

**UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ
CURSO DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO
PROGRAMA DE MESTRADO**

DISSERTAÇÃO DE MESTRADO

**DIREITO DE DEFESA E À ADEQUADA COGNIÇÃO:
A PROBLEMÁTICA DO TEMPO NO PROCESSO CIVIL**

EDUARDO MATUK FERREIRA

ORIENTADOR: PROF. DR. EDSON RIBAS MALACHINI

CURITIBA

2006

**UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ
CURSO DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO
PROGRAMA DE MESTRADO**

**DIREITO DE DEFESA E À ADEQUADA COGNIÇÃO:
A PROBLEMÁTICA DO TEMPO NO PROCESSO CIVIL**

Dissertação apresentada à Banca Examinadora da Universidade Federal do Paraná como exigência parcial para a obtenção do grau de Mestre em Direito, sob a orientação do Professor Doutor Edson Ribas Malachini.

CURITIBA

2006

TERMO DE APROVAÇÃO

Nome: Eduardo Matuk Ferreira

Título: Direito de Defesa e à Adequada Cognição: A Problemática do Tempo no Processo Civil

Dissertação aprovada como requisito parcial para obtenção do grau de Mestre no Curso de Pós-graduação em Direito Público – Setor de Ciências Jurídicas da Universidade Federal do Paraná – pela seguinte Banca Examinadora:

BANCA EXAMINADORA:

CURITIBA

2006

III

Aos meus pais.

À minha esposa.

Aos meus filhos.

IV

AGRADECIMENTOS

O desenvolvimento desse trabalho somente foi possível graças ao apoio que me foi dado pela Faculdade de Direito do Sul de Minas, em especial ao seu ilustre Diretor, o Professor Carlos Abel Guersoni Rezende, a quem devoto todo o meu respeito e gratidão.

De modo particular, agradeço aos professores do Curso de Mestrado em Direito – Minter UFPR/FDSM que tanto contribuíram para o meu desenvolvimento intelectual. Aos meus colegas e amigos de mestrado, pelas acaloradas discussões. Aos funcionários da UFPR e da FDSM, pela atenção e carinho dedicados.

Agradeço também aos meus alunos, constantes interlocutores.

Meus sinceros agradecimentos ao meu orientador, Prof. Edson Ribas Malachini, pelas sábias palavras, pela paciência e, sobretudo, pela amizade e carinho com que me recebeu.

V

AH! OS RELÓGIOS

*Amigos, não consultem os relógios
quando um dia eu me for de vossas vidas
em seus fúteis problemas tão perdidas
que até parecem mais uns necrológios...*

*Porque o tempo é uma invenção da morte:
não o conhece a vida - a verdadeira -
em que basta um momento de poesia
para nos dar a eternidade inteira.*

*Inteira, sim, porque essa vida eterna
somente por si mesma é dividida:
não cabe, a cada qual, uma porção.*

*E os Anjos entreolham-se espantados
quando alguém - ao voltar a si da vida -
acaso lhes indaga que horas são...*

Mario Quintana - *A Cor do Invisível*

VI

RESUMO

Os conflitos decorrentes das relações humanas recebem especial proteção estatal revestida da garantia da prestação da tutela jurisdicional. A facilitação do ingresso do cidadão na justiça, diante do inafastável controle judicial, merece a devida atenção, assegurando o direito ao processo, ao contraditório e à ampla defesa. Iniciado, o processo passa a depender de rígidas regras formais que estabelecem condições ao seu desenvolvimento, impondo às partes o dever de observar cada uma das etapas que o compõe, penalizando com a perda do direito àqueles que deixam de praticar o ato processual no tempo e no modo determinado.

Os prazos fixados na lei processual são rigorosos e, à primeira vista, atingem a todos no processo, partes parciais, o juiz ou seus auxiliares. A estipulação dos prazos possibilita a composição ordenada dos atos processuais, mas provoca efeitos jurídicos que podem afetar de forma irreversível o direito material, seja porque o ato foi praticado com observância do prazo, seja porque não o foi. Na segunda hipótese, a verdade poderá ser transformada no processo.

Alguns institutos processuais, tais como a preclusão, a perempção, a prescrição e a decadência, bem como a coisa julgada produzem efeitos significativos que também podem transformar, mitigar ou mesmo fazer desaparecer toda a verdade que outrora revestiu o direito material existente antes da demanda. Por vezes, no decorrer do próprio processo, vislumbram-se situações absolutamente imprevisíveis e que devem ser motivo de pronta decisão, sem que haja prazo para a revelação da verdade.

A análise dessas regras e institutos assumem, pois, significativa importância para o Direito Processual.

VII

ABSTRACT

Conflicts arising from human inter-relationships receive special protection from the State, by means of jurisdictional guardianship. It is of the utmost importance that citizens have facilitated access to the legal system in order to obtain the legal control necessary to guarantee their right to due process of law, objection, and defense. Once a proceeding has begun, it is subject to strict formal rules that establish the conditions for its progress and impose on the parties the duty of observing each of its stages. Any party that fails to comply with the procedural process in the determined manner and within the stipulated deadlines is penalized with the loss of right.

The deadlines set down in procedural law are strict and, upon first observation, apply to all those involved in the proceeding, including the parties, the judge, and his or her assistants. The stipulation of deadlines enables orderly compliance with procedural acts, but may also cause legal effects that can irreversibly affect material right, either because the act was observed within the stipulated deadline or because it was not. In the latter case, the truth may be transformed in the proceeding.

Procedural statutes such as preclusion, dismissal, statute of limitations, and laches, as well as the *res judicata*, produce significant effects that may also transform, mitigate or even make disappear the entire truth that might have guaranteed a material right that existed before the proceeding was filed. During the proceeding itself, unpredictable situations sometimes arise that require a rapid decision without there being sufficient time for elucidation of the truth.

The analysis of these rules and institutes therefore takes on considerable importance in procedural law.

VIII SUMÁRIO

	Dedicatória	III
	Agradecimentos	IV
	Epígrafe	V
	Resumo	VI
	Abstract	VII
1	Introdução	9
2	O processo justo	11
2.1	Alguns problemas estruturais	15
3	Tempo	28
3.1	Tempo e processo	37
4	Razão	47
5	Verdade	54
5.1	A verdade e o processo	69
6	O tempo e as atividades realizadas no processo civil	88
6.1	Os atos processuais	89
6.2	Os atos das partes	92
6.3	Os atos do juiz e dos auxiliares de justiça	93
6.4	Efeitos dos atos processuais	95
7	O problema do tempo no processo	99
7.1	O local da realização do ato processual	108
7.2	Prazos	109
7.3	Contagem do prazo	111
7.4	Classificação dos prazos processuais	112
7.5	Regras gerais para a contagem dos prazos no CPC	120
7.6	A superveniência do recesso forense	125
8	O acesso à justiça e à verdade	130
8.1	O custo do processo – a assistência judiciária	134
8.2	O custo do processo – a defensoria pública	141
8.3	O custo do processo – os juizados especiais	144
8.4	A reforma constitucional	150
9	Conclusão	172
10	Referências bibliográficas	175
11	Bibliografia	179

1 - Introdução

No Estado Democrático de Direito, o processo é entendido como um instrumento de realização do direito material com justiça, o que significa dizer que, tanto sob o aspecto da aplicação da vontade concreta da lei, quanto sob a ótica da justa composição da lide, o processo atende os escopos jurídico e social.

Contudo, nos nossos dias, entender a justiça – e o processo como instrumento de realização da justiça – significa compreender os efeitos do tempo no processo e na construção da verdade que dele brotará.

A problemática da morosidade da prestação da tutela jurisdicional tem ocupado significativo espaço nas questões debatidas pelos juristas nacionais e estrangeiros, predominando a busca de uma lógica suficientemente clara e eficaz para desvendar as causas da disfunção do sistema e propor soluções.

Parece que o [longo] tempo processual – e a morosidade da prestação jurisdicional – contribuem significativamente para a construção de uma “verdade” que nem sempre corresponde aos fatos, situação que pode explicar os inúmeros recursos aviados e que sobrecarregam os tribunais – justificando, inclusive, as recentes reformas no Código Processual – em face de insatisfação do jurisdicionado com a decisão produzida.

O objetivo desse trabalho é o de analisar alguns fatores que estão relacionados ao tempo no processo e seus efeitos, bem como algumas questões processuais que, de alguma forma, vinculam-se ao tempo, à problemática do acesso à Justiça e à questão do processo justo.

2 - O processo Justo

Tem muitos sentidos a palavra “justiça”, podendo ser usada para definir um ideal moral ou social. “Justiça” pode ser entendida também como o restabelecimento de uma ordem ou a criação de uma ordem que produz a paz social. Contudo, pode ser também usada para definir o próprio Poder Judiciário, no sentido do processo contencioso.

O processo civil contencioso tem origem num conflito entre as pessoas e é levado perante o tribunal, a Justiça, que a ele dá uma solução terminativa ou extintiva. O juiz, no papel do Estado, ocupa o lugar das partes e, conformando os fatos, decide a questão proferindo uma sentença que deve estar de acordo com o direito.

Mas, nos nossos dias, a problemática do acesso à justiça envolve a garantia do processo justo. Diz-se no dias atuais, mas já na Magna Carta inglesa de 1215, imposta pelos nobres ao rei João Sem Terra, esse preceito já estava apontado no seu art. 39, sendo considerada como o berço da equidade no processo.

O sentido de justo processo está associado tanto à cláusula da efetividade e da instrumentalidade da jurisdição quanto à relação de sintonia entre os meios e os resultados alcançados no processo. Também pode ser entendido como parâmetro para se alcançar a verdade real nas decisões judiciais e na realização da justiça dentro da ótica social, prevalecendo a ordem

jurídica. O processo justo é uma garantia fundamental de justiça, um direito baseado nos valores fundamentais que dão sustentação ao Estado democrático de Direito, assegurado à todas as pessoas, reunindo as condições elementares para que o Estado possa aplicar ao conflito o direito material com justiça.

Mas, o justo processo não pode ser aquele simplesmente que se conforma à regularidade formal, mas aquele que, além dos parâmetros fixados pela norma constitucional e por todos os demais preceitos aceitos e impostos pelo Estado Democrático de Direito, se desenvolve dentro de um tempo razoável. O tempo é, pois, um fator de garantia de realização de um processo justo.

Nesse sentido, impera em nossos dias a consciência de que a tutela jurisdicional é útil quando obtida em um espaço razoavelmente rápido de tempo, ao passo que a lentidão dessa prestação provoca a compressão dos direitos fundamentais, razão porque o tempo é um obstáculo que deve ser contornado e administrado pelo Estado.

A questão do acesso à justiça em tempo razoável mereceu tratamento normativo no direito dos países do chamado bloco ocidental,¹ mas

¹ *ex vi* da *speedy trial clause* constante da Emenda 6 à Constituição dos Estados Unidos, do art. 11, *b*, da Carta Canadense (“*toda pessoa demandada tem o direito de ser julgada dentro de um prazo razoável*”); do art. 6º, 1º, da Convenção Européia para Salvaguarda dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais (“*toda pessoa tem direito a que sua causa seja examinada eqüitativa e publicamente num prazo razoável, por um tribunal independente e imparcial constituído por lei, que decidirá sobre seus direitos e obrigações civis ou sobre o*

emblemática tornou-se a disposição contida no art. 111 da Constituição Italiana após a reforma de 1999, encerrando o preceito de que a jurisdição se exerce mediante o justo processo, assegurada uma duração razoável (*ragionevole durata*).² O referido preceito substituiu o princípio do devido processo legal pela garantia do processo justo, elegendo a efetividade como meta da jurisdição, razão porque o processo justo deve se apoiar em valores de honestidade, equidade e justiça processual.

No Brasil, a adesão à Convenção Americana sobre Direitos Humanos, conhecida como Pacto de São José da Costa Rica, tornou claro o propósito estampado no art. 8º, item 1, que dispõe 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”.

A Convenção Americana estimulou a edição da Emenda Constitucional nº 45, de 08.12.2004, que acrescentou um novo inciso no rol dos direitos e garantias fundamentais constantes do art. 5º, da Constituição, com o seguinte

fundamento de qualquer acusação em matéria penal contra ela dirigida”); a Constituição espanhola de 1978 em seu art. 24.2 (“todos têm direito [...] a um processo público sem dilações indevidas e com todas as garantias ...”); no art. 20, nº 4, da Carta Magna Portuguesa (“todos têm direito a que uma causa em que intervenham seja objecto de decisão em prazo razoável e mediante processo equitativo”).

² Art. 111, 1º: “La giurisdizione si attua mediante il giusto processo regolato dalla legge. Ogni processo si svolge nel contraddittorio tra lè parti, in condizioni di parità, davanti a giudice terzo e imparziale. La legge ne assicura la ragionevole durata”.

enunciado: “a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação.” Proclamando como direito fundamental, assim como a Carta Magna italiana, a garantia de um processo célere, impondo ao Poder Judiciário proporcionar a tramitação do processo num prazo razoável, a EC 45 realçou a garantia que já estava prevista no sistema que previa o direito à tutela jurisdicional tempestiva, não excluindo da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito.

Mas, se se tornou fácil entender que a tramitação do processo deve se dar num prazo razoável e no contexto social em que ele surgiu, se é fácil demonstrar a importância que assume o elemento tempo para o direito, a determinação do prazo razoável desafia certa dificuldade. A expressão prazo razoável é vaga, representando mais uma cláusula geral, sendo possível a afirmação de que é impossível fixar-lhe um critério rígido.

Consoante o entendimento dado pela Corte Europeia dos Direitos do Homem, o prazo razoável deve ser aferido conforme a verificação da complexidade do assunto, do comportamento das partes e dos advogados e da participação do juiz. Na verdade, o juiz deve ter à sua disposição e fazer uso de todos os mecanismos de controle do tempo processual, de forma a permitir-lhe provocar uma regressão temporal para reproduzir algum episódio processual pretérito, assim como também para acelerar a marcha processual, desviando-se de procedimentos e questões inúteis e desnecessárias à prestação da tutela jurisdicional.

De toda a forma, a tutela jurisdicional adequada ao sistema constitucional deve ser prestada em prazo razoável e nos limites da ordem jurídica vigente, afastando-se das dilações indevidas.

2.1 - Alguns problemas estruturais

É sabido que o processo não faz justiça de forma imediata, por mais rápidos que possam ser os seus procedimentos e por mais eficazes que possam ser os mecanismos de aceleração postos à disposição do juiz e das partes. Existem inúmeros fatores que podem provocar o retardamento da prestação da tutela, mas a insuficiência de meios necessários para que o juiz possa desenvolver adequadamente as suas tarefas são evidentes. Assim, além das deficiências dos procedimentos e do fato de os juízes, por diversas razões, não apresentarem o grau de conhecimento necessário ao adequado desempenho de suas funções, o Estado não tem disponibilizado a eles, juízes, os meios adequados (estrutura física) para o desenvolvimento das suas tarefas.

Ademais, o número de juizes ainda é inexpressivo diante da demanda de processos, sendo possível a afirmação de que o Judiciário brasileiro está muito aquém das expectativas da sociedade, mantendo-se distante do ideal de uma justiça eficiente, sintonizada às transformações sociais que vivencia o país.

Agrava a situação o fato da juvenilização dos magistrados, justificada também pelos baixos salários que desestimulam os profissionais mais experientes a se interessar pela carreira. Os mais jovens, apesar do preparo técnico, não possuem a experiência profissional e, às vezes, carregam em si as deficiências existentes nas inúmeras academias de Direito espalhadas pelo território brasileiro, não sendo incomum assistirmos sentenças revestidas, senão de um autoritarismo injustificado, repletas de pura técnica completamente afastada dos fatos constantes dos autos.

Não resta nenhuma dúvida de que o cidadão brasileiro tem buscado cada vez mais o Poder Judiciário para resolver os seus problemas particulares. É fato também que os meios de comunicação, alguns vetores educacionais e o próprio Poder Judiciário têm promovido campanhas no sentido de inculcar nas pessoas a idéia de que a justiça é uma coisa boa, feita para todos e que todos têm direito a ela. O acesso a Justiça é uma forma, um meio de exercício da cidadania. Mas, também é sabido que o excesso de demanda redundará na falta ou na baixa educação de um povo. A imagem que se tem dos Juizados Especiais corrobora esse sentimento: aparentemente é uma justiça acessível e fácil para todos, onde o cidadão pode comparecer e ver a rápida solução do conflito, sem sequer ter que se consultar com o advogado, como ocorre em certas situações.

A Ordem dos Advogados do Brasil, aproveitando as ações promovidas pelos diversos órgãos de imprensa no sentido de propalar essa prerrogativa da cidadania, tem agido, não apenas nos meios jurídicos propriamente ditos, mas

através de ações sociais, buscando levar às populações noções básicas de cidadania, na qual se insere o direito à tutela jurisdicional. As faculdades de Direito, na ânsia de participar ativamente dessa iniciativa, também têm buscado interagir com a comunidade em que está inserida, sinal também de que busca o reconhecimento de sua utilidade, de sua importância para a comunidade onde está inserida, além da formação de bacharéis. Diversas outras entidades, geralmente escoradas nas estruturas físicas fornecidas pela própria comunidade interessada, completam esse “time”, de forma que o cidadão, de uma maneira geral, está cada vez mais consciente de sua cidadania quanto à esse aspecto. Não tanto quanto se poderia desejar, mas, de qualquer forma, esse fenômeno pode ser verificado.

Ao par disso, a capacidade de desenvolvimento das atividades estatais reduz-se significativamente, contribuindo para que prosperem os índices de exclusão social. Lado a lado ao desenvolvimento de nossas cidades, o que se verifica com a instalação de indústrias ou o incremento da produção agrícola mecanizada, ou mesmo com a efervescência do comércio e das atividades do terceiro setor da economia, avolumam-se os problemas sociais, redundando nos desempregos, na exclusão social e na marginalidade de um modo geral, fatos já bastante conhecidos. As disparidades existentes são muitas, imperando a má distribuição da renda e o alargamento dos índices de pobreza. A solução para os problemas nem sempre é visível ou mesmo possível, de forma que o crescimento das desigualdades favorece a criminalidade. E o aumento da criminalidade faz com que se eleve ainda mais o volume de processos nos tribunais.

O fato é que, como se pode facilmente confirmar, o número de processos aumenta a cada ano, inflacionando as secretarias judiciais de volumes e mais volumes de processos que aguardam, cada um a sua vez, a tramitação. Cada um a sua vez, o provimento jurisdicional. Os juízes, por sua vez, também em número inadequado, não dão conta do volume de serviço, enfrentando dificuldades enormes para prestar uma adequada tutela, para julgar de forma satisfatória os processos, para restaurar a paz social.

E do mesmo modo que o Estado não tem recursos suficientes para cumprir o mínimo relativo à educação para todos, saúde para todos, moradia e trabalho para todos, enfim, suprir todo cidadão do mínimo existencial, não dispõe, também, de recursos para permitir o acesso à uma justiça digna.

A festejada Lei de Responsabilidade Fiscal criou parâmetros de limitação dos gastos públicos, impondo barreiras para a má administração dos recursos, cerceando a ação de políticos irresponsáveis, desonestos ou incompetentes. Mas, como toda lei, a sua generalização, no mesmo tempo que evita o manejo incorreto dos recursos, também provoca efeitos maléficos, principalmente sobre as despesas do Poder Judiciário, dos três, o Poder com o menor orçamento. Desnecessário dizer que os recursos destinados anualmente ao Poder Judiciário não acompanham a crescente demanda pelas atividades estatais por ele desenvolvidas.

Esse fenômeno é facilmente verificado no sempre reduzido número de funcionários nos cartórios e nas secretarias judiciais. O pior é que, quase sempre, os servidores desempenham suas funções sem receber nenhum treinamento. Decorre daí a má prestação dos serviços. Por outro lado, a expressiva quantidade de “estagiários” despejados pelas faculdades de Direitos nessas mesmas secretarias judiciais, os quais, também sem receber nenhum treinamento, - querem sim aprender os procedimentos internos, mas isso não basta - passam o tempo autuando intermináveis pilhas de documentos e processos, com nenhum tempo para entender o que se passa naquele processo que está manuseando, o que acontece no mundo ao seu redor. Nada disso, no entanto, contribui para a melhoria da qualidade dos serviços.

Não se está pretendendo afirmar que todo funcionário é um mal funcionário, seja porque é mal remunerado, seja porque não recebe o devido treinamento para o desempenho da sua função, pois é sabido e inúmeros são os casos de servidores que usam de seus próprios recursos para prestar os serviços, sacrificando-se para entregar ao cidadão um serviço de boa qualidade. Também é sabido que muitos vão além da estrutura existente e fazem de tudo para prestar um bom atendimento. Mas, se isso acontece, pouco ou quase nada é devido à iniciativa estatal de aperfeiçoar o serviço público, de criar estruturas adequadas e de forma satisfatória atender a demanda. Essas ações, quando ocorrem, não são suficientes para sanar todas as deficiências do serviço público em geral.

Além da falta de treinamento, os funcionários dos órgãos judiciários, muitas vezes sofrem com a baixa remuneração e a total ausência de uma perspectiva funcional, pois são poucos os órgãos públicos que dispõem de um adequado plano de cargos e salários, de forma que também esse problema teima em tornar um pouco mais precária a prestação da tutela jurisdicional.

Ao mesmo tempo em que os funcionários, servidores e os juízes se desdobram para realizar com certa presteza os serviços para os quais foram contratados – e aqui um interessante elemento, pois a maioria das pessoas quer mesmo ver seu trabalho reconhecido, para ser aceito como uma pessoa importante, essencial para a comunidade onde ela está inserida – e a superlotação de processos, aliada a constante falta de estrutura, conspira contra esse resultado, contribui para frustração da pessoa como profissional.

A comunidade até compreende as dificuldades e busca, por seus próprios meios, amenizar essas deficiências, doando recursos materiais, criando alternativas para a solução dos conflitos, cedendo instalações. Mas, isso não parece ser suficiente. E o problema está se agravando, pois a quantidade de processos aumenta significativamente a cada dia.

Quando o Poder Judiciário contrata os seus funcionários, geralmente o faz mediante baixos salários, muitas vezes em valor inferior àquele normalmente oferecido pela iniciativa privada. Depois, a ausência de uma perspectiva funcional normalmente contribui para afugentar o profissional mais bem preparado. Se entra no serviço público, aos poucos vai buscando

alternativas e acaba saindo, se desligando, restando aquele que, por falta de opção ou por vocação, continua a fazer o serviço. Mas, passa a exercer a sua atividade com o acréscimo da carga deixada pelo que saiu e cuja vaga não foi e não será preenchida, pelo menos em curto prazo.

Com a sobrecarga de serviços, surgem os conflitos internos entre os próprios funcionários, entre os funcionários e os juízes, acabando por envolver os advogados e as partes que transitam pelas secretarias judiciais, criando um clima de insatisfação. Quem nunca vivenciou essa experiência desconhece a própria natureza humana e o cotidiano dos fóruns e das secretarias judiciais.

A questão orçamentária, essencial para dirimir essas dificuldades, é de difícil solução: o Poder Judiciário elabora a parte do projeto de lei orçamentária que lhe diz respeito e a remete ao Executivo para ser agregada ao projeto geral do Estado. Mas, geralmente sofre cortes substanciais, sendo desprezadas as despesas previstas, o que torna, na visão de Fábio Konder Comparato, questionável a soberania das decisões.³

³ “Mas serão eles, pelo menos soberanos em suas decisões? É Pouco provável. O que não se percebe, em todo esse tortuoso processo, é que o judiciário deixa aos poucos de ser o supremo custódio dos demais órgãos do Estado para se tornar uma simples peça na engrenagem de concentração fatal de poderes na mão do Executivo. Com a mal denominada ação declaratória de constitucionalidade, criada pela Emenda Constitucional nº 3, o Supremo Tribunal Federal já recebeu o poder de bloquear antecipadamente, num processo sem contraditório, todas as demandas judiciais que o governo considere contrárias à sua política. Não contente em haver assim transformado o supremo tribunal do país em órgão de consulta, o Presidente da República, por meio de medida provisória 1.570, editada inicialmente em maio de 1997, ou seja, legislando em causa própria, subtraiu a Fazenda Pública à aplicação da tutela antecipada pelos juízes de primeira instância. Tudo indica, agora, que o próximo passo consistirá em suprimir toda e qualquer decisão liminar das ações populares.” Juízes independentes ou funcionários subordinados. Revista da Associação dos Magistrados Brasileiros 2/4, 1º sem. 1998. p 89

O fato é que, como todos os serviços oferecidos pelo Estado, como todo serviço público, a prestação jurisdicional que vai, desde a distribuição da petição inicial, inclusive toda a burocracia que orbita o recolhimento de custas iniciais e recursais, até a efetivação dessa prestação jurisdicional, que quase sempre fica aquém do esperado pelas partes, tudo isso se desenvolve num ambiente de extrema insuficiência de recursos, de meios dignos, do mínimo necessário e que o cidadão tem direito. Talvez também por isso o juiz Learned Hand tenha declarado que “Devo dizer que eu, como litigante, temeria um pleito mais que qualquer coisa, exceto a enfermidade e a morte” (Palabras y música - Algunas observaciones sobre la interpretación de las leyes , original de 1947, Columbia Law Review, inserido na coleção intitulada "El actual pensamiento jurídico norteamericano", Editorial Losada, 1951, Buenos Aires, p. 198).

Estranhamente, o Estado tem adotado uma confusa política salarial, incrementando os vencimentos de certos setores e achatando os de outros, numa lógica visivelmente egoística. Comparem-se as funções e os respectivos vencimentos e vai se entender que a prioridade, o fim do Estado – melhor dizer, dos governantes – não reside exatamente no bem estar social.

Ademais, nos últimos tempos, a política tem sido predatória, pois, ao invés de investir nas estruturas já existentes, o Estado prefere criar novos espaços descentralizados e que, com o tempo, deixarão de receber recursos suficientes para a sua própria manutenção e aperfeiçoamento, passando a ser excluídos dos projetos dos governos vindouros. Cada governante quer criar

uma nova estrutura ou procedimento que considera “infalível” e a solução para todos os problemas, sendo certo que essa nova estrutura não será mantida, tampouco adotado o novo procedimento pelo próximo governante.

Falta de estrutura física, de funcionários em número suficiente, bem treinados e preparados, com perspectivas funcionais claras, pagamento de salários condignos e em dia, poucos juízes, instalações adequadas e bem equipadas, fóruns não informatizados, enfim, falta de recursos físicos e humanos adequados, são causas de uma má prestação jurisdicional. Mas, parece que não é somente isso.

Nos últimos tempos a preocupação com a reforma processual tem sido a tônica de muitas discussões. O Código de Processo Civil sofreu modificações importantes, não resta dúvida. Mas, efetivamente pouca coisa se fez para tornar mais célere o processo em primeira instância, cuidando o legislador, por enquanto, de buscar a redução do volume de recursos na tentativa de desafogar os tribunais, os órgãos revisionais.

Em primeira instância, exceto pela alteração da forma de execução da sentença, pouca coisa foi feita para simplificar os procedimentos ou para reduzir o tempo de tramitação do processo, tornando efetiva a prestação jurisdicional. Ademais, o processo civil tem um fluxo claro e predominantemente retórico, restando um curto espaço de tempo para a produção probatória, para a comprovação dos fatos alegados pelas partes, parecendo certo que o inverso, a predominância da atividade probatória sobre

todo o resto, redundaria numa sentença mais próxima da verdade – ou da verossimilhança – constituindo fator desencorajador de recursos, pois, parece ser mais fácil aceitar o conteúdo de uma sentença que decide de forma mais próxima da verdade dos fatos.

Contudo, merece destaque a alteração introduzida pela Lei nº 11.232/05, que entrou em vigor em 23.06.2006, alterando o Código de Processo Civil para estabelecer uma fase de cumprimento de sentenças proferidas no processo de conhecimento, revogando a execução fundada em título judicial, de forma que as sentenças judiciais condenatórias ao pagamento de quantia certa, proferidas em ações entre particulares, bem como as sentenças de obrigação de fazer, não fazer e entrega de coisa, serão executadas nos próprios autos do próprio processo de conhecimento, permanecendo inalteradas as execuções de sentenças condenatórias ao pagamento de dívida contra a Fazenda Pública, as de sentenças penais condenatórias transitadas em julgado, as sentenças arbitrais condenatórias contrárias a particular e as sentenças estrangeiras homologadas pelo Superior Tribunal de Justiça, que permanecem ocorrendo por meio de processo autônomo.

Elemento de grande importância para o pronto cumprimento da sentença condenatória ao pagamento de quantia certa é a fixação da multa de 10%, caso o provimento não seja espontaneamente cumprido. A lei não especifica claramente a partir de quando começa a correr o prazo de quinze dias para o pagamento do débito, após o quê, haverá a incidência da multa.

Mas, parece razoável que o juiz, ao proferir a decisão condenatória fixe o prazo e determine a data da intimação – observe-se que não há mais a citação, pois se trata de um procedimento inserido em mera fase processual - daquele que deve cumprir a obrigação como o dia do início da contagem do prazo processual.

Da mesma forma, ou seja, visando criar mecanismos de agilização processual, além da prescrição e decadência, que já permitiam, *in limine litis*, o indeferimento da petição inicial na forma preconizada no inciso IV, do art. 295, do Código de Processo Civil ⁴, assim como também dispunha o renovado artigo 219, § 5º, do mesmo *codex*, que, “não se tratando de direitos patrimoniais, o juiz poderá, de ofício, conhecer da prescrição e decretá-la de imediato”, reforçou-se a autorização, em nome da economia processual, para o julgamento do mérito *prima facie*.

E o artigo 285-A, ⁵ trazido ao Código de Processo Civil pela Lei nº 11.277/05, também homenageando a economia processual com relação às causas seriadas ou repetitivas que, por essas características vão terminar por ser julgadas de uma forma prevista, confere ao juiz o poder de proferir a sentença de improcedência do pedido antes mesmo de determinar a citação do réu, desde que a controvérsia gire em torno de questão meramente de direito e

⁴ Art. 295 - A petição inicial será indeferida:

[...]

IV - quando o juiz verificar, desde logo, a decadência ou a prescrição (artigo 219, § 5º);

⁵ Art. 285-A - Quando a matéria controvertida for unicamente de direito e no juízo já houver sido proferida sentença de total improcedência em outros casos idênticos, poderá ser dispensada a citação e proferida sentença, reproduzindo-se o teor da anteriormente prolatada.

que seja possível a reprodução da sentença de improcedência prolatada em causa anterior. Resta saber se, na prática, não se verificará o aumento de recursos de apelação na forma especial ditada nos parágrafos do referido artigo.⁶

Sem embargos de outras opiniões, parece que essas as medidas tomadas pelo legislador visando tornar mais célere o processo em sua tramitação em primeira instância, não implicam, necessariamente, na prestação de uma tutela jurisdicional mais efetiva, pois a rapidez do processamento do feito não significa efetividade da prestação jurisdicional, apesar de que, a adoção do modelo sincretista de tutelas garantindo ao juiz e àquele que busca a tutela jurisdicional que se lhe possibilite medidas executivas de maneira mais ágil e eficiente, no curso do processo de conhecimento, apresenta significativa eficácia processual.

As demais medidas reformistas parecem estar voltadas ao desafogamento das atividades dos tribunais, pairando ainda a incerteza quanto à efetividade dos resultados propalados, resistindo ainda a certeza de que, se adequadamente manejado o processo, com uma larga instrução probatória, fica reduzida a possibilidade do aviamento de qualquer recurso contra as decisões nele proferidas.

⁶ § 1º Se o autor apelar, é facultado ao juiz decidir, no prazo de 5 (cinco) dias, não manter a sentença e determinar o prosseguimento da ação.
§ 2º Caso seja mantida a sentença, será ordenada a citação do réu para responder ao recurso.

Nas palavras de Carlos Alberto Álvaro de Oliveira,⁷ “a efetividade só se revela virtuosa se não colocar no limbo outros valores importantes do processo, a começar pelo da justiça, mas não só por este. Justiça no processo significa exercício da função jurisdicional de conformidade com os valores e princípios normativos conformadores do processo justo em determinada sociedade.” No seu entendimento, a racionalidade do processo não se deve escorar na tecnologia estratégica de uma norma, mas na validade normativa fundamentada na racionalidade do discurso, possibilitando que a sociedade possa controlar tanto a correção material quanto a concordância dogmática da decisão.⁸

⁷ ÁLVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. Efetividade e processo de conhecimento, *in* Revista de Processo, ano 24, nº 96, out/dez de 1999, p. 60. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

⁸ ÁLVARO DE OLIVEIRA, p. 62

3 - Tempo

O tempo é a dimensão fundamental da vida humana. O tempo sempre atraiu a atenção e a curiosidade do homem. Conhecer e compreender esse fenômeno que flui constantemente, independentemente da vontade dos seres, numa sucessão que não pode ser interrompida, significa dar à vida uma dimensão mais ampla e abrangente. Através do tempo as coisas aparecem, têm uma existência e uma morte e, por mais determinada que seja essa existência, por mais intensa, não pode deter o ritmo constante do tempo, estando sempre subjugada por ele.

