



UNIVERSIDADE  
ESTADUAL DE LONDRINA

---

BRUNO PONICH RUZON

**PREMISSAS PARA UM DIREITO FUNDAMENTAL  
DO EXECUTADO À RAZOÁVEL DURAÇÃO DO  
PROCESSO**

---

Londrina  
2012

BRUNO PONICH RUZON

**PREMISSAS PARA UM DIREITO FUNDAMENTAL DO  
EXECUTADO À RAZOÁVEL DURAÇÃO DO PROCESSO**

Dissertação apresentada no Programa de Mestrado em Direito Negocial, com concentração em Direito Processual Civil, da Universidade Estadual de Londrina, como requisito parcial à obtenção do título de mestre.

Orientador: Prof. Doutor Francisco Emílio Baleotti

Londrina  
2012

### Dados Internacionais de Catalogação-na-Publicação (CIP)

R987p Ruzon, Bruno Ponich.

Premissas para um direito fundamental do executado à razoável duração do processo / Bruno Ponich Ruzon. – Londrina, 2012. 130 f.

Orientador: Francisco Emílio Baleotti

Dissertação (Mestrado em Direito Negocial) – Universidade Estadual de Londrina, Centro de Estudos Sociais Aplicados, Programa de Pós-Graduação em Direito Negocial, 2012.

Inclui bibliografia.

1. Processo civil – Teses. 2. Prazos processuais – Teses. 3. Direitos fundamentais – Teses. 4. Prazos (Direito) – Teses. 5. Processos (Execução) 6. Direito processual – Teses. I. Baleotti, Francisco Emílio. II. Universidade Estadual de Londrina. Centro de Estudos Sociais Aplicados. Programa de Pós-Graduação em Direito Negocial. III. Título. .

CDU 343.02

**BRUNO PONICH RUZON**

**PREMISSAS PARA UM DIREITO FUNDAMENTAL DO EXECUTADO  
À RAZOÁVEL DURAÇÃO DO PROCESSO**

Dissertação apresentada no Programa de Mestrado em Direito Negocial, com concentração em Direito Processual Civil, da Universidade Estadual de Londrina, como requisito parcial à obtenção do título de mestre.

**BANCA EXAMINADORA**

---

Prof. Dr. Francisco Emílio Baleotti  
UEL – Londrina - PR

---

Prof.<sup>a</sup> Dra. Tânia Lobo Muniz  
UEL – Londrina - PR

---

Prof. Dr. Jônatas Luiz Moreira de Paula  
UEL – Londrina - PR

Londrina, 01 de agosto de 2012.

RUZON, Bruno Ponich. **Premissas para um direito fundamental do executado à razoável duração do processo.** 2012. 130 f. Dissertação (Mestrado em Direito Negocial: Processo Civil) – Universidade Estadual de Londrina, Londrina, 2012.

## RESUMO

A dissertação verifica a existência e o alcance de um direito fundamental do executado à razoável duração do processo, à luz do artigo 5º, LXXVIII, da Constituição Federal. Para tanto, parte de uma base epistemológica bem definida e transparente, de que o Direito Processual não pode ser concebido como uma ciência natural. Seu objeto é histórico-cultural e só pode ser compreendido em um ambiente argumentativo, com olhares críticos, e com uma visão instrumentalista. Além disso, o problema processual só faz sentido dentro de um contexto real, levando-se em conta a situação atual da sociedade brasileira, das instituições de ensino do direito, da magistratura e do Poder Judiciário, da advocacia, e da doutrina processual. Então, analisa-se o direito fundamental à razoável duração do processo partindo-se de uma desconstrução de mitos, para, em seguida, construir uma noção dele. No momento final da dissertação, aborda-se o processo de execução, chegando-se à conclusão de que existe um direito fundamental do executado à razoável duração do processo, dedicando-se, a seguir, ao combate de alguns posicionamentos do Superior Tribunal de Justiça que impedem sua efetivação.

**Palavras-chave:** Processo civil. Execução. Razoável duração. Executado.

RUZON, Bruno Ponich. **Assumptions for a fundamental right to run the reasonable duration of the process.** 2012. 130 p. Dissertation (Master's degree in Negotiation Law) – Universidade Estadual de Londrina, Londrina, 2012.

### **ABSTRACT**

This essay verifies the existence and the outreach of a fundamental right from the executed the reasonable process duration, under the Article 5º, LXVIII, from the Federal Constitution. For this purpose, it starts from an epistemological base well defined and transparent, the Procedural Law can't be conceived as a natural science. Its object is historic-cultural and it can only be understood in an argumentative environment, with critical view, and with an instrumentalist vision. Besides that, the procedural matter only makes sense in a real context, taking into account the present situation of the Brazilian society, the law courses institutes, the magistrature and the Judicial Branch, the advocacy, and the procedural doctrine. So, analyses the fundamental right to the reasonable duration of process starting from a deconstruction of myths, to, forthwith, build a notion of it. At the end of the essay, the process of execution is approached, reaching the conclusion that there is a fundamental law from the executed to reasonable duration of process, dedicating, then, to struggle some positioning from the Superior Court of Justice that obstruct its effectuation.

**Keywords:** Procedural law. Execution. Reasonable duration. Executed.

## LISTA DE ABREVIATURA

<b>ADIn</b>	Ação Direta de Inconstitucionalidade
<b>AMB</b>	Associação dos Magistrados Brasileiros
<b>CAPES</b>	Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior
<b>CF</b>	Constituição Federal
<b>CNJ</b>	Conselho Nacional de Justiça
<b>CNPQ</b>	Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico
<b>ENADE</b>	Exame Nacional de Desempenho dos Estudantes
<b>FUNDACE</b>	Fundação para Pesquisa e Desenvolvimento da Administração, Contabilidade e Economia
<b>IBDP</b>	Instituto Brasileiro de Direito Processual
<b>IBGE</b>	Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística
<b>IDH</b>	Índice de Desenvolvimento Humano
<b>IPEA</b>	Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada
<b>MEC</b>	Ministério da Educação
<b>OAB</b>	Ordem dos Advogados do Brasil
<b>PNUD</b>	Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento
<b>STF</b>	Supremo Tribunal Federal
<b>STJ</b>	Superior Tribunal de Justiça

## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO</b> .....	08
<b>CAPÍTULO I – ACORDO EPISTEMOLÓGICO</b> .....	11
1.1 DISTINÇÃO ENTRE CIÊNCIAS NATURAIS E HUMANAS.....	14
1.2 DIREITO COMO FENÔMENO HISTÓRICO-CULTURAL .....	17
1.3 PENSAMENTO CRÍTICO .....	19
1.4 REALIDADE ARGUMENTATIVA DO DIREITO .....	21
1.5 VISÃO INSTRUMENTALISTA DO PROCESSO .....	25
<b>CAPÍTULO II – CONTEXTO DO PROBLEMA</b> .....	28
2.1 SOCIEDADE BRASILEIRA .....	28
2.2 INSTITUIÇÕES DE ENSINO DO DIREITO.....	32
2.3 MAGISTRATURA E PODER JUDICIÁRIO.....	37
2.4 ADVOCACIA .....	44
2.5 DOUTRINA PROCESSUAL .....	82
<b>CAPÍTULO III – O TEMPO DO PROCESSO</b> .....	54
3.1 O TEMPO DO PROCESSO SERIA ALGO IRRELEVANTE PARA O DIREITO BRASILEIRO ANTES DA EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 45/04 .....	55
3.2 A INCLUSÃO DO INCISO LXXVIII SERIA ABSOLUTAMENTE IRRELEVANTE .....	64
3.3 A VELOCIDADE SERIA SEMPRE UMA VIRTUDE.....	67
3.4 O PODER JUDICIÁRIO SERIA UMA VÍTIMA DO LEGISLATIVO, DO EXECUTIVO E DAS PARTES .....	71
3.5 NOSSA NOÇÃO DE RAZOÁVEL DURAÇÃO DO PROCESSO .....	82
<b>CAPÍTULO IV – A POSIÇÃO DO EXECUTADO</b> .....	90
4.1 PECULIARIDADES DA EXECUÇÃO E DO EXECUTADO .....	90
4.2 O DIREITO FUNDAMENTAL DO EXECUTADO À RAZOÁVEL DURAÇÃO DO PROCESSO .....	96
4.3 EFETIVANDO O DIREITO FUNDAMENTAL À RAZOÁVEL DURAÇÃO DO PROCESSO .....	101
4.3.1 Tempo para o Término da Execução: a Questão da Prescrição Intercorrente .....	102
4.3.2 Tempo para a Prática de Atos de Expropriação: a Questão da Alienação de Bens na Pendência dos Embargos do Devedor .....	108

4.3.3 Tempo para a Defesa na Execução: a Questão da Emenda da Inicial nos Embargos do Devedor .....	114
<b>CONCLUSÃO</b> .....	120
<b>REFERÊNCIAS</b> .....	124

## INTRODUÇÃO

Esta dissertação estuda o direito fundamental à razoável duração do processo, concentrando-se na posição processual do executado, para verificar a material existência deste direito no campo jurídico e, principalmente, a sua aplicação na prática forense.

O interesse do pesquisador sobre o tema surgiu de sua experiência na advocacia<sup>1</sup>. Ou seja, não se trata de problema teórico e abstratamente concebido, mas de pensamentos construídos a partir da *práxis*. Das questões suscitadas na prática forense vieram as elucubrações teóricas e a formulação de uma hipótese, a de que os tribunais e a academia não teriam materialmente percebido que o executado também tem um direito fundamental à razoável duração do processo, à luz do artigo 5º, LXXVIII, da Constituição Federal.

A relevância do problema, considerando o aspecto normativo, decorre da própria natureza do direito objeto de estudo, pois a razoável duração do processo é direito fundamental previsto no texto constitucional tendo caráter de cláusula pétrea (art. 60, § 4º, IV, CF). Além disso, considerando as milhares execuções em curso nos tribunais brasileiros, e a grande massa de executados existente, constata-se que a pesquisa proposta tem um alcance nacional, sendo possível aplicar os seus resultados a todos os rincões brasileiros.

O tema também é atual visto que em 2005 e 2006 (Leis 11.232/05 e 11.382/06) o processo de execução, tanto fundado em título judicial quanto em título extrajudicial, passou por radicais modificações, muitas delas realizadas com a finalidade de acelerar o procedimento para que a satisfação do credor ocorra em um menor tempo. Ainda hoje se debate como interpretar as novas normas trazidas ao ordenamento jurídico, porém sem preocupação com a posição do executado na relação processual.

Nesta dissertação combate-se o senso comum teórico partindo-se de um entendimento crítico do direito, o que se contrapõe à teoria científica dominante. Isto não significa ausência de rigor metodológico, pelo contrário, a pesquisa realizada nos dois anos de desenvolvimento do trabalho foi ampla e abrangeu todo tipo de obra, periódico, notícia, dado estatístico, julgado, que versassem sobre o objeto de estudo, mesmo que, eventualmente, negassem a hipótese que a impulsionou. Porém, a apresentação dos resultados e a construção

---

<sup>1</sup> Segundo CLÈMERSON MERLIN CLÈVE: “Não há saber neutro, ainda quando tenha satisfeito as exigências da epistemologia mais rigorosa; mesmo que, ao falar, nos ocultemos sob a manta invisível da *theoria*; e mesmo que discursemos não a nossa fala, mas o *logos*; ainda assim seremos nós a dizer. E nada é dito gratuitamente” (“*O direito e os direitos: elementos para uma crítica do direito contemporâneo*”, p. 26).

do raciocínio não se adequa aos padrões dogmáticos que regem a academia brasileira, e nem o poderia, sob pena de transformar o trabalho em algo “puro”, desvirtuando os objetivos traçados.

Conquanto não sejam seguidas as balizas da ciência normal, o trabalho não é um discurso político a favor do executado, pois provido de suficiente fundamentação construída após pesquisa rigorosa, exposta de forma descritiva, com base racional, e sem qualquer intenção de persuadir o leitor através de meios erísticos. Porém, sendo o direito um saber argumentativo, inegável que toda produção acadêmica inclina-se por uma tese e vale-se do discurso para convencer o outro de sua pertinência.

