

# Celeridade do provimento jurisdicional e devido processo legal

Recebido em 11|12|2006 | Aprovado em 15|12|2006

**Ricardo Catunda N. Guedes**

Mestrando em Direito pelo Unifieo, é formado em Direito pela USP (Largo de São Francisco), em Engenharia Civil pela Universidade Mackenzie e pós-graduado (*lato sensu*) em Administração de Empresas pela FAAP. Exerceu diversas funções na iniciativa privada, nas áreas de planejamento e gerenciamento de empreendimentos imobiliários e na área administrativo-financeira. Atua no setor público desde 1998, exercendo cargos de provimento efetivo na Secretaria da Receita Federal, na Secretaria das Finanças da Prefeitura do Município de São Paulo e na Secretaria dos Negócios da Fazenda do Estado de São Paulo, onde exerce atualmente função de Representante Fiscal de 2ª instância, acompanhando processos administrativos dos tributos estaduais junto ao TIT (Tribunal de Impostos e Taxas).

**Orientador** | Adriana Zawada Melo

## Sumário

**1 Homem social e conflituosidade. 2 Função jurisdicional do Estado. 3 Devido processo legal e acesso à justiça. 4 Ação do tempo sobre a tutela jurisdicional. 5 Efetividade, instrumentalidade e prazo razoável da decisão. 6 Morosidade da tutela jurisdicional. 7 Resposta sumária, efetividade do processo e segurança jurídica. Conclusões. Referências.**

## Resumo

Eventuais conflitos de interesses, decorrentes da vida do homem em sociedade, passaram a ser solucionados pelo Estado. O conjunto de regras de conduta denomina-se direito material ou substancial, enquanto o conjunto de regras que regulamentam os mecanismos e procedimentos para resolução dos eventuais litígios denomina-se direito processual. No Brasil, a Constituição de 1988 estabelece o *devido processo legal* como garantia fundamental. Porém, uma demora excessiva do processo, solucionando definitivamente a lide, pode vulnerar a garantia do devido processo legal.

A busca pela celeridade do provimento jurisdicional provocou diversas reformas, entre as quais as *medidas de urgência*, como as medidas cautelares e as antecipatórias de tutela. O artigo busca identificar alguns desafios para que tais medidas não representem ofensa ao devido processo legal e não gerem insegurança jurídica ou soluções injustas.

## Palavras-chave

Litígio. Devido processo legal. Medidas de urgência. Celeridade. Provimento jurisdicional.

### Abstract

Eventual conflicts of interests, resulting from the way of life of the human being in society, are now solved by the State. The corps of behavior rules is called material or substantial right, while the set of rules that regulates the mechanisms and procedures for the resolution of the eventual contests is called process law. In Brazil, the Constitution of 1988 establishes the principle of due process of law as a fundamental human right. However, a delaying in process, retards the solution of the contests, and it can harm the guarantee of due process of law. The search for

speeding up the jurisdictional answer caused various reforms, among which the measures of urgency, as the writs of preventive measures and the measures to beforehand the final judgment. This article intends to identify some challenges trying to demonstrate that such measures do not represent offence to the due process of law and they do not generate legal insecurity or unjust solutions.

### Key words

Contest. Due process of law. Measures of urgency. Celerity. Judgment.

## 1 Homem social e conflituosidade

O ser humano garante a sobrevivência vivendo em sociedade, como faz desde sua origem, apesar de, em algumas épocas e lugares, ter afetada sua própria liberdade<sup>1</sup>. A evolução do homem está ligada com a sociedade, sendo a vida solitária uma exceção. As características de sociedade são: uma finalidade ou valor social; manifestações de conjunto ordenadas; e o poder social, sendo *sociedade política* (como é o Estado) aquela que, visando a criar condições para atingir fins particulares, considera a totalidade das ações humanas e coordena-as em função de um fim comum.<sup>2</sup>

Nesse convívio em sociedade, é comum e esperada a ocorrência de conflitos em decorrência da própria natureza humana. Cada um deseja a satisfação de seus interesses

individuais de forma imediata, ainda que não estejam atendendo o interesse do próximo ou da coletividade (ou que estejam lesando ou ameaçando direitos de outros humanos). A resolução dos conflitos era obtida com emprego da autotutela (com litigantes resolvendo entre si).