Pode-se perceber que os ciclos dos acontecimentos vão se repetindo continuamente e, de repente, consegue-se deter a percepção de um instante. E logo aquele instante se torna passado, uma lembrança e sabe-se que o presente voltará a ser o futuro de uma memória vazia, que não ocorreu ainda, mas que vai ocorrer, num movimento perpétuo, e vai passar. Por isso, por causa da existência desses ciclos, presente – passado – futuro, se pode entender que os conceitos de tempo e memória andam juntos, já que a memória guarda o tempo que passou e permanece atenta para receber o tempo que ainda vai passar.

A apreensão do tempo é uma experiência pessoal e reside na vivência do tempo subjetivo. Com ele, ordena-se a seqüência de eventos, segundo critérios do antes e do depois, para narrar uma história. Contudo,

independentemente de nossas vontades, o tempo flui e está sempre fluindo de maneira uniforme. Assim, passam os dias, os meses e os anos.

Existem inúmeras formas de contagem do tempo. Sabe-se que os antigos imaginavam a vida em fases, em tempos, às vezes estanques, como as seis idades imaginadas pelos sábios gregos (infância, puerícia, adolescência, juventude, idade adulta, velhice) e aceitas em nossos dias ou as três idades de Salomão (juventude, maturidade e velhice), mas sempre houve a certeza de um início e de um termo que corresponde o percurso de uma evolução.

Sob as mais diversas indagações, pairam sobre a trajetória humana, questões relacionadas ao tempo, cujas soluções, cada uma delas, seja qual for, deve significar um legado que permita dar à vida um bom termo e um sentido valioso da sua existência.

Em Confissões, Santo Agostinho realiza uma análise filosófica da questão do tempo: "Que é, pois, o tempo? (...) Se ninguém me perguntar, eu sei; se o quiser explicar (...) já não sei",⁹ questiona expressando as

⁹ O que é o tempo? Tentemos fornecer uma explicação fácil e breve. O que há de mais familiar e mais conhecido do que o tempo? Mas, o que é o tempo? Quando quero explicá-lo, não encontro explicação. Se eu disser que o tempo é a passagem do passado para o presente e do presente para o futuro, terei que perguntar: Como pode o tempo passar? Como sei que ele passa? O que é um tempo passado? Onde ele está? O que é um tempo futuro? Onde ele está? Se o passado é o que eu, do presente, recordo, e o futuro é o que eu, do presente, espero, então não seria mais correto dizer que o tempo é apenas o presente? Mas, quanto dura um presente? Quando acabo de colocar o 'r' no verbo 'colocar', este 'r' é ainda presente ou já é passado? A palavra que estou pensando em escrever a seguir, é presente ou é futuro? O que é o tempo, afinal? E a eternidade? Santo Agostinho. Confissões. São Paulo: Editora Martin Claret, 2005.

dificuldades relativas à definição do tempo. Apesar da dificuldade apontada, Santo Agostinho viveu convicto de que o tempo está ligado ao problema da criação divina. É clara a sua idéia de que o tempo significa continuidade e transformação, por isso é que é constituído por momentos de passado, presente e futuro.

Santo Agostinho mostra que nos deve parecer lógico o que é o tempo: afinal, acaso não vivemos cada dia mergulhados no tempo, no tempo que passa, no tempo que começa, no tempo que termina e recomeça? Mas ensina também que devemos admitir, como devemos supor e como temos por óbvio e evidente, que o tempo tem extremidades como as extremidades da areia dentro de uma ampulheta. Se o tempo terminar, há um momento que mede o seu terminar, se recomeçar, há um momento que também mede essa ocasião: o "antes" e o "então" compreendem os extremos onde se insere o tempo e nos falam à respeito do fim do tempo.¹⁰

Dentro de sua concepção religiosa, Santo Agostinho se propunha o seguinte problema: Deus criou o mundo e com o mundo criou também o tempo; então há um tempo em que Deus criou o mundo: com efeito, o mundo precede a criação do tempo ou já havia mundo quando o tempo foi criado; ou seja, já havia o tempo quando Deus criou o mundo? Se foi criado antes ou depois, Santo Agostinho não chegou a uma conclusão clara, mas entendeu o tempo como uma criatura, um "ser" como todos os demais seres criados por Deus.

¹⁰ AGOSTINHO, Santo. Op. cit.

Como criatura, como “ser”, o tempo teria então um princípio e, igualmente, um fim, que seria representado por sua morte.¹¹

A existência e a percepção do tempo parecem somente ser possíveis de forma fragmentada, porque o tempo é composto dos elementos passado, presente e futuro, igualmente descontínuos entre si. Por isso, o passado, já que passou, não existe mais, deixou de existir, enquanto o futuro, uma vez que ainda não veio, ainda não aconteceu, também não existe. Resta, então, o presente. Mas, que coisa é o presente? Uma grandiosa análise do presente, ou melhor, do instante do presente, leva à conclusão de que o presente, ou o instante presente, nada mais é ou pode ser que um ponto de tempo sem nenhuma duração: para a perfeita localização do instante torna-se necessária a divisão da hora em minutos, dos minutos em segundos, dos segundos em momentos menores, em partes cada vez menores, de forma que chegaríamos a um instante tão ínfimo que a sua duração seria imperceptível e, portanto, sem qualquer significado.

De tal forma fragmentado, o tempo se torna inapreensível e imperceptível. No entanto, age sobre todos os seres fazendo com que as suas existências se transformem num constante caminhar para o fim, para o desaparecimento, para morte e para o esquecimento, pois “... a vida não passa de corrida para a morte. Que outra coisa se faz em cada dia, em cada hora e em cada momento até que, apurada a derradeira gota da vida, se completa a

¹¹ AGOSTINHO, Santo. Op. cit.

morte que se ia operando...".¹² O tempo torna-se a fonte que causa o desaparecimento de todo ser e faz isso através de sua própria sucessão.

Por isso é que, moralmente, o tempo significou para Santo Agostinho um fenômeno do mau, mesmo porque se opõe à eternidade divina, conduzindo todas as criaturas para a condição da transitoriedade e do perecimento. O tempo torna a vida limitada, não permitindo a sua completude, por isso, para ele, representava também um fato perverso.¹³

Já foi dito que pode o tempo cósmico ser calculado de inúmeras formas, estabelecendo-se calendários e relógios, e ser contado em anos, séculos, milênios, conforme a técnica ou a cultura de quem conta, mas nenhum fato, por mais especial que possa ser considerado, pode nele se repetir. Subjetivamente poderíamos supor o tempo como uma linha reta, constante, que segue firme em direção ao horizonte, infinitamente, para o futuro, sem novidade. O que deve acontecer é o “então”, “antes” disso se concluir, “agora” vai se recuperar o que “outrora” malogrou e fracassou, como explica Heidegger:¹⁴

A interpretação do caráter temporal da história se fez, contudo, sem considerar o “fato” de que todo acontecer decorre “no tempo”. [...] O tempo “em que” os entes intramundanos vêm ao encontro deve, ainda

¹² AGOSTINHO, Santo. Op.cit.

¹³ AGOSTINHO, Santo. Op.cit.

¹⁴ HEIDEGGER, Martin. *Ser e tempo*. Parte II. Trad. Márcia Sá Cavalcante Schuback. 12ª edição. São Paulo: Editora Vozes, 2005, p. 213/214

mais necessariamente, receber uma análise de *princípio*, porque, além da história, também os processos naturais se determinam “pelo tempo”. Todavia, mais elementar do que a constatação de que o “fator tempo” vem à tona nas *ciências* da história e da natureza é o fato de, já antes de qualquer pesquisa temática, a pre-sença já “contar com o tempo” e *por ele* se orientar. Aqui, novamente, permanece decisivo o “contar” “com o seu tempo”, inerente à pré-sença, que antecede todo uso de instrumentos de medição, adequados à determinação temporal. Este contar antecede o uso, possibilitando a utilização de relógios.

É atendendo que a ocupação se pronuncia no “então”, é retendo que ela se pronuncia no “outrora” e é atualizando que o faz no “agora”. Na maior parte das vezes, subsiste, implicitamente, no “então” um “agora ainda-não”, ou seja, pronuncia-se tanto na atualização que atende e retém como na que esquece. O “outrora” abriga em si o “agora não mais”. Com ele, pronuncia-se o reter de uma realidade que atende. O “então” e o “outrora” são também compreendidos na perspectiva de um agora, ou seja, a atualização possui um peso particular.¹⁵

Sem dúvida, ela sempre se temporaliza na unidade de atender e reter, mesmo que estes também se tenham transformado num esquecimento que não atende, em cujo modo a temporalidade se imbrica na atualidade que, atualizando, diz, sobretudo, “agora-agora”. Aquilo que a ocupação atende como o mais próximo é interpelado no “logo a seguir”, o que, de início, se tornou disponível e se perdeu no “há pouco”. O horizonte do reter que se pronuncia no “outrora” é o “anterior”, o do “então” é o “posterior” (“porvindouro”) e o do “agora”, o “hoje”.¹⁶

¹⁵ HEIDEGGER, p. 215

¹⁶ HEIDEGGER, p. 216

No entanto, Heidegger também considera que a compreensão é natural, que chamamos de “tempo” a interpretação que interpreta a si mesma, ou seja, o que é interpretado e interpelado no “agora”, como o “está frio” se refere a um “agora em que...” e que o seguir dos ponteiros do relógio, a atualização do ponteiro é o contar do tempo. E contar é seguir as atualizações do ponteiro. *“O tempo é o que é contado na seqüência atualizante de contagem do ponteiro no mostrador de suas variações. E isso de tal maneira que a atualização se temporaliza na unidade ekstática de reter e atender, abertos horizontalmente segundo o anterior e o posterior.”*¹⁷

O tempo é compreendido como “um após outro”, como o “fluxo” dos “agora”, como “correr do tempo”, nas exatas lições de Heidegger. Quando olhamos o relógio, vislumbramos o movimento de seus ponteiros, vemos o “agora” que é compreendido conjuntamente na ocupação do que está à mão e do que simplesmente é dado e, os “agora” que passaram, juntos constituem o passado, enquanto que os agora que advêm e que advirão delimitam o futuro, de forma que a seqüência dos agora é apreendida como algo dado:

Dizemos: *em* cada agora é agora, *em* cada agora o agora já desaparece. Em cada agora, o agora é agora e, com isso, continuamente vigente como idêntico, mesmo que, em cada agora, um outro que advêm também desapareça. Mas como o que varia é este que varia, o agora também mostra a vigência contínua de si mesmo. [...] A seqüência de agoras é ininterrupta e sem brechas. Por “mais”

¹⁷ HEIDEGGER, p. 233

que dividamos o agora em partes, ele sempre ainda é agora. A constância do tempo é vista no horizonte de algo simplesmente dado e indissolúvel.¹⁸

Não se impondo um início e um fim para o tempo, o tempo é ilimitado e infinito e inviabiliza a determinação de um instante de um evento. Por isso torna fácil compreender que faz todo sentido medir um intervalo de tempo entre dois instantes. Introduzindo, pois, um ponto como referência, ainda que de forma arbitrária, o momento, o instante de certo evento pode ser medido em relação a essa referência, segundo o conceito tomado por Albert Einstein para fundamentar a sua Teoria da Relatividade.

A forma de medição do tempo, as diversas maneiras de medi-lo, tem a Física inúmeros métodos, do sol, da sombra (sob esse sol), das estrelas, atômica, não importa. De qualquer forma, sempre teremos o ponteiro do relógio, também pouco importando de que tipo de relógio. No entanto, poderia se imaginar que o tempo existencial não se calcula matematicamente, mas da intensidade com a qual se vive nele, dependentemente dos esforços, das conquistas, das derrotas, na verdade pouco importando se se vive muitos ou poucos anos, mas a intensidade dessa vivência plena e intensa, de realizações que repousarão na eternidade, repercutindo nos anos e anos.

Os que sabem realmente como viver plenamente cada instante de suas vidas entendem que o segredo pode estar nas ações e não nos anos vividos, na plenitude da vida e não na somatória dos anos. Não é viver muito,

¹⁸ HEIDEGGER, p. 235/236

mas viver bem. Há os que viveram muito e os que viveram pouco, mas os que restaram na lembrança são os que souberam aproveitar bem os seus dias. Os que tiveram existência longa só continuam na lembrança dos pósteros porque souberam bem se aproveitar de seus dias, conforme a clássica fórmula dada por Horácio: "*carpe diem, quam minimum credula postero*" - aproveita o dia presente e não queiras confiar no de amanhã.

Ficou certo, então, que se resolvermos não impor um início e um fim para o tempo, ele se torna infinito e ilimitado. No entanto, é fácil perceber que podemos medir o tempo se fixarmos esses limites, pondo-lhe um início e um fim. Esse intervalo se transforma numa referência de que podemos dizer "são tantas horas", "já se passaram tantos dias", "vivemos, em média, tantos anos", onde o "tantos" se torna a referência do tempo entre os intervalos estabelecidos como início e fim. Esse raciocínio, de estabelecer uma referência, foi introduzido no campo da Física por Albert Einstein e nos ajudou a compreender as noções de espaço e tempo usando os métodos da Teoria da Relatividade, construindo um andaime mental para o estudo do Universo como um todo.

Einstein, ao desenvolver a Teoria da Relatividade, nos deu a chave para podermos finalmente responder a pergunta "onde estamos?". O Universo inclui toda a realidade física sem que nada reste fora dele. Até mesmo o cientista que o observa faz parte dele, de forma que não é possível se pensar a usual relação sujeito-objeto: "o espaço e o tempo só existem no Universo e na medida em que o Universo contém coisas e abriga processos. Através do

espaço e do tempo as coisas do Universo têm relação, não com o todo, mas entre si, de modo que a descrição do Universo é uma descrição da rede de relações que ocorrem nele.”¹⁹

O tempo é a chave das relações, é o caminho trilhado pelas relações, o ponto de partida e de chegada de todas as relações que formam os universos, o combustível e a força-motriz que move e faz durar as relações. O tempo, e somente o tempo, pode tornar verdadeira uma existência. A existência de uma relação, que somente existiu porque houve tempo suficiente para a essa existência.

3.1 - Tempo e Processo

“Em el processo el tiempo es algo más que oro: es justicia”. Lembrando Couture (Proyecto de Codigo de Procedimiento Civil, Montivideo, s/ed., 1945, p. 37), José Rogério Cruz e Tucci inaugura a sua obra “Tempo e Processo” questionando quais são as relações entre o tempo e o processo, ressaltando que são dois elementos que encontram-se em constante confronto, sendo certo que o tempo age em prol da verdade e da justiça em muitas ocasiões, mas, na maioria das vezes, conspira contra o processo:²⁰

¹⁹ Revista Superinteressante nº 191, edição 191, agosto de 2003, São Paulo: Editora Abril, 2003.

²⁰ TUCCI, José Rogério Cruz e. Tempo e processo: uma análise empírica das repercussões do tempo na fenomenologia processual (civil e penal). São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997.

Cada vez que nos defrontamos com a decantada questão da *mora iudicis* visualiza-se o grande abismo que existe entre a *legalidade* do processo e sua triste *realidade*. Sob esse aspecto, a opinião da população em geral e dos operadores do direito em particular é uníssona: todos admitem que há excessiva demora na tramitação do processo judicial. Essa conclusão demonstra que, a rigor, o desempenho da administração da justiça encontra-se muito aquém de atender às expectativas e aos anseios sociais. Todavia, o tratamento conjugado de varias situações determinadas pela ineficiência do serviço judiciário revela que o problema emergente da lentidão do processo tem dimensões bem mais amplas e complexas de quanto se imagina. A excessiva duração do litígio vulnera a garantia do devido processo legal.

Proclama o autor que a morosidade processual desprestigia os tribunais, perpetua a angústia, fragiliza a segurança jurídica, influenciando a eficiência da economia, produzindo prejuízos de ordem material e moral aos que protagonizam o processo.²¹

A própria noção de processo nos impõe a idéia da existência de uma seqüência logicamente ordenada de atos visando atingir seus objetivos. Mas, ainda que esteja revestido de garantias que o transformam em instrumento de democratização da justiça, o processo depende de regras formais rígidas que estabelecem condições para a sua formação e o seu desenvolvimento, tornando grande o anseio de se buscar uma solução que dê efetividade para o processo, de forma que a tutela jurisdicional almejada ocorra dentro de um determinado espaço de tempo que não seja longo demais a tornar inócua a sentença, mas que tampouco seja rápido a impedir a completa investigação dos fatos e do direito postos à apreciação do Poder Judiciário.

²¹ TUCCI, Et seq.

A lei processual institui regras relacionadas aos prazos que atingem tanto as partes quanto o juiz e os seus auxiliares, possibilitando que haja uma composição ordenada dos atos processuais, mas provocando interessantes efeitos sobre os fatos jurídicos. Tanto é que institutos tais como a preclusão, a perempção, a prescrição e a decadência, sem contar a coisa julgada, podem promover uma transformação ou mesmo a extinção do direito material, alterando a “verdade” pré-existente ao processo.

Mas se o fim do processo é o de dar razão a quem realmente a tem, deveria ser um instrumento revelador da verdade, atendendo, assim, ao interesse público. Devemos supor que a verdade “revelada” pelo processo no momento da prolação da sentença tem caráter pacificador, podendo-se afirmar que, caso contrário, o processo não cumpriu sua finalidade, não atendeu ao interesse público, devendo ser repellido pelo Direito.²²

Por outro lado, a legislação estabelece regras que, tomadas segundo os critérios e os interesses dos governantes, regem as relações, sejam aquelas entabuladas pelos indivíduos entre si, sejam as estabelecidas entre o indivíduo

²² “Quando ouvimos dizer que a justiça deve ser rápida, eis aqui uma fórmula que se deve tomar com benefício de inventário: o *clichê* dos chamados homens do Estado, que prometem em toda discussão do balanço da justiça que esta terá um desenvolvimento rápido e seguro, coloca um problema análogo ao da quadratura do círculo. Infelizmente, a justiça, se for segura, não será rápida, e, se for rápida, não será segura. É preciso ter a coragem de dizer, pelo contrário, também do processo: quem vai devagar, vai bem e vai longe. Esta verdade transcende, inclusive, a própria palavra “processo”, a qual alude a um desenvolvimento gradual no tempo: proceder quer dizer, aproximadamente, dar um passo depois do outro.” Como se faz um processo. Trad. Hiltomar Martins Oliveira. Belo Horizonte: Líder Cultura Jurídica, 2004, p. 18.

e o próprio Estado. Essas regras, de ordem e caráter abstratos e genéricos, devem ser ditadas sem destinação particular a nenhuma pessoa ou à situação concreta, sendo como modos ou modelos de conduta ideal ou proibida, cuja violação implica na sanção ordinariamente prevista na mesma norma.

A função jurisdicional tem finalidade pacificadora que é concretizada com a eliminação do conflito que atinge as pessoas e se realiza por meio da aplicação prática das normas ao caso concreto, desenvolvendo medidas e ações para que a estabilização e o equilíbrio das relações sejam realmente efetivados. Por isso, a jurisdição pode ser considerada uma *longa manus* da norma, no sentido de que, através dela, a norma deixa de existir apenas no seu campo hipotético – ou em tese – para ser materializada no caso concreto. Dessa forma, pretende-se assegurar a efetivação e o respeito do direito positivo, fazendo valer as regras de convivência impostas pelo Estado.

Na medida em que as relações nascem, conforme as normas positivadas, o Estado, na sua função jurisdicional, nelas não interfere, mesmo quando delas é parte, pois, não existe motivo. Contudo, havendo satisfação não resolvida pelos meios usuais de soluções de conflitos, o Estado deverá intervir, desde que provocado pela parte interessada, para desenvolver sua função jurisdicional, que deverá ser desempenhada em cooperação com ambas as partes envolvidas no conflito, as quais realizarão atos coordenados estabelecidos nas normas estatais, buscando a obtenção da solução da controvérsia.

A interferência estatal não ocorre de forma aleatória, mas decorre de princípios constitucionais claros e previsíveis que impõem ao Estado o dever de agir de acordo com normas pré-definidas, dentro de uma estrutura previamente concebida e materializada nas regras processuais.

O processo consubstancia-se no conjunto de atos coordenados para a obtenção de decisão sobre uma controvérsia no âmbito judicial ou administrativo. Instaura-se e desenvolve-se conforme certo procedimento ou rito processual, que é o modo de realizar o processo. O processo judicial, restringindo o campo da autodefesa, decorre de um contrato entre o indivíduo e o Estado, de forma que esse último passa a garantir ao primeiro a observância de certas normas asseguradoras de que o pacto pacificador ocorrerá dentro da maior lisura e previsibilidade possível. Por isso se costuma dizer que o processo é um instrumento de justiça posto nas mãos do Estado.

Nas lições de Carnelutti o processo é o “conjunto de atos dirigidos à formação ou à aplicação dos preceitos jurídicos, cujo caráter consiste na colaboração para tal finalidade das pessoas interessadas”,²³ as partes, com uma ou mais pessoas desinteressadas (juízes e auxiliares de justiça). O processo indica um método para a formação ou para a aplicação do direito visando garantir a paz social, salientando:

²³ CARNELUTTI, Francesco. Instituições do processo civil. São Paulo: Classic Book, 2000, p. 72/73.

...enquanto o processo é um método para a formação ou para a atuação do direito, serve ao direito; por outra parte, quando essa formação ou atuação, em razão dos conflitos de interesses que visam regular e também dos outros em que resolve o próprio processo, está regulada pelo direito, o processo é servido pelo direito, pelo que a relação entre direito e processo é dupla e recíproca”, concluindo que “a parte do direito que regula o processo recebe o nome de direito processual ou também de direito judicial.²⁴

No mesmo sentido, Chiovenda²⁵ preleciona que o processo “é o complexo dos atos coordenados ao objetivo da atuação da vontade da lei (com respeito a um bem que se pretende garantido por ela), por parte dos órgãos da jurisdição ordinária”. No processo se desenvolve a atividade jurisdicional que é própria da função estatal. Mas nem sempre foi assim. Lembra que, nas origens, as contendas eram decididas pelas próprias mãos dos litigantes.²⁶ Com o tempo, o poder público assumiu a incumbência de assegurar a paz social, eliminar os conflitos, simplesmente neles intervindo para verificar o legítimo possuidor do bem aspirado. Assim é que a luta material se transforma em luta jurídica, a qual se aperfeiçoa na medida em que evolui a organização políticas dos povos.

Restringindo o campo da autodefesa por meio de um contrato entre os poderes públicos e o indivíduo, a finalidade do Estado vai se cumprindo com a edição de normas que fazem do processo um instrumento de justiça nas mãos do Estado. Apenas em alguns poucos casos e em situações de extrema

²⁴ CARNELUTTI, p. 72/73.

²⁵ CHIOVENDA, Giuseppe. Instituições de direito processual civil. Campinas: Bookseller, 1998, p. 56

²⁶ CHIOVENDA, p. 58

urgência, permitem as leis que o cidadão faça uso arbitrário das próprias forças, tal como nas ocasiões em que deve o indivíduo prover a defesa imediata de seus bens de direito ou de direitos alheios.

Mas, no processo, a defesa contra a injustiça é assumida pelo Estado como sua atribuição, como função essencial da administração da justiça, isso sob normas e regras rígidas. Até mesmo na arbitragem, ocasião em que se supõe o afastamento estatal da controvérsia e seu deslinde há a presença espectral do Estado, já que é tal relação de direito e, portanto, regulada pelas normas ditadas pelo Estado.

Mesmo porque, essa é a função pública do Estado desenvolvida no processo e consiste na atuação da vontade da lei com a finalidade de garantir ao indivíduo o bem de vida por ele perseguido, apesar de que “as leis não são mais do que instrumentos, pobres e inadequados, quase sempre, para tratar de dominar os homens, quando estes, arrastados por seus interesses e por suas paixões, ao invés de se abraçarem como irmãos, tratam de despedaçar uns aos outros como lobos”, na lição de Carnelutti.²⁷ Por isso, os juízes, no desempenho de suas atividades, examinam os fatos trazidos aos autos pelo indivíduo à luz do que exprime a vontade da norma, tendo como resultado essa mesma vontade da lei ao reconhecer a procedência do pedido ou,

²⁷ CARNELUTTI, Francesco. Op.cit, p. 15

diversamente, sua improcedência. Esse o motivo porque Chiovenda afirmou que “a função jurisdicional consiste na atuação da vontade da lei”.²⁸

Por meio do processo se obtém a composição da lide, ou seja, resolve-se o conflito conforme a vontade da lei reguladora da espécie. O processo é, pois, o instrumento da jurisdição e tem como objeto a pretensão do autor. Isso porque na lide há uma pretensão resistida ou insatisfeita. Essa pretensão, convém observar, é que dá origem à lide e ao processo que se instaura porque o autor formula um pedido, deduzindo uma pretensão. Seu pedido é o de que o juiz acolha a sua pretensão, daí porque o objeto do processo é a pretensão do autor.

O processo é o instrumento da jurisdição e essa é função do Estado. E a jurisdição é exercida com a mesma finalidade a todas as espécies de conflitos de interesses, por isso é comum a classificação da jurisdição pela diversidade da matéria a que se refere (penal e civil), quanto à categoria dos órgãos jurisdicionais (inferior ou superior) ou, ainda, quanto à proveniência ou a origem da jurisdição (legal e convencional). Distingue-se a jurisdição civil em contenciosa e voluntária.

Essa distinção dá-se sob o enfoque da função jurisdicional, prevalecendo o entendimento de que, na hipótese de estar o processo fundado em um conflito de interesses, há a necessidade da intervenção estatal para

²⁸ CARNELUTTI, p. 57

conhecer e julgar o litígio, a jurisdição será contenciosa, ao passo que a mera intervenção administrativa do Estado nas questões em que não há conflito, apenas o interessado vem a juízo por imposição legal, impõe a espécie de jurisdição voluntária.

É na função jurisdicional contenciosa que o Estado faz cessar a contenda, mesmo que isso não implique na extinção do conflito, daí porque se entende ser essa a verdadeira jurisdição, enquanto que a jurisdição voluntária busca a prestação de um serviço previamente estipulada nas normas e que somente pode ter a eficácia no mundo jurídico se obtido através dos órgãos judiciários.

A jurisdição contenciosa tem como fim a composição da lide, a solução do conflito, a declaração da certeza ou a atuação do direito, como explica Carnelutti,²⁹ enquanto que, também por sua ótica, a voluntária tem característica preventiva da lide, através da regulação dos conflitos de interesse mediante a previsão de efeitos que provêm dos fatos jurídicos.³⁰

Na jurisdição contenciosa, antes de decidir a demanda, o juiz realiza uma série de atos intelectuais com o objetivo de se aparelhar para julgar a causa dizendo se ela é procedente ou improcedente. Essas atividades

²⁹ CARNELUTTI, p. 74

³⁰ CARNELUTTI, p. 90

intelectuais constituem a cognição do juiz, que pode ser plena (ordinária) e sumária (incompleta).

Busca o juiz, através da atividade jurisdicional materializada no processo, obter a verdade dos fatos. E a verdade dos fatos é buscada com a observância das regras estabelecidas para esse fim.³¹ Isso porque, a paz social não pode se submeter ao juiz que se limita a analisar apenas os fatos nos autos, fechando seus olhos e sua alma aos acontecimentos que o cercam. A verdade, e somente a verdade, pode pacificar.

³¹ “Quando se trata de uma partida de futebol ou de uma luta de boxe não significa uma tragédia, mas, quando a aposta é a propriedade ou a liberdade, ameaça o mundo, que tem necessidade de paz para percorrer o seu itinerário; mas a paz tem necessidade de justiça, como o homem tem do oxigênio para respirar, e, falando com exatidão, as regras do jogo não têm outra razão de ser do que garantir a vitória a quem tenha merecido; e é preciso saber para quem vale essa vitória para captar a importância das regras e a necessidade de ter uma idéia delas.” Carnelutti, Francesco. Como se faz um processo. Trad. Hiltomar Martins Oliveira. Belo Horizonte: Líder Cultura Jurídica, 2004, p. 11

4 - Razão

A palavra *razão* tem origem latina (*ratio*) e grega (*logos*) e deriva de dois verbos que têm um sentido semelhante: *logos* vem do verbo *legein* e significa contar, reunir, juntar, calcular e *ratio* vem do verbo *reor*, que quer dizer contar, reunir, medir, juntar, separar, calcular. Quando medimos e usamos palavras o fazemos de modo ordenado, por isso *logos* e *ratio* significam o pensar e o falar ordenadamente, como medida e proporção, como nos ensina Marilena Chauí.³²

Chauí explica que desde o começo da Filosofia, a razão implicava a oposição a quatro outras atitudes mentais: o conhecimento ilusório (da mera aparência), que cria as opiniões que variam de pessoa para pessoa; as emoções, os sentimentos e as paixões, que são cegas, caóticas, desordenadas, contrárias umas às outras; a crença religiosa, pois a razão é oposta à revelação; e ao êxtase místico, o que implica em estado de inconsciência do êxtase.³³

Depois, o conhecimento racional implica a obediência a certas regras ou leis fundamentais que garantem que a realidade racional: o princípio da identidade, que afirma que uma coisa só pode ser conhecida e pensada se for percebida e conservada com sua identidade; o princípio da não-contradição,

³² CHAUÍ, Marilena. Convite à filosofia. 12ª edição. 4ª impressão. São Paulo: Editora Ática, 2001, p. 59.

³³ CHAUÍ, p. 59/60.

que, garantindo o funcionamento do princípio da identidade, afirma que uma coisa ou uma idéia que se negam a si mesmas se autodestroem, desaparecem, deixam de existir; o princípio do terceiro-excluído, que define a decisão de um dilema de forma que só uma solução é verdadeira; o princípio da razão suficiente ou de causalidade, afirma que a existência de relações ou conexões internas entre as coisas, entre fatos, ou entre ações e acontecimentos dependem de uma causa, sem que isso implique na negativa do acaso. O acaso ocorre, mas também para ele concorre uma causa.³⁴

Sobre a atividade racional, Marilena Chauí leciona que a Filosofia distingue duas grandes modalidades: a razão intuitiva ou intuição que consiste num único ato do espírito que, de uma só vez, capta por inteiro e completamente o objeto³⁵ e:

A atividade racional discursiva, como a própria palavra indica, discorre, percorre uma realidade ou um objeto para chegar a conhecê-lo, isto é, realiza vários atos de conhecimento até conseguir captá-lo. A razão discursiva ou o pensamento discursivo chega ao objeto passando por etapas sucessivas de conhecimento, realizando esforços sucessivos de aproximação para chegar ao conceito ou à definição do objeto.³⁶

O raciocínio, contrariamente do que ocorre com a intuição, necessita de comprovação e demonstrações das verdades para se realizar. São vários atos intelectuais internamente conectados ou ligados entre si, formando um

³⁴ CHAUÍ, p. 60/61.

³⁵ CHAUÍ, p. 63.

³⁶ CHAUÍ, p. 63

processo de conhecimento ³⁷. Mas o raciocínio pode se realizar através de critérios de generalidade e universalidade, ocasião em que teremos a dedução, a indução, que são procedimentos racionais que nos levam do já conhecido ao ainda não conhecido, ³⁸ e a abdução que é uma modalidade de inferência, espécie de intuição gradativa até chegar à conclusão. “A abdução é uma espécie de indução, mas que não se dá de uma só vez, indo passo a passo para chegar a uma conclusão”, ³⁹ assemelhando-se a intuição do artista e a adivinhação do detetive quando estão para começar suas respectivas atividades, ocasião em que contam apenas com alguns sinais que indicarão as pistas a seguir. ⁴⁰

Então, quando usamos procedimentos racionais para a aquisição de conhecimentos, utilizamos a indução e a abdução, ao passo que, quando

³⁷ Marilena Chauí dá como exemplo o caso do caçador que “sai pela manhã em busca da caça. Entra no mato e vê rastros: choveu na véspera e há pegadas no chão; pequenos galhos rasteiros estão quebrados; o capim está amassado em vários pontos; a carcaça de um bicho está à mostra, indicando que foi devorado há poucas horas; há um grande silêncio no ar, não há canto de pássaros, não há ruídos de pequenos animais”. O caçador supõe que haja uma onça por perto. Ele pode, então, tomar duas atitudes. Se, por todas as experiências anteriores, tiver certeza de que a onça está nas imediações, pode preparar-se para enfrentá-la: sabe que caminhos evitar, se não estiver em condições de caçá-la; sabe que armadilhas armar, se estiver pronto para capturá-la; sabe como atraí-la, se quiser conservá-la viva e preservar a espécie. O caçador pode ainda estar sem muita certeza se há ou não uma onça nos arredores e, nesse caso, tomará uma série de atitudes para verificar a presença ou ausência do felino: pode percorrer trilhas que sabem serem próprias de onças; pode examinar melhor as pegadas e o tipo de animal que foi devorado; pode comparar, em sua memória, outras situações nas quais esteve presente uma onça, etc. Assim, partindo de indícios, o caçador raciocina para chegar a uma conclusão e tomar uma decisão. Temos aí um exercício de raciocínio empírico e prático (isto é, um pensamento que visa a uma ação) e que se assemelha à intuição sensível ou empírica, isto é, caracteriza-se pela singularidade ou individualidade do sujeito e do objeto do conhecimento. (Convite à filosofia. 12ª edição. 4ª impressão. São Paulo: Editora Ática, 2001, p. 66).

³⁸ CHAUÍ, p. 66.

³⁹ CHAUÍ, p. 68.