De qualquer forma, foi realizado um estudo histórico-dialético das atuais fontes do pensamento jurídico contemporâneo, concentrando-se nos textos normativos (leis), nos julgados (jurisprudência) e nas obras dos juristas (doutrina), incluindo-se outras fontes que têm sido ignoradas pela tradição, como dados estatísticos e notícias, tudo para verificar o reconhecimento material de um direito fundamental à razoável duração do processo para o executado e as consequências disso para o sistema jurídico. Assim, os resultados obtidos não são ficções criadas pelo pesquisador, mas a consequência daquilo que existe historicamente.

Como a doutrina tende a analisar as questões relacionadas ao processo executivo pela perspectiva do exequente, e sempre seguindo postulados dogmáticos que afastam os elementos históricos, valorativos e políticos implicados no universo normativo, este trabalho, com a abordagem adotada, revela-se original.

Ademais, a presente dissertação vem preencher um vácuo na produção acadêmica, pois não se encontrou qualquer artigo ou livro que abordasse especificamente este assunto. Seus resultados alcançam não só o mundo teórico do direito, mas têm plenas condições de provocar mudanças na prática existente.

Logo, a pesquisa encontra-se justificada por sua relevância, atualidade, originalidade e utilidade.

Estruturalmente o trabalho está dividido em quatro partes. No primeiro capítulo, “Acordo Epistemológico”, apresenta-se os postulados filosóficos e científicos sob os quais será construída a pesquisa. No segundo capítulo, “Contexto do Problema”, serão feitas considerações acerca da realidade histórico-social na qual se insere o problema, analisando a sociedade brasileira, as instituições de ensino de direito, a magistratura e o Poder Judiciário, a advocacia e a doutrina processual. Esta abordagem tem o objetivo de explicitar o contexto social na qual a questão está inserida, dentro de um materialismo histórico, por acreditar-se que diferentes concepções de sociedade produzem diferentes construções teóricas. No

capítulo seguinte, “O Tempo do Processo”, dá-se início à abordagem específica do problema, seguindo-se um caminho de desconstrução para ao final expor uma noção de razoável duração do processo. Finalmente, no último capítulo, “A Posição do Executado”, foca-se nas peculiaridades da execução, buscando-se meios de efetivar o direito fundamental do executado à razoável duração do processo.

## CAPÍTULO I ACORDO EPISTEMOLÓGICO

A produção na pós-graduação *stricto sensu*, no âmbito do mestrado acadêmico, pode gerar trabalhos científicos ou filosóficos, a depender da abordagem, linguagem, lógica, método e princípios adotados no estudo do objeto. Aliás, o próprio objeto escolhido já pode influenciar, talvez de modo decisivo, os rumos do trabalho acadêmico. De toda forma, qualquer que seja o caminho seguido, não há como o pesquisador afastar-se de uma prévia questão: quais os paradigmas que estarão na base de seu raciocínio. Em outros termos, antes de desenvolver um discurso, para utilizar um vocabulário perelmaniano, o orador, aquele que o formula, deve ter em mente os “objetos de acordo”, ou seja, os elementos que serão o “ponto de partida da argumentação”. Para Chaïm Perelman (1912 - 1984): “[...] toda argumentação tem início no que chamamos de *objetos de acordo*, fatos, verdades, presunções, valores, hierarquias e lugares-comuns, no sentido antigo do termo”<sup>2</sup>. Logo, para que seja possível a produção de um texto científico ou filosófico devem haver acordos preliminares, para que algum raciocínio seja elaborado. Trata-se de definir as bases nas quais todo o pensamento será construído. Ainda como salienta Perelman: “[...] toda discussão pressupõe a adesão prévia a certas teses, sem o que nenhuma argumentação é possível”<sup>3</sup>.

A importância do paradigma no desenvolvimento do conhecimento humano é bem retratada na obra “A estrutura das revoluções científicas” (1962), do físico e filósofo norte-americano Thomas Samuel Kuhn (1922 – 1996). Nesta obra que revela o lado humano e histórico da ciência, Kuhn salienta que:

O estudo dos paradigmas, muitos dos quais bem mais especializados do que os indicados acima, é o que prepara basicamente o estudante para ser membro da comunidade científica determinada na qual atuará mais tarde. Uma vez que o estudante reúne-se a homens que aprenderam as bases de seu campo de estudo a partir dos mesmos modelos concretos, sua prática subsequente raramente irá provocar desacordo declarado sobre pontos fundamentais. Homens cuja pesquisa está baseada em paradigmas compartilhados estão comprometidos com as mesmas regras e padrões para a prática científica. Esse comprometimento e o consenso aparente que produzem são pré-requisitos para a ciência normal, isto é, para a gênese e a continuação de uma tradição de pesquisa determinada.<sup>4</sup>

---

<sup>2</sup> PERELMAN, Chaïm. “Retóricas”, p. 112.

<sup>3</sup> PERELMAN, Chaïm e OLBRECHTS-TYTECA, Lucie. “Tratado da argumentação”, p. 60.

<sup>4</sup> KUHN, Thomas S. “A estrutura das revoluções científicas”, p. 30.

Ocorre que, conquanto no campo das ciências naturais os paradigmas estejam bem definidos – embora até mesmo isso possa ser discutido contemporaneamente –, o mesmo não se pode dizer das ciências humanas. Como alerta Kuhn: “Permanece em aberto a questão a respeito de que áreas da ciência social já adquiriram tais paradigmas. A história sugere que a estrada para um consenso estável na pesquisa é extraordinariamente árdua”<sup>5</sup>.