Com a evolução, a solução se concretizava com a intervenção de um terceiro desinteressado e imparcial, eleito pelas partes (nos moldes da denominada arbitragem, atualmente prevista em nosso ordenamento). Com a evolução da organização e do próprio conceito de Estado, até o Estado de Direito, este passa a ter a função de solucionar os conflitos de interesses, chegando-se à noção de Estado como “ordem coativa normativa da conduta humana, conceito aperfeiçoado para: ordem jurídica soberana que tem por

<sup>1</sup> Santo Tomás de Aquino, citado por Dalmo Dallari (*Elementos de teoria geral do estado*. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2005), afirma que “o homem é, por natureza, animal social e político, vivendo em multidão, ainda mais que todos os outros animais, o que se evidencia pela natural necessidade” (in *Summa Theologica*, I, XCVI, 4). Posteriores correntes contratualistas, como, por exemplo, a de Thomas Hobbes (*Leviatã*), afirmando que o homem celebra um contrato para viver em sociedade, numa transferência mútua de direitos, não afasta premissa de que o homem deve ser tratado como homem social ou animal político, como afirmou Aristóteles em *A Política*.

<sup>2</sup> DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de teoria geral do estado*. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 20-21; 48-49.

fim o bem comum de um povo situado em determinado território.<sup>3</sup>

## 2 Função jurisdicional do Estado

O Estado, pelo legislador, estabelece a ordem jurídica, prevendo abstratamente inúmeras relações que os sujeitos de direito poderiam travar uns com os outros e estabelecendo as soluções que, em seu entender, são adequadas, assegurando a satisfação do interesse de um deles. O conjunto dessas regras abstratas de conduta, previstas para a solução de eventuais conflitos de interesses entre as pessoas, denomina-se direito material ou substancial.

Por outro lado, o direito processual é formado por um conjunto de regras destinadas a estabelecer meios de aplicação coercitiva das soluções previstas no plano substancial e não adotadas naturalmente pelos envolvidos no conflito de interesses. São normas que regulamentam os diversos mecanismos estatais destinados a aplicar o direito substancial nos casos concretos em que os destinatários não se subordinam espontaneamente ao comando previsto no ordenamento.

Com a proibição da autotutela (salvo raríssimas exceções), sendo substituída pela função jurisdicional do Estado, o processo torna-se imprescindível, devendo ser observada a relação de instrumentalidade entre os dois grandes planos do ordenamento jurídico mencionados: direito material ou substancial e direito processual, que possui natureza instrumental.

Como a autonomia científica do direito processual não pode significar isolamento em relação ao direito material, este também

depende intimamente do direito processual, na medida em que sua atuação coercitiva não pode dispensar o processo – o que poderia anular séculos de evolução da sociedade, com risco de retorno da sociedade aos primórdios da civilização, sem o mecanismo estatal de solução de controvérsias, com volta da caótica lei do mais forte, com perversos resultados facilmente previsíveis.<sup>4</sup>

Portanto, o direito processual existe para tornar efetivo o ordenamento jurídico substancial – evitando situações de vantagem sem possibilidade de defesa dos interesses pelos próprios meios e sem dotar o titular desses interesses de mecanismos adequados a tanto. Um processo efetivo assegura que o ordenamento jurídico aplique as regras que estabelece, por meio de sistema eficaz de tutela, fornecido pelo Estado (*Estado-juiz*).

## 3 Devido processo legal e acesso à justiça

A Constituição Federal de 1988 dispõe expressamente como garantia fundamental o devido processo legal, sendo que o art. 5º traz, entre outros, os seguintes incisos a ele relativos: XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito; XXXVI - a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada; XXXVII - não haverá juízo ou tribunal de exceção; LIII - ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente; LIV - ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal; LV - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo e aos

<sup>3</sup> *Idem*, p. 118-119. Sendo o primeiro conceito de Hans Kelsen considerado incompleto e aperfeiçoado pelo autor.

<sup>4</sup> BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Tutela cautelar e tutela antecipada**: tutelas sumárias e de urgência (tentativa de sistematização). 2 ed. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 11-14.

acusados em geral, são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes.

O processo é instrumento de exercício do direito à jurisdição, devendo desenvolver-se conforme regras cujo conjunto compõe o denominado *devido processo legal* (*due process of law*). No Estado de Direito, tanto o *direito ao processo* (acesso à justiça) quanto a sua absoluta regularidade (*direito no processo*) são inafastáveis, podendo ser desdobradas as formalidades e exigências previstas em lei nas garantias:

a) de acesso à justiça; b) do juiz natural ou preconstituído; c) de tratamento paritário dos sujeitos parciais do processo; d) da plenitude de defesa, com todos os meios e recursos a ela inerentes; e) da publicidade dos atos processuais e da motivação das decisões jurisdicionais; e f) da tutela jurisdicional dentro de um lapso temporal razoável.<sup>5</sup>

Conforme Humberto Theodoro Junior<sup>6</sup>, lembrando lição de Cappelletti,

a expressão “acesso à justiça” é reconhecida de difícil definição, mas serve para determinar duas finalidades básicas do sistema jurídico – o sistema pelo qual as pessoas podem reivindicar seus direitos e/ou resolver seus litígios sob os auspícios do Estado – primeiro, o sistema deve ser igualmente acessível a todos; segundo, ele deve produzir resultados que sejam individual e socialmente justos.