⁴⁰ CHAUÍ, p. 68

queremos comprovar a verdade de um conhecimento já adquirido, utilizamos a dedução.

Chauí busca em Platão e Descartes o significado do conhecimento: para Platão, conhecer significa recordar a verdade que já existe em nos; é despertar a razão para que ela se exerça por si mesma. A razão é inata ou é adquirida? Platão defendia a idéia de que o homem nascia detentor da razão e as idéias verdadeiras, que necessitavam apenas de ser despertadas, recordadas: recordar a verdade que já existe em nós, despertando a razão para que ela se exerça por si mesma,⁴¹ o que também pensava Descartes, quem desenvolveu a teoria das idéias mostrando que o nosso espírito possui as chamadas idéias adventícias, que têm origem externa nas nossas sensações e percepções; as idéias fictícias, criadas pela nossa fantasia e imaginação e as idéias inatas, adquiridas da experiência sensorial, absolutamente racionais. Chauí explica que, para os inatistas, somente sabemos que um conhecimento é verdadeiro porque possuímos em nosso espírito a razão e a verdade.⁴²

Contraopondo-se aos inatistas, os empiristas, dentre eles Francis Bacon, John Locke, George Berkeley e David Hume, imaginam que os nossos conhecimentos decorrem da experiência dos sentidos.⁴³

⁴¹ CHAUI, p. 70.

⁴² CHAUI, p. 71.

⁴³ CHAUI, p. 71.

O conhecimento inato pode ser contraposto, por exemplo, pela demonstração histórica de que certas idéias antes tidas como verdadeiras perderam sua validade e foram substituídas por outras, ao passo que o empirismo também encontra dificuldade porque se as ciências são apenas as repetições para todos os seres humanos de seus hábitos psicológicos, então as ciências não possuem verdade alguma, não são um conhecimento racional verdadeiro.⁴⁴

Anteriormente à filosofia de David Hume, especificamente na filosofia de Leibniz, no século XVII e depois, posteriormente à Hume, com a filosofia de Kant, os problemas gerados da divergência entre o pensamento inatista e o empirista foram resolvidos.⁴⁵

Leibniz estabelece duas verdades, primeiramente a da razão, cujo enunciado pode ser tomado no sentido de que uma coisa é, não podendo ser de modo algum diferente do que é e de como é, tal como as idéias matemáticas. É uma razão inata, simplesmente porque nascemos com a capacidade racional para conhecer as idéias que não dependem da experiência para serem formuladas e nem para serem consideradas verdadeiras. Dependem, no entanto, da experiência, a verdade de fato, sendo essas empíricas:

⁴⁴ CHAUÍ, p. 71.

⁴⁵ CHAUÍ, p. 71.

As verdades de fato são verdades porque para elas funciona o princípio da razão suficiente, segundo o qual tudo o que existe, tudo o que percebemos e tudo aquilo de que temos experiência possui uma causa determinada e essa causa pode ser conhecida. Pelo princípio da razão suficiente – isto é, pelo conhecimento das causas – todas as verdades de fato podem tornar-se verdades de razão, ainda que para conhecê-las dependamos da experiência.⁴⁶

Esse princípio da causalidade é o alvo da crítica de Hume. A causalidade e a razão suficiente levam Immanuel Kant, no século XVIII, a desenvolver, como resposta, a chamada “revolução copernicana” da Filosofia, numa alusão à revolução provocada por Copérnico na Astronomia,⁴⁷ cerca de dois séculos antes de Kant.

A doutrina processual se refere frequentemente à verdade, real ou material e formal, como o fim a ser perseguido pela atividade probatória, apesar de que a argumentação exerce papel preponderante e, portanto, decisivo na formação do convencimento do juiz. Deve ser entendida como a que correspondente ao fato que efetivamente ocorreu a verdade dita material, enquanto que a verdade formal, é aquela considerada válida no processo.⁴⁸

No entanto, no escólio de Luiz Sérgio Fernandes de Souza, parece predominar

⁴⁶ CHAUÍ, p. 76.

⁴⁷ Copérnico demonstrou que o sistema geocêntrico, segundo o qual a Terra era o centro do universo, era falso, criando o sistema heliocêntrico, entendendo que o Sol estava no centro do nosso sistema planetário, por isso, tudo gira em torno dele.

⁴⁸ Arruda Alvin (Curso de Direito Processual Civil, vol. II, São Paulo, RT, 1972, p. 206, lembra Carlo Furno, processualista italiano em sua *Teoria de la Prueba Legal*, Revista de Derecho Privado, Madrid, 1954, p. 16, diz que a verdade processual é uma “verdade suficiente”, expressão com a qual pretende indicar que, para a realização da finalidade do processo, basta um grau de aproximação do fato histórico, que é substituído pela reconstrução legal.

mesmo o entendimento de que o formalismo é um guia seguro para os juízes que os protege da falácia de certas provas.⁴⁹

⁴⁹ SOUZA, Luiz Sérgio Fernandes de. Abuso de direito processual: uma teoria pragmática. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005. p. 156

5 - Verdade

Ignorar é não saber alguma coisa, enquanto a incerteza nos faz saber que ignoramos alguma coisa que nossas crenças e opiniões parecem não dar conta da realidade, que há falhas naquilo que acreditamos, como explica Marilena Chauí.⁵⁰ E, quando descobrimos que nosso conhecimento não é suficiente para entender aquilo que nos confronta, ficamos perplexos. E essa perplexidade e a dúvida nos fazem querer sair do estado de insegurança e criam o desejo de buscar a verdade e negar o dogma.⁵¹

Podemos, [...], distinguir dois tipos de busca da verdade. O primeiro é o que nasce da decepção, da incerteza e da insegurança e, por si mesmo, exige que saíamos de tal situação readquirindo certezas. O segundo é o que nasce da deliberação ou decisão de não aceitar as certezas e crenças estabelecidas, de ir além delas e de encontrar explicações, interpretações e significados para a realidade que nos cerca. Esse segundo tipo é a busca da verdade na atitude filosófica.⁵²

Negar o dogma porque a atitude dogmática é conservadora, porque se recente do novo, do inesperado, do desconhecido e de tudo que possa causar o desequilíbrio das crenças e opiniões, fazendo nascer do conservadorismo exacerbado o preconceito.⁵³

⁵⁰ CHAUÍ, p. 90.

⁵¹ CHAUÍ, p. 90.

⁵² CHAUÍ, p. 93.

⁵³ CHAUÍ, p. 98.

A idéia de verdade foi construída a partir de três concepções: a grega *aletheia*, cujo significado é o não-oculto, não-escondido, não-dissimulado, sendo verdadeiro o que pode ser visto ou percebido, o que está evidente ou plenamente visível para a razão, em oposição ao falso ou *pseudos* que é o que está encoberto, escondido, dissimulado, cuja aparência não reflete como realmente é. Do latim *veritas*, que significa a precisão, o rigor e a exatidão do relato, referindo-se, portanto, à linguagem que narra os fatos acontecidos de forma fiel ao que realmente aconteceu. Em hebraico, verdade se diz *emunah*, cujo significado é confiança. A verdade aqui está relacionada à confiança, à certeza de que o pacto será cumprido, a palavra dada não desapontará.⁵⁴ No escólio de Marilena Chauí,

Aletheia se refere ao que as coisas são; *veritas* se refere aos fatos que foram; *emunah* se refere às coisas que serão. A nossa concepção da verdade é uma síntese dessas três fontes e por isso se refere às coisas presentes (como na *aletheia*), aos fatos passados e à linguagem (como na *veritas*) e às coisas futuras (como na *emunah*). Também se refere à própria realidade (como *aletheia*), à linguagem (como na *veritas*) e à confiança-esperança (como na *emunah*). Palavras como “averiguar” e “verificar” indicam buscar a verdade; “veredito” é pronunciar um julgamento verdadeiro, dizer um juízo veraz; “verossímil” e “verossimilhante” significam: ser parecido com a verdade, ter traços semelhantes aos de algo verdadeiro.⁵⁵

O conhecimento verdadeiro também pode ser definido pela teoria pragmática. Nela, um conhecimento é verdadeiro quando a verdade nele existente pode ser verificada pela experimentação e pela experiência.⁵⁶

⁵⁴ CHAUÍ, p. 99.

⁵⁵ CHAUÍ, p. 98.

⁵⁶ CHAUÍ, p. 100.

A verdade ⁵⁷ é um importante elemento da convivência humana, norteando as relações e tornando-as mais ou menos freqüentes conforme ela pode ou não ser verificada. Ou seja, a verdade aproxima as pessoas, enquanto a mentira é fator de desagregação. Prevalece o entendimento de que é dever de todos dizer a verdade ou de, pelo menos, não mentir, o que vale tanto para a ética como para o Direito, sendo certo, porém, que nem sempre é obrigatória a revelação do próprio pensamento, mesmo porque, às vezes, o dever chega a impor o silêncio e o segredo.

Devemos lembrar que, segundo as normas de conduta ética, o profissional do direito deve guardar, não para si próprio, mas para o desenvolvimento de suas atividades profissionais, os fatos que lhe foram revelados pelo cliente, pelo tomador do seu serviço, isso em função do dever

⁵⁷ Os antigos enxergavam no mentiroso o mais vil dos tarados morais. Depois de enumerar todas as misérias de um perdido, concluíam, quando cabia: 'E, até mente.' Entre dois ladrões crucificaram os judeus a Jesus; porque não ousaram excrucia-lo entre dois burlões. O ladrão prostitui, com o roubo, as suas mãos. O mentiroso, com a mentira, a própria boca, a palavra e a consciência. O ladrão ofende o próximo nos bens da fortuna. O mentiroso, não é no patrimônio, é na honra, na liberdade, na própria vida. Tanto vai do latrocínio à calúnia. Do ladrão nos livra a tranca, o apito, o guarda. Do mentiroso nada nos livra; porque o enredo, a invencionice, a detratção, volatilizados no ar, depois de tramados, sussurrados, cochichados ou temperados com os condimentos do jornalismo, são impalpáveis como os germens das grandes epidemias. Nem o ladrão despoja senão aos que possuem. Com os desvalidos da fortuna, que nada têm de que os roubarem, não pode nada. Mas, ao passo que os ricos e abastados se consolam, do que se lhe tira na reputação, com o que lhes sobra nos haveres, a mentira acossa os pobres na sua indigência, carregando-lhes sobre o peso das necessidades as amarguras da vida. Flagelo universal, ninguém se lhe evade; e os enjeitados do dinheiro são os sobre quem ela mais a seu salvo se sacia, agravando-lhes o mal das privações com a crueldade dos aleives. Ruy Barbosa (cp. OC, XLVI, I, 32-3)

de sigilo profissional, atitude socialmente esperada e desejada e que está revestida da proteção legal.⁵⁸

E o direito à liberdade leva o indivíduo a comunicar a outro seus pensamentos, prometendo-lhe algo que, seja verdadeiro e sincero, seja falso ou enganoso, dependerá exclusivamente do terceiro nele acreditar ou não.

Pode-se imaginar que a mentira é propriamente a falsidade que implica diretamente em ofensa ao direito de outrem, daí decorrendo o raciocínio que justificaria juridicamente a permissão ao cidadão de proferir mentiras desde que essas, definitivamente, não atentem contra o direito alheio. Ou seja, juridicamente deve ser considerada transgressão de um dever jurídico apenas a mentira subjetiva e moral que, pelas suas naturais conseqüências, causam ofensa ao direito alheio.

O dever de dizer a verdade é um dever do homem para consigo mesmo e, portanto, indeclinável. Se bem que pode ser admitido o raciocínio de que a verdade não é devida senão àquele que a ela tenha direito. Assim, de forma exemplificativa, não se deve dizer a verdade a um assassino que esteja à procura de sua vítima. Ou seja, em certos casos a verdade somente deve ser dita a quem tem o direito de exigí-la, pensamento que culmina na relativização da obrigação de dizer a verdade em razão do fim da própria veracidade.

⁵⁸ Lei 8.906/04 – Estatuto do Advogado.

Mas a ética e seus princípios não consideram o indivíduo isolado de seus pares, do meio onde se relaciona, daí porque pode ganhar força a tese no sentido de que o dever de dizer a verdade apresenta-se como dever social, em sua gênese e em sua destinação, dada a correlação entre o sujeito da ação e o outro com que ele se defronta, e os demais que participam, silenciosamente, do ato de fidelidade à verdade, que não pertence a ninguém como legislador soberano, mas apenas como partícipe de uma tarefa comum. Resolvida sob o prisma de participação, a verdade comunicável, de maneira obrigatória, é a que contém em si um sentido real de participação.

Sob o ponto de vista da ética, a lei condena a parte como litigante de má-fé, imputando-lhe pena pecuniária, quando altera a verdade dos fatos, pouco importando se intencionalmente ou não, pois desde que a verdade dos fatos deduzidos foi mudada pela parte, há a presunção de que esta tinha ciência de que a verdade era outra. Não se trata de narrar os fatos tal qual os viu, ouviu ou sentiu, já que nessa hipótese não há transfiguração da verdade contida nos fatos, apenas o seu entendimento conforme o ângulo em que teve acesso a eles. Deve estar presente a alteração que contém a vontade de desfigurar a verdade contida nos fatos. Presente a vontade, reputa-se litigante de má-fé a parte, podendo-lhe ser, então, impostas as sanções legais.

De acordo com o pensamento de José Frederico Marques,⁵⁹ no processo há uma reconstrução dos interesses em conflito, tal como estes

⁵⁹ MARQUES, José Frederico. Manual de direito processual civil. v. 1, Campinas: Millenium, 1998. p. 78.

realmente se configuraram, o que se faz através das provas. Na busca da verdade, a participação do juiz se dá no sentido da apreciação dos fatos conforme as provas e ao dirigir e presidir a produção dessas provas, o que ocorre através dos atos instrutórios do procedimento.

A busca da “verdade”,⁶⁰ contudo, opera-se, processualmente, com respeito às garantias e direitos das partes, sendo mesmo vedado ao juiz conduzir o procedimento de forma arbitrária, como se fosse dono do processo, sob o pretexto de estar em busca da verdade real. Em qualquer grau de jurisdição e em qualquer comarca ou seção judiciária, há de imperar a norma inserta no Código de Processo Civil Brasileiro. Por outro lado, não se deve esquecer que essa mesma norma confere ao Poder Judiciário poderes para a produção *ex officio* de provas.

É certo que só existem para o juiz os fatos e as provas constantes do processo segundo a máxima *quod non est in actis, non est in mundo* - o que não existe nos autos do processo, não existe no mundo. Não lhe é permitido invocar fatos e acontecimentos (salvo se notórios) de que tenha ciência fora dos autos, nem tampouco decidir por íntima convicção. O juiz deve decidir com

⁶⁰ Luiz Guilherme Marinoni explica que “na linha do direito liberal [que eliminou os poderes do juiz, mantendo-o não só escravizado à lei como, também, sem qualquer poder de *imperium*], o juiz, para não apresentar ameaça à liberdade dos cidadãos, deveria julgar após ter encontrado a ‘plena certeza jurídica’ ou a ‘verdade’. Como a ‘busca da verdade’ é uma quimera, já que toda ‘certeza jurídica’, na perspectiva gnosiológica, sempre se resolve em mera verossimilhança, a idéia de ‘busca da verdade’ encobria o fato de que o juiz pode errar e, até mesmo, a obviedade de que o juiz possui valores pessoais e uma vontade inconsciente que, na maioria das vezes, ele próprio não consegue desvendar.” (*in* Novas Linhas do Processo Civil, 4ª ed., 2000, São Paulo: Malheiros Editores Ltda., p. 43)

livre convicção, o que é diferente, tendo por base a prova dos autos, conforme estabelece o artigo 131 do Código de Processo Civil.⁶¹ Para a configuração dos fatos, o material necessário reside nas provas dos autos, ficando a cargo do juiz a operação de verificar a credibilidade da prova, o que faz segundo métodos de confrontação, inferências e deduções finais.

De qualquer forma, a arbitrariedade na apreciação da prova é vedada, devendo o juiz se manifestar formalmente sobre as razões que lhe formaram o convencimento, devendo sua convicção ser guiada pelas regras de experiência comum subministradas pelo que ordinariamente acontece e ainda pelas regras de experiência técnica. E mesmo nos casos em que a experiência técnica exija prova pericial, o juiz atuará como *peritus peritorum*, conforme se deduz do art. 436 do Código de Processo Civil, cujo comando é o de que “o juiz não está adstrito ao laudo pericial, podendo formar sua convicção com outros elementos ou fatos comprovados nos autos”.

Vinculado à prova dos autos na formação de seu livre convencimento, pode o juiz com moderação e equilíbrio trazer elementos instrutórios e de convicção ao procedimento, atuando *ex officio* (CPC, arts. 330, 343, 418, 437 e 440),⁶² bem como lhe cabe indeferir “diligências inúteis ou meramente

⁶¹ Art. 131 - O juiz apreciará livremente a prova, atendendo aos fatos e circunstâncias constantes dos autos, ainda que não alegados pelas partes; mas deverá indicar, na sentença, os motivos que lhe formaram o convencimento.

⁶² Art. 330. O juiz conhecerá diretamente do pedido, proferindo sentença: I - quando a questão de mérito for unicamente de direito, ou, sendo de direito e de fato, não houver necessidade de produzir prova em audiência; II - quando ocorrer a revelia (art. 319). Art. 343. Quando o juiz

protelatórias” relativas à produção de provas (art. 130/CPC).⁶³ E, em certos casos, a atuação das partes no processo e o princípio dispositivo compõem o juiz a dar como provados certos fatos (CPC, arts. 319, 334, II a IV, 343, § 2º, 372).⁶⁴

A regra inserida no princípio dispositivo e na livre investigação das provas é nesse sentido: ou o juiz depende, na instrução da causa, do que é de iniciativa das partes, quanto às provas para fundamentar sua decisão, ou, por outro lado, poderá averiguar os fatos e partir para o descobrimento da verdade real. Porém, como já dito, o processo não é ato de livre condução pelo juiz, que dele não é dono, já que advém da norma que regula a função jurisdicional, as

não o determinar de ofício, compete a cada parte requerer o depoimento pessoal da outra, a fim de interrogá-la na audiência de instrução e julgamento. § 1º A parte será intimada pessoalmente, constando do mandado que se presumirão confessados os fatos contra ela alegados, caso não compareça ou, comparecendo, se recuse a depor. § 2º Se a parte intimada não comparecer, ou comparecendo, se recusar a depor, o juiz lhe aplicará a pena de confissão. Art. 418. O juiz pode ordenar, de ofício ou a requerimento da parte: I - a inquirição de testemunhas referidas nas declarações da parte ou das testemunhas; II - a acareação de duas ou mais testemunhas ou de alguma delas com a parte, quando, sobre fato determinado, que possa influir na decisão da causa, divergirem as suas declarações. Art. 437. O juiz poderá determinar, de ofício ou a requerimento da parte, a realização de nova perícia, quando a matéria não lhe parecer suficientemente esclarecida. Art. 440. O juiz, de ofício ou a requerimento da parte, pode, em qualquer fase do processo, inspecionar pessoas ou coisas, a fim de se esclarecer sobre fato, que interesse à decisão da causa.

⁶³ Art. 130 - Caberá ao juiz, de ofício ou a requerimento da parte, determinar as provas necessárias à instrução do processo, indeferindo as diligências inúteis ou meramente protelatórias.

⁶⁴ Art. 319. Se o réu não contestar a ação, reputar-se-ão verdadeiros os fatos afirmados pelo autor. Art. 334. Não dependem de prova os fatos: I - notórios; II - afirmados por uma parte e confessados pela parte contrária; III - admitidos, no processo, como incontroversos; IV - em cujo favor milita presunção legal de existência ou de veracidade. Art. 343. Quando o juiz não o determinar de ofício, compete a cada parte requerer o depoimento pessoal da outra, a fim de interrogá-la na audiência de instrução e julgamento. § 1º A parte será intimada pessoalmente, constando do mandado que se presumirão confessados os fatos contra ela alegados, caso não compareça ou, comparecendo, se recuse a depor. § 2º Se a parte intimada não comparecer, ou comparecendo, se recusar a depor, o juiz lhe aplicará a pena de confissão. Art. 372. Compete à parte, contra quem foi produzido documento particular, alegar no prazo estabelecido no art. 390, se lhe admite ou não a autenticidade da assinatura e a veracidade do contexto; presumindo-se, com o silêncio, que o tem por verdadeiro.

atividades dos órgãos jurisdicionais no exercício da função jurisdicional. Ao conduzir o processo, o juiz obedece a regras inseridas no direito processual, o qual oferece as leis processuais e instrumentais, disciplinando a aplicação do direito material ao caso concreto.

Dentre essas regras e normas procedimentais, existem aquelas que regulam o tempo no processo. Como nos ensina Ovídio Araújo Baptista da Silva,⁶⁵ o processo tem o significado de avançar, caminhar em direção a um fim, o que nos leva ao raciocínio de que o processo envolve a idéia de temporalidade, ainda que, no direito, corresponda à atividade que se desenvolve perante os tribunais para a obtenção da tutela jurídica estatal.

O processo nasce com a iniciativa da parte, mas recebe impulso oficial, não puramente, mas correlacionado ao interesse das partes. O fim do processo está previsto na norma e se dá após a prática dos atos processuais ali preconizados. Pode ser que o processo se arraste nos tribunais por longos e tortuosos anos, cabendo aqui a crítica de Mauro Cappelletti e Bryant Garth que, analisando os efeitos do tempo no processo, concluem:

Em muitos países, as partes que buscam uma solução judicial precisam esperar dois ou três anos, ou mais, por uma decisão exeqüível. Os efeitos dessa delonga, especialmente se considerados os índices de inflação, podem ser devastadores. Ela aumenta os custos para as partes e pressiona os economicamente fracos a abandonar suas causas, ou a aceitar acordos por valores muito inferiores àqueles a que teriam direito. A Convenção Européia para

⁶⁵ SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. Curso de processo civil: processo de conhecimento, v. 1. p. 195.

Proteção dos Direitos Humanos e Liberdade Fundamentais reconhece explicitamente, no artigo 6º, parágrafo 1º que a Justiça que não cumpre suas funções dentro de 'um prazo razoável' é, para muitas pessoas, uma Justiça inacessível.⁶⁶

É claro que a efetividade da justiça não implica apenas na existência de leis efetivas e conexas à realidade de um povo, mas, num sistema judiciário eficaz, devidamente aparelhado de profissionais competentes, percebendo justa remuneração, com estrutura física capaz de acomodar os operadores do direito e receber os cidadãos litigantes e seus inúmeros documentos.

Aliás, é bom dizer que o problema da crise do Judiciário, apenas sob o aspecto do inacreditável volume de processos em trâmite tem suas razões, pelo menos em nosso país, também no crescimento da noção de cidadania e na modernização da legislação, fatores que tornaram o cidadão muito mais consciente de seus direitos e dos deveres do Estado de ampará-los. Parece estar claro também que quanto menos educado é um povo, maior a sua capacidade de demandar judicialmente as suas causas.

Paralelamente, à vista dos debates assistidos no âmbito de nosso Congresso Nacional, temos a nítida impressão de que não existe nenhuma intenção de fazer valer as propostas orçamentárias ideais ao aparelhamento mínimo do Poder Judiciário, seja pelo interesse de pequenos grupos, seja pelas constantes crises que envolvem os Poderes da República. Por outro

⁶⁶ CAPPELLETTI, M e GARTH, B. Acesso à justiça. Porto Alegre: Antônio Fabris Editor, 1998, p. 20/21.

lado, querer uma justiça moderna e eficiente apenas pela simplificação da norma processual, afastando do cidadão importantes e democráticos sistemas de controle dos atos praticados pelo juiz, tais como os recursos, impondo súmulas vinculantes, decisões pré-concebidas, implica a inaceitável violação do exercício democrático dos direitos.

Ainda nos ensinamentos de Ovídio Baptista, a idéia de processo é a de movimento, tendo um ponto de partida, cuja iniciativa é a do cidadão, e um termo final que ocorre com a extinção do feito, onde se verificará ou não a análise meritória. Esse movimento, onde se observará o inevitável e imprescindível impulso oficial, implica em tempo, já que a seqüência de atos processuais tem certa duração. O tempo é, pois, relevante elemento do processo, e conduz o juiz e as partes. O juiz, porque na sua atividade de verificar a verdade dos fatos, deve regredir no tempo a fim de investigar os fatos relatados, reproduzindo-os da forma mais precisa possível, e remeter-se ao futuro a fim de medir as conseqüências de uma decisão.⁶⁷

Além disso, as partes dependem do interesse do juiz, do seu empenho quanto à marcha do processo, desejando que não seja muito acelerada para que não provoque dificuldades na demonstração dos seus direitos, tampouco seja lento a causar-lhes prejuízo no exercício do contraditório e da ampla defesa, o que redundaria numa injustiça. Saber controlar o uso do tempo

⁶⁷ SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. Op. cit., p. 195.

processual de forma a levar ao cidadão, com certa brevidade, a satisfação de seu direito, é dever expressamente conferido ao juiz.

É claro que nem sempre o tempo de duração agradará aos litigantes, pois enquanto o autor pode se esmerar e contribuir para a celeridade do processo, trazendo para o bojo dos autos todos os elementos necessários à breve instrução processual, ao réu é permitido usufruir os inúmeros recursos que possibilitam esticar esse tempo.

Contudo, tal prática não deve ser, de pronto, combatida. Essa é uma garantia conferida ao cidadão e deve ser exercida na medida da ética, da moral e da licitude de seus atos, competindo, porém, ao juiz, aplicar as sanções previstas nas leis contra aqueles que, abusadamente, usam do processo de forma indevida.

O tempo obriga também as partes. Compete-lhes cumprir e praticar os atos processuais dentro de determinado prazo, culminando-lhes a lei, pena ou sanção pelo descumprimento de tal regra. Na verdade, a lei faculta ao litigante o exercício dos atos processuais que lhe competem, mas não permite que essa prerrogativa fique à mercê da iniciativa do interessado perenemente.

Como dito, a idéia de processo é a de movimento no sentido de início ao fim, não sendo possível que esse final dependa exclusivamente da verificação da prática de certo ato da parte. Desta forma, quis acertadamente o legislador que, ainda que o processo possa durar mais do que o tempo

imaginado pelos litigantes, e esse dilema jamais será superado, não havendo uma fórmula que satisfaça ambas as partes, o processo não pode se prolongar indefinidamente no tempo apenas porque o autor, ou o réu, ainda não se desincumbiu do ato que lhe cabia.

No processo, o tempo é uma condicionante da verdade. Às partes cabe a prática dos atos processuais, estipulados de forma organizada e moldados de forma a conduzir o processo ao seu fim precioso, a sentença, seja ela terminativa ou definitiva. Alcançado esse objetivo, tem o juiz, em tese, encerrada a sua atuação no processo, nele não podendo inovar. Mas para isso, deve observar que, antes, cada uma das partes cumpra com o seu papel primordial praticando os atos que lhes dizem respeito.

A pena pela omissão ou pelo mal desempenho, ou ainda, pelo desempenho intempestivo da parte é severa, pois, a verdade dos fatos deve ser demonstrada a tempo e a modo, de forma que, a sua omissão ou a sua demonstração intempestiva provoca na decisão um resultado não esperado.

O que se deve entender é que, se a parte tarda ou omite a prestação da verdade, o resultado é um só, ou seja, uma decisão discorde da verdade, não porque é má decisão, mas porque aquele processo não conheceu a verdade daqueles fatos. Assim, não alegado e comprovado o pagamento, ainda que seja a mais pura verdade, não pode o juiz decidir nesse sentido, mesmo porque, é óbvio, dela não teve conhecimento. Proferida a sentença, essa disporá sobre uma relação que jamais existiu no mundo real, mas que se

torna a mais absoluta verdade porque a parte deixou transcorrer o tempo sem que contra ela nenhuma atitude fosse tomada. Não se trata de justiça ou injustiça, mas de uma decisão acertada nos fatos que a parte verdadeiramente possibilitou ao juiz conhecer.

Por outro lado, mesmo que não alegada a tempo, mas havendo a comprovação antes da sentença, seria inconcebível ao juiz decidir contrariamente à verdade. Há casos em que a prova da verdade pode ser demonstrada a qualquer tempo, mas, é bem possível que o tempo consumirá a verdade intempestiva criando outra relação jurídica, como veremos mais adiante.

Cabe, pois, uma análise dos aspectos pragmáticos e dogmáticos do tempo no Direito, percorrendo as posições normativas e doutrinárias para que se possa verificar os efeitos dessas mesmas leis sobre o direito do indivíduo, tendo em conta que, o tempo também é inexorável em relação à defesa do direito, de forma que, caso prevaleça, a verdade que antes era uma, passa a ter outra face, essa diferente da original, caso o tempo tenha corrido em toda a sua plenitude.

E, como dito, os atos do procedimento, além de estarem adstritos à certas regras, submetem-se a uma prévia fixação cronológica, os prazos judiciais, razão porque devem ser realizados no momento oportuno.

No entanto, na visão de Habermas, nada disso faz qualquer sentido, já que a verdade nada mais é do que um conceito dialético que vai sendo gradativamente construído mediante a argumentação entre os sujeitos, de forma que a verdade, ao invés de ser revelada, é construída. A razão se desloca do sujeito e do mundo para se situar no discurso ou no que é produzido pelo discurso. Então, o discurso, que implica a interação do sujeito com os demais sujeitos, é capaz de levar os sujeitos ao consenso e na significância do objeto.⁶⁸

Então, a razão não é mais buscada no mundo, nem no sujeito, mas na argumentação resultante do relacionamento, já que não importa mais a reflexão isolada do indivíduo, preponderando a comunicação, o relacionamento humano. Enquanto houver consenso, prevalece a verdade e a razão, ou seja, são conceitos provisórios que podem ser confirmados no consenso.⁶⁹

A verdade pode ser construída – e não descoberta - através da argumentação colaborativa dos sujeitos em interação, em perfeito diálogo. Assim, tudo o que puder ser representado em proposições verdadeiras será real, enquanto o verdadeiro é apenas o resultado de uma pretensão defensável.

⁶⁸ HABERMAS, Jürgen. Direito e democracia, entre facticidade e validade. Vol. I. Trad. Flávio Breno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997

⁶⁹ HABERMAS, Et. seq

5.1 - A Verdade e o Processo

As formas de revelação da verdade no processo judicial sofreram significativa evolução nos tempos, mas as relações do homem com a verdade no processo judicial sempre se deram de forma muito complexa. De métodos empíricos e rudimentares, fortemente influenciados pela religião, com a constante invocação da proteção divina, buscava-se a verdade dos fatos nos tempos mais remotos. Os juízos de Deus, as ordálias, forma por muito tempo utilizadas pelos germanos antigos, tinham a finalidade de revelar a verdade mediante o emprego de técnicas cruéis e, na maioria das vezes, mortais, cujo resultado “testava” a inocência do acusado. Eram das ordálias a prova do fogo, quando o acusado era obrigado a tocar com língua um ferro quente ou carregar uma barra de ferro em brasa, ou mesmo, caminhar sobre ferros incandescentes. O duelo serviu como importante elemento de revelação da verdade, com a vantagem de dispensar o juiz e as testemunhas. Somente com a abolição das ordálias e a proibição do duelo é que a prova testemunhal, a perícia e a confissão adquiriram importância.

Tem-se pensado muito sobre o conceito dado à prova como o conjunto de meios produtores da certeza jurídica. Pensa-se também que a prova constitui o conjunto de meios usados para demonstrar a existência de fatos relevantes para o processo. Afinal, a finalidade da prova é a de levar a certeza da existência ou da inexistência do fato jurídico, ou melhor, dos fatos alegados no processo.

No sistema processual vigente, a convicção ou a certeza sobre a existência ou a inexistência dos fatos alegados no processo, a convicção sobre a verdade que se quer revelar através do processo, depende, no entanto, da maneira como as provas são expostas ou da maneira como elas são apreciadas pelo juiz.⁷⁰

É que a apreciação da prova se dá em caráter subjetivo, razão porque, a mesma prova analisada sob a ótica da parte, do magistrado e do órgão revisor, quando a sentença é submetida a análise dos tribunais, a mesma prova pode formar mais de uma certeza. Isso ocorre exatamente pelo fato de que as provas são livremente analisadas pelo julgador, com o gravame de que a convicção formada pelo juiz deve levar em conta apenas os elementos probatórios constantes dos autos, não lhe sendo permitido valer-se de provas obtidas fora do processo.

Ao juiz cabe apreciar livremente as provas, imprimindo a elas a análise que julgar conveniente, inclusive lhes imprimindo, quando for o caso, as suas impressões pessoais, escorando-se nas máximas de experiência, não lhe sendo, portanto, impingidos critérios rígidos e inflexíveis de apreciação da prova. E, desde que fundamente a sua decisão, entende-se revelada a verdade

⁷⁰ “Mas, pelas contingências da falibilidade humana, é possível que a solução judicial não corresponda, na realidade, nem à justiça e nem à verdade... A sentença injusta é uma fatalidade na vida processual, mas que, mesmo assim, surte efeitos, não permitindo nem mesmo a ação rescisória, que é restrita à sentença ilegal.” Arruda Alvin, Curso de direito processual civil. Vol. 2, São Paulo: RT, 1972, p. 205.

processual. Ao proferir a sentença, o juiz está assim revelando a vontade da lei.

