no sistema constitucional que institui o Estado democrático de Direito”.¹⁹⁹

Nessa ordem de ideias, o processo justo consubstancia garantia constitucional que instrumentaliza o acesso à tutela jurisdicional efetiva e adequada, com o objetivo de “preparar e proporcionar provimento jurisdicional compatível com a supremacia da Constituição e a garantia de efetividade dos direitos fundamentais”. O direito ao processo justo, em conjugação com o direito à jurisdição, atua “como meio indispensável à realização da justiça”. Na busca dos melhores resultados concretos pertinentes à defesa do direito material subjetivo, o processo justo “se insere entre as garantias fundamentais e se apresenta como apanágio da cidadania”.²⁰⁰

Portanto, o processo justo estrutura-se a partir da Constituição. Garantias constitucionais processuais e efetividade da tutela jurisdicional consubstanciam os seus alicerces, os quais estabelecem a prolação de decisões em respeito ao contraditório, que sejam objetivamente motivadas e aptas a efetivar a satisfação do direito material. Processo justo, em síntese, é aquele que “garante, em tempo razoável, e mediante amplo contraditório, a efetiva e adequada atuação do direito material”.²⁰¹

Nesse diapasão, o processo justo “se desenvolve respeitando os parâmetros fixados pelas normas constitucionais”, “perante um juiz imparcial, em contraditório entre todos os interessados, em tempo razoável”.²⁰² Não por outra razão, o art. 111 da Constituição italiana preceitua que “A jurisdição actua-se mediante o justo processo regulado pela lei. Cada

¹⁹⁹ MELO, Gustavo de Medeiros. *O acesso adequado à justiça na perspectiva do justo processo*. Disponível em: <http://www.ibds.com.br/artigos/OACESSOADEQUADOaJUSTIcANAPERSECTIVADOJUSTOPROCESSO.pdf>. Acesso em: 18 jun. 2012.

²⁰⁰ THEODORO JUNIOR, Humberto. *Processo justo e contraditório dinâmico*. Disponível em: <http://www.rechtd.unisinos.br/pdf/91.pdf>. Acesso em: 12 jun. 2012.

²⁰¹ THEODORO JUNIOR, Humberto. Constituição e processo: desafios constitucionais da reforma do processo civil no Brasil. In: MACHADO, Felipe Daniel Amorim; CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade (Coord.). *Constituição e Processo: a contribuição do processo ao constitucionalismo democrático brasileiro*. Belo Horizonte: Del Rey, 2009, p. 251.

²⁰² TROCKER, Nicola. Il nuovo art. III della Costituzione e il giusto processo in matéria civile: profi li generali. *Rivista Trimestrale di diritto e procedura civile*, 2001, p. 383-384 *apud* THEODORO JUNIOR, Humberto. *Processo justo e contraditório dinâmico*. Disponível em: <http://www.rechtd.unisinos.br/pdf/91.pdf>. Acesso em: 12 jun. 2012.

processo desenvolve-se no contraditório entre as partes, em condições de igualdade perante juiz terceiro e imparcial. A lei assegura a razoável duração (...)”.²⁰³

A partir dos objetivos de efetividade e de adequação da tutela jurisdicional e de ampliação do acesso à jurisdição, o processo justo estabelece a resolução do conflito de interesses mediante a prolação, por um juízo natural e imparcial previamente constituído, de um provimento objetivamente motivado, cuja atividade preparatória (processo) se realiza em amplo e paritário contraditório entre as partes.

O processo justo, nesse viés, é aquele que conjuga segurança jurídica e efetividade da tutela jurisdicional. Partindo de uma visão dinâmica do Direito Processual,²⁰⁴ o processo justo formata uma concepção democrática de devido processo legal, constitucionalmente adequada a um Estado Democrático de Direito.

É por esse motivo que, em nossa opinião, o contraditório, a ampla defesa, a motivação decisória, o juízo natural, o acesso à justiça e a efetividade da tutela jurisdicional consubstanciam os pilares que estruturam um modelo constitucional de devido processo legal democrático. Entendemos que essas garantias constitucionais, pela imensa importância que possuem, sintetizam os princípios constitucionais e os direitos fundamentais no âmbito do processo, delas se irradiando as demais garantias processuais.

De tal sorte, a nosso ver, o processo justo, advindo de um modelo de devido processo legal pautado na Constituição e na democracia, é constituído:

a) pela garantia constitucional do contraditório, expressão máxima da ampla defesa, dela se irradiando a tutela da igualdade, da liberdade e da solidariedade (através da cooperação processual), bem como o resguardo das garantias fundamentais à indispensabilidade da intervenção técnica do advogado, ao duplo grau de jurisdição e à inadmissibilidade das provas ilícitas;

b) pela motivação decisória, dela se irradiando a consagração das garantias fundamentais ao juízo natural, à reserva legal, à publicidade das decisões judiciais, à cooperação processual e ao duplo grau de jurisdição;

²⁰³ Disponível em:

[http://www.educazioneadulti.brescia.it/certifica/materiali/6.Documenti_di_riferimento/La%20Costituzione%20in%2015%20lingue%20\(a%20cura%20della%20Provincia%20di%20Milano\)/CostituzioneItaliana-Portoghese.pdf](http://www.educazioneadulti.brescia.it/certifica/materiali/6.Documenti_di_riferimento/La%20Costituzione%20in%2015%20lingue%20(a%20cura%20della%20Provincia%20di%20Milano)/CostituzioneItaliana-Portoghese.pdf). Acesso em: 11 jun. 2012.

²⁰⁴ No estudo do ‘direito ao processo’, Carlos Alberto de Oliveira coteja uma visão *estática* do devido processo legal, puramente formal ou abstrata (processo *tout court*), e uma visão *dinâmica* do devido processo legal, atrelada a um “conteúdo modal qualificado (‘direito ao justo processo’)”, e segundo a qual “todos os institutos e categorias jurídicas são relidos à luz da Constituição e na qual o processo civil é materialmente informado pelos direitos fundamentais” (OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. Os direitos fundamentais à efetividade e à segurança em perspectiva dinâmica. *Revista de Processo*, São Paulo, ano 33, n. 155, p. 22, jan. 2008).

c) pela efetividade e adequação da tutela jurisdicional, dela se irradiando a consagração de todas as garantias constitucionais conjugadas com a instrumentalização da razoável duração do processo e da tutela do acesso à justiça.

Em suma, o processo justo é o “meio concreto de praticar o processo judicial delineado pela Constituição para assegurar o pleno acesso à justiça e a realização das garantias fundamentais traduzidas nos princípios da legalidade, liberdade e igualdade”,²⁰⁵ e consagra as seguintes garantias constitucionais: a) o direito de pleno acesso à justiça (art. 5º, XXXV, da CRFB), inclusive com o dever estatal de assistência jurídica integral e gratuita a todos que comprovarem insuficiência de recursos (art. 5º, LXXIV, da CRFB); b) o direito de ampla defesa e do contraditório (art. 5º, LIV e LV, da CRFB); c) a independência e a imparcialidade do juiz, bem como a garantia do juízo natural (art. 5º, XXXVII e LIII, da CRFB); d) a obrigatoriedade da motivação das decisões judiciais (art. 93, IX, da CRFB), em conjugação com a garantia da publicidade dos atos processuais (art. 5º, LX, da CRFB); e) a vedação das provas ilícitas (art. 5º, LVI, da CRFB); f) a garantia de uma duração razoável, que proporcione uma tempestiva tutela jurisdicional (art. 5º, LXXVIII, da CRFB).²⁰⁶

Mas não é só, pois, além do resguardo das garantias constitucionais processuais, o processo justo é aquele que proporciona a efetividade da tutela jurisdicional e a concreta satisfação do direito material, à luz da supremacia constitucional e dos direitos fundamentais. A Constituição, ao estatuir que “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal” (art. 5º, LIV, da CRFB), assegura, aos jurisdicionados, proteção contra o “risco de perda de algum direito”, pois a expressão ‘bens’, empregada em sentido amplo, compreende “qualquer situação de vantagem integrante do patrimônio jurídico do sujeito de direito”.²⁰⁷

Fernando Gonzaga Jayme resume a concepção de processo justo que melhor se adequa ao modelo constitucional de devido processo legal inserido no Estado Democrático de Direito:

A observância da garantia do devido processo legal visa a assegurar um processo justo que regula a atuação das partes e do juiz no procedimento que se realiza em contraditório. Manifesta será a arbitrariedade quando se privar alguém de sua liberdade ou de seu patrimônio sem assegurar-lhe, previamente, acesso ao devido

²⁰⁵ THEODORO JUNIOR, Humberto. *Processo justo e contraditório dinâmico*. Disponível em: <http://www.rechtd.unisinos.br/pdf/91.pdf>. Acesso em: 12 jun. 2012.

²⁰⁶ *Idem*, *Direito fundamental à duração razoável do processo*. Disponível em: http://www.anima-opet.com.br/segunda_edicao/Humberto_Theodoro_Junior.pdf. Acesso em: 12 jun. 2012.

²⁰⁷ OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *Do formalismo no processo civil*. 2. ed., São Paulo: Saraiva, 2003, p. 85.

processo legal. (...). O processo, enquanto instrumento de realização do direito substancial, tem de ser tempestivo e deve velar para que o procedimento se desenvolva sem dilações indevidas, conforme regras previamente estabelecidas, que assegurem a participação em contraditório das partes e que o julgador competente, independente e imparcial, profira uma sentença fundamentada, admitindo-se, quando não excepcionado pela Constituição da República, o duplo grau de jurisdição.²⁰⁸

Por seu turno, Luigi Paolo Comoglio aduz que o *justo processo* (*giusto processo*) compreende *garantias individuais* e *garantias estruturais*. Como garantias individuais, o autor enumera: a) acesso amplo à justiça para todos, em condições de igualdade e de correlação e adequação da tutela correspondente à situação jurídica substancial concreta; b) ampla defesa, como ‘direito inviolável’, em todas as fases e graus do procedimento jurisdicional; c) assistência judiciária gratuita aos necessitados; d) juiz natural, pré-constituído pela lei.

Já como garantias estruturais, o autor aponta: a) justiça administrada em nome do povo e juízes sujeitos apenas à lei; b) função jurisdicional confiada a magistrados instituídos e disciplinados com base nas normas de organização judiciária; c) vedação dos juízes extraordinários ou de exceção; d) atribuição à jurisdição do fim institucional de realizar a ‘tutela’ dos direitos subjetivos substanciais; e) independência e autonomia da magistratura (Poder Judiciário); f) independência dos juízes e do Ministério Público; g) exercício da jurisdição segundo o ‘justo processo regulado pela lei’; h) garantia, em qualquer tipo de processo, do contraditório entre as partes, em condições de igualdade, diante de um juiz neutro e imparcial, assegurada a razoável duração do processo; i) motivação de todas as decisões judiciais; j) direito sempre ao recurso de cassação, por violação da lei.

De forma mais sintética, o autor agrupa o que considera como as *garantias mínimas* do processo justo: a) a relação de instrumentalidade necessária entre direito substancial e processo; b) o acesso às cortes de justiça, com superação dos fatores de desigualdade socioeconômica que limitam tal acesso; c) a independência, a autonomia e a imparcialidade do juiz; d) o exercício, em condições adequadas e paritárias, dos direitos de ação e defesa; e) o direito das partes a um processo justo e equo.²⁰⁹

²⁰⁸ JAYME, Fernando Gonzaga. Os problemas da efetiva garantia de proteção judicial perante o Poder Judiciário brasileiro. In: JAYME, Fernando Gonzaga; FARIA, Juliana Cordeiro de; LAUAR, Maira Terra (Coord.). *Processo Civil – novas tendências*: estudos em homenagem ao Professor Humberto Theodoro Júnior. Belo Horizonte: Del Rey, 2008, p. 246.

²⁰⁹ COMOGLIO, Luigi Paolo; FERRI, Corrado; TARUFFO, Michele. *Lezioni sul proceso civile*. 4. ed., Bologna: Il Mulino. v. 1, p. 61-62; COMOGLIO, Luigi Paolo. *Etica e tecnica del ‘giusto processo’*. Torino, G. Giappichelli: 2004, p. 162 *apud* THEODORO JUNIOR, Humberto. Constituição e Processo: desafios constitucionais da reforma do Processo Civil no Brasil. In: THEODORO JUNIOR, Humberto; CALMON,

O autor arremata, sob a ótica do Estado Democrático de Direito, que o processo justo é formado por garantias processuais destinadas a efetivar, no domínio processual, os princípios constitucionais da igualdade, da liberdade, da democracia, da cidadania, da soberania popular e da dignidade da pessoa humana. A partir de uma *deontologia* pautada no respeito aos direitos essenciais da pessoa, o direito fundamental a um processo justo visa a tutelar um mínimo inderrogável e inviolável de garantias constitucionais, cuja *ética* é edificada no “conjunto dos valores fundamentais da civilização e da democracia”.²¹⁰

A bem da verdade, as garantias constitucionais que compõem o processo justo constituem o fundamento de legitimidade do exercício democrático da atividade jurisdicional. O processo justo atua como mecanismo de controle da jurisdição, seja pela imposição de limites ao seu exercício, seja pela conformação, na dimensão da proteção dos direitos fundamentais, do conteúdo mínimo do provimento.

4 A LEGITIMIDADE DEMOCRÁTICA DA JURISDIÇÃO A PARTIR DAS GARANTIAS CONSTITUCIONAIS DO PROCESSO

Tradicionalmente, a jurisdição é vista como a função do juiz de *dizer o direito* (*juris dicere*), resultante do poder do Estado de resolver, com fundamento no Direito, os conflitos de interesses²¹¹ que lhe são submetidos.²¹² É a função jurisdicional que possibilita ao Estado, quando provocado e por meio de um processo, corrigir o descumprimento de normas jurídicas, mediante a prolação, por um juízo natural e imparcial, de pronunciamentos decisórios imperativos, com aptidão para formação de coisa julgada material.

Petrônio; NUNES, Dierle (Coord.). *Processo e Constituição: os dilemas do processo constitucional e dos princípios processuais constitucionais*. Rio de Janeiro: GZ, 2012, p. 35-36.

²¹⁰ COMOGLIO, Luigi Paolo. *Ética e técnica del 'giusto processo'*. Torino, G. Giappichelli: 2004, p. 07 *apud* THEODORO JUNIOR, Humberto. *Processo justo e contraditório dinâmico*. Disponível em: <http://www.rechtd.unisinos.br/pdf/91.pdf>. Acesso em: 12 jun. 2012.

²¹¹ Francesco Carnelutti ensina que o conceito de *interesse*, fundamental para o estudo do processo, significa “a posição favorável à satisfação de uma necessidade”, a qual se verifica em relação a um *bem*. Nesse sentido, o *conflito de interesses* surge quando “a situação favorável à satisfação de uma necessidade excluir a situação favorável à satisfação de uma necessidade distinta” (CARNELUTTI, Francesco. *Sistema de Direito Processual Civil*. Tradução de Hiltomar Martins Oliveira. São Paulo: Classic Book, 2000. v. 1, p. 55-61).

²¹² LLOBREGAT, José Garberí. *Constitución y Derecho Procesal: los fundamentos constitucionales del Derecho Procesal*. Pamplona: Thommson Reuters, 2009, p. 40.

Como “função essencial própria à administração da justiça”, a jurisdição expressa “o poder de atuar a vontade da lei no caso concreto”.²¹³ A atividade jurisdicional, de natureza indelegável, visa a tutelar, a declarar, a reconhecer ou a efetivar esferas jurídicas ameaçadas ou lesionadas em determinada situação concreta, e somente pode ser exercida por alguém investido na autoridade de juiz.²¹⁴

Para Elio Fazzalari, a jurisdição apresenta as seguintes características: a) tem como pressuposto o *ilícito*, “mais precisamente a (perpetrada ou atualmente ameaçada) violação de um dever substancial, já imposto pela lei substancial”; b) a imparcialidade do juízo, decorrente da “posição de ‘estranheidade do juiz’ em relação à situação substancial deduzida na lide, vale dizer a sua posição de ‘terceiro’ (*a terzietá*)”;²¹⁵ c) o fato de que a coordenação do processo jurisdicional provém de “iniciativa de sujeito diverso do órgão judicante (*nemo iudex sine actore*)”; d) a autoridade da coisa julgada, “entendida como *incontestabilidade* (por obra das partes) e *intocabilidade* (por obra do juiz), portanto como *irretratabilidade em sede judiciária* do provimento jurisdicional e dos seus efeitos”.²¹⁶

Fato é que, no Estado Democrático de Direito, percebe-se um fortalecimento da atividade jurisdicional, a ponto de se falar em um “agigantamento da figura do juiz”.²¹⁷ A

²¹³ CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de Direito Processual Civil*. Tradução de J. Guimarães Menegale. São Paulo: Saraiva, 1942. v. 1, p. 73-74.

²¹⁴ Como bem salienta Piero Calamandrei, o conceito de jurisdição guarda “relatividade histórica”, de modo que “Não se pode dar uma definição do conceito de jurisdição absoluta, válida para todos os tempos e para todos os povos”. Contudo, ainda que seja um conceito contingencial e relativo a certo momento histórico, é certo que a jurisdição é manifestação da soberania estatal, e se revela quando o Estado intervém para pacificar e manter a convivência social ameaçada por um conflito de interesses. (CALAMANDREI, Piero. *Direito Processual Civil: estudos sobre o Processo Civil*. Tradução de Luiz Abezia e Sandra Drina Fernandez Barbery. Campinas: Bookseller, 1999. v. 1, p. 96-97 e 150-155).

²¹⁵ No ponto, é importante a advertência do próprio Elio Fazzalari: “A estranheza (ou ‘terceiridade’) do juiz não significa imparcialidade do provimento jurisdicional: ele é por excelência parcial, é todo a favor de quem tem razão, já que, uma vez estabelecida a existência dos pressupostos, isto é, o certo e o errado, o juiz invoca medidas a cargo de quem está errado”. Portanto, “o momento do ‘julgamento’ é o cume do qual se colhe a ‘imparcialidade’ do juiz”; porém, acertados os fundamentos fáticos e jurídicos, o juiz exare o comando jurisdicional de forma “parcial”, uma vez que se coloca em posição “favorável a quem ele haja dado razão, que o tutela contra o autor do ilícito” (FAZZALARI, Elio. *Instituições de Direito Processual*. Tradução de Elaine Nassif. Bookseller: Campinas, 2006, p. 489; 560).

²¹⁶ FAZZALARI, Elio. *Instituições de Direito Processual*. Tradução de Elaine Nassif. Bookseller: Campinas, 2006, p. 560-561.

²¹⁷ DALLA, Humberto. Disponível em: http://www.humbertodalla.pro.br/arquivos/a_mediacao_e_a_solucao_de_conflitos_no_estado_democratico.pdf. Acesso em: 15 abr. 2010. Para Mauro Cappelletti, a sociedade atual produz não só o agigantamento da figura do juiz – em que o Judiciário se torna o “*terceiro gigante* na cosmogonia do Estado Social Moderno” –, mas também um “enorme crescimento do estado”, formando o que chama de *estado gigante* (ou *Big Government* ou *Big Bureaucracy*), o qual convive com um “gigantismo das formações econômicas e sociais” (*Big Business, Big Labor* ou *Big Organization*). Para o autor, esse agigantamento estatal e corporativo demanda um sistema adequado de controles recíprocos e contrapesos, ainda que implique “crescimento e fragmentação do poder judiciário” (CAPPELLETTI, Mauro. *Processo, ideologias e sociedade*. Tradução de Elício de Cresci Sobrinho.

jurisdição assume um “papel central na arquitetura constitucional”,²¹⁸ que tem como escopo a satisfação dos anseios sociais e das expectativas jurídicas dos cidadãos. Os magistrados assumem a condição de “intérpretes oficiais do Direito”,²¹⁹ e o Judiciário, de “poder quase ‘nulo’”, se vê “alçado a uma posição muito mais importante no desenho institucional do Estado contemporâneo”.²²⁰

Nessa toada, atualmente verifica-se uma tendência de deslocamento do centro de decisões para o Judiciário,²²¹ formando o que alguns denominam de “Estado Jurisdição”.²²² A projeção do núcleo decisional para o Judiciário tem como consequências a “revalorização do momento jurisprudencial do direito” e o “incremento dos poderes do juiz”.²²³ A crescente movimentação da sociedade civil, cada vez mais engajada na busca judicial de suas pretensões, implica o fortalecimento do papel dos juízes na concreção dos direitos fundamentais, de modo a conferir, ao Judiciário, importante papel na efetivação da Constituição.

No âmbito processual, também são alargados os poderes do juiz. Nesse cenário, surge, no início do século XXI, na Inglaterra, na França e na Itália, a ideia do “gerenciamento do processo” (*case management*) pelo juiz, com a outorga aos magistrados de instrumentos de gestão processual e de flexibilização procedimental:

A concepção de ‘gerenciamento’ processual preconiza a ampliação dos poderes do juiz na condução do processo, para que o direcionamento da sua marcha não fique à mercê das partes e, ainda, para permitir ao juiz a adaptação do procedimento ao caso concreto. Assim, o juiz assume o papel de gerente do processo para organizar e conduzir a marcha processual, mediante sua adaptação à complexidade da causa: o juiz, de acordo com as características de determinado processo, vai realizar a condução da marcha procedimental num contexto em que a atuação judicial possa

Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2008. v. 1, p. 9-10; *Idem*, *Juízes legisladores?*. Tradução de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1993, p. 52-60).

²¹⁸ CARVALHO NETTO, Menelick de. Requisitos pragmáticos da interpretação jurídica sob o paradigma do Estado Democrático de Direito. *Revista de Direito Comparado*, Belo Horizonte, v. 3, p. 474-475, 1999.

²¹⁹ Mesmo Peter Häberle, idealizador de uma sociedade aberta de intérpretes da Constituição, reconhece que os juízes são aqueles que fornecem, geralmente, a “última palavra sobre a interpretação”, uma vez que representam os “intérpretes ‘corporativos’ ou autorizados jurídica ou funcionalmente pelo Estado” (HÄBERLE, Peter. *A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1997, p. 14; 34).

²²⁰ SARMENTO, Daniel. O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades. In: NOVELINO, Marcelo (Org.). *Leituras complementares de Direito Constitucional: Teoria da Constituição*. Salvador: Jus Podivm, 2009, p. 37.

²²¹ STRECK, Lenio. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito*. 8. ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 37-38.

²²² BOLZAN DE MORAIS, José Luis. O Estado Constitucional – entre justiça e política: porém, a vida não cabe em silogismos!. In: MACHADO, Felipe; CATTONI, Marcelo (Coord.). *Constituição e Processo: entre o Direito e a Política*. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 168.

²²³ *apud* Prólogo de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira ao PICARDI, Nicola. *Jurisdição e Processo*. Organização e revisão técnica da tradução de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. VII.

observar a relação custo/benefício de cada situação litigiosa, a fim de que cada causa mereça atenção de acordo com suas necessidades concretas, para que haja a melhor distribuição possível dos recursos judiciais entre todos os processos em curso perante a jurisdição.²²⁴

Diante desse contexto, ganha relevância o debate acerca da (suposta) inexistência de fundamentos aptos a atribuir legitimidade à função jurisdicional. A ausência de mandato eletivo para o exercício da jurisdição, bem como a possibilidade de intervenção judicial em matérias relativas à esfera de atribuições de instâncias estatais eleitas pelo voto popular, resulta em questionamentos acerca do caráter democrático do exercício da jurisdição.

Conforme ensina Norberto Bobbio, a questão acerca da legitimidade de uma função estatal perpassa a discussão acerca da justificação do poder político, com relação à obediência de sua autoridade pela força, o que ocorre a partir da seguinte indagação: “Admitido que o poder político é o poder que dispõe do uso exclusivo da força num determinado grupo social, basta a força para fazê-lo aceito por aqueles sobre os quais se exerce, para induzir os seus destinatários a obedecê-lo?”. Nesse sentido, o debate sobre a legitimidade do poder estatal se prende ao problema da obediência de sua autoridade pelos seus destinatários, se pela força ou pelo convencimento, pois “onde acaba a obrigação de obedecer às leis (...) começa o direito de resistência (...)”.²²⁵

Em um Estado Democrático de Direito, a discussão acerca da legitimação do poder estatal se relaciona ao seu exercício com a observância das normas constitucionais. A justificação, que possibilita a aceitação da imperatividade estatal, está associada com o respeito aos princípios basilares da democracia, da cidadania, da soberania popular e da dignidade da pessoa humana, bem como aos direitos e às garantias fundamentais.

No que tange à função jurisdicional, a questão acerca da legitimidade democrática dos juízes e da judicatura, nas palavras de Mauro Cappelletti, constitui um *formidável problema (problème formidable)*. O autor indaga se, em um regime democrático, é possível o exercício da jurisdição por magistrados não eleitos pelo voto popular e com relativa isenção de responsabilidade perante a sociedade.²²⁶

²²⁴ ANDRADE, Érico. As novas perspectivas do gerenciamento e da ‘contratualização’ do processo. In: JAYME, Fernando Gonzaga; FARIA, Juliana Cordeiro de; LAUAR, Maira Terra (Coord.). *Processo civil – novas tendências: homenagem ao Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira*. Belo Horizonte: Del Rey, 2011, p. 141-148.

²²⁵ BOBBIO, Norberto. *Estado, governo, sociedade: para uma teoria geral da política*. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. 14. ed., São Paulo: Paz e Terra, 2007, p. 86-91.

²²⁶ CAPPELLETTI, Mauro. *Processo, ideologias e sociedade*. Tradução de Elício de Cresci Sobrinho. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2008. v. 1, p. 121-122.

De fato, é discutível a ideia de que o Judiciário pode substituir a vontade popular no exercício da função jurisdicional, de maneira a impor *poder de veto* (ou “faculdade de impedir”)²²⁷ em face do Executivo (politicamente responsável) e do Legislativo (democraticamente eleito) – os quais, em tese, refletem a vontade da maioria votante.²²⁸ Trata-se, a rigor, da chamada *dificuldade contramajoritária*, que retrata a discussão acerca da existência de fundamentos democráticos para o exercício de uma função jurisdicional por juízes tecnicamente especializados, mas não investidos no cargo mediante eleição popular.²²⁹

Todavia, a nosso ver, a questão acerca da legitimidade democrática dos juízes para o exercício da função jurisdicional não deve se prender à discussão sobre a forma de investidura dos magistrados – se mediante eleição popular, livre nomeação ou seleção técnica. E isso porque, diante da distinção entre princípio democrático e princípio majoritário, infere-se que a opção constitucional pela seleção e recrutamento dos juízes mediante critério distinto do sufrágio popular “não retira a condição de legitimação democrática do exercício do poder e muito menos a natureza de mandato”.²³⁰

Em realidade, a legitimidade democrática da função jurisdicional decorre da própria Constituição, uma vez que é esta, promulgada através de Assembléia Nacional Constituinte de caráter popular, que outorga ao Judiciário o poder jurisdicional. As normas constitucionais consagram o Judiciário como *poder* (função) nuclear da estrutura estatal (art. 2º, da CRFB), cuja atividade se dirige à proteção das liberdades fundamentais e à legitimação do próprio regime democrático do Estado de Direito:

²²⁷ O Judiciário, além da função de controle como fiscalização (expressão francesa *contrôle*), detém também a função de controle como comando (expressão inglesa *control*). Assim é que, fazendo “um paralelo com a distinção de Montesquieu entre a *faculté de statuer* e a *faculté d’empêcher* no processo legislativo, o Judiciário tem, hoje, nitidamente, uma faculdade de impedir” (FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Aspectos do Direito Constitucional contemporâneo*. 3. ed., São Paulo: Saraiva, 2011, p. 228).

²²⁸ MACEDO, Elaine Harzheim. *De Salomão à escolha de Sofia*: proposta de legitimação da decisão judicial à luz da Constituição de 1988. Disponível em: <http://www.tex.pro.br/tex/listagem-de-artigos/324-artigos-abr-2011/7944-de-salomao-a-escolha-de-sofia-proposta-de-legitimacao-da-decisao-judicial-a-luz-da-constituicao-de-1988>. Acesso em: 16 jun. 2012.

²²⁹ O contramajoritarismo, que permeia a discussão acerca da legitimidade da jurisdição, está presente quando se indaga “como a decisão do juiz, ao afirmar a norma constitucional ou o direito fundamental, pode se opor à norma editada pelo parlamento”. No constitucionalismo norte-americano, a questão é bem trabalhada por Alexander Bickel, o qual discute se o exercício do controle de constitucionalidade pela Suprema Corte frustra ou não a vontade dos representantes do povo. (BICKEL, Alexander. *The least dangerous branch*. 2. ed., New Haven: Yale University Press, 1986, p. 16-17 *apud* MARINONI, Luiz Guilherme. Da teoria da relação jurídica processual ao processo civil do Estado constitucional. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, vol. 852, ano 95, p. 26-27, out. 2006).

²³⁰ MACEDO, Elaine Harzheim. *De Salomão à escolha de Sofia*: proposta de legitimação da decisão judicial à luz da Constituição de 1988. Disponível em: <http://www.tex.pro.br/tex/listagem-de-artigos/324-artigos-abr-2011/7944-de-salomao-a-escolha-de-sofia-proposta-de-legitimacao-da-decisao-judicial-a-luz-da-constituicao-de-1988>. Acesso em: 16 jun. 2012.

O juiz recebe do povo, através da Constituição, a legitimação formal de suas decisões, que muitas vezes afetam de modo extremamente grave a liberdade, a situação familiar, o patrimônio, a convivência na sociedade e toda uma gama de interesses fundamentais de uma ou de muitas pessoas. Essa legitimação deve ser permanentemente complementada pelo povo, o que só ocorre quando, segundo a convicção predominante, os juízes estão cumprindo seu papel constitucional, protegendo eficazmente os direitos e decidindo com justiça.²³¹

Nessa perspectiva, o poder jurisdicional “se legitima por si mesmo pelo fato de encontrar-se reconhecido como tal na Constituição”.²³² Com isso, não se deve entender a atividade jurisdicional, exercida por um número circunscrito de juízes (minorias), como um instrumento de substituição da vontade da maioria (povo), de forma a afetar a base da democracia.

Diferentemente, a legitimidade da jurisdição “está sustentada na noção de democracia constitucional, posto que a ela interessa não só a regra da maioria, senão a tutela das minorias”. O Judiciário, assim, se justifica pela guarda da Constituição, “e, portanto, das instituições e dos direitos individuais”.²³³ A Constituição, nessa ótica, representa “a manifestação do princípio majoritário permanente”, e não a “vontade de uma maioria conjuntural (decorrente do sufrágio)”.²³⁴

O fundamento maior de legitimidade democrática da jurisdição é a incondicional sujeição dos magistrados às normas constitucionais,²³⁵ com a finalidade de concreção dos direitos fundamentais. O exercício legítimo da jurisdição advém da própria competência jurisdicional direcionada ao resguardo das liberdades públicas e da garantia de observância dos procedimentos democráticos de participação e de deliberação.²³⁶

Ademais, o Judiciário também se legitima a partir de suas próprias garantias constitucionais e prerrogativas funcionais. O alto grau de independência funcional conferido

²³¹ DALLARI, Dalmo de Abreu. *O poder dos juízes*. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 87.

²³² LLOBREGAT, José Garberí. *Constitución y Derecho Procesal: los fundamentos constitucionales del Derecho Procesal*. Pamplona: Thomson Reuters, 2009, p. 46, tradução livre.

²³³ LORENZETTI, Ricardo Luis. *Teoria da decisão judicial: fundamentos de direito*. 2. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 336.

²³⁴ MACEDO, Elaine Harzheim, *op. cit.* Disponível em: <http://www.tex.pro.br/tex/listagem-de-artigos/324-artigos-abr-2011/7944-de-salomao-a-escolha-de-sofia-proposta-de-legitimacao-da-decisao-judicial-a-luz-da-constituicao-de-1988>. Acesso em: 16 jun. 2012.

²³⁵ A título ilustrativo, cite-se que a Constituição dos EUA prevê, em sua cláusula 2ª do artigo VI, que “Esta Constituição e as leis complementares e todos os tratados já celebrados ou por celebrar sob a autoridade dos Estados Unidos constituirão a lei suprema do país; os juízes de todos os Estados serão sujeitos a ela, ficando sem efeito qualquer disposição em contrário na Constituição ou nas leis de qualquer dos Estados” (Disponível em: <http://braziliantranslated.com/eacon01.html>. Acesso em: 07 jan. 2012).

²³⁶ BARROSO, Luís Roberto. *Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito: o triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil*. Disponível em: <http://www.georgemlima.xpg.com.br/barroso.pdf>. Acesso em: 27 nov. 2011.

aos magistrados possibilita que a função jurisdicional seja exercida com a responsabilidade,²³⁷ a autonomia e a imparcialidade necessárias à adequada resolução dos conflitos de interesses. De fato, é imperativa – inclusive como garantia fundamental da sociedade – a “existência de uma jurisdição em que o poder estatal seja exercido exclusiva e excludentemente por tribunais independentes prévia e legalmente estabelecidos, funcionalmente desenvolvidos de modo imparcial no processo”, e cuja atividade se destina à “satisfação irrevogável dos interesses jurídicos socialmente relevantes”.²³⁸

Um Judiciário independente, “politicamente legitimado”²³⁹ e respaldado pelos princípios constitucionais da inafastabilidade da jurisdição (art. 5º, XXXV, da CRFB) e do juízo natural (art. 5º, XXXVII, da CRFB), é essencial para o povo, “que precisa de juízes imparciais para harmonização pacífica e justa dos conflitos de direitos”.²⁴⁰ A democracia pressupõe a “existência de uma magistratura bem preparada para o desempenho da função, independente e responsável”, dentro de um cenário de respeito à cidadania por meio da submissão do poder estatal a “efetivos controles sociais”.²⁴¹

Nessa linha, o *controle* do exercício da função jurisdicional é imprescindível para a conferência de legitimidade democrática à jurisdição. Como bem ressalta Inocêncio Mártires Coelho, “enquanto o Parlamento ostenta uma legitimidade de origem, os juízes têm-na adquirida, pelo modo como exercem a jurisdição. Aos parlamentares a sociedade confere legitimidade pela eleição; aos juízes, pelos controles de seu comportamento”.²⁴²

À evidência, o Judiciário representa uma instância estatal essencialmente limitada pela Constituição, a qual confere à sociedade a prerrogativa de fiscalização da realização da democracia e da cidadania, por intermédio da soberania popular. A fiscalização e a participação popular são essenciais para sustentar a legitimidade da função jurisdicional, pois um regime democrático não se coaduna com a imunidade e um “poder só será

²³⁷ Como bem ressalta Calmon de Passos, “a independência de que precisam desfrutar os juízes em face dos agentes das demais funções do Estado é diretamente proporcional a sua responsabilidade sócio-política, vale dizer, a sua submissão a controles sociais institucionalizados, capazes de coibir-lhes os abusos e os desvios deslegitimadores. Conseqüentemente, somar poderes aos magistrados sem lhes acrescer, também, a responsabilidade é deslegitimá-lo democraticamente” (PASSOS, José Joaquim Calmon de. *Direito, poder, justiça e processo: julgando os que nos julgam*. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 106).

²³⁸ BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *Teoria geral da cidadania: a plenitude da cidadania e as garantias constitucionais processuais*. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 13.

²³⁹ SILVA, Ovídio A. Baptista da. Processo e ideologia. *Revista de Processo*, São Paulo, ano 28, n. 110, p. 20, abr./jun. 2003.

²⁴⁰ DALLARI, Dalmo de Abreu. *O poder dos juízes*. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 44-45.

²⁴¹ PASSOS, José Joaquim Calmon de. *Direito, poder, justiça e processo: julgando os que nos julgam*. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 117.

²⁴² COELHO, Inocêncio Mártires. *Interpretação constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 60.

democraticamente exercido se houver a correspondente responsabilidade”.²⁴³ Nessa linha de raciocínio, Dalmo Dallari diz:

O controle do Poder Judiciário pela sociedade e pelos próprios juízes é um requisito da democracia e, além disso, será a garantia de eliminação das ações e omissões que, ocultadas ou protegidas pelo pretexto da preservação da independência, impedem o Judiciário de ser um verdadeiro Poder democrático.²⁴⁴

Nessa senda, a consagração do *devido processo legal* como garantia fundamental é mecanismo inarredável para permitir a legítima fiscalização da atividade jurisdicional. O resguardo do *contraditório*, somado à necessidade de *motivação racional* dos pronunciamentos jurisdicionais, atribui legitimidade democrática à função jurisdicional.

Mediante o pleno exercício do contraditório e da ampla defesa, asseguram-se às partes os direitos de participar e de influenciar no conteúdo de um provimento jurisdicional adequadamente fundamentado e proferido por um juízo natural, de forma a possibilitar a realização efetiva do direito ou da garantia fundamental violado ou ameaçado (efetividade da tutela jurisdicional). Considerando a íntima articulação entre Constituição e processo, idealiza-se uma jurisdição capaz de tutelar o princípio da supremacia constitucional e de proteger incondicionalmente as liberdades públicas elementares.²⁴⁵

O controle de decisões judiciais descompromissadas com a Constituição obsta que decisões judiciais resultem “de capricho ou idiosincrasias e predileções subjetivas dos

²⁴³ MACEDO, Elaine Harzheim. *De Salomão à escolha de Sofia*: proposta de legitimação da decisão judicial à luz da Constituição de 1988. Disponível em: <http://www.tex.pro.br/tex/listagem-de-artigos/324-artigos-abr-2011/7944-de-salomao-a-escolha-de-sofia-proposta-de-legitimacao-da-decisao-judicial-a-luz-da-constituicao-de-1988>. Acesso em: 16 jun. 2012; a autora ensina que há três sistemas de fiscalização da atividade jurisdicional: a) fiscalização do juiz enquanto agente público, de natureza administrativo-burocrática, através de órgãos internos e externos ao Judiciário; b) o controle do juiz a partir do sistema de freios e contrapesos, em face do Legislativo e do Executivo; c) o controle social, exercido pelo público em geral, a exemplo das assembleias populares e do *recall* norte-americano (requerimento popular para remoção do juiz, através de processo eleitoral).

²⁴⁴ DALLARI, Dalmo de Abreu. *O poder dos juízes*. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 75; o autor já há tempos dizia que era “indispensável a criação de órgãos de controle”, pois “a independência, indispensável para que o juiz possa decidir com justiça, não deve servir de pretexto para que se mantenha a irresponsabilidade dos órgãos dirigentes ou de todos os integrantes dos tribunais. (...) Na realidade, as cúpulas dos tribunais estão fora de controle, o que é incompatível com a exigência de responsabilidade administrativa prevista na Constituição e inerente à sociedade democrática. Como a prática tem demonstrado, as Corregedorias dos tribunais, em muitos Estados, raramente atuam punindo um juiz” (p. 74). Por isso, é oportuno citar a importante decisão proferida pelo STF na ADI n. 4.638, por meio da qual a Suprema Corte, por maioria, negou referendo à decisão liminar então concedida pelo Ministro Marco Aurélio para suspender a vigência do art. 12, *caput* e parágrafo único, da Resolução n. 135/2011 do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), de forma a manter a competência originária do CNJ – e concorrente com os Tribunais – de controle da atuação dos magistrados, mediante instauração de processos administrativos disciplinares destinados à apuração de infrações administrativas e aplicação das respectivas penalidades previstas em lei. (Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=198993>. Acesso em: 08 fev. 2012).

²⁴⁵ BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *Direito Processual Constitucional*: aspectos contemporâneos. Belo Horizonte: Fórum, 2008, p. 45.

juízes”. A fiscalização da atividade jurisdicional, mediante o contraditório e a fundamentação decisória, sujeita o Judiciário a um alto “grau de ‘exposição’ ao público e de controle por parte da coletividade”, o que torna os juízes “mais ‘responsáveis’ perante a comunidade”.²⁴⁶

Portanto, o devido processo legal instrumentaliza o exercício de uma função jurisdicional, cuja legitimidade democrática decorre de um sistema constitucional que resguarda independência ao Judiciário, ao mesmo tempo em que determina que a atividade dos juízes seja realizada com a finalidade de assegurar, às partes, um leque intangível de direitos e de garantias processuais fundamentais.²⁴⁷

O que garante a legitimidade das decisões são antes garantias processuais atribuídas às partes e que são, principalmente, a do contraditório e a da ampla defesa, além da necessidade de fundamentação das decisões. A construção participada da decisão judicial, garantida num nível institucional, e o direito de saber sobre quais bases foram tomadas as decisões dependem não somente da atuação do juiz, mas também do Ministério Público e fundamentalmente das partes e dos seus advogados. Não é, pois, sem motivo o fato de que ordens jurídicas que refletem o paradigma do Estado Democrático de Direito determinarem, sob pena de nulidade, que as decisões jurisdicionais sejam fundamentadas, no quadro de um devido processo.²⁴⁸

Nessa toada, as garantias constitucionais processuais, porque constituem o *fundamento* da jurisdição, também conferem *legitimidade* à atuação dos juízes, através do devido processo legal. O processo – ou melhor, o *processo justo* – consiste em baliza constitucional que legitimamente conforma o exercício democrático da função jurisdicional e impede o arbítrio judicial.