A alteração da concepção liberal para a concepção social do Estado moderno modifica sua participação, que não ia além da declaração formal dos direitos humanos (quando prevalecia como máxima dominante o *laissez-faire* – todos solenemente presumidos iguais e com ordem constitucional,

restringindo-se a criar mecanismos de acesso à justiça, sem maiores preocupações com sua eficiência prática ou efetiva) para o modo de atuação do século XX, em que o coletivo ou social passou a ser a tônica da política governamental e legislativa em todos os países do mundo civilizado, com Cartas contemporâneas, refletindo a consciência social dominante. O Estado passa a visar a efetivação dos direitos fundamentais, assumindo o encargo de defini-los, declará-los e principalmente de garanti-los, tornando-os efetivos e realmente acessíveis a todos. Neste Estado Social de Direito, o processo deve ser organizado, entendido e aplicado como instrumento de efetivação de uma garantia constitucional, visto que objetiva assegurar a todos o pleno acesso à tutela jurisdicional (que há de se manifestar sempre como atributo de uma tutela justa).

Modernamente, incrementou-se a preocupação com o aspecto de instrumentalidade do processo, no mesmo compasso, devendo ser capaz de propiciar efetividade à garantia de “acesso à justiça”, podendo-se resumir o problema da efetividade do processo em quatro tópicos fundamentais:

“a) admissão em juízo; b) modo de ser do processo; c) critérios de julgamento (ou justiça nas decisões); d) a efetivação dos direitos (ou utilidade das decisões)”; mas a idéia do acesso à justiça constitui a síntese de todo o pensamento instrumentalista e dos princípios e garantias do processo, seja a nível constitucional ou infraconstitucional; de modo que as garantias de ingresso em juízo, de contraditório, do devido processo legal, do juiz natural, da igualdade entre as partes, todas elas visam o acesso à justiça.<sup>7</sup>

<sup>5</sup> TUCCI, José Rogério Cruz e. **Tempo e processo**: uma análise empírica das repercussões do tempo na fenomenologia processual (civil e penal). São Paulo: RT, 1997, p. 87-88. O autor já incluía entre as garantias, bem antes da alteração do texto constitucional, a prestação da justiça em um breve prazo de tempo, dentro de um tempo justo, concluindo que o *direito ao processo sem dilações indevidas* é corolário do devido processo legal.

<sup>6</sup> THEODORO JUNIOR, Humberto. **Celeridade e efetividade da prestação jurisdicional**. Insuficiência da Reforma das Leis Processuais. 21 set. 2004, p. 5. Disponível em: <<http://www.americajuridica.com.br>> (artigo 40). Acesso em: 16 jun. 2006.

<sup>7</sup> DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 303 e segs. Afirma que o verdadeiro “acesso à justiça” só é realizado quando há garantia do devido processo legal que além de exigir a figura do

#### 4 Ação do tempo sobre a tutela jurisdicional

Com o processo de redemocratização e promulgação da Constituição de 1988, observa-se intensificação dos litígios no Brasil. Dificuldades de ordem econômica, política e social, permanência de legislação do período anterior (denominado *lixo autoritário*), contradições entre a velha ordem e as idéias neoliberais, reforçadas pelo fenômeno da globalização, pregando a redução do aparelho estatal, com afrontas ao direito adquirido de significativas parcelas da população, maior acesso à informação por toda população, descobrindo que o Poder Judiciário existe e conhecendo cada vez mais suas prerrogativas, além do teor de leis e diplomas diversos, passando a exigir-lhes a aplicação, aparecem como fatores que contribuíram para o incremento das lides e a busca do Judiciário, agravando situação que já era crítica, pois não estava e ainda está longe de estar preparado estruturalmente para tamanha demanda e influxo de novos processos. Ao lado desses fatores, os órgãos representantes de classe previstos pelo sistema, tais como o Ministério Público, entidades de consumidores (*v.g.*, Procon),

partidos políticos, entre outros, têm tido atuação aquém da almejada. Se fosse mais intensa e ativa, poderiam contribuir para diminuir o número de demandas, por meio de ações coletivas que evitariam inúmeras ações autônomas tratando da mesma questão e envolvendo pedidos com mesmo teor.

O quadro acarreta a demora excessiva do processo, resultando em descrédito da Jurisdição, pois, segundo José Rogério Cruz e Tucci<sup>8</sup>:

a excessiva duração do litígio vulnera a garantia do devido processo legal.(...) A intempestividade da tutela jurisdicional, em termos globais, aumenta a incerteza; compromete a segurança jurídica e, por isso, chega até a influir na eficiência da economia.