Leciona Ovídio A. Baptista da Silva que a separação entre a aparência e a verdade é um fenômeno que ocorre de forma natural nas ciências sociais. E se para as ciências em geral constitui atribuição quase sempre impossível de ser realizada a revelação da verdade dos fatos, tampouco se pode exigir do processo judicial a missão de descobrir ou estabelecer a verdade dos fatos sobre os quais ele opera. O estabelecimento da verdade dos fatos mediante as provas que foram colhidas num processo judicial, jamais poderá afastar a possibilidade de que o contrário também pode ter ocorrido, por isso que a verdade dos fatos judiciais não passa de simples verossimilhança.⁷¹

É o princípio da verossimilhança, o direito da tutela da aparência, o ser dominante do processo judicial, sendo o sustentáculo para que o juiz possa receber a petição inicial, decidir todas as questões de caráter interlocutório e, eventualmente, proferir as sentenças liminares.⁷²

Pondera Marinoni que o direito liberal eliminou os poderes do juiz, limitando o seu julgamento aos ditames da lei, mas se o sistema deseja um juiz passivo e despido de poder, objetivando garantir a liberdade do cidadão, não pode admitir um julgamento fundado em verossimilhança. O juiz somente

⁷¹ SILVA, Op. cit., p. 71/72.

⁷² SILVA, p. 73.

poderia julgar após ter encontrado a verdade, a certeza jurídica, ocasião em que o seu julgamento não representaria uma ameaça à liberdade do cidadão. No entanto, a busca da verdade é uma quimera e toda a certeza jurídica se resolve na verossimilhança dos fatos.⁷³

Nessa análise, ao fundamentar o seu julgamento num juízo de verossimilhança em certa demanda que implique uma cognição sumária, tal como ocorre com o mandado de segurança, onde o julgador não dispõe de todos os elementos fáticos ou de direito para formar o convencimento de forma plena, o juiz, incumbido de revelar a vontade da lei estaria tutelando alguém baseado, não na certeza de ser essa a vontade da lei, mas na possibilidade de que essa seja a verdadeira vontade. Estaria, em suma, revelando a provável vontade da lei.

Pode-se supor que, contudo, a lei não tem uma única vontade – pena de se validar a tirania – mesmo porque, os homens não vêm as coisas sempre da mesma maneira. É possível que a própria sobrevivência da espécie humana esteja sustentada nas diferenças e não nas identidades, de forma que, num processo, a convicção formada a respeito dos fatos, não afasta a possibilidade de que o contrário também possa ter ocorrido, razão porque a verdade dos fatos judiciais não passa de simples verossimilhança. Os fatos tratados no processo são fatos juridicizados e o que se busca no processo é o significado que se deve atribuir a esses fatos jurídicos, laborando o juiz não com simples

⁷³ MARINONI, Luiz Guilherme. Novas linhas do processo civil. 4ª ed., rev. e ampl. São Paulo: Malheiros Editores, 2000, p. 42/43.

descrição empírica dos fatos, mas com a interpretação da norma legal e da qualificação jurídica desses fatos.⁷⁴

Assim, é a verossimilhança que preside a atividade judicial, como verdade contextual e possível, tanto para o juiz quanto para as partes, razão porque o direito que se torna litigioso é mais fraco e menos sólido do que o direito material que é pacificamente aceito e observado no convívio social.⁷⁵

Ovídio Baptista sustenta que todo o processo judicial é dominado pela verossimilhança. Desde o recebimento da petição inicial, passando pelas decisões interlocutórias, as sentenças liminares, até a sentença de mérito, todo o tempo o processo é conduzido por juízos de verossimilhança, porquanto o contrário, sustentado na busca da verdade e da vontade da lei, não justificaria a cadeia recursal existente.⁷⁶ E arremata:

São estas considerações que revelam a diferença entre "verdade" e "significado", fazendo-nos compreender que a suposta "vontade da lei" transforma-se na medida em que se transformam as circunstâncias históricas vividas pelo intérprete, a fim de que o "significado" da lei harmonize-se com as novas realidades sociais. Encontramo-nos, realmente, no ponto de rotura entre o ideal do Iluminismo, com sua pretensão de domar a insegurança e as incertezas inerentes à vida humana, obtendo a máxima segurança através do Direito, e as novas realidades sociais e políticas que nos obrigam, com a força das potências históricas que as produziram, a abandonar essa perigosa ilusão. Teremos de regressar ao ponto em que o Direito, longe de ter a sonhada virtude de expressar-se através de uma linguagem unívoca,

⁷⁴ SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. Verdade e significado. Artigo publicado no site da Academia Brasileira de Direito Processual. <http://www.abdpc.org.br/textos/artigos>

⁷⁵ SILVA, Et seq

⁷⁶ SILVA, Et seq

como pretenderam as filosofias liberais do século XVII, era aceito como essencialmente problemático, incapaz de admitir o raciocínio dedutivo, próprio da matemática. Pouco importa que gostemos ou não desta nova contingência. A superação do dogmatismo, que é a expressão mais visível de nosso paradigma, é uma imposição das novas realidades históricas.⁷⁷

De outro lado, Leonardo Greco, com impressionante acerto, leciona que é ilusória a idéia de que o Estado de Direito assegura ao jurisdicionado o pleno gozo da mais ampla e eficaz tutela jurisdicional:

Uma das maiores ilusões que a consciência democrática contemporânea difunde na sociedade é a de que, no Estado de Direito, todo aquele que tiver um direito lesado ou ameaçado vai receber do Estado a mais ampla e eficaz tutela jurisdicional que lhe assegurará o pleno gozo desse direito. Ocorre que o direito nasce dos fatos e não houve até hoje nenhuma ciência ou saber humano que fosse capaz de empreender uma reconstrução dos fatos absolutamente segura e aceita por todos, para que o juiz pudesse limitar-se a dizer o direito a ela aplicável.⁷⁸

Raciocina que a exata reconstrução dos fatos é o pressuposto fundamental das decisões justas, capaz de conferir eficácia à tutela jurisdicional. E essa reconstrução se faz através da análise da prova, instrumento que o processo busca na realidade da vida, usado para marcar a existência de fatos relevantes da nossa existência.⁷⁹

⁷⁷ SILVA, Et seq

⁷⁸ GRECO, Leonardo. O conceito de prova. Artigo elaborado para a coletânea de estudos em homenagem ao Professor Égas Moniz de Aragão. Revista da Faculdade de Direito de Campos, Ano IV, Nº 4 e Ano V, Nº 5 - 2003-2004.

⁷⁹ GRECO, Et seq

Destaca que, hoje em dia, a Imprensa tem investigado os fatos com muito mais eficiência do que o Judiciário, causando grave desprestígio para a Justiça a revelação pública de fatos e provas que contrariam as sentenças proferidas nos processos, causando o descrédito da população quando o a decisão judicial não se harmoniza com o “julgamento” da Imprensa.⁸⁰ De fato, são exemplares as decisões proferidas em casos famosos, como a ação criminal que acabou por absolver o ex-deputado Sérgio Naya, ou o caso do Juiz Nicolau e o desvio de verbas para a construção da sede do TRT em São Paulo, dentre outros.

É que o processo é estudado de tal forma que as questões de fato adquirem pouca importância, já que se as regras jurídicas forem observadas adequadamente, pouca importância terá o fato de que o resultado possa estar próximo ou distante da realidade da vida. Mas, a exata reconstituição dos fatos é um pressuposto fundamental, inclusive para a eficácia da tutela jurisdicional e para a legitimação do poder político de que estão investidos os julgadores.⁸¹

A prova é o instrumento de que o processo deve se valer para conferir segurança e credibilidade à decisão judicial, evitando que ela cause um dano a um direito. E não se trata de elemento exclusivo do Direito, pois a prova é um fenômeno do cotidiano humano como meio lógico através do qual se constrói o

⁸⁰ GRECO, Et seq

⁸¹ GRECO, Et seq

juízo, é a soma dos fatos produtores da convicção, apurados no processo.⁸²

Provas são os fatos que apresentam circunstâncias das quais se extrai o conhecimento dos fatos probandos; ou os meios de comunicação que transmitem os fatos probantes ou probandos ao conhecimento do julgador (os testemunhos, os documentos, laudos periciais, etc.); são também as atividades humanas por meio das quais os meios de prova comunicam ao julgador o conhecimento dos fatos; ou os argumentos ou inferências desenvolvidos racionalmente para influir no julgamento da existência dos fatos; é, afinal, “o conclusivo acerto da existência ou não dos fatos probandos, manifestado em decisão fundamentada pelo julgador com base em todos os elementos anteriores”.⁸³

Pode-se dizer acertadamente que a prova tem como destinatário o juiz e a função de produzir nele uma convicção acerca do fato probando. Objetivamente a prova tem a função de revelar a verdade ou a certeza dos fatos, proporcionando a produção da justiça. Alias, a idéia de justiça está ancorada no pressuposto da verdade, de forma que os indivíduos somente se sentem motivados a viver sob o império da lei, quando podem perceber que essa mesma lei é capaz de produzir a justiça, dando a cada um verdadeiramente o que é seu.

⁸² GRECO, Et seq

⁸³ GRECO, Et seq

Sendo a prova o elemento necessário para formar a convicção do juiz acerca da veracidade dos fatos, a ausência ou a insuficiência da prova, em princípio, impede o juiz de aceitar a existência dos fatos controvertidos da causa, levando-o à julgar improcedente o pedido formulado. Mas o comando do artigo 130 do Código de Processo Civil ⁸⁴ permite que o juiz diligencie no sentido de buscar provas necessárias à formação de sua convicção. O princípio dispositivo diz respeito às questões que foram deduzidas no processo, não permitindo que o juiz conheça de matéria que a lei exige iniciativa da parte. Mas, o poder instrutório do juiz, que não é exceção ao princípio dispositivo, permite que o julgador determine a produção de provas que entender necessárias ao deslinde da ação.

Mesmo quando ocorre a hipótese da revelia, não está o juiz obrigado a aceitar incondicionalmente as alegações do autor, dispensado-o da comprovação dos fatos alegados. Mormente quando as alegações forem, de certa forma, absurdas ou contrárias ao conjunto dos autos, deve o juiz diligenciar no sentido de que sejam trazidas ao processo os elementos de convicção suficientes para a fundamentação da decisão.

Os instrumentos de investigação são, por sua natureza, falhos, mesmo porque as partes somente produzem as provas relacionadas aos fatos que

⁸⁴ Art. 130/CPC – Caberá ao juiz, de ofício ou a requerimento da parte, determinar as provas necessárias à instrução do processo, indeferindo as diligências inúteis ou meramente protelatórias.

interessam a cada uma delas. As partes podem não ter o interesse de apurar a verdade, mas fazer valer as suas proposições. O poder instrutório do juiz torna-se, portanto, fundamental para a paz social. Ademais, de nada adianta uma investigação fática incompleta, que impede que o cidadão obtenha a tutela dos direitos pela impossibilidade de demonstrar a ocorrência dos fatos dos quais ele se originam.⁸⁵

É necessário, então, que se garanta a apuração dos fatos, a busca da verdade como pressuposto da tutela jurisdicional efetiva dos direitos conferidos no ordenamento jurídico, um julgamento conforme a verdade jurídica e fática.

Se a verdade no processo tem essa relevância humanitária e política, ela não pode ser uma outra verdade senão aquela que resulta do mais qualificado método de investigação acessível ao conhecimento humano, em qualquer área do saber. A concepção de Calamandrei de que o acerto dos fatos no processo é insignificante para o Direito, que pode contentar-se com uma investigação fática hermética, submetida a regras próprias, incompatíveis com as das outras ciências empíricas, com uma verdade “jurídica” que não passa de uma ficção de certeza, uma sombra da verdade objetiva, porque os juízos fáticos no processo não são mais do que probabilidades ou verossimilhanças, não mais satisfaz às exigências do Estado Democrático de Direito.⁸⁶

Deve então o jurista debruçar-se sobre as questões epistemológicas da verdade, não da verdade utópica, metafísica, mas a acessível ao conhecimento racional a respeito dos fatos do mundo em que vivemos. A verdade com os significados político e garantístico que possa aproximar o processo da justiça, levando à reconstrução mais fiel possível dos fatos da

⁸⁵ GRECO, Et seq

⁸⁶ GRECO, Et seq

causa, produzindo decisões justas, o que não significa a transformação do processo numa busca interminável da verdade absoluta, mesmo porque, o ideal – acalentado pela *civil law* – é o da necessidade social de que o processo tenha um fim, tornando a celeridade em um dos mais importantes paradigmas do processo eficiente e garantista, fato que, indubitavelmente, resulta numa fragilização da busca da verdade.⁸⁷

Ademais, é imprescindível que as normas relativas à produção de provas não constituam obstáculos à reconstrução objetiva dos fatos, adotando-se técnicas de antecipação da atividade probatória como meio de evitar que a celeridade processual constitua um obstáculo à revelação da certeza jurídica.⁸⁸

No escol de Antonio Magalhães Gomes Filho, “livre convencimento é sobretudo convicção fundamentada, ou seja, convencimento transparente, justificado perante as partes e a sociedade”.⁸⁹

A convicção do juiz é livre, mas, para ser válida, deve estar motivada ou fundamentada nas provas produzidas no processo. Esse sistema resulta em garantia das partes, porque a fundamentação lhes dará os melhores motivos para impugnar a decisão; do juiz, porque fundamentando a sua decisão, afastará a possibilidade de alegação de arbítrio ou de parcialidade; e do próprio

⁸⁷ GRECO, Et seq

⁸⁸ GRECO, Et seq

⁸⁹ GOMES FILHO, Antonio Magalhães. Direito à prova no processo penal. São Paulo: RT, 1997, p. 163.

Estado, porque quer que a lei seja corretamente aplicada na solução da controvérsia.⁹⁰

Propugnando pela liberdade plena do juiz na apreciação da prova, o critério do livre convencimento permitia que o julgador decidisse a lide segundo suas convicções pessoais e até mesmo contra as provas produzidas nos autos. Pondo freios ao livre convencimento, o artigo 131 do nosso Código de Processo Civil impôs ao julgador a motivação da decisão, contanto que esteja adstrita às provas existentes nos autos, apesar de que, em muitos casos, o juiz não está totalmente livre para avaliar as provas conforme a sua consciência em razão do fato de a lei obrigá-lo a seguir o resultado de um meio de prova, ainda que esteja convencido do contrário.

Nessa linha de raciocínio, Leonardo Greco conclui que a concepção positivista do sistema normativo do livre convencimento artificializa a investigação dos fatos, o que não ocorre com as outras ciências que buscam sempre o intercâmbio com todas as áreas do conhecimento, respeitando apenas os limites éticos ou humanitários, desenvolvendo o livre convencimento através de critérios objetivos e racionais garantidores de um resultado, cuja confiabilidade esteja o mais próximo possível da verdade. Em sua visão, assim deve ser o moderno sistema normativo, ou seja, um sistema que, como as outras ciências, seja aberto a esse intercâmbio.⁹¹

⁹⁰ ALVIN, Carreira. Teoria geral do processo. 5ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1966, p.302.

⁹¹ GRECO, Leonardo. Op. cit., p. 243.

No século XVII, na França, como reação ao sistema de provas legais e como um instrumento de liberalização, emerge a livre convicção. O risco maior desse sistema foi e continua a ser a introdução do livre arbítrio no sistema probatório, nas exatas palavras de Leonardo Greco, “tanto mais nefasto quanto mais impessoal e técnica é a forma de investidura do juiz profissional”.⁹² Como são incalculáveis as escolhas que o juiz pode fazer, restando sempre presente o risco do arbítrio, resultando numa insegurança jurídica inadmissível num Estado de Direito, a opção foi a da construção de um sistema normativo de regras que o juiz deve obedecer e que abundam nos nossos Códigos Civil e Processual Civil⁹³ e que estabelecem as presunções legais, a força probante de cada meio de prova, os casos em que certas provas não são admissíveis e a distribuição do ônus da prova, situação que redundava num método burocrático e redutor de investigação dos fatos.⁹⁴

Para agravar ainda mais o sistema de apreciação das provas, é de se lembrar que, contrariando o que prega a chamada teoria da argumentação ou

⁹² GRECO, p. 249.

⁹³ “... na possibilidade de o juiz determinar produção de provas de ofício (art. 130 do CPC), na importância atribuída pelo legislador ao interrogatório das partes (artigo 342 do CPC) e ao depoimento pessoal (artigo 343 e parágrafos do CPC). Observe-se, ainda, que a testemunha depõe sob compromisso (arts. 415 do CPC e 203 do CPP) e que todo o sistema de prova está orientado ao conhecimento da verdade dos fatos (arts. 282, VI, e 332, ambos do CPC). A preocupação com a verdade também se reflete na possibilidade de recursos fundado em *error in iudicando*, a exemplo das hipóteses de julgamento manifestamente contrário à prova dos autos (art. 593, III, *d*, do CPP). Alias, trata-se de curiosa situação em que a sentença é anulada não por *error in procedendo* (como se passa ordinariamente), mas por erro no exame do mérito.” SOUZA, Luiz Sérgio Fernandes de. Abuso de direito processual: uma teoria pragmática. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005, pág. 150.

⁹⁴ GRECO, Leonardo. Op. cit. p. 249/250.

nova retórica esposada por Chaim Perelman,⁹⁵ as decisões, que deveriam resultar de um consenso, é fruto da decisão – ou do arbítrio – de uma só pessoa. O juiz, ao atuar como um órgão do Estado, no interesse de toda a coletividade, não pode ser simplesmente revelador de sua vontade, tampouco quando, à guisa de justificar a limitação temporal que lhe imposta, o juiz constrói uma verdade jurídica que está afastada dos fatos como realmente ocorreram, transformando a dúvida em verdade.

A verdade – e não a autoridade – é um valor humanitário fundamental no Estado Democrático de Direito. Não é um fim em si mesmo. Da verdade dependem a eficácia da liberdade, da justiça e do bem comum e, como instrumento da verdade, a prova vai cumprir a função social de dar segurança às relações. Por outro lado, permitir que o juízo da verossimilhança incondicionalmente, retardando e reduzindo o momento da produção probatória, à pretexto de que o processo justo é o processo célere, reduzirá o espectro do Direito Democrático de Direito ao reducionismo do arbítrio do juiz.

Esclarecendo a questão, Sérgio Cruz Arenhart entende a verdade como um pressuposto da prova através da qual se busca investigar a verdade dos fatos sobre os quais o juiz aplicará a regra jurídica. Para a aplicação do direito é necessário o conhecimento dos fatos. A verdade, então, toma o sentido de concordância entre um fato ocorrido na realidade e a idéia que

⁹⁵ PERELMAN, Olbrechts-Tyteca. Tratado da argumentação: a nova retórica. (trad. Maria Ermantina Galvão G. Pereira) São Paulo: Martins Fontes, 1996.

fazemos dele. A descoberta da verdade é o objetivo do processo, senão o principal objetivo. Se, ao Poder Judiciário, cabe a função de aplicar o direito objetivo aos casos concretos, torna-se essencial a reconstrução de tais casos a fim de que a norma a ser aplicada seja aquela adequada. É da necessidade de se saber como os fatos aconteceram é que decorre a importância e o destaque dado ao Processo de Conhecimento, justificando também a atividade probatória do juiz.⁹⁶

É, pois, a verdade o elemento legitimador do direito processual, pois o objetivo fundamental da Jurisdição é a justa composição da lide ou a atuação da vontade concreta do direito, o que somente pode ocorrer se a verdade sobre os fatos for adequadamente revelada. E a prova é o instituto mais importante relacionado ao direito processual e à sua função reveladora.

De fato, pode-se imaginar que a legitimidade das decisões judiciais escora-se no pressuposto da reconstrução dos fatos sobre os quais a lide incide, aí residindo a base fundamental da verdade substancial. A importância da verdade é tal que o juiz pode abster-se de julgar o mérito da causa se não encontrar a prova satisfatória capaz de revelar a verdade dos fatos de que trata a lide. No entanto, sendo o processo um instrumento público, o juiz está autorizado a buscar a verdade sobre os fatos investigados, inclusive suprindo a atividade probatória que, em princípio, cabe às partes.

⁹⁶ ARENHART, Sérgio Cruz. A verdade e a prova no processo civil. Artigo publicado no site da Academia Brasileira de Direito Processual Civil. <http://www.abdpc.org.br/textos/artigos> .

A antes propalada verdade formal, mais ligada a uma idéia de ficção da verdade, por conferir um grau menor de segurança, de certeza, às decisões, tornou-se absolutamente inconsistente, sem utilidade prática, vindo gradativamente a perder importância no desenvolvimento do processo civil. Não se pode mais, nos dias de hoje, admitir que o juiz mantenha-se inerte no processo, deixando a tarefa de reconstrução dos fatos à mercê das partes.

Arenhart reconhece que, ainda que a teoria processual esteja baseada na idéia de verdade como caminho condutor da justiça, é inegável que a verdade real não pode ser atingida através do processo, não passando tal raciocínio de mera utopia, já que a essência da verdade é inatingível, mesmo porque a reconstrução dos fatos vem sempre influenciada por aspectos subjetivos das pessoas que o presenciaram ou do juiz quando valora a evidência concreta, significando que sempre haverá uma interpretação sobre o fato ou sobre a prova desse fato, alterando o seu real conteúdo.⁹⁷

Jamais se poderá afirmar com toda a convicção que os fatos não ocorreram de modo diferente, mesmo porque, além da dose de subjetividade decorrente da análise das provas pelo juiz, certas regras limitadoras da produção probatória, tais como as que impedem as provas ilícitas ou as que permitem o silêncio do depoente, limitam a possibilidade de reconstrução dos fatos. Ademais, o máximo que o juiz, como encarregado de desvendar a verdade velada pela controvérsia das partes, onde cada uma delas possui a

⁹⁷ ARENHART, Et seq

sua verdade, o máximo que se pode esperar do juiz, como humano que é, é a valoração das provas de forma convergente à feita pela opinião comum média. É possível que se verifique que há uma grande probabilidade de que o fato realmente ocorreu e daquela forma, mas nunca a certeza de que isso seja a mais pura verdade.⁹⁸

Então, o que o juiz vê não é a verdade, mas o que aparenta ser a verdade, ou a verossimilhança, algo que o juiz compreende ser possível ou impossível, e, portanto, verossímil, de acordo com as suas máximas de experiências, daí podendo se entender que algo pode ser aceito como verídico se, para o julgador, é um fato que ocorre no seu dia-a-dia; ao contrário, será tido como inverídico quando, mesmo podendo ser possível e verdadeiro, estiver em contraste com os critérios da normalidade.⁹⁹

Daí porque a sentença judicial não revela a verdade dos fatos. Cria uma verdade baseada em certos dados processuais tomados como pressupostos verdadeiros. A verdade substancial torna-se, portanto, um mito, alongando o tempo processual em nome da reconstrução precisa dos fatos que jamais será possível, pois o resultado sempre será um juízo de verossimilhança.

⁹⁸ ARENHART, Et seq

⁹⁹ ARENHART, Et seq

Arenhart prefere a fórmula determinada por Habermas, ou seja, a verdade não pode ser revelada, mas construída mediante o discurso onde os sujeitos argumentam em colaboração e não em conflitualidade, sendo suas versões somadas ao papel ativo do juiz, que também vai atuar dialogando, de forma que a verdade construída é aquela possível e que guiará a aplicação da lei ao caso submetido ao Judiciário. Nesse caso, o processo deixa de ser o instrumento de revelação da verdade para se tornar o palco onde os sujeitos argumentarão, resultando do consenso fundamentado na verossimilhança e no diálogo argumentativo a verdade possível.¹⁰⁰

Pondera que a doutrina processual precisa superar a visão ontológica à respeito da verdade, de que a sua descoberta é um mito e que o processo trabalha, de fato, com a verossimilhança e com a argumentação. A comprovação da verdade não é a finalidade do processo. O direito processual não está habilitado à busca da verdade substancial, tornando-se necessária a reformulação da doutrina processual para essa realidade, para compreender e lidar com os instrumentos de que o processo dispõe.

Outrossim, com base na análise do procedimento que legitima e mesmo permite a cognição, parece ter-se razoável critério (objetivo) para buscar uma distinção entre as noções de possibilidade, verossimilhança e probabilidade. É, de fato, a intensidade do contraditório estabelecido para a cognição (argumentação) que autoriza a classificação acima proposta. Partindo do pressuposto de que as três espécies são, sempre, semblantes (supostos) do que poderia ter sido a verdade dos fatos daquele caso, resultantes da argumentação dialética dos sujeitos do processo (partes e juiz) —

¹⁰⁰ ARENHART, Et seq

portanto, qualquer uma das espécies será considerada, sempre, como tendente à verossimilhança (aparência da verdade) — é possível estabelecer uma graduação entre as três categorias, de acordo com a amplitude do “diálogo” que precede a cognição.

Assim, será possibilidade a aparência de verdade, captada apenas com base na argumentação unilateral (de uma das partes com o juiz), sem a efetivação do contraditório mínimo; baseia-se, exclusivamente, nas alegações de uma das partes, sem qualquer apoio em elementos concretos (provas), passando apenas pelo crivo do juízo intuitivo do magistrado. Já a verossimilhança (poder-se-ia chamar de *stricto sensu*, para diferenciá-la do gênero, que abrange todas estas espécies), e guardando a graduação oferecida por CALAMANDREI, importa a aparência de verdade que se tem com base no contraditório limitado, ainda incipiente; pode-se equipara-lo à noção de *fumus boni iuris*, típico da tutela cautelar. Por fim, a probabilidade, máxima aproximação da verdade ideal, possível para o conhecimento humano, é aquela particularizada pelo procedimento com a garantia do contraditório pleno; o debate que constrói a cognição (a argumentação dialética) é completo, permitindo a total interação entre os sujeitos do conhecimento.¹⁰¹

É de se concluir, então, que a finalidade da prova deve ser reencontrada, descartando-se a idéia de ter como objeto a reconstrução dos fatos, cabendo-lhe servir como peça de argumentação dentro do diálogo travado no processo. Um elemento retórico, regulado pela lei e obediente aos parâmetros fixados pelo Direito e por critérios racionais, destinado a convencer o magistrado de que a afirmação feita pela parte merece crédito, convencê-lo da validade ou da verossimilhança das proposições fáticas formuladas pelo sujeito no processo.

¹⁰¹ ARENHART, Et seq

6 - O tempo e as Atividades Realizadas no Processo Civil

Quanto se toca na questão da “crise da Justiça”, o ponto fundamental e que centraliza toda a discussão reside exatamente no tempo, sendo unânime o entendimento de que o processo demora demasiadamente, até mesmo nos casos mais simples. De fato, para o jurisdicionado, o tempo exerce efeito cruel no seu patrimônio, mas para o juiz é o inimigo, o opositor contra o qual devem ser levantadas todas as armas para que o processo não leve tempo demasiado, tornando inútil a tutela jurisdicional prestada. Contudo, deve também o juiz vigiar para que não seja rápido demais a impedir o pleno contraditório e o exercício adequado do direito de defesa.

Ao pensar na efetividade do processo, o legislador deve concebê-lo também de forma estrutural, organizando-o em uma seqüência de atos que, logicamente encadeados, devem tender à efetiva tutela jurisdicional. Daí, então, que o processo pode ser também entendido como o conjunto ordenado de atos previamente estabelecidos dentro de certo procedimento, cuja finalidade é a de permitir a prestação da tutela jurisdicional.

A compreensão dos efeitos do tempo sobre o processo passa, então, pelo conhecimento da atividade que é exercida em seu interior pelas pessoas que participam da relação jurídica processual, bem como por aqueles que, de uma forma ou de outra, integram a demanda, não como legitimados diretos, mas como os interessados, além daqueles que, pelo ofício, dele devem

participar. Essa atividade está regulada, de forma geral, no Capítulo I, Título V, dos Atos Processuais do Código de Processo Civil brasileiro.

Necessária, pois, uma breve análise desse aspecto do processo, apenas e principalmente com o objetivo de identificar e conceituar os principais atos processuais e suas competências e atribuições.

6.1 - Os Atos Processuais

Sob o aspecto estrutural, o processo é um conjunto de atos tendentes à efetiva prestação da tutela jurisdicional e que seguem uma ordem com começo, meio e fim. Ato processual é normalmente conceituado como uma modalidade de negócio jurídico praticado dentro do processo, ou seja, representa uma manifestação que tem por fim criar, modificar, conservar ou extinguir a relação jurídica processual, conforme o conceito que foi dado pelo art. 81, do Código Civil de 1916.

De forma geral, as partes envolvidas no processo é que são responsáveis pela prática desses atos. Mas não só às partes (autor e réu) podem praticá-los, já que os atos processuais cabem também ao juiz, aos auxiliares de justiça, ao representante do Ministério Público, aos terceiros, assim como aos litisconsortes e às demais pessoas que, de uma forma ou de outra, possam estar nele envolvidas.

Forma é todo o conjunto de solenidades necessárias para a validade do ato, ou seja, aquilo que deve estar contido no ato para que surta seus efeitos desejados. A forma tem a finalidade de gerar segurança e previsibilidade. É de se supor que a liberdade absoluta das formas impossibilitaria que o processo chegasse ao fim, sendo correto imaginar que através da forma processual o caminho trilhado pelas partes culminará na solução da situação conflituosa.

Mas, entre o rigor absoluto e a liberdade total reside o princípio da instrumentalidade das formas expresso nos arts. 154 a 250 do Código de Processo Civil.¹⁰² Prestigia-se o conteúdo e não a forma, buscando-se afastar o culto exacerbado da forma sem cair no extremo oposto que é a liberdade total dos atos. Alguns regramentos, no entanto, devem ser observados e seguidos, tal como o uso obrigatório do vernáculo e a proibição do idioma estrangeiro (CPC, art. 156). Apenas nas hipóteses de juntada de documento que foi originalmente redigido em outro idioma, sua admissão será permitida se acompanhada de tradução feita por profissional juramentado. A ressalva a essa regra reside no emprego das expressões latinas, já que incorporadas à linguagem jurídica.

Importante observar que a linguagem forense há de ser preservada, respeitando-se suas formas tradicionais, mas atenta à modernização e avanços da língua portuguesa. O uso de gírias e de expressões regionais somente deve

¹⁰² Trata-se exatamente do Título V, Dos Atos Processuais.

ser permitido para refletir o fato deduzido pela parte, sendo, no mais, absolutamente impróprio às coisas do direito e da justiça.

Não raras às vezes pode-se observar que a expressão latina diz mais que todas as palavras, podendo aqui, ser citadas, exemplificativamente, as expressões *fumus bonis jures* e *periculum in mora*, além de outras. Qualquer operador do Direito, e às vezes certos leigos, diante de tais expressões, entende imediatamente seu sentido e significado naquele contexto, independentemente de maiores explicações que se possa dar.

O ato processual pode ser praticado de forma livre desde que a lei não prescreva a forma como deva ser praticado, caso em que, desde que alcance a sua finalidade, será considerado válido, orientando-se a lei processual no sentido do melhor aproveitamento dos atos processuais.

Também com relação à publicidade, há regulação explícita no sentido de que somente aqueles atos que envolvem questões de interesse público e que digam respeito às relações da família, tais como o casamento, filiação, separação de cônjuges, conversão desta em divórcio, alimentos e guarda de menores, são protegidos pelo segredo de justiça, se bem que o juiz, conforme a situação e independentemente de requerimento, poderá conferir a outros casos o mesmo tratamento.

O segredo de justiça implica nas restrições da publicidade dos atos e do próprio processo. Portanto, de forma geral, os atos processuais são públicos,

não se admitindo julgamento secreto, devendo-se guardar sigilo para aqueles casos, sendo que os demais serão praticados com a máxima publicidade, inclusive com publicações em jornais.

Ainda que seja relativamente livre quanto à forma, são vedados os espaços em branco, as entrelinhas, as emendas ou rasuras, nos atos e termos, sendo da mesma forma proibido o lançamento de cotas marginais ou interlineares.

6.2 - Os Atos das Partes

Classicamente, os atos das partes (autor, réu, litisconsorte, etc.) são os de obtenção, ou seja, os que visam obter a satisfação de um pedido. Subdividem-se em atos postulatórios quando as partes procuram obter um pronunciamento do juiz a respeito da lide ou do desenvolvimento da própria relação processual. Neles requer-se ao juiz uma providência certa. Ex.: petição inicial, contestação, exceções, recursos, denúncia da lide, chamamento ao processo, etc.

Já os atos instrutórios cumprem a finalidade de levar ao processo elementos de prova. Não representam nem requerimento nem suposição de resultado, tendo o fim de convencer o juiz da veracidade das alegações, tais como o depoimento pessoal, a oitiva de testemunhas, a perícia, a juntada de documentos, etc.

Por fim, os atos dispositivos que significam os negócios jurídicos praticados dentro do processo, ocasião em que as partes abdicam de algum direito ou vantagem processual. A produção de seus efeitos decorre da manifestação da vontade das partes e da homologação do juiz.