Destarte, a legitimidade democrática da função jurisdicional se alicerça na necessidade de concreta realização das garantias constitucionais processuais. O processo justo demarca as fronteiras da legitimidade constitucional e da base democrática da jurisdição. A legitimidade da atividade jurisdicional reside na estrita vinculação dos juízes à estrutura constitucional do devido processo legal.²⁴⁹

²⁴⁶ CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes legisladores?*. Tradução de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1993, p. 98-99.

²⁴⁷ Em visão semelhante, José Garberí Llobregat aduz que a legitimidade democrática do Judiciário se manifesta quando os juízes exercem o poder jurisdicional de maneira independente e imparcial, pronta e eficaz (‘justiça tardia não é justiça’), e, sobretudo, com irrestrito respeito à legalidade vigente, tanto material como processual. (LLOBREGAT, José Garberí. *Constitución y Derecho Procesal: los fundamentos constitucionales del Derecho Procesal*. Pamplona: Thommson Reuters, 2009, p. 51).

²⁴⁸ CATTONI, Marcelo. *Direito Constitucional*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002, p. 78-79.

²⁴⁹ Em sentido análogo, ao examinar a questão da criatividade jurisdicional, Mauro Cappelletti ensina que o “critério legitimador da função jurisdicional” é diferente do “critério da ‘democraticidade’ da função legislativa”, fundado na “vontade majoritária”. Para o autor, a jurisdição se legitima a partir “da própria natureza do processo judiciário”, isto é, “na conexão da função judiciária com *cases and controversies*, e na ‘virtude passiva’, a ‘passividade’ do Juiz quanto a iniciar o processo nesses casos, e a imparcialidade processual do próprio Juiz,

Disso não decorre, é bom ressaltar, qualquer supressão ou mitigação da independência do Judiciário, exatamente porque a jurisdição não lhe é propriedade, mas função outorgada pela Constituição, a ser realizada com a participação direta – e o controle – das partes e de toda a sociedade, como expressão da democracia, da cidadania e da soberania popular. As partes, mais do que sujeitos processuais, são pessoas humanas que merecem tratamento digno e respeitoso, que ultrapasse a frieza técnica dos autos.²⁵⁰

Dentro dessa ótica, é mister a aceitação, pelos magistrados, de que a legitimidade democrática da jurisdição depende de sua realização *em função do povo* (em nome do povo e para o povo). O juiz, atuando como “representante do povo”, exerce a atividade jurisdicional “a partir de um comprometimento com a ordem constitucional, assumindo decisivamente a sua condição de órgão político e condutor da sociedade, realizando e concretizando a justiça social”. Portanto, o Judiciário, “subordinado diretamente à Constituição”, legitima-se “não em razão do prestígio e da independência da magistratura enquanto quadro funcional, mas sim em razão do jurisdicionado, do cidadão, a cujo serviço exerce mandato”.²⁵¹

Nesse propósito, são absolutamente pertinentes as palavras do Ministro Celso de Mello, por ocasião de sua posse como Presidente do STF, em 22/05/1997, quando discorreu acerca da necessidade de reforma do Judiciário como condição “à própria legitimação do Poder Judiciário como instituição fundada na vontade do Povo”:

A reforma do Poder Judiciário não constitui um fim em si próprio. Ela, antes, representa um decisivo movimento de atualização do Estado, comprometido com a prevalência da cidadania e, também, com o respeito incondicional à integridade da ordem democrática. (...).

A reforma do aparelho judiciário e a do sistema processual se impõem como providências essenciais à busca de maior eficácia social para a prestação jurisdicional, à racionalização do modelo de administração da justiça, à celeridade na solução responsável dos conflitos individuais e sociais e à obtenção de transparência e visibilidade em relação aos atos de administração praticados por magistrados e Tribunais, *quaisquer que estes sejam*, pois – consoante tenho acentuado – *nenhum órgão do Estado pode dispor, numa sociedade realmente democrática, de imunidade à fiscalização da cidadania e do corpo social*.

imparcialidade que há de traduzir-se num ‘processo justo’ ou *fair hearing* de todas as partes” (CAPPELLETTI, Mauro. *Processo, ideologias e sociedade*. Tradução de Elício de Cresci Sobrinho. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2008. v. 1, p. 17-23).

²⁵⁰ A superação do que denominamos *frieza técnica dos autos* guarda relação com a ideia da *humanização do processo*, que envolve a “valorização do homem” e a “atuação de valores éticos no sistema processual”. Para tanto, conferir: SOUZA, Carlos Aurélio Mota de. *Poderes éticos do juiz: a igualdade das partes e a repressão ao abuso no processo*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1987, p. 28-30.

²⁵¹ MACEDO, Elaine Harzheim. *De Salomão à escolha de Sofia*: proposta de legitimação da decisão judicial à luz da Constituição de 1988. Disponível em: <http://www.tex.pro.br/tex/listagem-de-artigos/324-artigos-abr-2011/7944-de-salomao-a-escolha-de-sofia-proposta-de-legitimacao-da-decisao-judicial-a-luz-da-constituicao-de-1988>. Acesso em: 16 jun. 2012.

É por isso que todas as reformas necessárias ao aperfeiçoamento do processo de administração da justiça não podem prescindir do respeito devido à independência dos corpos judiciários, pois – *torna-se essencial lembrar* – é na independência integral dos juízes que reside, de maneira particularmente significativa, o próprio fundamento de preservação dos direitos fundamentais das pessoas e de conservação integral das franquias democráticas do cidadão.

Não são outros, por isso mesmo, os motivos que já me levaram a lembrar que, *sem* juízes independentes, *não há* sociedades livres.

A independência dos juízes e tribunais, mais do que uma categoria de natureza jurídica, representa decisiva conquista histórica da própria coletividade, pois significa fator essencial de legitimação ética e política da própria ordem democrática.

A independência judicial, no contexto das relações entre o cidadão e o Estado, representa elemento assegurador das liberdades civis e dos direitos e prerrogativas de que as pessoas e as instituições se acham investidas.

Os magistrados, por isso mesmo, devem obediência exclusiva à Constituição. Cabe-lhes resolver, com independência, todas as controvérsias que envolvam os cidadãos, as instituições e as próprias instâncias governamentais.²⁵²

A rigor, um Judiciário forte, responsável, imparcial e independente constitui permanente objetivo de um regime democrático que “não pode sobreviver em um sistema em que fiquem desprotegidos os direitos e as liberdades fundamentais”.²⁵³ A consolidação de uma magistratura estruturalmente sólida, capaz de assegurar o respeito irrestrito aos direitos fundamentais, às liberdades cívicas e à dignidade da pessoa humana, apresenta-se como pilar de uma sociedade democraticamente evoluída.

Todavia, o magistrado não detém a jurisdição; pelo contrário, sua função se sujeita à Constituição e aos limites impostos pelo devido processo legal. A exigência de uma atuação democrática do Judiciário, conformada pelas garantias processuais que compõem o processo justo, é imprescindível para retirar a exclusividade do juiz na construção do provimento jurisdicional, em respeito, sobretudo, aos direitos constitucionais do contraditório, da motivação racional das decisões judiciais e do juízo natural. A observância, pelos juízes, das garantias constitucionais que formam o processo justo, constitui imperativo do Estado Democrático de Direito:

O juiz é um escravo da lei e um servo da Constituição. Quando isso é deixado de lado inverte-se a lógica das engrenagens nas quais se opera o Estado Democrático de Direito. Ao juiz cabe interpretar e aplicar a lei criada pelo legislador, e não substituir-se a este para fazer deste ou daquele processo o palco para a realização da ‘justiça’ que naquele momento se revela a mais adequada à própria cabeça, à cabeça deste ou daquele juiz. Isso não é processo; é arbítrio! (...). Por isso não se pode

²⁵² Disponível em:

http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/publicacaoPublicacaoInstitucionalPossePresidencial/anexo/CELSO_DE_MEL_LO.pdf. Acesso em: 11 jun. 2012.

²⁵³ CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes legisladores?*. Tradução de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1993, p. 106-107.

permitir que o juiz escape dos confins estabelecidos pelo devido processo. Jurisdição é Poder; Processo (=devido processo) é Garantia.²⁵⁴

Ao Judiciário compete exercer a jurisdição de acordo com o papel democrático que as normas constitucionais lhe outorgam. Dessa perspectiva decorre a concepção do Judiciário como corolário da cidadania e da democracia participativa, as quais, em um processo jurisdicional, manifestam-se primordialmente pela tutela às garantias constitucionais do pleno contraditório, da ampla defesa, da motivação das decisões judiciais, do juízo natural e da efetividade da tutela jurisdicional:

Na qualidade de guardião da Constituição e dos direitos fundamentais, o julgador está adstrito aos princípios constitucionais, principalmente aos do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa. (...). O desdobramento da posição constitucional em que se encontra o magistrado brasileiro vai significar, sobretudo, a observância rigorosa do *due process of law*. O juiz não deve, em hipótese alguma, descuidar do respeito aos direitos fundamentais, nem das garantias constitucionais do processo.²⁵⁵

Nesses termos, o devido processo legal constitui expressão genuína da democracia, da cidadania e da soberania popular. Ao atuar como mecanismo de controle da atividade jurisdicional, o processo justo legitima a jurisdição *a partir das garantias constitucionais do processo*, com a finalidade de proteção dos direitos fundamentais.

Portanto, a legitimidade democrática dos juízes provém da e – simultaneamente – se sujeita à Constituição. Provém, porque é a Constituição que confere as bases para uma atuação democrática da jurisdição, mediante o resguardo dos princípios constitucionais, dos direitos fundamentais e das garantias processuais; se sujeita, porque é a Constituição que delimita os espaços de interpretação e de aplicação do Direito, com o fito de evitar o decisionismo judicial.

Afinal de contas, a Constituição é a norma máxima, que guia e inspira toda a atividade jurídica, cabendo ao Judiciário sua *guarda*, tal qual um sentinela, e não sua *propriedade*, tal qual um senhorio. À magistratura, como função estatal independente e imparcial, compete defender a legitimidade e a eficácia da ordem constitucional democrática,

²⁵⁴ RAMOS, Glauco Gumerato. Poderes do juiz – ativismo (= autoritarismo) ou garantismo (= liberdade) no projeto do novo CPC. In: ROSSI, Fernando; RAMOS, Glauco Gumerato; GUEDES, Jefferson Carús; DELFINO, Lúcio; MOURÃO, Luiz Eduardo Ribeiro (Coord.). *O futuro do processo civil no Brasil: uma análise crítica ao projeto do novo CPC*. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 711.

²⁵⁵ JAYME, Fernando Gonzaga. *Tribunal Constitucional: exigência democrática*. Belo Horizonte: Del Rey, 2000, p. 80.

de maneira a resguardar a possibilidade de realização da vontade popular por intermédio do processo jurisdicional (art. 1º, parágrafo único, da CRFB).²⁵⁶

Portanto, as garantias constitucionais que compõem o devido processo legal constituem, cada qual à sua maneira, parâmetros que conformam o exercício democrático da jurisdição. Seja por meio do controle da função jurisdicional, seja pela realização dos direitos fundamentais, o contraditório, a motivação das decisões judiciais e a efetividade do processo legitimam o exercício da jurisdição de modo adequado à Constituição.²⁵⁷

4.1 O contraditório como o fundamento de legitimidade da jurisdição

A democracia constitucional contemporânea consagra o contraditório, a teor do art. 5º, LV, da CRFB, como garantia fundamental do jurisdicionado à participação dialética no processo em igualdade de oportunidades, com efetivo poder de influência nos resultados advindos do exercício da atividade jurisdicional.

Conceitualmente, a definição de contraditório leva em consideração duas dimensões que lhe são essenciais. A dimensão *formal* (ou *estática*) retrata a clássica concepção de contraditório como ciência, informação, comunicação e/ou participação das partes no processo, originária do instituto processual austríaco denominado *Parteiengehör*, o

²⁵⁶ BONAVIDES, Paulo. O Poder Judiciário e o parágrafo único do art. 1º da Constituição do Brasil. In: CUNHA, Sérgio Sérulo da; GRAU, Eros Roberto (Org.). *Estudos de Direito Constitucional em homenagem a José Afonso da Silva*. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 68-71.

²⁵⁷ Como se percebe, não pretendemos, no presente trabalho, abordar a legitimidade democrática da jurisdição sob o enfoque da *jurisdição constitucional*, ou da função do Judiciário como órgão *político* de controle do Legislativo e do Executivo. Ademais, também não temos o objetivo de abordar o aspecto relativo à aceitabilidade da *criatividade jurisdicional* – vale dizer, se a criação jurisprudencial do Direito (*judicial lawmaking*) tem ou não justificativa democrática –, ou no que se refere à tensão entre o *ativismo judicial* (*judicial activism*) e a *autocontenção judicial* (*judicial self restraint*). Para tanto, sugere-se, a título exemplificativo, a leitura de: CAPPELLETTI, Mauro. *Processo, ideologias e sociedade*. Tradução de Elício de Cresci Sobrinho. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2008. v. 1; CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes legisladores?*. Tradução de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1993; PICARDI, Nicola. *Jurisdição e Processo*. Organização e revisão técnica da tradução de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Rio de Janeiro: Forense, 2008; MAUS, Ingeborg. *O Judiciário como superego da sociedade*. Tradução de Geraldo de Carvalho e Gercélia Batista de Oliveira Mendes. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010; DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípio*. Tradução de Luis Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2005; HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. 2. ed., Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. v. I; ELY, John Hart. *Democracia e desconfiança: uma teoria do controle judicial de constitucionalidade*. Tradução de Juliana Lemos. São Paulo: Martins Fontes, 2000; WOLFE, Christopher. *The rise of modern judicial review: from constitutional interpretation to judge-made law*. Revised edition. Maryland: Littlefield Adams Quality Paperbacks, 1994; HART, Herbert L. A. *O conceito de Direito*. Tradução de A. Ribeiro Mendes. 5. ed., Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2007.

qual é entendido como princípio da *audição* (ou *audiência*) do cidadão interessado.²⁵⁸ Já em perspectiva *material* (ou *substancial* ou *dinâmica*), o contraditório revela o poder de influência e de controle dos destinatários na construção do conteúdo do provimento.

O contraditório, em dimensão formal, expressa o direito das partes ao conhecimento da demanda, mediante citação, intimação e/ou notificação, com respectiva garantia de participação e de voz no curso do processo. Extraída dos brocardos *audiatur et altera pars, audita altera parte, audi alteram partem*,²⁵⁹ o aspecto estático do contraditório resguarda ao interessado, tão somente, o direito de ouvir e de ser ouvido (*hearings*).²⁶⁰ A garantia de participação na construção da decisão judicial colima assegurar às partes, colocadas em posição de interessado (autor) e contrainteressado (réu), o “direito ao conhecimento e à participação, participar conhecendo, participar agindo”.²⁶¹

De tal sorte, o contraditório, em sua concepção formal, possibilita que os destinatários do provimento tenham a oportunidade de dizer nos autos e de deduzir as alegações e as provas que julgarem pertinentes, com a respectiva oportunidade ou possibilidade de reação.²⁶² Com isso, objetiva-se expor e aclarar ao juiz os fatos e os fundamentos jurídicos da demanda, de modo que as partes tenham aumentadas as suas possibilidades de êxito no processo, ao mesmo tempo em que colabora para a melhoria da prestação jurisdicional.²⁶³

Todavia, partindo das teorias processuais de Elio Fazzalari e de Aroldo Plínio Gonçalves, e com base no princípio constitucional da igualdade, não mais se entende, atualmente, que o aspecto formal do contraditório se restrinja ao mero direito das partes ao conhecimento da demanda e à participação no processo. Dada a fundamentalidade do

²⁵⁸ FAZZALARI, Elio. *Instituições de Direito Processual*. Tradução de Elaine Nassif. Bookseller: Campinas, 2006, p. 111-113.

²⁵⁹ Não obstante um dos objetivos do contraditório seja o impedimento de prolação de decisões judiciais *inaudita altera parte*, é importante ressaltar que, nos casos de provimentos liminares, é possível a edição da ordem jurisdicional antes da audiência da outra parte, desde que haja a devida e circunscrita demonstração do *periculum in mora*, sendo que, nesses casos, o contraditório fica diferido para momento posterior.

²⁶⁰ CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes legisladores?*. Tradução de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1993, p. 77.

²⁶¹ *Idem*, Appunti in tema di contraddittorio. *Studi in memoria di Salvatore Satta*. Padova: Cedam, 1982. v. 1, p. 221 *apud* MARINONI, Luiz Guilherme. *Curso de Processo Civil: Teoria Geral do Processo*. 5. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. v. 1, p. 320.

²⁶² MARINONI, Luiz Guilherme. *Questões do novo Direito Processual Civil brasileiro*. Curitiba: Juruá, 2000, p. 336; BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Os elementos objetivos da demanda examinados à luz do contraditório. In: TUCCI, José Rogério Cruz e; BEDAQUE, José Roberto dos Santos (Coord.). *Causa de pedir e pedido no processo civil: questões polêmicas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 20.

²⁶³ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Fundamentos do processo civil moderno*. 2. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987, p. 94.

princípio da isonomia, busca-se qualificar a participação das partes no processo com a nota da igualdade de oportunidades.²⁶⁴

Como expressão do princípio constitucional da isonomia, almeja-se que a participação das partes no processo seja concretizada em paridade de posições.²⁶⁵ O contraditório faz com que os litigantes, “em posição de igualdade, disponham das mesmas oportunidades de alegar e provar o quanto estimarem conveniente com vistas ao reconhecimento judicial de suas teses”.²⁶⁶

Trata-se, assim, da função do contraditório como garantia de uma “simetria de posições subjetivas, além de assegurar aos participantes do processo a possibilidade de dialogar e de exercitar um conjunto de controles, de reações e de escolhas dentro desta estrutura”.²⁶⁷ A essência do contraditório estático, pois, é a igualdade simétrica de oportunidades entre os destinatários dos efeitos do provimento final; não é o simples argumento e contra-argumento, mas, sim, o dizer e o contradizer deduzido em paritária posição de chances entre os sujeitos processuais. Aroldo Plínio Gonçalves diz:

A conotação citada como uma aproximação do conceito atual de contraditório explica-se, pois ele exige mais do que a audiência da parte, mais do que o direito das partes de se fazerem ouvir. (...). O contraditório não é apenas ‘a participação dos sujeitos do processo’. (...). O contraditório é a garantia de participação, em simétrica paridade, das partes, daqueles a quem se destinam os efeitos da sentença, daqueles que são os ‘interessados’, ou seja, aqueles sujeitos do processo que suportarão os efeitos do provimento e da medida jurisdicional que ele vier a impor. (...). O contraditório é a igualdade de oportunidade no processo, é a igual oportunidade de igual tratamento, que se funda na liberdade de todos perante a lei. É essa igualdade de oportunidade que compõe a essência do contraditório enquanto garantia de simétrica paridade de participação no processo.²⁶⁸

Carlos Alberto Alvaro de Oliveira se posiciona de maneira semelhante:

²⁶⁴ Nessa senda, o art. 9º do Código de Ética da Magistratura prevê que “Ao magistrado, no desempenho de sua atividade, cumpre dispensar às partes igualdade de tratamento, vedada qualquer espécie de injustificada discriminação” (Disponível em: <http://www.oabrs.org.br/downloads/requerimentos/codigoeticamagistratura.pdf>. Acesso em: 28 abr. 2012).

²⁶⁵ Como anota Piero Calamandrei, a posição de paridade das partes no processo não se resume a uma igualdade meramente jurídica, mas também se refere a uma isonomia técnica e econômica. (CALAMANDREI, Piero. *Processo e democrazia*. Padova: Cedam, 1954, p. 145-146 *apud* MARINONI, Luiz Guilherme. *Novas linhas do processo civil*. 2. ed., São Paulo: Malheiros, 1996, p. 27-28).

²⁶⁶ LLORENTE, Francisco Rubio. *Derechos fundamentales y principios constitucionales*: doctrina jurisprudencial. Barcelona: Ariel, 1995, p. 266, tradução livre.

²⁶⁷ FAZZALARI, Elio. Diffusione del processo e compiti della dottrina. *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1958, p. 869 *apud* THEODORO JUNIOR, Humberto. *Processo justo e contraditório dinâmico*. Disponível em: <http://www.rechtd.unisinos.br/pdf/91.pdf>. Acesso em: 12 jun. 2012.

²⁶⁸ GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Técnica Processual e Teoria do Processo*. Rio de Janeiro: Aide, 1992, p. 119-128.

Nos tempos atuais, a regulação formal e temporal do procedimento não pode deixar de considerar o caráter essencial do contraditório para o fenômeno processual. Mostra-se imperiosa, como facilmente se intui, a participação dos interessados no *iter* de formação do provimento judicial destinado a interferir em sua esfera jurídica. E essa participação deverá ocorrer, à evidência, da forma mais paritária possível, de modo a permitir a intervenção dos interessados mediante equitativa distribuição dos respectivos poderes, faculdades e ônus, com efetiva correspondência e equivalência entre as posições contrapostas.²⁶⁹

Além da isonomia, também a liberdade decorre da concepção de contraditório como participação das partes em igualdade de oportunidades. Sendo o contraditório direito à ciência, ao conhecimento e à informação da demanda, aparece como correlato necessário o direito à liberdade de reação, formando o que se denomina de *bilateralidade da audiência*.

Desta feita, cumpre à parte, de acordo com o seu livre alvedrio e dentro dos parâmetros legais, optar em manifestar-se ou não na contenda jurídica, agindo ou omitindo-se em conformidade com a conveniência e a oportunidade de sua ampla defesa.

Sendo assim, o contraditório retrata também a garantia de liberdade do interessado de dizer e contradizer, de resistir ou não, de deduzir ou não sua pretensão divergente. O contraditório, como garantia assegurada de participação em simétrica paridade, não constitui dever imposto ao jurisdicionado, mas garantia constitucional que veda que a parte seja “obrigada a vir praticar os atos processuais que lhe são destinados, podendo optar por suportar os eventuais ônus de sua omissão”.²⁷⁰

Atrelada ao aspecto formal, a dimensão *material* (ou *substancial* ou *dinâmica*) do contraditório expressa o *poder de influência* (ou *prerrogativa de influência* ou *direito de influir*)²⁷¹ e a *prerrogativa de controle* da construção do conteúdo da decisão judicial. Trata-se da conjugação dos direitos das partes de conhecimento e de participação no processo em simétrica paridade, com a possibilidade de interferir e de fiscalizar os resultados advindos do exercício da função jurisdicional.

²⁶⁹ OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *Do formalismo no processo civil*. 2. ed., São Paulo: Saraiva, 2003, p. 113-114.

²⁷⁰ *Idem, ibidem*, p. 126; no ponto, cumpre notar que o direito à liberdade de reação, com a imposição do respectivo ônus processual, se dirige precipuamente aos direitos disponíveis, em que o contraditório está garantido mesmo na ausência de manifestação. Já nas demandas que envolvem direitos indisponíveis (v.g., vida, honra, estado, intimidade e direitos da personalidade de forma geral), o contraditório demanda que a parte efetivamente reaja, para que não incida ficções jurídicas como ônus processual, a exemplo da presunção de veracidade dos fatos alegados na petição inicial, na hipótese de revelia do réu (art. 320, II, do CPC).

²⁷¹ A doutrina costuma utilizar a expressão “*poder de influência*” para designar a dimensão material do contraditório. Contudo, para não deixar dúvidas de que este *poder* não significa arbitrariedade ou posição de superioridade das partes em relação ao juiz, preferimos as terminologias *prerrogativa de influência* (ou *possibilidade de influência – Einwirkungsmöglichkeit*) ou *direito de influir (Mitwirkungsbefugnis)*. (MARINONI, Luiz Guilherme. *Questões do novo Direito Processual Civil brasileiro*. Curitiba: Juruá, 2000, p. 336; NUNES, Dierle José Coelho. *Processo Jurisdicional Democrático: uma análise crítica das reformas processuais*. 1. ed., Curitiba: Juruá, 2011, p. 226).

Nessa linha de raciocínio, às partes é conferida a prerrogativa de interferência material na decisão judicial por meio da apresentação de provas e argumentos no bojo da instrução probatória. Aos magistrados, por seu turno, cabe o dever de garantia do contraditório, de modo a assegurar que as alegações e as provas produzidas pelas partes serão efetivamente examinadas pelo órgão jurisdicional. No ponto, são adequadas as palavras do Ministro Gilmar Mendes, proferidas no julgamento do MS n. 25.787-3/DF pelo STF:

Há muito vem a doutrina constitucional enfatizando que o direito de defesa não se resume a um simples direito de manifestação no processo. Efetivamente, o que o constituinte pretende assegurar – como bem anota Pontes de Miranda – é uma pretensão à tutela jurídica (*Comentários à Constituição de 1967 com a Emenda nº 1, 1969. T. V, p. 234*). (...). Não é outra a avaliação do tema no direito constitucional comparado. Apreciando o chamado *Anspruch auf rechtliches Gehör* (pretensão à tutela jurídica) no direito alemão, assinala o *Bundesverfassungsgericht* que essa pretensão envolve não só o direito de manifestação e o direito de informação sobre o objeto do processo, mas também o direito do indivíduo de ver os seus argumentos contemplados pelo órgão incumbido de julgar (Cf. Decisão da Corte Constitucional alemã – *BverfGE 70, 288-293*; sobre o assunto, ver, também, PIEROTH, Bodo; SCHLINK, Bernhard. *Grundrechte – Staatsrecht II*. Heidelberg, 1988, p. 281; BATTIS, Ulrich; GUSY, Christoph. *Einführung in das Staatsrecht*. 3. ed. Heidelberg, 1991, p. 363-364). Daí afirmar-se, correntemente, que a pretensão à tutela jurídica, que corresponde exatamente à garantia consagrada no art. 5º, LV, da Constituição, contém os seguintes direitos:

- 1) **direito de informação** (*Recht auf Information*), que obriga o órgão julgador a informar à parte contrária dos atos praticados no processo e sobre os elementos dele constantes;
- 2) **direito de manifestação** (*Recht auf Äusserung*), que assegura ao defendente a possibilidade de manifestar-se oralmente ou por escrito sobre os elementos fáticos e jurídicos constantes do processo;
- 3) **direito de ver seus argumentos considerados** (*Recht auf Berücksichtigung*), que exige do julgador capacidade, apreensão e isenção de ânimo (*Aufnahmefähigkeit und Aufnahmebereitschaft*) para contemplar as razões apresentadas (cf. PIEROTH; SCHLINK. *Grundrechte – Staatsrecht II*. Heidelberg, 1988, p. 281; BATTIS; GUSY. *Einführung in das Staatsrecht*. Heidelberg, 1991, p. 363-364; Ver, também, DÜRIG/ASSMANN. In: MAUNZ-DÜRIG. *Grundgesetz-Kommentar*. Art. 103, vol. IV, nº 85-99).

Sobre o direito de ver os seus argumentos contemplados pelo órgão julgador (*Recht auf Berücksichtigung*), que corresponde, obviamente, ao dever do juiz ou da Administração de a eles conferir atenção (*Beachtungspflicht*), pode-se afirmar que ele envolve não só o dever de tomar conhecimento (*Kenntnismahmpflicht*), como também o de considerar, séria e detidamente, as razões apresentadas (*Erwägungspflicht*) (Cf. DÜRIG/ASSMANN. In: MAUNZ-DÜRIGi. *Grundgesetz-Kommentar*. Art. 103, vol. IV, nº 97). É da obrigação de considerar as razões apresentadas que deriva o dever de fundamentar as decisões (Decisão da Corte Constitucional – *BverfGE 11, 218 (218)*; Cf. DÜRIG/ASSMANN. In: MAUNZ-DÜRIG. *Grundgesetz-Kommentar*. Art. 103, vol. IV, nº 97).²⁷²

²⁷² STF, MS n. 25787, Relator(a): Min. GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, julgado em 08/11/2006, DJe-101 DIVULG 13-09-2007 PUBLIC 14-09-2007 DJ 14-09-2007 PP-00032 EMENT VOL-02289-02 PP-00198 RTJ VOL-00205-03 PP-01160 LEXSTF v. 29, n. 345, 2007, p. 217-254, trechos do voto do Ministro Gilmar Mendes, destaques no original.

Na mesma linha é o ensinamento de Luigi Paolo Comoglio, ao dizer que o contraditório garante uma “tríplice ordem de situações subjetivas processuais”, quais sejam: a) “o direito de receber adequadas e tempestivas informações, sobre o desencadear do juízo e as atividades realizadas, as iniciativas empreendidas e os atos de impulso realizados pela contraparte e pelo juiz, durante o inteiro curso de processo”; b) “o direito de defender-se ativamente, posicionando-se sobre cada questão, de fato ou de direito, que seja relevante para a decisão da controvérsia”; c) “o direito de pretender que o juiz, a sua vez, leve em consideração as suas defesas, as suas alegações e as suas provas, no momento da prolação da decisão”.²⁷³

Portanto, ao julgador não é conferido o poder de simplesmente desconsiderar a atividade dos destinatários do provimento. A decisão judicial, pelo contrário, deve ser o resultado do convencimento racional fundamentadamente construído por um juízo natural, com base nos argumentos e nos elementos probatórios aventados pelos interessados em simétrico contraditório.

Por esse motivo, é impossível concordarmos com o entendimento jurisprudencial consolidado segundo o qual “não está o juiz obrigado a examinar, um a um, os pretensos fundamentos das partes, nem todas as alegações que produzem; o importante é que indique o fundamento de sua conclusão, que lhe apoiou a convicção no decidir”.²⁷⁴

Ora, se o contraditório outorga às partes a prerrogativa de influenciar o conteúdo das decisões judiciais, não são vislumbradas razões que possam permitir que a decisão jurisdicional seja (supostamente) fundamentada com explícito desprezo da colaboração dos próprios destinatários do provimento. Ademais, a mera indicação dos fundamentos que apóiam a *convicção no decidir* nada mais é do que reacender a combatida postura do decisionismo judicial, que se contrapõe a um desejado comportamento dialógico do julgador:

(...) de nada valeria a simples oportunização, a abertura da possibilidade de uma real participação se a motivação das decisões continuar a ser entendida como o recinto de um papel idiossincrático do agente público decisor que, embora atento à contraditoriedade, descarta os argumentos ofertados no momento que profere seus julgamentos. Por isso é imperioso concluir (...) que o princípio do contraditório não pode mais ser visto como mero direito de bilateralidade de audiência (ação e

²⁷³ COMOGLIO, Luigi Paolo. Voce: contraddittorio (principio del). In: Enciclopedia giuridica. Roma, Istituto della Enciclopedia Italiana, 1988, vol. 8, p. 6 *apud* THEODORO JUNIOR, Humberto; NUNES, Dierle. Princípio do contraditório no Direito brasileiro. In: THEODORO JUNIOR, Humberto; CALMON, Petrônio; NUNES, Dierle (Coord.). *Processo e Constituição: os dilemas do processo constitucional e dos princípios processuais constitucionais*. Rio de Janeiro: GZ, 2012, p. 283.

²⁷⁴ STJ, AgRg no AREsp n. 59.339/PE, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 06/03/2012, DJe 09/03/2012.

reação), em que o ato decisório expressa forte carga axiológica, através de um exercício solitário do poder, mas sim como matriz norteadora do comportamento de um julgador que, democratizando o sistema de aplicação da tutela, dialoga com as partes e, desse diálogo, encontra a melhor decisão pra o caso concreto.²⁷⁵

À evidência, o contraditório material reflete a prerrogativa de simétrica influência dos interessados na construção do conteúdo da decisão judicial, em sintonia com o dever imposto ao juiz, como terceiro imparcial, de assegurar às partes iguais oportunidades de interferência no resultado da atividade jurisdicional, inclusive quanto às questões apreciáveis de ofício.²⁷⁶

A perspectiva dinâmica do contraditório, pois, consubstancia expressão da democracia, realizada por meio do *controle* da motivação das decisões judiciais por parte dos destinatários do provimento, e que “impõe uma efetiva participação dos sujeitos processuais em todo o *iter* formativo das decisões” e atua como elemento “incentivador ao aspecto dialógico do procedimento”.²⁷⁷

Em suma, o conceito de contraditório está completo quando conjugados os direitos à informação e à participação das partes, as quais, em igualdade de oportunidades, possuem a prerrogativa de interferência na construção do conteúdo da decisão judicial. Trata-se da ideia de um “contraditório efetivo e equilibrado”, o qual, a partir da necessidade de debate de todas as questões suscitadas nos autos, impede que o juiz, “em ‘solitária onipotência’, aplique normas ou embase a decisão sobre fatos completamente estranhos à dialética defensiva de uma ou de ambas as partes”.²⁷⁸

Nessa linha de raciocínio, o contraditório reflete a garantia constitucional de fiscalização da atividade jurisdicional através do impedimento da prolação de *decisões-*

²⁷⁵ FARIA, Gustavo de Castro. O contraditório e a fundamentação das decisões sob o enfoque de uma teorização processual democrática. In: CASTRO, João Antônio Lima; FREITAS, Sérgio Henriques Zandona (Coord.). *Direito Processual: reflexões jurídicas*. Belo Horizonte: Instituto de Educação Continuada, 2010, p. 184.

²⁷⁶ Também as questões apreciáveis *ex officio* pelo magistrado devem ser levadas ao conhecimento das partes, para que elas tenham a oportunidade de se manifestarem a respeito. Nesse sentido, o Anteprojeto do Novo Código de Processo Civil, elaborado por Comissão de Juristas instituída pelo Ato do Presidente do Senado Federal n. 379/2009, presidida pelo Ministro Luiz Fux, adota expressamente essa ideia em seu art. 10: “O juiz não pode decidir, em grau algum de jurisdição, com base em fundamento a respeito do qual não se tenha dado às partes a oportunidade de se manifestar, ainda que se trate de matéria sobre a qual tenha que decidir de ofício” (Disponível em: <http://www.senado.gov.br/senado/novocpc/pdf/Anteprojeto.pdf>. Acesso em: 03 abr. 2012).

²⁷⁷ THEODORO JUNIOR, Humberto. *Processo justo e contraditório dinâmico*. Disponível em: <http://www.rechtd.unisinos.br/pdf/91.pdf>. Acesso em: 12 jun. 2012.

²⁷⁸ O contraditório *efetivo e equilibrado*, idealizado por Antônio Celso Camargo Ferraz e citado por Cândido Rangel Dinamarco, busca conjugar a necessidade da garantia formal do contraditório com uma garantia efetiva, substancial, de participação. Nessa perspectiva, o *equilíbrio* traduz a ideia da “igualdade das partes na participação”, enquanto a *efetividade* significa a “real participação das pessoas no processo”, sob a perspectiva instrumental do processo como atuação do direito material (DINAMARCO, Cândido Rangel. *Fundamentos do processo civil moderno*. 2. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987, p. 95-99).

supresa, entendidas como pronunciamentos jurisdicionais proferidos com base em alegações e provas que não foram dialeticamente aventadas nos autos. O contraditório dinâmico, destarte, atribui, aos interessados, “possibilidades de participação preventiva” em relação aos aspectos fáticos e jurídicos discutidos na demanda, o que leva à seguinte equação: “defesa = contraditório = participação = audiência preventiva”.²⁷⁹

É fácil perceber, nessa toada, a íntima relação do contraditório com o direito fundamental à ampla defesa – incluídos os meios e os recursos a ela inerentes –, conforme art. 5º, LV e LVI, da CRFB. A plenitude da defesa representa a possibilidade de o interessado licitamente embasar os fatos e os fundamentos jurídicos que deduz, mediante a articulação de argumentos e a produção de provas no bojo do processo.

A rigor, a ampla defesa nada mais é do que corolário lógico que aperfeiçoa o exercício da garantia constitucional do contraditório. Nesse diapasão, não há mais sentido em tratar o contraditório e a ampla defesa como institutos separados. É possível dizer que a plenitude de defesa integra o contraditório, isto é, ampla defesa e contraditório são garantias constitucionais hoje essencialmente fundidas.

Da amplitude da defesa decorrem os direitos das partes à produção de provas lícitas e à assistência técnica por um advogado, assim como o direito constitucional ao recurso, no caso de inconformismo quanto à decisão judicial que for proferida em seu desfavor.²⁸⁰ A ampla defesa e o contraditório, portanto, retratam o “direito a ter um defensor”, o “direito ao patrocínio gratuito no caso de pobreza”, a possibilidade de exclusão de provas obtidas ilicitamente e o impedimento às “limitações não razoáveis do direito das partes à apresentação de provas, ou do direito a contradizê-las”.²⁸¹

Nesses termos, a indispensabilidade da intervenção técnica do advogado, como corolário de um acesso constitucional à administração da justiça (art. 133, da CRFB), insere-se no campo da garantia constitucional à ampla defesa. Isso porque, o advogado, uma vez que

²⁷⁹ ANDOLINA, Italo; VIGNERA, Giuseppe. *Il modello costituzionale del processo civile italiano*. Torino: Giappichelli Editore, 1990, p. 157 *apud* THEODORO JUNIOR, Humberto; NUNES, Dierle. Princípio do contraditório no Direito brasileiro. *In*: THEODORO JUNIOR, Humberto; CALMON, Petrônio; NUNES, Dierle (Coord.). *Processo e Constituição: os dilemas do processo constitucional e dos princípios processuais constitucionais*. Rio de Janeiro: GZ, 2012, p. 290.

²⁸⁰ Diante de um modelo constitucional de processo, sabe-se hoje que o direito ao recurso e ao duplo grau de jurisdição são garantias fundamentais dos cidadãos. Para tanto, conferir: SANTOS, Marina França. *Fundamentos da garantia constitucional do duplo grau de jurisdição*. 2011. 151 f. Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Direito, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2011.

²⁸¹ CAPPELLETTI, Mauro. *Processo, ideologias e sociedade*. Tradução de Elício de Cresci Sobrinho. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2008. v. 1, p. 335-336.

possui papel capital no estabelecimento da jurisprudência,²⁸² é aquele que intermedeia, de modo técnico, o diálogo entre as partes e o juiz, assegurando o princípio da igualdade e o exercício do contraditório e da ampla defesa.²⁸³ A atuação do advogado, portanto, representa a própria cidadania, como mecanismo de controle do exercício da jurisdição.²⁸⁴

É por essa razão que, a nosso ver, a decisão proferida pelo STF na Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) n. 1539/UF, da lavra do então Ministro Maurício Corrêa, não se adéqua à atual concepção constitucional de contraditório e de ampla defesa, ao determinar que “Não é absoluta a assistência do profissional da advocacia em juízo, podendo a lei prever situações em que é prescindível a indicação de advogado (...)”.²⁸⁵ Em nossa opinião, a declaração de constitucionalidade do art. 9º da Lei n. 9.099/95 – que faculta a assistência de advogado nos Juizados Especiais –, não se compatibiliza à necessidade da presença de advogado como expressão da própria dignidade da defesa técnica da parte.

Pelo que ora foi exposto, conclui-se que o contraditório consubstancia fundamento indeclinável de legitimação da própria ordem jurídico-processual, cuja inobservância, na atividade preparatória (processo), produz a nulidade absoluta de seu resultado (provimento). O contraditório consiste na *conditio sine qua non* de existência, de validade e de eficácia do processo e da decisão judicial,²⁸⁶ ou, melhor dizendo, consiste no próprio fundamento de legitimidade do exercício democrático da função jurisdicional.

A edição de um provimento há de, necessariamente, estar precedida de uma atividade preparatória que garanta às partes igualdade de oportunidades de participar e de influenciar o resultado da atividade jurisdicional. O contraditório, ao proporcionar a ampla participação dos interessados nos atos preparatórios do provimento final, constitui “fator de

²⁸² PERELMAN, Chaïm. *Ética e Direito*. Tradução de Maria Ermanita Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 567.

²⁸³ LLORENTE, Francisco Rubio. *Derechos fundamentales y principios constitucionales: doctrina jurisprudencial*. Barcelona: Ariel, 1995, p. 310.

²⁸⁴ Nesse sentido, o artigo 24.2 da Constituição espanhola de 1978 prevê: “Todos têm direito ao juiz ordinário previamente determinado pela lei, à defesa e assistência de advogado, a ser informados da acusação formulada contra si, a um processo público sem dilações indevidas e com todas as garantias, a utilizar os meios de prova pertinentes para sua defesa, e não declarar contra si mesmo, e não se confessarem culpados e à presunção de inocência” (Disponível em:

http://www.boe.es/aeboe/consultas/bases_datos/doc.php?coleccion=iberlex&id=1978/31229. Acesso em: 11 jun. 2012, tradução livre).