No direito existe uma grande gama de pensadores que concorda que o positivismo, em ruptura ao jusnaturalismo, foi paradigmático no pensamento jurídico do século XIX e da primeira metade do século XX<sup>6</sup>. No dizer de Luís Roberto Barroso: “O positivismo tornou-se, nas primeiras décadas do século XX, a filosofia dos juristas. A teoria jurídica empenhava-se no desenvolvimento de idéias e de conceitos dogmáticos, em busca da cientificidade anunciada”<sup>7</sup>. Neste sentido, referindo-se à realidade brasileira do século XIX, Antonio Carlos Wolkmer pondera:

A supremacia do positivismo jurídico nacional constrói-se no contexto progressivo de uma ideologização representada e promovida pelos dois maiores pólos de ensino do saber jurídico: a Escola do Recife e a Faculdade de Direito do Largo de São Francisco (São Paulo). Produto de concepções consideradas avançadas na Europa, o apelo cientificista do positivismo surgia como discurso hegemônico e uniforme, identificado com os interesses emergentes da burguesia urbana liberal e com as novas aspirações normativas da formação sócio-econômica brasileira daquele momento específico.<sup>8</sup>

Ao retratar a realidade do ensino jurídico brasileiro, no qual são formadas as bases da ciência jurídica, José Eduardo Faria destaca que:

Outros paradigmas, estes forjados e consolidados no decorrer da modernização sócio-econômica do país, entre os anos 60 e 80, estão vinculados ao caráter normativista do positivismo de inspiração kelseniana. Tais paradigmas consideram o Estado como fonte central de todo o direito e a lei como sua única expressão, formando um sistema fechado e formalmente coerente, cuja pretensão de ‘completude’ despreza – como ‘metajurídicas’ – todas as indagações de natureza social, política e econômica.<sup>9</sup>

---

<sup>5</sup> *Idem*, p. 35.

<sup>6</sup> Ver: LARENZ, Karl. “*Metodologia da Ciência do Direito*”, p. 45 e seguintes; e GILISSEN, John. “*Introdução Histórica ao Direito*”, p. 515 e seguintes.

<sup>7</sup> BARROSO, Luís Roberto. “*Interpretação e aplicação da Constituição*”, p. 324.

<sup>8</sup> WOLKMER, Antonio Carlos. “*História do Direito no Brasil*”, p. 130.

<sup>9</sup> FARIA, José Eduardo. “*A reforma do ensino jurídico*”, p. 42.

Enfim, após estas digressões acerca do pensamento jurídico hegemônico no ocidente e no Brasil a partir do século XIX, faz-se necessário recorrer a Kuhn mais uma vez: “Quando um cientista pode considerar um paradigma como certo, não tem mais necessidades, nos seus trabalhos mais importantes, de tentar construir seu campo de estudos começando pelos primeiros princípios e justificando o uso de cada conceito introduzido”<sup>10</sup>. Assim, nas obras jurídicas, em sua grande maioria, os juristas não explicitam quais são as bases epistemológicas de seu trabalho, pois as tomam como já implicitamente concebidas pela comunidade científica. O mesmo se verifica em produções menores, como em artigos, nos quais os autores não discorrem sobre as premissas de seu pensamento. Afinal, se há um suposto consenso sobre estas premissas, explicitá-las apenas teria um caráter didático, sem qualquer relevância científica.

Sabe-se que no final do século XX o declínio da corrente positivista, ao menos em sua concepção tradicional, ficou consolidado. Hoje vivemos em um mar revolto, sem um porto seguro para o pensamento. Como pontua Barroso: “O Direito, a partir da segunda metade do século XX, já não cabia no positivismo jurídico”<sup>11</sup>, o que levou ao surgimento de um pensamento pós-positivista, que se identifica como:

[...] um conjunto de idéias difusas que ultrapassam o legalismo estrito do positivismo normativista, sem recorrer às categorias da razão subjetiva do jusnaturalismo. Sua marca é a ascensão dos valores, o reconhecimento da normatividade dos princípios e a essencialidade dos direitos fundamentais. Com ele, a discussão ética volta ao Direito<sup>12</sup>.

Assim sendo, contemporaneamente, a não explicitação dos postulados epistemológicos que fundamentam a pesquisa jurídica, além de revelar uma falta de transparência, compromete o próprio desenvolvimento do trabalho e o rigor que se espera de uma produção de pós-graduação *stricto sensu*. Logo, não é despropositado dedicar um capítulo para as bases epistemológicas que alicerçam este trabalho acadêmico, de modo que se tenha uma visão geral do pensamento por trás da pesquisa. Ora, o jurista toma decisões quando escolhe o objeto de estudo e, obviamente, ao optar por diferentes métodos na condução de seus trabalhos. Quer isto seja explicitado ao leitor, quer não, trata-se de uma realidade inexorável.

---

<sup>10</sup> KUHN, Thomas S. *Op. cit.*, p. 40.

<sup>11</sup> BARROSO, Luís Roberto. “*Interpretação e aplicação da Constituição*”. p. 325.

<sup>12</sup> *Idem*, p. 342.

Destarte, fica evidenciada a importância do acordo, pois todo discurso, até mesmo o acadêmico, parte de algumas premissas elementares, sem as quais é impossível a construção do raciocínio. Em um cenário de instabilidade paradigmática, no universo efervescente do pós-positivismo, explicitar tais premissas se torna ainda mais essencial, não só por uma questão de honestidade científica, mas para a própria estruturação e o rigor do trabalho acadêmico.

A seguir, então, serão identificados os diferentes elementos que caracterizam o ponto de partida desta pesquisa jurídica. Admitem-se como certas a distinção entre ciências naturais e humanas e a postura crítica. Além disso, aceita-se que o direito é um fenômeno histórico-cultural, operacionalizado em uma realidade argumentativa, e que o processo é instrumento para realização dos direitos dos cidadãos e não para satisfação da estética técnico-jurídica.

Alerte-se que estes posicionamentos não serão justificados, pois há várias obras significativas para isso. No caso do pensamento crítico, as obras de Antonio Carlos Wolkmer, “Introdução ao Pensamento Jurídico Crítico”, de Luiz Fernando Coelho, “Teoria Crítica do Direito”, ou de Clèmerson Merlin Clève, “O direito e os direitos: elementos para uma crítica do direito contemporâneo”; para uma concepção argumentativa, Chaim Perelman com a “Ética e direito”, ou Manuel Atienza com “As razões do direito: teorias da argumentação jurídica: Perelman, Toulmin, MacCormick, Alexy e outros”, todas elas devidamente identificadas nas referências bibliográficas desta dissertação. Ressalte-se que o objetivo deste trabalho não é demonstrar a validade da corrente crítica ou da corrente argumentativa, estes já são os pontos de partida do pesquisador, conforme a seguir demonstrado.