6.3 - Os Atos do Juiz e dos Auxiliares de Justiça

Como já dito, os agentes da jurisdição – o juiz e os auxiliares de justiça - também praticam atos processuais. Nesse sentido, os atos decisórios ou os provimentos (finais e decisões interlocutórias), são atos próprios do juiz e se dividem em sentença, que é o ato processual onde o juiz entrega a tutela jurisdicional, resolvendo ou não a lide. Através da sentença poderá o juiz extinguir a relação processual sem decidir a respeito do mérito, hipótese em que será denominada sentença terminativa, desde que ocorram as hipóteses previstas no art. 267 do Código de Processo Civil.¹⁰³ Quando ocorrer que o juiz tenha conhecido o mérito do pedido, a sentença é de resolução, na forma do

¹⁰³ Art. 267. Extingue-se o processo, sem resolução de mérito:

- I - quando o juiz indeferir a petição inicial;
- II - quando ficar parado durante mais de 1 (um) ano por negligência das partes;
- III - quando, por não promover os atos e diligências que lhe competir, o autor abandonar a causa por mais de 30 (trinta) dias;
- IV - quando se verificar a ausência de pressupostos de constituição e de desenvolvimento válido e regular do processo;
- V - quando o juiz acolher a alegação de preempção, litispendência ou de coisa julgada;
- VI - quando não concorrer qualquer das condições da ação, como a possibilidade jurídica, a legitimidade das partes e o interesse processual;
- VII - Pela convenção de arbitragem; (Redação dada ao inciso pela Lei nº 9.307, de 23.09.1996)
- VIII - quando o autor desistir da ação;
- IX - quando a ação for considerada intransmissível por disposição legal;
- X - quando ocorrer confusão entre autor e réu;
- XI - nos demais casos prescritos neste Código.

que determina o art. 269 ¹⁰⁴ sendo chamada de sentença de mérito ou sentença definitiva quando julgar procedente ou improcedente o pedido, produzindo coisa julgada material, impedindo, pelo menos em tese, que a questão seja novamente discutida pelo Judiciário.

Contra as sentenças o recurso cabível é o de apelação. Nas decisões interlocutórias o juiz não extingue o processo, mas, tão-somente resolve questão incidental, como nos casos de concessão ou não de liminar, quando defere ou indefere produção de provas, ou quando ordena a exibição de coisas ou documentos. O julgamento das exceções, que implica na suspensão do processo principal, também é uma decisão interlocutória do juiz de primeiro grau, no caso da arguição da incompetência relativa, e do tribunal, nos casos da suspeição e do impedimento. As decisões interlocutórias desafiam o recurso de agravo.

Por fim, os despachos de mero expediente, que consistem nos demais atos praticados pelo juiz ou tribunal e que não implicam em decisões, apenas provêm a respeito do andamento do processo, como nos casos de designação de audiências, a ordenação da intimação das partes ou testemunhas, a definição da data de realização de praças e outros casos semelhantes. Contra esses atos não cabe recurso algum, pois nada decidem, não resolvem

¹⁰⁴ Art. 269. Haverá resolução de mérito:

I - quando o juiz acolher ou rejeitar o pedido do autor;

II - quando o réu reconhecer a procedência do pedido;

III - quando as partes transigirem;

IV - quando o juiz pronunciar a decadência ou a prescrição;

V - quando o autor renunciar ao direito sobre que se funda a ação.

nenhuma questão, não causando prejuízo à parte. Como exemplo, podem ser citados o ato judicial que difere a apreciação do pedido de liminar, o ato do juiz que condiciona a apreciação do pedido de tutela antecipada à apresentação dos títulos da dívida pública, para fins de comprovação de idoneidade dos títulos, ou que determina as provas necessárias à instrução do processo, indeferindo as diligências inúteis ou meramente protelatórias, visando apenas impulsionar o andamento do processo; ou, ainda, o despacho que apenas ordena a emenda de petição inicial para adaptação do rito.

Os auxiliares de justiça, por sua vez, também praticam atos processuais, caracterizados como atos de escrivania, tais como a constituição física dos processos (autos), a sua autuação (encapeamento das petições, numeração e rubrica das folhas, expedição de certidões, sua assinatura, termos de juntada, etc.), a expedição de mandados, o registro de andamento do processo, dentre outros. Cabe-lhes ainda o controle e a guarda dos processos, de forma ordenada e precisa, respondendo pela eventual entrega equivocada dos autos à pessoa indevida, bem como a expedição de ofícios e certidões mediante ordem judicial ou a requerimento da parte interessada.

6.4 - Efeitos dos Atos Processuais

Os atos processuais servem à instrumentalidade do processo e visam também ao ordenamento da atividade de cada parte. A forma do ato processual não está apenas em seu aspecto exterior, mas em todo o conjunto de solenidades contidas em seu interior e necessárias para a sua validade. O

princípio da instrumentalidade orienta no sentido de que não importa a forma, mas o conteúdo do ato processual para a sua validade.

Materializado através dos atos processuais, o processo pode ser visto como um diálogo entre as partes. O princípio dispositivo determina que a propositura da ação dependa de iniciativa do interessado, após o que receberá impulso oficial. Então, às partes parciais caberá o ônus ou o comportamento que se espera da parte e que não gera à parte contrária o direito de exigir, mas uma consequência jurídica daquele que agiu ou deveria ter agido. Dessa forma, ao pronunciamento de uma parte deve seguir, geralmente, a da outra parte, o que pode ocorrer numa ação ou na omissão, na prática ou na não realização do ato processual competente.

Pode-se entender que a prática do ato – ou a sua omissão – gerará uma consequência processual, porque o ônus processual pode ser entendido também como uma oportunidade de agir e, caso não seja praticado no tempo adequado, não haverá outra oportunidade para a sua prática em razão do advento da preclusão. Assim a ação ou a omissão da parte implica consequências processuais, onde reside o ônus processual.

Se a parte não pratica o ato processual no tempo correto, ou seja, no prazo previamente determinado, fica impedida de fazê-lo em outra oportunidade, ocorrendo, na hipótese, a preclusão, que pode ser entendida como a perda da faculdade de praticar o ato processual. Apenas no caso de a parte comprovar que não praticou o ato por motivo de impedimento, tal como a

força maior, poderá o juiz assinar-lhe um novo prazo. Poderia se perguntar se essa preclusão atinge o juiz na prática dos atos que lhe competem. Em certos casos, pode-se afirmar positivamente, eis que a preclusão atinge certos atos do juiz, no sentido de que não poderá ordenar a realização de atos pela parte, tampouco praticar o ato, desde que ultrapassado o momento processual adequado. Mas a inobservância dos prazos processuais prescritos no art. 189, além daqueles previstos no art. 190 ¹⁰⁵ do Código de Processo Civil, não acarreta nenhum ônus processual.

O processo é o meio adequado à atuação do direito material e o processo de conhecimento, por sua natural extensão, deve proporcionar condições para uma profunda investigação, aferindo as reais circunstâncias da lesão, possibilitando a restauração do equilíbrio das relações existente antes do fato litigioso.

Pela profundidade investigativa que lhe é peculiar e diante do dinamismo que lhe é próprio, o processo prescinde do tempo, como elemento vital para que possa completar todo o seu ciclo que, por evidente, não se resume a um único momento, sendo cediço que as várias etapas processuais residem essencialmente nos atos que competem a cada uma das partes, ao juiz e os auxiliares, formando as chamadas fases processuais.

¹⁰⁵ Art. 189 - O juiz proferirá:

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

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

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

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

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

Dando publicidade ao processo e possibilitando às partes – e aos demais interessados – o exercício do contraditório e da ampla defesa, os atos processuais compõem o processo ao seu desiderato, a sentença, arcando as partes com o ônus processual dos atos que praticar ou que, no exercício de seus direitos, deixar de praticar.

7 - O Problema do Tempo no Processo

Nas lições de Carnelutti ¹⁰⁶ o valor que o tempo tem para o processo é imenso e, em grande parte, desconhecido. Não seria exagero comparar-se o tempo a um inimigo contra o qual o juiz luta sem descanso. De resto, também sob este aspecto o processo é vida. As exigências que se apresentam ao magistrado, com relação ao tempo, são três: detê-lo, retroceder ou acelerar seu curso.

Sob essa ótica, os problemas referentes ao tempo processual podem ser encarados de dois modos: primeiro, no sentido temporal, em que determinado ato deva ser praticado em certo dia da semana, do mês ou ano, ou até mesmo as horas em que certo ato deve ser realizado. Por isso, o Código de Processo Civil determina que os atos sejam realizados nos dias úteis, das 6 às 20 horas, conforme dispõe o art. 172, do Código de Processo Civil. ¹⁰⁷

Salvo exceções, os atos não podem ser praticados nos dias feriados. Apenas a citação e a penhora poderão, excepcionalmente e mediante expressa autorização judicial, serem realizadas em domingos e feriados, ou nos dias úteis, fora do horário estabelecido no art. 172, do Código de Processo Civil.

¹⁰⁶ CARNELUTTI, op. cit.

¹⁰⁷ Art. 172 - Os atos processuais realizar-se-ão em dias úteis, das 6 (seis) às 20 (vinte) horas.

Depois, o ato processual a ser praticado pode ocorrer dentro de certo período de tempo ou de determinado prazo para ser validamente considerado. Vejamos esses dois aspectos.

É do senso comum que o tempo tem considerável importância para a realização do direito, mas, quando a questão é o processo, esse elemento torna-se especialmente preocupante. Vários doutrinadores têm expressado suas angústias com relação ao tema, sendo, por muitos, considerado o grande responsável pela crise da Justiça.

Visto o processo como o conjunto seriado de atos processuais relacionados entre si e que tendem a um fim esperado e desejado, cabendo às partes promover o seu desenvolvimento através da prática desses atos e incidindo sobre o processo o exercício do impulso oficial, o que se espera é que o processo dure o tempo suficiente para que a tutela pretendida não seja tardia, em respeito à máxima de que justiça tardia é injustiça, contudo, que não seja rápido demais a impedir que as partes exerçam em sua plenitude o direito ao contraditório e à ampla defesa. Claro que é das tarefas mais árduas o equilíbrio desses fatores, havendo consenso no sentido de que o desagrado é geral.

Para regular e equilibrar tais relações, o Código de Processo Civil dispõe sobre o tempo dos atos processuais, primeiramente estipulando que sua prática se dará nos dias úteis, no horário compreendido entre as 6 e as 20 horas, como já visto. Não se deve confundir esse intervalo com os horários de

expediente do fórum, os quais são determinados pelas normas de organização judiciária.

Essa limitação, contudo, poderá se excepcionalizada desde que a prática do ato já tenha iniciado, situação em que o ato processual poderá ser concluído depois do horário limite, como estatuído no parágrafo primeiro do referido artigo 172. Preserva-se assim a eficácia do ato, cuja prática já tenha se iniciado, para que se possa prosseguir com seu desiderato após o horário limite.

A regra do art. 172 orienta quanto ao momento adequado à prática da atividade processual nos dias úteis, ou seja, naqueles em que há expediente forense, sendo certo que “durante as férias e nos feriados não se praticarão atos processuais”, como determina o artigo 173 do Código de Processo Civil. Assim, o domingo, bem como os demais dias em que não há funcionamento do fórum, não são considerados dias úteis. Exceção se dá com relação ao sábado, dia em que, apesar de não haver expediente forense, não há vedação para a prática do ato processual.

Quanto às férias, assim entendidas as coletivas, sofreram sérias restrições através da Emenda Constitucional 45 que alterou o art. 93, da Constituição Federal, para estabelecer em seu inciso XII que a atividade jurisdicional será ininterrupta, sendo vedado férias coletivas nos juízos e tribunais de segundo grau, funcionando, nos dias em que não houver expediente forense normal, juízes em plantão permanente.

Com relação a esse aspecto, a solução encontrada pelos tribunais foi a de se estabelecer o chamado “recesso forense”, que não tem duração superior a 15 dias. As regras do art. 173, do Código de Processo Civil, no que tange às férias, devem ser aplicadas, então, à esse período.

Porém, é de se notar que o Código de Processo Civil preserva a realização das citações e das intimações fora desses limites, desde que haja pedido expresso da parte e autorização judicial. De qualquer forma, a prática desses atos deverá observar as limitações do art. 5º, inciso XI, da Constituição Federal. Somente os atos expressamente relacionados em lei poderão ser realizados durante as férias, tais como aqueles expressos no art. 174. As intimações, ainda que praticadas nessas condições, serão consideradas realizadas no primeiro dia útil seguinte, conforme disposto no parágrafo único do artigo 240, do Código de Processo Civil.

Devendo o ato ser praticado por meio de petição escrita, essa deverá ser apresentada no protocolo dentro do horário de expediente forense, o qual será determinado pela lei de organização judiciária competente, que poderá estabelecer limites para tal prática fora daqueles ditados pelo CPC, artigo 172, caput. As partes podem utilizar dos meios de transmissão de dados e imagens fac-símile ou outro similar, para a prática de atos processuais que dependam de petição escrita, conforme preconizado na Lei nº 9.800/99. Conforme salienta a própria lei, a utilização desse sistema não prejudica o cumprimento dos prazos, devendo os originais ser entregues em juízo, necessariamente, até

cinco dias da data de seu término, sob pena de preclusão. Essa regra é aplicável também para a prática de atos que não sujeitos a prazo.

Os feriados são todos os dias não úteis. Nesses dias não há expediente forense, como nos domingos e nos sábados, mas nesses últimos os atos processuais podem ser praticados. Os dias declarados feriado nacional são aqueles expressos em lei federal, tais como os dias 1º de janeiro; 21 de abril; 1º de maio; 7 de setembro; 12 de outubro; 15 de outubro; 2 de novembro e 25 de dezembro, bem como aqueles também assim considerados por lei estadual ou municipal, os religiosos declarados por lei municipal, de acordo com a tradição local, inclusive a Sexta-Feira da Paixão, os dias em que se realizam as eleições e a terça-feira de carnaval, dentre outros. São considerados feriados e, portanto, neles não serão praticados os atos processuais.

Com relação às férias, assumem interesse aquelas de caráter coletivo, ou seja, a dos juízes e dos serventuários da justiça, pois têm relação com o andamento do processo. Já foi visto que a Emenda Constitucional nº 45 trouxe dispositivo inovador, ainda que de duvidosa eficácia no sentido de produzir efeitos positivos e capazes de dar eficácia à efetividade do processo. Conforme o comando do inciso XII do art. 93, da Constituição Federal, a atividade jurisdicional é ininterrupta, vedada as férias coletivas nos juízos e tribunais de 2º grau. Poder-se-ia entender que a disposição constitucional eliminou qualquer possibilidade de suspensão dos prazos processuais por força da extinção das férias coletivas dos juízos e tribunais. Mas, o Superior Tribunal de

Justiça, por entender que simples recesso não fere a regra constitucional, permitiu a adoção desse procedimento que, normalmente ocorrerão entre meados do mês de dezembro e início de janeiro. Nos recessos também não se realizam os atos processuais, pois há uma pausa no processo. Os recessos forenses são, então, estipulados pelos tribunais em seus respectivos regimentos internos e durante esse período somente os atos urgentes e os expressamente previstos em lei poderão ser praticados. Note-se que os atos eventualmente praticados durante o período de recesso, tais como aqueles que o juiz faz, são considerados válidos, contanto que o prazo respectivo comece a correr no dia seguinte ao primeiro dia útil, conforme a posição do VI ENTA 49 que continua em vigor. ¹⁰⁸

Quanto aos pontos facultativos, ou seja, os dias em que a lei faculta o trabalho, esses são considerados como feriados, ocasião em que, portanto, não se praticam os atos processuais.

No entanto, os atos expressamente previstos em lei podem ser praticados durante os chamados recessos forenses, tais como a produção antecipada de provas e a citação, a fim de evitar o perecimento de direito, e bem assim o arresto, o seqüestro, a penhora, a arrecadação, a busca e apreensão, o depósito, a prisão, a separação de corpos, a abertura de

¹⁰⁸ Nas ações que não têm curso nas férias, não são nulos, e muito menos inexistentes, os atos processuais nelas praticados. O prazo, porém, somente começará a correr no dia seguinte ao primeiro dia útil, subentendendo-se que neste o ato foi praticado.

testamento, os embargos de terceiro, a nunciação de obra nova e outros atos análogos, conforme os incisos I e II, ambos do artigo 173 do CPC.

Nesses casos, o prazo para a resposta do réu começa a correr no primeiro dia útil seguinte ao feriado ou ao recesso forense. Assim, supondo que a citação tenha se realizado durante o período do recesso forense, o início da contagem do prazo para apresentação de resposta pelo réu ocorrerá no dia seguinte ao do encerramento do recesso e da reabertura do fórum.

O artigo 174 do Código de Processo Civil, no entanto, enumera alguns casos em que a superveniência de férias (recesso forense) não acarretará a suspensão do processo. O primeiro dos casos arrolados trata dos atos de jurisdição voluntária. Jurisdição voluntária é aquela tratada no artigo 1º do CPC, também chamada de jurisdição graciosa ou administrativa, que não implica ato de julgar, de decisão, já que o juiz atua tão-somente para proteger a pessoa ou seu patrimônio, intervindo para garantir a legitimidade de um ato de interesse privado.

Na jurisdição voluntária não há contraditório, tais como a autorização para venda de bens de menores, a abertura de testamento, a nomeação e a remoção de tutores, o suprimento de autorização para o casamento, a separação consensual, e os demais casos citados no Título II, do Livro IV, do Código de Processo Civil. São atos que, embora não sejam conflitantes, mas que pela sua importância e pelo seu interesse foram colocados sob a tutela do Poder Judiciário.

A superveniência das férias (recesso forense) também não impede o processamento dos atos voltados e necessários à conservação de direitos quando o seu adiamento puder prejudicá-los, conforme estipulado na segunda parte do inciso I, do artigo 174, do CPC. Esse comando parece ser redundante, já que o artigo 173 já prevê a possibilidade da prática dos atos processuais para evitar o perecimento do direito.

Nélson Nery Júnior ¹⁰⁹ conclui que, nesse caso, não trata a lei de meros “atos urgentes”, mas de ações e procedimentos que terão curso normal durante as férias (recesso) forenses. Mas as causas de alimentos provisionais, de dação ou remoção de tutores e curadores, bem como as ações que correm sob o rito do procedimento sumário, são processadas durante as férias. Assim também com relação àquelas ações e procedimentos que a lei federal determinar. Nesse caso, a ação de desapropriação pode ser proposta durante as férias forenses e não se interrompe pela superveniência destas (art. 39, DL 3.365/41); as ações falimentares também terão o mesmo tratamento (art. 204, DL 7.661/45); as ações de despejo que tramitam durante as férias forenses e não se suspendem pela superveniência delas (art. 58, I, Lei 8.245/91).

Os sábados, para efeitos processuais, não são considerados dias feriados. Nas Razões do Veto à Lei nº 10.358, de 27.12.2001 (Mensagem nº 1.446, de 27.12.2001, publicada no DOU de 28.12.2001), a inclusão dos

¹⁰⁹ JÚNIOR, Nelson Nery. Código de processo civil comentado e legislação extravagante. São Paulo: RT, 2005. p. 570/571.

sábados no art. 175 como dia feriado foi objeto de veto pelo Presidente da República sob o argumento que tal condição poderia provocar mais delongas ao andamento do processo, já moroso diante de tantos problemas.¹¹⁰ Assim, e já que nenhuma lei declara o sábado como feriado, fica perfeitamente possível a prática dos atos processuais também nesse dia.

Deve ser observado, contudo, que, com relação à contagem dos prazos processuais, a incidência do sábado deverá ser considerada quando o início ou o vencimento coincidirem com esse dia, ou seja, o início ou o término do prazo para a prática do ato processual será prorrogado caso coincida com o sábado.

A norma processual também estabelece quanto ao local onde os atos processuais podem ou devem ser praticados.

¹¹⁰ O atual art. 175 do CPC preceitua que são feriados, para efeitos forenses, os domingos e os dias declarados por lei. Por sua vez, o art. 172 desse ordenamento codificado estabelece que os atos processuais realizar-se-ão em dias úteis, das seis às vinte horas, sendo que a citação e a penhora só poderão ocorrer em domingos e feriados ou nos dias úteis fora do horário estabelecido nesse artigo, observado o disposto no art. 5º, XI, da Constituição Federal, em casos excepcionais e mediante expressa autorização do juiz (§ 1º). Observa-se, assim, que a inclusão do sábado como feriado acarretará a impossibilidade do cumprimento de mandados de citação e de penhora, salvo nos casos excepcionais a que se refere o § 1º do art. 172 acima mencionado. Evidentemente, expurgada essa possibilidade de cumprimento de ordem, estar-se-á trazendo mais delongas ao processo. Note-se que a intenção da inclusão do sábado como feriado, quando do envio do projeto, era alterar a contagem do prazo que se propôs no art. 178 do CPC, também vetado na Mensagem.

7.1 - O Local da realização do Ato Processual

Insta perquirir em que local o ato processual será praticado. A lei processual, em seu artigo 176 determina que “os atos processuais realizam-se de ordinário na sede do juízo. Podem, todavia, efetuar-se em outro lugar, em razão de deferência, de interesse da justiça, ou de obstáculo argüido pelo interessado e acolhido pelo juiz”. Tem-se então que, de forma geral, os atos serão praticados na sede do juízo. Assim, os atos de escrivania, os protocolos, expedição de certidões, bem como a realização de audiências, depoimentos, oitiva de testemunhas, etc., terão sua prática produzida na sede do juízo.

No entanto, a lei processual prevê a possibilidade dessa prática fora da sede do juízo. Por razão de deferência, temos os casos arrolados no artigo 411 ¹¹¹ do Código de Processo Civil, que faculta a inquirição de autoridades da República em sua residência ou no local onde exercem sua função.

¹¹¹ Art. 411. São inquiridos em sua residência, ou onde exercem a sua função:

I - o Presidente e o Vice-Presidente da República;

II - o presidente do Senado e o da Câmara dos Deputados;

III - os ministros de Estado;

IV - os ministros do Supremo Tribunal Federal, do Tribunal Federal de Recursos, do Superior Tribunal Militar, do Tribunal Superior Eleitoral, do Tribunal Superior do Trabalho e do Tribunal de Contas da União;

V - o procurador-geral da República;

VI - os senadores e deputados federais;

VII - os governadores dos Estados, dos Territórios e do Distrito Federal;

VIII - os deputados estaduais;

IX - os desembargadores dos Tribunais de Justiça, os juizes dos Tribunais de Alçada, os juizes dos Tribunais Regionais do Trabalho e dos Tribunais Regionais Eleitorais e os conselheiros dos Tribunais de Contas dos Estados e do Distrito Federal;

X - o embaixador de país que, por lei ou tratado, concede idêntica prerrogativa ao agente diplomático do Brasil.

Parágrafo único. O juiz solicitará à autoridade que designe dia, hora e local a fim de ser inquirida, remetendo-lhe cópia da petição inicial ou da defesa oferecida pela parte, que arrolou como testemunha.

7.2 - Prazos

Seja qual for o local, os atos processuais deverão ser realizados dentro de um determinado prazo. Já se disse que o processo é uma seqüência de atos interligados que devem ser realizados em certa época e dentro de um determinado tempo. Somente dessa forma podem ser conjugadas as tendências jurídicas da perfectibilidade e da celeridade processual, segundo as quais, o processo deve durar o tempo necessário ao exercício do contraditório e da ampla defesa, possibilitando ao juiz detida investigação da verdade formal, de forma que a prestação da tutela jurisdicional se dê da forma mais justa possível.

No entanto, a opinião dominante é a da daqueles que defendem o ideal de que a tutela jurisdicional deve ser entregue da forma mais rápida possível, restabelecendo logo o equilíbrio social. Essa condição é posta pela Constituição Federal e, como bem asseverou Dinamarco, “em boa medida, o movimento reformador do Código de Processo Civil está ligado ao advento da Constituição Federal de 1988, que realçou significativamente o compromisso do Estado brasileiro por uma tutela jurisdicional a quem tiver razão, mediante um processo justo, acessível e realizado em tempo razoável”.¹¹² Se o processo deve proporcionar a quem tem direito aquilo e exatamente aquilo que o ordenamento jurídico lhe assegura, então que proporcione, efetivamente, de forma específica e em tempo razoável.

¹¹² DINAMARCO, Cândido Rangel. A reforma da reforma. Rio de Janeiro: Malheiros, 2002. p.33.

A legislação processual em vigor tem relevante ideal no equacionamento dessas questões, sendo mesmo útil para a harmonia dessas tendências, parecendo, contudo, que a estrutura judiciária não permite o total implemento das regras postas nesse sentido.

De qualquer forma, o processo deve ser finalizado com a prolação da sentença, seja de mérito, seja terminativa,¹¹³ desde que, antes, tenha-se atentado para as regras de organização da prática dos atos processuais antecedentes, pois não se pode admitir que cada ato possa ser praticado pela parte, pelo juiz ou pelos auxiliares de justiça quando bem entenderem, o que representaria o caos e a definitiva perda da finalidade do processo.

Por isso a efetiva prestação da tutela jurisdicional passa, também, pelo rigoroso cumprimento dos prazos processuais. Prazo, na concepção de Pontes de Miranda, "... é o lapso de tempo que medeia entre certo momento e o ato processual de alguma das partes ou de qualquer figurante do processo".¹¹⁴ Ou, simplesmente, o período de tempo dentro do qual determinado ato processual deve ser praticado, no precioso magistério de Ovídio A. Baptista da Silva.¹¹⁵ Prazo é a medida, em tempo, entre dois termos, um inicial e outro

¹¹³ Devemos lembrar, é claro, que a Lei 11.232/2005 deu outro sentido à sentença, que já não é mais o ato que necessariamente põe fim ao processo, mas que contém ou não uma resolução do mérito da causa.

¹¹⁴ MIRANDA, Pontes de. Comentários ao código de processo civil. v. III, Rio de Janeiro: Forense, 1996. p. 112.

¹¹⁵ SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. Op. cit., p. 206.

final (*dies a quo* e *dies ad quem*). Essa certeza de que haverá um termo inicial e outro final dá ao jurisdicionado a noção de que haverá uma duração útil do processo e que de seu desempenho também importará o resultado desse processo.

Importante frisar que, embora os prazos submetam apenas às partes, já que sua inobservância acarreta consequências processuais, eles obrigam também os juízes e demais auxiliares de justiça, como será visto mais adiante.

7.3 - Contagem do Prazo

O termo inicial do processo, ou seja, o dia em que recai o começo da contagem do prazo é denominado de *dies a quo* e o termo final, ou a data em que cai o final, *dies ad quem*, na linguagem forense. Existem várias formas de contagem dos prazos processuais, ou seja, os prazos podem ser contados em ano, mês, dia, horas e minutos. O parágrafo 5º, do art. 265, do CPC, determina que nos casos enumerados nas letras a, b e c do nº IV, do mesmo artigo, o período de suspensão nunca poderá exceder 1 (um) ano, após o que, o juiz mandará prosseguir no processo. O inciso II, do art. 267, impõe a extinção do processo sem o julgamento do mérito, quando este ficar parado durante mais de 1 (um) ano por negligência das partes. Por sua vez, o art. 265, § 3º, limita em 6 (seis) meses o prazo de suspensão do processo por iniciativa das partes.

Pode-se dizer que a unidade de tempo mais comumente utilizada para a fixação dos prazos processuais é o dia, tal como disposto nos artigos 37 (15

dias, com possibilidade de prorrogação por mais 15 para o advogado exhibir instrumento de mandato, quando intentar ação sem procuração); 40, II, (5 dias para o advogado, como procurador, ter vista dos autos de qualquer processo); 45, (10 dias durante os quais, e após a notificação, o advogado que renunciou ao mandato continuará a representar o mandante, desde que necessário para lhe evitar prejuízo); 297, (15 dias para o réu, citado, oferecer resposta), dentre outros.

Também podem ser contados em horas: art. 39, § único (48 horas para o advogado suprir a omissão do seu endereço na petição inicial ou na contestação); art. 190 (24 horas para o serventário remeter os autos ao juiz ou 48 horas para executar os atos processuais); art. 267, § 1º (48 horas para a parte suprir a falta, promovendo os atos do processo, etc.) e em minutos: art. 454 (20 minutos de debate oral para cada parte).

7.4 - Classificação dos Prazos Processuais

Os prazos ou são determinados por lei ou são deixados ao prudente arbítrio do juiz. São os prazos legais e os judiciais, podendo ainda ser convenionados pelas partes. Tanto uns quanto os outros, os prazos são contínuos e não se interrompem quando haja em seu curso dia feriado. Apenas em alguns casos, a superveniência das férias (recesso forense) pode provocar a sua suspensão, prosseguindo a contagem a partir da verificação do dia útil seguinte ao do término das férias.

Exemplo típico de prazo legal, ou seja, fixado pela lei, é aquele determinado no art. 297, do CPC: “o réu poderá oferecer, no prazo de 15 (quinze) dias, em petição escrita, dirigida ao juiz da causa, contestação, exceção e reconvenção”. Existem alguns eventos fixados na lei que podem suspender esse prazo (superveniência de férias - recesso forense -, *v.g.*), e até mesmo dilatá-lo, como nos casos previstos nos artigos 188 e 191,¹¹⁶ mas, a regra geral é no sentido de que a resposta do réu deve ser oferecida no prazo de 15 dias. Esse é um prazo que as partes ou o juiz não podem dispor, não podem alterar, razão porque são também chamados de prazos peremptórios e, se desatendidos, acarretam a preclusão.

Não havendo assinação do prazo pela lei, o juiz o determinará, conforme preceitua o artigo 177, do CPC¹¹⁷ caso em que o prazo será classificado como judicial. Exemplo de prazo judicial pode ser encontrado no art. 185, do CPC, cujo comando confere ao juiz o poder de fixar o prazo para a realização do ato processual quando a lei não o prever. Havendo omissão do juiz, esse prazo passa a ser de 5 (cinco) dias. Outro exemplo é aquele verificado no art. 13, do CPC, onde o juiz marcará prazo razoável para que a parte regularize a representação. Nelson Nery Júnior¹¹⁸ observa que “a razoabilidade do prazo é aferida no caso concreto, cabendo ao juiz levar em

¹¹⁶ Art. 188 - Computar-se-á em quádruplo o prazo para contestar e em dobro para recorrer quando a parte for a Fazenda Pública ou o Ministério Público.

Art. 191 - Quando os litisconsortes tiverem diferentes procuradores, ser-lhes-ão contados em dobro os prazos para contestar, para recorrer e, de modo geral, para falar nos autos.

¹¹⁷ Art. 177 - Os atos processuais realizar-se-ão nos prazos prescritos em lei. Quando esta for omissa, o juiz determinará os prazos, tendo em conta a complexidade da causa.

¹¹⁸ JÚNIOR, Nelson Nery. Op. cit., art. 13, comentários...

consideração as circunstâncias de fato e de direito que a situação comportar”, lembrando que se trata de prazo judicial sujeito à preclusão, ou seja, caso não haja o saneamento do defeito de representação haverá a cominação de pena, conforme os incisos do próprio artigo.

Também às partes é conferido o direito de fixação dos prazos, desde que esses não tenham previsão legal e tampouco tenham sido fixados pelo juiz. É o caso do prazo dilatatório ou convencional. Deve haver comum acordo entre as partes e sua eficácia somente será verificada se a redução ou prorrogação do prazo for requerida antes do vencimento, devendo, de qualquer forma, fundar-se em motivo justo. O caso merece então análise do juiz, que decidirá pelo deferimento do pedido de alteração do prazo, cujo ato é uma decisão interlocutória, sujeita a agravo. No entanto, a parte pode renunciar ao prazo estabelecido exclusivamente a seu favor, na forma do art. 186, do CPC, desde que não se trate de direito indisponível, pois este não pode ser objeto de renúncia.

Há, porém, os prazos chamados peremptórios que são aqueles que não suportam alteração, seja pela vontade das partes ou pela determinação do juiz, como, por exemplo, os prazos para contestar, para recorrer, para embargar execução. Pela peremptoriedade, os prazos terminam no dia de seu vencimento, independente de declaração judicial, após o que a prorrogação é impossível, exceto nos casos de justa causa.

Os prazos peremptórios implicam em ônus para a parte e está ligado diretamente ao contraditório, como o direito de responder e de recorrer. Assim, as partes podem convencionar a suspensão da execução, mas o prazo para oferecer embargos é peremptório, não podendo ser objeto de disposição das partes. Prevê a lei, contudo, que o juiz poderá prorrogar quaisquer prazos até o limite de 60 (sessenta) dias, nas comarcas de difícil acesso, bem como nos casos de calamidade pública.

A prorrogação dos prazos peremptórios poderá ser aplicada se a parte comprovar que não praticou o ato processual por justa causa, ou seja, pela ocorrência de um evento imprevisto, alheio à sua vontade e que impediu a prática do ato processual.

Pode-se perguntar se seria o caso de dilação legal dos prazos peremptórios a verificação de greve ocorrida no Poder Judiciário. Uma eventual paralisação das atividades forenses em decorrência de greve não importa em alteração dos prazos peremptórios, mas não há como se negar que é bem o caso de impossibilidade da prática do ato processual por justa causa. Durante o período de paralisação, ocorre uma espécie de suspensão dos prazos processuais para os processos de toda a natureza. Depois de verificada a restauração dos trabalhos forenses, os prazos voltam a correr normalmente.

Prazos próprios são aqueles que dizem respeito à prática de atos processuais pelas partes. O descumprimento do ônus processual de praticar determinado ato implica conseqüências processuais típicas, como, por

exemplo, o ato de não contestar. A parte não tem a obrigação, o dever de praticar o ato processual, mas o ônus, no sentido de que a prática ou o seu não cumprimento acarreta conseqüências processuais.