²⁸⁵ Supremo Tribunal Federal, ADI 1539, Relator(a): Min. MAURÍCIO CORRÊA, Tribunal Pleno, julgado em 24/04/2003, DJ 05-12-2003 PP-00017 EMENT VOL-02135-03 PP-00398.

²⁸⁶ FAZZALARI, Elio. *Instituições de Direito Processual*. Tradução de Elaine Nassif. Bookseller: Campinas, 2006, p. 113 et seq.

legitimidade do ato estatal, pois representa a possibilidade que as pessoas diretamente envolvidas com o processo têm de influir em seu resultado”.²⁸⁷

A decisão judicial apenas existe e é válida, eficaz e legítima, isto é, consentânea com as normas constitucionais, se houver a observância da simétrica paridade processual entre as partes. A “participação das partes na formação da decisão”, bem como a garantia dos meios necessários à *efetivação* dessa participação, legitimam a tarefa jurisdicional.²⁸⁸

Em substância, o que legitima a outorga da tutela jurisdicional é a *participação* que o procedimento propiciou, em associação com a observância da legalidade inerente à garantia do *devido processo legal*. Um processo não será *justo e equo* quando os sujeitos não puderam participar adequadamente ou quando, por algum modo, haja o juiz avançado além de seus poderes ou transgredido regras inerentes à disciplina legal do processo (*due process of law*).²⁸⁹

O contraditório, como garantia fundamental de paritário diálogo entre as partes, não atua apenas como simples dizer ou contradizer sob uma “ótica mecânica de contraposição de teses”²⁹⁰ (aspecto formal ou estático), mas, também, como garantia constitucional de debate em simétricas posições e em igualdade de oportunidades, com efetiva prerrogativa de influência no conteúdo do provimento dialeticamente construído.²⁹¹ Nesses termos, o contraditório, mais do que informação e participação no processo (bilateralidade de audiência), retrata o direito de a parte ter todos os seus argumentos séria e efetivamente

²⁸⁷ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Os elementos objetivos da demanda examinados à luz do contraditório. In: TUCCI, José Rogério Cruz e; BEDAQUE, José Roberto dos Santos (Coord.). *Causa de pedir e pedido no processo civil: questões polêmicas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 20.

²⁸⁸ MARINONI, Luiz Guilherme. Da teoria da relação jurídica processual ao processo civil do Estado constitucional. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, vol. 852, ano 95, p. 13-14, out. 2006; em outra obra, o autor retoma a ideia ao dizer que “o conceito de procedimento como participação em contraditório está ligado à necessidade da legitimação do poder pela participação, pois o procedimento que garante a participação (logicamente, a participação efetiva e adequada) possibilita a legitimação do exercício do poder. (...). Democracia quer significar, acima de tudo, participação. A participação no poder é da essência da democracia. É essa participação que legitima o exercício do poder” (*Idem, Novas linhas do processo civil*. 2. ed., São Paulo: Malheiros, 1996, p. 143-145).

²⁸⁹ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. 4. ed., São Paulo: Malheiros, 2004. v. II, p. 32, destaques no original.

²⁹⁰ THEODORO JUNIOR, Humberto; NUNES, Dierle. Princípio do contraditório no Direito brasileiro. In: THEODORO JUNIOR, Humberto; CALMON, Petrônio; NUNES, Dierle (Coord.). *Processo e Constituição: os dilemas do processo constitucional e dos princípios processuais constitucionais*. Rio de Janeiro: GZ, 2012, p. 284.

²⁹¹ THEODORO JUNIOR, Humberto. *Processo justo e contraditório dinâmico*. Disponível em: <http://www.rechtd.unisinos.br/pdf/91.pdf>. Acesso em: 12 jun. 2012.

considerados pelo julgador, por ocasião da prolação de um provimento elaborado em comparticipação com as partes.²⁹²

Como matéria constitucional (art. 5º, LIV e LV, da CRFB)²⁹³ e “aspecto mais essencial do devido processo legal”,²⁹⁴ o contraditório consiste em garantia *cívica* e *democrática* do jurisdicionado à informação, à participação e à influência material nos resultados da atividade jurisdicional, de forma a operacionalizar o exercício do excelso princípio constitucional da soberania popular.²⁹⁵ Por intermédio do contraditório, torna-se possível realizar a função básica do processo, de atuar como “instrumento de efetivação da própria ordem constitucional”, isto é, “como meio de concretizar, dialética e racionalmente, os preceitos e princípios constitucionais”, de integrar os direitos fundamentais e de assegurar a supremacia da Constituição.²⁹⁶

A democracia e a cidadania, no processo, operam-se através da participação efetiva das partes na construção da decisão judicial, com possibilidade de interferência no conteúdo do pronunciamento decisório.²⁹⁷ A garantia fundamental do contraditório, como base para o exercício democrático da função jurisdicional, reflete, também, a própria dignidade das partes na atuação processual:

A faculdade concedida aos litigantes de pronunciar-se e intervir ativamente no processo impede, outrossim, sujeitem-se passivamente à definição jurídica ou fática da causa efetuada pelo órgão judicial. E exclui, por outro lado, o tratamento da parte como simples ‘objeto’ de pronunciamento judicial, garantindo o seu direito de atuar de modo crítico e construtivo sobre o andamento do processo e seu resultado, desenvolvendo antes da decisão a defesa das suas razões. A matéria vincula-se ao próprio respeito à dignidade humana e aos valores intrínsecos da democracia,

²⁹² STF, MS 24268, Relator(a): Min. ELLEN GRACIE, Relator(a) p/ Acórdão: Min. GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, julgado em 05/02/2004, DJ 17-09-2004 PP-00053 EMENT VOL-02164-01 PP-00154 RDDP n. 23, 2005, p. 133-151 RTJ VOL-00191-03 PP-00922.

²⁹³ Diante da constitucionalização do Direito Processual, não há mais dúvidas de que a aplicação das garantias processuais do devido processo legal, sobretudo as do contraditório, da ampla defesa e da motivação decisória, constitui *matéria constitucional*. Dessa forma, não podemos concordar com o entendimento jurisprudencial no sentido de que “A ofensa aos postulados da legalidade, do devido processo legal, da ampla defesa, da motivação dos atos decisórios, do contraditório, dos limites da coisa julgada e da prestação jurisdicional, se ocorrente, seria indireta ou reflexa” à Constituição (por todos, ver: STF, Agravo em Recurso Extraordinário – ARE 677709 AgR, Relator(a): Min. LUIZ FUX, Primeira Turma, julgado em 22/05/2012, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-110 DIVULG 05-06-2012 PUBLIC 06-06-2012).

²⁹⁴ OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *Do formalismo no processo civil*. 2. ed., São Paulo: Saraiva, 2003, p. 86.

²⁹⁵ BONAVIDES, Paulo. O Poder Judiciário e o parágrafo único do art. 1º da Constituição do Brasil. In: CUNHA, Sérgio Sérulo da; GRAU, Eros Roberto (Org.). *Estudos de Direito Constitucional em homenagem a José Afonso da Silva*. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 69 e 85-86.

²⁹⁶ THEODORO JUNIOR, Humberto, *op. cit.* Disponível em: <http://www.rechtd.unisinos.br/pdf/91.pdf>. Acesso em: 12 jun. 2012.

²⁹⁷ Como bem ressalta a doutrina, “cidadania é participação”, e “a democracia realiza-se por intermédio da cidadania” (SIQUEIRA JR., Paulo Hamilton; OLIVEIRA, Miguel Augusto Machado de. *Direitos humanos e cidadania*. 2. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 247-248).

adquirindo sua melhor expressão e refencial, no âmbito processual, no princípio do contraditório, compreendido de maneira renovada, e cuja efetividade não significa apenas o debate das questões entre as partes, mas o concreto exercício do direito de defesa para fins de formação do convencimento do juiz, atuando, assim, como anteparo à lacunosidade ou insuficiência da sua cognição.²⁹⁸

Portanto, o contraditório, como fundamento de legitimidade da jurisdição e como “projeção processual do princípio político da participação democrática”,²⁹⁹ consiste em garantia fundamental que permite o exercício direto, pelas partes, do soberano poder popular,³⁰⁰ dentro de um enfoque amplamente democrático de tutela da igualdade, da liberdade e da dignidade da pessoa humana.

4.2 A motivação racional das decisões judiciais como elemento do contraditório

A motivação racional das decisões judiciais, prevista no art. 93, IX, da CRFB, consiste em elemento lógico do contraditório – sobretudo de sua dimensão material –, e, por conseguinte, também se apresenta como fundamento de legitimidade democrática da função jurisdicional. Como decorrência da garantia constitucional do contraditório, a motivação das decisões judiciais também está inserida na ideia do processo justo, com o objetivo de garantir a “justiça da decisão”.³⁰¹

Nesse diapasão, a obrigatoriedade de motivação racional e objetiva das decisões, como decorrência do direito da parte de ter seus argumentos e provas analisados pelo órgão julgador, impõe limites ao exercício da atividade dos juízes, o que pode acarretar, no caso de carência ou de inexistência da devida fundamentação, a declaração de nulidade do provimento.³⁰² A título ilustrativo, transcreve-se trecho de ementa de decisão proferida pelo STF:

²⁹⁸ OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *Do formalismo no processo civil*. 2. ed., São Paulo: Saraiva, 2003, p. 234.

²⁹⁹ GRECO, Leonardo. *Estudos de Direito Processual*. Campos dos Goytacazes: Faculdade de Direito de Campos, 2005, p. 212.

³⁰⁰ Nessa linha, Luiz Guilherme Marinoni aduz que “A jurisdição deve realizar os fins do Estado e, inclusive, permitir a participação popular, através do processo, no poder” (MARINONI, Luiz Guilherme. *Novas linhas do processo civil*. 2. ed., São Paulo: Malheiros, 1996, p. 18).

³⁰¹ *Idem*, Da teoria da relação jurídica processual ao processo civil do Estado constitucional. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, vol. 852, ano 95, p. 16-17, out. 2006. .

³⁰² É preciso ressaltar que a Constituição exige também que as decisões administrativas sejam devidamente fundamentadas, conforme se infere do art. 93, X, da CRFB.

EMENTA: (...). A fundamentação dos atos decisórios qualifica-se como pressuposto constitucional de validade e eficácia das decisões emanadas do Poder Judiciário. A inobservância do dever imposto pelo art. 93, IX, da Carta Política, precisamente por traduzir grave transgressão de natureza constitucional, afeta a legitimidade jurídica do ato decisório e gera, de maneira irremissível, a conseqüente nulidade do pronunciamento judicial. (...).³⁰³

Ao se admitir a prerrogativa de efetiva influência dos interessados na construção do conteúdo do provimento jurisdicional, está-se, por via de consequência, atribuindo aos magistrados o dever de apreciar e de examinar todas as alegações e provas deduzidas pelas partes. Já aos destinatários da decisão judicial contrapõe-se o direito fundamental de que terão seriamente analisados e considerados os seus argumentos e elementos probatórios que tiverem sido lícitamente produzidos como forma de tentativa de convencimento do órgão jurisdicional.

De tal sorte, conforme ensina Francesco Carnelutti, as *razões de justificação* (argumentos e contra-argumentos), deduzidas pelas partes em dialético contraditório, em torno de *razões de discussão* (questões de fato e de direito), formam a base das *razões da decisão* (motivação), “e aí encontramos a essência do dever de fundamentação, permitindo a geração de um pronunciamento decisório participado e democrático”.³⁰⁴ Nessa toada, a garantia aos interessados do debate em posições simétricas, com efetiva prerrogativa de interferência no conteúdo do provimento, “acarreta a conexão do princípio do contraditório com o princípio da fundamentação das decisões jurisdicionais”.³⁰⁵

Na medida em que a função jurisdicional é exercida por meio de um diálogo com as partes, o provimento deixa de retratar um ato monológico e solitário do juiz, para legitimar a jurisdição através da motivação racional da decisão.³⁰⁶ Com isso, abandona-se o anacrônico brocardo *jura novit curia*, segundo o qual cabe às partes relatar os substratos fáticos da demanda, “ficando a cargo do julgador a responsabilidade pela definição e interpretação do

³⁰³ STF, *Habeas Corpus* (HC) 74073, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Primeira Turma, julgado em 20/05/1997, DJ 27-06-1997 PP-30227 EMENT VOL-01875-03 PP-00597

³⁰⁴ CARNELUTTI, Francesco. *Instituciones del proceso civil*. Traducción de Santiago Sentis Melendo. Buenos Aires: EJEA, 1973. v. 1, p. 33-34 *apud* DIAS, Ronaldo Brêtas de Carvalho. *Processo Constitucional e Estado Democrático de Direito*. Belo Horizonte: Del Rey, 2010, p. 131-132.

³⁰⁵ DIAS, Ronaldo Brêtas de Carvalho, *op. cit.*, p. 101.

³⁰⁶ BARROS, Flaviane de Magalhães. A fundamentação das decisões a partir do modelo constitucional de processo. *Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica*: 20 anos de constitucionalismo democrático – e agora?. Porto Alegre: Instituto de Hermenêutica Jurídica, 2008, p. 131-134.

direito aplicável à espécie”. A consagração da atividade participativa das partes possibilita “a realização de um provimento jurisdicional legitimamente democratizado”.³⁰⁷

Com efeito, a motivação dos pronunciamentos jurisdicionais pressupõe que a atividade judicante seja exercida em observância ao direito fundamental ao juízo natural,³⁰⁸ previsto no art. 5º, XXXVII e LIII, da CRFB. Tendo em vista a vedação constitucional de instituição de juízos ou tribunais de exceção, o direito fundamental ao juízo natural significa que a jurisdição apenas pode ser legitimamente exercida por meio de um órgão competente, que seja preestabelecido em lei e devidamente investido na função jurisdicional.

Quer-se dizer, com isso, que é *naturalmente* competente para o exercício da jurisdição aquele órgão instituído anteriormente ao conhecimento da demanda, cujas competências lhe são constitucionalmente outorgadas, de modo inderrogável, indisponível e insubstituível, com base em critérios abstratos, objetivos e genéricos previamente estipulados no ordenamento jurídico.³⁰⁹

O juízo natural representa a antítese do juízo de exceção (ou juízo pós-constituído ou juízo *ad hoc*) e retrata a inadmissibilidade da criação de juízos ou tribunais *post factum* (depois de ocorrido o fato). Veda-se, assim, que juízos sejam designados arbitrariamente, para julgarem casos concretos específicos, de acordo com determinadas contingências ou situações particulares – ainda que em caráter excepcional ou temporário.

O resguardo do direito fundamental ao juízo natural assegura aos cidadãos, ao menos em tese, o eventual processamento e julgamento da causa por um juízo competente e

³⁰⁷ FARIA, Gustavo de Castro. O contraditório e a fundamentação das decisões sob o enfoque de uma teorização processual democrática. In: CASTRO, João Antônio Lima; FREITAS, Sérgio Henrique Zandona (Coord.). *Direito Processual: reflexões jurídicas*. Belo Horizonte: Instituto de Educação Continuada, 2010, p. 177; em sentido semelhante: OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *Do formalismo no processo civil*. 2. ed., São Paulo: Saraiva, 2003, p. 235-237.

³⁰⁸ Prefere-se, tecnicamente, a terminologia *juízo natural* ao invés de *juiz natural*. Isso porque, como bem anota a doutrina, “a expressão *juízo* revela designação jurídica mais qualificada tecnicamente do órgão estatal incumbido de exercer a função jurisdicional (por isso, nomenclatura constitucional), enquanto o termo *juiz* indica o agente público investido pelo Estado do poder de julgar (por exemplo, enunciados do artigo 93, incisos I e VII, e do artigo 95 da Constituição Federal)”. Já o termo *natural*, que qualifica o *juízo*, atua “como indicativo da coexistência de Estado e jurisdição”, isto é, demonstra que a jurisdição é função essencial e naturalmente inerente à criação jurídica do Estado de Direito. (DIAS, Ronaldo Brêtas de Carvalho. *Processo Constitucional e Estado Democrático de Direito*. Belo Horizonte: Del Rey, 2010, p. 112-113, destaques no original).

³⁰⁹ Francisco Rubio Lorrente aduz que o direito ao juiz previamente determinado por lei “exige em primeiro lugar que o órgão judicial tenha sido criado por norma jurídica, e que esta lhe haja investido de jurisdição e de competência com anterioridade ao fato que motivou a atuação do processo judicial e que seu regime organizacional ou processual não permita qualificá-lo como órgão especial ou excepcional”. Ademais, exige-se também “que a composição do órgão judicial venha determinada por lei e que em cada caso concreto se siga o procedimento legalmente estabelecido para a designação dos membros que hão de constituir o órgão correspondente” (LLORENTE, Francisco Rubio. *Derechos fundamentales y principios constitucionales: doctrina jurisprudencial*. Barcelona: Ariel, 1995, p. 299, tradução livre).

imparcial (*nemo iudex in causa sua*),³¹⁰ tendo em vista os obstáculos a uma *escolha não aleatória* de julgadores. O juízo natural, de tal sorte, traduz mecanismo de autocontrole da jurisdição, que intenta garantir, ainda que abstratamente, o exercício de uma jurisdição impessoal e independente, alheia a personalismos (juízos *ad personam*) e a interesses de cunho particular.³¹¹

Além do mais, a garantia constitucional à fundamentação das decisões judiciais requer não só a observância do juízo natural, como também o estrito respeito pelo juiz à legalidade (juridicidade) e às normas constitucionais. A motivação dos provimentos jurisdicionais está insitamente relacionada com os princípios constitucionais da supremacia da Constituição e da reserva legal (art. 5º, II, da CRFB), entendida esta como a sujeição da jurisdição não apenas à lei *stricto sensu* (legalidade), mas, sim, a todos os princípios e regras constitucionais e infraconstitucionais que compõem o ordenamento jurídico (juridicidade).³¹²

Com isso, o pronunciamento jurisdicional deve ser motivado – isto é, “conter os elementos e razões de juízo que permitam conhecer quais foram os critérios jurídicos que fundamentaram a decisão” –, bem como fundado no Direito – ou seja, “deve ser consequência de uma exegese racional do ordenamento, e não fruto da arbitrariedade”.³¹³

Dessa forma, pode-se dizer que a legitimidade democrática da jurisdição fica condicionada à necessidade de garantia da legalidade, de forma a impor aos magistrados o dever de prolação de decisões objetivamente motivadas e adequadas às normas que integram o ordenamento jurídico. A função jurisdicional encontra fronteiras nos limites da juridicidade, mormente no que tange à observância dos princípios constitucionais, dos direitos e das garantias fundamentais, enfim, da democracia, da cidadania e da soberania popular.

A rigor, o CPC enumera diversos requisitos formais e materiais pertinentes à decisão judicial. Os arts. 165 e 458, por exemplo, apontam os requisitos essenciais da sentença, dispondo que a decisão judicial deve conter: a) o relatório, por meio do qual o juiz, expondo os nomes das partes e a síntese da pretensão autoral e da resposta do réu, registra as principais ocorrências de fato e de direito ocorridas no trâmite do processo; b) a fundamentação ou motivação, por meio da qual o magistrado explicita as razões de decidir, declinando a *ratio decidendi* do julgado e resolvendo as questões fáticas e jurídicas

³¹⁰ OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *Do formalismo no processo civil*. 2. ed., São Paulo: Saraiva, 2003, p. 79.

³¹¹ LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria processual da decisão jurídica*. São Paulo: Landy, 2002, p. 101.

³¹² BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *Direito Processual Constitucional: aspectos contemporâneos*. Belo Horizonte: Fórum, 2008, p. 11-18.

³¹³ LLOBREGAT, José Garberí. *El derecho a la tutela judicial efectiva en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*. Barcelona: Bosch, 2008, p. 79-80, tradução livre.

envolvidas na demanda, tanto as incidentais como a principal (objeto do litígio), de natureza processual e meritória; c) o dispositivo ou conclusão, por meio do qual o julgador apresenta sua resposta à demanda que lhe foi dirigida, estabelecendo um preceito imperativo que resolve a demanda *sub judice*.

No que toca especialmente à fundamentação das decisões judiciais, ressalte-se que a exposição dos fundamentos fáticos e jurídicos que ensejam a procedência ou a improcedência da pretensão autoral deve ser realizada de modo substancial, e não apenas formal. Isso quer dizer que cabe ao magistrado, na resolução da demanda, analisar pormenorizadamente os fatos e as circunstâncias peculiares do caso concreto, para só então declinar as razões que lhe embasam o convencimento (art. 131, do CPC).

Dito de outro modo, não basta ao juiz, tão somente, expor os fundamentos jurídico-normativos que embasam o *decisum*, ainda que colacione farto entendimento doutrinário e/ou jurisprudencial sobre o assunto. Compete ao órgão julgador examinar a contenda sob o enfoque das especificidades fáticas do caso concreto, o que permite a aplicação do correspondente embasamento jurídico.

Destarte, as alegações e as provas ventiladas pelas partes constituem o substrato fático e jurídico que possibilita a formação racional da persuasão judicial. Ao magistrado é vedado o convencimento com base em sua valoração subjetiva do caso concreto. A aplicação de norma legal, com base no sentimento pessoal do julgador sobre qual é o “sentido da norma” que lhe parece mais adequado, implica a inexistência de fundamentos válidos para embasar a sentença:

Mesmo que o juiz estenda-se em argumentos legais, apoiando-se em outros julgados e pontos de vista doutrinários, o julgamento ainda seria carente de fundamentos válidos, dado que o exame das ‘circunstâncias’ que o julgador é obrigado a fazer, para cumprir o art. 131 do Código de Processo Civil, não seria atendido. (...). O art. 131 do CPC recomenda que o juiz aprecie livremente a prova, atendendo, porém, ‘aos fatos e circunstâncias constantes dos autos’, de modo que forme sua convicção como resultado do exame conjunto de todos os elementos de fato e de direito constantes dos autos; especialmente, que elabore o convencimento a partir das individualidades da causa, determinadas pelas suas *circunstâncias* que, naturalmente, não serão as mesmas circunstâncias de causas diversas. (...). É importante ter presente que a referência feita no texto a ‘circunstâncias’ impede – ou deveria impedir – as usuais fundamentações de sentenças elaboradas a partir da referência a doutrina e a textos legais. Por esta via, jamais se terão em contas as ‘circunstâncias’ do caso concreto.³¹⁴

³¹⁴ SILVA, Ovídio A. Baptista da. Fundamentação das sentenças como garantia constitucional. *Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica: Direito, Estado e Democracia – entre a (in)efetividade e o imaginário social*. Porto Alegre: Instituto de Hermenêutica Jurídica, 2006, p. 334-339, destaques no original.

Aliás, a *ratio decidendi* do julgado não só deve levar em consideração as razões de argumentação aventadas pela parte vencedora, como, também, demonstrar os motivos pelos quais as alegações e as provas apresentadas pela parte derrotada não foram suficientes para a formação de um juízo positivo de convencimento judicial. De fato, faz-se imprescindível que o julgador forneça à parte sucumbente os motivos pelos quais não foi racionalmente convencido, até para permitir a interposição de eventual recurso. Cuida-se, novamente, de expressão da íntima relação existente entre a fundamentação das decisões judiciais e o princípio do contraditório em sua dimensão substancial.

Nesse viés, a motivação das decisões judiciais possui dupla função, a saber: uma de natureza *endoprocessual*, segundo a qual a fundamentação do provimento possibilita à parte derrotada o controle do *decisum* por meio da interposição dos recursos cabíveis; e outra de natureza *exoprocessual* (ou *extraprocessual*), mediante a qual a motivação do pronunciamento viabiliza o controle da decisão judicial pela via difusa da democracia participativa, tendo em vista que o magistrado exerce a jurisdição em nome do povo.³¹⁵

Quanto à função endoprocessual, a obrigatoriedade de fundamentação das decisões judiciais transparece um dos problemais mais cruciais da *crise judiciária* atualmente verificada. Refere-se ao vertiginoso aumento de recursos interpostos na *praxis* forense,³¹⁶ comumente justificado apenas com base na crescente litigiosidade que caracteriza a sociedade capitalista de natureza competitiva.

O que nem todos preferem admitir, contudo, é que a ampliação do número de recursos advém, outrossim, da proliferação de decisões judiciais carentes de fundamentação juridicamente idônea e consentânea com as alegações e provas deduzidas pelas partes. Hoje se sabe que uma melhor fundamentação das decisões judiciais implica, por via de consequência, uma correspondente diminuição da possibilidade de acionamento da via recursal.

É certo, portanto, que as atuais tentativas de diminuição de hipóteses de cabimento de recursos³¹⁷ constitui medida apenas paliativa, a qual não resultará em qualquer

³¹⁵ DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. *Curso de Direito Processual Civil: teoria da prova, direito probatório, teoria do precedente, decisão judicial, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela*. 5. ed., Salvador: Jus Podium, 2010. v. 2, p. 290.

³¹⁶ A título exemplificativo, aponta-se a atual situação do STF. Nos anos de 2004, 2009 e 2011, foram recebidos por aquela Suprema Corte, respectivamente, 745, 5.892 e 9.867 recursos, o que representa um aumento assustador de, aproximadamente, 1.300% em oito anos. (Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=estatistica&pagina=acervoatual>. Acesso em: 10 abr. 2012).

³¹⁷ Como exemplo, cite-se a impossibilidade de interposição de recurso em face de decisão denegatória de repercussão geral em RE proferida pelo STF (art. 543-A, do CPC), bem como diante de decisão de Relator em

efeito prático se não houver, concomitantemente, um compromisso maior do Judiciário com a motivação séria dos provimentos jurisdicionais:

(...) é correto dizer que o número de recursos aumenta na proporção em que aumente o número de provimentos judiciais carentes de fundamentação. O resultado inverso também é verdadeiro: quanto mais bem fundamentado o ato jurisdicional, tanto menor será o número dos recursos que o podem atacar. (...) o tipo de fundamentação utilizada em nossa experiência judiciária concorre, com certeza, para o aumento do número de recursos. Esta é uma verdade óbvia, sobre a qual, no entanto, pouco se diz e praticamente nada se escreve. Ao contrário, tem-se buscado remédio para o assombroso aumento do número de recursos estabelecendo punições às partes, sob o pressuposto de abuso no direito de recorrer. Trata-se de remédio apenas sintomático. Eliminam-se, ou procuram-se eliminar, os sintomas. A causa do aumento de recursos não é sequer objeto de cogitação. O aumento exagerado do número de recursos é sintoma de sentenças inconvincentes, sentenças carentes de fundamentação. Além disso, o número de recursos abusivos ou protelatórios é bem menor do que se imagina. O que existe em grande número são recursos, tais como as sentenças, também mal fundamentados. Contra sentenças insuficientemente fundamentadas, opõem-se recursos carentes de fundamentação adequada.³¹⁸

Por sua vez, a função exoprocessual determina que a fundamentação das decisões judiciais é pressuposto de uma ordem jurídica democrática pautada no respeito ao direito fundamental de efetivo convencimento do teor de determinada decisão judicial, independentemente de a parte sair sucumbida. Com a fundamentação adequada dos provimentos, os juízes se tornam capazes de persuadir as partes e toda a comunidade social, evitando a sensação hoje comumente vivenciada pelo derrotado com base em uma sentença precariamente motivada: “fui vencido, mas não convencido”.³¹⁹

Ademais, os requisitos essenciais da sentença guardam necessária relação com o respeito ao *princípio da congruência*. Externamente, a decisão judicial deve apresentar relação com o objeto da demanda e com os sujeitos envolvidos, e, internamente, o provimento jurisdicional deve se revestir de clareza, certeza e liquidez.

Destarte, uma decisão judicial é congruente quando possui estrita correspondência com a pretensão posta *sub judice*. A congruência externa da sentença é respeitada quando a demanda é resolvida dentro das fronteiras do objeto litigioso, em exata equivalência à causa de pedir e aos pedidos deduzidos pelas partes.

Tribunal que, monocraticamente, converta Agravo de Instrumento em Agravo Retido ou defira liminarmente a antecipação dos efeitos da tutela recursal (art. 527, II, III e parágrafo único, do CPC).

³¹⁸ SILVA, Ovídio A. Baptista da. Fundamentação das sentenças como garantia constitucional. *Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica*: Direito, Estado e Democracia – entre a (in)efetividade e o imaginário social. Porto Alegre: Instituto de Hermenêutica Jurídica, 2006, p. 343-344.

³¹⁹ *Idem, ibidem*, p. 342.

Nessa linha, o CPC, nos arts. 128 e 460, consagra o princípio da congruência, ao preconizar que a demanda deve ser resolvida nos limites da lide, assim como que é vedado ao juiz proferir sentença que contemple tutela jurídica diversa daquela pretensão deduzida pelo autor da demanda. Além disso, a motivação e o conteúdo da sentença apenas vinculam, em princípio, os sujeitos participantes do processo em igualdade de oportunidades, somente em relação a estes produzindo efeitos diretos e imediatos.

À evidência, o princípio da congruência consiste em corolário do devido processo legal, ao vedar que o juiz resolva a controvérsia com base em pretensão estranha à que lhe foi demandada. Na medida em que o magistrado está adstrito ao pedido autoral, tem-se observadas as garantias constitucionais do contraditório e da ampla defesa, pois fica impedida a prolação de decisão que surpreenda as partes. Outrossim, o *princípio da demanda* (ou *princípio da inércia*), ao exigir a iniciativa das partes para a instauração da demanda, atua como requisito de imparcialidade do juiz na resolução da controvérsia.

A bem da verdade, o princípio da congruência é necessário à obtenção de uma prestação jurisdicional de qualidade. Indo além, pode-se dizer que há efetivamente o “direito à obtenção de uma decisão judicial congruente”,³²⁰ o qual assegura que seja guardada correspondência entre o pedido das partes e a parte dispositiva da decisão.

Sendo congruente a decisão, evita-se a prolação de provimentos defeituosos que sejam exarados em desconformidade com os limites objetivos da lide, tais como: a) decisões *citra petita*, em que há ausência de manifestação judicial sobre pedido, fundamento relevante da demanda ou questão essencial concernente a algum sujeito processual, decidindo o juiz *abaixo* do que lhe foi demandado; b) decisões *ultra petita*, hipótese em que o magistrado resolve a controvérsia com base em fatos, fundamentos ou pedidos não aventados pelas partes, ou em que estende os efeitos da decisão a sujeitos que não participaram do processo em simétrico contraditório, decidindo o juiz *além* do que lhe foi demandado; c) decisões *extra petita*, quando o magistrado, devido à falta de apreciação precisa do *meritum causae*, profere sua decisão com objeto distinto daquele requerido, podendo inclusive atingir sujeito processual não participante do processo em simétrico contraditório, decidindo o juiz *diversamente* do que lhe foi demandado.

Além da congruência externa (limites objetivos e subjetivos), a decisão judicial deve se revestir de clareza, certeza e liquidez. Considerados *requisitos de inteligência* da

³²⁰ LLOBREGAT, José Garberí. *El derecho a la tutela judicial efectiva en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*. Barcelona: Bosch, 2008, p. 86, tradução livre.

sentença, tais predicados denotam os pressupostos para a congruência interna da decisão judicial, em correspondência aos requisitos internos do pedido (certeza, liquidez e concluidência) previstos nos arts. 286 a 296, do CPC.

A clareza da sentença significa que a decisão judicial deve ser proferida “em linguagem simples, em bom vernáculo” e com a utilização do vocabulário técnico-jurídico apenas quando for necessário, para que seja “inteligível e insuscetível de interpretações ambíguas ou equívocas”.³²¹ Por sua vez, a certeza (ou precisão) da sentença estabelece que a decisão seja certa e limitada, insuscetível de gerar dúvidas às partes, e com isso não pode, ela mesma, impor condições à sua própria eficácia (art. 460, parágrafo único, do CPC).

Nessa ótica, clareza e certeza são requisitos de inteligência da decisão judicial, inseridos na garantia constitucional de motivação dos julgados, de modo a assegurar às partes o regular exercício do contraditório e da ampla defesa, mormente em grau recursal:

Clareza e precisão apresentam-se como requisitos da sentença, no que diz respeito à exigência constitucional de motivação dos julgados. Quem milita no foro conhece bem a dificuldade de se recorrer de um decisório carente de fundamentação lógico-jurídica. É como esgrimir com fantasma, pois não se sabe onde encontrar o cerne do julgado, onde localizar a *ratio* da deliberação, para atacá-la e tentar reverter seu desfecho. Enfim, é o direito de ampla defesa que não se consegue exercitar a contento. Sentença não fundamentada, ou inadequadamente motivada, provoca grave cerceamento do direito de defesa assegurado constitucionalmente.³²²

Finalmente, a sentença, quando possível, deve ser também líquida, de modo a contemplar: a) o *an debeat* (existência da dívida); b) o *cui debeat* (a quem é devido); c) o *quis debeat* (quem deve); d) o *quid debeat* (o que é devido); e) o *quantum debeat* (quantidade devida), nos casos em que o objeto da prestação é suscetível de quantificação.

4.3 O controle da jurisdição pelo contraditório e pela motivação das decisões judiciais: a refutação do *indevido processo sentimental*

³²¹ SANTOS, Moacyr Amaral. *Primeiras linhas de Direito Processual Civil*. 24. ed., São Paulo: Saraiva, 2010. v. 3, p. 21-22.

³²² THEODORO JUNIOR, Humberto. Constituição e processo: desafios constitucionais da reforma do processo civil no Brasil. In: MACHADO, Felipe Daniel Amorim; CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade (Coord.). *Constituição e Processo: a contribuição do processo ao constitucionalismo democrático brasileiro*. Belo Horizonte: Del Rey, 2009, p. 257-258.

O contraditório e a fundamentação racional dos pronunciamentos decisórios constituem mecanismos imprescindíveis de controle do exercício da função jurisdicional. A necessidade de garantia do simétrico debate entre os interessados e a construção da *ratio decidendi* das decisões judiciais com fulcro em todas as alegações e provas deduzidas pelos interessados resultam em obstáculos indeclináveis ao decisionismo judicial.

A participação democrática dos interessados na elaboração do provimento implica uma concepção de processo que consagra o contraditório paritariamente exercido como meio de fiscalização da atividade jurisdicional. A vinculação do magistrado à multiplicidade de argumentos e à variedade de interesses projetados nos autos impede que o processo seja utilizado como mero instrumento para a realização das opiniões subjetivas do julgador.

Paralelamente, a garantia fundamental da motivação racional das decisões judiciais assegura a elaboração de fundamentos decisórios em conformidade com os princípios constitucionais e com os direitos e as garantias fundamentais. A necessidade de a fundamentação decisória se pautar pela estrita juridicidade enseja a prolação de decisões objetivamente assentadas, que demonstrem “que o resultado do processo não é fruto da sorte ou do acaso, mas de verdadeira atuação da lei sobre os fatos levados à cognição judicial e comprovados, com a especificação da norma aplicável ao caso concreto”.³²³

De fato, a garantia da motivação das decisões judiciais possibilita o controle da atividade jurisdicional pelas partes e pela sociedade, pois exige que os juízes deem conhecimento e publicidade dos motivos de sua decisão.³²⁴ A fundamentação decisória, ao demandar um nexo de coerência entre os fatos, os fundamentos e as consequências jurídicas advindas do pronunciamento jurisdicional, baliza o poder do órgão jurisdicional, conformando o livre convencimento racional do julgador. Nesse quadro, a necessidade de fundamentação objetiva das decisões constitui “inestimável fator de coesão social e da solidez das instituições” e “assume realmente um papel fundamental de racionalização da valoração das provas”.³²⁵

Nesses termos, o contraditório e a motivação decisória, em conjunto com a força normativa da Constituição, o princípio da reserva legal (juridicidade) e a garantia constitucional do juízo natural, conformam o exercício da função jurisdicional. Com isso,

³²³ TUCCI, Rogério Lauria; TUCCI, José Rogério Cruz e. *Constituição de 1988 e processo: regramentos e garantias constitucionais do processo*. São Paulo: Saraiva, 1989, p. 74.

³²⁴ LLOBREGAT, José Garberí. *El derecho a la tutela judicial efectiva en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*. Barcelona: Bosch, 2008, p. 80.

³²⁵ OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *Do formalismo no processo civil*. 2. ed., São Paulo: Saraiva, 2003, p. 88-89.

impede-se a prolação de provimentos jurisdicionais *parciais, personalistas e subjetivamente valorados*:

Deste modo, a fundamentação da decisão é indissociável do contraditório, visto que garantir a participação dos afetados na construção do provimento, base da compreensão do contraditório, só será plenamente garantida se a referida decisão apresentar em sua fundamentação a argumentação dos respectivos afetados, que podem, justamente pela fundamentação, fiscalizar o respeito ao contraditório e garantir a aceitabilidade racional da decisão. (...). Vislumbra-se, aqui, os limites da fundamentação jurisdicional para impedir o subjetivismo do juiz e sua parcialidade, eis que, embora seja ele uma pessoa humana com suas convicções e história de vida, a limitação se dá justamente no impedimento de uma fundamentação que extrapole os argumentos jurídicos e na obrigatoriedade de se construir a decisão com argumentação participada das partes, que, como partes contraditórias, possam discutir a questão do caso concreto, de modo que a decisão racional se garanta em termos de coerência normativa, a partir da definição do argumento mais adequado ao caso concreto. Assim, se pode garantir que um juiz, mesmo com suas convicções, não apresente um juízo axiológico, no sentido de que todos os cidadãos comunguem da mesma concepção de vida, ou que os valores ali expostos na sentença vinculem normativamente todos os demais sujeitos do processo.³²⁶

A necessidade de formulação das razões de decidir exclusivamente com base nas alegações e nas provas aventadas pelos interessados, evita pronunciamentos jurisdicionais embasados em argumentos alheios ao conhecimento das partes ou inseridos unicamente no íntimo senso de justiça e de convicção pessoal do magistrado. O contraditório e a fundamentação das decisões judiciais estruturam o devido processo legal de modo a impedir que decisões judiciais sejam (supostamente) motivadas com base no *sentimento pessoal* ou na *livre consciência moral ou psicológica* do juiz.³²⁷

Infelizmente, são várias as manifestações, na jurisprudência pátria, que refletem o subjetivismo do julgador no ato de julgar. Por todos, vale citar o entendimento exarado pelo Ministro Humberto Gomes de Barros, do STJ, no julgamento do Agravo Regimental no Recurso Especial n. 279.889/AL:

³²⁶ BARROS, Flaviane de Magalhães. A fundamentação das decisões a partir do modelo constitucional de processo. *Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica: 20 anos de constitucionalismo democrático – e agora?*. Porto Alegre: Instituto de Hermenêutica Jurídica, 2008, p. 135-145.

³²⁷ Chaïm Perelman explica que, historicamente, a noção de motivação das decisões judiciais “pode ser compreendida ora como a indicação das razões que motivam o julgamento, como ocorre na terminologia jurídica francesa, ora como a indicação dos móbeis psicológicos de uma decisão”. Contudo, ressalta o autor que, em termos democráticos, vários motivos se opõem “à identificação da motivação com a indicação ‘de todas as operações da mente que conduziram o juiz ao dispositivo adotado por ele’”. E arremata: “Bastará descrever fielmente as operações da mente do juiz para motivar bem uma decisão jurídica? (...). Uma simples descrição das operações da mente do juiz não fornece, necessariamente, uma boa motivação, ou seja, uma legitimação ou uma justificação que persuadiria as partes, as instâncias superiores e a opinião pública da legitimidade da decisão” (PERELMAN, Chaïm. *Ética e Direito*. Tradução de Maria Ermanita Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 559-560).

Não me importa o que pensam os doutrinadores. Enquanto for Ministro do Superior Tribunal de Justiça, assumo a autoridade da minha jurisdição. O pensamento daqueles que não são Ministros deste Tribunal importa como orientação. A eles, porém, não me submeto. Interessa conhecer a doutrina de Barbosa Moreira ou Athos Carneiro. Decido, porém, conforme minha consciência. Precisamos estabelecer nossa autonomia intelectual, para que este Tribunal seja respeitado. É preciso consolidar o entendimento de que os Srs. Ministros Francisco Peçanha Martins e Humberto Gomes de Barros decidem assim, porque pensam assim. E o STJ decide assim, porque a maioria de seus integrantes pensa como esses Ministros. Esse é o pensamento do Superior Tribunal de Justiça, e a doutrina que se amolda a ele. É fundamental expressarmos o que somos. Ninguém nos dá lições. Não somos aprendizes de ninguém. Quando viemos para este Tribunal, corajosamente assumimos a declaração de que temos notável saber jurídico – uma imposição da Constituição Federal. Pode não ser verdade. Em relação a mim, certamente, não é, mas, para efeitos constitucionais, minha investidura obriga-me a pensar que assim seja.³²⁸

Para essa corrente jurisprudencial, o juiz é um “ser absoluto e incomparavelmente superior a qualquer outro ser material”, dotado de uma “dignidade especialíssima” que o faz não se ater senão à sua própria “consciência interior” para a prolação de julgamentos.³²⁹ O magistrado, “soberano dos elementos probatórios apresentados”,³³⁰ não se atém a qualquer critério racional de apreciação das provas, pois, a pretexto de seu livre convencimento motivado, fica “restituído à sua própria consciência”.³³¹

No Direito comparado, há manifestações semelhantes. O *Justice* da Suprema Corte dos EUA, Antonin Scalia, por exemplo, já disse que “Os juízes não têm idéia de qual é a vontade do povo. Nós trabalhamos em palácios de mármore”. Para ele, o magistrado “expressa vontade de juiz, e não (vontade) do povo”, e, nessa abordagem, o importante é o atendimento às preferências pessoais do julgador, com total desprezo aos destinatários da atividade jurisdicional.³³²

Também na doutrina é difundida a ideia da possibilidade de o julgador decidir conforme sua própria consciência. Dentro de uma perspectiva valorativa do Direito, prevalece o subjetivismo do juiz.

