

PROCESSO EFETIVO E TEMPESTIVO: REFORMAS PROCESSUAIS OU UM NOVO PARADIGMA DE JURISDIÇÃO?

Elaine Harzheim Macedo

Prof. Dra. dos cursos de pós-graduação e graduação da Ulbra/Canoas
Desembargadora do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul

1. APRESENTAÇÃO DO TEMA

Ao longo do século XX, quando se constituiu a república brasileira, foi se solidificando um Estado de Direito na formatação liberal, cujas características básicas – que aqui não comporta explorar – se organizaram pela forma de república federativa e tripartição dos poderes. Assim, ainda que materialmente isso até pudesse ser discutido, o Poder Judiciário, formalmente, sempre foi tido como poder, não se exaurindo em mera função de atribuição de outro poder, como ocorre em alguns países da América Latina. Trata-se, nesse ponto, de uma conquista histórica, que entre seus avanços e recuos desaguou na Constituição de 1988.

É exatamente esta significativa viragem que a Constituição de 1988, como pacto social e constituição de um Estado social democrático de Direito, provocou que deve ser objeto de reflexões por parte de todos que operam o Direito, implicando, necessariamente, uma revisão de conceitos, de institutos, de práticas forenses, sob pena de, aos olhos do novo (será que ainda é *novo*), prosseguir-se praticando e solidificando o sistema pretérito, que não mais encontra espaço na vigente *soberania brasileira*.

É sob essa ótica que este texto se impõe, tendo como questão posta o desvelamento de um novo paradigma de Jurisdição, atividade ínsita ao Estado democrático social de Direito, que não pode mais ser vista como tão-somente *a declaração da vontade da lei*, propondo-se, para alcançar o desiderato, uma releitura do processo, não só no âmbito legislativo, mas e principalmente quanto à participação de seus intérpretes (juízes, advogados, ministério público, auxiliares da justiça, partes).¹

Importante, aqui, destacar o *topos* constitucional, que se tem afirmado como fonte de toda a inspiração do debate: as bases da nação brasileira estabelecidas nos arts. 1º, parágrafo único, e 2º, da Constituição Federal, dispondo que *“todo poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição”*, seguindo-se a forma de seu exercício, afirmando que

¹ Remete-se o leitor, quanto ao aprofundamento do tema, para MACEDO, Elaine Harzheim. *Jurisdição e processo: crítica histórica e perspectivas para o terceiro milênio*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

“são poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário”.

2. PARADIGMA PRETÉRITO

Não se pode olvidar que a república brasileira nasceu e se desenvolveu dentro dos parâmetros econômicos, políticos e sociais do Estado Liberal, respaldando a distribuição dos poderes numa tripartição formal, mas materialmente desequilibrada, com a sobreposição do poder executivo sobre os demais, e do poder legislativo sobre o judiciário (o Legislativo faz a lei e o Judiciário a aplica, declarando, na sentença, a *vontade* da lei), a assegurar, dessa forma, um sistema centralizado de poder e o domínio absoluto do capital e de seus meios de produção. Para tanto, elegeu valores, a serem tutelados pelo Judiciário na hipótese de conflitos, como a indispensável (para quem, indaga-se?) *segurança jurídica*; o ideal iluminista de por fim ao conflito para sempre, fruto da *amplitude* da abrangência da declaração judicial, típica do processo de *cognição plenária*, que o *processo de conhecimento* encampou na sua forma mais pura; a *definitividade* das sentenças, acobertada pelo instituto da *coisa julgada*. Enfim, os traços definidores da prestação jurisdicional estavam lançados, conformando um modelo de Estado, que, cediço, se esgotou no curso do século XX.

Para exemplificar, citam-se alguns artigos (paradigmáticos) do Código de Processo Civil, na sua redação original, que só veio a sofrer alteração (parcial) com o advento da Lei nº 11.232/05. Nesse sentido, a combinação entre os arts. 128, 162, § 1º, 269, 463 e 584, inciso I, permite concluir a estruturação de uma prestação jurisdicional voltada exclusivamente a realizar a declaração da vontade da lei ao caso concreto.²

A indagação que se impõe é se frente à Constituição Federal, instituidora de uma democracia popular, tendo como fundamentos, princípios e objetivos que sustentam o Estado brasileiro, a dignidade da pessoa humana, a realização de uma sociedade livre, justa e feliz, priorizando na concretização dos direitos fundamentais a única forma de alcançar tais objetivos, esse modelo de jurisdição e de processo permanece prevalecendo. A resposta que não quer calar é *não*.