Outro fator que contribui para a morosidade são dogmas processuais decorrentes de excessivo formalismo, levando, às vezes, a uma Justiça insensível às realidades da vida e às angústias dos sujeitos em conflito, além de lenta.<sup>9</sup>

A ação do tempo corrói os direitos. Assim, todos – juiz, seus auxiliares, partes e seus procuradores - devem tratar o tempo como inimigo implacável do processo, contra o qual devem lutar de modo obstinado.<sup>10</sup>

juiz natural e observância do contraditório e ampla defesa, deve assegurar aos litigantes não apenas uma sentença, mas uma sentença justa, dentro da melhor exegese dos fatos e do direito material pertinente. Kazuo Watanabe amplia conceito de acesso à Justiça, ressaltando que “o princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional, inscrito no art. 5º, XXXV da CF, não assegura apenas o acesso formal aos órgãos judiciários, mas sim o acesso à justiça que propicie a efetiva e tempestiva proteção contra qualquer forma de denegação da justiça e também o acesso à ordem jurídica justa”. Em relação ao princípio da proteção judiciária, é de suma importância: “a) a preordenação dos instrumentos processuais capazes de promover a efetiva, adequada e tempestiva tutela de direitos; b) adequação da organização judiciária ao volume dos serviços judiciários; c) recrutamento adequado; d) remoção de óbices ao acesso à justiça; e) pesquisa sobre causas dos litígios e sobre os meios de sua solução judicial ou extrajudicial.” Há a certeza de que não é apenas pela lei processual que se logrará atingir o processo justo, visto que muitos problemas de ordem política, social e administrativa haverão de ser enfrentados e superados, para que se torne efetiva a garantia de acesso à justiça (WATANABE, Kazuo. Tutela antecipatória e tutela específica das obrigações de fazer e não fazer. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (coord.). **A reforma do código de processo civil**. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 20).

<sup>8</sup> TUCCI, José Rogério Cruz e. **Tempo e processo**: uma análise empírica das repercussões do tempo na fenomenologia processual (civil e penal). São Paulo: RT, 1997, p. 11-12.

<sup>9</sup> DINAMARCO, Cândido Rangel. **Nova era do processo civil**. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 12-16.

<sup>10</sup> TUCCI, José Rogério Cruz e. **Tempo e processo**: uma análise empírica das repercussões do tempo na fenomenologia processual (civil e penal). São Paulo: RT, 1997, p. 119. Citando clássica afirmação de Carnelutti (*Diritto e processo*, p. 354).

## 5 Efetividade, instrumentalidade e prazo razoável da decisão

Contra essa situação, ganhou força na doutrina a corrente denominada *instrumentalista*, pregando efetividade e instrumentalidade do processo, resultando em diversas reformas processuais já adotadas pelo legislador.<sup>11</sup>

Entre as reformas para abreviação da prestação jurisdicional, surgem as *medidas de urgência*, abrangendo tanto as medidas cautelares, quanto as antecipatórias de tutela, para as quais

aplica-se a sábia lição de Calamandrei, de que “entre fazer logo porém mal e fazer bem mas tardiamente, os provimentos cautelares visam sobretudo a fazer logo, deixando que o problema do bem e do mal, isto é, da justiça intrínseca do provimento, seja resolvido mais tarde, com a necessária ponderação, nas sossegadas formas do procedimento ordinário.”<sup>12</sup>

A positivação do direito ao processo em prazo razoável surge com a *Convenção Européia para Salvaguarda dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais* (no art. 6º, I da Convenção), subscrita em Roma em 4 de novembro de 1950, prevendo que qualquer cidadão deve “ser julgado dentro de um prazo razoável”. No âmbito americano, este

direito foi reconhecido positivamente com a *Convenção Americana sobre Direitos Humanos* (artigo 8º, 1), assinada em San José, Costa Rica, em 22 de novembro de 1969, da qual o Brasil é signatário, que preceitua, *verbis*:

Toda pessoa tem direito de ser ouvida com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável por um juiz ou tribunal competente, independente e imparcial, instituído por lei anterior, na defesa de qualquer acusação penal contra ele formulada, ou para a determinação de seus direitos e obrigações de ordem civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza...

A garantia de acesso à justiça célere e eficaz consta em nossa legislação em decorrência da incorporação do *Pacto de San José da Costa Rica*, que adquiriu eficácia internacional em 18 de julho de 1978, por meio da edição do Decreto nº 678 (em 06.11.1992, publicado em 09.11.1992).