Piero Calamandrei, por exemplo, citado por Mauro Cappelletti, dizia que a sentença, derivada da palavra *sentir*, guardava íntima relação com o *sentimento* do juiz. Com

³²⁸ STJ, Agravo Regimental no Recurso Especial (AgRg no Resp) 279889/AL, Rel. Ministro JOSÉ DELGADO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 03/04/2001, DJ 11/06/2001, p. 121.

³²⁹ Tribunal Regional do Trabalho (TRT), 13ª Região, Processo n. 0171800-86.2007.5.13.0027, Paraíba, 2007, trechos da fundamentação de sentença exarada pela Sra. Juíza de Direito, Adriana Sette da Rocha Raposo.

³³⁰ STJ, HC 94826/SP, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, QUINTA TURMA, julgado em 17/04/2008, DJe 05/05/2008.

³³¹ STJ, RHC 16706/MG, Rel. Ministro GILSON DIPP, QUINTA TURMA, julgado em 02/12/2004, DJ 09/02/2005, p. 204.

³³² *apud* LEAL, Saul Tourinho. *Ativismo ou altivez?* O outro lado do Supremo Tribunal Federal. Belo Horizonte: Fórum, 2010, p. 109.

isso, em muitas ocasiões, “a motivação verdadeira, real, efetiva de uma sentença não é completamente revelada na ‘fundamentação’ da decisão do juiz”, mas, pelo contrário, “encontra-se nas ocultas inclinações (...) do ânimo do julgador” (tais como na simpatia ou antipatia por uma parte, ou no interesse ou desinteresse por uma tese jurídica).³³³

Já para Cândido Rangel Dinamarco, o magistrado, ao sentenciar, alcança a vontade concreta da lei e revela o seu sentimento de justiça, imbuído de sua sensibilidade, de seus valores pessoais e de suas convicções sócio-políticas. Como a prolação da decisão judicial é “sempre um momento valorativo”, o juiz é o “canal de comunicação entre a carga axiológica atual da sociedade em que vive e os textos”:

Em suma: o juízo do bem e do mal das disposições com que a nação pretende ditar critérios para a vida em comum não pertence ao juiz. Este pensa no caso concreto e cabe-lhe apenas, com sua sensibilidade, buscar no sistema de direito positivo e nas razões que lhe estão à base, a justiça do caso. Tem liberdade para a opção entre duas soluções igualmente aceitáveis ante o texto legal, cumprindo-lhe encaminhar-se pela que melhor satisfaça seu sentimento de justiça. (...). Para o adequado cumprimento da função jurisdicional, é indispensável boa dose de sensibilidade do juiz aos valores sociais e às mutações axiológicas da sua sociedade. O juiz há de estar comprometido com esta e com as suas preferências.³³⁴

O juiz, para essa parcela doutrinária, aparece como manifestação estatal soberana que se coloca “acima de tudo e de todos (*super omnia*)”, cujo poder, inevitável, impõe-se contra qualquer proibição. Uma vez que “ocupa na relação processual uma posição de realce e de mando”, o juiz faz “justiças pelas suas próprias mãos”.³³⁵ Na atividade de “descoberta” do direito aplicável ao caso concreto, é possível a transformação de uma norma jurídica “por valorações e idéias do próprio juiz”.³³⁶

O ato de julgar, portanto, se confunde com um “ato de vontade” exclusiva do magistrado, revestido de “subjetivismo e feição ideológica”. O juiz possui “poderes para conferir novos contornos aos ditames da lei” e a participação dialógica das partes no processo aparece como indesejada barreira ao exercício da função jurisdicional. O julgador usa de seu “intelecto” para mitigar as injustiças e a Constituição se transforma em “um ato jurisprudencial”,³³⁷ de maneira que “o direito é o que os tribunais dizem que é”.³³⁸

³³³ CAPPELLETTI, Mauro. *Processo, ideologias e sociedade*. Tradução de Hermes Zaneti Junior. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2010. v. 2, p. 29-30.

³³⁴ DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 14. ed., São Paulo: Malheiros, 2009, p. 233-235 e 347-348.

³³⁵ TORNAGHI, Hélio. *A relação processual penal*. 2. ed., São Paulo: Saraiva, 1987, p. 141.

³³⁶ OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. O processo civil na perspectiva dos direitos fundamentais. *Revista Baiana de Direito: direitos fundamentais*, Salvador, n. 1, p. 173-177, jan./jun. 2008.

³³⁷ NALINI, José Renato. *A rebelião da toga*. Campinas: Millennium, 2006, p. 248-294.

Como se percebe, para essa parcela doutrinária, a fundamentação das decisões judiciais decorre, *per se*, do simples fato de o juiz pertencer aos quadros da magistratura. Ao julgador é conferido o poder de decidir conforme sua própria consciência ou de acordo com o seu entendimento pessoal sobre o “sentido da lei” (como se isso fosse possível). O juiz, *por ser juiz*, valora as circunstâncias envolvidas no caso concreto para resolvê-lo com base na sua livre vontade.³³⁹

Mediante uma prática *invertida* da função jurisdicional, que desvirtua o complexo ato de julgar e implica transgressão à perspectiva democrática da jurisdição, o juiz, nessa hipótese, primeiramente decide, com base na sua consciência, qual é o teor do *decisum*, para, só a partir de então, buscar no ordenamento jurídico a suposta fundamentação jurídica para o seu pronunciamento.³⁴⁰ Confira, nesse sentido, o que diz Humberto Theodoro Júnior, ao sabiamente criticar decisões que *arranjam* fundamentos para justificar entendimentos convenientemente proferidos com qualquer conteúdo, destinados a atender a anseios particulares do juiz:

Totalmente descompromissado com a lei ditada pelo poder legiferante instituído, o aplicador do direito procura a regra a aplicar no caso concreto onde bem lhe convier, ou onde bem entender, pois fora do preceito explícito da lei, sempre haverá algum raciocínio, algum argumento, alguma justificação para explicar qualquer tipo de decisão, até mesmo aquele aberrante com as tradições histórico-culturais de um povo, as quais, aliás, pouco ou nada valem para a mentalidade emergente do século XX, em segmento quantitativamente expressivo.³⁴¹

Portanto, é preciso que o subjetivismo judicial seja refutado em prol da tutela do modelo constitucional de devido processo legal democrático, contraposto a um *indevido processo sentimental* que insiste em difundir-se na prática judiciária. Busca-se, com isso,

³³⁸ HART, Herbert L. A. *O conceito de Direito*. Tradução de A. Ribeiro Mendes. 5. ed., Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2007, p. 155.

³³⁹ STRECK, Lenio Luiz. O que é isto: ‘decidir conforme a consciência’? Protogênese do protagonismo judicial. In: MACHADO, Felipe; CATTONI, Marcelo (Coord.). *Constituição e Processo: entre o Direito e a Política*. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 215; o autor, criticando essa postura, denomina esse tipo de juiz de “sujeito solipsista” (*Selbstsüchtiger*), o qual, egoísta e encapsulado em seu íntimo, dita a *verdade* a partir de sua própria consciência. O juiz solipsista, portanto, é aquele que, ultrapassando os legítimos contornos de sua discricionariedade, decide conforme suas convicções pessoais e profere sentenças a partir de seu *sentire*, como resultado das representações extraídas de seu pessoal *feixe de sensações* (p. 224-225).

³⁴⁰ Resumidamente, essa postura do Judiciário é fortemente influenciada pelo movimento denominado “realismo legal” (ou realismo jurídico norte-americano), cujos adeptos (Jerome Frank Llewelyn, Wesley Sturges e Morris e Felix Cohen) defendem que “os juízes tomam as suas decisões de acordo com as suas próprias preferências políticas e então escolhem uma regra jurídica apropriada como uma racionalização” (DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Tradução de Nelson Boeira. 3. ed., São Paulo: Martins Fontes, 2010, p. 6-7).

³⁴¹ THEODORO JUNIOR, Humberto. A onda reformista do direito positivo e suas implicações com o princípio da segurança jurídica. *Revista IOB de Direito Civil e Processual Civil*. Porto Alegre: Thompson IOB, v. 40, p. 27, mar./abr. 2006.

impedir a deflagração de uma jurisdição abusivamente realizada com espeque no decisionismo judicial decisório (arbítrio), isto é, em “critérios outros dissociados da constitucionalidade da jurisdição”, marcados “pela arbitrariedade, pela discricionariedade, pelo subjetivismo, pelo messianismo, pela sensibilidade, pelas individualidades carismáticas ou pela patologia judiciária que denominamos *complexo de Magnaud*”.³⁴²

Seguramente, o controle judicial exercido pelo contraditório e pela fundamentação das decisões judiciais não se limita apenas às partes litigantes. Pelo contrário, na medida em que é outorgada aos interessados a possibilidade de efetiva influência no conteúdo da decisão judicial, confere-se à própria sociedade civil a prerrogativa de controle material do conteúdo do provimento jurisdicional.³⁴³

Inserida em uma perspectiva de amplos espaços públicos de debate e de abertura dos intérpretes constitucionais,³⁴⁴ a sociedade civil, em sua extensa pluralidade, se revela, ao mesmo tempo, destinatária e coautora das decisões judiciais. A sentença escapa à esfera da intimidade pessoal do julgador para alcançar a intersubjetividade própria de uma sociedade democrática.³⁴⁵

De tal sorte, cidadãos e entidades civis, alheios ao direito material em litígio – porém juridicamente interessados –, adquirem aptidão para conhecer e participar de demandas judiciais. A sociedade exerce efetivamente a garantia constitucional do contraditório, o que ocorre, por exemplo, mediante a participação em audiências públicas³⁴⁶ ou a intervenção

³⁴² DIAS, Ronaldo Brêtas de Carvalho. *Processo Constitucional e Estado Democrático de Direito*. Belo Horizonte: Del Rey, 2010, p. 120; o autor explica que Jean-Marie Bernard Magnaud foi o juiz quem presidiu o Tribunal de Primeira Instância de Château-Thierry, na França, no período de 1899 a 1904, cujos julgamentos se tornaram célebres por formularem regras apoiadas unicamente no sentimentalismo e nas suas opiniões pessoais.

³⁴³ COSTA, Fabrício Veiga. Modelo constitucional de processo coletivo: um estudo crítico a partir da teoria das ações coletivas como ações temáticas. *Revista do Instituto dos Advogados de Minas Gerais*, Belo Horizonte, n. 17, p. 224, 2011.

³⁴⁴ HÄBERLE, Peter. *A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1997, p. 11-18.

³⁴⁵ STRECK, Lenio; CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. *(Mais) um passo atrás no Direito brasileiro: quem vai cuidar do guarda da esquina?* Disponível em: <http://jus.com.br/revista/texto/7987/mais-um-passo-atras-no-direito-brasileiro>. Acesso em: 27 mar. 2012.

³⁴⁶ A possibilidade de realização de audiências públicas está prevista no art. 9º, §1º da Lei n. 9.868/99 e tem como objetivo a elucidação de matéria ou circunstâncias de fato. O STF já realizou audiências públicas para o debate de diversas questões constitucionais, destacando-se os casos das células-tronco (ADI n. 3.510), da viabilidade jurídica da interrupção de gravidez na hipótese de feto anencéfalo (ADPF n. 54) e da importação de pneus usados (ADPF n. 101). (LEAL, Saul Tourinho. *Ativismo ou altivez?* O outro lado do Supremo Tribunal Federal. Belo Horizonte: Fórum, 2010, p. 147-150).

processual na qualidade de *amicus curiae*,³⁴⁷ bem como por meio do aumento dos métodos autônomos de resolução de conflitos.

Todavia, a fim de que o controle da atividade jurisdicional seja realizado plenamente, faz-se necessário que o contraditório e a motivação dos provimentos estejam em correlação com outros dois princípios processuais de índole constitucional, quais sejam, a publicidade das decisões judiciais e a cooperação processual.

A garantia fundamental da *publicidade* dos provimentos (art. 5º, LX e 93, IX e X, da CRFB) é mecanismo essencial para o controle da jurisdição pela sociedade civil. Como expressão da democracia, da cidadania e da soberania popular, a publicidade das decisões judiciais – sobretudo dos elementos de sua fundamentação –, retrata empecilho ao subjetivismo judicial, pois assegura a necessidade de transparência dos resultados da atividade jurisdicional:³⁴⁸

O princípio da publicidade é uma garantia imprescindível, para possibilitar a participação da cidadania, pelo que todos têm direito a um processo público. (...) É o mais precioso instrumento de fiscalização popular sobre as obras dos magistrados e defensores. (...) Com a publicidade, o ato jurisdicional pode ser julgado socialmente, expondo-se às críticas das partes e de seus representantes, evitando o juízo arbitrário.³⁴⁹

Por seu turno, o princípio da *cooperação*, em sintonia com a garantia constitucional do contraditório, reformula os conceitos de lealdade e de boa-fé processuais.³⁵⁰

O modelo constitucional de devido processo legal determina que o processo não seja mais

³⁴⁷ O *amicus curiae* (em tradução literal, *amigo da Corte*) tem o objetivo de pluralizar o debate sobre matérias constitucionais, significando a intervenção processual de terceiros alheios ao direito material em discussão como “fator de legitimação social das decisões da Suprema Corte”. Sendo manifestação da democracia, a figura do *amicus curiae*, sob a perspectiva pluralista, possibilita “a participação formal de entidades e de instituições que efetivamente representem os interesses gerais da coletividade ou que expressem os valores essenciais e relevantes de grupos, classes ou estratos sociais”. Com isso, busca-se valorizar o “sentido essencialmente democrático” da participação processual, “enriquecida pelos elementos de informação e pelo acervo de experiências que o *amicus curiae* poderá transmitir à Corte Constitucional, notadamente em um processo – como o de controle abstrato de constitucionalidade – cujas implicações políticas, sociais, econômicas, jurídicas e culturais são de irrecusável importância e de inquestionável significação” (STF, ADI 2130 AgR, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Tribunal Pleno, julgado em 03/10/2001, DJ 14-12-2001 PP-00031 EMENT VOL-02053-03 PP-00485, trechos do voto do Ministro Celso de Mello). Atualmente, a figura do *amicus curiae* é prevista, por exemplo, no art. 7º, §2º, da Lei n. 9.868/99, e é aceita sua intervenção para apresentar memoriais e realizar sustentação oral (art. 131, §3º, do Regimento Interno do STF).

³⁴⁸ ZUFELATO, Camila. Fundamentação lógica das decisões judiciais: notas sobre a racionalização da função jurisdicional de decidir. In: THEODORO JUNIOR, Humberto; CALMON, Petrônio; NUNES, Dierle. *Processo e Constituição: os dilemas do processo constitucional e dos princípios processuais constitucionais*. Rio de Janeiro: GZ, 2012, p. 479.

³⁴⁹ BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *Direito Processual Constitucional: aspectos contemporâneos*. Belo Horizonte: Fórum, 2008, p. 19-20.

³⁵⁰ OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. O processo civil na perspectiva dos direitos fundamentais. *Revista Baiana de Direito: direitos fundamentais*, Salvador, n. 1, p. 176, jan./jun. 2008.

dirigido por um solitário julgador; ao revés, o processo é gerido por todos os sujeitos processuais e a decisão judicial é elaborada com a participação dialética das partes.

Dentro desse contexto, o magistrado assume a posição de interlocutor que dialoga com as partes. A direção do processo fica compartilhada entre as partes e o juiz, os quais cooperam com a gestão da atividade processual (policentrismo processual).³⁵¹

A cooperação processual “se destina a transformar o processo em uma ‘comunidade de trabalho’”,³⁵² e pode ser traduzida pelo permanente diálogo entre os sujeitos processuais.³⁵³ Ao impor direitos e obrigações às partes, e também prerrogativas e deveres ao juiz (de esclarecimento, consulta, diálogo, prevenção e auxílio), o princípio da cooperação enseja a responsabilização processual do sujeito em caso de inobservância dos encargos processuais impostos pela ordem jurídica. O exercício da jurisdição fica submetido à produção de resultados associados aos limites estabelecidos pelo modelo constitucional de devido processo legal democrático.

Dentro do enfoque cooperativista do processo, o contraditório – sobretudo em seu aspecto dinâmico – adquire viés eminentemente *comparticipativo*.³⁵⁴ Assim, são alargadas as possibilidades de atuação das partes no processo, assim como é imposto ao juiz o dever de abandonar uma postura mecânica e meramente passiva.

O modelo participativo de processo, ao privilegiar a democracia, a cidadania e a soberania popular, requer que o magistrado envolva as partes “num diálogo humano construtivo, em que o julgador não se limite a ouvir e as partes não se limitem a falar sem saber se estão sendo ouvidas”. Diferentemente, o contraditório participativo faz com que a solução da causa seja obtida conjuntamente pelo juiz e pelas partes, o que é denominado pela doutrina anglo-americana de *fair hearing*.³⁵⁵

³⁵¹ No ponto, a *contratualização do processo* retrata forma de cooperação processual, ao significar a permissão de celebração de ajustes, entre as partes e o juiz, a respeito da forma de condução do processo e do momento da prática de determinados atos processuais. Com isso, abandona-se um esquema vertical e impositivo no relacionamento entre partes e juiz e adota-se uma postura horizontal de caráter consensual. (ANDRADE, Érico. As novas perspectivas do gerenciamento e da ‘contratualização’ do processo. In: JAYME, Fernando Gonzaga; FARIA, Juliana Cordeiro de; LAUAR, Maira Terra (Coord.). *Processo civil – novas tendências: homenagem ao Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira*. Belo Horizonte: Del Rey, 2011, p. 158-162).

³⁵² NUNES, Dierle José Coelho. *Processo Jurisdicional Democrático: uma análise crítica das reformas processuais*. 1. ed., Curitiba: Juruá, 2011, p. 212-215.

³⁵³ DIDIER JR., Fredie. O princípio da cooperação: uma apresentação. *Revista de processo*, São Paulo, ano 30, n. 127, p. 75-79, set. 2005.

³⁵⁴ NUNES, Dierle José Coelho, *op. cit.*, p. 212-253.

³⁵⁵ GRECO, Leonardo. *Estudos de Direito Processual*. Campos dos Goytacazes: Faculdade de Direito de Campos, 2005, p. 544-546.

Nessa ordem de ideias, o contraditório, “guindado a elemento normativo estrutural da comparticipação”,³⁵⁶ visa a assegurar que todos os sujeitos potencialmente atingidos pela incidência do julgado (potencialidade ofensiva) tenham a garantia de contribuir de forma crítica e construtiva para sua formação.

O magistrado assume que não está sozinho na construção do provimento jurisdicional. A prolação da decisão judicial requer a observância da participação direta dos destinatários do ato final e a garantia de fiscalização da atividade jurisdicional por parte da sociedade aberta de intérpretes constitucionais. O diálogo do juiz com as partes, em contraditório dinâmico, atua como obstáculo ao arbítrio judicial:

(...) mesmo a vontade do juiz não se exhibe totalmente soberana, na medida em que condicionada, de um ou outro modo, à vontade e ao comportamento das partes, pelo que representam de iniciativa, estímulo, resistência ou concordância, e isso sem falar nos limites impostos pelo próprio sistema. (...). Por isso mesmo, o juiz e as partes nunca estão sós no processo; o processo não é um monólogo: é um diálogo, uma conversação, uma troca de propostas, de respostas, de réplicas; um intercâmbio de ações e reações, de estímulos e impulsos contrários, de ataques e contra-ataques. Tudo isso implica, no essencial, a idéia de recíproco condicionamento e controle da atividade das partes e da atividade do órgão judicial, a apontar à dupla função assumida pelo contraditório: por um lado, garantir a igualdade entre as partes; por outro, satisfazer o interesse público na descoberta da verdade e realização da justiça. Assim concebido, não se pode deixar de reconhecer também no contraditório um poderoso fator de contenção do arbítrio do juiz.³⁵⁷

Nesses termos, o contraditório e a fundamentação das decisões judiciais retiram o ato decisório da esfera individualista do sentimento pessoal do julgador, no intuito de impedir decisões judiciais baseadas em conceitos vagos e imprecisos, tais como *justiça*, *equidade* ou *ordem jurídica justa*. Fica vedada a *personalização* da decisão judicial, que, ao transformar “o juiz no ‘grande justiceiro do caso concreto’”, submetido apenas “ao farol da justiça”, leva ao “autoritarismo judicial”.³⁵⁸

De fato, o embasamento de decisões judiciais em convicções pessoais do magistrado “pode afetar a igualdade perante a lei, assim como princípios da democracia

³⁵⁶ TROCKER, Nicola. I llimiti soggettivi del giudicato tra tecniche di tutela sostanziale e garanzie di difesa processuale. *Rivista di Diritto Processuale*, XLIII, p. 35-95, 74-85 *apud* THEODORO JUNIOR, Humberto. *Processo justo e contraditório dinâmico*. Disponível em: <http://www.rechtd.unisinos.br/pdf/91.pdf>. Acesso em: 12 jun. 2012.

³⁵⁷ OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *Do formalismo no processo civil*. 2. ed., São Paulo: Saraiva, 2003, p. 113-115.

³⁵⁸ THEODORO JUNIOR, Humberto. O juiz e a revelação do direito “in concreto”. *Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil*. Porto Alegre: Síntese, v. 3, n. 14, p. 12-14, nov./dez. 2001.

republicana”.³⁵⁹ Em outras palavras, pronunciamentos jurisdicionais assentados no livre alvedrio do magistrado, ou no talento, ideologia, experiência, crença ou espírito justo do juiz, resultam em alto grau de subjetivismo, capaz de subtrair legitimidade da jurisdição:

Que o digam os advogados militantes, ao se depararem com decisões jurisdicionais fundamentadas, por exemplo, nos critérios enigmáticos e irresponsáveis do ‘justo razoável’, do ‘ideal de justiça’, ‘do caráter instrumental do processo’, do ‘livre (ou prudente) arbítrio do juiz’, do ‘prudente critério do juiz’, do ‘processo justo’, da ‘interpretação mais razoável’, da ‘decisão mantida pelos seus próprios e jurídicos fundamentos’, além de outros tantos esquisitos fundamentos e expressões próprios de um autêntico festival de logomaquia, captados, às vezes, de aplaudidas doutrinas forjadas no argumento de autoridade e de textos pretorianos repetitivos e grandiloqüentes, porém manifestamente incompatíveis com o princípio do Estado Democrático de Direito, ao qual os atos decisórios jurisdicionais têm de estar vinculados, a fim de que fiquem revestidos de legitimidade democrática, sem exceção de espécie alguma.³⁶⁰

À evidência, para que se possa alcançar uma decisão judicial racional e objetivamente fundamentada, com base na supremacia das normas constitucionais, é mister que o provimento resulte de uma argumentação de natureza jurídica. O ato decisório não deve contemplar unicamente elementos morais, éticos, religiosos, políticos, econômicos, sociais, culturais, axiológicos ou relativos à experiência de vida e à convicção pessoal do julgador. Confira as palavras de Aroldo Plínio Gonçalves:

Os fins metajurídicos do processo não possuem critérios objetivos de aferição no Direito Processual Civil. Se o exercício da função jurisdicional se manifesta sob a disciplina do ordenamento jurídico, e nos limites por ele definidos, qualquer fim do processo só pode ser jurídico. A concepção do processo como procedimento realizado em contraditório não comporta fins extrajurídicos, porque a preparação participada do provimento válido é juridicamente disciplinada. O provimento se forma sob a regulamentação de toda uma estrutura normativa que limita a manifestação da jurisdição e assegura às partes o direito de participação igual, simétrica e paritária, na fase que prepara o ato final.³⁶¹

³⁵⁹ LORENZETTI, Ricardo Luis. *Teoria da decisão judicial: fundamentos de direito*. 2. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 184.

³⁶⁰ DIAS, Ronaldo Brêtas de Carvalho. *Processo Constitucional e Estado Democrático de Direito*. Belo Horizonte: Del Rey, 2010, p. 121-122; também Humberto Theodoro Júnior critica decisões que se dizem fundamentadas “em frases como ‘presentes os requisitos legais, defiro o pedido’ ou ‘ausentes os seus pressupostos, indefiro a medida pleiteada’” ou aquelas que se limitam “a manter o julgado ‘por seus próprios fundamentos’ ou, o que é pior, pelas ‘razões invocadas pela parte’”. Como bem ressalta o autor, “expedientes desse jaez são verdadeiro escárnio ao direito das partes e da sociedade de conhecer os fundamentos reais dos pronunciamentos judiciais” (THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Constituição e processo: desafios constitucionais da reforma do processo civil no Brasil*. In: MACHADO, Felipe Daniel Amorim; CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade (Coord.). *Constituição e Processo: a contribuição do processo ao constitucionalismo democrático brasileiro*. Belo Horizonte: Del Rey, 2009, p. 257-259).

³⁶¹ GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Técnica Processual e Teoria do Processo*. Rio de Janeiro: Aide, 1992, p. 196-197.

É por essa razão que, com base na distinção idealizada por Ronald Dworkin, entendemos que ao juiz, quando exerce a jurisdição, cabe preponderantemente se valer de *argumentos de princípio* (*principle*), para justificar decisões com fundamento no respeito ou na garantia do direito de um indivíduo ou de um grupo de indivíduos. Por outro lado, *argumentos de política* (*policy*), de cunho axiológico, utilizados para fomentar ou proteger objetivos coletivos da comunidade, devem possuir aplicabilidade secundária.³⁶²

Nessa perspectiva, os argumentos de princípio são os ideais para a fundamentação das decisões judiciais no Estado Democrático de Direito, uma vez que protegem direitos e garantias fundamentais, em consonância com o sistema constitucional vigente. Os *principles* representam a concretização das liberdades constitucionais, de modo inexorável às alternâncias de poder da maioria governamental política e variável ao progresso da hermenêutica constitucional.

Por seu turno, os *policies* são os ideais para a justificação de decisões legislativas, direcionados a subsidiar a atividade do legislador na formulação de programas públicos e de pautas políticas. Quando utilizados sem critérios na seara jurisdicional, os argumentos de política consubstanciam perigosa inclinação ao decisionismo judicial, sobretudo quando possibilitam o manejo de métodos interpretativos indeterminados direcionados a *balancear*, *sopesar* ou *valorar* normas constitucionais (jurídicas) arditosamente equivalidas a bens, a valores e/ou a interesses essencialmente negociáveis (políticos).³⁶³

A construção da fundamentação das decisões judiciais determina a absoluta observância de princípios jurídicos, os quais, como *trunfos*, impedem que diretrizes metajurídicas se sobreponham aos direitos e às garantias fundamentais. Argumentos de política (*v.g.*, promoção do bem comum, resguardo do interesse público, garantia da defesa nacional), utilizados indiscriminadamente e em detrimento de argumentos objetivamente jurídicos, acabam por identificar o Direito como “algo negociável”, cuja lógica “não é a de se

³⁶² DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Tradução de Nelson Boeira. 3. ed., São Paulo: Martins Fontes, 2010, p. 35-46 e 128-132. Em outra obra, o autor retoma a mesma ideia, quando reflete que “Os juízes não devem tomar suas decisões baseando-se em fundamentos políticos”: “O debate negligencia uma distinção importante entre dois tipos de argumentos políticos dos quais os juízes podem valer-se ao tomar suas decisões. É a distinção (que tentei explicar e defender alhures) entre argumentos de princípio político, que recorrem aos direitos políticos de cidadãos individuais, e argumentos de procedimento político, que exigem que uma decisão particular promova alguma concepção do bem-estar geral ou do interesse público. A visão correta, creio, é a de que os juízes baseiam e devem basear seus julgamentos de casos controvertidos em argumentos de princípio político, mas não em argumentos de procedimento político” (*Idem*, *Uma questão de princípio*. Tradução de Luis Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 3-6).

³⁶³ FERNANDES, Bernardo Gonçalves. Mandado de Injunção: do formalismo ao axiologismo? O que mudou? Uma análise crítica e reflexiva da jurisprudência do STF. In: MACHADO, Felipe; CATTONI, Marcelo (Coord.). *Constituição e Processo: entre o Direito e a Política*. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 26.

um direito é devido ou não, mas sim a de se é ou não conveniente a sua aplicação no caso concreto em face da repercussão que tal decisão pode gerar no corpo social”.³⁶⁴

Os direitos e as garantias fundamentais são devidos como normas constitucionais imperativas, cuja proteção é insuscetível de negociação. Por sua vez, bens e interesses, uma vez que politizados, são aplicáveis a partir de um juízo utilitarista de preferência, de acordo com critérios de conveniência, de oportunidade e de valorações subjetivas do julgador.

Em suma, não se admite, como exigência democrática, a possibilidade de que o julgador possa motivar suas decisões conforme sua própria convicção pessoal ou de acordo com valorações de viés nitidamente metajurídico ou voluntarista.³⁶⁵ O ato de julgar, pela sua própria relevância, não pode ser encarado como uma atividade de mera liberalidade do julgador, a permitir que o magistrado utilize preferências particulares para resolver demandas.

O julgamento é um ato sério e assim deve ser considerado. Por essa razão, o decisionismo judicial decisório, o qual culmina em uma inaceitável “jurisprudência sem legislação”,³⁶⁶ deve ser rechaçado.

O controle da jurisdição demanda a compreensão do processo jurisdicional como o *locus* do exercício da democracia, em que a participação influente das partes no processo concretiza os princípios constitucionais da cidadania e da soberania popular.³⁶⁷ Trata-se de uma perspectiva democrática de exercício da jurisdição, consentânea com um conceito participativo de processo, com a ideia de fiscalização da atividade jurisdicional e com a necessidade de impedimento do decisionismo judicial.

Dentro desse ponto de vista, o processo justo busca evitar que a sentença seja um elemento da vontade do juiz, um suposto produto do *ato de inteligência* do julgador. O devido processo legal, nessa ótica, retrata “um complexo de garantias mínimas contra o subjetivismo e o arbítrio dos que têm poder de decidir”,³⁶⁸ através do contraditório, da motivação decisória,

³⁶⁴ MACHADO, Felipe. *Principle versus Policy: uma crítica à relação entre política criminal e direitos fundamentais a partir de Ronald Dworkin*. In: MACHADO, Felipe; CATTONI, Marcelo (Coord.). *Constituição e Processo: entre o Direito e a Política*. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 55-58.

³⁶⁵ STRECK, Lenio Luiz. O que é isto: ‘decidir conforme a consciência’? Protogênese do protagonismo judicial. In: MACHADO, Felipe; CATTONI, Marcelo (Coord.). *Constituição e Processo: entre o Direito e a Política*. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 222.

³⁶⁶ PICARDI, Nicola. *Jurisdição e Processo*. Organização e revisão técnica da tradução de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 97.

³⁶⁷ ABREU, Pedro Manoel. *Processo e Democracia: o processo jurisdicional como um locus da democracia participativa e da cidadania inclusiva no Estado Democrático de Direito*. São Paulo: Conceito Editorial, 2001. v. 3, p. 469.

³⁶⁸ PASSOS, José Joaquim Calmon de. *Direito, poder, justiça e processo: julgando os que nos julgam*. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 69.

do juízo natural, da publicidade dos atos processuais, enfim, do controle da atividade jurisdicional.

Ao se estabelecer que a atividade dos magistrados esteja vinculada ao contraditório e à fundamentação das decisões judiciais, proíbe-se que o exercício da função jurisdicional decorra de um ato monológico do julgador, pautado em suas crenças pessoais, com o fito de se impedir a difusão de um *indevido processo sentimental*.

5 O PROCESSO JUSTO COMO INSTRUMENTO DE EFETIVIDADE DA TUTELA JURISDICIONAL

5.1 A efetividade da tutela jurisdicional sob o enfoque instrumentalista do processo

Apresentados o contraditório e a motivação racional decisória como fundamentos de legitimidade democrática e de controle do exercício da função jurisdicional, é preciso, neste momento, examinar como o processo justo, igualmente, atua como instrumento de efetividade da tutela jurisdicional.

Em realidade, a justeza processual não se resume apenas à esfera de *proteção* de garantias constitucionais processuais ou à *tutela* do contraditório. É necessário, também, que o devido processo legal consista em instrumento de *satisfação* do direito material subjetivo e de *realização* dos direitos fundamentais assegurados na Constituição.

Nessa perspectiva, a legitimidade democrática da jurisdição não se atém à ideia do contraditório e da motivação decisória. Outrossim, a efetividade da tutela jurisdicional justifica o exercício democrático da jurisdição, dentro de uma visão de processo justo e de materialização dos princípios constitucionais e dos direitos fundamentais:

Contudo, a participação das partes no procedimento, embora importante, é insuficiente para garantir a legitimidade da jurisdição. A parte, além de ter o direito de participar do processo, possui o direito ao procedimento adequado à tutela do direito material. (...). Ou seja, a legitimidade da jurisdição, inclusive para que lhe seja possível tutelar os direitos, exige a compreensão de que o processo deve se mostrar apto à tutela do direito material. O processo, nessa perspectiva, exige mais um *plus* em relação à fria e neutra concepção de relação jurídica processual. Mas é necessário ainda mais. Para a legitimidade da jurisdição não basta a participação e a adequação do procedimento às necessidades do direito material,

sendo ainda necessária a legitimidade do procedimento diante dos direitos fundamentais (...).³⁶⁹

Trata-se de uma perspectiva *substancial* do instrumentalismo processual, que ultrapassa uma visão meramente *nominal* ou *formal*. O processo, “cumprindo sua primordial vocação que é a de servir de instrumento à efetiva realização dos direitos”, adquire “plena e total aderência à realidade sócio-jurídica a que se destina”.³⁷⁰ A “justiça do caso concreto” é obtida, apenas, se houver a pacificação por meio da instrumentalização da “efetiva realização do direito material”, inclusive em caráter preventivo (no caso de ameaça de lesão).³⁷¹

De tal sorte, é preciso, na ótica do Estado Democrático de Direito, superar o “divórcio entre o direito que se pratica no foro e o direito exposto pela doutrina dos sábios em seus manuais e reproduzido pela cátedra universitária”.³⁷² Faz-se imperativo que o processo, teoricamente construído a partir das garantias constitucionais processuais, seja efetivamente apto a implicar transformações na prática forense e na realidade social.

Neste passo, pontua-se que a teoria do processo como relação jurídica idealizada por Oskar von Bülow, ao concentrar-se no objetivo de conquista da autonomia científica do Direito Processual, acabou por mitigar a função do processo como instrumento para a atuação do direito material. A denominada fase autonomista do processo valorizou em demasia a técnica em detrimento da ideia do processo como instrumento de “eliminação da crise do direito material”.³⁷³

Com isso, o processo perdeu sua função instrumental, redundando em uma “burocratização” do processo e da figura do juiz.³⁷⁴ Cumpre transcrever o ensinamento de Luiz Guilherme Marinoni, ao tecer críticas sobre a teoria do processo como relação jurídica:

Na verdade, é preciso perceber que tal teoria não só é insuficiente como também é prejudicial à compreensão da riqueza do conteúdo do processo no Estado constitucional.

³⁶⁹ MARINONI, Luiz Guilherme. Da teoria da relação jurídica processual ao processo civil do Estado constitucional. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, vol. 852, ano 95, p. 14, out. 2006; em sentido semelhante: BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Direito e processo: influência do direito material sobre o processo*. 5. ed., São Paulo: Malheiros, 2009, p. 19-20.

³⁷⁰ WATANABE, Kazuo. *Da cognição no processo civil*. 2. ed., Campinas: Bookseller, 2000, p. 19-21.

³⁷¹ OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *Teoria e prática da tutela jurisdicional*. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 92-93.

³⁷² SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Processo e ideologia: o paradigma racionalista*. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 35.

³⁷³ *Idem, ibidem*, p. 15.

³⁷⁴ PICARDI, Nicola. La vocazione del nostro tempo per la giurisdizione. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, Milano, v. LVIII, p. 64, 2004 *apud* THEODORO JUNIOR, Humberto. *Direito fundamental à duração razoável do processo*. Disponível em: http://www.anima-pet.com.br/segunda_edicao/Humberto_Theodoro_Junior.pdf. Acesso em: 12 jun. 2012.

O conceito de relação jurídica, dado o seu caráter geral-abstrato, neutraliza a substância da própria relação em vida. A teoria de Bülow, ao sistematizar uma relação jurídica processual, não escapou do conceitualismo ou do cientificismo neutro próprios à pandectística.

A teoria da relação jurídica processual, se é capaz de demonstrar o que acontece quando o litigante vai em busca do juiz em face daquele que resiste à sua pretensão, encobre as intenções do Estado ou de quem exerce o poder, além de ignorar as necessidades das partes, assim como as situações de direito material e as diferentes realidades dos casos concretos.

A pretensa neutralidade do conceito de relação jurídica processual certamente escamoteou a realidade concreta, permitindo a construção de uma ciência processual que se queria bastante ou supunha que poderia viver imersa em si mesma, sem olhar para a realidade de direito material e para a vida dos homens.³⁷⁵

Com a superveniência da constitucionalização de uma tutela jurisdicional voltada a produzir resultados práticos e a concretizar o direito subjetivo ameaçado ou lesionado (art. 5º, XXXV, da CRFB),³⁷⁶ percebe-se, gradativamente, que a autonomia do processo civil em relação ao direito material “não significa que ele possa ser neutro ou indiferente às variadas situações de direito substancial”.³⁷⁷ Pelo contrário, a interdependência entre direito processual e direito material, de natureza “integrativa, orgânica, substancial”,³⁷⁸ resulta em que o processo deve ser visto à luz da realidade social, o que, à evidência, não prejudica a autonomia científica da processualística.³⁷⁹

De fato, o atendimento aos anseios da sociedade por uma prestação jurisdicional efetiva, mais célere e menos onerosa, constitui preocupação recorrente no Estado Democrático de Direito. O princípio constitucional da inafastabilidade da jurisdição impõe a preservação de esferas jurídicas que se encontrem ameaçadas ou lesionadas, por intermédio de uma tutela jurisdicional “amoldável a todos os tipos de conflito jurídico” e que esteja “ao alcance de todas as camadas sociais e de todos os titulares de interesses legítimos e relevantes”. Enfim, o povo almeja uma resposta jurisdicional *justa*, através de um processo

³⁷⁵ MARINONI, Luiz Guilherme. Da teoria da relação jurídica processual ao processo civil do Estado constitucional. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, vol. 852, ano 95, p. 12, out. 2006.

³⁷⁶ ANDRADE, Érico. *O Mandado de Segurança: a busca da verdadeira especialidade* (proposta de releitura à luz da efetividade do processo). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 25-28.

³⁷⁷ MARINONI, Luiz Guilherme. *Técnica processual e tutela dos direitos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 55-56; como afirma o autor, a confusão entre *autonomia* e *neutralidade* do processo tem “a não elogiável intenção de afastar do Poder Judiciário algo que é fundamental para a aplicação da justiça ao caso concreto. Nem o juiz nem o processo podem ser neutros” (p. 56).

³⁷⁸ Sobre o processo como instrumento de atuação da jurisdição, Calmon de Passos possui entendimento interessante: “O processo, no âmbito do jurídico, não é, portanto, algo que opera como simples meio, instrumento, sim um elemento que integra o próprio ser do Direito. A relação entre o chamado direito material e o processo não é uma relação *meio/fim*, instrumental (...), sim uma relação integrativa, orgânica, substancial” (PASSOS, José Joaquim Calmon de. *Direito, poder, justiça e processo: julgando os que nos julgam*. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 68).

³⁷⁹ DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 14. ed., São Paulo: Malheiros, 2009, p. 271-272; WATANABE, Kazuo. *Da cognição no processo civil*. 2. ed., Campinas: Bookseller, 2000, p. 21-23.

justo, conduzido “por órgãos adequadamente preparados, do ponto de vista técnico, e amplamente confiáveis, do ponto de vista ético”.³⁸⁰

Contextualizada a matéria, é preciso acentuar, visando a um rigor conceitual, que a efetividade³⁸¹ do processo – ou melhor, a efetividade da tutela jurisdicional – não se confunde com a utilização do processo como instrumento do decisionismo judicial, nem tampouco corresponde ao objetivo de máxima celeridade em detrimento da garantia fundamental do contraditório.