## 1.1 DISTINÇÃO ENTRE CIÊNCIAS NATURAIS E HUMANAS

A primeira questão a ser considerada na construção dos paradigmas que movem a pesquisa jurídica é saber se há diferença entre as ciências naturais e humanas. Logicamente, não se trata de uma diferença de objetos, pois isto é deveras óbvio. Mas sim, de uma distinção epistemológica, metodológica, de lógica interna, linguagem, princípios e finalidade. Existe uma unidade, por exemplo, entre a física e o direito? Nas palavras de Miguel Reale: “Trata-se de saber se, existindo distinção entre o mundo da natureza e o da

cultura, lhes são aplicáveis as mesmas categorias lógicas, a mesma metodologia; ou, se ao contrário, cada região da realidade exige vias de acesso distintas para seu entendimento”<sup>13</sup>.

Esta discussão é marcante no século XIX, diante da posição de Auguste Comte (1798 – 1857), favorável a uma unidade científica. Assim, os postulados das ciências naturais seriam plenamente aplicáveis às ciências humanas. Desta forma, o racionalismo cartesiano e o empirismo baconiano, marcos do pensamento científico da modernidade, são transplantados às ciências humanas. Conforme salienta Larenz: "Como movimento de ideais geral (europeu), o positivismo abarcou na Alemanha, no decurso do segundo terço do século XIX, mais ou menos todas as ciências do espírito"<sup>14</sup>. No âmbito do Direito:

Nesta postura revela-se como paradigmático o modelo das ciências exactas da natureza. Nessa medida, o positivismo é um naturalismo. A ciência do Direito será assim erigida em verdadeira ciência quando, tal como a ciência da natureza, se fundar sobre factos indubitáveis.<sup>15</sup>

A concepção cartesiana que fundamenta o pensamento positivista afasta inúmeras indagações de extrema relevância do campo das ciências humanas. Isto porque:

Somente os juízos de realidade seriam a expressão de um conhecimento objetivo, empírica e racionalmente fundado, sendo os juízos de valor, por definição, irracionais, subjetivos, dependentes das emoções, interesses e decisões arbitrárias de indivíduos e grupos de toda espécie.<sup>16</sup>

Aliás, conforme afirma Perelman, este compromisso com o paradigma cartesiano, transposto às ciências humanas pelas correntes positivistas, distanciou o pesquisador do pensamento argumentativo, dos raciocínios dialéticos, sem os quais não é possível compreender o fenômeno humano, muito menos o jurídico. Em outras palavras:

Descartes e os racionalistas puderam deixar de lado a retórica na medida em que a verdade das premissas era garantida pela evidência, resultante do fato de se referirem a idéias claras e distintas, a respeito das quais nenhuma discussão era possível. Pressupondo a evidência do ponto de partida, os racionalistas desinteressaram-se de todos os problemas levantados pelo manejo de uma linguagem.<sup>17</sup>

<sup>13</sup> REALE, Miguel. “*Filosofia do Direito*”, p. 243.

<sup>14</sup> LARENZ, Karl. “*Metodologia da Ciência do Direito*”, p. 45.

<sup>15</sup> *Idem*, p. 47.

<sup>16</sup> PERELMAN, Chaïm. “*Lógica jurídica: nova retórica*”, p. 153.

<sup>17</sup> PERELMAN, Chaïm. “*Lógica jurídica: nova retórica*”, p. 142.

Contemporaneamente, a crença no monismo científico permanece viva, influenciada pela doutrina filosófica do Círculo de Viena<sup>18</sup>, que postulava uma ciência unificada, tendo como paradigma a linguagem da física.

Porém, neste trabalho adota-se posição contrária à unidade científica. Ou seja, acredita-se que há uma diferença elementar entre ciências da natureza e as humanas, que não pode ser ignorada, sob pena de conceber um falso conhecimento. Isto porque o objeto natural e o cultural não são idênticos. Segue-se, assim, a tradição de Wilhelm Dilthey (1833-1911), que diferencia a *Naturwissenschaften* (ciência da natureza) da *Geisteswissenschaften* (ciência do espírito). Nas palavras de Reale:

Como é possível penetrar nesse mundo, que é o mundo da cultura? Qual a chave que nos abre o mundo histórico? No fundo, é este um dos propósitos fundamentais de Dilthey, cujos trabalhos foram desenvolvidos por um grande número de pensadores, embora orientados por doutrinas diversas, com base em sua límpida distinção: ‘A natureza se explica; a cultura se compreende’.<sup>19</sup>

O direito, enquanto ciência humana, não pode ser estudado com base nos métodos, lógica interna, linguagem, princípios e finalidade da ciência da natureza, de raiz cartesiana. Concordando com Reale: “A nosso ver, aceitar esse monismo científico, pretendendo reduzir tudo ao espelho das ciências físicas, representa um dos mais graves equívocos, importando na alienação do homem às coisas”<sup>20</sup>. Logo, seguindo Dilthey, cabe compreender a realidade jurídica e não explicá-la. Os elementos histórico, político e valorativo, tão desprezados pela ciência natural, aqui são o foco do estudo.

Obviamente, reconhecer a distinção entre ciência da natureza e ciência humana, nesta incluído o direito, não significa negar o rigor da ciência cartesiana. É saber que a supressão dos aspectos ideológicos e valorativos do problema estudado, longe de ajudar no resultado da pesquisa, compromete-a, criando um falso conhecimento acerca da realidade. No âmbito das ciências humanas, apenas a explicitação das ideologias e o destaque de como os embates valorativos se dão permitem a construção de um conhecimento científico sério e válido. Qualquer pretensão de negar, ou esconder, estes aspectos do pensamento jurídico, conquanto muitos nisso acreditem, apenas contribui à manutenção dos mitos e das falsas concepções de mundo, justamente aquilo contra a qual a filosofia se opôs no séculos VII e VI

<sup>18</sup> Fundada nos idos de 1920, por lógicos e filósofos da ciência que pretendiam a unificação do saber, com a eliminação dos pseudoproblemas metafísicos. Como referência, cite-se a obra de Rudolf Carnap (1891 – 1970).