3. PARADIGMA (DES)VELADO

O primeiro passo é exatamente esse, reconhecer que o *topus* ético-jurídico só pode ser identificado com a própria Constituição de 1988 (constituição-cidadã significa eleger o povo como titular da soberania, deixando de ser o cidadão *servo* do Estado, o que está atrelado ao modelo revogado), consagrando-se a *distinção* e não mais *separação* dos poderes pelos quais a soberania se impõe, o que só poderá ser alcançado através de seu exercício de forma independente e harmônica.

O segundo, de que a construção é responsabilidade de todos, exigindo um comprometimento de todos os setores (comunidade em geral, elite cultural, agentes públicos, cidadãos) em fazer cumprir a Constituição e seus valores: constituir, de fato e de direito, a soberania popular. Dizendo de outra forma: o Brasil é um Estado

² O juiz proferirá sentença nos limites estabelecidos pelas partes, extinguindo o processo (leia-se, atividade judicial), cumprindo e acabando sua função jurisdicional ao dizer quem tem razão e remetendo a parte vencedora para outro processo ao efeito de alcançar o bem da vida que porventura lhe foi reconhecido.

Constitucional onde o seu cidadão é o único verdadeiro titular da soberania e todos os seus agentes políticos são meros mandatários do povo, em seu nome exercendo um dever-poder e, como tal, deste exercício devendo prestar contas. Saindo desse paradigma, estar-se-á negando o pacto social de 1988 e nada que se produzirá estará dentro do Estado social democrático de Direito.

Muitos são os caminhos que se oferecem ao jurista para desenvolver essa tarefa que em nada se mostra singela. Contudo, nesse espaço reduzido de debate, quer se chamar a atenção para quatro pontos que se têm como indispensáveis de serem enfrentados. São eles:

- o novo papel dos *agentes* (e não mais mero *sujeitos*) da relação processual
- a quebra (de fato e de direito) da dicotomia da cognição x execução
- a revisão do sistema recursal, com a valorização dos juízos locais
- a (re)construção do conceito de *sentença*

Certamente cada uma dessas pilastras, por si só, estaria a exigir um verdadeiro tratado, investigando-se o passado, avaliando-se o presente, propondo o futuro.

Contudo, nos limites deste ensaio, quer se destacar tema que tem sido objeto de muita discussão, pesquisa, enfrentamentos, reformas legislativas, inexistindo consenso sobre seus termos. Está a se falar do processo efetivo e tempestivo.

4. PROCESSO EFETIVO E TEMPESTIVO

A realidade política, social, econômica e cultural que se vive neste terceiro milênio, principal motivação histórica da Constituição de 1988, está a exigir prestação jurisdicional compatível com as novas demandas, que, ao lado das conquistas já consagradas dos direitos subjetivos individuais ou coletivos, ensejam um processo apto, tanto no que diz com a sua efetividade, como tempestividade.

Nesse fio, os fundamentos constitucionais estão consagrados no art. 5º, inciso XXXV (*a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito*), a representar o acesso material à justiça, ou, em outras palavras, a efetividade da prestação jurisdicional, e inciso LXXVIII (*a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação*), correspondendo ao que se tem chamado de processo apto a prestar a jurisdição que o cidadão, seu destinatário maior, quer e merece.

Na verdade não seria demasiado dizer que esses fundamentos são cláusulas do *devido processo legal*, também constitucionalmente garantido, mas o que importa aqui compreender, é que por tais fundamentos não há mais como se falar em sentença como declaração da vontade da lei, pois, mais que *vontade da lei*, a vontade, a virtude, já está declarada e na Constituição, através de um rol de direitos e garantias a que nenhum poder, no exercício de sua função precípua, pode se afastar ou negar vigência, sob pena de voltar-se ao modelo em que o Judiciário submetia-se à vontade do Legislador.

Nesse sentido, já começa se revelar uma mudança de paradigma, não é mais só o Legislativo que constrói o direito. Sua função é, sim, editar a lei como ato normativo,

abstrato e genérico, podendo esse produto ser definido como **espaço predominantemente político de construção do direito em abstrato**. Mas a construção do direito, como regulador das relações entre os homens, entre os homens e o Estado, e entre os próprios órgãos do Estado, é obra dos três poderes, de forma harmônica e independente. De sorte que o processo passa a traduzir também uma realização jurídica, onde a sentença pode ser definida como **espaço predominantemente jurídico de construção do direito em concreto**.

O que se quer dizer com isso? Em primeiro lugar, o Juiz, o Autor, seu Advogado, o Réu, seu Advogado (e certamente os demais intervenientes e integrantes da relação processual) deixam de ser meros sujeitos (passivos), mas passam a ser **agentes** da produção do direito. Isso muda fundamentalmente a responsabilidade política, social, jurídica de todos os intervenientes, que assumem a **co-responsabilidade** pelo resultado alcançado (princípio da solidariedade processual³, litigância de má-fé, formas de controle da atividade judicial: tudo passa a ser visto sob outra ótica).