Essa advertência é necessária porque parte da doutrina interpreta a efetividade processual sob um enfoque que reputamos *distorcido* do que é o caráter instrumental do processo. Para esta parcela doutrinária, a utilização do processo como *instrumento da jurisdição* significa conferir abertura para uma ação discricionária e subjetivista do juiz.³⁸²

Porém, com o máximo respeito, comungamos de um entendimento diverso sobre o que é a efetividade do processo, que julgamos mais adequado ao Estado Democrático de Direito. E, quando assim defendemos, não estamos, é bom ressaltar, adotando puramente a teoria da instrumentalidade do processo idealizada por Cândido Rangel Dinamarco, pois concordamos que dela decorre a possibilidade de um exercício axiológico da jurisdição, em virtude da previsão de escopos metajurídicos alcançáveis por meio da sensibilidade do julgador.

Por conseguinte, o que se busca, ao inserir a efetividade em uma concepção democrática de devido processo legal, é justamente a conjugação do caráter instrumental do processo com as demais garantias constitucionais processuais, especialmente as do contraditório, da ampla defesa, da motivação das decisões judiciais e do juízo natural. Para que isso seja possível, é necessária uma compreensão do que é a natureza instrumental do processo desatrelada daquela concepção sustentada por Cândido Rangel Dinamarco,

³⁸⁰ THEODORO JUNIOR, Humberto. *Celeridade e efetividade da prestação jurisdicional: insuficiência da reforma das leis processuais*. *Revista de processo*, São Paulo, ano 30, n. 125, p. 63, jul. 2005.

³⁸¹ A doutrina diferencia tecnicamente os conceitos de eficiência, eficácia e efetividade: eficiência significa a virtude de produzir certo efeito, vale dizer, a capacidade de obtenção de produtos mais elevados (resultados, produtividade, desempenho) mediante utilização racionalmente econômica dos recursos disponíveis; já eficácia retrata a capacidade de organização da atividade de forma a melhor atingir os resultados propostos; já efetividade denota a concreta produção de efeitos, isto é, a capacidade de a atividade responder às exigências e necessidades respectivas, mediante concentração de recursos e esforços. (PASSOS, José Joaquim Calmon de. *Cidadania e efetividade do processo*. *Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil*, Porto Alegre, v. 1, n. 1, p. 30-31, set./out. 1999; SANTOS, Marina França. *Fundamentos da garantia constitucional do duplo grau de jurisdição*. 2011. 151 f. Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Direito, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2011, p. 25-37).

³⁸² Apenas a título exemplificativo, cite-se: LEAL, André Cordeiro. *Instrumentalidade do processo em crise*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2008; LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria geral do processo: primeiros estudos*. 10. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2011.

puramente teleológica e que trata o processo como repositório técnico da experiência, da sensibilidade e da vivência do julgador.³⁸³

Diferentemente, o que se está a defender é que um processo adequado, tempestivo e que produza resultados efetivos na prática social, também se insere no âmbito do processo justo,³⁸⁴ desde que, por óbvio, haja o necessário respeito aos princípios constitucionais e aos direitos e às garantias fundamentais do processo. A significativa importância da efetividade da tutela jurisdicional não permite que ela seja aplicada de modo absoluto e que, com isso, haja a supressão ou a inaplicabilidade dos demais direitos fundamentais.

Muito pelo contrário, a efetividade da tutela jurisdicional, na forma como entendemos, corrobora a ideia do processo como *instrumento não-decisionista da jurisdição*, com o escopo de impedir a utilização do processo como meio para a exteriorização de convicções particulares ou de sentimentos íntimos do julgador. E isso só é possível porque um processo, para que seja efetivo, tem como pressuposto a prolação de uma decisão judicial com a participação direta e influente dos interessados, que seja fundamentada nas alegações e nas provas simetricamente produzidas pelas partes e que seja coerente com a evolução histórico-institucional da sociedade.

O processo, como instrumento da jurisdição, denota ferramenta que viabiliza a concretização das normas constitucionais e dos direitos fundamentais, dentro de um enfoque democrático de devido processo legal que prima pelo igual respeito ao contraditório e à motivação das decisões judiciais. A nosso ver, a correta compreensão da efetividade processual demanda, necessariamente, sua correlata interdependência com a tutela das outras garantias processuais de natureza constitucional que compõem o devido processo legal.

Nessa perspectiva, a efetividade da tutela jurisdicional retrata direito fundamental de extrema relevância, justamente porque instrumentaliza a satisfação do direito material, a realização dos direitos fundamentais e a concreção das demais garantias processuais. No Estado Democrático de Direito, a garantia da proteção judicial e da tutela jurisdicional efetiva são direitos fundamentais que expressam a cidadania e a dignidade da pessoa humana, pois a

³⁸³ DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 14. ed., São Paulo: Malheiros, 2009, p. 359-364.

³⁸⁴ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Efetividade do processo e técnica processual*. 3. ed., São Paulo: Malheiros, 2010, p. 80; GONÇALVES, Gláucio Maciel. Direito e tempo. In: JAYME, Fernando Gonzaga; FARIA, Juliana Cordeiro de; LAUAR, Maira Terra (Coord.). *Processo civil – novas tendências: homenagem ao Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira*. Belo Horizonte: Del Rey, 2011, p. 290.

necessária tutela jurisdicional do cidadão é alcançada através de um processo que produza o melhor resultado prático.³⁸⁵

Nesse sentido, a legitimidade democrática da tutela jurisdicional também se fundamenta na transformação prática da realidade social por meio do processo, no sentido de assegurar a realização do bem jurídico e o respeito às garantias constitucionais processuais. Processo efetivo é aquele que, de modo adequado e tempestivo (com razoável duração), e com o devido resguardo do contraditório, da ampla defesa e da motivação decisória, tem aptidão para acarretar modificações na realidade social tendentes à satisfação do direito material reconhecido à parte vitoriosa.³⁸⁶

Nessa ordem de ideias, a efetividade da tutela jurisdicional insere-se na compreensão do *processo justo* como instrumento de satisfação do direito material e de realização dos direitos fundamentais, o que enseja um viés democrático ao *due process of law*, conforme idealizado por Humberto Theodoro Júnior e Érico Andrade:

O século XX se encerra, portanto, convencido de ter imposto ao direito processual os rumos da instrumentalidade, mas não apenas a ser simples realizador da vontade concreta da lei. O processo que lega ao novo milênio é o da *efetividade*, no qual não se cinge o Judiciário a dar aos litigantes uma solução conforme a lei vigente, mas a que tenha como compromisso maior o de alcançar e pronunciar, no menor tempo possível, e com o mínimo sacrifício econômico, a melhor composição do litígio: a *justa composição*. A garantia do *devido processo legal*, herdada dos séculos anteriores, tornou-se, em nosso tempo, a garantia do *processo justo*. Somente com esse remédio de *efetividade* plena da ordem jurídica, em todos os seus modernos anseios, é que se pode compreender a tutela jurisdicional desenvolvida hodiernamente por meio de processo.³⁸⁷

O eventual aumento dos poderes do juiz no processo pode e deve ser seguido de exacerbação ou maior rigor em relação ao dever de motivar as decisões judiciais e do aprimoramento das formas de controle desse tipo de decisão, exatamente para evitar atentados à imparcialidade. Tudo para evitar lesão ao núcleo constitucional do justo processo que, se prestigia a busca da efetividade do processo, em uma duração

³⁸⁵ GRECO, Leonardo. *Estudos de Direito Processual*. Campos dos Goytacazes: Faculdade de Direito de Campos, 2005, p. 225 *et seq.*

³⁸⁶ Como se percebe, nossa visão acerca da instrumentalidade do processo requer sua compreensão como instrumento que viabiliza a satisfação do direito material subjetivo. Neste passo, nos afastamos da doutrina de Calmon de Passos, no ponto em que este entende que a instrumentalidade do processo, ao contrário do que sustentamos, implicaria uma dissociação do direito processual e do direito material. Confirma o que diz o mencionado autor: “Falar-se, pois, em instrumentalidade do processo é incorrer-se, mesmo que inconsciente e involuntariamente, em um equívoco de graves conseqüências, porque indutor do falso e perigoso entendimento de que é possível dissociar-se o *ser* do direito do *dizer* sobre o direito, o *ser* do direito do *processo* de sua produção, o direito material do direito processual” (PASSOS, José Joaquim Calmon de. *Instrumentalidade e Devido Processo Legal. Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil*, Porto Alegre: Síntese, v. 1, n. 1, p. 13, set./out. 1999, destaques no original).

³⁸⁷ THEODORO JÚNIOR, Humberto. *O processo civil brasileiro no limiar do novo século*. Forense: Rio de Janeiro, 1999, p. 02.

razoável, garante também às partes o acesso a um juiz imparcial e ao amplo exercício do contraditório e do direito de defesa.³⁸⁸

Nessa ótica, o aumento dos poderes judiciais na direção e na gestão do processo não pode servir de pretexto para a transgressão das demais garantias processuais. A ideia do *gerenciamento do processo (case management)* pelo juiz,³⁸⁹ com o intuito de otimizar a economia e a celeridade processuais, requer a estrita vinculação do magistrado à estrutura constitucional do devido processo legal:

O gerenciamento processual, assim, segundo Marco De Cristofaro, produz duas reflexões diversas: a) é instrumento de aceleração processual, com redução de custo, para se tentar atingir a duração razoável; b) busca assegurar, para cada causa, o percurso processual mais adequado, segundo a ideia de flexibilidade ou adaptabilidade procedimental: os procedimentos não podem mais ser pensados abstratamente, como se se tratasse de um modelo *prêt à porter*, mas sim devem ser trabalhados para cada caso. (...). Certo, entretanto, que o aumento dos poderes de gerenciamento do juiz dentro do processo busca melhorar a qualidade do produto judicial sem perder de vista sua inserção no ambiente constitucional maior do justo processo, pois não podem ser sacrificadas as demais garantias processuais, como contraditório, ampla defesa, imparcialidade e neutralidade do juiz no altar da celeridade processual.³⁹⁰

Com efeito, José Carlos Barbosa Moreira enumera cinco itens que retratam um “programa básico” da efetividade processual, a saber: a) o processo deve dispor de instrumentos adequados de tutela a todos os direitos; b) esses instrumentos devem ser praticamente utilizáveis; c) é preciso assegurar condições propícias à completa restituição dos fatos relevantes, a fim de que o convencimento do julgador corresponda à realidade; d) o resultado do processo deve assegurar à parte vitoriosa o gozo pleno da específica utilidade a que faz jus; e) é preciso atingir o resultado prático com o mínimo dispêndio de tempo e de energia.³⁹¹

Por seu turno, Carlos Alberto Alvaro de Oliveira aduz que o “princípio da efetividade impõe a superação de modelos ultrapassados de tutela jurisdicional para certas situações lesivas ao direito material, em prol de mais eficaz e rápida realização do direito

³⁸⁸ ANDRADE, Érico. *O Mandado de Segurança*: a busca da verdadeira especialidade (proposta de releitura à luz da efetividade do processo). Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2010, p. 135-136.

³⁸⁹ A ideia do *gerenciamento processual* foi abordada no tópico 3, para o qual se remete o leitor.

³⁹⁰ ANDRADE, Érico. As novas perspectivas do gerenciamento e da ‘contratualização’ do processo. In: JAYME, Fernando Gonzaga; FARIA, Juliana Cordeiro de; LAUAR, Maira Terra (Coord.). *Processo civil – novas tendências: homenagem ao Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira*. Belo Horizonte: Del Rey, 2011, p. 149-151.

³⁹¹ MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Temas de Direito Processual*: sexta série. São Paulo: Saraiva, 1991, p. 17-18.

material”.³⁹² Em sentido semelhante, José Roberto Bedaque entende que é necessária uma “nova visão do fenômeno processual”, que conceba o processo como um “instrumento cuja utilidade é medida em função dos benefícios que possa trazer para o titular de um interesse protegido pelo ordenamento jurídico material”. Em outras palavras, é preciso uma revisão de conceitos jurídicos que resulte na adequação do processo a um escopo instrumentalista, segundo o qual “os institutos processuais são concebidos à luz do direito material”.³⁹³

O princípio da efetividade do processo, logo, é meio que permite a materialização de uma tutela jurisdicional adequada e tempestiva, hábil a realizar o direito material subjetivo por intermédio de um devido processo legal assecuratório das garantias processuais, e cujo trâmite temporal se desenvolva com razoável duração.

Dessa forma, a efetividade do processo é formada pelos elementos da *adequação* e da *tempestividade*, os quais, em correlação com a garantia constitucional do acesso à justiça, delineam uma ordem jurídico-processual justa e eficaz, dentro de uma perspectiva de processo direcionado para a busca de resultados.³⁹⁴ Uma tutela jurisdicional efetiva tem como objetivo assegurar uma prestação jurisdicional adequada e com razoável duração, que seja apta a conciliar a celeridade do processo com as garantias processuais que sintetizam a participação direta e influente dos sujeitos processuais na elaboração do provimento.

O elemento da *adequação* denota a possibilidade de o processo se amoldar de acordo com as peculiaridades do caso concreto. Aqui reside um dos aspectos da instrumentalidade processual; o processo, para que alcance o máximo de eficácia e de eficiência, é conformado de tal forma que, em respeito às alegações e às provas deduzidas pelas partes, tenha a aptidão de melhor tutelar o direito material em discussão.³⁹⁵

A rigor, a modelagem do processo às necessidades das partes é imprescindível para se promover uma prestação jurisdicional de qualidade. O processo deve ser estruturado de maneira adequada àquilo que se pretende tutelar, para que se obtenha, por via de

³⁹² OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. Efetividade e tutela jurisdicional. In: MARINONI, Luiz Guilherme (Coord.). *Estudos de Direito Processual Civil*: homenagem ao professor Egas Dirceu Moniz de Aragão. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 438.

³⁹³ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Direito e processo*: influência do direito material sobre o processo. 5. ed., São Paulo: Malheiros, 2009, p. 14-18.

³⁹⁴ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. 6. ed., São Paulo: Malheiros, 2009. v. 1, p. 110-112; WELSCH, Gisele Mazzoni. A razoável duração do processo (art. 5º, LXXVIII, da CF/88) como garantia constitucional. In: MOLINARO, Carlos Alberto; MILHORANZA, Mariângela Guerreiro; PORTO, Sérgio Gilberto (Coord.). *Constituição, jurisdição e processo*: estudos em homenagem aos 55 anos da Revista Jurídica. Porto Alegre: Notadez, 2007, p. 361.

³⁹⁵ OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. Efetividade e tutela jurisdicional. In: MARINONI, Luiz Guilherme (Coord.). *Estudos de Direito Processual Civil*: homenagem ao professor Egas Dirceu Moniz de Aragão. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 438.

consequência, um resultado prático também adequado.³⁹⁶ Trata-se do princípio da adequação ou adaptabilidade do procedimento, o qual determina a necessidade de um modelo procedimental passível de flexibilização de acordo com as peculiaridades do direito material subjetivo.³⁹⁷ Sobre o tema, Mauro Cappelletti aduz que:

O direito processual não é, realmente, um fim em si mesmo, porém instrumento voltado ao objetivo da tutela do direito *substancial*, público ou privado; este é na verdade e por assim dizer *ao serviço* do direito material, do qual tende a garantir a efetividade, ou melhor, a observância e, para o caso de inobservância, a reintegração.

A instrumentalidade do direito processual e, portanto, da técnica do processo, impõe, porém, uma consequência de grande alcance. Como qualquer instrumento, também aquele direito e aquela técnica devem realmente adequar-se, adaptar-se, conformar-se o mais estreitamente possível à particular natureza de seu objeto e de sua finalidade, ou seja, à natureza particular do direito substancial e à finalidade de tutelar os institutos do mencionado direito. Tanto mais um sistema processual será perfeito e eficaz, quanto mais for capaz de adaptar-se sem incoerências, sem discrepâncias, àquela natureza e àquela finalidade.³⁹⁸

A doutrina enumera basicamente três técnicas processuais de adequação procedimental, quais sejam, objetiva, subjetiva e teleológica. Para que se alcance o máximo de eficiência, tais técnicas devem ser utilizadas simultaneamente, objetivando-se “emprestar a maior efetividade possível ao direito processual no desempenho de sua tarefa básica de realização do direito material”.³⁹⁹

A adequação objetiva é utilizada de acordo com a natureza do bem jurídico que se busca tutelar. Para tanto, instituem-se ritos diferenciados de acordo com as peculiaridades e as necessidades do direito material controvertido.⁴⁰⁰ É o caso, por exemplo, dos ritos especiais nas ações possessórias, de alimentos e de usucapião.

Também os *circuitos processuais* existentes nas legislações inglesa e francesa expressam o elemento da adequação objetiva, uma vez que consistem em ritos procedimentais adotados para a adaptação do procedimento à natureza do objeto litigioso, os quais são

³⁹⁶ DIDIER JR., Fredie. Notas sobre a garantia constitucional do acesso à justiça: o princípio do direito de ação ou da inafastabilidade do Poder Judiciário. *Revista de processo*, São Paulo, ano 27, n. 108, p. 23-31, out./dez. 2002.

³⁹⁷ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Direito e processo: influência do direito material sobre o processo*. 5. ed., São Paulo: Malheiros, 2009, p. 22-23 e 68-70.

³⁹⁸ CAPPELLETTI, Mauro. *Processo, ideologias e sociedade*. Tradução de Hermes Zaneti Junior. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2010. v. 2, p. 31-32, destaques no original.

³⁹⁹ OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *Do formalismo no processo civil*. 2. ed., São Paulo: Saraiva, 2003, p. 116-120.

⁴⁰⁰ MARINONI, Luiz Guilherme. O direito à efetividade da tutela jurisdicional na perspectiva da teoria dos direitos fundamentais. *Revista de Direito Processual Civil*. Curitiba: Gênese, 2003, p. 304.

escolhidos após a instauração da demanda, e não previamente na legislação processual, e que atuam em prol da flexibilização procedimental.⁴⁰¹

Por sua vez, a adequação subjetiva é aquela em que ocorre conformação do processo de acordo com os sujeitos processuais, com o fito de conferir tratamento diferenciado a determinadas pessoas. É o caso, por exemplo, da previsão de regras específicas de tutela dos idosos, dos incapazes, dos membros do Ministério Público e das pessoas jurídicas de direito público componentes do conceito de Fazenda Pública.⁴⁰²

Finalmente, a adequação teleológica é aquela em que a flexibilização do procedimento ocorre conforme as finalidades perseguidas pelo processo, a exemplo da tutela antecipada (art. 273, do CPC) e das ações sujeitas ao procedimento especial dos Juizados Especiais, nas quais vigoram os princípios da oralidade, da simplicidade, da informalidade, da economia processual e da celeridade (art. 2º, da Lei n. 9.099/95).

Por seu turno, o elemento da *tempestividade* do processo significa que o trâmite processual deve obedecer a um lapso de tempo objetivamente aceitável, e, por isso, apto a respeitar as liberdades públicas e os direitos e as garantias fundamentais. Cuida-se, logo, do próprio direito fundamental à razoável duração do processo, com a garantia dos meios que assegurem a celeridade de sua tramitação (art. 5º, LXXVIII, da CRFB).⁴⁰³

De fato, a razoabilidade do trâmite processual – aí incluídas a celeridade e a economia processuais – consiste em direito fundamental inserido na concepção de processo justo. Sendo assim, como garantia constitucional, a duração razoável do processo possui aplicação imediata (art. 5º, §1º, da CRFB) e gera “direito subjetivo para os destinatários, os

⁴⁰¹ No Direito inglês, existem três circuitos procedimentais (*small claims track*, *fast track* ou *multi track*), os quais são estabelecidos pelo juiz em conjunto com as partes, por meio das *management conferences*. Por sua vez, no Direito francês, os circuitos procedimentais são chamados de *circuit court*, *circuit moyen* e *circuit long*, os quais são estabelecidos em função da complexidade da causa e escolhidos pelo juiz e pelas partes já na primeira audiência, de acordo com o grau de relevância da instrução probatória. (ANDRADE, Érico. As novas perspectivas do gerenciamento e da ‘contratualização’ do processo. In: JAYME, Fernando Gonzaga; FARIA, Juliana Cordeiro de; LAUAR, Maira Terra (Coord.). *Processo civil – novas tendências: homenagem ao Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira*. Belo Horizonte: Del Rey, 2011, p. 153-155).

⁴⁰² De acordo com a doutrina, “o conceito de Fazenda Pública abrange a União, os Estados, o Distrito Federal, os Municípios e suas respectivas autarquias e fundações públicas”, estando excluídas as empresas públicas e as sociedades de economia mista, mormente se explorarem atividade econômica. (CUNHA, Leonardo José Carneiro da. *A Fazenda Pública em juízo*. 6. ed., São Paulo: Dialética, 2008, p. 15-18).

⁴⁰³ Também o art. 20 do Código de Ética da Magistratura dispõe que “Cumpra ao magistrado velar para que os atos processuais se celebrem com a máxima pontualidade e para que os processos a seu cargo sejam solucionados em um prazo razoável, reprimindo toda e qualquer iniciativa dilatória ou atentatória à boa-fé processual” (Disponível em: <http://www.oabrs.org.br/downloads/requerimentos/codigoeticamagistratura.pdf>. Acesso em: 28 abr. 2012).

quais, no caso em apreciação, podem exigir dos juízes e tribunais que façam com que a duração razoável seja cumprida, caso a caso”.⁴⁰⁴

Processo devido é processo com duração temporal razoável, o que não significa que a prestação jurisdicional deve ser necessariamente rápida, mas, sim, que o processo deve demorar o tempo necessário à solução do caso concreto, sem dilações indevidas. Sempre haverá, por certo, uma demora tolerável na tramitação processual, como expressão da própria estrutura dialética do processo. O que deve ser evitado, portanto, é a demora excessiva e intolerável da atividade jurisdicional, a qual impede a prolação de um provimento em prazo razoável.⁴⁰⁵

Correlato à garantia constitucional da razoável duração do processo, o princípio da economia processual dispõe que, em cada processo, se economize, ao máximo, tempo, energia e recurso (perspectiva interna), bem como que se previna novo e inútil julgamento em causas já decididas (perspectiva externa). Nesses termos, o direito à duração razoável visa a diminuir o tempo de tramitação do processo e, paralelamente, a incentivar e a instituir outros meios de resolução de controvérsias menos onerosos, com o objetivo de desafogar a jurisdição estatal.⁴⁰⁶

José Rogério Tucci ensina que o direito do jurisdicionado a um processo sem dilações indevidas tem origem no art. 6º, 1, da Convenção Européia para Salvaguarda dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais, subscrita em Roma no dia 04 de novembro de 1950. O referido artigo prescreve que “Toda pessoa tem direito a que sua causa seja examinada equitativamente e publicamente num prazo razoável, por um tribunal independente e imparcial instituído por lei, que decidirá sobre seus direitos e obrigações civis ou sobre o fundamento de qualquer acusação em matéria penal contra ela dirigida”.

Disso decorrem inúmeras legislações estrangeiras que dispõem sobre a tutela jurisdicional dentro de um prazo razoável. O art. 24.2 da Constituição espanhola de 1978, por exemplo, aduz que “Todos têm direito ao juiz ordinário previamente determinado por lei, à defesa e à assistência de advogado, a ser informado da acusação contra si deduzida, a um processo público sem dilações indevidas e com todas as garantias (...)”. Também o art. 2-1 do Código de Processo Civil português prevê que “A protecção jurídica através dos tribunais

⁴⁰⁴ THEODORO JUNIOR, Humberto. *Direito fundamental à duração razoável do processo*. Disponível em: http://www.anima-opet.com.br/segunda_edicao/Humberto_Theodoro_Junior.pdf. Acesso em: 12 jun. 2012.

⁴⁰⁵ LLORENTE, Francisco Rubio. *Derechos fundamentales y principios constitucionales: doctrina jurisprudencial*. Barcelona: Ariel, 1995, p. 328.

⁴⁰⁶ ANDRADE, Érico. *O Mandado de Segurança: a busca da verdadeira especialidade (proposta de releitura à luz da efetividade do processo)*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 43-44.

implica o direito de obter, em prazo razoável, uma decisão judicial que aprecie, com força de caso julgado, a pretensão regularmente deduzida em juízo, bem como a possibilidade de a fazer executar”.

Por seu turno, o art. 11, ‘b’, da Carta Canadense dos Direitos e Liberdades de 1982 preconiza que “Toda pessoa demandada tem o direito de ser julgada dentro de um prazo razoável”. No mesmo sentido é o art. 8º, inciso 1, da Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), quando determina que “Toda pessoa tem direito a ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou para que se determinem seus direitos ou obrigações de natureza civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza”.⁴⁰⁷

Desde antes da inserção do inciso LXXVIII ao art. 5º da CRFB, portanto, um processo sem dilações indevidas é considerado “direito subjetivo consitucional, de caráter autônomo”. Todos os membros da coletividade possuem “direito à tutela jurisdicional dentro de um prazo razoável, decorrente da proibição do *non liquet*, vale dizer, do dever que têm os agentes do Poder Judiciário de julgar as causas com estrita observância das normas de direito positivo”.⁴⁰⁸

Tarefa das mais árduas é definir o que é um processo sem dilações indevidas, tendo em vista a indeterminabilidade semântica da expressão ‘prazo razoável’. Neste viés, a doutrina entende, de modo genérico, que a tempestividade se refere à “duração do processo de acordo com o uso racional do tempo processual por parte do réu e do juiz”.⁴⁰⁹ Por outro lado, as dilações indevidas denotam “os atrasos ou delongas que se produzem no processo por inobservância dos prazos estabelecidos, por injustificados prolongamentos das etapas mortas que separam a realização de um ato processual de outro”.⁴¹⁰

⁴⁰⁷ TUCCI, José Rogério Cruz e. Duração razoável do processo (art. 5º, LXXVIII, da Constituição Federal). In: JAYME, Fernando Gonzaga; FARIA, Juliana Cordeiro de; LAUAR, Maira Terra (Coord.). *Processo Civil – novas tendências: estudos em homenagem ao Professor Humberto Theodoro Júnior*. Belo Horizonte: Del Rey, 2008, p. 436-445; o autor explica que o Brasil é signatário do Pacto de São José da Costa Rica, o qual foi incorporado ao ordenamento jurídico nacional mediante a publicação do Decreto n. 678, de 09/11/1992 (p. 447).

⁴⁰⁸ *Idem*, *Tempo e processo: uma análise empírica das repercussões do tempo na fenomenologia processual (civil e penal)*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, p. 67.

⁴⁰⁹ MARINONI, Luiz Guilherme. *Técnica processual e tutela dos direitos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 183.

⁴¹⁰ GARCIA, José Antonio Tomé. *Protección procesal de los derechos humanos ante los tribunales ordinarios*. Madrid: Montecorvo, 1987, p. 119 *apud* TUCCI, José Rogério Cruz e. Duração razoável do processo (art. 5º, LXXVIII, da Constituição Federal). In: JAYME, Fernando Gonzaga; FARIA, Juliana Cordeiro de; LAUAR, Maira Terra (Coord.). *Processo Civil – novas tendências: estudos em homenagem ao Professor Humberto Theodoro Júnior*. Belo Horizonte: Del Rey, 2008, p. 437.

Portanto, um processo sem dilatações indevidas é aquele cujo trâmite temporal é ponderado e equilibrado, vedada a procrastinação do andamento processual além do estritamente necessário à tutela do direito material *sub judice*. Dito de outro modo, é um processo tempestivo, “que se desenvolve em condições de normalidade dentro do tempo requerido e no qual os interesses litigiosos podem receber pronta satisfação”.⁴¹¹

Diante da dificuldade de se precisar o que é uma *dilatação indevida*, a Corte Européia dos Direitos do Homem (também conhecido como Tribunal dos Direitos do Homem de Estrasburgo) enumerou três critérios que devem ser objetivamente considerados para o exame do tempo razoável do processo, aferíveis de acordo com as circunstâncias peculiares de cada caso concreto: a) complexidade da matéria; b) comportamento das partes e de seus procuradores; c) atuação do órgão jurisdicional.

Nessa trilha, a natureza do objeto litigioso pode justificar a realização de uma instrução probatória minuciosa que implique maior duração temporal do processo. De modo semelhante, a apresentação pelas partes de incidentes processuais impertinentes pode acarretar dilatação processual indevida, o que não impede, é bom frisar, a interposição de recursos ou a apresentação de alegações dentro da esfera do legítimo exercício da ampla defesa. Por fim, a própria inércia do órgão jurisdicional em proferir despachos e decisões, e também o *tempo morto* de processos paralisados em cartórios e secretárias judiciárias, impedem que os processos sejam impulsionados de modo tempestivo.⁴¹²

A bem da verdade, a definição da razoável duração do processo “é um problema que somente pode ser enfrentado e dirimido em face de dados concretos, os quais variam enormemente de um processo para outro”.⁴¹³ Nesse sentido, se o tumulto da marcha processual foi causado pelas próprias partes, não é possível imputar ao juízo a responsabilidade pela demora na tramitação do processo. Por outro lado, se a delonga excessiva do procedimento é consequência da inércia do juiz e de seus auxiliares no cumprimento de prazos legais, ou na própria falta de controle judicial do comportamento das partes e da realização de provas inúteis (arts. 14, V e 130, do CPC), torna-se possível, em tese,

⁴¹¹ LLORENTE, Francisco Rubio. *Derechos fundamentales y principios constitucionales*: doctrina jurisprudencial. Barcelona: Ariel, 1995, p. 328, tradução livre.

⁴¹² TUCCI, José Rogério Cruz e, *op. cit.*, p. 437-438; a par dos critérios estabelecidos pela Corte Européia dos Direitos do Homem, a doutrina jurídica do Canadá determina outros parâmetros para análise da tempestividade da prestação jurisdicional: a) identificação do interesse que a jurisdição visa a proteger; b) determinação dos beneficiários do direito e da relevância da demora; c) outros fatores que devem ser considerados para se verificar se a demora é injustificada; d) remédios apropriados para combater a violação a tal direito (p. 445).

⁴¹³ THEODORO JUNIOR, Humberto. *Direito fundamental à duração razoável do processo*. Disponível em: http://www.anima-opet.com.br/segunda_edicao/Humberto_Theodoro_Junior.pdf. Acesso em: 12 jun. 2012.

a atribuição de responsabilidade ao Judiciário pela infringência ao direito fundamental à duração razoável do processo (art. 5º, LXXVIII, da CRFB).

Felizmente, mesmo que ainda timidamente, os Tribunais judiciários vêm tentando buscar soluções práticas para a tutela da garantia constitucional do jurisdicionado a um processo sem dilações indevidas. Sobretudo nos casos em que a procrastinação injustificada do processo ocorre em virtude de ilegítima inércia do órgão jurisdicional, o entendimento jurisprudencial, de forma incipiente, vem se inclinando para a possibilidade de condenação do Estado ao ressarcimento dos danos causados em virtude da ilícita demora no andamento de processos judiciais.

A Corte Européia dos Direitos do Homem, em significativo julgamento ocorrido em 25 de junho de 1987, condenou o Estado da Itália a indenizar um jurisdicionado em razão dos danos materiais e morais sofridos em decorrência “do estado de prolongada ansiedade pelo êxito da demanda”. A seguir transcreve-se a ementa do acórdão:

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

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

- O motivo no sentido de que o processo italiano é inspirado pelo princípio dispositivo não se põe em contraste com a Convenção, e também não dispensa o juiz do dever de atender aos limites de duração prescritos no art. 6º, 1, da Convenção Européia para a Salvaguarda dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais.

- Com a finalidade de valorar a contribuição da parte à causa dos atrasos que determinaram a excessiva duração do processo, nem todos aqueles devidos a atos do defensor são imputados à parte.

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

- O Estado italiano é obrigado a pagar à requerente, em face da excessiva duração do processo no qual é ela autora, a soma de 8.000.000 de liras, determinada equitativamente ao ressarcimento, seja do dano material advindo das despesas efetuadas e das perdas sofridas, seja do dano moral derivante do estado de prolongada ansiedade pelo êxito da demanda.⁴¹⁴

⁴¹⁴ Íntegra do acórdão em TUCCI, José Rogério Cruz e. Duração razoável do processo (art. 5º, LXXVIII, da Constituição Federal). In: JAYME, Fernando Gonzaga; FARIA, Juliana Cordeiro de; LAUAR, Maira Terra (Coord.). *Processo Civil – novas tendências*: estudos em homenagem ao Professor Humberto Theodoro Júnior. Belo Horizonte: Del Rey, 2008, p. 438-442.

Embora ainda raras, também a jurisprudência pátria possui decisões em sentido semelhante. Cite-se, por exemplo, acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, o qual, conhecido por sua atuação de vanguarda, condenou o Município de Passo Fundo à reparação de dano moral causado por atraso injustificado na conclusão de sindicância administrativa instaurada em desfavor de servidor público municipal:

EMENTA: REPARAÇÃO DE DANO MORAL. ATRASO INJUSTIFICADO NA CONCLUSÃO DE SINDICÂNCIA ADMINISTRATIVA. FATO QUE CAUSOU DANO MORAL AO AUTOR, CONSIDERADO INOCENTE AO FINAL DO PROCEDIMENTO. CONSIDERAÇÃO *IN CONCRETO* DAS CIRCUNSTÂNCIAS DA DEMORA, COM PONDERAÇÃO DOS CRITÉRIOS ESTABELECIDOS PELA DOCTRINA. APELAÇÃO A QUE SE DÁ PROVIMENTO.

Trechos do voto do Desembargador Carlos Alberto Alvaro de Oliveira.

(...). Maior desenvolvimento requer a alegação de excesso de prazo no desenvolvimento da sindicância e do inquérito administrativo que se seguiu. Segundo entendo, o prolongamento excessivo desses procedimentos pode vir a causar, em tese, angústia e sofrimento moral ao acusado, de molde a determinar a reparação do dano moral, de conformidade com a garantia constitucional assegurada no art. 5º, inciso X, da Constituição da República, mormente porque esta instituiu como princípio basilar o respeito à dignidade humana (art. 1º, inciso III). (...). Esse atraso inexplicável da conclusão dos trabalhos por quase 1 ano e meio (período compreendido entre 11.12.1996 e 15.5.1998) prolongou sem justificativa a angústia e a incerteza do autor, que naturalmente almejava o fim do procedimento administrativo, visto que inocente das acusações, como ao final veio a ser reconhecido. Essa dor moral impõe-se reparada, responsabilizado o Município demandado, que por negligência no desempenho de suas funções agravou a situação aflitiva do autor.⁴¹⁵

De fato, a nosso ver, a intempestividade da tutela jurisdicional é capaz de produzir abalos psíquicos imensuráveis aos jurisdicionados, que possuem o direito fundamental à tutela jurisdicional adequada e tempestiva. Ao Estado, de acordo com as particularidades do caso concreto, pode ser atribuída a responsabilidade pela ineficiência do serviço público jurisdicional, para fins de reparação indenizatória de eventuais danos causados aos jurisdicionados.⁴¹⁶ A respectiva indenização, além disso, pode produzir o efeito de “incentivar o Judiciário e seus integrantes a resolver mais rápido as causas” e de “incentivar o próprio legislador a criar novos mecanismos legais de simplificação processual”.⁴¹⁷

⁴¹⁵ Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul – TJRS, Apelação Cível Nº 70006474233, Sexta Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, Julgado em 15/09/2004.

⁴¹⁶ BEZERRA, Márcia Fernandes. O direito à razoável duração do processo e a responsabilidade do Estado pela demora na outorga da prestação jurisdicional. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim *et al.* (Coord.) *Reforma do Judiciário*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 478; DIAS, Ronaldo Brêtas de Carvalho. *Responsabilidade do Estado pela função jurisdicional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 194-203.

⁴¹⁷ ANDRADE, Érico. *O Mandado de Segurança: a busca da verdadeira especialidade (proposta de releitura à luz da efetividade do processo)*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 109; como bem anota o autor, a jurisdição

Nesse propósito, em 24 de março de 2011, na Itália, foi editada a Lei n. 89, conhecida como *legge Pinto*, a qual estabeleceu na legislação italiana a possibilidade de fixação de indenização em virtude de danos sofridos por força de excessiva e desproporcional demora na prestação jurisdicional:

Art. 2. Direito à justa reparação.

1. Quem sofreu um dano patrimonial ou não patrimonial decorrente da violação da Convenção para Salvaguarda dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais, ratificada nos termos da lei de 4 de agosto de 1955, n. 848, sob a alegação de desrespeito do prazo razoável, assegurado no art. 6º, 1, da Convenção, tem direito a uma justa reparação.

2. Para reconhecer a violação, o juiz considera a complexidade do caso, o comportamento das partes e do juiz do procedimento, e ainda de qualquer outra autoridade que tenha concorrido para a sua respectiva definição.

3. O juiz determina a reparação de acordo com o art. 2.056 do Código Civil, observando as seguintes disposições:

a) considera somente o dano referente ao período excedente ao prazo tido como razoável, aludido no par. 1;

b) o dano não patrimonial é reparado, além do pagamento de uma quantia em dinheiro, por meio também de forma adequada de publicidade do reconhecimento da violação. (...).⁴¹⁸

Aliás, até mesmo para a parte derrotada, “o possível e natural inconformismo é, sem dúvida, mais tênue quando a luta processual não se prolonga durante muito tempo”.⁴¹⁹ Uma prestação jurisdicional que se desenvolva em lapso temporal razoável, compatível com a natureza do litígio e sem dilações indevidas, tem o condão de melhor implicar satisfação às partes, conjugando o acesso à jurisdição com a garantia de uma tutela jurídica efetiva.

5.2 Efetividade da tutela jurisdicional e acesso à ordem jurídica justa

A efetividade do processo, ao instrumentalizar uma prestação jurisdicional adequada e tempestiva, guarda estreita relação com a garantia fundamental do acesso à

é espécie do gênero serviço público e, como tal, se submete aos princípios da eficiência e da economicidade, a partir de uma gestão profissionalizada (p. 167).

⁴¹⁸ TUCCI, José Rogério Cruz e. Sobre a duração razoável do processo na Europa comunitária. In: JAYME, Fernando Gonzaga; FARIA, Juliana Cordeiro de; LAUAR, Maira Terra (Coord.). Processo civil – novas tendências: homenagem ao Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira. Belo Horizonte: Del Rey, 2011, p. 478-479; o autor ainda complementa que o limite tolerável para a definição de prazo razoável de tramitação do processo é de 05 anos (03 anos para o primeiro grau, acrescido de 02 anos para a instância recursal), bem como que o Tribunal europeu vem fixando indenizações na quantia de €1.000,00 a €1.500,00 para cada ano excedente ao *spatium temporis* considerado tolerável (p. 475-476).

⁴¹⁹ *Idem, ibidem*, p. 434.

justiça, compreendida a partir do princípio constitucional da inafastabilidade da jurisdição (art. 5º, XXXV, da CRFB).

A moderna concepção do princípio da inafastabilidade da jurisdição ultrapassa a ideia de garantia formal de provocar o Judiciário e de ingressar em juízo (direito público subjetivo de invocar a prestação jurisdicional),⁴²⁰ para consubstanciar o *acesso à ordem jurídica justa*, que resulta em uma tutela jurisdicional tempestiva, célere, sem dilações excessivas ou formalismos desnecessários, enfim, efetiva, adequada e qualificada contra qualquer forma de denegação de justiça.⁴²¹

De fato, o cidadão, no Estado Democrático de Direito, possui o *direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva*. Nessa linha, o jurisdicionado possui a garantia constitucional de que terá efetividade na tutela jurisdicional de seus direitos, em termos de proteção do direito material subjetivo que lhe é reconhecido na sentença. Por outro lado, ao Estado é imposto o dever de proteger os direitos, seja através da edição de normas de direito material, seja por meio do resguardo do procedimento efetivo e adequado para tanto.⁴²²

Por conseguinte, a tutela jurisdicional dos direitos assegura uma *resposta* estatal motivada no que tange à pretensão deduzida e aos resultados proporcionados pelo processo no âmbito do direito material, o que não significa, como é óbvio, o direito à obtenção de uma decisão jurídica favorável.

As garantias constitucionais do acesso à justiça e do devido processo legal determinam, a rigor, que “seja assegurada a efetividade real do ‘resultado’”, o que significa “a possibilidade de obter uma eficaz tutela jurisdicional” no que se refere à proteção das necessidades do direito substancial.⁴²³ Assim sendo, o direito à tutela jurisdicional efetiva

⁴²⁰ TUCCI, Rogério Lauria; TUCCI, José Rogério Cruz e. *Constituição de 1988 e processo: regramentos e garantias constitucionais do processo*. São Paulo: Saraiva, 1989, p. 10.