O ato não praticado não gera para a parte contrária o direito de exigilo, mas faz nascer uma conseqüência jurídica que lhe pode ser favorável e contrária aos interesses daquele que deveria ter agido. Assim, nos prazos próprios, as partes, seus advogados e interessados devem praticar o ato processual que lhes compete, assumindo seus resultados, pena de sofrer as conseqüências jurídicas advindas da omissão. Exemplo típico é o verificado na revelia, instituto que coloca o réu na posição de quem não contesta a ação. O réu, nesse caso, assume as conseqüências jurídicas de sua omissão, aquelas previstas no art. 319, do Código de Processo Civil, ou seja, serem reputadas verdadeiras as alegações do autor.

Os prazos para que o juiz e os auxiliares de justiça cometam os atos processuais são chamados de impróprios, pois, não acarretam conseqüências processuais, mas disciplinares (CPC, arts. 189 e 190), ou seja, o fato de o juiz não proferir o despacho de expediente em 2 (dois) dias ou de não proferir as decisões no prazo de 10 (dez) dias, bem como o serventuário deixar de cumprir suas obrigações nos prazos estabelecidos no artigo 190, do CPC, não geram conseqüências processuais, ou seja, não afetam a relação jurídica processual.

Não havendo justificativa para o excesso de prazo pelo juiz, poderá o interessado contra ele demandar, administrativamente ou judicialmente, a fim

de obter a devida reparação do prejuízo sofrido. A lei faculta a qualquer das partes e ao representante do Ministério Público representar ao Presidente do Tribunal de Justiça contra o juiz que excedeu, injustamente, os prazos previstos em lei, instaurando procedimento para apuração de responsabilidade, podendo os autos ser avocados pelo relator que designará outro juiz para decidir a causa. Deve ser observado, no entanto, que, havendo motivo justificado, o juiz poderá exceder o prazo que a lei lhe assina.

Quanto ao auxiliar de justiça, cabe ao juiz o dever de verificar se aquele excedeu, sem justo motivo, os prazos que a lei lhe determina, caso em que, verificada a causa, decidirá o juiz pela desconsideração do atraso ou pela instauração de procedimento administrativo para apurar a falta e aplicar a penalidade correspondente.

A retenção indevida dos autos, assim como o seu extravio, acarreta penalidades tanto ao advogado quanto ao representante do Ministério Público e ao representante da Fazenda Pública. Verificada a falta, além de estarem sujeitos à representação administrativa junto à respectiva instituição, assim entendida, a OAB, o Ministério Público e a Fazenda Pública, os atos por eles praticados podem ser riscados, sendo desentranhadas dos autos as alegações e documentos apresentados. A penalidade, contudo, não deve implicar em prejuízo para o direito da parte, devendo o juiz, na sua aplicação, verificar se somente o representante por ela responderá.

Podem ainda os prazos ser comuns, ou seja, os que existem, simultaneamente, para as partes, para seus procuradores e para os interessados, tais como os fixados para a apresentação de recurso e os individuais ou particulares que, ao contrário, existem para uma só das partes, tal como o de resposta do réu.

Os prazos para contestar, reconvir, excepcionar, responder à reconvenção, dentre outros, poderão ser contados em dobro quando os litisconsortes tiverem diferentes procuradores e houver requerimento antes de verificado o transcurso do prazo normal. Esse benefício, estampado no art. 191, do CPC, aplica-se somente aos prazos legais, já que os judiciais e dilatórios ou convencionais serão estipulados de outra forma.

Já a Fazenda Pública e o Ministério Público gozam de prazo especial, na forma do que estabelece o art. 188, do CPC: “Computar-se-á em quádruplo o prazo para contestar e em dobro para recorrer quando a parte for a Fazenda Pública ou o Ministério Público”.¹¹⁹ No poder de contestar não estão implícitos o de reconvir e o de excepcionar. A regra, que muita discussão já gerou diante de uma provável violação do princípio da isonomia, encontra respaldo nos interesses que essas entidades defendem, bem como nas dificuldades burocráticas de sua atuação. Por Fazenda Pública entende-se a pessoa jurídica de direito público, ou seja, a União, os Estados, os Municípios e

¹¹⁹ SÚMULA Nº 116 - A Fazenda Pública e o Ministério Público têm prazo em dobro para interpor agravo regimental no Superior Tribunal de Justiça.

Territórios, bem como as suas autarquias e demais entidades que a lei instituidora tenha atribuído os mesmos privilégios da Fazenda.

Portanto, ficam de fora do rol dos privilegiados pelo prazo especial estipulado no art. 188, do CPC, as empresas públicas e sociedades de economia mista, ainda que sejam controladas pela administração pública. Resta, apenas, a dúvida se o prazo em quádruplo para contestar se aplica a todas as ações. A resposta deve ser negativa, pois em certas leis especiais, tais como na do Mandado de Segurança e na Ação Popular, o prazo para prestar informações e para contestar é determinado de forma diferente. Mas quanto à Ação Civil Pública, o que vigora é o benefício do prazo especial, seja em razão da omissão do legislador, seja porque a própria lei remete ao Código de Processo Civil as disposições com ela não conflitantes.

Quanto ao Ministério Público, esse goza do privilégio quando atua como titular da ação, seja em que pólo dela estiver, ou quando atua como fiscal da lei, não havendo distinção. Resta saber se o Defensor Público também goza do mesmo privilégio conferido à Fazenda Pública e ao Ministério Público. Ao Defensor Público não se aplica a prerrogativa ditada pelo Código de Processo Civil, mas a da Lei de Assistência Judiciária (Lei n. 1.060/50), que dispõe em seu art. 5º, parágrafo 5º, que “Nos Estados onde a Assistência Judiciária seja organizada e por eles mantida, o Defensor Público, ou quem exerça o cargo equivalente, será intimado pessoalmente de todos os atos do processo, em ambas as instâncias, contando-se-lhes em dobro todos os prazos”. Assim, o Defensor Público, ou o Advogado Dativo que cumpre as mesmas atribuições,

tem o prazo em dobro para praticar qualquer ato processual, inclusive o de contestar e o de recorrer.

Questão interessante surge quando figuram no pólo passivo da lide, como litisconsortes, a Fazenda Pública, ou o Ministério Público e pessoa física ou jurídica de direito privado. Nesse caso, a Fazenda Pública ou o Ministério Público gozarão dos benefícios do prazo em quádruplo para contestar e do dobro para recorrer, na forma do art. 188, do CPC, além do dobro para falar nos autos, conforme o CPC 191, enquanto o litisconsorte fará jus ao prazo estipulado no art. 191, do CPC.

7.5 - Regras Gerais para a Contagem dos Prazos no Código de Processo Civil

Como já visto, os prazos processuais podem ser contados em ano, meses, dias, horas e até em minutos, como nos casos em que o juiz, ao final da audiência de instrução, no processo de conhecimento, dá a palavra aos advogados das partes, bem como para o representante do Ministério Público, para que, cada um na sua vez, deduza as alegações finais, fase de significativa importância, pois se a petição inicial e a contestação não constituem momento adequado à sustentação das teses jurídicas, servindo mesmo para a exposição dos fatos e dos fundamentos jurídicos, é nesse momento que serão discutidas as posições jurídicas (doutrinárias e jurisprudenciais) das partes, buscando destacar os aspectos fáticos relevantes.

Para a realização desse ato, como para qualquer outro, certas regras de contagem do tempo devem ser seguidas, de forma a permitir a segurança de que haverá um início e, em seguida, um final na contagem desse tempo, dando bem a noção de que o processo não durará indefinidamente, mercê da atitude da parte.

A regra fundamental da contagem dos prazos processuais é aquela estampada no art. 184, *caput*, do CPC cujo comando é no sentido de que “salvo disposição em contrário, computar-se-ão os prazos, excluindo o dia do começo e incluindo o do vencimento.” O dia do começo, ou *dies a quo*, deve ser excluído na contagem, incluindo o termo final, ou *dies ad quem*.

Dessa forma, se a intimação ocorre, por exemplo, numa segunda-feira, esse dia deve ser excluído da contagem, devendo ser considerado como o primeiro dia do prazo a terça-feira, mesmo porque, o parágrafo 2º do mesmo artigo 184 dispõe que os prazos somente começarão a correr a partir do primeiro dia útil após a intimação. Assim, o dia em que ocorre a citação não é considerado na contagem do prazo processual, pois é o dia que será excluído.

Os atos processuais somente podem ser praticados nos dias úteis, inclusive aos sábados. Quanto à contagem dos prazos processuais, os sábados são considerados dias feriados, na condição de que o primeiro dia da contagem do prazo processual deva recair sobre um dia útil, caso contrário, será esse dia de início adiado para o primeiro dia útil seguinte. Por exemplo: supondo-se que a intimação tenha ocorrido numa sexta-feira. Na forma do art.

184, do CPC, a sexta-feira será excluída e o prazo começará a contar do dia seguinte. Mas o dia seguinte é sábado, considerado feriado na contagem dos prazos processuais, razão porque, o primeiro dia cairá na segunda-feira imediata (primeiro dia útil). Caso coincida essa com um feriado, no primeiro dia útil que ocorrer.¹²⁰

Pode acontecer que o dia do final, ou *dies ad quem*, ocorra num sábado, domingo ou feriado. Nesse caso, o prazo será prorrogado para o dia útil imediato, pouco importando se o prazo é peremptório ou não. Esse mesmo fenômeno será verificado se for determinado o fechamento do fórum ou se o expediente forense for encerrado antes da hora normal, conforme dispõem os incisos I e II do mesmo art. 184, do CPC.

A intimação é o ato processual que dá início à contagem do prazo, dando à parte ciência dos atos e termos do processo, para que faça ou deixe de fazer alguma coisa. Da mesma forma que a citação, a intimação pode ser realizada por oficial de justiça, por carta ou, na forma predominante nos dias atuais, através de publicação em jornal de circulação oficial, seja o Diário da Justiça, seja o jornal que circule na região da comarca.

Assim, feita a intimação pelo jornal, o dia do início será o da circulação efetiva daquela edição. Se o jornal circular na sexta-feira, no sábado, no

¹²⁰ STF - Súmula 310 - Quando a intimação tiver lugar na sexta-feira, ou a publicação com efeito de intimação for feita nesse dia, o prazo judicial terá início na segunda-feira imediata, salvo se não houver expediente, caso em que começará no primeiro dia útil que se seguir.

domingo ou em feriado, a contagem terá início no dia útil imediato. Mas a intimação feita em dia não útil será considerada realizada no dia útil seguinte. A razão está no fato de que os atos processuais – e a intimação é um ato processual – devem ser realizados em dias úteis. O que torna o dia útil para ser considerado como o do começo do prazo é a existência de expediente forense, pois o contrário torna o dia não útil.

Dessas considerações, pode-se concluir que os prazos processuais têm início de contagem em dia útil e se encerram também em dia útil.

Para a contagem dos prazos processuais, apenas as disposições contidas no art. 184, do CPC, não bastam, sendo necessária a concorrência da norma do art. 241, do Código de Processo Civil, segundo o qual “Começa a correr o prazo: I - quando a citação ou intimação for pelo correio, da data de juntada aos autos do aviso de recebimento; II - quando a citação ou intimação for por oficial de justiça, da data de juntada aos autos do mandado cumprido; III - quando houver vários réus, da data de juntada aos autos do último aviso de recebimento ou mandado citatório cumprido; IV - quando o ato se realizar em cumprimento de carta de ordem, precatória ou rogatória, da data de sua juntada aos autos devidamente cumprida; V - quando a citação for por edital, finda a dilação assinada pelo juiz.”

As intimações são realizadas predominantemente através das publicações nos diários oficiais ou nos jornais de circulação regional.

Quanto à citação, que é o meio através do qual o réu, ou o interessado, é convocado ao processo para apresentar a defesa que tiver, na forma do art. 213, do CPC, nesse caso, a ciência do ato não se dará por meio de publicação em jornal, mas sim por mandado entregue pelos correios, por oficial de justiça, por carta e por edital. Assim, começará a correr o prazo para a prática do ato processual a cargo do réu (contestação, exceção ou reconvenção), não do dia em que receber o mandado citatório, mas do dia em que tal mandado, devidamente cumprido, for juntado aos autos. Nos casos de citação por meio de carta precatória, de ordem ou rogatória, a partir de sua juntada aos autos devidamente cumprida. E, ainda, havendo vários réus, o prazo somente começará a ser contado do dia da juntada do último mandado citatório aos autos do processo.

Na citação editalícia, a sistemática é diferente. Cumpre, antes, lembrar que o edital, para ser válido, deve conter os requisitos enumerados no artigo 232, do Código de Processo Civil. Dentre esses requisitos, os dois prazos – o de quinze dias, do inciso II, e o de vinte a sessenta dias, do inciso III – devem nele constar expressamente. O primeiro, de 15 dias, é o de publicação do edital, uma vez no diário oficial e, pelo menos, duas vezes em jornal local, se houver. Não existindo jornal de circulação local, basta a publicação no órgão oficial, devendo, contudo, ser observado que o escrivão certifique que o edital foi afixado na sede do juízo em local próprio.

O segundo prazo, de vinte a sessenta dias, é o de comparecimento do réu para oferecer resposta à ação e é contado da primeira publicação que se

fizer, não importando que essa tenha se realizado através do diário oficial ou de jornal de circulação local. Assim, por exemplo, se a primeira publicação deu-se no diário oficial, esse é o 1º dia para o comparecimento. A segunda publicação deu-se em jornal de circulação local 10 dias depois, sendo o prazo de comparecimento de 20 dias, restarão apenas 10 para o oferecimento de resposta pelo réu. A citação está executada no dia da primeira publicação. O prazo para resposta começa a contar desse dia e termina no prazo determinado pelo edital, ou seja, em 20 ou, no máximo, em 60 dias.

7.6 - A Superveniência do Recesso Forense

Conforme já foi debatido, por força da disposição contida na Emenda Constitucional nº 45, foram suprimidas as denominadas férias coletivas dos juízes nos tribunais das diversas Justiças, na forma autorizada pelo art. 66, parágrafo 1º, da Lei Orgânica da Magistratura Nacional (art. 66, § 1º), e nos juízos de primeiro grau nos Estados. Por isso, a atividade jurisdicional tornou-se ininterrupta, ficando vedadas as férias coletivas nos juízos e tribunais de segundo grau, funcionando, nos dias em que não houver expediente forense normal, juízes em plantão permanente.

A regra constitucional tem franca repercussão sobre o processo civil, já que o art. 173 do CPC dispõe que, durante as férias e nos feriados não se praticam atos processuais, a menos que tratem de medidas urgentes, e o art. 174 do mesmo Código relaciona as causas que não sofrem paralisação em

razão da superveniência da férias forenses, sendo que o art. 179 estabelece que não correm os prazos durante os períodos de férias coletivas.

Apesar de não ser taxativa, a disposição de vedação das férias forenses não tem o condão de esvaziar os referidos dispositivos processuais, primeiro porque a “abolição” das férias coletivas deixou de fora os tribunais superiores e, tendo como objetivo impedir a paralisação completa dos serviços forenses, não veda a eventualidade de algum recesso no foro, resguardada a manutenção dos serviços forenses que não podem sofrer descontinuidade.

Foi o que ocorreu nos meses de dezembro e janeiro últimos, quando os tribunais decretaram o recesso forense que vigorou no período de 20 de dezembro de 2005 até 06 de janeiro de 2006. Nesse período, foram mantidas as atividades forenses nas formas preconizadas nos citados artigos 173, 174 e 179 do Código de Processo Civil.

Na prática, o que se está verificando é que a emenda à Constituição Federal pode ter provocado um prejuízo muito maior ao estabelecer a vedação das férias coletivas dos juízos e tribunais de segundo grau. É que os juízes, pela nova sistemática, devem gozar suas férias nos períodos regulamentares, que nem sempre coincidem com o recesso. Decorre disso o fato de que as férias do juiz também provocam a paralisação dos processos que estão em curso, pois, nem sempre há um juiz substituto de plantão para “cobrir” as férias de outro magistrado.

Como cediço, os prazos processuais são contínuos e não se interrompem nos feriados, conforme o comando do art. 178, do CPC. Isso significa que, uma vez iniciado, o prazo correrá continuamente, sem interromper ou suspender seu curso até o final, quando então se esgotará.

Na contagem do prazo processual, assim entendido como o tempo que dispõe a parte para realizar o ato processual que lhe compete, a superveniência do recesso suspenderá o curso do prazo, como determina o art. 179, do Código de Processo Civil.

Assim, com exceção daquelas ações que têm curso durante o recesso, todas as demais terão suspensos seus prazos em decorrência desse evento. Lembra Luiz Fux ¹²¹ que nas ações que não têm curso durante as férias (leia-se “o recesso autorizado pelo STJ”), podem os atos nelas ser praticados, não sendo nulos nem inexistentes, mas, o prazo somente começará a correr no dia seguinte ao primeiro dia útil, subentendo-se que neste o ato foi praticado.

É que, na contagem do prazo processual, a superveniência das férias forenses – recesso - provocará a suspensão dessa contagem. Exemplificando: caso tenham decorrido cinco dias, de um prazo total de quinze dias, e ocorra o início das férias, esse prazo será suspenso, voltando a correr somente no primeiro dia útil após o término do recesso, pelo prazo remanescente, ou seja, dez dias.

¹²¹ FUX, Luiz., Curso de direito processual civil. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2001, p. 300.

Contudo, tendo-se praticado algum ato processual durante o curso do recesso forense, esse ato não será considerado nulo ou inexistente - será, portanto, válido -, mas para efeitos de contagem dos prazos processuais, será considerado realizado no primeiro dia útil após o término do recesso forense. Esse fenômeno – suspensão do prazo – não ocorre nos casos de férias individuais dos magistrados.

Ainda que não exista rigor formal, os atos processuais, quais sejam, os necessários à instrumentalização do processo, obedecem a certos requisitos de ordem prática. Cada um dos atores no processo, sejam eles as partes, seja o juiz e seus auxiliares de justiça, seja o interessado, a cada um competirá a realização de certos atos processuais próprios.

Esses atos processuais devem ser praticados, em geral, no local onde se situa o fórum, sendo permitido em outros lugares, sempre nos dias úteis, vedada sua prática nos feriados e domingos. Também durante as férias forense, assim entendidas o recesso reconhecido pelo Superior Tribunal de Justiça, não se praticam os atos processuais, exceção daqueles voltados à prevenção e ao resguardo do direito, bem como os casos especiais das ações que correm nas férias. O sábado é considerado dia útil, exceto no início e fim da contagem dos prazos processuais.

A realização dos atos processuais pelos atores do processo deve obedecer a certos prazos que, como os atos processuais, ordenam o rito ou o

procedimento. Esses prazos podem ser contados em anos, meses, dias, horas e até em minutos, como na ocasião dos debates orais.

O início da contagem dos prazos se dá com a juntada do comprovante da citação ou da intimação nos autos, exceto no caso de citação ou intimação por edital, cujo termo inicial é ali fixado pelo juiz. Caso a intimação se dê pela imprensa, a contagem tem início na data de circulação do periódico.

Os prazos das partes são chamados próprios, porque redundam efeitos processuais, enquanto os do juiz e demais auxiliares de justiça são denominados impróprios exatamente porque sua omissão não implica efeitos processuais. A superveniência do recesso forense, que ocorre entre meados do mês de dezembro e o início do mês de janeiro, provoca a suspensão da contagem do prazo, que volta a correr imediatamente após o término delas.

8 - O Acesso à Justiça e à Verdade

Ana Paula de Barcellos,¹²² acerca da eficácia jurídica dos princípios constitucionais, analisa o princípio da dignidade humana sob a ótica dos principais cenários da teoria constitucional e das teorias dos princípios, para, numa segunda parte, associar-se ao esforço doutrinário na determinação do conteúdo e da eficácia do princípio da dignidade da pessoa humana.

Mirando os princípios inseridos na Constituição Federal, Ana Paula de Barcellos conclui que o princípio da dignidade da pessoa humana comporta uma fração nuclear da dignidade da pessoa humana à qual se deve reconhecer a eficácia jurídica positiva que é denominada *mínimo existencial*, "... para além desse núcleo, ingressa-se em um terreno no qual se desenvolvem apenas outras modalidades de eficácia jurídica, decorrência da necessidade de manter-se o espaço próprio na política e das deliberações majoritárias".¹²³

Para uma sociedade democrática, a dignidade da pessoa constitui o valor mais fundamental. No plano jurídico, a dignidade da pessoa humana tornou-se o princípio fundante da ordem jurídica e a finalidade principal do Estado. Sob o manto do princípio da dignidade da pessoa humana abrigam-se concepções tais como a questão do aborto, da eutanásia, do liberalismo, dentre outros, pois esse é o campo reservado para a deliberação democrática,

¹²² BARCELLOS, Ana Paula de. A eficácia dos princípios fundamentais. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

¹²³ BARCELLOS, p. 248.

a esfera do que é político e faz parte das particularidades que a Constituição garante que esse campo seja reservado.¹²⁴

O conteúdo do princípio da dignidade contém um campo livre para a deliberação política, mas é possível e fundamental a apuração do núcleo mínimo de efeitos pretendidos de modo a maximizar a sua normatividade, de determinar que conteúdo mínimo seja esse e que efeitos concretos pretende produzir.¹²⁵

Ana Paula de Barcellos propõe como conteúdo mínimo da dignidade, ou mínimo existencial, tendo em conta a Constituição de 1988, quatro elementos, sendo três de ordem material e outro, de ordem instrumental: a educação fundamental, a saúde básica, a assistência aos desamparados e o acesso à justiça.¹²⁶

Ressalta que a escolha não é aleatória, ao contrário, pois os elementos integram uma estrutura lógica de fácil demonstração, pois a educação e a saúde formam um primeiro momento da dignidade humana no qual se busca assegurar ao indivíduo condições para construir sua própria dignidade. "A assistência aos desamparados por sua vez, identifica um conjunto de

¹²⁴ BARCELLOS, Et seq

¹²⁵ BARCELLOS, Et seq

¹²⁶ BARCELLOS, Et seq

pretensões cujo objetivo é evitar a indignidade em termos absolutos, envolvendo particularmente a alimentação, o vestuário e o abrigo." ¹²⁷

O quarto elemento, de ordem instrumental, diz respeito e está relacionado ao direito subjetivo de acesso à justiça, instrumento que dá suporte aos demais elementos anteriormente relacionados, já que não basta em um Estado de Direito a existência da norma, sendo essencial a existência de uma autoridade capaz de impô-la coativamente.

A fim de sistematizar a discussão acerca do mínimo existencial do acesso à justiça, a autora propõe questões que divide em três categorias: as que envolvem o acesso sob o ponto de vista jurídico; as que dizem respeito ao acesso físico; e as relacionadas com o acesso jurídico da pretensão material, muito embora, como ressalta, não se confunda com o direito autônomo de ação.

Quanto à primeira categoria, propõe que “no momento em que o indivíduo se dirige ao Poder Judiciário, o acesso à Justiça, ao menos em seu conteúdo mais básico, já foi encontrado e realizado, transformando-se em um instrumento para uma pretensão material”. ¹²⁸ É verdade, e não há como discordar, que o acesso à Justiça, além de constituir uma garantia constitucional – pois a lei não poderá excluir da apreciação do Judiciário lesão

¹²⁷ BARCELLOS, p. 259.

¹²⁸ BARCELLOS, p. 294.

ou ameaça de lesão a direito (art. 5º, XXXVI, CF) – e, portanto, um dever de garantia do Estado de Direito, é, também, uma faculdade do cidadão que, evidentemente, não está obrigado a recorrer ao Poder Judiciário toda vez que tiver uma questão que viole ou possa violar seu direito.

Mesmo porque, a via judicial - na mesma esteira do raciocínio de que a educação é um mínimo existencial que deve proporcionar ao indivíduo a construção de sua própria dignidade - a via judicial, deve ser a última alternativa para a solução do problema. Por outro lado, não há dúvida de que, quanto menos educado é o povo, maior o número de demandas judiciais.

No entanto, é possível crer que seria no mínimo ingênuo admitir que o respeito à dignidade humana, no que concerne ao mínimo existencial do acesso à justiça, se satisfaz, em seu conteúdo, com a mera propositura da ação. O respeito ao princípio deve ir mais além da simples propositura da ação.

O processo começa pela iniciativa da parte. Esse ato não depende do Estado, mas unicamente do indivíduo, no sentido amplo da expressão. E, assim sendo, deve ser uma opção individual a propositura da ação. Proposta a ação e, portanto, iniciado o processo judicial, cabe ao Estado a sua administração (do processo), a partir do momento de sua distribuição, proporcionando a possibilidade do atingimento de parte do referido mínimo existencial. É nesse aspecto, o da administração do processo, que o princípio da dignidade humana se verificará, no momento em que o juiz tomar o lugar das partes, a posição das partes, para agir no lugar delas, decidindo a questão

que não foram capazes de – ou que não quiseram - resolver por si próprios. Por isso está correto o mandamento legal: o processo se desenvolve por impulso oficial.

O impulso oficial é a resposta ao pleito do cidadão. O processo pode ser visto como o meio de condução da angústia do indivíduo que exige do Estado a prestação jurisdicional. Portanto, não pode ficar sem uma resposta. E essa resposta deve vir logo, com o impulso oficial no sentido de conduzir o processo ao seu desiderato que é a prestação da tutela jurisdicional. Não basta, então, que a ação seja proposta, tornando-se necessário mesmo o impulso oficial suficiente e capaz de levar a termo o processo.

8.1 - O Custo do Processo – A Assistência Judiciária

Mas o acesso à justiça tem um preço. No que diz respeito ao custo do processo, ainda que a Constituição Federal de 1988 tenha procurado eliminar os obstáculos econômicos com a consagração da assistência jurídica gratuita para os necessitados, além da institucionalização da Defensoria Pública e a criação dos Juizados Especiais, buscando baratear e tornar mais célere a resposta jurisdicional, a realidade prática reflete um cenário de verdadeira penúria.

O ideal é que a justiça fosse inteiramente gratuita e que essa gratuidade fosse estendida para todos os cidadãos sem distinção, sem que o jurisdicionado tivesse que desembolsar qualquer quantia para custear os atos

processuais, sem distinção, inclusive e principalmente os necessários para a produção de provas. No entanto, esse ideal, senão impossível, principalmente num país pobre como o Brasil, é muito difícil de ser alcançado, conforme a advertência feita por Gustavo Amaral ¹²⁹ no sentido de que os recursos do Estado são escassos e não há o suficiente para todos.

Segundo Gustavo Amaral, a transição legislativa culminou na atual Constituição da República como espaço onde se opera a luta jurídica-política, pois o processo constituinte é um processo que se desenvolve sem interrupção, inclusive após a promulgação, pelo poder constituinte, de sua obra. ¹³⁰

Mas, a Constituição Federal de 1988, além de compromissória, analítica e dirigente, é casuística e prolixa. E o Direito tem limites que lhe são próprios e que por isso não pode, ou melhor, não deve normatizar o inalcançável, pois certos preceitos já nascem condenados à ineficácia, seja pela deficiência do texto, seja pela ausência de condições materiais para o seu cumprimento, seja também pela impossibilidade de jurisdicização do bem ou interesse que pretendeu tutelar, redundando uma normatização equivocada. ¹³¹

¹²⁹ AMARAL, Gustavo. *Direito, Escassez e Escolha: em busca de critérios jurídicos para lidar com a escassez de recursos e as decisões trágicas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

¹³⁰ AMARAL, Et seq

¹³¹ AMARAL, Et seq

O novo constitucionalismo veio a lume com uma constituição compromissória, muitas vezes casuísta, características que as diversas emendas não diminuíram, ao contrario, onde muitos direitos estão garantidos, fornecendo assim farto material para os pleitos de plena eficácia e para o ativismo judicial. Sob o argumento de uma tópica *a priori* e não do caso concreto, os argumentos e comandos constitucionais que poderiam parecer empecilho, cedem lugar a valores supostamente mais elevados.¹³²

A evolução histórica recente do país – da abertura política ao impedimento de Collor – aponta no cenário como campeão da cidadania o Poder Judiciário, não por sua cúpula, mas por suas bases, que paulatinamente fizeram tabula rasa das ações do executivo.¹³³

Da mesma forma, o Ministério Público, por seu ativismo, é visto ligado à Justiça, fato que dá legitimidade da intervenção do Judiciário em decisões da Administração e do Legislativo, bem como deu a alguns de seus membros certa sensação de “campeões da cidadania”, tudo isso associado a um pré-conceito de que as decisões governamentais, executivas ou legislativas, não tinham a coisa pública e o bem comum em tão elevada conta quanto deveriam, redundando num sobrevalorização dos meios judiciais de controle e uma

¹³² AMARAL, Et seq

¹³³ AMARAL, Et seq

subvalorização dos meios não judiciais, como a opinião pública, as manifestações populares e, principalmente, o voto.¹³⁴

Gustavo Amaral também destaca que a questão da saúde é problema no mundo inteiro, pois, embora o direito à saúde seja previsto nos dispositivos constitucionais, nem sempre o Estado detém os recursos necessários para cumprir o desiderato, culminando em verdadeiro conflito entre os poderes constituídos, não raras às vezes havendo mesmo invasão de competência.¹³⁵

Ressalta que os acórdãos reconhecem haver o direito ao recebimento de tratamento médico, mas afastam qualquer consideração orçamentária, esquecendo que os recursos são intrinsecamente escassos, ainda mais no que tange à medicina, não somente no Brasil, mas em todos os países do mundo, como mostram as estatísticas. Não há recursos para atender a todos com dignidade.¹³⁶

Se os recursos são escassos, quem deve ser atendido? Que critérios devem ser usados para selecionar o beneficiário? Tratando-se de uma decisão, parece intuitiva a necessidade de motivação e controle dos critérios de escolha, uma prestação de contas à sociedade do *porquê* preferiu-se atender a uma situação e não à outra. Imaginar que não haja escolhas trágicas, que não haja

¹³⁴ AMARAL, Et seq

¹³⁵ AMARAL, Et seq

¹³⁶ AMARAL, Et seq

escassez, que o Estado possa sempre prover as necessidades é uma ilusão. Não existem direitos absolutos, assim como não existe um direito à saúde absoluto.¹³⁷

Hoje se vê, com profunda angustia e decepção, que recursos de expressivo vulto foram despendidos pelo partido que formava a base essencial de apoio ao Governo Federal para a compra de votos de políticos de outros partidos, recursos esses que, seja qual for a sua origem, bem poderiam ter sido utilizados em serviços essenciais como o da saúde pública. Por isso, às vezes se pensa que, na verdade, os recursos existem, inexistindo sim, a vontade política de bem aplicá-los no interesse do povo.

Se a regra é a do pagamento das despesas processuais, resta ao cidadão que pretender buscar a tutela jurisdicional alegar a pobreza legal para receber a tutela do Estado e litigar com isenção das despesas processuais.

Mas, nem sempre é suficiente a declaração do indivíduo de que não poderá custear as despesas processuais sem prejuízo de seu sustento e de sua família para que o juiz conceda o benefício. Ainda são inúmeros os acórdãos que podem ser colhidos nos dias recentes modificando ou confirmando o indeferimento judicial do pedido de assistência judiciária ou de gratuidade de justiça, o que mostra que a questão ainda é muito controvertida e não está bem resolvida. Ainda existe a dificuldade na interpretação da própria

¹³⁷ AMARAL, Et seq

lei que estabelece que o Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos. Basta a alegação ou é mesmo necessária a comprovação da insuficiência de recursos?

Depara-se, então, com um duplo ou um triplo problema: primeiro, no que concerne à comprovação da insuficiência de recursos. É possível crer que, dependendo da situação fática, se enquadram igualmente na condição de pobres no sentido legal tanto o absolutamente excluído – o miserável – quanto aquele que tem renda. Tem rendimentos, mas os custos da demanda são expressivamente altos se comparados com essa mesma renda. Ou seja, importa verificar não se o sujeito tem cartão de crédito ou conta bancária, ou vive miseravelmente, mas se a sua renda é suficiente para fazer frente aos custos da demanda. E, a rigor, a maioria dos cidadãos brasileiros não tem renda suficiente para arcar com as despesas do processo judicial, principalmente porque ele é excessivamente caro.

A comprovação da renda pode não ser tarefa das mais árduas para alguns, sendo que o problema maior persegue aqueles que vivem miseravelmente. Conforme os recentes levantamentos estatísticos, parte significativa da população brasileira se encontra em estado de pobreza e de miséria tal (lembramos que, quando em campanha às eleições para a Presidência da República, o Partido dos Trabalhadores chegou a reconhecer um número de cerca de 53 milhões de miseráveis no Brasil, justificando a implantação do natimorto programa intitulado “Fome Zero”) que não precisam de qualquer esforço para demonstrar a obrigação do Estado de atender-lhe o

pleito de assistência judiciária. Mas, é justamente para esses cidadãos que o Estado tem dado as costas.

A razão pode estar justamente na conclusão a que chegou Gustavo Amaral¹³⁸ quando salienta que os recursos não bastam para todos, raciocínio esposado por Ana Paula de Barcellos:¹³⁹

Retornando ao ponto em que se estava, além do direito de iniciar um processo judicial gratuitamente, pode-se cogitar de outras prestações, já no âmbito e no curso de um processo, que compõem também o direito ao acesso à Justiça como elemento do mínimo existencial e estariam cobertas pela assistência jurídica gratuita. É o caso, *e.g.*, da produção de provas.