Em decorrência das pressões por reformas do Judiciário, foi promulgada a Emenda Constitucional nº 45, em 15.04.2004, que destaca a duração do processo em prazo razoável como manifestação do direito fundamental do acesso à justiça. Uma de suas providências foi o acréscimo do inciso LXXVIII ao art. 5º, dispondo que “a todos, no

<sup>11</sup> A corrente, pregando a instrumentalidade, é objeto de crítica de alguns doutrinadores, entre eles Calmon de Passos, afirmando que: “Distorção não menos grave, outrossim, foi a de se ter colocado como objetivo a alcançar com as reformas preconizadas apenas uma solução, fosse qual fosse, para o problema do sufoco em que vive o Poder Judiciário, dado o inadequado, antidemocrático e burocratizante modelo de sua institucionalização constitucional. A pergunta que cumpria fosse feita - quais as causas reais dessa crise - jamais foi formulada. Apenas se indagava - o que fazer para nos libertarmos da pletora de feitos e de recursos que nos sufoca? E a resposta foi dada pela palavra mágica ‘instrumentalidade’, a que se casaram outras palavras mágicas - ‘celeridade’, ‘efetividade’, ‘deformalização’ etc. E assim, de palavra mágica em palavra mágica, ingressamos num processo de produção do direito que corre o risco de se tornar pura prestidigitação. Não nos esqueçamos, entretanto, que todo espetáculo de mágica tem um tempo de duração e de desencantamento. Para não ficarmos apenas nessas palavras, já que nos cobram indicar que avanços e retrocessos ocorreram, serei mais preciso a respeito. Cuidarei unicamente das modificações mais pretensivas. Parece-me que foram elas as relativas à antecipação da tutela, à execução específica das obrigações de fazer e não fazer, à nova roupagem do agravo de instrumento, à previsão da audiência preliminar e à criação dos Juizados Especiais. Em todas elas, o acréscimo de poder dado ao juiz e a total impotência dos litigantes diante desse poder já as desqualifica de todo, caso quanto colocamos como premissas de nosso pensamento seja aceitável. Todas essas inovações seriam extremamente louváveis e dariam resultados excelentes se os pressupostos para sua legitimação e operacionalidade em termos democráticos tivessem sido atendidos. Sem esquecer que, no mínimo, sua introdução reclamaria ajustamentos no CPC, de modo a preservar-lhe a sistematicidade, indispensável para sua mínima racionalidade.” (PASSOS, José Joaquim Calmon de. A crise do poder judiciário e as reformas instrumentais: avanços e retrocessos. In: CONGRESSO BRASILEIRO DE DIREITO PROCESSUAL CIVIL, PENAL E JUIZADOS ESPECIAIS, 2., Joinville, 2001. *Revista Eletrônica sobre Reforma do Estado*, n. 5, p. 5-6, mar./abr./maio 2006. Disponível em: <www.direitodoestado.com.br>. Acesso em: 16 jun. 2006.).

<sup>12</sup> DINAMARCO, Cândido Rangel. *Nova era do processo civil*. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 62.



âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação”.

## 6 Morosidade da tutela jurisdicional

Entre os principais pontos apontados como causas de morosidade da prestação jurisdicional estão: i) a ineficiência da atividade legislativa, pois leis mal elaboradas gerando interpretações contraditórias acarretam novos conflitos de interesses, dando margem a incidentes processuais e progressivo aumento de recursos; e ii) organização do Poder Judiciário, pois há centralização no âmbito federal para legislar sobre direito material e processual, não permitindo que Estados Federados busquem soluções diferenciadas para provimento jurisdicional mais adequado à sua população (consequência do federalismo atípico adotado no Brasil, copiando normas de verdadeiras Federações, como Estados Unidos, mas combinando-as com outras, incompatíveis com aquelas para efetivação plena).

As denominadas *ondas renovatórias* do processo e as propostas para reforma do Judiciário apontavam, entre outras providências, as seguintes soluções, algumas já implementadas pela EC nº 45/2004: i) súmula vinculante ou súmula impeditiva de recurso; ii) federalização dos crimes contra os direitos humanos, com competência transferida para a Justiça Federal; iii) criação de Conselho Nacional de Justiça, órgão responsável pelo controle externo do Judiciário (apenas na esfera administrativa, não da atividade jurisdicional, passível de questionamento com as vias

recursais existentes); iv) criação da Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento da Magistratura, sob coordenação do Superior Tribunal de Justiça, tanto para os juízes substitutos iniciarem corretamente o exercício da atividade jurisdicional, como para o aprimoramento dos magistrados vitalícios, auxiliando-os no acompanhamento das constantes mudanças do universo jurídico; e v) extinção dos tribunais de alçada, cujos membros passariam a integrar os Tribunais de Justiça dos respectivos Estados.

Conforme ensinamentos de José Roberto dos Santos Bedaque<sup>13</sup>, examinando-se os dados estatísticos de países onde a Justiça se mostra eficiente, para verificar as causas da morosidade do processo brasileiro, constata-se que o número de juízes no Brasil é muito inferior aos padrões ideais. Essa deficiência, entre outras, relacionadas com falta de recursos, pode frustrar qualquer outra medida, não permitindo que alcance os objetivos desejados, enquanto não se destinar ao Poder Judiciário percentual razoável do orçamento estatal, a fim de que ele possa fazer frente às suas necessidades.