<sup>19</sup> REALE, Miguel. “*Filosofia do Direito*”, p. 243.

<sup>20</sup> REALE, Miguel. “*Filosofia do Direito*”, p. 270.

a.C, na península grega, em sua gênese, bem como contra a qual se insurgiu a moderna ciência. Logo, se a filosofia antiga teve que combater a mitologia e a ciência moderna teve que enfrentar os dogmas teológico-medievais, percebe-se que em pleno século XXI, o desafio da ciência jurídica é enfrentar o próprio paradigma cientificista, ancorado no racionalismo cartesiano, que teve sua contribuição histórica, mas não mais atende às necessidades de uma sociedade democrática em formação.

Neste sentido, concorda-se com o pensamento do processualista OVÍDIO Baptista da Silva:

A questão, como se vê, não deve dirigir-se à condenação do método cartesiano, cuja importância para o progresso da pesquisa científica moderna ninguém põe em dúvida, mas em tomar-se consciência de que o mal não está no método e sim na indevida transferência do Direito para o domínio das ciências demonstrativas, ciências das verdades universais e perenes, por sua natureza alheias à História e às transformações sociais.<sup>21</sup>

Enfim, fica bem identificado que o presente trabalho parte da premissa de que o direito, enquanto ciência humana, não pode ser estudado com bases epistemológicas da ciência da natureza, sob pena de se obter falsos resultados, que não condigam com a realidade em estudo.

## 1.2 DIREITO COMO FENÔMENO HISTÓRICO-CULTURAL

Situado o direito distante da ciência da natureza, longe de um tentador neopositivismo tão rigoroso e formal quanto inútil e alienador, há de ser destacada a sua característica histórico-cultural. Alegoricamente, à clássica pergunta “O que é o Direito?”, reiteradamente colocada aos novos estudantes e futuros bacharéis, contrapõe-se a pergunta “Como está o Direito?”. A premissa é simples: o fenômeno jurídico está sempre inserido em uma realidade histórica, em um tempo e espaço determinado, não sendo possível conhecê-lo senão com lentes de aumento e óculos infravermelhos voltados ao concreto, àquilo que materialmente acontece no mundo.

Aqui se vê, nitidamente, uma influência marxista, pela importância dada ao fenômeno histórico. No conflito entre Parmênides e Heráclito, tão ilustrativo no campo da filosofia, neste dualismo que se reflete em todo o pensamento ocidental, em diferentes épocas, não se hesita em reconhecer a constante e inexorável mudança do ser. No caso, do direito.

---

<sup>21</sup> SILVA, Ovídio A. Baptista da. “*Jurisdição e Execução na tradição romano-canônica*”, p. 200.

Conforme exposto por Roberto Lyra Filho:

Nosso objetivo é perguntar, no sentido mais amplo, o que é Direito (com ou sem leis), mas é preciso esclarecer, igualmente, que nada é, num sentido perfeito e acabado; que tudo é, sendo. Queremos dizer, com isto, que as coisas não obedecem a essências ideais, criadas por certos filósofos, como espécie de modelo fixo, um cabide metafísico, em que penduram a realidade dos fenômenos naturais e sociais. As coisas, ao contrário, formam-se nestas próprias condições de existência que prevalecem na Natureza e na Sociedade, onde ademais se mantêm num movimento constante de contínua transformação. E deste modo que elas se entrosam na totalidade dos objetos observáveis e das forças naturais e sociais, que os modelam e orientam a sua evolução. Cada fenômeno (fenômeno é, etimologicamente, coisa que surge) pode, então, revelar o seu fundamento e sentido, que só emerge em função daquela totalidade móvel. Isoladamente, cada um perde a significação própria e a conexão vital, assim como o órgão sem o organismo em que funciona, ou o homem, sem a sociedade, fora da qual ele não existe humanamente e regride na escala zoológica.<sup>22</sup>

A historicidade do direito não é meramente ilustrativa, mas seu elemento definidor. Com isso se quer dizer que é na história que o direito é situado e compreendido. Passado e presente estão implicados de tal forma que não há como separá-los. Afasta-se, assim, a tradicional organização, tão comum nas obras jurídicas brasileiras, que faz uma abordagem histórica dos institutos, para depois analisá-los desprendidos da história. Este divórcio entre direito e história, próprio do pensamento hegemônico, macula o conhecimento jurídico, fazendo com que o bacharel aliene-se do contexto social no qual está inserido. E aqui cabe a crítica do processualista Ovídio Baptista da Silva:

A dramática distância entre direito, enquanto norma intemporal, e o fato social, o terrível descompasso entre Direito e História entremostam-se em toda sua crueza quando se percebe que a doutrina limita-se a auto-reproduzir-se quase mecanicamente, sem sequer tematizar seus grandes fundamentos e sem libertar-se da teia ideológica que a prende ao racionalismo dos séculos passados.<sup>23</sup>

Existe uma realidade histórica que deve ser considerada. O jurista não está na torre de um remoto castelo nos confins da Rússia. Seu discurso está inserido dentro de um contexto espaço-temporal. No caso, o início do século XXI, no seio do Brasil. Qualquer tentativa de atemporizar a discussão conduz a resultados tão logicamente perfeitos quanto

<sup>22</sup> LYRA FILHO, Roberto. “*O que é Direito*”, p. 6.

<sup>23</sup> SILVA, Ovídio A. Baptista da. “*Jurisdição e Execução na tradição romano-canônica*”, p. 199.

artificiais. Nas palavras de Clève: “O direito está imerso na historicidade e, assim como influencia o curso dos acontecimentos, é também determinado por ele”<sup>24</sup>.

Assim sendo, um trabalho que tenha pretensão científica não pode deixar que seu objeto escape da lente histórica, concentrando-se na materialidade do fenômeno, conforme ele se dá na realidade concreta e palpável. E este é mais um compromisso epistemológico desta dissertação.