Em segundo lugar, as fontes do direito serão vistas também de outra forma: certamente que na proposta não há nenhuma ofensa ao princípio da legalidade (topos constitucional também) do art. 5º inciso II da CF. O material (fundamentos de fato e fundamentos jurídicos) que o juiz e os demais agentes vão trabalhar nesta relação processual ainda contará com a lei, como fonte primordial do direito, mas as demais fontes (princípios, analogia, costumes, precedentes jurisprudenciais, doutrina) passam a gozar de um destaque maior, de integração do ordenamento jurídico. Mas o que mais revela, o fato, objeto do conflito, não só integra o trabalho hermenêutico de todos os agentes, como sensivelmente passa a ser visto como passível de interpretação. Nessa banda, o próprio agir interpretativo passa a ser focado de forma distinta. De qualquer sorte, o que importa registrar, é que aquele que interpreta, cria um resultado, que não se confunde mais com o que foi interpretado,⁴ passando a ter vida própria: no caso, a sentença, que passa a ser **constitutiva** do direito e não meramente **declarativa** do direito.

É nesse sentido que se afirma que a sentença é construção do direito concreto, portanto, sua forma, momento de produção, procedimento, etc., são atribuídos ao direito processual, mas seu conteúdo é de direito material e é no direito civil, no direito administrativo, no CDC, na Lei da Recuperação das Empresas, no direito do trabalho, e assim por diante, que devemos buscar sua inspiração, no que diz com o fundamento de direito. Quanto ao fundamento de fato, são os agentes da relação processual que atuarão para a sua investigação, precisão, interpretação.

A sentença, portanto, é de ser produzida **dentro** do processo e não algo a ser alcançado **além** do processo, seguindo-se a um método pré-determinado.

Em terceiro lugar, impõe-se que a sentença seja efetiva (garantia constitucional do inciso XXXV do art. 5º da CF). Se esta sentença não for por si só capaz de realizar o direito material que ela deve concretizar, remetendo seu cumprimento para outro

³ Quanto ao princípio da cooperação e da responsabilidade solidária, remete-se o leitor para OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de. *Do formalismo no processo civil*, 2ª ed. rev.e ampl., São Paulo: Saraiva, 2003.

⁴ Relativamente à hermenêutica filosófica, remete-se o leitor para GADAMER, Hans-Georg. *Verdad y método*, Vol. I e II, Salamanca: Ediciones Sígueme, 1997 e 1998, respectivamente.

momento ou esfera de atuação jurisdicional a produção do direito material, de nada resolverá o atendimento a princípios e garantias como contraditório e ampla defesa, ou mesmo a tempestividade. Ou seja, ela deve ter em seu corpo, em seu interior, em seu comando, a força, o império de se fazer valer, isso porque sentença é para ser cumprida (irrelevante, aqui, o sistema recursal, que em nada altera o que se está afirmando) e não para ser desrespeitada ou submetida a um mero rol declarativo.

Em quarto lugar, impõe-se que o percurso ou caminho entre a provocação do Judiciário e o cumprimento da sentença, o que indiscutivelmente exige um custo temporal, seja tempestivo. Vale dizer, que o consumo do tempo no processo deve guardar razoabilidade com a própria demanda de direito material e suas variações. Dizendo de outra forma, ainda que os prazos para a atuação processual (partes, intervenientes, juiz) sejam estabelecidos em lei, isso não significa que a demanda de direito material não reclame o seu próprio tempo.

5. AS REFORMAS PROCESSUAIS E A EFETIVIDADE E A TEMPESTIVIDADE DO PROCESSO

Ao longo das duas últimas décadas inúmeras as reformas legislativas tendo por objeto o processo e a relação que se estabelece a partir do processo. Contudo, importa saber até que ponto tais reformas estão, de fato, revelando o paradigma constitucional e, talvez o que mais importa, até que ponto os operadores do Direito estão comprometidos em interpretar os novos textos à luz das garantias processuais da efetividade e da tempestividade do processo e da prestação jurisdicional. Tarefa por demais árdua, sem qualquer consenso nas possíveis conclusões. Mas necessária e inadiável.

Não se ignora, no âmbito do processo civil, as importantes modificações introduzidas, a exemplo, mais recentemente, pelas Leis nºs 10.444/05 e 11.232/05, que nem esgotaram e sequer lograram superar, nos temas que regulam, todos os impasses reais que a prestação jurisdicional enfrenta tanto no que diz com a efetividade como, de resto, com sua tempestividade, que está diretamente entrelaçada com a primeira.