⁴²¹ WATANABE, Kazuo. *Da cognição no processo civil*. 2. ed., Campinas: Bookseller, 2000, p. 27; OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *Do formalismo no processo civil*. 2. ed., São Paulo: Saraiva, 2003, p. 271; BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Direito e processo: influência do direito material sobre o processo*. 5. ed., São Paulo: Malheiros, 2009, p. 14-16; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. 6. ed., São Paulo: Malheiros, 2009. v. 1, p. 117-119; DIDIER JR., Fredie. Notas sobre a garantia constitucional do acesso à justiça: o princípio do direito de ação ou da inafastabilidade do Poder Judiciário. *Revista de processo*, São Paulo, ano 27, n. 108, p. 28, out./dez. 2002.

⁴²² MARINONI, Luiz Guilherme. *Técnica processual e tutela dos direitos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 84; 146-147; 165 *et seq.*; essa concepção está em consonância com o entendimento de José Garberí Llobregat acerca da *constitucionalização do direito de ação*. Para o autor, o conceito de *ação* compreende os sentidos de “proibição pública da autotutela dos direitos subjetivos”, de “faculdade inserida no direito material controvertido” (configuração privatística) e de “direito subjetivo público dirigido frente ao Estado a fim de que este preste a tutela jurisdicional sobre os direitos e interesses em conflito” (LLOBREGAT, José Garberí. *El derecho a la tutela judicial efectiva en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*. Barcelona: Bosch, 2008, p. 18, tradução livre).

⁴²³ OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *Teoria e prática da tutela jurisdicional*. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 84-85.

assegura a obtenção, em face dos órgãos judiciais, de uma resposta judicial sobre a pretensão deduzida que seja motivada, razoável, congruente e fundada no Direito – e não arbitrária ou desproporcional –, o que não se confunde com a adstrição do juiz a determinada interpretação da norma que seja favorável à parte demandante.⁴²⁴

Na concepção de José Garberí Llobregat, o *direito fundamental à tutela judicial efetiva*, que não se esgota na compreensão do direito de ação como garantia única de acesso aos tribunais, contém os seguintes elementos básicos: a) o direito de acesso à Jurisdição; b) o direito a obter dos tribunais um pronunciamento fundado no direito objetivo e nas provas produzidas, que será de mérito quando concorrentes todos os pressupostos processuais, e que observará os requisitos da motivação e da congruência; c) o direito aos recursos estabelecidos na legislação contras as decisões judiciais; d) o direito à execução das decisões judiciais; e) o direito à imodificabilidade das decisões judiciais; f) o direito a não sofrer desamparo no processo.⁴²⁵

Outrossim, o cidadão também possui o *direito fundamental à tutela jurisdicional adequada*. Por conseguinte, a tutela jurisdicional deve ser proporcional à justa composição do litígio, exercida em tempo razoável e acessível a toda a população.⁴²⁶

E assim é que o acesso à ordem jurídica justa requer uma tutela jurisdicional efetiva e adequada, seja quanto à sua tempestividade (duração razoável), seja quanto aos seus resultados (satisfação do direito material), sempre com respeito às garantias fundamentais do contraditório, da ampla defesa, da motivação decisória e do juízo natural.

Nessa linha, “o acesso à justiça quer dizer acesso a um processo justo”,⁴²⁷ que possibilite a participação efetiva das partes na elaboração da decisão judicial, mas que também permita a tempestiva tutela dos direitos de acordo com as especificidades do direito material. Dentro dessa visão, o princípio da inafastabilidade da jurisdição representa a

⁴²⁴ LLOBREGAT, José Garberí, *op. cit.*, p. 23-25; LLORENTE, Francisco Rubio. *Derechos fundamentales y principios constitucionales: doctrina jurisprudencial*. Barcelona: Ariel, 1995, p. 279-284.

⁴²⁵ LLOBREGAT, José Garberí. *El derecho a la tutela judicial efectiva en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*. Barcelona: Bosch, 2008, p. 19, tradução livre; o direito de não sofrer desamparo no processo (*derecho a no sufrir indefensión*) “significa que em todo processo judicial deve ser respeitado o direito de defesa em contraditório das partes contendoras”, o que é assegurado “através da oportunidade de alegar e provar seus direitos e interesses dentro de um processo em que se respeitem os princípios da bilateralidade e igualdade de armas processuais, sem que possa ser editada a decisão judicial *inaudita parte* salvo não-comparecimento voluntário ou devido a negligência atribuída à parte que pretende fazer valer aquele direito fundamental” (p. 249-250, tradução livre).

⁴²⁶ MELO, Gustavo de Medeiros. *O acesso adequado à justiça na perspectiva do justo processo*. Disponível em: <http://www.ibds.com.br/artigos/OACessoADEQUADOaJUSTIcANAPERSPECTIVADOJUSTOPROCESSO.pdf>. Acesso em: 18 jun. 2012.

⁴²⁷ MARINONI, Luiz Guilherme. *Novas linhas do processo civil*. 2. ed., São Paulo: Malheiros, 1996, p. 24.

possibilidade de provocar a função jurisdicional e de instaurar o devido processo legal embasado nas garantias constitucionais a ele inerentes.

Com isso, a efetividade da tutela jurisdicional e a garantia constitucional do acesso à justiça passam a assegurar aos litigantes não apenas uma sentença, mas, sim, uma *sentença justa*, de acordo com a melhor interpretação dos fatos e fundamentos jurídicos da demanda.⁴²⁸ O processo, por sua vez, retrata “mecanismo adequado a proporcionar não apenas acesso à justiça, mas à ordem jurídica justa”, o que implica a noção de um processo justo (ou équo) como “aquele instrumento apto a assegurar efetivamente os direitos estabelecidos no ordenamento jurídico material”.⁴²⁹ Na *luta* pela efetividade da tutela jurisdicional, busca-se que “o vencedor da demanda obtenha o bem da vida pleiteado no processo em um período de tempo razoável”.⁴³⁰

É dizer, portanto, que o acesso à justiça, como “um direito fundamental para que os demais direitos também possam ser reivindicados”,⁴³¹ compreende atividades tanto formais, de garantia de acesso livre a todos, em condições de igualdade, ao órgão jurisdicional, bem como materiais, no sentido de proporcionar instrumentos de efetividade da atuação do direito material. Busca-se assegurar, por conseguinte, uma tutela jurisdicional procedimental e substancialmente justa, dentro de uma ideia de processo justo.⁴³²

Leonardo Greco entende que a plenitude do acesso à justiça pressupõe a superação de três tipos de obstáculos, os quais, se não eliminados, comprometem a aproximação do magistrado com o jurisdicionado e, por via de consequência, prejudicam a democracia e a cidadania. Tais óbices podem ser assim classificados: a) econômicos, tais como custas e despesas processuais, honorários advocatícios e riscos de sucumbência; b) geográficos, que são decorrentes da imensidão do território brasileiro e da precária proporção juiz/habitante; c) burocráticos, os quais refletem a ineficiência da estrutura judiciária, a

⁴²⁸ THEODORO JUNIOR, Humberto. *Celeridade e efetividade da prestação jurisdicional: insuficiência da reforma das leis processuais*. *Revista de processo*, São Paulo, ano 30, n. 125, p. 64, jul. 2005.

⁴²⁹ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Os elementos objetivos da demanda examinados à luz do contraditório. In: TUCCI, José Rogério Cruz e; BEDAQUE, José Roberto dos Santos (Coord.). *Causa de pedir e pedido no processo civil: questões polêmicas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 14.

⁴³⁰ ROCHA, Cesar Asfor. *A luta pela efetividade da jurisdição*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 39.

⁴³¹ MARINONI, Luiz Guilherme. O custo e o tempo do processo civil brasileiro. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná*, Porto Alegre, v. 36, p. 38-39, 2001.

⁴³² THEODORO JUNIOR, Humberto. *Direito fundamental à duração razoável do processo*. Disponível em: http://www.anima-opet.com.br/segunda_edicao/Humberto_Theodoro_Junior.pdf. Acesso em: 12 jun. 2012.

inadequação da máquina judiciária, a baixa remuneração e a falta de formação técnico-profissional dos serventuários.⁴³³

A par de tais obstáculos, pode-se também apontar barreiras *endógenas* (ou internas) e *exógenas* (ou externas) ao acesso à justiça. Nessa ótica, Augusto Mario Morello enumera o excesso de formalismo e a necessidade de uma adequada tutela coletiva, como barreiras internas, enquanto o desconhecimento dos direitos pela população, a necessidade de efetiva assistência jurídica gratuita e as discriminações econômicas (alto custo da máquina judiciária) retratam óbices externos a uma adequada prestação jurisdicional.⁴³⁴

Para Paulo Cezar Pinheiro Carneiro, o acesso à justiça compõe-se dos seguintes elementos: a) acessibilidade, manifestada pelo direito à informação, à legitimação adequada e à preocupação com a redução das despesas processuais; b) operosidade, expressada por uma atuação ética dos operadores jurídicos e pela utilização adequada dos institutos processuais; c) utilidade, verificada pelo binômio segurança-celeridade; d) proporcionalidade, revelada pela busca do menor sacrifício para o vencido e o mais proveitoso resultado para o vencedor.⁴³⁵

Já Cesar Asfor Rocha entende que o acesso à justiça contém um núcleo mínimo, formado pelos seguintes elementos: a) a segurança dos litigantes, assegurada por meio de um processo previamente estabelecido dentro de um sistema de garantias (devido processo legal); b) o tempo e os custos exigidos na sua dinamização, no sentido de que a solução da causa deve ser alcançada com duração razoável, dentro de um tempo que permita ao vencedor da demanda usufruir o bem jurídico-material de maneira completa e oportuna; c) a justiça e a eficácia da decisão judicial (solução equilibrada), entendida como potencial de adequação da sentença ao equitativo, bem como a sua potencialidade de realizar no mundo dos fatos a força do seu preceito.⁴³⁶

Por seu turno, Mauro Cappelletti e Bryant Garth sustentam que o acesso à justiça é “o requisito fundamental – o mais básico dos direitos humanos – de um sistema jurídico

⁴³³ GRECO, Leonardo. *Estudos de Direito Processual*. Campos dos Goytacazes: Faculdade de Direito de Campos, 2005, p. 205-209.

⁴³⁴ MORELLO, Augusto Mario. El proceso justo (De la teoría del debito proceso legal al acceso real a la jurisdicción). *Studi in onore di Vittorio Denti*, Padova: CEDAM, 1994, Vol. Primo, p. 486 *apud* MELO, Gustavo de Medeiros. *O acesso adequado à justiça na perspectiva do justo processo*. Disponível em: <http://www.ibds.com.br/artigos/OACESSOADEQUADOaJUSTIcANAPERSECTIVADOJUSTOPROCESSO.pdf>. Acesso em: 18 jun. 2012.

⁴³⁵ CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro. *Acesso à Justiça: juizados especiais cíveis e ação civil pública – uma nova sistematização da teoria geral do processo*. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 57 *et seq.*

⁴³⁶ ROCHA, Cesar Asfor. *A luta pela efetividade da jurisdição*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 70-76.

moderno e igualitário que pretenda garantir, e não apenas proclamar os direitos de todos”.⁴³⁷ Nessa perspectiva, os citados autores aduzem que o acesso à justiça, como expressão maior da garantia de proteção judicial dos cidadãos, determina duas finalidades básicas de um sistema jurídico pelo qual as pessoas podem reivindicar direitos e/ou resolver litígios: “Primeiro, o sistema deve ser igualmente acessível a todos; segundo, ele deve produzir resultados que sejam individual e socialmente justos”.⁴³⁸

Nesse sentido, a garantia fundamental do acesso à justiça se refere a um problema *social* do Direito, relativo “à petição de *igualdade não somente formal, senão real e efetiva* de possibilidades, de desenvolvimento da pessoa e igual dignidade do homem”. Com isso, a questão da acessibilidade à jurisdição se apresenta sob o aspecto da “*efetividade* dos direitos sociais” e da busca de formas e métodos, novos e alternativos, destinados à proteção do cidadão contra eventuais abusos, ameaças ou lesões às suas esferas jurídicas, decorrentes do próprio aparato governamental.⁴³⁹

É dentro desse enfoque que Fernando Gonzaga Jayme ensina que da efetividade do processo e do acesso à justiça decorre a cláusula da *garantia de proteção judicial*, prevista no art. 25 da Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica):

Artigo 25º - 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 quando tal violação seja cometida por pessoas que estejam atuando no exercício de suas funções oficiais.
2. Os Estados Partes comprometem-se:

⁴³⁷ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1988, p. 12; no particular, ressalte-se que Mauro Cappelletti e Bryant Garth, inseridos no ‘Projeto de Florença’ (ou ‘Movimento de Acesso à Justiça’), sustentam que o Direito Processual evolui por meio de *ondas reformadoras* (*waves* ou *posições básicas*) em torno da questão do acesso efetivo à Justiça. Para os autores, em um primeiro ciclo de evolução da processualística, insere-se o escopo de busca da promoção universal do acesso à justiça, especialmente dos menos favorecidos (*assistência judiciária*), como tentativa de superação dos obstáculos contra a pobreza. Já a segunda onda renovatória se refere “às reformas tendentes a proporcionar *representação jurídica para os interesses ‘difusos’*”, isto é, a implementação de mecanismos jurídicos para a proteção dos interesses metaindividuais (coletivização de direitos), com uma melhor sistematização da tutela coletiva (no Brasil, são exemplos a Lei de Ação Popular, a Lei de Ação Civil Pública e o Código de Defesa do Consumidor, bem como a criação dos chamados direitos fundamentais de terceira dimensão, de cunho transindividual – direitos ou interesses difusos, coletivos *stricto sensu* e individuais homogêneos). Por fim, a terceira onda renovatória diz respeito ao objetivo de conquista da efetividade da prestação jurisdicional, com a finalidade de adoção de procedimentos mais simples, econômicos e racionais, de promoção da justiça ‘coexistencial’ (conciliação e mediação) e de controle da atividade pública mediante a participação popular. (*Idem, ibidem*, p. 31 *et seq.*; CAPPELLETTI, Mauro. *Processo, ideologias e sociedade*. Tradução de Elício de Cresci Sobrinho. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2008. v. 1, p. 386-393).

⁴³⁸ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1988, p. 08.

⁴³⁹ CAPPELLETTI, Mauro. *Processo, ideologias e sociedade*. Tradução de Elício de Cresci Sobrinho. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2008. v. 1, p. 383-393, destaques no original.

- a) a assegurar que a autoridade competente prevista pelo sistema legal do Estado decida sobre os direitos de toda pessoa que interpuser tal recurso;
- b) a desenvolver as possibilidades de recurso judicial; e
- c) a assegurar o cumprimento, pelas autoridades competentes, de toda decisão em que se tenha considerado procedente o recurso.

Nessa toada, a garantia de proteção judicial engloba “o direito de acesso à justiça como meio para se obter, em tempo razoável, uma decisão jurisdicional eficaz, quando houver interesse em reparar lesões ou prevenir ameaças a direitos”.⁴⁴⁰ Concebe-se, assim, um processo jurisdicional conectado com a realidade social e que produza concretas transformações na esfera do direito material dos sujeitos processuais.

De tal sorte, o processo justo, ao assegurar os meios para a provocação do Judiciário (princípio da inércia), visa a assegurar o acesso do cidadão a uma tutela jurisdicional efetiva. Efetividade do processo e acesso à justiça, pois, são garantias *cívicas* fundamentais, as quais consistem em atributos de uma tutela jurisdicional justa.⁴⁴¹ O direito de acesso à justiça, nessa perspectiva, é “imprescindível para uma organização justa e democrática”,⁴⁴² e retrata, “antes de tudo, uma questão de cidadania”.⁴⁴³

É sob nossos aplausos, logo, que a Corte Interamericana de Direitos Humanos, no caso *Ximenes Lopes versus Brasil*, julgado em 04 de julho de 2006, condenou o Estado brasileiro à reparação das lesões causadas ao portador de deficiência mental, em virtude das condições desumanas e degradantes de sua hospitalização. Dentre os vários argumentos aventados para a condenação do Estado brasileiro, restou consignada, pela referida Corte, a violação à garantia fundamental da proteção judicial, tendo em vista a conexão entre acesso à jurisdição e efetividade de uma tutela jurisdicional que proteja os direitos humanos sem dilações indevidas. Confira trechos da sentença:

(...); c) enquanto dure a inércia no processo judicial para punir os responsáveis pela morte do senhor Damião Ximenes Lopes, o Estado estará descumprindo sua obrigação de punir de maneira efetiva e em prazo razoável as violações de direitos humanos”;

(...). “171. O Tribunal deve determinar se os procedimentos foram desenvolvidos com respeito às garantias judiciais, em um prazo razoável, e se ofereceram um

⁴⁴⁰ JAYME, Fernando Gonzaga. Os problemas da efetiva garantia de proteção judicial perante o Poder Judiciário brasileiro. In: JAYME, Fernando Gonzaga; FARIA, Juliana Cordeiro de; LAUAR, Maira Terra (Coord.). *Processo Civil – novas tendências: estudos em homenagem ao Professor Humberto Theodoro Júnior*. Belo Horizonte: Del Rey, 2008, p. 243.

⁴⁴¹ THEODORO JUNIOR, Humberto. *Celeridade e efetividade da prestação jurisdicional: insuficiência da reforma das leis processuais*. *Revista de processo*, São Paulo, ano 30, n. 125, p. 63-65, jul. 2005.

⁴⁴² MARINONI, Luiz Guilherme. Da teoria da relação jurídica processual ao processo civil do Estado constitucional. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, vol. 852, ano 95, p. 19, out. 2006.

⁴⁴³ *Idem*, *Novas linhas do processo civil*. 2. ed., São Paulo: Malheiros, 1996, p. 24.

recurso efetivo para assegurar os direitos de acesso à justiça, de conhecimento da verdade dos fatos e de reparação aos familiares”;

(...). “206. A Corte conclui que o Estado não proporcionou às familiares de Ximenes Lopes um recurso efetivo para garantir o acesso à justiça, a determinação da verdade dos fatos, a investigação, identificação, o processo e, se for o caso, a punição dos responsáveis e a reparação das conseqüências das violações. O Estado tem, por conseguinte, responsabilidade pela violação dos direitos às garantias judiciais e à proteção judicial consagrados nos artigos 8.1 e 25.1 da Convenção Americana, em relação com o artigo 1.1 desse mesmo tratado, em detrimento das senhoras Albertina Viana Lopes e Irene Ximenes Lopes Miranda”.⁴⁴⁴

Portanto, a efetividade processual deve ser entendida em correspondência ao acesso à justiça e ao respeito às demais garantias processuais constitucionais. De fato, a ideia do processo justo visa a implementar o acesso à justiça a partir da instrumentalização do contraditório, da ampla defesa, da motivação decisória e do juízo natural.

A bem da verdade, efetividade processual não significa, simplesmente, celeridade na tramitação procedimental; envolve, também, a materialização de uma participação dialógica e influente das partes, que permita ao juiz proferir uma decisão adequada e razoavelmente tempestiva, objetivamente fundamentada, em observância às garantias constitucionais do processo.

Em síntese, o *direito fundamental ao processo justo*, ao convergir o conjunto dos princípios constitucionais e das garantias processuais, é corolário do *acesso à ordem jurídica justa*, a qual, por sua vez, abrange: a) o livre e isonômico ingresso em juízo; b) a observância das garantias constitucionais que compõem o devido processo legal; c) a participação dialética e influente na formação do convencimento do juiz (efetividade do contraditório dinâmico); d) a adequada, efetiva e tempestiva análise, por um juiz natural e imparcial, das questões discutidas no processo (motivação decisória); e) a construção de técnicas processuais adequadas à tutela dos direitos materiais (instrumentalidade do processo e efetividade da tutela dos direitos).⁴⁴⁵

Desse modo, é possível sustentar a necessidade de concretização de uma prestação jurisdicional adequada e tempestiva, que tenha os objetivos de transformar a prática social, de satisfazer o direito material reconhecido na sentença e de realizar os direitos fundamentais. Trata-se de compreender o processo efetivo como processo justo, com supedâneo na democracia, na cidadania, na soberania popular e na justeza da tutela jurisdicional.

⁴⁴⁴ Disponível em: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_149_por.pdf. Acesso em: 23 de abr. 2012.

⁴⁴⁵ CAMBI, Eduardo. Neoconstitucionalismo e Neoprocessualismo. *Panóptica*. Vitória, ano 1, n. 6, fev./2007, p. 24-25. Disponível em: <http://www.panoptica.org/fevereiro2007pdf/1Neoconstitucionalismoeneoprocessualismo.pdf>. Acesso em: 18 jun. 2012.

5.3 A tempestividade da tutela jurisdicional em correlação com o contraditório e com a motivação decisória: a necessidade de criação de uma teoria dos precedentes judiciais no Brasil

Como ressaltado, a tempestividade processual não pode ser elevada a um objetivo absoluto, ou seja, a uma busca a todo custo por uma rapidez do processo. A instrumentalidade processual, ao mesmo tempo em que procura atribuir efetividade à jurisdição, impescinde do respeito a outras garantias processuais também fundamentais, especialmente as do contraditório, da ampla defesa, da motivação racional das decisões judiciais e do juízo natural. Barbosa Moreira aduz que:

Cabe agora uma palavra de advertência para alguns riscos a que está sujeito o pensamento ordenado à efetividade do processo. Consiste o primeiro na tentação de arvorar a efetividade em valor absoluto: nada importaria senão tornar mais efetivo o processo, e nenhum preço seria excessivo para garantir o acesso a tal meta. É esquecer que no direito, como na vida, a suma sabedoria consiste em conciliar, tanto quanto possível, solicitações contraditórias, inspiradas em interesses opostos e igualmente valiosos, de forma que a satisfação de um deles não implique o sacrifício total de outro.⁴⁴⁶

Com isso, a busca da celeridade processual – ou melhor, da razoável duração do processo – não significa pretexto de aceleração procedimental em detrimento das demais garantias processuais, mormente as de natureza constitucional. A busca pela rapidez processual, em prejuízo, por exemplo, do contraditório, da ampla defesa, da motivação decisória, do duplo grau de jurisdição ou da produção probatória, revela-se inconstitucional e contrária à democracia e à cidadania, além de implicar transgressão à ideia do processo justo.

O objetivo de rapidez processual, se realizado com infringência das demais garantias processuais, viola o modelo constitucional de devido processo legal e, por conseguinte, fraudava a própria Constituição:

Realmente, a celeridade da prestação jurisdicional, embora seja uma das garantias fundamentais figurantes nas modernas Constituições dos Estados Democráticos de Direito, não é a única, devendo, por isso mesmo, conviver e harmonizar-se com

⁴⁴⁶ MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Temas de Direito Processual*: sexta série. São Paulo: Saraiva, 1991, p. 21-22.

outras que igualmente merecem igual prestígio constitucional. O ideal, na implantação do processo justo, é, de fato, que sua duração seja breve, mas sem impedir que o contraditório e ampla defesa se cumpram. (...). O ‘processo justo’, enfim, não é aquele desempenhado segundo um único e dominante princípio, mas o que permite a convivência harmoniosa de todos os princípios e garantias constitucionais pertinentes ao acesso à justiça e prestação efetiva da adequada tutela aos direitos subjetivos materiais.⁴⁴⁷

É certo que “a economia e a celeridade do processo não são incompatíveis com as garantias das partes, e a garantia constitucional do contraditório não permite que seja ele violado em nome do rápido andamento do processo”. Em outras palavras, uma decisão “não se qualifica como justa apenas pelo critério da rapidez”, pois a justeza também é necessária no processo e, igualmente, na sentença.⁴⁴⁸

Nessa seara, um processo justo e efetivo é aquele que, simultaneamente, seja apto a assegurar um trâmite temporal razoável – como expressão da dignidade da pessoa humana – e a concretizar os direitos e as garantias fundamentais – como decorrência do postulado da segurança jurídica. À efetividade do processo coaduna-se a necessidade de segurança jurídica, para que a tempestividade da tutela jurisdicional não suprima, de forma ilegítima, a amplitude do direito de defesa das partes. José Roberto dos Santos Bedaque leciona que:

*Processo efetivo é aquele que, observado o equilíbrio entre os valores segurança e celeridade, proporciona às partes o resultado desejado pelo direito material. Pretende-se aprimorar o instrumento estatal destinado a fornecer a tutela jurisdicional. Mas constitui perigosa ilusão pensar que simplesmente conferir-lhe celeridade é suficiente para alcançar a tão almejada efetividade. Não se nega a necessidade de reduzir a demora, mas não se pode fazê-lo em detrimento do mínimo de segurança, valor também essencial ao processo justo. Em princípio, não há efetividade sem contraditório e ampla defesa. A celeridade é apenas mais uma das garantias que compõem a idéia de devido processo legal, não a única. A morosidade excessiva não pode servir de desculpa para o sacrifício de valores também fundamentais, pois ligados à segurança do processo.*⁴⁴⁹

⁴⁴⁷ THEODORO JUNIOR, Humberto. Constituição e processo: desafios constitucionais da reforma do processo civil no Brasil. In: MACHADO, Felipe Daniel Amorim; CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade (Coord.). Constituição e Processo: a contribuição do processo ao constitucionalismo democrático brasileiro. Belo Horizonte: Del Rey, 2009, p. 244-245.

⁴⁴⁸ GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Técnica Processual e Teoria do Processo*. Rio de Janeiro: Aide, 1992, p. 124-125.

⁴⁴⁹ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Efetividade do processo e técnica processual*. 3. ed., São Paulo: Malheiros, 2010, p. 49, destaques no original; no mesmo sentido: WELSCH, Gisele Mazzoni. A razoável duração do processo (art. 5º, LXXVIII, da CF/88) como garantia constitucional. In: MOLINARO, Carlos Alberto; MILHORANZA, Mariângela Guerreiro; PORTO, Sérgio Gilberto (Coord.) *Constituição, jurisdição e processo: estudos em homenagem aos 55 anos da Revista Jurídica*. Porto Alegre: Notadez, 2007, p. 362-363.

A rigor, um dos grandes desafios da processualística contemporânea consiste justamente em conciliar a instrumentalidade com o garantismo processual.⁴⁵⁰ E isso porque a conjugação da efetividade da tutela jurisdicional com as demais garantias processuais requer a obtenção de um ponto de equilíbrio entre a tempestividade e a segurança jurídica.⁴⁵¹

De nada adianta um processo célere, mas que implique prejuízos à ampla defesa, ao contraditório, à instrução probatória e à motivação decisória; ao mesmo tempo, é indevido um processo que, embora assecuratório da ampla defesa, seja ilegitimamente moroso e acarrete ilícitas procrastinações técnicas e infundáveis elucubrações teórico-filosóficas, perpetuando de modo infinito o exercício do contraditório.⁴⁵²

À evidência, a efetividade da tutela jurisdicional pressupõe a conciliação entre segurança jurídica e celeridade processual, no intuito de se estabelecer um lapso temporável razoável para a tramitação do processo (*tempo fisiológico*), bem como a prolação da decisão final em interregno temporal que não se procrastine mais do que o necessário (*tempo patológico*).⁴⁵³ A tempestividade processual, dentro de uma concepção de *processo justo*, colima possibilitar uma *tutela jurisdicional justa*, “em um breve prazo de tempo, isto é, dentro de um *tempo justo*”.⁴⁵⁴

Nesse contexto, a ideia da *calendarização do processo* (ou calendário processual) aparece como boa alternativa à conjugação da celeridade processual com o princípio constitucional da segurança jurídica. Isso porque, ao partir da concepção de que cada causa deve receber tratamento individualizado, a calendarização do processo significa que o juiz, em conjunto com as partes, deve fixar o calendário do processo.

Com isso, são previstas, no início do processo, as datas para a prática dos atos processuais de instrução e de apresentação de peças de defesa, bem como o momento da

⁴⁵⁰ CAMBI, Eduardo. Neoconstitucionalismo e Neoprocessualismo. *Panóptica*. Vitória, ano 1, n. 6, fev./2007, p. 37-38. Disponível em: <http://www.panoptica.org/fevereiro2007pdf/1Neoconstitucionalismoeneoprocessualismo.pdf>. Acesso em: 18 jun. 2012.

⁴⁵¹ MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Temas de Direito Processual*: nona série. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 31-32.

⁴⁵² BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Efetividade do processo e técnica processual*. 3. ed., São Paulo: Malheiros, 2010, p. 79.

⁴⁵³ TUCCI, José Rogério Cruz e. Duração razoável do processo (art. 5º, LXXVIII, da Constituição Federal). In: JAYME, Fernando Gonzaga; FARIA, Juliana Cordeiro de; LAUAR, Maira Terra (Coord.). *Processo Civil – novas tendências*: estudos em homenagem ao Professor Humberto Theodoro Júnior. Belo Horizonte: Del Rey, 2008, p. 435-436.

⁴⁵⁴ *Idem*, *Tempo e processo*: uma análise empírica das repercussões do tempo na fenomenologia processual (civil e penal). São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, p. 87-88.

prolação da decisão, de modo a oferecer às partes um prévio planejamento e um prognóstico aproximado de duração do feito.⁴⁵⁵

Ademais, é preciso afirmar que o processo não pode – e não deve – ser um “simples repositório de formas e praxes dos pleitos jurídicos”.⁴⁵⁶ A efetividade processual, ao estabelecer que os institutos processuais sejam aplicados de acordo com as necessidades do direito material, requer “menos tecnicismo e mais justiça”.⁴⁵⁷ Com isso, “nenhum requisito formal pode se converter em obstáculo que impeça injustificadamente um pronunciamento sobre o mérito”,⁴⁵⁸ sendo inadmissíveis óbices provenientes de um formalismo excessivo e inadequados às necessidades do direito material.

Em uma análise acerca do que denomina de “exagerado conceitualismo que dominou a ciência do processo a partir do século XIX e a intensa preocupação garantística que se avolumou na segunda metade do século XX”, Cândido Rangel Dinamarco chega a afirmar:

Em nome dos elevados valores residentes nos princípios do contraditório e do *due process of law*, acirraram-se formalismos que entravam a máquina e abriram-se flancos para a malícia e a chicana. Para preservar as garantias do juiz natural e do duplo grau de jurisdição, levaram-se a extremos as regras técnicas sobre a competência. Nós, doutrinadores e operadores do processo, temos a mente povoada de um sem-número de preconceitos e dogmas supostamente irremovíveis que, em vez de iluminar o sistema, concorrem para uma Justiça morosa e, às vezes, insensível às realidades da vida e às angústias dos sujeitos em conflito.⁴⁵⁹

De fato, a exacerbação de tecnicismos processuais inúteis e o “culto da forma pela forma, do rito pelo rito”,⁴⁶⁰ não se adéquam ao devido processo legal, diante dos óbices que são impostos ao acesso à justiça, à materialização dos direitos fundamentais e à satisfação do direito material.⁴⁶¹ Contudo, isso não significa que devam ser desprezadas as garantias

⁴⁵⁵ ANDRADE, Érico. As novas perspectivas do gerenciamento e da ‘contratualização’ do processo. In: JAYME, Fernando Gonzaga; FARIA, Juliana Cordeiro de; LAUAR, Maira Terra (Coord.). *Processo civil – novas tendências: homenagem ao Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira*. Belo Horizonte: Del Rey, 2011, p. 155-157.

⁴⁵⁶ THEODORO JUNIOR, Humberto. *Celeridade e efetividade da prestação jurisdicional: insuficiência da reforma das leis processuais*. *Revista de processo*, São Paulo, ano 30, n. 125, p. 62, jul. 2005.

⁴⁵⁷ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Direito e processo: influência do direito material sobre o processo*. 5. ed., São Paulo: Malheiros, 2009, p. 19.

⁴⁵⁸ LLORENTE, Francisco Rubio. *Derechos fundamentales y principios constitucionales: doctrina jurisprudencial*. Barcelona: Ariel, 1995, p. 268, tradução livre.

⁴⁵⁹ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Nova era do processo civil*. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 11-12.

⁴⁶⁰ PASSOS, José Joaquim Calmon de. *Direito, poder, justiça e processo: julgando os que nos julgam*. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 69.

⁴⁶¹ JAYME, Fernando Gonzaga. Os problemas da efetiva garantia de proteção judicial perante o Poder Judiciário brasileiro. In: JAYME, Fernando Gonzaga; FARIA, Juliana Cordeiro de; LAUAR, Maira Terra (Coord.). *Processo Civil – novas tendências: estudos em homenagem ao Professor Humberto Theodoro Júnior*. Belo

constitucionais do contraditório, da ampla defesa, da motivação decisória e do juízo natural em prol de uma jurisdição exercida de forma menos morosa e com mais impacto sobre a realidade social. Como o próprio Cândido Rangel Dinamarco diz na mesma obra, é preciso que o processo seja “apto a produzir *resultados justos*”.⁴⁶²

Na verdade, a justeza processual é obtida apenas se o processo estiver envolto nas mais elementares liberdades constitucionais e garantias processuais. A conjugação equilibrada da ampla defesa e da tempestividade do processo afirma uma prestação jurisdicional de qualidade e condizente com os ideais de um Estado Democrático de Direito. O contraditório, como “elemento essencial do processo” que garante a participação dos interessados no julgamento, com possibilidade de influência na convicção do juiz, consiste em fundamento de legitimação dos próprios resultados advindos da prestação jurisdicional.⁴⁶³

Essa a razão pela qual, em nossa opinião, institutos jurídico-processuais recentemente introduzidos na legislação pátria se harmonizam com um modelo constitucional de devido processo legal democrático, desde que, para o alcance do objetivo de celeridade processual, haja concomitantemente mecanismos de resguardo do contraditório, da ampla defesa e da motivação das decisões judiciais.

O processo não pode se converter em mecanismo de supressão de garantias processuais em prol de um julgamento padronizado e quantitativo de demandas supostamente repetitivas, na busca desenfreada pela celeridade processual. Eventual adoção, no Brasil, do instituto processual norte-americano denominado “direito a um julgamento rápido” (*right to speedy trial*), advindo da cláusula do “julgamento rápido” (*speedy trial clause*), demanda cautelas, pois nem sempre rapidez no julgamento significa justeza na decisão.⁴⁶⁴

Horizonte: Del Rey, 2008, p. 247; no mesmo sentido: BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Efetividade do processo e técnica processual*. 3. ed., São Paulo: Malheiros, 2010, p. 26.

⁴⁶² DINAMARCO, Cândido Rangel, *op. cit.*, p. 13.

⁴⁶³ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Direito e processo: influência do direito material sobre o processo*. 5. ed., São Paulo: Malheiros, 2009, p. 24.

⁴⁶⁴ Nos EUA, a *American Bar Association* publicou qual é o tempo tolerável de duração dos processos nos Tribunais ordinários da justiça norte-americana. A nosso ver, a exiguidade do tempo tende a comprometer o próprio devido processo legal. Confira: *i*) causas cíveis: *i.a*) causas cíveis em geral: 90% devem ser concluídas dentro de 12 meses e os restantes 10% em 24 meses, em decorrência de circunstâncias excepcionais; *i.b*) causas cíveis sumárias: devem ser concluídas em 30 dias; *i.c*) causas envolvendo relações domésticas: 90% devem ser concluídas em 30 dias, 98% em 06 meses e 100% em um ano; *ii*) causas criminais: *ii.a*) crimes graves (*felony*): a contar da data do fato, 90% devem ser concluídos em 120 dias, 98% em 180 dias e 100% em um ano; *ii.b*) crimes menos graves e contravenções (*misdemeanor*): 90% devem ser concluídos em 30 dias e 100% em 90 dias; *ii.c*) delitos praticados por menores (*juvenile*): em caso de prisão, deve ser julgado em 24 horas, ou, caso esteja solto o acusado, em 30 dias. (TUCCI, José Rogério Cruz e. Duração razoável do processo (art. 5º, LXXVIII, da Constituição Federal). In: JAYME, Fernando Gonzaga; FARIA, Juliana Cordeiro de; LAUAR, Maira Terra (Coord.). *Processo Civil – novas tendências: estudos em homenagem ao Professor Humberto Theodoro Júnior*. Belo Horizonte: Del Rey, 2008, p. 443-445).

O que se pretende, na conjugação da efetividade processual com as demais garantias processuais, é a conquista de uma prestação jurisdicional *qualitativa*, por meio da qual a decisão judicial racionalmente motivada, proferida em um processo com trâmite temporal de razoável duração e construída com base na participação dialética das partes, seja capaz de permitir a efetiva satisfação do direito material reconhecido na sentença.

A indesejada *padronização decisória*, corolário de uma prestação jurisdicional de viés *quantitativo*, choca-se com uma concepção democrática de devido processo legal que respeite idiossincrasias fáticas e jurídicas de casos concretos. A tendência atual de uma jurisdição *de metas* direcionada à resolução de demandas *por atacado* e que leva em conta tão somente o número de processos julgados (ou de *teses* julgadas, mas não de *causas*), é reflexo da crise judiciária que aflige o sistema jurídico nacional.⁴⁶⁵

Na realidade, a situação se torna ainda mais assustadora quando o próprio STJ admite a padronização decisória para julgamento de demandas consideradas *repetitivas*, mediante a utilização de recursos de informática. Confira as palavras do Ministro Humberto Gomes de Barros, no discurso de sua posse como presidente daquele Superior Tribunal, em 07 de abril de 2008:

Outro artifício é a utilização da informática no exame e julgamento de processos. No exercício dessa operação, os processos repetitivos são agrupados conforme os temas e recebem decisão padronizada, aplicada pelo computador e firmada por assinatura eletrônica. Criou-se o juiz eletrônico.⁴⁶⁶

A bem da verdade, apenas com a *figura do juiz eletrônico*, aliada à *jurisdição dos assessores*, é possível se explicar como, por exemplo, o Ministro Felix Fischer, também do STJ, proferiu 1.618 decisões liminares em apenas dez dias úteis (ou seja, em torno de 162 decisões por dia).⁴⁶⁷ Da mesma forma ocorre no STF, o qual proferiu 102.418 decisões no ano de 2011, dentre pronunciamentos monocráticos e colegiados, o que perfaz uma média de 280

⁴⁶⁵ NUNES, Dierle. Politização do Judiciário no Direito comparado – algumas considerações. In: MACHADO, Felipe; CATTONI, Marcelo (Coord.). *Constituição e Processo: entre o Direito e a Política*. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 31-46.

⁴⁶⁶ Disponível em:

http://bdjur.stj.gov.br/xmlui/bitstream/handle/2011/16933/Discurso_Posse_Gomes+de+Barros.pdf;jsessionid=9BF762B4BC62EFC64BF4028882A4100E?sequence=1. Acesso em: 23 de abr. 2012.

⁴⁶⁷ Disponível em: http://www.stj.gov.br/portal_stj/publicacao/engine.wsp?tmp.area=398&tmp.texto=102586. Acesso em 23 de abr. 2012.

decisões por dia ou 25 decisões diárias por cada Ministro (isso se considerarmos os 365 dias anuais).⁴⁶⁸

Assim é porque técnicas processuais que visam a imprimir celeridade à prestação jurisdicional no que toca a processos considerados repetitivos – v.g., súmula vinculante (art. 103-A, da CRFB e Lei n. 11.417/06), análise da repercussão geral por amostragem (arts. 543-A e 543-B, do CPC), julgamento de recurso especial por amostragem (art. 543-C, do CPC), súmulas de jurisprudência impeditiva de recursos mediante reconhecimento em decisão monocrática de relator de recurso (art. 557, §1º, do CPC), declaração de improcedência *prima facie* (art. 285-A, do CPC) – podem, se utilizadas em desconformidade com as garantias processuais, resultar em uma *massificação* da jurisdição, a qual desconsidere particularidades dos casos concretos a pretexto do alto número de processos judiciais pendentes de julgamento.⁴⁶⁹

Tais técnicas processuais são ainda criticadas sob três aspectos importantes. O primeiro deles porque, especialmente no caso das súmulas vinculantes, pode implicar uma *verticalização impositiva* da função jurisdicional, pois os juízes hierarquicamente inferiores se vêem obrigados a, mecanicamente, aplicar o enunciado sumular, em correspondente violação à independência funcional da magistratura.

⁴⁶⁸ Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=estatistica&pagina=decisoeginicio>. Acesso em: 23 de abr. 2012; é evidente que o alto número de decisões proferidas por um Tribunal pode comprometer a qualidade da prestação jurisdicional, como anota Mauro Cappelletti: “Mostra-se óbvio que tão elevado número de decisões compromete inevitavelmente a qualidade, esmero e coerência dos pronunciamentos e, em última análise, a própria autoridade da jurisprudência daqueles tribunais. (...) é difícil crer que uma corte que produz 35.000 decisões por ano, com uma proporção de 100 decisões por magistrado (como no caso da Corte de Cassação italiana), possa agir com o mesmo cuidado do que um tribunal prolator de apenas 50 decisões, com proporção de 5 por magistrado, como no caso da Grã Bretanha” (CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes legisladores?*. Tradução de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1993, p. 119); no mesmo sentido, José Rogério Tucci diz que “o acúmulo constante de serviço tende a diminuir em considerável proporção a qualidade e o acerto dos pronunciamentos judiciais” (TUCCI, José Rogério Cruz e. *Tempo e processo: uma análise empírica das repercussões do tempo na fenomenologia processual (civil e penal)*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, p. 16).