Além disso, o elemento cultural do direito também merece destaque. Aqui a influência é do pensamento de Miguel Reale, em seu culturalismo jurídico. Muitos são os alunos introduzidos no curso de direito pela obra do professor Reale, e este pesquisador foi mais um deles. Apesar das várias insuficiências do pensamento realeano, um mérito não se pode tirar dele: nunca abandonou o elemento valorativo da experiência jurídica. Esta é, certamente, a maior contribuição dada pelo referido professor, que durante o século XX resistiu às investidas de uma ciência avalorativa, evitando que o positivismo tão difundido nas faculdades de direito tivesse um alcance maior na formação dos bacharéis. A par da vida pessoal de Reale, de suas relações com o movimento integralista, o certo é que sua obra reflete uma posição de resistência. Daí Luiz Fernando Coelho reconhecer que o culturalismo, inclusive o realeano, é o “antecedente mais expressivo da teoria crítica do direito no contexto da jusfilosofia”<sup>25</sup>.

Porém, como a suposta objetividade dos valores disfarça a verdade ideológica que define o pensamento, a insuficiência do culturalismo tradicional fica patente. O que se pode tirar dele, portanto, é o compromisso com a dimensão valorativa do direito, sem o qual nenhum raciocínio concreto pode ser realizado.

História e cultura, indissociáveis para um conhecimento jurídico do século XXI.

### 1.3 PENSAMENTO CRÍTICO

Reconhecer que o direito não se insere no campo epistemológico da natureza, mas sim no das ciências humanas, e que a compreensão do fenômeno jurídico depende de uma visão histórico-cultural, não assegura *per se* uma postura crítica. É possível reconhecer os referidos pressupostos e, ainda assim, sucumbir à teoria tradicional.

<sup>24</sup> CLÈVE, Clèmerson Merlin. “*O direito e os direitos: elementos para uma crítica do direito contemporâneo*”, p. 29.

<sup>25</sup> COELHO, Luiz Fernando. “*Teoria Crítica do Direito*”, p. 6.

Mas o que seria uma postura crítica? Seguindo a lição de Wolkmer, a palavra “crítica” possui inúmeras acepções na história humana<sup>26</sup>. Immanuel Kant (1724 – 1804) escreveu uma “Crítica da razão pura”, uma “Crítica da razão prática” e uma “Crítica do juízo”. A mesma palavra também é utilizada na obra de Karl Marx (1818 – 1883), “Crítica da economia política”, por exemplo. Qual é a acepção adotada no presente trabalho?

Segue-se uma inclinação marxista, utilizando-se o termo “crítica” como o “discurso revelador e desmistificador das ideologias ocultadas que projetam os fenômenos de forma distorcida”<sup>27</sup>. Sendo um pouco mais técnico, pode-se valer da conceituação de WOLKMER:

[...] pode-se conceituar teoria crítica como o instrumental pedagógico operante (teórico-prático) que permite a sujeitos inertes e mitificados uma tomada histórica de consciência, desencadeando processos que conduzem à formação de agentes sociais possuidores de uma concepção de mundo racionalizada, antidogmática, participativa e transformadora.<sup>28</sup>

Logo, ao admitir uma postura crítica, rompe-se com o ideal avalorativo e neutro da ciência. Ou seja, a mera descrição do fenômeno jurídico, como ele aparentemente se dá, não é suficiente para um conhecimento de pretensão científica. É necessário ir além, evidenciando os mitos, mostrando o oculto, e indicando os caminhos para a transformação da sociedade.

Este elemento transformador é crucial em um pensamento crítico. Conforme exposto por Coelho: “[...] uma teoria crítica aceita como basilar que, muito mais do que descrever o social nas suas relações de causalidade ou funcionalidade, importe as ações que se traduzem na sua transformação objetiva”<sup>29</sup>. Assim sendo, o jurista assume uma posição perante o problema jurídico, fugindo da tradicional cultura jurídica, tão comum entre os acadêmicos, de aceitar toda e qualquer postura como adequada, dentro de um pseudo-relativismo. Não se pode esquecer que:

[...] os juristas contam com um emaranhado de costumes intelectuais que são aceitos como verdades de princípios para ocultar o componente político da investigação de verdades. Por conseguinte se canonizam certas imagens e crenças para preservar o segredo que escondem as verdades. O senso comum teórico dos juristas é o lugar do secreto. As representações que o integram

<sup>26</sup> WOLKMER, Antonio Carlos. “*Introdução ao pensamento jurídico crítico*”, p. 4.

<sup>27</sup> *Idem*, p. 4.

<sup>28</sup> WOLKMER, Antonio Carlos. “*Introdução ao pensamento jurídico crítico*”, p. 5.

<sup>29</sup> COELHO, Luiz Fernando. “*Teoria Crítica do Direito*”, p. 40.

pulverizam nossa compreensão do fato de que a história das verdades jurídicas é inseparável (até o momento) da história do poder.<sup>30</sup>

Evidentemente, e isto é de suma importância, ser crítico não significa abandonar o rigor metodológico em prol de uma realização política. O discurso acadêmico precisa manter sua estrutura e rigor, sob pena de descaracterizar-se. Aliás, deve ser ainda mais rigoroso, já que tem a missão maior de derrubar os mitos e fantasias sedimentados pela corrente hegemônica. Porém, não se nega que a ciência tenha uma conotação política, destacadamente no âmbito do direito.

Portanto, neste trabalho, parte-se da concepção de que a mera descrição da realidade, no campo das ciências humanas, é absolutamente insuficiente para a missão da pós-graduação *stricto sensu*. A realidade precisa ser transformada e por isso o pensamento deve ser organizado para explicitar as contradições, as incoerências, e as dominações do sistema jurídico instituído e que regem as relações sociais. Afinal, o pensamento crítico “[...] tem o mérito de demonstrar até que ponto os indivíduos estão coisificados e moldados pelos determinismos histórico-naturais, mas que nem sempre estão cientes das inculcações hegemônicas e das falácias ilusórias do mundo oficial”<sup>31</sup>.