Além disso, são necessárias alterações estruturais no Poder Judiciário, especialmente quanto à distribuição de competência – pois há diversos casos de juízes com pequena quantidade de serviço, enquanto outros estão com enorme quantidade de processos, sem qualquer possibilidade de apresentar tempestivamente a tutela jurisdicional.

O Poder Executivo é o maior fomentador de processos, muitas vezes defendendo teses absolutamente ilegítimas, insistindo mesmo quando já rejeitadas reiteradas vezes em

<sup>13</sup>BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Tutela cautelar e tutela antecipada**: tutelas sumárias e de urgência (tentativa de sistematização). 2 ed. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 16-17.

última instância – devendo, o próprio Estado-Administração, conscientizar-se de que o processo não deve ser utilizado como mecanismo para protelar o cumprimento de suas obrigações, o que contribui para agravar a situação do Judiciário.

O autor observa que todas essas providências, todavia, “estão fora do alcance da doutrina processual. O máximo que se pode fazer nesta sede é chamar a atenção dos responsáveis para as verdadeiras causas do mau funcionamento da Justiça.”<sup>14</sup>

Segue o estudo, concluindo que

o bom funcionamento da técnica processual, por mais perfeita que possa parecer aos olhos do processualista, depende fundamentalmente das pessoas que a operam e da estrutura criada para sua aplicação. Se as reformas processuais não forem acompanhadas de alterações estruturais profundas na organização do Poder Judiciário, com preocupações voltadas para a formação e aperfeiçoamento do julgador, corre-se o risco de novas frustrações, pois os instrumentos não encontrarão condições favoráveis para aplicação.<sup>15</sup>

## 7 Resposta sumária, efetividade do processo e segurança jurídica

O processo cognitivo, pela sua própria natureza, demanda tempo para efetivação dos atos a ele inerentes, garantindo preceitos como ampla defesa plena e possibilitando a cognição exauriente da relação substancial e a efetivação do contraditório. Não fosse assim, poder-se-ia agravar o dano sofrido pelo inadimplemento do direito pelo processo, cujo objetivo é exatamente restabelecer a normalidade no plano material.

Não é possível exigir do magistrado o respeito a todas as garantias constitucionais e, ao mesmo tempo, que a decisão seja rápida, adequada e eficaz para a pacificação social, recuperando o *status quo ante*. Os princípios que regem o direito processual não podem ser mitigados para cumprir preceito constitucional inserto pela EC nº 45/2004, mas, a partir desta garantia, a forma de atuar do direito processual deve ser repensada, buscando-se novas formas de solução dos conflitos, sem a necessidade de deformar a estrutura processual vigente.<sup>16</sup>

A sumarização da cognição adotada pela moderna ciência processual, por processualistas preocupados com a efetividade do processo, somente deveria ocorrer quando consideradas a natureza e as especificidades de determinadas relações substanciais, nos “casos em que não se justifica a cognição plena e exauriente dos fatos constitutivos do direito material afirmado, pois os escopos de atuação da regra e de pacificação podem ser alcançados com menos atividade e menor esforço.”<sup>17</sup>

O processo deve dar a quem tem direito tudo aquilo e exatamente aquilo que é previsto pela lei substancial. A efetiva tutela jurisdicional é aquela que proporciona, ao titular do direito substancial, a possibilidade de usufruir dos efeitos a ele assegurados pelo ordenamento jurídico, nas normas de direito material. É o postulado, apresentado por Chiovenda como um dos princípios bá-

<sup>14</sup> BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Tutela cautelar e tutela antecipada**: tutelas sumárias e de urgência (tentativa de sistematização). 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 17.

<sup>15</sup> *Idem, ibidem*, p. 17.

<sup>16</sup> EBLING, Cláudia Marlise da Silva Alberton. O princípio da razoável duração do processo sob o enfoque da jurisdição, do tempo e do processo. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 10, n. 1031, p. 4, 28 abr. 2006. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=8304>>. Acesso em: 16 jun. 2006.

<sup>17</sup> BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Tutela cautelar e tutela antecipada**: tutelas sumárias e de urgência (tentativa de sistematização). 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 22.



sicos do sistema, que deve vir acompanhado de outro, formulado pelo mesmo processualista, nos seguintes termos: “a duração do processo não pode causar dano ao autor que tem razão.”<sup>18</sup>

A tutela efetiva apresentará a maior identidade possível entre o resultado do processo e o cumprimento espontâneo das regras de direito material – não realizado voluntariamente pelo obrigado, provocando o pedido da intervenção estatal pelo interessado ameaçado ou lesado, buscando resultado idêntico (ou pelo menos semelhante) àquele previsto no ordenamento.