⁴⁶⁹ Comumente, os Tribunais Superiores utilizam o argumento do alto número de processos para justificar a morosidade processual: “A realidade pública e notória enfrentada pelo STJ e por esta Corte, marcada pela excessiva carga de processos, impede a plena realização da garantia constitucional do julgamento célere” (STF, HC 91408, Relator(a): Min. EROS GRAU, Segunda Turma, julgado em 14/08/2007, DJe-131 DIVULG 25-10-2007 PUBLIC 26-10-2007 DJ 26-10-2007 PP-00100 EMENT VOL-02295-05 PP-00933); contudo, a doutrina acertadamente ressalta: “Não se escusa o Estado invocando o volume excessivo de demandas, já que se acha constitucionalmente obrigado a aparelhar o serviço público de modo a cumprir, e fazer cumprir, todos os direitos fundamentais, inclusive o de garantir o acesso à justiça, dentro dos parâmetros do devido processo legal. Afastar-se dos parâmetros formais e temporais do devido processo legal corresponde a negar vigência às garantias fundamentais dos incisos XXXV e LIV da Constituição. Equivale, ainda, a violar o dever fundamental de prestar os serviços públicos segundo a legalidade e de maneira eficiente (CF, art. 37, *caput*)”. (THEODORO JUNIOR, Humberto. *Direito fundamental à duração razoável do processo*. Disponível em: http://www.anima-opet.com.br/segunda_edicao/Humberto_Theodoro_Junior.pdf. Acesso em: 12 jun. 2012).

O segundo aspecto diz respeito à violação ao contraditório e à ampla defesa, quando, por exemplo, decisões são proferidas antes da oitiva da parte, como ocorre na declaração de improcedência *prima facie* (art. 285-A, do CPC). E, por fim, o terceiro aspecto se refere à ausência de uma teoria própria dos precedentes judiciais no Brasil.

Contudo, a nosso ver, tais críticas devem ser adequadas a um modelo constitucional de devido processo legal, para que os avanços na efetividade da tutela jurisdicional possam ser aproveitados em um Estado Democrático de Direito. Para tanto, em algumas ocasiões, a efetividade processual deve ser mitigada em prol de outras garantias processuais; em outras vezes, por outro lado, rígidas formalidades legais ou o próprio contraditório devem ser abrandados na busca da realização concreta do direito material:

Enfim, quando se afirma o caráter absoluto do princípio do contraditório, o que se pretende dizer é que nenhum processo ou procedimento pode ser disciplinado sem assegurar às partes a regra de isonomia no exercício das faculdades processuais. Disso não decorre, porém, a supremacia absoluta e plena do contraditório sobre todos os demais princípios. O devido processo legal, síntese geral da principiologia da tutela jurisdicional, exige que o contraditório, às vezes, tenha de ceder momentaneamente a medidas indispensáveis à eficácia e efetividade da garantia de acesso ao processo justo.⁴⁷⁰

Nessa tônica, parece evidente que o Brasil, de fato, necessita de melhor desenvolvimento de uma teoria própria dos precedentes judiciais. As vantagens advindas de técnicas de julgamento-modelo de demandas consideradas repetitivas (ou de massa) só tem lugar se a desejada celeridade do processo se harmonizar com o contraditório, com a ampla defesa e com a fundamentação das decisões judiciais.

De tal sorte, deve-se perceber que o Brasil, seguindo a tendência mundial, não pode mais ser considerado um país que adota puramente o sistema do *Civil Law*, tendo em vista a valorização recente da força vinculante dos precedentes judiciais, o que nos avizinha também de um modelo de *Common Law*.⁴⁷¹ De fato, a previsão da aplicação obrigatória de precedentes judiciais implica uma conexão, no ordenamento jurídico nacional, das jurisdições

⁴⁷⁰ THEODORO JUNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil: teoria geral do direito processual civil e processo de conhecimento*. 43. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2005. v. I, p. 30.

⁴⁷¹ Conforme ensina René David, a *Common Law* é o sistema jurídico inglês que tem como fundamento histórico a distinção entre a *equity*, entendida como “um conjunto de soluções que foram, principalmente nos séculos XV e XVI, outorgadas pela jurisdição do Chanceler, para completar e eventualmente rever um sistema – o da *common law* –, então bastante insuficiente e defeituoso”, e a própria *common law*, considerada, “como oposição aos costumes locais, o direito comum a toda a Inglaterra” (embora a distinção histórica, desde 1875 houve a fusão da *common law* e da *equity*). Em contraposição à *Common Law*, o sistema jurídico romano-germânico (ou *Civil Law*) é aquele fundado na distinção básica entre direito público e direito privado. (DAVID, René. *Os grandes sistemas do Direito contemporâneo*. Tradução de Hermínio A. Carvalho. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 83-100 e 357-396).

do *Civil Law* e da *Common Law*, de modo a aproximar o papel do juiz brasileiro e o do norte-americano.⁴⁷²

Por conseguinte, é imprescindível analisar como os precedentes são aplicados, para que a jurisdição nacional não se transforme em simples repositório de dados quantitativamente apurados. Para que técnicas de julgamento de processos repetitivos sejam aperfeiçoadas, é preciso que o ordenamento brasileiro e a mentalidade dos agentes jurídicos se adaptem para que a resolução de demandas de massa respeite também as especificidades dos casos concretos.

A rigor, nos países de tradição de *Common Law*, a aplicação de um precedente judicial não significa uma atuação autômata do magistrado hierarquicamente inferior que despreze a reconstrução do caso concreto de acordo com suas particularidades. A técnica do *stare decisis*, por exemplo, não tem como pretensão generalizar a aplicação de um precedente judicial a toda e qualquer demanda análoga.⁴⁷³

Diversamente, é necessária uma técnica político-decisória que permita – e não que imponha – ao juiz a aplicação do precedente judicial se as circunstâncias particulares do caso concreto assim determinarem. Em sentido contrário, porém, é o sistema de súmulas vinculantes no Brasil, o qual pretende universalizar teses jurídicas a serem aplicadas em casos concretos que apresentem um mínimo de similitude fático e/ou jurídica:

Parece evidente que um sistema jurídico que adote precedentes vinculativos não representa um ‘mal em si’. Afinal, a integridade do direito também se constrói a partir do respeito às decisões judiciais. O problema é que as súmulas (brasileiras) têm uma pretensão de universalização que é incompatível com um direito que deve ser construído a partir da discussão dos casos concretos. (...) Ou seja, as súmulas não são respostas aos casos passados e, sim, uma pretensão de abarcamento de todas as futuras hipóteses de aplicação de determinada norma jurídica.⁴⁷⁴

⁴⁷² MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. 2. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 99-101.

⁴⁷³ Bruno Odahara explica que a expressão em latim *stare decisis* deriva da frase *Stare decisis et non quieta movere*, que significa “mantenha aquilo que já foi decidido e não altere aquilo que já foi estabelecido”. Sobretudo na *Common Law*, o *stare decisis* significa a obrigação de os juízes seguirem os precedentes (decisões anteriores), sejam aqueles exarados por órgãos jurisdicionais hierarquicamente superiores (precedente vertical), sejam aqueles proferidos na mesma Corte (precedente horizontal). (ODAHARA, Bruno Periolo. Um rápido olhar sobre o *stare decisis*. In: MARINONI, Luiz Guilherme (Coord.). *A força dos precedentes: estudos dos cursos de mestrado e doutorado em Direito Processual Civil da UFPR*. Salvador: Jus Podivm, 2010, p. 53-57). Nesse sentido, René David explica que, na teoria constitucional da *Common Law*, a “obrigação de recorrer às regras que foram estabelecidas pelos juízes (*stare decisis*), de respeitar os precedentes judiciários, é o correlato lógico de um sistema de direito jurisprudencial”. Portanto, a *regra do precedente (rule of precedent)* “tem por finalidade fornecer quadros ao direito inglês, mantendo uma estrutura jurisprudencial, de acordo com a tradição deste direito” (DAVID, René. *Os grandes sistemas do Direito contemporâneo*. Tradução de Hermínio A. Carvalho. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 428; 443).

⁴⁷⁴ STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito*. 8. ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 352-360.

Ademais, a aplicação de precedentes judiciais vinculantes deve pressupor que aquela tese jurídica já se encontra absolutamente consolidada na jurisprudência do Tribunal Superior. O debate jurídico acerca do *thema decidendum* já deve ter sido exaurido em relação a todos os argumentos até então deduzidos, a fim de que a *ratio decidendi* do julgado-paradigma tenha sido construída com a participação dos destinatários do provimento.

Disso resulta a necessidade de respeito ao contraditório nas técnicas de julgamento de demandas repetitivas. Ainda que o precedente judicial tenha sido devidamente fundamentado, pode acontecer de o caso concreto guardar particularidades que impeçam a aplicação daquela tese jurídica adotada como paradigma.

Nessa senda, a aplicação de institutos jurídicos que levem em consideração julgamentos por amostragem (arts. 543-A, 543-B e 543-C, do CPC) ou que permitam decisões monocráticas com base em entendimentos jurisprudenciais dominantes (arts. 557, §1º e 285-A, do CPC), requer que a parte interessada tenha a possibilidade de demonstrar que aquela tese jurídica (paradigma) não é aplicável diante das circunstâncias específicas do caso concreto. Cuida-se de conjugar a efetividade processual com a garantia fundamental do contraditório, com o fito de inserir a possibilidade do *distinguishing* e do *overruling* no bojo das técnicas de julgamento padronizado de demandas repetitivas.

De fato, é imprescindível que se resguarde, em toda e qualquer demanda sujeita a uma técnica de uniformização decisória que derive vinculação direta a precedentes judiciais, o direito da parte de utilizar-se do *distinguishing*, entendido como o método de comparação ou de confronto (*distinguish*-método) que resulta na aferição de que o caso concreto em julgamento guarda particularidades que o tornam distinto daquele precedente judicial tomado com paradigma (*distinguish*-resultado).

Nesse caso, verificada a *distinção* e considerando a dificuldade em se apurar a identidade plena entre as circunstâncias fáticas envolvidas no caso em julgamento e naquele que deu origem ao precedente, caberá ao magistrado, com base em critérios objetivos de julgamento, decidir pela não-vinculação ao precedente, afastando pontualmente o *standart* diante das peculiaridades do caso concreto (*restrictive distinguishing*); ou, ao revés, determinar a aplicação do precedente por entender que as especificidades da hipótese *sub judice* não são suficientes para afastar a tese jurídica aventada na decisão-paradigma (*ampliative distinguishing*).

Ademais, há também a possibilidade da própria superação definitiva do precedente-padrão, o qual, porque verificado que não mais tem aplicabilidade diante das circunstâncias fáticas e jurídicas, perde força vinculante e é substituído (*overruled*) por outro precedente.⁴⁷⁵ Nesse caso, são utilizados os institutos do *overruling*, quando há abandono total do antigo precedente, e do *overriding*, em que a superação do precedente é apenas parcial.⁴⁷⁶

Em todas as hipóteses, é preciso salientar que compete ao magistrado motivar racionalmente e declinar de modo fundamentado as razões que o levaram a restringir, a ampliar ou a superar a aplicação do precedente-padrão.

Em resumo, não nos opomos à aplicação de técnicas de julgamento de demandas repetitivas, desde que a busca pela efetividade processual esteja em harmonia com as demais garantias processuais, especialmente as do contraditório, da ampla defesa e da motivação das decisões judiciais. A maioria dos institutos jurídico-processuais recentemente introduzidos na legislação processual, mediante reformas legislativas, “cumprem a contento o propósito de reduzir a morosidade da prestação jurisdicional”, no intuito de aprimorar os procedimentos civis em respeito à “coerência do sistema processual”. Compartilhamos, pois, da opinião de Humberto Theodoro Júnior:

Acontece, porém, que não se pode adotar uma posição radical e preconceituosa em torno do movimento reformista. Se o contraditório é uma garantia inafastável do processo judicial democrático – e isto ninguém contesta –, nem por isto se há de anatematizar todo e qualquer esforço para reduzir a injusta demora na duração do processo. Essa redução pode (e deve) perfeitamente ocorrer desde que, razoavelmente, se preserve uma adequada oportunidade para o contraditório.

A técnica do constitucionalismo contemporâneo é a de que não há princípios absolutos em seus domínios. Todos os princípios constitucionais são mais ou menos fluídos e suscetíveis de recíproca intercorrência. Entretanto, nenhum deles anula os demais, de maneira que cumpre ao intérprete buscar, segundo os critérios da razoabilidade e da proporcionalidade, uma forma de harmonizá-los, fazendo com que convivam, nas situações concretas de aparente conflito, em lugar de proclamar, simplesmente, a supremacia absoluta de um deles.

Nas centenas de artigos do CPC remodelados nas reformas pontuais a que o estatuto se submeteu nos últimos anos, pouquíssimos são aqueles que se apresentam como de duvidosa compatibilidade com a garantia constitucional do contraditório e das liberdades individuais.⁴⁷⁷

⁴⁷⁵ No Brasil, é exemplo de técnica de superação de precedentes judiciais o processo para revisão ou cancelamento de súmulas vinculantes (art. 103-A, §2º, da CRFB, regulamentado pela Lei n. 11.417/06 e pelos arts. 354-A a 354-G do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal – RISTF).

⁴⁷⁶ MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. 2. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 327 *et seq.*; DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. *Curso de Direito Processual Civil: teoria da prova, direito probatório, teoria do precedente, decisão judicial, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela*. 5. ed., Salvador: Jus Podium, 2010. v. 2, p. 393-395.

⁴⁷⁷ THEODORO JUNIOR, Humberto. *Constituição e processo: desafios constitucionais da reforma do processo civil no Brasil*. In: MACHADO, Felipe Daniel Amorim; CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade (Coord.).

A rigor, a influência da *Common Law* no ordenamento jurídico brasileiro parece uma realidade inegável e, por conseguinte, é preciso o desenvolvimento de uma teoria dos precedentes judiciais que supere uma aplicação mecânica de julgados por parte de magistrados autômatos. Além disso, a reconstrução das particularidades dos casos concretos, a partir da construção da decisão judicial por meio da participação dos interessados, é imperativo da democracia.

Nesse sentido, perfilhando dos ensinamentos de Dierle José Coelho Nunes, entendemos que a aplicação de decisões padronizadas para a resolução de demandas repetitivas, no Brasil, demanda a estrita observância dos seguintes requisitos: *i*) esgotamento dos debates acerca da tese jurídica antes de reputá-la como um padrão decisório (precedente judicial); *ii*) integridade e coerência da reconstrução da história institucional de aplicação da tese jurídica pelo tribunal (o que significa que o Tribunal Superior deverá levar em consideração o histórico que levou à formação daquela tese no passado); *iii*) estabilidade decisória dentro do Tribunal (*stare decisis* horizontal); *iv*) aplicação discursiva do padrão (precedente) pelos Tribunais inferiores (*stare decisis* vertical), o que leva à obrigatoriedade de observância das decisões dos Tribunais superiores, mediante cotejo da decisão-paradigma com as circunstâncias peculiares do caso concreto; *v*) fixação do que seja a *ratio decidendi* e os *obiter dicta* do precedente; *vi*) resguardo às partes de utilização de técnicas processuais destinadas à distinção (*distinguishing*) e/ou superação (*overruling*) do padrão decisório, para que possam demonstrar que aquela tese jurídica não tem aplicabilidade diante das circunstâncias peculiares do caso concreto.⁴⁷⁸

5.4 A motivação da decisão judicial a partir da teoria da integridade do Direito e do princípio da vedação ao retrocesso: a efetividade processual como garantia do *entrenchment* do conteúdo mínimo dos direitos fundamentais

Constituição e Processo: a contribuição do processo ao constitucionalismo democrático brasileiro. Belo Horizonte: Del Rey, 2009, p. 245-246.

⁴⁷⁸ NUNES, Dierle. Problemas para o dimensionamento de técnicas para a litigiosidade repetitiva: a litigância de interesse público, o processualismo constitucional democrático e as tendências 'não compreendidas' de padronização decisória. In: JAYME, Fernando Gonzaga; FARIA, Juliana Cordeiro de; LAUAR, Maira Terra (Coord.). *Processo civil – novas tendências*: homenagem ao Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira. Belo Horizonte: Del Rey, 2011, p. 126-129.

Por fim, é preciso ressaltar que a garantia constitucional da motivação das decisões judiciais adquire profunda relação com o direito fundamental à efetividade da tutela jurisdicional, também, no que toca à materialização dos direitos fundamentais. Nessa perspectiva, diante da conexão da fundamentação decisória com a *teoria da integridade*, a efetividade processual se manifesta pela necessidade de respeito ao *princípio da vedação ao retrocesso* (ou *entrenchment* ou *non cliquet*), de tal forma que as decisões judiciais devem ser proferidas com vistas à concretização dos princípios constitucionais.

A teoria da *integridade do Direito* (*law as integrity*), desenvolvida por Ronald Dworkin, possui como elemento central a ideia de *comunidade de princípios*.⁴⁷⁹ Quer o autor dizer, com isso, que o desenvolvimento jurídico deve se pautar pela busca da *coerência* principiológica, mediante a realização dos ideais de equidade (*fairness*), de justiça (*justice*) e de devido processo legal (*procedure due process*).⁴⁸⁰

Para o autor, a integridade dos princípios está assegurada quando há o devido respeito à *história institucional* da sociedade, a qual reflete um conjunto único e coeso de princípios intersubjetivamente compartilhados pelos cidadãos. Disso decorre uma *autoridade moral* do Estado e da sociedade, no sentido de que as proposições jurídicas são aplicadas levando-se em conta as conquistas passadas, mas com os olhos voltados também ao progresso futuro. Com isso se torna possível atribuir, ao Direito, a justificação racional determinada pelo presente.⁴⁸¹

De acordo com a teoria da integridade, há uma permanente reconstrução coletiva do Direito, historicamente situada, em que pautas jurídicas e catálogos políticos são afirmados com base em um sistema de princípios que serve como alicerce para as decisões. A coerência moral da sociedade pressupõe que as decisões sejam proferidas por um mesmo corpo coletivo (ou seja, por uma mesma comunidade de princípios), considerando “a existência de princípios

⁴⁷⁹ Ronald Dworkin adota o critério lógico-argumentativo para a definição de princípio, pois “é apenas na argumentação – e através dela – que podemos considerar se estamos diante de uma regra ou de um princípio”. Assim, o autor discorda do conceito de princípio como ‘mandamento de otimização’ formulado por Robert Alexy, pois entende que a concretização dos princípios jurídicos não demanda sua instrumentalização por intermédio do princípio da proporcionalidade, já que “eles são aplicados através de uma construção hermenêutica, que busca desenvolver para aquela comunidade uma idéia de direito como um conjunto sistêmico e harmônico de princípios” (FERNANDES, Bernardo Gonçalves; PEDRON, Flávio Quinaud. *O Poder Judiciário e(m) crise*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 211-212).

⁴⁸⁰ DWORKIN, Ronald. *O império do Direito*. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. 2. ed., São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 291.

⁴⁸¹ DWORKIN, Ronald. *O império do Direito*. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. 2. ed., São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 213-331.

jurídicos que permitem conectar decisões (legislativas e judiciais) do passado através de um mesmo fio lógico-argumentativo, dotando-os de integridade”.⁴⁸²

Transportada ao aspecto da decisão judicial, a teoria da integridade manifesta-se, sobretudo, na metáfora desenvolvida por Ronald Dworkin a que denomina *romance em cadeia*. Para o autor, a história do Direito – e também da atividade legislativa e da aplicação judicial – pode ser comparada a um romance redigido de modo coeso e concatenado, em que cada romancista historicamente posterior, desprovido de liberdade criativa plena, escreve sua parte da obra em continuação com o que já foi escrito por autores anteriores.

O que importa, pois, é que o romance seja construído como um texto íntegro, único e homogêneo, e não como uma sequência de histórias fragmentadas, esparsas e independentes.⁴⁸³ A teoria da integridade do Direito significa que o juiz, quando profere uma sentença, deve considerar “as decisões passadas como parte de uma longa história que ele deve interpretar e continuar”.⁴⁸⁴ A atividade decisória dos magistrados não pode ser produzida no vazio, mas, sim, ser resultado do constante diálogo reconstutivo com a história institucional da sociedade:

Cada juiz, então, é como um romancista na corrente. Ele deve ler tudo o que outros juízes escreveram no passado, não apenas para descobrir o que disseram, ou seu estado de espírito quando o disseram, mas para chegar a uma opinião sobre o que esses juízes *fizeram* coletivamente, da maneira como cada um de nossos romancistas formou uma opinião sobre o romance coletivo escrito até então. Qualquer juiz obrigado a decidir uma demanda descobrirá, se olhar nos livros adequados, registro de muitos casos plausivelmente similares, decididos há décadas ou mesmo séculos por muitos outros juízes, de estilos e filosofias judiciais e políticas diferentes, em períodos nos quais o processo e as convenções judiciais eram diferentes. Ao decidir o novo caso, cada juiz deve considerar-se como parceiro de um complexo empreendimento em cadeia, do qual essas inúmeras decisões, estruturadas, convenções e práticas são a história; é seu trabalho continuar essa história no futuro por meio do que ele faz agora. Ele deve interpretar o que aconteceu antes porque tem a responsabilidade de levar adiante a incumbência que tem em mãos e não partir em alguma nova direção.⁴⁸⁵

O direito como integridade (...) pede ao juiz que se considere como um autor na cadeia do direito (...). Ele sabe que outros juízes decidiram casos que, apesar de não exatamente iguais ao seu, tratam de problemas afins; deve considerar as decisões deles como parte de uma longa história que ele tem de interpretar e continuar, de acordo com suas opiniões sobre o melhor andamento a ser dado à história em questão. (...). O veredito do juiz – suas conclusões pós-interpretativas – deve ser

⁴⁸² FERNANDES, Bernardo Gonçalves; PEDRON, Flávio Quinaud. *O Poder Judiciário e(m) crise*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 211.

⁴⁸³ DWORKIN, Ronald, *op. cit.*, p. 275-279.

⁴⁸⁴ LAGES, Cíntia Garabini. A proposta de Ronald Dworkin em ‘O Império do Direito’. *Revista da Faculdade Mineira de Direito*, Belo Horizonte, v. 4, n. 7 e 8, p. 47, jan./jun. 2001.

⁴⁸⁵ DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípio*. Tradução de Luis Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2001, p. 238, destaques no original.

extraído de uma interpretação que ao mesmo tempo se adapte aos fatos anteriores e os justifique, até onde isso seja possível.⁴⁸⁶

Nessa linha de raciocínio, como cada caso concreto pertence a uma dimensão maior de coerência histórica, cabe ao órgão julgador decidir a lide tomando em consideração o ordenamento jurídico presente e em consonância com os direitos e as garantias jurídicas conquistadas no passado, com o objetivo de prosseguir com o desenvolvimento do progresso jurídico para o usufruto das gerações futuras. O juiz constrói uma decisão racional com argumentos razoáveis e aceitáveis, pois respeita a história institucional de uma determinada comunidade de princípios.

A objetividade do conteúdo da decisão judicial está presente na “conexão com a história, evoluções, necessidades, tendências e ideais da sociedade”⁴⁸⁷ insculpidos na Constituição. Nesse contexto, ao juiz, adstrito às decisões pretéritas, compete exercer a jurisdição como um participante que dialoga com a sociedade, mediante a reinterpretação construtiva do Direito, o respeito à Constituição e a aplicação dos princípios jurídicos adquiridos ao longo da tradição histórico-institucional da comunidade em que está imerso.⁴⁸⁸ É esse o trabalho *hercúleo* dos juízes.⁴⁸⁹

Na medida em que a criatividade jurisdicional fica restringida pela vinculação do juiz ao progresso jurídico proveniente das decisões pretéritas, a própria evolução do Direito – manifestada pelo desenvolvimento, em cadeia, de liberdades públicas, direitos constitucionais e garantias fundamentais – acaba por impedir que decisões judiciais sejam motivadas com

⁴⁸⁶ *Idem*, *O império do Direito*. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. 2. ed., São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 286; é preciso ressaltar que nosso entendimento acerca do Direito como integridade não permite subjetivismos do julgador. Essa advertência é pertinente tendo em vista que é possível que se interprete a obra do próprio Ronald Dworkin de acordo com uma desvirtuada perspectiva, quando ele diz, por exemplo, que o juiz deve considerar as decisões judiciais pretéritas “de acordo com suas opiniões sobre o melhor andamento a ser dado à história em questão” ou quando sustenta que a resposta do juiz Hércules para determinado caso concreto “vai depender de suas convicções sobre as duas virtudes que constituem a moral política que aqui consideramos: a justiça e a equidade” (p. 286 e 298); no mesmo sentido: STRECK, Lenio Luiz. *Hermetica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito*. 8. ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 367-372; em sentido contrário: LEAL, André Cordeiro. *O contraditório e a fundamentação das decisões no direito processual democrático*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002, p. 61-62.

⁴⁸⁷ CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes legisladores?*. Tradução de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1993, p. 103.

⁴⁸⁸ TARUFFO, Michele. Legalità e giustificazione nella creazione giudiziaria del diritto. *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, n. 1, Milano, 2001, p. 24 *apud* SILVA, Ovídio A. Baptista da. Fundamentação das sentenças como garantia constitucional. *Revista do Instituto de Hermetica Jurídica: Direito, Estado e Democracia – entre a (in)efetividade e o imaginário social*. Porto Alegre: Instituto de Hermetica Jurídica, 2006, p. 342.

⁴⁸⁹ Ronald Dworkin, para melhor ilustrar sua teoria, utiliza-se de um exemplo imaginário de magistrado, a que chama de *juiz Hércules*, como aquele julgador dotado de capacidade, de talento e de paciência sobre-humanos, que aceita o direito como integridade, e age como “um juiz criterioso e metódico” e “com um tempo infinito a seu dispor” (DWORKIN, Ronald. *O império do Direito*. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. 2. ed., São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 287-295).

base em convicções particulares, preferências pessoais, sentimentos íntimos de justiça ou no que o juiz “comeu no café da manhã”.⁴⁹⁰

A história institucional da sociedade – vale dizer, os direitos e as garantias fundamentais historicamente conquistados – constitui componente essencial da motivação decisória. O respeito à comunidade de princípios assegura que o provimento seja proferido com racionalidade e integridade, a partir de uma reconstrução do caso concreto que leve em consideração a tradição constitucional de proteção dos direitos fundamentais, o argumento mais adequado ao caso concreto, a coerência integrativa com as decisões passadas e o progresso do Direito em termos de fortalecimento da supremacia da Constituição.

É nessa perspectiva que, para Ronald Dworkin, o exercício da jurisdição destinado à resolução de contendas é capaz de fornecer apenas *uma única resposta correta* que respeite a integridade e a coerência da comunidade de princípios intersubjetivamente compartilhados na sociedade, isto é, a resposta que melhor se adequa à Constituição e ao Estado Democrático de Direito.⁴⁹¹

Especialmente a partir da compreensão do que é a comunidade de princípios e o romance em cadeia, torna-se possível relacionar a teoria da integridade do Direito com o princípio da vedação ao retrocesso (ou *entrenchment* ou *non cliquet*), os quais, em conjunto e conjugados com a garantia constitucional do contraditório, completam a ideia de fundamentação das decisões judiciais em prol da efetividade do processo.

O romance em cadeia, ao estipular que o juiz considere o arcabouço decisório historicamente construído na jurisprudência em consonância com a comunidade de princípios, demanda que a atividade jurisdicional seja exercida com o devido respeito às conquistas jurídico-constitucionais provenientes do progresso do Direito. Dessa forma, as liberdades públicas e os direitos constitucionais adquiridos ao longo da tradição histórico-institucional das sociedades modernas conformam o exercício da jurisdição, tendo em vista que provimentos jurisdicionais não podem implicar involução no que tange à tutela das garantias fundamentais dos cidadãos (ou, ao menos, à proteção da dignidade da pessoa humana através do *mínimo existencial*):⁴⁹²

⁴⁹⁰ *Idem*, *Uma questão de princípio*. Tradução de Luis Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2001, p. 242.

⁴⁹¹ STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito*. 8. ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 360-367.

⁴⁹² Quanto à definição do que é o mínimo existencial, Ingo Sarlet e Giovani Saavedra ressaltam que “o primeiro publicista de renome a sustentar a possibilidade do reconhecimento de um direito subjetivo à garantia positiva dos recursos mínimos para uma existência digna foi o publicista Otto Bachof, que, já no início da década de 1950, considerou que o princípio da dignidade da pessoa humana (art. 1º, inc. I, da Lei Fundamental da Alemanha, na sequência referida como LF) não reclama apenas a garantia da liberdade, mas também um mínimo

De maneira bem sucinta pode-se dizer que *entrenchment* ou entrincheiramento, também chamado de proibição do retrocesso, princípio do não-retorno da concretização ou princípio da desnaturação do conteúdo da Constituição, é a tutela jurídica do conteúdo mínimo dos direitos fundamentais, respaldada em uma legitimação social, evitando que possa haver um retrocesso, seja através de sua supressão normativa ou por intermédio da diminuição de suas prestações à coletividade. (...). O *entrenchment* do conteúdo mínimo dos direitos fundamentais funciona como uma garantia à efetivação desses direitos, impedindo um retrocesso na sua concretização e, conseqüentemente, aumentando a legitimidade da jurisdição constitucional. O entrincheiramento, como o étimo da palavra já clarifica, configura-se no encastelamento do conteúdo mínimo dos direitos fundamentais dentro do ordenamento jurídico, solidificando este conteúdo no tecido social. (...). A finalidade do *entrenchment* é garantir eficácia ao ordenamento jurídico, dotando-o de segurança jurídica, o que faz com que as normas deixem de ter um papel retórico e possam ter uma concretude prática. (...). A concepção de entrincheiramento ou proibição do retrocesso assegura uma proteção ao conteúdo dos direitos fundamentais, mantendo um nível mínimo de determinada concretude normativa.⁴⁹³

Com base na ideia do *entrenchment* do conteúdo mínimo dos direitos fundamentais, conclui-se que o conteúdo das decisões judiciais deve obrigatoriamente se pautar na materialização dos princípios constitucionais e das liberdades públicas. É ilegítimo qualquer ato decisório que suprima, em caráter definitivo, as garantias constitucionais historicamente conquistadas com o desenvolvimento do Direito, diante da necessidade de entrincheirar direitos e interesses básicos dos indivíduos.⁴⁹⁴

Tendo em vista que o entrincheiramento dos direitos fundamentais gera uma eficácia *non cliquet*, a jurisdição apenas pode ser realizada se resultar em substanciais avanços na proteção da esfera jurídica dos indivíduos e do corpo social. A aplicação do princípio da vedação ao retrocesso, pois, também se projeta para o conteúdo material das decisões

de segurança social, já que, sem os recursos materiais para uma existência digna, a própria dignidade da pessoa humana ficaria sacrificada”. (SARLET, Ingo Wolfgang; SAAVEDRA, Giovanni Agostini. Constitucionalismo e democracia: breves notas sobre a garantia do mínimo existencial e os limites materiais de atuação do legislador, com destaque para o caso da Alemanha. In: MACHADO, Felipe; CATTONI, Marcelo (Coord.). *Constituição e Processo: entre o Direito e a Política*. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 123). Contudo, atualmente, a doutrina mais autorizada ultrapassa o mero conceito material do mínimo existencial, atribuindo-lhe também uma perspectiva de mínima (e igualitária) inserção sociocultural e de participação política. Nesse sentido, Cláudio Neto entende que o conceito de mínimo existencial abrange não só a concretização das “condições materiais da autonomia privada”, como também as “condições para uma participação igualitária na vida pública” (SOUZA NETO, Cláudio Pereira. Fundamentação e normatividade dos direitos fundamentais: uma reconstrução teórica à luz do princípio democrático. In: BARROSO, Luís Roberto (Org.). *A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. 2. ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 324).

⁴⁹³ AGRA, Walber de Moura. O *entrenchment* como condição para a efetivação dos direitos fundamentais. In: TAVARES, André Ramos (Coord.). *Justiça Constitucional: pressupostos teóricos e análises concretas*. Belo Horizonte: Fórum, 2007, p. 24-26.

⁴⁹⁴ LORENZETTI, Ricardo Luis. *Teoria da decisão judicial: fundamentos de direito*. 2. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 334-335.

judiciais,⁴⁹⁵ a fim de se proibir que provimentos sejam prolatados em violação à dignidade da pessoa humana e, ato contínuo, à integridade dos direitos fundamentais.⁴⁹⁶ O processo, assim, consiste em instrumento que se destina não só à atuação do direito material, como também que possibilita o “pleno desenvolvimento da pessoa humana”.⁴⁹⁷

Nessa linha de raciocínio, a efetividade processual, em face da vinculação do conteúdo das decisões judiciais à proteção das normas constitucionais, constitui, verdadeiramente, garantia do *entrenchment* do conteúdo mínimo dos direitos fundamentais. O modelo constitucional de devido processo legal determina a prolação de um provimento direcionado à tutela substantiva das liberdades públicas e das garantias processuais:

Há, inegavelmente, um acúmulo histórico a respeito da compreensão do *devido processo legal* que não pode ser *ignorado*. Ao longo dos séculos, inúmeras foram as concretizações do devido processo legal que se incorporaram ao rol das garantias mínimas que estruturam o *devido processo*. Não é lícito, por exemplo, considerar *desnecessário* o contraditório ou a duração razoável do processo, direitos fundamentais inerentes ao *devido processo legal*. Nem será lícito retirar agora os direitos fundamentais já conquistados; vale, aqui, o princípio de hermenêutica constitucional que proíbe o *retrocesso* em tema de direitos fundamentais.⁴⁹⁸

Por conseguinte, a eficácia *non cliquet* conforma a atividade jurisdicional à proteção dos direitos fundamentais. A efetividade da tutela jurisdicional, assim, “não se equipara à efetividade da sentença, enquanto ato de poder”, tendo em vista que a democracia requer “a vinculação de todos ao devido processo legal (constitucional)”.⁴⁹⁹

Nesse contexto, a garantia do entrincheiramento resulta, outrossim, na materialização do dever de proteção estatal em relação aos direitos fundamentais. Impõe-se ao Estado a *obrigação de proteção*, manifestada no momento em que o juiz profere uma decisão a respeito dos direitos fundamentais.

É certo, a propósito, que concordamos com Luiz Guilherme Marinoni, quando diz que a jurisdição “não é apenas uma forma de dar proteção aos direitos fundamentais, mas sim

⁴⁹⁵ Tradicionalmente, o princípio da vedação ao retrocesso é aplicado, apenas, nos casos de violação aos direitos fundamentais de caráter social, os quais demandam prestações materiais estatais para sua concretização (nesse sentido, cf.: STF, ARE n. 639337, Rel. Min. Celso de Mello, DJ 15/09/2011). Contudo, no presente trabalho, defendemos a aplicação de referido princípio também em relação ao conteúdo das decisões judiciais, como forma de proteção do conteúdo mínimo dos direitos fundamentais.

⁴⁹⁶ AGRA, Walber de Moura, *op. cit.*, p. 28-35.

⁴⁹⁷ MARINONI, Luiz Guilherme. *Novas linhas do processo civil*. 2. ed., São Paulo: Malheiros, 1996, p. 29.

⁴⁹⁸ DIDIER JR., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil: teoria geral do processo e processo de conhecimento*. 12. ed., Salvador: Jus Podium, 2010. v. 1, p. 43.

⁴⁹⁹ PASSOS, José Joaquim Calmon de. Cidadania e efetividade do processo. *Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil*, Porto Alegre, v. 1, n. 1, p. 33, set./out. 1999.

uma maneira de se conferir tutela efetiva a toda e qualquer situação de direito substancial”.⁵⁰⁰ Nesse caso, quando o magistrado decide sobre direito material que não se enquadra na categoria dos direitos fundamentais, estará, ao menos, respondendo ao direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva.

Todavia, o que pretendemos dizer é que o exercício da jurisdição, não obstante o escopo de proteção de *qualquer* direito material, projeta-se, basicamente, para tutelar um conteúdo minimamente essencial de direitos fundamentais. Aliás, como bem afirma o mesmo Luiz Guilherme Marinoni, os direitos fundamentais devem ser interpretados “em um sentido que lhes confira a maior efetividade possível”. E, nessa ótica, “o processo civil também se constitui em mecanismo de proteção dos direitos fundamentais, seja para evitar a violação ou o dano ao direito fundamental, seja para conferir-lhe o devido ressarcimento”.⁵⁰¹

De tal sorte, o resguardo das garantias processuais não é suficiente para atribuir legitimidade à função jurisdicional. Nem mesmo a ideia do processo como instrumento de atuação do direito material é bastante para justificar o exercício democrático da jurisdição.

Mais do que isso, a legitimidade democrática da atividade jurisdicional pressupõe que o processo (justo), além de assegurar as garantias processuais e satisfazer o direito material, tenha o condão de materializar direitos fundamentais. A jurisdição se legitima, portanto, também a partir do conteúdo da decisão judicial, proferida na dimensão de realização de princípios constitucionais e de direitos fundamentais:

A legitimação da jurisdição não pode ser alcançada apenas pelo procedimento em contraditório e adequado ao direito material, sendo imprescindível pensar em uma legitimação pelo conteúdo da decisão. É que o contraditório e a adequação legitimam o processo como meio, porém não se prestam a permitir a identificação da decisão ou do resultado do processo, ou melhor, a garantir o ajuste da decisão aos compromissos do juiz com os conteúdos dos direitos fundamentais. O procedimento pode ser aberto à efetiva participação em contraditório e adequado ao procedimento material e, ainda assim, produzir uma decisão descompromissada com o conteúdo substancial das normas constitucionais. (...). Quando se frisa a observância do procedimento como critério para a legitimidade da decisão, pode-se estar negando a possibilidade de o juiz identificar o conteúdo substancial dos direitos fundamentais. Isso ocorre quando a identificação judicial do conteúdo material do direito fundamental é integralmente substituída pela participação no procedimento. Acontece que a participação não deve ser contraposta à proteção do conteúdo substancial dos direitos fundamentais como critério de legitimidade da decisão judicial. (...). A observância do procedimento ou a participação não são suficientes para conferir legitimidade à decisão. É preciso que a jurisdição tenha o poder de

⁵⁰⁰ MARINONI, Luiz Guilherme. *Técnica processual e tutela dos direitos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 187.

⁵⁰¹ *Idem, ibidem*, p. 222-223.

apontar para o fundamento material do direito fundamental para poder negar a lei que com ele se choca.⁵⁰²

De fato, a adstrição da jurisdição aos princípios constitucionais é imperativa ao Estado Democrático de Direito, o qual atribui aos juízes o dever de guarda da força normativa da Constituição. O conteúdo material das decisões judiciais deve se projetar para a aplicação dos direitos constitucionais, das garantias fundamentais e das liberdades públicas, a fim de atribuir máxima efetivação à cidadania e à dignidade da pessoa humana:

O justo processo, como substrato essencial do Estado democrático de Direito, é a fonte que proporciona legitimidade às decisões do Estado pelo cumprimento dos direitos fundamentais assegurados em nível constitucional e internacional. A participação democrática dos litigantes e a presença ativa do juiz na condução da atividade probatória representam a necessidade de fazer do processo um moderno veículo de diálogo entre o Estado e a sociedade, um canal de realização dos direitos fundamentais.⁵⁰³

Nessa perspectiva, toda e qualquer decisão judicial tem como fundamentos necessários as normas constitucionais e os direitos e as garantias fundamentais.⁵⁰⁴ O devido processo legal estrutura-se em sintonia com as garantias constitucionais, ao mesmo tempo em que é aplicado com o objetivo de tutelar efetivamente os direitos fundamentais. Sob o enfoque constitucional, a efetivação dos princípios constitucionais e das liberdades públicas, por intermédio do *due process of law*, reserva ao processo “um importante papel de garantia constitutiva dos direitos fundamentais”,⁵⁰⁵ como verdadeira “metodologia de garantia dos direitos fundamentais”.⁵⁰⁶

À evidência, a aplicação das teorias da integridade do Direito e da proibição do retrocesso é importante para que decisões judiciais sejam proferidas de forma objetivamente fundamentadas e em direção à plena efetividade da Constituição. Provimentos democraticamente legítimos são aqueles construídos com base em todas as alegações e provas

⁵⁰² MARINONI, Luiz Guilherme. Da teoria da relação jurídica processual ao processo civil do Estado constitucional. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, vol. 852, ano 95, p. 26-33, out. 2006.

⁵⁰³ MELO, Gustavo de Medeiros. *O acesso adequado à justiça na perspectiva do justo processo*. Disponível em: <http://www.ibds.com.br/artigos/OACESSOADEQUADOaJUSTICANAPERSECTIVADOJUSTOPROCESSO.pdf>. Acesso em: 18 jun. 2012.