De outra banda, discussões no âmbito da doutrina e de propostas legislativas estão em curso para a regulamentação da garantia introduzida pelo inciso LXXVIII do art. 5º, da CF. Nesse diapasão, o Projeto de Lei nº 7.599/06, em cuja motivação está dito que visa a garantir os recursos necessários à implementação do disposto na predita norma constitucional, além de fixar regra de responsabilidade objetiva nesses casos, estabelecendo critério de indenização para os prejudicados.

Por óbvio que não é objeto deste ensaio fazer a exegese dos artigos que integram o projeto, mas de levantar questão da maior gravidade que, ao que parece, não é enfrentada por seus 8 (oito) artigos, isso porque, ao fim e ao cabo, o texto normativo se voltou essencialmente para regulamentar a indenização devida àquele que foi vítima de um processo intempestivo, isso é, um processo que tenha excedido sua razoável duração.

Senão vejamos.

A uma, não enfrentou o que seria *tempo razoável* do processo.

A duas, não definiu responsabilidades, seja no sentido de inclusão, seja no sentido de exclusão. No máximo, previu a responsabilidade como objetiva – e cediço

que o Estado responde objetivamente pelos atos de seus agentes, não sendo necessária lei nova que o diga – imputando ao erário público autoria pela indenização devida.

A três, centrou toda a questão da indenização através da criação de um fundo, no âmbito do Poder Judiciário da União e dos Estados, sem qualquer contribuição para o que mais releva, a reconstrução de um processo que aconteça num espaço temporal compatível com a demanda de direito material, superando-se positivamente os entraves que a história sempre impôs, seja via sistema, seja via instituição, a este desiderato.

A quatro, traduziu a ofensa a esta garantia constitucional, tão ambicionada por todos, a uma indenização estabelecida no montante de vinte por cento do valor da causa, rebaixando-a à condição de verba sucumbencial, matéria exclusivamente de ordem formal.

A cinco, é possível, de sua leitura, extrair conclusão fática: o texto, se vingar nos termos em que está posto, ensejará a provocação de outros processos e/ou incidentes processuais, produzindo resultado inverso, isto é, aumentando a litigância e, conseqüentemente, o tempo do processo na prestação jurisdicional como um todo.

6. A GUIZA DE CONSIDERAÇÕES FINAIS

Com essas breves reflexões pretende-se apenas demonstrar que ainda se está muito longe de vencer esses desafios que dizem com a efetividade e a tempestividade do processo e que não basta uma lei estabelecendo indenização ou qualquer outra forma de coação para atingir os objetivos de construção de um novo paradigma de jurisdição e de um processo apto a concretizar os direitos e garantias individuais, coletivos e sociais que a Constituição de 1988 consagra, devendo o intérprete despir-se de seus pré-conceitos formais e apegados ao Estado Liberal e seus respectivos modelos de jurisdição, ou o próprio art. 5º, da CF, tornar-se-á, pelo menos em alguns de seus tópicos, letra morta e inexequível.

Impõe-se uma nova compreensão e tomada de posição, de co-responsabilidade pelo resultado alcançado, afastando-se, de vez, a figura do juiz atrás de pilhas de processos empoeirados, declarando, no mais das vezes, direitos voltados para o passado, que as próprias partes já superaram em suas vidas, tocando-as para frente, por se tratar de juiz obsoleto, que não contribui para a constituição desta nação tão carente de instituições fortes, ativas e efetivas.

É preciso ver na sentença – em outras palavras, prestação jurisdicional – a construção do direito concreto, cuja forma pode até ser atribuída ao direito processual, mas cujo conteúdo é de direito material e inspirado nos valores constitucionais.

A construção de um modelo de jurisdição alimentada por uma sentença voltada mais para o futuro do que para passado, nos levará a pensar numa decisão complexa, admitindo seu reflexo no espectro social-econômico que cercam os litigantes, que, poderá, se necessário, ser desdobrada em mais de uma solução, a serem adotadas através de planos razoáveis, de forma sucessiva, caso o primeiro se tornar faticamente inviável, até pelas incertezas que o próprio futuro impõe, ou, ainda, reaberta a discussão, no mesmo processo – caindo por terra a sua indiscutibilidade – caso a situação concreta assim o exija, adequando-se às exigências da realidade do “aqui e agora”, sem dispensar a necessidade de auxiliares técnicos considerando a especificidade

cada vez maior das demandas em que o Judiciário começa a ser chamado a intervir, apta, dessa sorte, a se realizar dentro de um tempo razoável, atendendo, de uma só vez, a ambos os princípios: efetividade e tempestividade do processo.

É preciso desmistificar que a tempestividade do processo pode ser matematicamente medida, e que tudo se resolve em perdas e danos a serem satisfeitas pelos cofres públicos, dimensionando valores da maior hierarquia a uma questão meramente monetária.

O que se busca, ao fim e ao cabo, é a concretização dos fundamentos e dos objetivos do Estado brasileiro.