Pergunta-se, no entanto: pode-se pretender que o Poder público custeie qualquer tipo de prova, como perícias médicas, biológicas ou de engenharia de altíssimo custo? Isso faria parte do mínimo existencial na hipótese? Qual o núcleo do princípio que consagra o acesso à Justiça? Estas são questões que hão de demandar um estudo inteiro exclusivamente para sua apreciação. Fica o registro, todavia, de sua importância e da ausência, até o momento, de solução jurídica consistente que as enfrente.

E para que serve a assistência judiciária se ela sofrer limitações tais como a produção de provas? Então, na prática, o que se vê é exatamente isso, a assistência judiciária limitada à isenção do pagamento das despesas processuais, mas com o enfrentamento de grandes dificuldades, tal como ocorre com a questão da produção de provas. Então, entre o que está disposto na norma e a realidade há uma grande distância, de forma que se torna absolutamente questionável a eficácia da lei. Ou seja, por ser limitado, o

¹³⁸ AMARAL, *op. cit.*

¹³⁹ BARCELLOS, *op. cit.*, p. 297.

mandamento constitucional da assistência judiciária não passa mesmo de uma falácia, já que o acesso à Justiça deve ser amplo, ou seja, não pode sofrer qualquer tipo de restrição.

8.2 - O Custo do Processo – A Defensoria Pública

A Defensoria Pública foi instituída como uma saída para diminuir os obstáculos ao acesso ao Judiciário, proporcionado ao cidadão carente a assistência jurídica através de um profissional da advocacia contratado pelo Estado. A Constituição Federal, ao tratar dos direitos e garantias fundamentais, dispõe que o Estado tem o dever de prestar, gratuitamente, assistência jurídica integral às pessoas que não dispõem de recursos financeiros suficientes para o pagamento de honorários advocatícios.

A Defensoria Pública é o órgão estatal que tem por atribuição a prestação de assistência jurídica integral às pessoas carentes. O quadro funcional das Defensorias Públicas é composto por profissionais selecionados por meio de concurso público de provas e títulos.

Apesar do disposto no texto constitucional, nem todos os Estados brasileiros instituíram a Defensoria Pública, deixando de organizar a carreira pública. É certo, contudo, que, alternativamente, substituem, às vezes com certa vantagem, os custos decorrentes da manutenção da estrutura pública remunerando o profissional dativo.

Diz-se “com certa vantagem” porque é certo que a manutenção da estrutura da Defensoria Pública representa um custo de significativo valor para o Estado, que nem sempre dispõe dos recursos necessários ou prefere aplicá-lo de outra forma, eis que as prioridades são escolhidas conforme o plano de governo do candidato eleito.

As despesas e os custos gerados pela Defensoria Pública são bancados pelo Estado e, portanto, pelo próprio cidadão. E esses custos são significativamente altos se levarmos em conta que o Estado deve manter uma sede, um local onde se instalará a Defensoria Pública – geralmente à custa de alugueres contratados a preços que nem sempre acompanham o praticado pelo mercado imobiliário – contratar e manter o pessoal administrativo, adquirir mobiliário, material de expediente e, principalmente, arcar com as despesas que decorrem das respectivas carreiras públicas e tantos outros que, se bem compararmos, nenhuma vantagem além da pretendida – mas nem sempre alcançada – organização, pode ser percebida em relação ao advogado dativo, quem, da mesma forma que o defensor público, receberá do Estado os honorários pelos serviços que foram prestados ao cidadão carente.

Não se pretende aqui levantar uma bandeira contra a existência da Defensoria Pública, cuja relevante missão está escorada nos mais verdadeiros e justos argumentos constitucionais. Todavia, não se pode deixar de anotar que é importante para a discussão o fato de que, mal organizada e sem recursos, a instituição Defensoria Pública não passa de mais uma repartição pública que mantém, às vezes, funcionários desinteressados que apenas

aguardam o momento da aposentadoria, enquanto gozam de certas vantagens que o trabalhador da iniciativa privada não encontra à sua disposição com freqüência. Depois, mantida com um quadro funcional geralmente com poucos profissionais, sem a devida estrutura física capaz de dar suporte ao trabalho desses advogados, diante de uma demanda representada pela população carente, flagrantemente crescente, jamais permitirá que a Defensoria Pública alcance a sua finalidade, atuando a contento e dentro dos princípios que nortearam a sua criação.

A radiografia da instituição revela os mesmos males que padecem os demais setores do serviço público: instalações e infra-estrutura insuficientes e inadequadas, sobrecarga de serviços, pessoal desmotivado, mal-remunerado, desinteressado, na maioria das vezes executando tarefas para as quais não recebeu o devido treinamento. Essa situação tende a se agravar com o aumento da miséria em nosso país, redundando no aumento do número de conflitos e, portanto, de demandas e de pessoas que irão procurar a instituição na ânsia de obter a necessária assistência judiciária.

Em conclusão, pode-se afirmar que o mandamento constitucional pode ser correto, mas não é operacionalmente possível, não é passível de ser concretizado e nem mesmo é viável, sendo mesmo equivocada, ao passo que a aplicação do mesmo princípio da assistência jurídica gratuita através do profissional autônomo, o advogado dativo, que certamente custa menos para o Estado – e para o cidadão, em última instância, além de reduzir os custos, pode tornar mais eficaz o direito à assistência judiciária.

8.3 - O Custo do Processo – Os Juizados Especiais

A criação dos Juizados Especiais tem inspiração constitucional, assim como as Defensorias Públicas, cujo aparelhamento é um dever do Estado. Por várias ocasiões foram eleitos como a alternativa para todos os problemas do Poder Judiciário, principalmente para resolver o problema da lentidão da prestação jurisdicional, possibilitando a diminuição da sobrecarga de processos nos tribunais. Parece que não foi isso que aconteceu.

Sob o aspecto da administração judicial, é bem verdade que os Juizados Especiais possibilitaram a redução da carga processual que estava obstruindo o Judiciário, assim entendida a Justiça Comum e, mais recentemente, a Justiça Federal com a criação dos Juizados Especiais Federais. A instituição dos Juizados também possibilitou a rápida solução para certos tipos de demandas envolvendo o Poder Público, que antes levavam anos tramitando pelo rito comum nas diversas seções judiciárias e nos tribunais de justiça.

Assim, garantindo o acesso à justiça, as ações que poderiam durar longos anos, agora são rapidamente solucionadas nos Juizados Especiais; execuções que poderiam enfrentar embargos tumultuados são celeremente resolvidas; penas para os crimes de pequeno poder ofensivo cedem lugar para as transações penais; tudo isso dando a impressão de uma resposta

jurisdicional, acessível a todos, tornando plena a dignidade das pessoas e contribuindo para a harmonia social.

Pode-se concluir também que é significativa a contribuição dos Juizados Especiais Federais, permitindo a simplificação dos procedimentos em ações que envolvem o Poder Público, sabidamente o maior demandante em volume de ações, reduzindo as despesas para o próprio Estado e conferindo uma resposta jurisdicional mais célere.

Atendendo ao comando constitucional, a Lei 9.099, de 26 de novembro de 1995, dispondo sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais como sistema judiciário, marcou o início de um período em que todo o Poder Judiciário voltou-se incisivamente para o instituto da conciliação¹⁴⁰ como princípio, como palavra de ordem, como meta a ser alcançada, no propósito de

¹⁴⁰ Para Nelson Nery Júnior “A atividade de tentar conciliar as partes é decorrente do ofício do magistrado, de sorte que não pode ser vista como caracterizadora de suspeição de parcialidade do juiz, nem do prejulgamento da causa. Para tanto deve o juiz fazer as partes anteverem as possibilidades de sucesso e de fracasso de suas pretensões, sem prejudicar a causa e sem exteriorizar o seu entendimento acerca do mérito.” (*apud* Nery, *Atualidades*, n. 14, p 46, *in* Código de Processo Civil Comentado e legislação extravagante. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003). “A tentativa de conciliação pelo juiz é obrigatória. Pode e deve ocorrer a qualquer tempo durante o curso do processo, podendo ser exercida pelo juiz mais de uma vez e quantas forem necessárias. Ao fala de *partes*, a lei pressupõe a existência de citação. O juiz só deverá fazer uso do poder-dever do CPC 125 IV depois de decorrido o prazo para a resposta do réu, pois sem saber qual o teor da resistência do réu à pretensão do autor, ou mesmo de eventual aumento do objeto litigioso pelo ajuizamento de reconvenção ou ação declaratória incidental, não se terá formado o quadro completo das pretensões das partes, motivo pelo qual o juiz ainda não teria condições ideais para propor a conciliação. O termo inicial, portanto, para a primeira tentativa de conciliação das partes, prevista no CPC 125 IV, é determinado pelo decurso do prazo para a resposta do réu. Não pode o juiz determinar o comparecimento das partes durante o curso do prazo para a resposta do réu, suspendendo ou interrompendo esse prazo, que é peremptório e corre inexoravelmente, salvo expressa disposição legal em sentido contrário. (*idem*, p. 526-8) “Não há termo final para a tentativa de conciliação pelo juiz, pois mesmo depois de proferida a sentença, sendo vedado ao magistrado alterá-la (CPC 463), as partes podem chegar à composição amigável de natureza até diversa da que fora estabelecida na sentença. O término da demanda judicial é sempre interessante e deve ser buscado sempre que possível.” (*idem*, p. 526-9).

promover a extinção pacífica dos processos, fazendo valer a máxima de que “o acordo é melhor que a demanda”.

Essa “estratégia” foi como que inculcada, primeiro nos magistrados e depois, por estes nos conciliadores, de maneira que o demandante que recorrer aos Juizados Especiais em busca da desejada tutela jurisdicional vê, às vezes, o seu direito transformar-se em objeto de transação, o seu crédito diminuído ou dividido em prestações, em prol da paz social e da aclamação de uma Justiça rápida e efetiva. O ofendido, não rara às vezes, é obrigado a testemunhar o seu algoz pactuar com o Promotor de Justiça o pagamento de uma cesta básica em troca do perdão do Estado, situação que, sem dúvida, pode trazer mais sofrimento, mais angústia, do que a almejada paz.

A possibilidade da conciliação, do acordo a qualquer custo, pode servir ao Estado e aos estatísticos mais interessados em animar os políticos de plantão, mas foi através dos Juizados Especiais que se permitiu e se incentivou o esfacelamento do direito em troca da transação - civil ou penal – sob o escopo de que esse princípio pode proporcionar um processo célere, mesmo porque, nesse caso, os fins justificam os meios.

E não são os raros os juízes “estagiários” dos Juizados Especiais que ainda hoje, nas varas comuns, mantém a mesma postura da tentativa da

conciliação a qualquer custo, pouco importando se é possível ou não, se desejada ou não a transação.¹⁴¹

De outro lado, não se pode criticar e tampouco combater as atitudes judiciais que visam a conciliação das partes, pois a sua persecução é um dever e o juiz deve estar atento para o seu cumprimento. O que não se pode admitir é a imposição da conciliação às partes, a qualquer custo e mesmo contra a vontade dos litigantes, de forma que o magistrado deixa mesmo de julgar preferindo tornar-se um “homologador de acordos” que ele próprio induziu.

Não se pretende, da mesma forma, combater a existência dos Juizados Especiais, os quais podem propiciar uma solução célere aos conflitos especificados no rol de sua competência, resolvendo-os dentro de um menor intervalo de tempo possível entre a ofensa ao direito e a sua reposição, tornando mais palpável a distribuição da justiça.

A crítica reside no especialíssimo valor à conciliação que o legislador emprestou à norma, já que é através da composição das partes que o conflito

¹⁴¹ Segundo Barbosa Moreira: “É de extrema delicadeza o papel do juiz nesse momento: cabe-lhe envidar esforços no sentido da composição amigável da lide, abstendo-se, porém, de fazer pressão sobre qualquer das partes para que aceite um acordo em termos a que não se mostra disposta a anuir. Deve o juiz, especialmente, evitar que transpareçam de sua intervenção indícios de um prejulgamento da causa. A lei não minudencia a disciplina da tentativa de conciliação. Compreende-se que seria difícil fixar *a priori* normas rígidas. A condução da tentativa, a cargo do juiz, dependerá, caso por caso, da reação que tiverem as partes. Com elas deve o órgão judicial entender-se diretamente, e interpor-se toda vez que surja o risco de agastamento entre os litigantes. (Novo processo civil brasileiro: exposição sistemática do procedimento. Ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2002., p. 82).

torna-se findo da forma mais imediata possível. Como dito, nem sempre o acordo é melhor que a demanda, e, às vezes não se consegue enxergar isso, conduzindo o cidadão para a frustração, desviando o processo do seu fim maior que é a de dar razão a quem realmente a tem, a de restabelecer a paz social.

Ademais, a outra crítica reside no fato de que a Lei 9.099/95 criou um novo rito processual - civil e penal - que poderia ter sido adotado por todas as cortes, sem que fosse necessária a edificação de uma nova estrutura estatal, com a criação dos novos cargos, salários, edifícios, salas, armários, mesas, tornando os Juizados Especiais substitutos dos antigos e tradicionais tribunais, a quem foram reservadas as causas ditas complexas, o que, ao invés de trazer a solução, agravou ainda mais o problema do Poder Judiciário, com o “inchaço” de sua estrutura. Para o Estado, criou-se novamente mais uma rubrica orçamentária, e para o cidadão, quem, no final paga as contas, tem agora que se contentar com mais um serviço público ineficiente.

Sem contar que se trata de mais uma “repartição pública” e, como tal, padece dos mesmos problemas já citados e inúmeras vezes repetidos (estrutura inadequada, pessoal mal preparado, dentre outros).

Talvez fosse suficiente a assimilação do rito processual mais simples criado pela Lei 9.099/95, no lugar da opção mais complexa, adaptando-se a estrutura física já existente ao processo, daí que, voltando novamente aos

atualíssimos ensinamentos de Gustavo Amaral ¹⁴² sendo escassos os recursos, a Justiça, também aquela oferecida pelos Juizados Especiais, não é para todos, de forma que, também essa alternativa não é suficiente para o cumprimento do respeito constitucional da dignidade da pessoa humana como princípio fundante da ordem jurídica e a finalidade principal do Estado.

Os Juizados Especiais se transformaram em uma “justiça de gente pobre”, não no sentido de conferir acesso à Justiça ao cidadão mais carente, aquele que não tem recursos para custear a defesa de seus direitos, mas no sentido de ser uma justiça insuficiente, incapaz de suprir os anseios e as necessidades da população que para eles correm em busca da proteção estatal.

Desse breve raciocínio, pode-se concluir que a assistência judiciária, por ser seletiva e, apesar de instituída nos idos de 1950, ainda nos dias atuais encontra significativo óbice para sua aplicação; a Defensoria Pública padece de todos os males que acometem os demais órgãos públicos, principalmente a carência de recursos, além de problemas e vícios de administração, como ocorrer com toda e qualquer repartição pública; os Juizados Especiais são utilizados mais como uma “válvula de escape” do excesso de processos que poderiam superlotar a Justiça Comum, sofrendo igualmente com os problemas estruturais, tais como a carência de recursos humanos e materiais, em nada ou quase nada contribuindo para a distribuição do mínimo existencial.

¹⁴² AMARAL, Gustavo. Op. cit.

Assim, se o mínimo existencial do acesso à justiça, tendo em conta a Constituição Federal de 1988, reside no suporte fornecido pelo tripé formado pela assistência judiciária, Defensoria Pública e os Juizados Especiais, pode-se afirmar que esse objetivo ainda não foi alcançado pelo Estado.

8.4 – A Reforma Constitucional

Mas, a solução para o problema continua sendo buscada. O final do ano de 2004 foi marcado por mais uma medida legislativa de grande alcance. A Emenda Constitucional número 45, de 08 de dezembro de 2004, foi publicada no Diário Oficial da União na edição do dia 31 de dezembro do mesmo ano. Merece destaque o fato de que tornou concreta a reforma do Poder Judiciário. Seu texto carrega regras relativas à organização dos órgãos judiciários, além de que múltiplas questões são ali tratadas, os legisladores, influenciados por interesses diversos, introduziram numa só norma, questões de vários aspectos.

Assim, no ato legislativo pretendeu-se a solução para as questões relacionadas ao controle externo do Poder Judiciário, inclusive com a criação e a fixação de competências do Conselho Nacional de Justiça e do Conselho Nacional do Ministério Público, ambos já instituídos e em operação; foi definida nova competência da Justiça do Trabalho, com sua expressiva ampliação, e introduzida a própria reforma do Poder Judiciário, inclusive a que resultou a extinção dos Tribunais de Alçada. Outro elemento importante foi instituição da chamada “súmula vinculante”. Por outro lado, criou mais um fundo financeiro

para ser administrado pelo Estado, o denominado Fundo de Garantia das Execuções Trabalhistas.

Merecem destaque as questões relacionadas às modificações na competência do Supremo Tribunal Federal, do Superior Tribunal de Justiça, dos tribunais estaduais e aquelas relacionadas à disciplina da magistratura, como a instituição do Conselho Nacional de Justiça, órgão externo de "controle da atuação administrativa e financeira do poder judiciário e do cumprimento dos deveres funcionais dos juizes", conforme o artigo 103-a, parágrafo 4º, da Constituição Federal de 1988.

Vale ressaltar, no entanto, que as funções deste novo Conselho, composto por membros do Poder Judiciário, do Ministério Público, da Ordem dos Advogados e de pessoas indicadas pelo Congresso Nacional, não interferem na atividade jurisdicional, mas apenas na esfera disciplinar do Judiciário.

Duas regras, no entanto, produziram efeitos significativos no processo. A primeira, reprogramando o artigo 93 da Constituição Federal, acrescentou-lhe o inciso XII, que contém expressa vedação às férias coletivas nos juízos e tribunais de segundo grau, devendo "a atividade jurisdicional" ser "ininterrupta", de maneira que nos dias em que se não houver a expediente forense normal funcionarão juízes em regime de plantão permanente.

Poderia se pensar que o mandamento tornou sem sentido os artigos 173, 174 e 179, do Código de Processo Civil, que tratam das férias forenses e dos atos processuais que podem ser praticados durante esse período, bem como daqueles que não podem ser praticados nas férias e nos feriados, exceto as medidas de urgência. Mas, o Superior Tribunal de Justiça entendeu que o simples recesso forense, geralmente fixado em meados do mês de dezembro e início de janeiro, não afronta a disposição constitucional, revigorando os referidos artigos do Código de Processo Civil.

A outra regra, na linha de princípios, acrescenta um novo inciso no rol dos direitos e garantias fundamentais constantes do artigo 5º da Constituição, nos seguintes termos: “a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação” - art. 5º, LXXVIII.

Assim, na esteira do que ocorreu na Constituição italiana ¹⁴³ a antiga garantia do devido processo legal pode estar sendo substituída pela garantia do processo justo, adequando-se a prestação jurisdicional aos princípios da economia processual e da celeridade.

¹⁴³ “Si tratta, in sostanza, di un “processo giusto”, la cui fisionomia tipica (o, se si preferisce, il cui *Idealtypus*) è frutto di una “contaminazione” – sia pur ampiamente giustificata, da un punto de vista storico e ideologico – di modelli diversi, sulla base di alcuni valori comuni di giustizia, che appartengono (se così mi posso esprimere) al patrimonio genetico dell’uomo come tale, nell’ambito di una *natural justice* universalmente accettata. Tale constatazione, ovviamente, non significa (né mai potrebbe significare) che non debbano considerarsi “giusti” – purché, nella sostanza, rispettino pur sempre quelle *garanzie minime* e, soprattutto, il contraddittorio paritario dei litiganti, in difesa delle rispettive ragioni – i modelli processuali che stanno all’origine della “contaminazione” e, morfologicamente, vengono in parte a divergere da quel modello-tipo”. Luigi Paolo Comoglio, “*Il giusto processo civile in Italia e in Europa*”. Revista de Processo. São Paulo: RT, vol. 116, p. 151.

Esse mandamento deve ser aplicado em conjunto com outras três regras que, igualmente, projetam a reprogramação da disciplina ditada pelo artigo 93 da Constituição Federal, segundo as quais “não será promovido o juiz que, injustificadamente, retiver autos em seu poder além do prazo legal, não podendo devolvê-los ao cartório sem o devido despacho ou decisão” - e, II, art. 93 - “a atividade jurisdicional será ininterrupta, sendo vedado férias coletivas nos juízos e tribunais de segundo grau, funcionando, nos dias em que não houver expediente forense normal, juízes em plantão permanente”; “o número de juízes na unidade jurisdicional será proporcional à efetiva demanda judicial e à respectiva população”; e, “os servidores receberão delegação para a prática de atos de administração e atos de mero expediente sem caráter decisório” - XI, XII e XIII, do art. 93, respectivamente.

As referidas regras constitucionais relacionam-se intimamente com a questão da celeridade processual, conferindo novo sentido ao princípio do acesso ao judiciário, pois, como não se pode imaginar de forma contrária, o acesso à justiça, na condição de mínimo existencial como núcleo sindicável da dignidade da pessoa humana, no conceito doutrinário, deve significar também que o processo seja célere para ser justo, ou justo por ter sido célere.

Finalmente, a Emenda Constitucional nº 45 inovou introduzindo a força vinculante das decisões do Supremo Tribunal Federal, atribuindo-lhe autoridade para funcionar com força normativa igual a das leis, sobre cujo

império não podem fugir os juízes, em suas decisões, a administração, em seus atos de processo, e o cidadão em sua vida particular.

As modificações produzidas pela Emenda Constitucional nº 45, dentre outros aspectos que são irrelevantes para esse breve estudo, têm o condão de modificar substancialmente o sentido constitucional do devido processo legal - e do acesso ao judiciário – trazendo à norma o princípio do processo justo, podendo-se dizer que processo justo também significa o processo com uma razoável duração, como resultado colateral, complementar e derivado.

Pretende assegurar a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação; organiza a atividade jurisdicional dispondo sobre critérios de promoção do juiz ligados ao zelo e à presteza no exercício da jurisdição; institui a súmula vinculante, – apesar de toda a polêmica que ainda cerca a questão, a chamada súmula vinculante, enquanto método de trabalho pode tornar mais dinâmica a atividade dos tribunais dispensando-os da repetição de fundamentos no julgamento de processos com casos idênticos.

Isso porque, tempo e processo, nos dizeres de José Rogério Cruz e Tucci,¹⁴⁴ constituem duas vertentes que estão em constante confronto, de forma que em muitas ocasiões o tempo age em prol da verdade e da justiça,

¹⁴⁴ CRUZ E TUCCI, José Rogério. Tempo e processo: uma análise empírica das repercussões do tempo na fenomenologia processual (civil e penal). São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997, p. 11.

mas na maioria das vezes, conspira contra o processo. A excessiva duração do litígio vulnera a garantia do processo justo, apenas para atualizar o pensamento, sempre recente do referido autor.

Luiz Guilherme Marinoni ¹⁴⁵ ressalta que a lentidão da justiça civil deve exigir cada vez mais a atenção dos estudiosos, pois a morosidade processual estrangula os direitos fundamentais do cidadão e que, algumas vezes, a morosidade da justiça é a opção dos próprios detentores do poder e que a demora não seria meramente acidental, mas fruto de vários interesses, até mesmo o poder de limitar o afluxo de litígios ao Poder Judiciário, afastando a idéia simplista de que o juiz é o culpado pela demora do processo pela falta de qualidade do seu serviço, já que esta questão passa por uma dimensão muito mais profunda, ou seja, pela própria ideologia que permite que o Poder Judiciário seja o que é.

José Carlos Barbosa Moreira ¹⁴⁶ destaca que a duração do processo é o aspecto mais visível da chamada "crise da justiça", mas que, imaginar que a rapidez é sinal de que quanto mais depressa, melhor, é um mito. Primeiro, porque imaginar que o problema da morosidade processual é exclusivo do nosso país é um erro, pois, e sem que isso sirva de consolo, o problema é praticamente universal, lembrando novamente o exemplo italiano. Segundo,

¹⁴⁵ MARINONI, Luiz Guilherme. Novas linhas do processo civil. São Paulo: Malheiros Editores Ltda., 2000, p. 32.

¹⁴⁶ MOREIRA, José Carlos Barbosa. Temas de direito processual: oitava série. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 1 e ss.

não é verdade que a rápida solução dos litígios é idéia reclamada pelos jurisdicionados em quaisquer circunstâncias, pois a prática nos mostra que, pelo menos para um dos litigantes, há o desejo de que o feito se prolongue o tanto quanto possível. E em terceiro lugar, ainda que se possa afirmar que os nossos códigos conservam os resquícios de um formalismo bolorento, muito se podendo fazer para diminuir-lhe os excessos, é descabida a crença de que cabe aos defeitos da legislação processual a maior responsabilidade pela duração excessiva dos pleitos.

Finalmente, O hiperdimensionamento da malignidade da lentidão, sobrepondo-a a todos os demais problemas da justiça constitui equívoco perigoso, porque nem sempre justiça boa é a justiça rápida:

“O subitem nº 4 é talvez o mais perigoso. Consiste em hiperdimensionar a malignidade da lentidão e sobrepô-la, sem ressalvas nem matizes, a todos os demais problemas da Justiça. Para muita gente, na matéria, a rapidez constitui o valor por excelência, quiçá o único. Seria fácil invocar aqui um rol de citações de autores famosos, apostados em estigmatizar a morosidade processual. Não deixam de ter razão, sem que isso implique – nem mesmo, quero crer, no pensamento desses próprios autores – hierarquização rígida que não reconheça como imprescindível, aqui e ali, ceder o passo a outros valores. Se uma justiça lenta demais é decerto uma justiça má, daí não se segue que uma justiça muito rápida seja necessariamente uma Justiça boa. O que todos devemos querer é que a prestação jurisdicional venha a ser *melhor* do que é. Se para torná-la melhor é preciso acelerá-la, muito bem: não, contudo, a qualquer preço.”¹⁴⁷

De fato, principalmente nos países do mundo ocidental, o clamor generalizado contra a pouca eficiência da prestação jurisdicional vem

¹⁴⁷ MOREIRA, p. 5

provocando medidas reformistas tentando tornar efetivos os deveres estatais, de forma a revelar, no seu aprimoramento, a evolução como Estado Democrático, pois pode ser inegável que a capacidade de oferecer uma justiça confiável, respeitada e acatada pela sociedade, é o sinal da existência do Estado Democrático. Afinal, a função jurisdicional plena, confiável, independente, imparcial e, sobretudo, efetiva, consiste na função primordial de um dos Poderes soberanos do Estado Democrático.

E se é assim constituído o verdadeiro Estado Democrático, reflete nos cidadãos a consciência da cidadania, passando cada vez mais a recorrer à Justiça porque essa efetivamente vai corresponder à função conferida pela moderna Constituição.

O passado foi diferente e o futuro reflete outra realidade. Ferrajoli ¹⁴⁸ lembra o passado do Estado de Direito, que pode ser entendido como sendo, em sentido formal, aquele que designa o ordenamento em que os poderes públicos são conferidos pela lei e exercitados nas formas legalmente estabelecidas. São Estados de Direito todos os ordenamentos jurídicos modernos, inclusive os mais antiliberais, os que os poderes públicos têm uma fonte e uma forma legal. Em sentido substancial, designa somente aqueles ordenamentos em que os poderes públicos estão sujeitos à lei (limitados ou vinculados por ela), não só no que diz respeito às formas, mas ao seu conteúdo. São Estados de Direito aqueles ordenamentos em que todos os

¹⁴⁸ FERRAJOLI, Luigi. Pasado y futuro del estado de derecho *in* CARBONNEL, Miguel (Ord.) Neoconstitucionalismo(s). Madrid: Editorial Trotta, 2003. p. 13 e seguintes.

poderes estão vinculados aos princípios estabelecidos pelas normas constitucionais, como a divisão dos poderes e os direitos fundamentais.

Ao analisar a realidade europeia, Ferrajoli desenvolveu a tese de que o modelo paleo-juspositivista do Estado Legislativo de Direito ou Estado Legal, surge com o nascimento do Estado moderno como monopólio da produção jurídica, enquanto o modelo neo-juspositivista do Estado Constitucional de Direito ou Estado Constitucional será o produto da difusão na Europa do pós-guerra, das constituições rígidas e do controle constitucional das leis ordinárias.

Estes dois modelos refletem experiências históricas europeias diferentes, fruto cada uma de uma tripla mudança de paradigma, seja na natureza e estrutura do direito; seja na natureza da ciência jurídica; seja, por fim, na jurisdição, identificando três paradigmas: o direito pré-moderno; o Estado Legislativo de Direito e o Estado Constitucional de Direito, se referindo à crise dos modelos de Estado de Direito frente a qual se projeta uma nova mudança de paradigma, cujas formas e contornos são, todavia, incertas.

A primeira transformação é aquela gerada pela afirmação do monopólio estatal da produção normativa e do princípio da legalidade como norma de reconhecimento do direito válido. Essa transformação, ainda segundo Ferrajoli, se manifesta em três alterações.

Primeiro, na existência e validade das normas jurídicas. A teoria do Direito pré-moderno, de formação não legislativa, sustentou-se no

jusnaturalismo e na doutrina. Não existia um sistema unitário e formalizado de fontes positivas, senão uma pluralidade de fontes e ordenamentos procedentes de instituições diferentes e concorrentes: o império, a igreja, os príncipes, os municípios, as corporações, nenhuma das quais tinha o monopólio da produção jurídica.

O Direito comum estava assegurado pelo desenvolvimento e pela atualização da velha tradição romanista, ou seja, pelas elaborações doutrinárias e jurisprudenciais, cuja validade dependia, não da sua forma de produção, mas da racionalidade ou justiça de seus conteúdos.

Veritas, non auctoritas facit legem era a fórmula oposta a sustentada por Hobbes em sua obra O Diálogo. Na visão de Ferrajoli tinha razão o jurista. O Estado de Direito Moderno nasce como forma de Estado Legislativo de Direito, com a afirmação do princípio da legalidade como critério exclusivo de identificação do direito válido. Graças a esse princípio e às codificações, uma norma jurídica é válida não por ser justa, mas por ter sido posta pela autoridade dotada de competência normativa. Aqui a ciência jurídica também sofre uma mudança de paradigma: na experiência pré-moderna da ciência jurídica, sendo o direito não posto o seu objeto, senão o recebido por tradição e constantemente reelaborado pela sabedoria dos doutores era imediatamente normativa e se identificava de fato com o direito mesmo. Com a afirmação do princípio da legalidade como norma de reconhecimento do Direito existente a ciência jurídica deixa de ser uma ciência normativa para converter-se numa disciplina cognoscitiva ou explicativa do objeto ou o Direito positivo.

Jusnaturalismo e positivismo jurídico, Direito natural e Direito positivo podem ser entendidos como as duas culturas e as duas experiências jurídicas que estão na base destes dois paradigmas opostos.

O nascimento do Estado Moderno e a afirmação do princípio da legalidade como norma de reconhecimento do Direito Positivo provocam uma mudança de paradigma do direito.

Uma segunda mudança é produzida com a subordinação da legalidade às Constituições rígidas, traduzindo também em três alterações do Estado Legislativo de Direito, nos planos anteriormente analisados.

Na natureza e na estrutura do Direito, mudam as condições de validade das leis, as quais passam a depender, além da forma de sua produção, também da coerência de seus conteúdos diante dos princípios constitucionais. A norma está dissociada da justiça (conforme o paradigma páleo-juspositivista) e também da validade, sendo possível que uma norma formalmente válida e, por isso, vigente, seja substancialmente inválida pelo fato de contrariar a Constituição.

Na natureza da ciência jurídica, há a mudança de seu estatuto epistemológico, porque a possível divergência entre a Constituição e a legislação confere o papel não somente explicativo, mas também crítico e projectivo em relação ao seu próprio objeto.

A Ciência Jurídica tem agora o dever de constatar, para que sejam corrigidas ou eliminadas, as normas cujo conteúdo gera antinomias à disciplina imposta pela Constituição.

Quanto à jurisdição, tem essa seu papel alterado, que passa a ser o de aplicar a lei somente se for constitucionalmente válida. A interpretação e a aplicação da lei são sempre um julgamento sobre a lei que o juiz deve censurar como inválida mediante a declaração da sua inconstitucionalidade.

Mas, surge uma quarta transformação produzida pelo paradigma do constitucionalismo rígido. A subordinação da lei aos princípios constitucionais, além de significar a validade das normas, implica na imposição de um limite à democracia, porque os direitos constitucionais estabelecidos correspondem proibições e obrigações impostas aos poderes da maioria, que de certa forma, seriam absolutos. Mas, também a completa, pois essas mesmas proibições e obrigações se configuram como garantias aos direitos de todos frente ao abuso dos poderes próprios do sistema democrático. Por fim, submete à legalidade o poder legislativo, antes absoluto.