⁵⁰⁴ DAMASKA, Mirjan R. *The faces of justice and state authority: a comparative approach to the legal process*. Yale: University Press, 2005 *apud* BOLZAN DE MORAIS, José Luis. O Estado Constitucional – entre justiça e política: porém, a vida não cabe em silogismos!. In: MACHADO, Felipe; CATTONI, Marcelo (Coord.). *Constituição e Processo: entre o Direito e a Política*. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 161-162.

⁵⁰⁵ BARROS, Flaviane de Magalhães. A fundamentação das decisões a partir do modelo constitucional de processo. *Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica: 20 anos de constitucionalismo democrático – e agora?*. Porto Alegre: Instituto de Hermenêutica Jurídica, 2008, p. 131.

⁵⁰⁶ BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *Direito Processual Constitucional: aspectos contemporâneos*. Belo Horizonte: Fórum, 2008, p. 47.

deduzidas pelas partes e que impliquem transformações da realidade social dirigidas à efetivação dos direitos e das garantias fundamentais.

E, com isso, é possível concluir que o *processo justo* é fonte primária de justificação da atividade jurisdicional. A justeza processual, envolta nas mais elementares garantias processuais, consiste em fundamento de legitimidade democrática da função jurisdicional.

O modelo constitucional de *due process of law* legitima a jurisdição a partir da efetiva participação, do contraditório (estático e dinâmico), da ampla defesa, da motivação decisória racional e objetiva, do juízo natural, enfim, de todas as garantias processuais constitucionais. O processo justo, à luz do direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva e adequada e dentro de um enfoque de acesso à ordem jurídica justa, consubstancia, no âmbito processual, a própria democracia, cidadania, soberania popular, dignidade da pessoa humana, ou seja, a força normativa da suprema Constituição.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O Estado Democrático de Direito requer a conformação de um modelo de devido processo legal apropriado ao fenômeno da constitucionalização do Direito. A superação de anacrônicas teorias processuais, inclusive daquela que trata o processo como relação jurídica, é essencial para a delimitação de uma jurisdição que não coloque o juiz em posição de superioridade em relação às partes ou à sociedade.

Nessa toada, o modelo atual de devido processo legal, constitucionalmente adequado à democracia moderna, ultrapassa a mera concepção de vínculo jurídico entre os sujeitos processuais (seja de subordinação ou de coordenação). Diferentemente, o *due process of law* de um Estado Democrático de Direito é concebido como um procedimento direcionado ao resguardo dos direitos e das garantias processuais de índole constitucional, como forma de expressão da democracia, da cidadania, da soberania popular, da dignidade da pessoa humana, enfim, da força normativa da suprema Constituição.

Os anseios populares clamam que o devido processo legal transpasse a órbita *garantista*, para que alcance também uma aptidão de natureza *realizadora*. Processo *justo e democrático*, sob a ótica do Estado Democrático de Direito, é aquele que, além de *garantir* às

partes o exercício de seus direitos processuais, também *realiza* transformações práticas que permitem à parte exitosa o concreto gozo do bem jurídico a que faz jus.

De nada adianta um processo que respeite ao máximo a garantia do contraditório, se a parte exitosa não obtém o concreto usufruto do direito material que lhe foi reconhecido. De maneira semelhante, um processo absolutamente célere e eficaz, mas no qual tenha sido proferida uma decisão totalmente desconectada das alegações e provas das partes, também não atende aos ideais de um Estado Democrático de Direito.

Não basta, é certo, um processo realizado em simétrica igualdade de oportunidades entre as partes, cuja decisão é objetiva e racionalmente fundamentada, proferida por um juízo natural, porém sem aptidão alguma para produzir modificações concretas na prática social. Faz-se necessário, na verdade, que a decisão judicial tenha sido motivada através da influente participação das partes, bem como que seja apta a possibilitar o efetivo gozo do bem jurídico tutelado, como consequência de um processo realizado em simétrico contraditório entre as partes.

É por isso que, a nosso ver, o processo justo deve conciliar o resguardo das mais básicas garantias processuais – retratadas pelo contraditório, pela ampla defesa, pela motivação das decisões judiciais e pelo juízo natural –, com a necessidade de imprimir real efetividade à tutela jurisdicional. O juiz se legitima pela fundamentação constitucionalmente séria de sua decisão, proferida em paritário e influente debate entre os interessados, com o objetivo de assegurar efetividade à tutela jurisdicional.

Não há, nessa afirmativa, qualquer paradoxo ou incongruência lógica. Ao revés, o contraditório e a motivação das decisões judiciais, como ferramentas de controle da atividade jurisdicional, constituem garantias fundamentais intimamente relacionadas a uma concepção de efetividade processual destinada à plena concretização das normas constitucionais, das liberdades públicas e dos direitos fundamentais.

Disso decorre a impossibilidade – ou melhor, a proibição – de que juízes supostamente fundamentem os provimentos jurisdicionais com base em suas crenças pessoais, opiniões e ideologias particulares, juízos axiológicos, na sua própria vontade ou em qualquer outro elemento subjetivo de convicção ou sensibilidade do julgador. O modelo constitucional de devido processo legal se contrapõe veementemente a um *indevido processo sentimental*, que privilegie o decisionismo judicial e a colocação do juiz como um sujeito processual solipsista, protagonista e soberano, cuja função é desvinculada da atividade das partes.

Nesse contexto, a crise que assola o sistema judiciário nacional não pode servir de pretexto para a eliminação das garantias constitucionais do processo justo, as quais legitimam o exercício da função jurisdicional. A realização do processo justo, como fundamento democrático da jurisdição, reforça o papel cívico dos juízes de protetor e de concretizador dos direitos fundamentais e dos anseios populares.

De fato, a magistratura exerce uma indeclinável função social. É premente a efetivação da garantia constitucional do acesso à justiça, que resulte em uma maior aproximação dos juízes com os cidadãos. A democratização do Judiciário requer a plena concretização da cidadania, por intermédio de uma prestação jurisdicional que prime pelo absoluto respeito ao devido processo legal.

Nesse contexto, torna-se imperativa uma mudança da mentalidade cultural dos agentes jurídicos, assim como uma melhoria da administração da justiça e da política gerencial do Judiciário, que tenham como objetivo o aprimoramento dos serviços judiciários destinados a materializar o acesso à justiça e a efetividade da tutela jurisdicional. A inaceitável morosidade da prestação jurisdicional não se coaduna a uma gestão eficiente e eficaz do serviço público jurisdicional. A concretização de um Estado Democrático de Direito relaciona-se à necessidade de realização, na prática social, do direito fundamental ao processo justo, que torne realidade uma prestação jurisdicional efetiva, adequada e tempestiva.

É preciso, outrossim, superar o dogma do formalismo do processo. A superação da teoria pela prática, da forma pela matéria, é imprescindível para que se obtenha a efetiva realização prática de um processo envolto nas mais elementares garantias processuais. Torna-se urgente a atribuição de um conteúdo prático ao direito fundamental ao devido processo legal, com vistas à obtenção de uma decisão jurisdicional racionalmente motivada e apta a transformar a realidade social, proferida tempestivamente por um juízo natural, no âmbito de um processo que assegura o contraditório e a ampla defesa.

Decisão jurisdicional legítima, portanto, é aquela que respeita simultaneamente as garantias constitucionais do processo, sinteticamente consideradas:

a) o contraditório, retratado pela construção do provimento por meio da influente e cooperativa participação dos interessados, no âmbito de um procedimento realizado em simétrica paridade e em igualdade de amplas oportunidades de defesa;

b) a motivação racional e objetiva, retratada por um público provimento, exarado por um juízo natural, que seja fundamentado não só com base em todas as lícitas alegações e provas deduzidas pelas partes, como também de modo coerente e íntegro com a história

institucional da sociedade, sendo vedada a utilização de convicções particulares ou de íntimos sentimentos de justiça do julgador;

c) a efetividade da tutela jurisdicional, retratada por um processo estruturado de forma adequada e tempestiva (com razoável duração), que seja apto a materializar as normas constitucionais e os direitos e as garantias fundamentais (vedação ao retrocesso, *entrenchment* ou eficácia *non cliquet*), de modo a transformar a realidade social e a possibilitar que a parte exitosa tenha condições de usufruir, na prática, do direito material que lhe foi reconhecido.

Nesses termos, o *due process of law* consiste em autêntica manifestação da democracia. Além disso, ao impor o exercício da função jurisdicional em nome do povo e ao possibilitar a ampliação do acesso dos cidadãos à jurisdição, o processo justo é também expressão dos princípios constitucionais da cidadania e da soberania popular, combinados sob a ótica de tutela à dignidade da pessoa humana e de supremacia da Constituição.

Dentro de uma perspectiva constitucional, o devido processo legal, como garantia basilar da sociedade, aparece como o *fundamento de legitimidade* da jurisdição, freando e contrapesando o exercício da atividade judicante pelos magistrados. A legitimidade da função jurisdicional, em um regime democrático, deve ser concebida a partir das garantias constitucionais que compõem o processo justo, as quais, justamente porque *fundamentam* a atividade judicante, também *legitimam* a função jurisdicional.

Em síntese, a justificação democrática das decisões judiciais decorre de um modelo constitucional de devido processo legal que represente a imperatividade das garantias processuais constitucionais. Na perspectiva da jurisdição, processo justo é a própria Constituição, norma suprema que conforma, limita, fundamenta, enfim, legitima a jurisdição.

7 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABREU, Pedro Manoel. *Processo e democracia: o processo jurisdicional como um locus da democracia participativa e da cidadania inclusiva no Estado Democrático de Direito*. São Paulo: Conceito Editorial, 2001. v. 3.

AGRA, Walber de Moura. O *entrenchment* como condição para a efetivação dos direitos fundamentais. In: TAVARES, André Ramos (Coord.). *Justiça Constitucional: pressupostos teóricos e análises concretas*. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

ALVES, Francisco Glauber Pessoa. A efetividade como axiologia: premissa obrigatória para um processo célere. In: FUX, Luiz; NERY JR., Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim.

Processo e Constituição: estudos em homenagem ao professor José Carlos Barbosa Moreira. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

ANDRADE, Érico. As novas perspectivas do gerenciamento e da ‘contratualização’ do processo. In: JAYME, Fernando Gonzaga; FARIA, Juliana Cordeiro de; LAUAR, Maira Terra (Coord.). *Processo civil – novas tendências: homenagem ao Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira.* Belo Horizonte: Del Rey, 2011.

_____. *O Mandado de Segurança: a busca da verdadeira especialidade (proposta de releitura à luz da efetividade do processo).* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

ANDREWS, Neil. *O moderno processo civil: formas judiciais e alternativas de resolução de conflitos na Inglaterra.* Tradução de Teresa Arruda Alvim Wambier. 2. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

ASSIS, Araken. Duração razoável do processo e reformas da lei processual civil. In: FUX, Luiz; NERY JR., Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Processo e Constituição: estudos em homenagem ao professor José Carlos Barbosa Moreira.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

ÁVILA, Humberto. O que é ‘devido processo legal’?. In: DIDIER JR., Fredie. *Teoria do Processo: panorama doutrinário mundial. Segunda série.* Salvador: Jus Podivm, 2010. v. 2.

BANCO MUNDIAL. *Fazendo com que a Justiça conte: medindo e aprimorando o desempenho do Judiciário no Brasil. Unidade de Redução de Pobreza e Gestão Econômica. América Latina e Caribe.* 30 de dezembro de 2004.

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *Direito Processual Constitucional: aspectos contemporâneos.* Belo Horizonte: Fórum, 2008.

_____. *Teoria geral da cidadania: a plenitude da cidadania e as garantias constitucionais processuais.* São Paulo: Saraiva, 1995.

BARROS, Flaviane de Magalhães. O modelo constitucional de processo e o processo penal: a necessidade de uma interpretação das reformas do processo penal a partir da Constituição. In: MACHADO, Felipe Daniel Amorim; CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade (Coord.). *Constituição e Processo: a contribuição do processo ao constitucionalismo democrático brasileiro.* Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

_____. A fundamentação das decisões a partir do modelo constitucional de processo. *Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica: 20 anos de constitucionalismo democrático – e agora?.* Porto Alegre: Instituto de Hermenêutica Jurídica, 2008.

BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição.* 7. ed., São Paulo: Saraiva, 2009.

_____. *Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito: o triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil.* Disponível em: <http://www.georgemlima.xpg.com.br/barroso.pdf>. Acesso em: 27 nov. 2011.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Direito e processo: influência do direito material sobre o processo*. 5. ed., São Paulo: Malheiros, 2009.

_____. *Efetividade do processo e técnica processual*. 3. ed., São Paulo: Malheiros, 2010.

_____. Os elementos objetivos da demanda examinados à luz do contraditório. In: TUCCI, José Rogério Cruz e; BEDAQUE, José Roberto dos Santos (Coord.). *Causa de pedir e pedido no processo civil: questões polêmicas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

BEZERRA, Márcia Fernandes. O direito à razoável duração do processo e a responsabilidade do Estado pela demora na outorga da prestação jurisdicional. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim et al. (Coord.) *Reforma do Judiciário*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

BOBBIO, Noberto. *Estado, governo, sociedade: para uma teoria geral da política*. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. 14. ed., São Paulo: Paz e Terra, 2007.

BOLZAN DE MORAIS, José Luis. O Estado Constitucional – entre justiça e política: porém, a vida não cabe em silogismos!. In: MACHADO, Felipe; CATTONI, Marcelo (Coord.). *Constituição e Processo: entre o Direito e a Política*. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

BONAVIDES, Paulo. O Poder Judiciário e o parágrafo único do art. 1º da Constituição do Brasil. In: CUNHA, Sérgio Sérvulo da; GRAU, Eros Roberto (Org.). *Estudos de Direito Constitucional em homenagem a José Afonso da Silva*. São Paulo: Malheiros, 2003.

BÜLOW, Oskar von. *Teoria das exceções e dos pressupostos processuais*. Tradução de Ricardo Rodrigues Gama. Campinas: LZN, 2005.

CALAMANDREI, Piero. *Direito Processual Civil: estudos sobre o Processo Civil*. Tradução de Luiz Abezia e Sandra Drina Fernandez Barbery. Campinas: Bookseller, 1999. v. 1.

CAMBI, Eduardo. Neoconstitucionalismo e Neoprocessualismo. *Panóptica*. Vitória, ano 1, n. 6, fev./2007. Disponível em: <http://www.panoptica.org/fevereiro2007pdf/1Neoconstitucionalismoeneoprocessualismo.pdf>. Acesso em: 18 jun. 2012.

CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes legisladores?*. Tradução de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1993.

_____. *Processo, ideologias e sociedade*. Tradução de Elício de Cresci Sobrinho. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2008. v. 1.

_____. *Processo, ideologias e sociedade*. Tradução de Hermes Zaneti Junior. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2010. v. 2;

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1988.

CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro. *Acesso à Justiça: juizados especiais cíveis e ação civil pública – uma nova sistematização da teoria geral do processo*. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

CARNELUTTI, Francesco. *Sistema de Direito Processual Civil*. Tradução de Hiltomar Martins Oliveira. São Paulo: Classic Book, 2000. v. 1.

CARREIRA ALVIM, José Eduardo. *Elementos de teoria geral do processo*. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

CARVALHO NETTO, Menelick de. Requisitos pragmáticos da interpretação jurídica sob o paradigma do Estado Democrático de Direito. *Revista de Direito Comparado*, Belo Horizonte, v. 3, 1999.

CATTONI, Marcelo. *Direito Constitucional*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.

CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de Direito Processual Civil*. Tradução de J. Guimarães Menegale. São Paulo: Saraiva, 1942. v. 1.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. 22. ed., São Paulo: Malheiros, 2006.

COELHO, Inocêncio Mártires. *Interpretação constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007.

COSTA, Fabrício Veiga. Modelo constitucional de processo coletivo: um estudo crítico a partir da teoria das ações coletivas como ações temáticas. *Revista do Instituto dos Advogados de Minas Gerais*, Belo Horizonte, n. 17, 2011.

COUTURE, Eduardo J. *Fundamentos del Derecho Procesal Civil*. 3. ed., Depalma: Buenos Aires, 1976.

CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. Processo constitucional e a efetividade dos direitos fundamentais. In: SAMPAIO, José Adércio Leite; CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza (Coord.). *Hermenêutica e Jurisdição Constitucional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

CUNHA, Leonardo José Carneiro da. *A Fazenda Pública em juízo*. 6. ed., São Paulo: Dialética, 2008.

DAKOLIAS, Maria. *O setor judiciário na América Latina e no Caribe: elementos para reforma*. Tradução de Sandro Eduardo Sardá. Washington: Banco Internacional para Reconstrução e Desenvolvimento/Banco Mundial, 1996.

DALLA, Humberto. Disponível em: http://www.humbertodalla.pro.br/arquivos/a_mediacao_e_a_solucao_de_conflitos_no_estado_democratico.pdf. Acesso em: 15 abr. 2010.

DALLARI, Dalmo de Abreu. *O poder dos juízes*. São Paulo: Saraiva, 1996.

DANTAS, Ivo. Teoria do processo constitucional: uma breve visão pessoal. In: MACGREGOR, Eduardo Ferrer; LELO DE LARREA, Arturo Zaldívar. *Estudios de Direito*

Processual Constitucional: homenagem brasileira a Héctor Fix-Zamudio em seus 50 anos como Pesquisador do Direito. São Paulo: Malheiros, 2009.

DAVID, René. *Os grandes sistemas do Direito contemporâneo*. Tradução de Hermínio A. Carvalho. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

DEL NEGRI, André. *Controle de constitucionalidade no processo legislativo: teoria da legitimidade democrática*. 2. ed., Belo Horizonte: Fórum, 2008.

DIAS, Ronaldo Brêtas de Carvalho. *Processo Constitucional e Estado Democrático de Direito*. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.

_____. *Responsabilidade do Estado pela função jurisdicional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

DIDIER JR., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil: teoria geral do processo e processo de conhecimento*. 12. ed., Salvador: Jus Podium, 2010. v. 1.

_____. Notas sobre a garantia constitucional do acesso à justiça: o princípio do direito de ação ou da inafastabilidade do Poder Judiciário. *Revista de processo*, São Paulo, ano 27, n. 108, out./dez. 2002.

_____. O princípio da cooperação: uma apresentação. *Revista de processo*, São Paulo, ano 30, n. 127, set. 2005.

_____. *Sobre a Teoria Geral do Processo, essa desconhecida*. Salvador: Jus Podivm, 2012.

_____. Teoria do Processo e Teoria do Direito: o Neoprocessualismo. In: _____ (Org.). *Teoria do Processo: panorama doutrinário mundial*. Segunda série. Salvador: Jus Podivm, 2010. v. 2.

DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. *Curso de Direito Processual Civil: teoria da prova, direito probatório, teoria do precedente, decisão judicial, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela*. 5. ed., Salvador: Jus Podium, 2010. v. 2.

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

_____. *Fundamentos do processo civil moderno*. 2. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987.

_____. *Instituições de Direito Processual Civil*. 6. ed., São Paulo: Malheiros, 2009. v. I.

_____. *Instituições de Direito Processual Civil*. 4. ed., São Paulo: Malheiros, 2004. v. II.

_____. *Nova era do processo civil*. São Paulo: Malheiros, 2004.

DINIZ, Márcio Augusto Vasconcelos. *Constituição e Hermenêutica Constitucional*. 2. ed., Belo Horizonte: Mandamentos, 2002, p. 181-182.

DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Tradução de Nelson Boeira. 3. ed., São Paulo: Martins Fontes, 2010.

_____. *O império do Direito*. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. 2. ed., São Paulo: Martins Fontes, 2007.

_____. *Uma questão de princípio*. Tradução de Luis Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

ELY, John Hart. *Democracia e desconfiança: uma teoria do controle judicial de constitucionalidade*. Tradução de Juliana Lemos. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

FARIA, Gustavo de Castro. O contraditório e a fundamentação das decisões sob o enfoque de uma teorização processual democrática. In: CASTRO, João Antônio Lima; FREITAS, Sérgio Henrique Zandona (Coord.). *Direito Processual: reflexões jurídicas*. Belo Horizonte: Instituto de Educação Continuada, 2010.

FAZZALARI, Elio. *Instituições de Direito Processual*. Tradução de Elaine Nassif. Bookseller: Campinas, 2006.

FENOLL, Jordi Nieva. *Jurisdicción y Proceso: estudios de ciencia jurisdiccional*. Madrid: Marcial Pons, 2009.

FERNANDES, Bernardo Gonçalves. Mandado de Injunção: do formalismo ao axiologismo? O que mudou? Uma análise crítica e reflexiva da jurisprudência do STF. In: MACHADO, Felipe; CATTONI, Marcelo (Coord.). *Constituição e Processo: entre o Direito e a Política*. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

FERNANDES, Bernardo Gonçalves; PEDRON, Flávio Quinaud. *O Poder Judiciário e(m) crise*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

FERRAZ, Leslie Shériida. *Juizados Especiais Cíveis e acesso à justiça qualificado: uma análise empírica*. 2008. 235f. Tese (Doutorado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2008.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Aspectos do Direito Constitucional contemporâneo*. 3. ed., São Paulo: Saraiva, 2011.

FISS, Owen. *Um novo processo civil: estudos norte-americanos sobre jurisdição, constituição e sociedade*. Tradução de Daniel Porto Godinho da Silva e Melina de Medeiros Rós. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

GARCIA, Emerson. Jurisdição Constitucional e Legitimidade Democrática. In: CAMARGO, Marcelo Novelino (Org.). *Leituras Complementares de Direito Constitucional: Controle de Constitucionalidade*. Salvador: Jus Podivm, 2007.

GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Técnica Processual e Teoria do Processo*. Rio de Janeiro: Aide, 1992.

GONÇALVES, Gláucio Maciel. Direito e tempo. In: JAYME, Fernando Gonzaga; FARIA, Juliana Cordeiro de; LAUAR, Maira Terra (Coord.). *Processo civil – novas tendências: homenagem ao Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira*. Belo Horizonte: Del Rey, 2011.

GRECO, Leonardo. *Estudos de Direito Processual*. Campos dos Goytacazes: Faculdade de Direito de Campos, 2005.

GUASP, Jaime. *La pretensión procesal*. 2. ed., Madrid: Civitas, 1985, tradução livre;
HÄBERLE, Peter. *A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1997.

HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. 2. ed., Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. v. I.

_____. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. 2. ed., Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. v. II.

HART, Herbert L. A. *O conceito de Direito*. Tradução de A. Ribeiro Mendes. 5. ed., Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2007.

JAYME, Fernando Gonzaga. *Direitos humanos e sua efetivação pela Corte Interamericana de Direitos Humanos*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

_____. Os problemas da efetiva garantia de proteção judicial perante o Poder Judiciário brasileiro. In: JAYME, Fernando Gonzaga; FARIA, Juliana Cordeiro de; LAUAR, Maira Terra (Coord.). *Processo Civil – novas tendências: estudos em homenagem ao Professor Humberto Theodoro Júnior*. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

_____. *Tribunal Constitucional: exigência democrática*. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.

KELSEN, Hans. *Jurisdição Constitucional*. Tradução de Sérgio Sérulo Cunha, São Paulo: Martins Fontes, 2003.

LAFER, Celso. *A reconstrução dos direitos humanos: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt*. 6. reimp., São Paulo: Companhia das Letras, 2006.

LAGES, Cíntia Garabini. A proposta de Ronald Dworkin em ‘O Império do Direito’. *Revista da Faculdade Mineira de Direito*, Belo Horizonte, v. 4, n. 7 e 8, jan./jun. 2001.

LEAL, André Cordeiro. *Instrumentalidade do processo em crise*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2008.

LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria geral do processo: primeiros estudos*. 10. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2011.

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

LEAL, Saul Tourinho. *Ativismo ou altivez? O outro lado do Supremo Tribunal Federal*. Belo Horizonte: Fórum, 2010.

LLOBREGAT, José Garberí. *Constitución y Derecho Procesal: los fundamentos constitucionales del Derecho Procesal*. Pamplona: Thomson Reuters, 2009.

_____. *El derecho a la tutela judicial efectiva en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*. Barcelona: Bosch, 2008.

LLORENTE, Francisco Rubio. *Derechos fundamentales y principios constitucionales: doctrina jurisprudencial*. Barcelona: Ariel, 1995.

LOPES, João Batista. Princípio da proporcionalidade e efetividade do processo civil. In: MARINONI, Luiz Guilherme (Coord.). *Estudos de Direito Processual Civil: homenagem ao professor Egas Dirceu Moniz de Aragão*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

LORENZETTI, Ricardo Luis. *Teoria da decisão judicial: fundamentos de direito*. 2. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais.

MACEDO, Elaine Harzheim. *De Salomão à escolha de Sofia: proposta de legitimação da decisão judicial à luz da Constituição de 1988*. Disponível em: <http://www.tex.pro.br/tex/listagem-de-artigos/324-artigos-abr-2011/7944-de-salomao-a-escolha-de-sofia-proposta-de-legitimacao-da-decisao-judicial-a-luz-da-constituicao-de-1988>. Acesso em: 16 jun. 2012.

MACIEL JÚNIOR, Vicente de Paula. Estrutura e interpretação do Direito Processual Civil brasileiro a partir da Constituição Federal de 1988. In: MACHADO, Felipe Daniel Amorim; CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade (Coord.). *Constituição e Processo: a contribuição do processo ao constitucionalismo democrático brasileiro*. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

MACHADO, Felipe. *Principle versus Policy: uma crítica à relação entre política criminal e direitos fundamentais a partir de Ronald Dworkin*. In: MACHADO, Felipe; CATTONI, Marcelo (Coord.). *Constituição e Processo: entre o Direito e a Política*. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Curso de Processo Civil: Teoria Geral do Processo*. 5. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. v. 1.

_____. Da teoria da relação jurídica processual ao processo civil do Estado constitucional. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, vol. 852, ano 95, out. 2006.

_____. *Novas linhas do processo civil*. 2. ed., São Paulo: Malheiros, 1996.

_____. O custo e o tempo do processo civil brasileiro. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná*, Porto Alegre, v. 36, 2001.

_____. O direito à efetividade da tutela jurisdicional na perspectiva da teoria dos direitos fundamentais. *Revista de Direito Processual Civil*. Curitiba: Gênese, 2003.

_____. *Precedentes obrigatórios*. 2. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

_____. *Técnica processual e tutela dos direitos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

_____. *Questões do novo Direito Processual Civil brasileiro*. Curitiba: Juruá, 2000.

MAUS, Ingeborg. *O Judiciário como superego da sociedade*. Tradução de Geraldo de Carvalho e Gercélia Batista de Oliveira Mendes. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

MELO, Gustavo de Medeiros. *O acesso adequado à justiça na perspectiva do justo processo*. Disponível em: <http://www.ibds.com.br/artigos/OACESSOADEQUADOaJUSTICANAPERSECTIVADOJUSTOPROCESSO.pdf>. Acesso em: 18 jun. 2012.

MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional: direitos fundamentais*. 3. ed., Coimbra: Coimbra Editora, 2000. t. IV.

MITIDIERO, Daniel. Por uma reforma da Justiça Civil no Brasil: um diálogo entre Mauro Cappelletti, Vittorio Denti, Ovídio Baptista e Luiz Guilherme Marinoni. *Revista de processo*, São Paulo, vol. 199, ano 36, set. 2011.

MONIZ DE ARAGÃO, Egas Dirceu. *Revista de Processo*, São Paulo, ano 28, n. 110, abr./jun. 2003.

MONTESQUIEU, Charles de Secondat. *O espírito das leis*. Tradução de Cristina Murachco. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Temas de Direito Processual: sexta série*. São Paulo: Saraiva, 1991.

_____. *Temas de Direito Processual: sétima série*. São Paulo: Saraiva, 2001.

_____. *Temas de Direito Processual: nona série*. São Paulo: Saraiva, 2007.

NALINI, José Renato. *A rebelião da toga*. Campinas: Millennium, 2006.

NUNES, Dierle José Coelho. Politização do Judiciário no Direito comparado – algumas considerações. In: MACHADO, Felipe; CATTONI, Marcelo (Coord.). *Constituição e Processo: entre o Direito e a Política*. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

_____. Problemas para o dimensionamento de técnicas para a litigiosidade repetitiva: a litigância de interesse público, o processualismo constitucional democrático e as tendências ‘não compreendidas’ de padronização decisória. In: JAYME, Fernando Gonzaga; FARIA,

Juliana Cordeiro de; LAUAR, Maira Terra (Coord.). *Processo civil – novas tendências: homenagem ao Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira*. Belo Horizonte: Del Rey, 2011.

_____. *Processo Jurisdicional Democrático: uma análise crítica das reformas processuais*. 1. ed., Curitiba: Juruá, 2011.

NUNES, Dierle José Coelho; FRANCO BAHIA, Alexandre Gustavo Melo. Por um paradigma democrático de processo. In: DIDIER JR., Fredie. *Teoria do Processo: panorama doutrinário mundial*. Segunda série. Salvador: Jus Podivm, 2010. v. 2.

OBSERVATÓRIO PERMANENTE DA JUSTIÇA PORTUGUESA. *A Administração e Gestão da Justiça: análise comparada das tendências de reforma*. Direção científica de Boaventura de Sousa Santos; Coordenação de Conceição Gomes. Portugal, p. 195 *et seq.* Disponível em: <http://opj.ces.uc.pt/pdf/5.pdf>. Acesso em: 16 jun. 2012.

ODAHARA, Bruno Periolo. Um rápido olhar sobre o *stare decisis*. In: MARINONI, Luiz Guilherme (Coord.). *A força dos precedentes: estudos dos cursos de mestrado e doutorado em Direito Processual Civil da UFPR*. Salvador: Jus Podivm, 2010.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *Do formalismo no processo civil*. 2. ed., São Paulo: Saraiva, 2003.

_____. Efetividade e tutela jurisdicional. In: MARINONI, Luiz Guilherme (Coord.). *Estudos de Direito Processual Civil: homenagem ao professor Egas Dirceu Moniz de Aragão*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

_____. O processo civil na perspectiva dos direitos fundamentais. *Revista Baiana de Direito: direitos fundamentais*, Salvador, n. 1, jan./jun. 2008.

_____. Os direitos fundamentais à efetividade e à segurança em perspectiva dinâmica. *Revista de Processo*, São Paulo, ano 33, n. 155, jan. 2008.

_____. *Teoria e prática da tutela jurisdicional*. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

OLIVEIRA, Regis Fernandes de. O papel do juiz e do Poder Judiciário na sociedade moderna. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, vol. 824, ano 93, junho 2004.

PASSOS, José Joaquim Calmon de. Cidadania e efetividade do processo. *Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil*, Porto Alegre, v. 1, n. 1, set./out. 1999.

_____. *Direito, poder, justiça e processo: julgando os que nos julgam*. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

_____. Instrumentalidade e Devido Processo Legal. *Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil*, Porto Alegre, v. 1, n. 1, set./out. 1999.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil: introdução ao Direito Civil, teoria geral do Direito Civil*. 20. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2004.

PERELMAN, Chaïm. *Ética e Direito*. Tradução de Maria Ermanita Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

PICARDI, Nicola. *Jurisdição e Processo*. Organização e revisão técnica da tradução de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

PIOVESAN, Flávia. Direitos humanos, o princípio da dignidade humana e a Constituição brasileira de 1988. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 94, n. 833, mar. 2005.

RAMOS, Glauco Gumerato. Poderes do juiz – ativismo (= autoritarismo) ou garantismo (= liberdade) no projeto do novo CPC. In: ROSSI, Fernando; RAMOS, Glauco Gumerato; GUEDES, Jefferson Carús; DELFINO, Lúcio; MOURÃO, Luiz Eduardo Ribeiro (Coord.). *O futuro do processo civil no Brasil: uma análise crítica ao projeto do novo CPC*. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva. Prestação jurisdicional efetiva: uma garantia constitucional. In: FUX, Luiz; NERY JR., Nelson.

ROCHA, Cesar Asfor. *A luta pela efetividade da jurisdição*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

SAMPAIO, José Adércio Leite. Teorias constitucionais em perspectiva: em busca de uma Constituição pluridimensional. In: _____ (Coord.). *Crises e desafios da constituição: perspectivas críticas da teoria e das práticas constitucionais brasileiras*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

SAMPAIO JUNIOR, José Herval. A influência da constitucionalização do Direito no ramo processual: neoprocessualismo ou processo constitucional? Independente da nomenclatura adotada, uma realidade inquestionável. In: DIDIER JR., Fredie (Org.). *Teoria do Processo: panorama doutrinário mundial*. Segunda série. Salvador: Jus Podivm, 2010. v. 2.

SANTOS, Boaventura de Sousa; MARQUES, Maria Manuel Leitão; PEDROSO, João. Os Tribunais nas sociedades contemporâneas. *Revista brasileira de ciências sociais*, Associação Nacional de Pós-Graduação e Pesquisa em Ciências Sociais, n. 30, ano 11, fev. 1996.

SANTOS, Marina França. *Fundamentos da garantia constitucional do duplo grau de jurisdição*. 2011. 151 f. Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Direito, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2011.

SANTOS, Moacyr Amaral. *Primeiras linhas de Direito Processual Civil*. 24. ed., São Paulo: Saraiva, 2010. v. 3.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 10. ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

SARLET, Ingo Wolfgang; SAAVEDRA, Giovani Agostini. Constitucionalismo e democracia: breves notas sobre a garantia do mínimo existencial e os limites materiais de atuação do legislador, com destaque para o caso da Alemanha. In: MACHADO, Felipe;

CATTONI, Marcelo (Coord.). *Constituição e Processo: entre o Direito e a Política*. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

SARMENTO, Daniel. Os direitos fundamentais nos paradigmas liberal, social e pós-social (pós-modernidade constitucional?). In: SAMPAIO, José Adércio Leite (Org.). *Crises e desafios da Constituição: perspectivas críticas da teoria e das práticas constitucionais brasileiras*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

_____. O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades. In: NOVELINO, Marcelo (Org.). *Leituras complementares de Direito Constitucional: Teoria da Constituição*. Salvador: Jus Podivm, 2009.

II Diagnóstico da Defensoria Pública no Brasil. Ministério da Justiça: Secretaria da Reforma do Judiciário, 2006.

SILVA, Ovídio A. Batista da. *Curso de processo civil: Processo de conhecimento*. 6. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. v. I.

_____. Fundamentação das sentenças como garantia constitucional. *Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica: Direito, Estado e Democracia – entre a (in)efetividade e o imaginário social*. Porto Alegre: Instituto de Hermenêutica Jurídica, 2006.

_____. *Processo e ideologia: o paradigma racionalista*. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

_____. Processo e ideologia. *Revista de Processo*, São Paulo, ano 28, n. 110, abr./jun. 2003.

SIQUEIRA JR., Paulo Hamilton; OLIVEIRA, Miguel Augusto Machado de. *Direitos humanos e cidadania*. 2. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

SOUZA, Carlos Aurélio Mota de. *Poderes éticos do juiz: a igualdade das partes e a repressão ao abuso no processo*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1987.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira. Fundamentação e normatividade dos direitos fundamentais: uma reconstrução teórica à luz do princípio democrático. In: BARROSO, Luís Roberto (Org.). *A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. 2. ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito*. 8. ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

_____. O que é isto: ‘decidir conforme a consciência’? Protogênese do protagonismo judicial. In: MACHADO, Felipe; CATTONI, Marcelo (Coord.). *Constituição e Processo: entre o Direito e a Política*. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

STRECK, Lenio; CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. *(Mais) um passo atrás no Direito brasileiro: quem vai cuidar do guarda da esquina?* Disponível em: <http://jus.com.br/revista/texto/7987/mais-um-passo-atras-no-direito-brasileiro>. Acesso em: 27 mar. 2012.

TAVARES, André Ramos. Abertura epistêmica do Direito Constitucional. In: NOVELINO, Marcelo (Org.). *Leituras complementares de Direito Constitucional: Teoria da Constituição*. Salvador: JusPodivm, 2009.

TAVARES, Fernando Horta. Acesso ao Direito, duração razoável do procedimento e tutela jurisdicional efetiva nas Constituições brasileira e portuguesa: um estudo comparativo. In: MACHADO, Felipe Daniel Amorim; CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade (Coord.). *Constituição e Processo: a contribuição do processo ao constitucionalismo democrático brasileiro*. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

TEIXEIRA, Wellington Luzia. *Da natureza jurídica do processo à decisão judicial democratizada*. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

THEODORO JUNIOR, Humberto. A onda reformista do direito positivo e suas implicações com o princípio da segurança jurídica. *Revista IOB de Direito Civil e Processual Civil*. Porto Alegre: Thompson IOB, v. 40, mar./abr. 2006.

_____. *Celeridade e efetividade da prestação jurisdicional: insuficiência da reforma das leis processuais*. *Revista de processo*, São Paulo, ano 30, n. 125, jul. 2005.

_____. *Constituição e Processo: desafios constitucionais da reforma do Processo Civil no Brasil*. In: THEODORO JUNIOR, Humberto; CALMON, Petrônio; NUNES, Dierle (Coord.). *Processo e Constituição: os dilemas do processo constitucional e dos princípios processuais constitucionais*. Rio de Janeiro: GZ, 2012.

_____. *Constituição e processo: desafios constitucionais da reforma do processo civil no Brasil*. In: MACHADO, Felipe Daniel Amorim; CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade (Coord.). *Constituição e Processo: a contribuição do processo ao constitucionalismo democrático brasileiro*. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

_____. *Curso de Direito Processual Civil: teoria geral do direito processual civil e processo de conhecimento*. 43. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2005. v. I.

_____. *Direito e processo: Direito Processual Civil ao vivo*. Rio de Janeiro: Aide, 1997. v. 5.

_____. *Direito fundamental à duração razoável do processo*. Disponível em: http://www.anima-opet.com.br/segunda_edicao/Humberto_Theodoro_Junior.pdf. Acesso em: 12 jun. 2012.

_____. O juiz e a revelação do direito “in concreto”. *Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil*. Porto Alegre: Síntese, v. 3, n. 14, nov./dez. 2001.

_____. *O processo civil brasileiro no limiar do novo século*. Forense: Rio de Janeiro, 1999.

_____. *Processo justo e contraditório dinâmico*. Disponível em: <http://www.rechtd.unisinos.br/pdf/91.pdf>. Acesso em: 12 jun. 2012.

TORNAGHI, Hélio. *A relação processual penal*. 2. ed., São Paulo: Saraiva, 1987.

TUCCI, José Rogério Cruz e. Duração razoável do processo (art. 5º, LXXVIII, da Constituição Federal). In: JAYME, Fernando Gonzaga; FARIA, Juliana Cordeiro de; LAUAR, Maira Terra (Coord.). *Processo Civil – novas tendências: estudos em homenagem ao Professor Humberto Theodoro Júnior*. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

_____. Sobre a duração razoável do processo na Europa comunitária. In: JAYME, Fernando Gonzaga; FARIA, Juliana Cordeiro de; LAUAR, Maira Terra (Coord.). *Processo civil – novas tendências: homenagem ao Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira*. Belo Horizonte: Del Rey, 2011.

_____. *Tempo e processo: uma análise empírica das repercussões do tempo na fenomenologia processual (civil e penal)*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

TUCCI, Rogério Lauria; TUCCI, José Rogério Cruz e. *Constituição de 1988 e processo: regramentos e garantias constitucionais do processo*. São Paulo: Saraiva, 1989.

WALTER, Carlos. *Discurso jurídico na democracia: processualidade constitucionalizada*. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

WAMBIER, Luiz Rodrigues; CORREIA DE ALMEIDA, Flávio Renato; TALAMINI, Eduardo. *Curso Avançado de Processo Civil: teoria geral do processo e processo de conhecimento*. 7. ed., São Paulo: RT, 2005. v. 1.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Processo e Constituição: estudos em homenagem ao professor José Carlos Barbosa Moreira*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

WATANABE, Kazuo. *Da cognição no processo civil*. 2. ed., Campinas: Bookseller, 2000.

WELSCH, Gisele Mazzone. A razoável duração do processo (art. 5º, LXXVIII, da CF/88) como garantia constitucional. In: MOLINARO, Carlos Alberto; MILHORANZA, Mariângela Guerreiro; PORTO, Sérgio Gilberto (Coord.). *Constituição, jurisdição e processo: estudos em homenagem aos 55 anos da Revista Jurídica*. Porto Alegre: Notadez, 2007.

WOLFE, Christopher. *The rise of modern judicial review: from constitutional interpretation to judge-made law*. Revised edition. Maryland: Littlefield Adams Quality Paperbacks, 1994.

ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil: ley, derechos, justicia*. Tradução espanhola de Marina Gascón. 8. ed., Madrid: Trotta, 2008.

ZUFELATO, Camila. Fundamentação lógica das decisões judiciais: notas sobre a racionalização da função jurisdicional de decidir. In: THEODORO JUNIOR, Humberto; CALMON, Petrônio; NUNES, Dierle. *Processo e Constituição: os dilemas do processo constitucional e dos princípios processuais constitucionais*. Rio de Janeiro: GZ, 2012.