O grande desafio do magistrado está na localização da adequada proteção jurídica e jurisdicional: para assegurar a tutela efetiva, em alguns casos, deve atender ao pedido do autor, de forma sumária e com resultado irreversível, o que pode significar imposição ao réu de sacrifício não desejado pelo direito material, o que também só será conhecido após a plena cognição. As soluções urgentes, por essa fragilidade, devem ser provisórias, com a única finalidade de assegurar a efetividade da tutela final e definitiva. Somente em casos absolutamente excepcionais, deve o sistema permitir a resolução da situação de direito substancial pela via do processo de cognição sumária (pois é solução que implica amputação de garantias constitucionais da parte contrária, privada do contraditório, da ampla defesa, do devido processo legal, enfim).<sup>19</sup>

Parte da doutrina se preocupa com o modo de alcançar celeridade, tendo em vista a inse-

gurança e fragilidade que eventualmente acarrete, defendendo que a efetividade virtuosa é a que não menospreza ou desconsidera valores importantes do processo, como o da justiça. Justiça que significaria exercício da função jurisdicional de conformidade com os valores e princípios normativos conformadores do processo justo em determinada sociedade (imparcialidade e independência do órgão judicial, contraditório, ampla defesa, igualdade formal e material das partes, juiz natural, motivação, publicidade das audiências, término do processo em prazo razoável, direito à prova). Para essa corrente,

a racionalidade do direito processual não há de ser a racionalidade tecnológica-estratégica, mas a orientada por uma validade normativa que a fundamente e ao mesmo tempo fundamentada pelo discurso racional do juízo, de modo a que a sociedade possa controlar tanto a correção material quanto a concordância dogmática da decisão.<sup>20</sup>

A eficiência como fim, sem temperamentos, como meta absoluta, desatenta a outros valores e princípios normativos, é criticada por essa corrente doutrinária. Carlos Alberto Oliveira questiona algumas soluções, pois permanece um formalismo excessivo, exagerado, na admissão dos recursos, no direito brasileiro, que também

não se preocupou em flexibilizar a conformação material do processo em homenagem ao princípio dispositivo – princípio esse que constitui, sem a menor sombra de dúvida, o maior limite formal à atuação do órgão judicial. O CPC de 1973 revela-se a esse respeito de uma rigidez extraordinária, numa visão mais afeiçoada com o espírito das legislações do século XIX: feita a citação, é defeso ao autor modificar o pedido ou a causa de pedir sem o consentimento do réu (art. 264, 1ª. parte); depois do saneamento do processo em nenhuma hipótese tal alteração será permitida (art. 264, 2ª. parte).<sup>21</sup>

<sup>18</sup> *Idem, ibidem*, p. 24.

<sup>19</sup> BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Tutela cautelar e tutela antecipada**: tutelas sumárias e de urgência (tentativa de sistematização). 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 81.

<sup>20</sup> OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de. **Efetividade e processo de conhecimento**. Disponível em: <<http://www6.ufrgs.br/ppgd/doutrina/oliveir2.htm>>. Acesso em: 19 jun. 2006. p. 3.

<sup>21</sup> *Idem, ibidem*, p. 4.

## Conclusões

1. O homem vive em sociedade e são esperados conflitos que devem ser solucionados. A resolução era obtida com emprego da autotutela, buscando os próprios litigantes o modo de término do conflito. Com evolução, a solução se concretizava com a intervenção de um terceiro desinteressado e imparcial, eleito pelas partes. Com o Estado de Direito, é vedada a autotutela, passando ao Estado a função de solucionar os conflitos de interesses, função jurisdicional do Estado.

2. O conjunto de regras abstratas de conduta, previstas para a solução de eventuais conflitos de interesses entre as pessoas, denomina-se direito material ou substancial, enquanto o direito processual é formado por um conjunto de regras que regulamentam os mecanismos estatais para aplicar o direito substancial nos casos concretos em que não foi voluntariamente observado.

3. No Brasil, a Constituição Federal de 1988 dispõe expressamente, como garantia fundamental, o devido processo legal. No Estado de Direito, tanto o *direito ao processo* (acesso à justiça) quanto a sua absoluta regularidade (*direito no processo*) são inafastáveis.

4. Com o processo de redemocratização e promulgação da Constituição de 1988, intensificam-se os litígios no Brasil e a busca do aparelho estatal para solucioná-los, agravando situação que já era crítica, pois Poder Judiciário não estava e ainda não está preparado estruturalmente para tamanha demanda e influxo de novos processos. O cenário acarreta a demora excessiva do processo, resultando em descrédito da Jurisdição, pois a excessiva duração do litígio vulnera a garantia do devido processo legal.