Ferrajoli afirma que, tanto o Estado Legislativo de Direito quanto o Estado Constitucional de Direito, ou seja, o Estado de Direito em sentido fraco ou forte, vivem hoje em crise. Essa crise se manifesta nas formas de regressão a um Direito jurisprudencial do tipo pré-moderno: “por um lado, o colapso da capacidade reguladora da lei e o retorno ao papel criativo da jurisdição; de

outro lado, a perda da unidade e coerência das fontes e a convivência e superposição de diversos ordenamentos concorrentes.”¹⁴⁹

Num primeiro aspecto, a crise afeta o princípio da legalidade, que é a norma de reconhecimento própria do Estado Legislativo de Direito, por dois fatores: primeiro, a inflação legislativa e a difusão da linguagem legal – as leis se contam em dezenas de milhares e em linguagem cada vez mais obscura e tortuosa, dando lugar às vezes a intrincados enredos e labirintos normativos. O Tribunal Constitucional italiano tem considerado irreal o clássico princípio da “*nemo ignorantia legis excusat*” em matéria penal.

Assim, a racionalidade da lei, que Hobbes havia contraposto a *júris prudentia* ou sabedoria dos juizes desordenados do velho Direito comum, tem sido dissolvida por uma legislação obra de legisladores desordenados, que abre caminho à discricionariedade dos juizes e à formação jurisprudencial, administrativa ou privada do Direito, segundo o antigo modelo pré-moderno, com a conseqüente perda da certeza, da eficiência e das garantias.

Em um segundo plano, a crise afeta o papel garantista da Constituição com relação a legislação, que é o traço característico do estado Constitucional de Direito. É uma conseqüência do fim do Estado nacional como monopólio da produção jurídica. Exemplo disso é o processo de integração europeia que está deformando a estrutura constitucional das democracias nacionais, tanto no

¹⁴⁹ FERRAJOLI, p. 20.

aspecto de representatividade política dos órgãos dotados de poderes normativos, como na rígida subordinação a limites e controles constitucionais claramente ancorados na tutela de direitos fundamentais.

Além disso, situa-se fora dos limites dos Estados nacionais grande parte dos centros de decisão e das fontes normativas, tradicionalmente reservados à soberania. Corre-se o risco de produzir, na confusão de fontes e na incerteza das competências, uma dupla forma de dissolução da modernidade jurídica: o desenvolvimento de um incerto Direito comunitário jurisprudencial por obra de tribunais concorrentes e confluentes entre si e o regresso ao pluralismo e a superposição dos ordenamentos próprios do Direito pré-moderno fazendo com que expressões do tipo “princípio da legalidade” e “reserva de lei” tenham cada vez menos sentido.

O processo de integração econômica que chamamos globalização pode ser entendido como um vazio de Direito público produto da ausência de limites, regras e controles frente a força dos Estados com maior potencial militar e dos grandes poderes econômicos privados. O Direito da globalização vem se modelando na formas privadas do contrato, sinal de uma primazia absoluta da economia sobre a política e do mercado sobre a esfera pública.

Questionando a possibilidade da existência de um terceiro Estado de Direito ¹⁵⁰ Ferrajoli propõe que não é possível prever a saída para esta dupla

¹⁵⁰ FERRAJOLI, p. 22.

crise. Mas, é possível entender que dependerá do papel desempenhado pela razão jurídica e política. O fortalecimento do Estado de Direito dependerá da refundação da legalidade.

O primeiro desafio é dirigido ao Estado Legislativo de Direito em razão da crise do princípio da legalidade que reclama o papel crítico e projectivo da razão jurídica na refundação da legalidade ordinária. Um eficaz corretivo da crise do princípio da legalidade penal proviria de seu fortalecimento através da substituição da simples reserva de lei pela reserva de código, em virtude do qual não se poderia introduzir nenhuma norma em matéria penal ou processual penal senão através da modificação ou integração do texto do Código Penal, obtendo-se uma recodificação do Direito Penal, transformando-o em texto normativo exaustivo, como uma garantia frente ao abuso da legislação especial, da arbitrariedade dos juizes e desordenados e dos legisladores desordenados.

A refundação da legalidade do Estado social se daria sobre a base dos princípios de sujeição à lei, igualdade dos cidadãos e imunidade destes frente a arbitrariedade com a redistribuição de suas prestações segundo a lógica universalista das garantias dos direitos sociais no lugar das intervenções discricionárias e seletivas do tipo burocrático.

Exemplo paradigmático é a satisfação dos direitos à subsistência e à assistência mediante a atribuição de uma renda mínima garantida a todos a partir da maioria. De forma gratuita a assistência à saúde e à educação

para todos. O alto custo desses programas seria compensado com a redução dos aparatos burocráticos e parasitários que hoje administram a assistência social, muitas vezes de forma corrupta e com critérios arbitrários e discriminatórios.

O segundo desafio é dirigido à dimensão constitucional do Estado de Direito pela perda da soberania, pelo deslocamento das fontes de Direito fora dos seus limites, e pelo conseqüente enfraquecimento do papel garantista das Constituições nacionais. A alternativa é a integração jurídica e institucional, complemento da integração econômica e política, hoje irreversível, e, portanto, o desenvolvimento de um constitucionalismo sem Estado, a altura dos novos espaços, não estatais, mas supra-estatais: por um lado, um constitucionalismo europeu e, por outro lado, um constitucionalismo internacional idôneos para limitar o absolutismo dos novos poderes.

Perspectiva semelhante se está realizando no processo constituinte da União Européia, principalmente com a aprovação, em 7/12/2000, da Carta Européia dos direitos fundamentais que prevê, junto aos tradicionais direitos civis e de liberdade, um amplo elenco de direitos sociais e de direitos de última geração em tema de privacidade, de tutela do corpo humano e proteção do meio ambiente. Mas, a sua aceitação depende a legitimidade de todo o Direito comunitário.

E se tal Direito não pode ser derogado por nenhuma lei ou sentença de um Estado membro, sem que perca o seu caráter comunitário e sem que

resulte afetado o fundamento jurídico da própria comunidade, é igualmente inegável que nenhum tribunal constitucional pode admitir a incorporação ao seu ordenamento de normas em conflito com os princípios de sua própria Constituição. Mas, naturalmente a Carta Européia não é suficiente para redesenhar o ordenamento europeu segundo as formas de Estado Constitucional de Direito.

A perspectiva de um constitucionalismo internacional está desenhado pela Carta da ONU e por muitas Declarações e Convenções Internacionais de direitos humanos, apesar de desmentida pelo recurso à guerra como meio de solução dos conflitos internacionais e pelo aumento das desigualdades e pela rígida clausura das fortalezas democráticas ante a pressão das massas crescentes de excluídos sobre nossas fronteiras.

Trata-se de um terceiro modelo, a ordem constitucional de Direito ampliado ao plano supranacional. Naturalmente, não teria sentido discutir as formas que poderiam assumir o sistema e a hierarquia das fontes de um possível Estado de Direito supranacional. Pode-se formular uma hipótese de um constitucionalismo e uma esfera pública não exclusivamente estatal mas supra-estatal.

Mas a perspectiva de se ter um terceiro modelo de Estado de Direito, desenhada pelas cartas supranacionais de direito, suscita resistências e dúvidas. Faltaria um povo, uma sociedade civil, uma esfera pública européia, e mais além, mundial, que seriam os pressupostos indispensáveis do

constitucionalismo e do Estado de Direito, de maneira que a integração jurídica supranacional, mesmo que limitada a tutela dos direitos fundamentais, equivaleria a uma imposição na escala planetária de um único modelo normativo, em contraste com a pluralidade de culturas, tradições e experiências jurídicas.

Porém, uma Constituição não serve para representar a vontade comum de um povo, mas para garantir os direitos de todos, inclusive frente a vontade popular. O fundamento de sua legitimidade, à diferença do que ocorre com as leis ordinárias e as opções de governo, não reside no consenso da maioria, mas em um valor muito mais importante: a igualdade de todos nas liberdades fundamentais e nos direitos sociais, ou seja, em direitos vitais conferidos a todos, como limites e vínculos, precisamente frente às leis e aos atos de governo nas contingentes maiorias.

É certo que a efetividade de qualquer Constituição supõe um mínimo de homogeneidade cultural e política. Mas, é, todavia, mais certo o contrário: que é sobre a igualdade dos direitos como garantia da tutela de todas as diferenças de identidade pessoal e da redução das desigualdades materiais, o sentido comum de ligação entre a identidade coletiva de uma comunidade política. Se pode, mais ainda, afirmar que a igualdade e a garantia dos direitos são condições não somente necessárias, senão também suficientes para a formação da única identidade coletiva que vale a pena perseguir: a que se funda no respeito recíproco, antes que nas recíprocas exclusões e intolerâncias geradas pelas identidades étnicas, nacionais, religiosas ou lingüísticas.

O constituinte italiano ousou e reformou o texto constitucional para introduzir nele o ideal principiológico do processo justo, consagrado no artigo 111. Acesso à Justiça significa um processo justo, ou um devido processo legal como se clama no Brasil. Talvez nem seja necessário constar do texto constitucional a garantia: basta que conste da Constituição Federal que “são Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário” e que seja definida a função de cada um desses Poderes, para que fique garantido que o processo será justo.

Do contrário, poderíamos imaginar que, não sendo justo o processo, estaria mesmo desviada a função constitucional do Poder Judiciário - afinal, que seria desse Poder se não existisse o processo? - de forma que em nada serviria ao Estado Democrático a atuação de um Poder de forma diferente daquela desejada pela Constituição.

Claro que a democracia não é apenas a delegação de funções. Para Häberle ¹⁵¹ a democracia se desenvolve, na sociedade aberta, mediante a práxis cotidiana, utilizando formas mais refinadas de mediação do processo público e pluralista da política, e principalmente através da realização dos direitos fundamentais. É uma democracia do cidadão participativo, mais realista face ao fato do pluralismo do que a democracia popular: ‘Povo’ não é apenas

¹⁵¹ HÄBERLE, Peter, *Hermenêutica Constitucional – a sociedade aberta dos interpretes da constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2002.

um referencial quantitativo que se manifesta no dia da eleição e que, enquanto tal, confere legitimidade democrática ao processo de decisão. Povo é também um elemento pluralista para a interpretação que se faz presente de forma legitimadora no processo constitucional.

A democracia do cidadão está muito próxima da idéia que concebe a democracia a partir dos direitos fundamentais e não a partir da concepção segundo a qual o Povo soberano limita-se apenas a assumir o lugar do monarca. Liberdade fundamental (pluralismo) e não “o Povo” converte-se em ponto de referência para a Constituição democrática. Essa *capitis diminutio* da concepção monárquica exacerbada de povo situa-se sob o signo da liberdade do cidadão e do pluralismo.

Häberle reconhece a relevância do processo político para a interpretação da Constituição. O legislador também possui um poder de conformação, assim como o juiz constitucional. A diferença existente se situa no plano qualitativo, ou seja, ao juiz é assegurado um espaço na interpretação, cujos limites decorrem de argumentos de índole técnica. Mas, sob o prisma quantitativo, não existe diferença fundamental entre as duas situações:

“O muitas vezes referido processo político, que, quase sempre, é apresentado como uma subespécie de processo livre em face da interpretação constitucional, representa, *constitucione lata* e de fato, um elemento importante – mais importante do que se supõe geralmente – da interpretação constitucional, (política como interpretação constitucional). Esse processo político não é eliminado da Constituição,

configurando antes um elemento vital ou central no mais puro sentido da palavra: ele deve ser comparado a um motor que impulsiona esse processo. Aqui, verificam-se o movimento, a inovação, a mudança, que também contribuem para o fortalecimento e para a formação do material da interpretação constitucional a ser desenvolvida posteriormente. Esses impulsos são, portanto, parte da interpretação constitucional, porque, no seu quadro, são criadas realidades públicas e, muitas vezes, essa própria realidade é alterada sem que a mudança seja perceptível.”¹⁵²

Por fim, não se pode esquecer que Cappelletti, reconhecidamente como nenhum outro, realizou um profundo estudo sobre a questão do acesso à justiça, concluindo que, por “acesso à justiça” deve-se entender o sistema pelo qual as pessoas podem reivindicar seus direitos ou também resolver seus litígios sob os auspícios do Estado, devendo ser esse sistema acessível a todos de forma igualitária e produzir resultados que sejam individualmente e socialmente justos.¹⁵³

É certo que algumas mudanças foram produzidas para propiciar o acesso à justiça, tendo a Constituição Federal recepcionado o benefício da assistência judiciária e determinado a instalação dos Juizados Especiais e das Defensorias Públicas. Mas, essas medidas, como todas as demais que envolvem o Poder Judiciário são, freqüentemente, cercadas do conservadorismo e desaparelhadas dos mais elementares princípios de gestão de qualidade, de forma que os resultados são esses que estamos assistindo: crise.

¹⁵² HÄBERLE, p. 98

¹⁵³ CAPPELLETTI, Mauro e GARTH, Bryant. Acesso à justiça. Porto alegre: Fabris Editor, 1988, pág. 8.

É necessário que, de forma responsável, sejam adotadas práticas efetivas que tornem realidade o princípio segundo o qual o processo deve ser o instrumento de pacificação social. Mas, se se pode vislumbrar que, sob certas condições, sejam por questões de escassez, sejam por questões decorrentes da própria deficiência da prestação estatal ou, ainda, da legislação, o processo não será acessível de forma igualitária para todos e, se for possível o acesso, não produzirá resultados que sejam individualmente e socialmente justos, não se pode conceber o sistema como processo, nem o Poder como soberano, tampouco o indivíduo como cidadão.

Rever as formas e os momentos de produção das provas parece ser medida necessária, ao invés de reduzir as possibilidades de insurgências contra os atos praticados pelo juiz, cerceando os meios de revisão das decisões, pois, é quase certo que a decisão baseada numa prova inconteste, numa prova que reflita a realidade dos fatos deduzidos no processo, tende a afastar a possibilidade e a vontade de se produzir os recursos na mesma escala dos dias atuais.

Rever as regras processuais, rever as estruturas do Poder Judiciário e de seus órgãos auxiliares, suprimir instâncias podem ser medidas de grande efeito na efetividade do processo, na produção e na oferta de um processo justo, assim entendido aquele que possa realmente produzir a paz social em um tempo adequado.

9 - Conclusão

O processo deve ser entendido como um instrumento de realização do direito material e, para tanto, deve ser justo. E o sentido de justo processo está associado tanto à cláusula da efetividade e instrumentalidade da jurisdição quanto à relação de sintonia entre os meios e os resultados alcançados no processo. Além disso, deve ser instrumento de revelação da verdade real nas decisões judiciais e na realização da justiça dentro da ótica social, prevalecendo a ordem jurídica.

O processo justo é uma garantia fundamental de justiça, um direito baseado nos valores fundamentais que dão sustentação ao Estado democrático de Direito, assegurado à todas as pessoas, reunindo as condições elementares para que o Estado possa aplicar ao conflito o direito material com justiça. Contudo, é fundamental que o processo se desenvolva dentro de um tempo razoável, pois o tempo é um fator de garantia da justiça.

Ainda que se trate de uma garantia constitucional reconhecida na grande maioria dos países ocidentais, o justo processo encontra barreiras de toda ordem, sendo patente as dificuldades que encontra o juiz no desenvolvimento de suas atividades, de forma que os meios estruturais necessários à uma adequada prestação jurisdicional sempre são insuficientes ou, muitas vezes, ausentes. E, ainda que a iniciativa privada busque suprir as carências estruturais, os meios ainda são precários e resta distante a justiça almejada pelo povo.

Decerto que quanto menos educação tem o povo maior o número de demandas, mas também é correto afirmar que o exercício da cidadania também se realiza no acesso à Justiça. Assim, diante de tantos fatores, crescem as demandas e avolumam-se os processos nas escriturarias judiciais, as quais, à ausência da contrapartida do Estado, sofrem com o aumento de serviço sem que haja um investimento correspondente, agravando ainda mais a situação do jurisdicionado, que vai se acostumando com o tradicional mal-atendimento prestado pelo serviço público.

Por outro lado, o tempo é a dimensão fundamental da vida humana e, pouco importando como é contado ou medido, para o processo judicial é a medida da justiça. Desse modo, o [longo] tempo não só desprestigia os tribunais, mas perpetua a angústia, fragiliza a segurança jurídica, influenciando a eficiência da economia, produzindo prejuízos de ordem material e moral aos que protagonizam o processo.

É preciso, então, que o processo seja um instrumento eficaz a declarar a razão de quem realmente a tem, num tempo adequado observadas as dificuldades da questão controvertida, do comportamento das partes e de seus advogados e da estrutura judicial. A verdade que será construída pelo processo deve ser a verdade pacificadora, que contente as partes e que confira credibilidade à decisão, evitando os recursos e as medidas legislativas estabelecidas para cercear o direito à revisão da decisão.

Os atos processuais estabelecidos na atual ordem processual são complexos e intrincados, carregados de nuances e detalhes que podem, à menor desatenção, desaguar numa realidade jurídica completamente danosa à paz social. O sistema processual é carregado de retórica, sendo necessária a construção de um sistema que possibilite ao juiz lidar com a segurança necessária com os elementos da verossimilhança e os que revelem a verdade real.

Da mesma forma, devem que ser pensados os atuais modelos que pretendem propiciar o acesso à Justiça, pois é cediço que as atuais estruturas das defensorias públicas e dos juizados especiais estão muito aquém do ideal necessário. Não se trata simplesmente de definir prioridades, mas de adotar estratégias corretas e que não redundem em gastos desnecessários de recursos já tão escassos.

É ideal a adoção de práticas efetivas que tornem realidade o princípio segundo o qual o processo deve ser o instrumento de pacificação social, de ratificação da cidadania, seja pela revisão das formas e dos momentos de produção das provas, reduzindo instancias e suprimindo procedimentos, tornando menos retórico o sistema processual civil. Talvez a revisão das regras processuais e das estruturas do Poder Judiciário e de seus órgãos auxiliares, suprimir instâncias podem ser medidas de grande efeito na efetividade do processo, na produção e na oferta de um processo justo, assim entendido aquele que possa realmente produzir a paz social em um tempo adequado.

10 - Referências bibliográficas

AGOSTINHO, Santo. Confissões. São Paulo: Editora Martin Claret, 2005.

ÁLVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. Efetividade e processo de conhecimento, in Revista de Processo, ano 24, nº 96, out/dez de 1999, p. 60. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

ALVIN, Arruda. Curso de Direito Processual Civil, vol. II, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000.

ALVIN, Carreira. Teoria geral do processo. 5ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1966.

AMARAL, Gustavo. Direito, Escassez e Escolha: em busca de critérios jurídicos para lidar com a escassez de recursos e as decisões trágicas. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

ARENHART, Sérgio Cruz. A verdade e a prova no processo civil. Artigo publicado no site da Academia Brasileira de Direito Processual Civil. <http://www.abdpc.org.br/textos/artigos>.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Novo processo civil brasileiro: exposição sistemática do procedimento. Ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

BARBOSA, Ruy. Escritos e discursos seletos. Rio de Janeiro: Editora Nova Aguilar S.A., 1997.

BARCELLOS, Ana Paula de. A eficácia dos princípios fundamentais. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

CAPPELLETTI, M e GARTH, B. Acesso à justiça. Porto Alegre: Antônio Fabris Editor, 1998.

CARNELUTTI, Francesco. Como se faz um processo. Trad. Hiltomar Martins Oliveira. Belo Horizonte: Líder Cultura Jurídica, 2004.

_____. Instituições do processo civil. São Paulo: Classic Book, 2000.

CHAUÍ, Marilena. Convite à filosofia. 12ª edição. 4ª impressão. São Paulo: Editora Ática, 2001.

CHIOVENDA, Giuseppe. Instituições de direito processual civil. Campinas: Bookseller, 1998.

COMOGLIO, Luigi Paolo . Il giusto processo civile in Itália e in Europe. Revista de Processo. São Paulo: RT, vol. 116, p. 151.

COMPARATO, Fábio Konder. Juízes independentes ou funcionários subordinados. Revista da Associação dos Magistrados Brasileiros 2/4, 1º sem. 1998.

CRUZ E TUCCI, José Rogério. Tempo e processo: uma análise empírica das repercussões do tempo na fenomenologia processual (civil e penal). São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997.

DINAMARCO, Cândido Rangel. A reforma da reforma. Rio de Janeiro: Malheiros, 2002.

FERRAJOLI, Luigi. Pasado y futuro del estado de derecho in CARBONNEL, Miguel (Ord.) Neoconstitucionalismo(s). Madrid: Editorial Trotta, 2003.

FUX, Luiz, Curso de direito processual civil. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2001.

GOMES FILHO, Antonio Magalhães. Direito à prova no processo penal. São Paulo: RT, 1997.

GRECO, Leonardo. O conceito de prova. Artigo elaborado para a coletânea de estudos em homenagem ao Professor Égas Moniz de Aragão. Revista da Faculdade de Direito de Campos, Ano IV, Nº 4 e Ano V, Nº 5 - 2003-2004.

HÄBERLE, Peter, Hermenêutica Constitucional – a sociedade aberta dos interpretes da constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da constituição. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2002.

HABERMAS, Jürgen. Direito e democracia, entre facticidade e validade. Vol. I. Trad. Flávio Breno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

HEIDEGGER, Martin. Ser e tempo. Parte II. Trad. Márcia Sá Cavalcante Schuback. 12ª edição. São Paulo: Editora Vozes, 2005.

JÚNIOR, Nelson Nery e NERY, Rosa Maria de Andrade. Código de processo civil comentado e legislação extravagante. São Paulo: RT, 2005.

MARINONI, Luiz Guilherme. Novas Linhas do Processo Civil, 4ª ed., São Paulo: Malheiros Editores Ltda, 2000.

MARQUES, José Frederico. Manual de direito processual civil. v. 1, Campinas: Millenium, 1998.

MIRANDA, Pontes de. Comentários ao código de processo civil. v. III, Rio de Janeiro: Forense, 1996.

PERELMAN, Olbrechts-Tyteca. Tratado da argumentação: a nova retórica. (trad. Maria Ermantina Galvão G. Pereira) São Paulo: Martins Fontes, 1996.

Revista Superinteressante nº 191, edição 191, agosto de 2003, São Paulo: Editora Abril, 2003.

SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. Curso de processo civil: processo de conhecimento, v. 1. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000.

_____. Verdade e significado. Artigo publicado no site da Academia Brasileira de Direito Processual, <http://www.abdpc.org.br/textos/artigos>.

SOUZA, Luiz Sérgio Fernandes de. Abuso de direito processual: uma teoria pragmática. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.

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

11 – Bibliografia

AGOSTINHO, Santo. Confissões. São Paulo: Editora Martin Claret, 2005.

ÁLVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. Efetividade e processo de conhecimento, in Revista de Processo, ano 24, nº 96, out/dez de 1999, p. 60. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

ALVIN, Arruda. Manual de direito processual civil. v. 1, parte geral. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000.

ALVIN, Arruda. Curso de Direito Processual Civil, vol. II, São Paulo: RT, 1972.

ALVIN, Carreira. Teoria geral do processo. 5ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1966, p.302.

AMARAL, Gustavo. Direito, Escassez e Escolha: em busca de critérios jurídicos para lidar com a escassez de recursos e as decisões trágicas. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

ARENHART, Sérgio Cruz. A verdade e a prova no processo civil. Artigo publicado no site da Academia Brasileira de Direito Processual Civil. <http://www.abdpc.org.br/textos/artigos>.

ATIENZA, Manuel. As razões do direito: teorias da argumentação jurídica. Tradução de Maria Cristina Guimarães Cupertino. São Paulo: Landy Livraria Editora e distribuidora Ltda., 2003.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Novo processo civil brasileiro: exposição sistemática do procedimento. Ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

BARBOSA, Ruy. Escritos e discursos seletos. Rio de Janeiro: Editora Nova Aguilar S.A., 1997.

BARCELLOS, Ana Paula de. A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Tutela cautelar e tutela antecipada: tutelas sumárias e de urgência. São Paulo: Malheiros Editores Ltda., 1998.

BEVILÁQUA, Clóvis. Teoria geral do direito civil. Ed. rev. e atual por Caio Mario da Silva Pereira. Rio de Janeiro: Editora Rio e Francisco Alves, 1975.

BOBBIO, Norberto. Teoria da norma jurídica. Trad. Fernando Pavan Baptista e Ariani Bueno Sudatti. Bauru/SP: EDIPRO, 2005.

CÂMARA LEAL, Antônio Luís da. Da prescrição e da decadência. Rio de Janeiro: Forense, 1959, 2ª ed.

CAPPELLETTI, Mauro e GARTH, Bryant. Acesso à Justiça. Trad. e ver. De Elen Gracie Voithfleet, Porto Alegre: Antônio Fabris Editor, 1988.

CARNELUTTI, Francesco. Como se faz um processo. Trad. Hiltomar Martins Oliveira. Belo Horizonte: Líder Cultura Jurídica, 2004

_____. Instituições do processo civil. Tradução Adrián Sotero De Witt Batista – São Paulo: Classic Book, 2000

CHAUÍ, Marilena. Convite à filosofia. 12ª edição. 4ª impressão. São Paulo: Editora Ática, 2001

CHIOVENDA, Giuseppe. Instituições de direito processual civil. Campinas: Bookseller, 1998.

COMOGLIO, Luigi Paolo. Il giusto processo civile in Itália e in Europe in Revista de Processo. São Paulo: RT, vol. 116, p. 151.

COMPARATO, Fábio Konder. Juízes independentes ou funcionário subordinados. Revista da Associação dos Magistrados Brasileiros 2/4, 1º sem. 1998. p 89

CORREIA, Marcus Oriene Gonçalves. Teoria geral do processo. 2ª ed. atual., São Paulo: Saraiva, 2003.

COUTINHO, Jacinto Néelson de Miranda. Crítica à teoria geral do direito processual penal. Coord. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

COUTO E SILVA, Clóvis Veríssimo do. A obrigação como processo. São Paulo: Biushatsky, 1976.

CRUZ E TUCCI, José Rogério. Tempo e processo: uma análise empírica das repercussões do tempo na fenomenologia processual (civil e penal). São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997.

DE PLÁCIDO E SILVA. Vocabulário jurídico. 17. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

DINAMARCO, Cândido Rangel, GRINOVER, Ada Pellegrini e CINTRA, Antônio Carlos de Araújo. Teoria Geral do Processo. São Paulo: Malheiros, 1997.

_____. A instrumentalidade do Processo. São Paulo: Malheiros, 1997.

_____. A Reforma da Reforma. 2. ed. Rio de Janeiro: Malheiros, 2002,

_____. Instituições de direito processual civil. São Paulo: Editora MalheirosLtda., 2005

DINIZ, Maria Helena. Código civil anotado. São Paulo: Saraiva, 1997. p. 171

_____. Curso de direito civil brasileiro: teoria das obrigações contratuais e extracontratuais. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, v.3.

DONNINI, Rogério Ferraz. Responsabilidade pós-contratual no novo código civil e no código de defesa do consumidor. São Paulo: Saraiva, 2004.

DUSSEL, Enrique. Ética da libertação na idade da globalização e da exclusão. Trad. Ephraim Ferreira Alves Jaime A. Clasen e Lúcia M.E. Orth. 2ª ed. Ed. Vozes: Petrópolis, 2002

DWORKIN, Ronald. Levando os direitos à sério. Tradução e notas Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

FACHIN, Luiz Edson. A “reconstitucionalização” do direito civil brasileiro: lei nova e velhos problemas à luz de dez desafios. Matéria publicada na Revista Jurídica nº 324, outubro/2004 – Doutrina Civil, p. 16/19, São Paulo: Notadez Informação Ltda.

FERRAJOLI, Luigi. Pasado y futuro del estado de derecho in CARBONNEL, Miguel (Ord.). Neoconstitucionalismo (s). Madrid: Editorial Trotta, 2003. p. 13 e seguintes.

FERRAZ, Cristina. Prazos no processo de conhecimento: preclusão, prescrição, decadência, perempção, coisa julgada material e formal. São Paulo: Rt, 2001.

FUX, Luiz. Curso de direito processual civil. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2001.

GARCIA MORENTE, Manuel. Fundamento de filosofia. I: lições preliminares. 8ª ed., tradução e prólogo de Guilherme de la Cruz Coronado. São Paulo: Mestre Jou, 1980.

GOMES FILHO, Antonio Magalhães. Direito à prova no processo penal. São Paulo: RT, 1997, p. 163.

GONÇALVES, Marcus Vinícius Rios. Novo curso de direito processual civil. São Paulo: Saraiva, 2004.

GRECO FILHO, Vicente. Direito processual civil brasileiro. São Paulo: Saraiva, 2000. v. 1 e 2.

GRECO, Leonardo. O conceito de prova. Artigo elaborado para a coletânea de estudos em homenagem ao Professor Égas Moniz de Aragão. Revista da Faculdade de Direito de Campos, Ano IV, Nº 4 e Ano V, Nº 5 - 2003-2004

HÄBERLE, Peter. Hermenêutica Constitucional – a sociedade aberta dos interpretes da constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da constituição. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2002.

HABERMAS, Jürgen. Direito e democracia, entre facticidade e validade. Vol. I. Trad. Flávio Breno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997

HAYEK, Friedrich August von. Direito, legislação e liberdade: uma nova formulação dos princípios liberais de justiça e economia política. São Paulo, Visão, 1985, cap. 3 – princípios e oportunismo.

HEIDEGGER, Martin. Ser e tempo. Parte II. Trad. Márcia Sá Cavalcante Schuback. 12ª edição. São Paulo: Editora Vozes, 2005

HOBBS, Thomas. Diálogo entre um filósofo e um jurista. Tradução de Maria Cristina Guimarães Cupertino [prefácio de Renato Janine Ribeiro]. 2ª ed. – São Paulo: Landy Editora, 2004.

LISBOA, Roberto Senise. Manual elementar de direito civil. v.1 – teoria geral do direito civil. 2ª ed. ver. e atual. em conformidade com o novo código civil. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

MARINONI, Luiz Guilherme e ARENHART, Sérgio Cruz. Manual do processo de conhecimento. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

_____. Novas Linhas do Processo Civil, 4ª ed., São Paulo: Malheiros Editores Ltda, 2000.

_____. Tutela inibitória: individual e coletiva. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1998.

MARQUES, José Frederico. Manual de direito processual civil. V. I. Campinas: Millenium, 1998.

MIRANDA, Pontes de. Comentários ao código de processo civil. v. III, Rio de Janeiro: Forense, 1996.

MONTEIRO, Washington de Barros. Curso de direito civil, v. 1: parte geral. 39ª ed. rev. e atual. por Ana Cristina de Barros Monteiro França Pinto. São Paulo: Saraiva, 2003.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. O novo processo civil brasileiro: exposição sistemática do procedimento. Ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

_____. Temas de direito processual: oitava série. São Paulo: Saraiva, 2004.

NERY JÚNIOR, Nelson e NERY, Rosa Maria de Andrade. Código de processo civil comentado e legislação extravagante. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.

_____. Princípios de Processo Civil na Constituição Federal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. 4.ed. rev., aum. e atual. c/ a Lei das Interceptações Telefônicas 9.296/96 e a Lei de Arbitragem 9.307/96.

ORIENTE NETO, Luiz. Liminares no processo civil e legislação processual civil extravagante. São Paulo: LEJUS, 1999.

PERELMAN, Olbrechts-Tyteca. Tratado da argumentação: a nova retórica. (trad. Maria Ermantina Galvão G. Pereira) São Paulo: Martins Fontes, 1996.

REALE, Miguel. Estudos de filosofia e ciência do direito. São Paulo: Saraiva, 1978.

_____. Visão geral do Projeto do Código Civil. Disponível em: <<http://www.miguelreale.com.br/index.html>> Acesso em 08.10.03

Revista Superinteressante nº 191, edição 191, agosto de 2003, São Paulo: Editora Abril, 2003.

SAMPAIO, José S. Os prazos no código de processo civil: comentários, tabelas, jurisprudência, súmulas. 6ª ed. rev., ampl. e atual. com as Leis 10.352, 10.358/2001 e 10.444/2002. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

SANTOS, Ernane Fidélis. As reformas do código de processo civil: execução dos títulos judiciais e agravo de instrumento. São Paulo: Saraiva, 2006

SANTOS, Moacyr Amaral. Primeiras linhas de direito processual civil. São Paulo: Saraiva, 2002.

SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. Curso de processo civil: processo de conhecimento, v. 1, 5a ed. rev. e atual. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000.

_____. Verdade e significado. Artigo publicado no site da Academia Brasileira de Direito Processual. <http://www.abdpc.org.br/textos/artigos>

SOUZA, Luiz Sérgio Fernandes de. Abuso de direito processual: uma teoria pragmática. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005

TARUFFO, Michele. Aspetti fondamentali del processo civile di civil law e di common law. Revista da Faculdade de Direito da UFPR, v. 36, 2001, p. 27.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. As novas reformas do código de processo civil. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

_____. Curso de direito processual civil. Rio de Janeiro: Forense, 1996. v I, II e III.

_____. Da prescrição e da decadência no novo Código Civil brasileiro. In: ALVIM, Arruda; CÉSAR, Joaquim Portes de Cerqueira César; ROSAS, Roberto (orgs.). Aspectos controvertidos do novo Código Civil. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

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

WAMBIER, Luiz Rodrigues. Curso avançado de processo civil. V. 1: coordenação Luiz Rodrigues Wambier. 3ª ed. rev., e atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Aspectos polêmicos da antecipação de tutela. Coord. Teresa Arruda Alvin Wambier. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997.

WATANABE, Kazuo. Da cognição no processo civil. 2^a ed. Campinas: Bookseller, 2000.