5. Diversas reformas processuais já adotadas pelo legislador são frutos de corrente doutrinária denominada *instrumentalista*, pregando

a efetividade e a instrumentalidade do processo. Entre as reformas para abreviação da prestação jurisdicional, surgem as *medidas de urgência*, abrangendo tanto as medidas cautelares quanto as antecipatórias de tutela.

6. Pressões por reformas do Judiciário resultaram na Emenda Constitucional nº 45/2004, que acrescenta o inciso LXXVIII ao art. 5º, dispondo que *“a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação”*.

7. As denominadas *ondas renovatórias* do processo e as propostas para reforma do Judiciário trazem soluções que não se relacionam com outras espécies de deficiências, como a relacionada com falta de recursos, que pode frustrar qualquer outra medida não permitindo que se alcancem os objetivos desejados.

8. Algumas medidas tentam abreviar tutela que seria obtida após processo cognitivo exauriente, que, pela sua própria natureza, demanda tempo para efetivação dos atos a ele inerentes, para que o magistrado respeite a todas as garantias constitucionais e princípios que regem o direito processual. A sumarização da cognição somente deve ser adotada em determinadas relações substanciais nas quais não se justifica a cognição plena dos fatos constitutivos do direito material afirmado.

9. A tutela efetiva busca resultado do processo idêntico, ou pelo menos semelhante, àquele previsto no ordenamento (direito material não realizado voluntariamente), sendo um dos grandes desafios do magistrado a identificação da adequada proteção jurídica e jurisdicional: para assegurar a tutela efetiva, em alguns casos, deve atender ao pedido do autor, de forma sumária e com resultado irreversível, o que pode significar imposição ao réu de sacrifício não desejado pelo direito material, o que só será conhecido após a plena cognição.

10. As soluções urgentes, com a única finalidade de assegurar a efetividade da tutela final e definitiva, evitando a corrosão da tutela pelo tempo, podem trazer insegurança e fragilidade, havendo correntes doutrinárias criticando a denominada instrumentalidade do processo, que eventualmente acarrete desconsideração de princípios e valores importantes do processo, podendo afrontar a própria justiça.

11. Enquanto a morosidade pode trazer decisão inútil, ineficaz e injusta, a celeridade e eficácia pode trazer insegurança jurídica e decisão injusta e em desacordo com o próprio direito material, justamente o oposto do objetivo da instrumentalidade do processo (instrumento de realização do direito substancial) – revelando que o tema é extenso, complexo, e que a continuação da reforma processual e do Judiciário merece mais debates, no sentido de incrementar o acesso à Justiça, tanto quantitativa como qualitativamente.

## Referências

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Tutela cautelar e tutela antecipada**: tutelas sumárias e de urgência (tentativa de sistematização). 2 ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

\_\_\_\_\_. **Direito e processo**: influência do direito material sobre o processo. São Paulo: Malheiros, 2000.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de teoria geral do estado**. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

\_\_\_\_\_. **Nova era do processo civil**. São Paulo: Malheiros, 2003.

\_\_\_\_\_; GRINOVER, Ada Pellegrini; CINTRA, Antonio Carlos Araújo. **Teoria geral do processo**. 17. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

EBLING, Cláudia Marlise da Silva Alberton. O princípio da razoável duração do processo sob o enfoque da jurisdição, do tempo e do processo. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 10, n. 1031, 28 abr. 2006. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=8304>>. Acesso em: 16 jun. 2006.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de. **Efetividade e processo de conhecimento**. Disponível em: <<http://www6.ufrgs.br/ppgd/doutrina/oliveir2.htm>>. Acesso em: 19 jun. 2006.

PASSOS, José Joaquim Calmon de. **Inovações no código de processo civil**. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

\_\_\_\_\_. A crise do poder judiciário e as reformas instrumentais: avanços e retrocessos. In: CONGRESSO BRASILEIRO DE DIREITO PROCESSUAL CIVIL, PENAL E JUIZADOS ESPECIAIS, 2., Joinville, 2001. **Revista Eletrônica sobre Reforma do Estado**, n. 5, mar./abr./maio 2006. Disponível em: <[www.direitodoestado.com.br](http://www.direitodoestado.com.br)>. Acesso em: 16 jun. 2006.

THEODORO JUNIOR, Humberto. **Celeridade e efetividade da prestação jurisdicional**. Insuficiência da Reforma das Leis Processuais. 21 set. 2004. Disponível em: <<http://www.americajuridica.com.br>> (artigo 40). Acesso em: 16 jun. 2006.

TUCCI, José Rogério Cruz e. **Tempo e processo**: uma análise empírica das repercussões do tempo na fenomenologia processual (civil e penal). São Paulo: RT, 1997.

WATANABE, Kazuo. Tutela antecipatória e tutela específica das obrigações de fazer e não fazer. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (coord.). **A reforma do código de processo civil**. São Paulo: Saraiva, 1996.