Busca-se, assim, uma ruptura com o pensamento tradicional, no sentido de uma construção dialética, contrapondo-se ao discurso oficial. Isto enriquece muito o trabalho, permitindo uma ampla compreensão do problema jurídico, já que a mera descrição do pensamento hegemônico não é o resultado desejado. É crucial a sua desconstrução. Ora, antes de desconstruir é necessário conhecer o que está construído. Daí a riqueza do pensamento crítico.

Assim, a presente pesquisa segue, em maior ou menor grau, as lições de Luis Alberto Warat, Antonio Carlos Wolkmer, Roberto Lyra Filho, José Eduardo Faria, Clèmerson Merlin Clève e Luiz Fernando Coelho, naquilo que os liga em um pensamento crítico.

#### 1.4 REALIDADE ARGUMENTATIVA DO DIREITO

Já foi dito que vivemos uma efervescência pós-positivista, com inúmeras correntes e formas de pensar. Dentro da própria teoria crítica existem várias formas de

<sup>30</sup> WARAT, Luis Alberto. “Introdução Geral do Direito – interpretação da lei: temas para uma reformulação”, p. 15.

<sup>31</sup> WOLKMER, Antonio Carlos. “Introdução ao pensamento jurídico crítico”, p. 11.

abordagem, sendo então, necessário, mais um acordo epistemológico, a fim de dar um melhor recorte ao trabalho. Observe-se que a cada pressuposto epistemológico salientado delimita-se o caminho da pesquisa. E isto é muito interessante no campo do direito, pois diferentes premissas podem gerar, como de fato geram, diferentes resultados. Logo, removendo-se qualquer dos elementos até aqui destacados, colocando-se o direito no campo da natureza, analisando-o deslocado da história ou sem criticar o instituído, as conclusões alcançadas são absolutamente diversas.

Enfim, no universo pós-positivista, a presente dissertação pretende acomodar-se no espaço da teoria da argumentação. Ou seja, reconhece o caráter argumentativo do fenômeno jurídico como algo a ele inerente e sem o qual não é possível compreendê-lo. Trata-se de retomar o raciocínio dialético no campo do direito, entendendo sua existência em uma dinamicidade conflitiva.

Conforme defendido por Ovídio Baptista da Silva:

O desprezo pela retórica, que caracteriza o pensamento jurídico moderno, a partir do século XVII, a transformação do Direito em ciência generalizante, como as ciências experimentais, quando não como as ciências lógicas, vem mantendo o processo civil na condição de refém das metodologias das ciências demonstrativas, quando ele deveria ser uma ciência da compreensão hermenêutica, a partir do pressuposto de que o jurista labora inserido numa tradição cultural (H.G. Gadamer, 'Verdad y método', ed. Alemã de 1975, Salamanca, 1988), não como um iluminado, a reproduzir a recomendação de Descartes de evitar o compromisso com opiniões e toda sorte de probabilismos, fugindo deste mundo, abandonado às disputas, para falar de um mundo novo imaginário ('Discurso do Método', 5ª parte, p. 64).<sup>32</sup>

Como se sabe, afastando-se do pensamento analítico, e retomando o ideal retórico, em diferentes graus e concepções, existem pensadores como Theodor Viehweg, Chaïm Perelman, Stephen Toulmin, Manuel Atienza, Aulis Aarnio E Robert Alexy, dentre outros.

Porém, neste campo da teoria da argumentação o maior referencial teórico para este trabalho é Chaïm Perelman. O interesse por ele justifica-se pelos seguintes fatores: 1) é um precursor. Na década de 50 foi um dos primeiros a aventurar-se no campo da teoria da argumentação, tanto que teve que recorrer aos antigos para começar a construção de seu pensamento, que tem um alto grau de originalidade; 2) teve forte influência da lógica e do direito; 3) preocupou-se com a estrutura da argumentação, desenvolvendo cada um dos elementos que a compõe, estabelecendo bases necessárias a todos aqueles que desejam

<sup>32</sup> SILVA, Ovídio A. Baptista da. "*Jurisdição e execução na tradição romano-canônica*", p. 198.

iniciar-se na teoria da argumentação. De qualquer forma, não há qualquer exclusividade, sendo certo que a influência dos demais pensadores poderá ser observada aqui e ali no transcorrer do trabalho.

Enfim, compreender o direito em um ambiente argumentativo significa aceitar que os raciocínios jurídicos levam a respostas mais ou menos convincentes. É o convencimento, obtido por uma racionalidade dialética, que conduz o pensamento jurídico. Neste sentido, é importante tecer algumas considerações sobre o pensamento aristotélico, revisado por Perelman.

Como se sabe, no *Organon*<sup>33</sup> de Aristóteles (384 a.C – 322 a.C.) encontram-se os “Primeiros analíticos”, que expõe uma teoria do silogismo, os “Segundos analíticos”, que desenvolve uma teoria do silogismo demonstrativo, e os “Tópicos”, onde se encontra uma teoria dos argumentos dialéticos. Para o filósofo grego existiriam duas formas de raciocinar: a analítica e a dialética. Com efeito, o raciocínio analítico estaria ligado à idéia de demonstração. Apresentando-se as premissas, respeitando-se as regras de inferência, chegar-se-ia a uma conclusão necessária. Ou seja, existe uma verdade a ser almejada e alcançada. Ao mesmo tempo, existe a figura do erro. Para um determinado problema existe apenas uma resposta correta e pensar de forma diversa significa estar enganado. Aplicam-se integralmente os três princípios da lógica clássica, a saber, o princípio da identidade, da não-contradição e do terceiro excluído. Trata-se da forma de pensar do matemático ou do físico. Eles não podem admitir a coexistência de duas explicações diferentes para um mesmo fenômeno. Alguma estará, inevitavelmente, errada. Quando duas pessoas estão defendendo teorias diversas neste campo há uma diferença qualitativa entre cada uma delas, a atribuir a característica de certa ou errada. Segundo Perelman:

O raciocínio *more geometrico* era o modelo proposto aos filósofos desejosos de construir um sistema de pensamento que pudesse alcançar a dignidade de uma ciência. De fato, uma ciência racional não pode contentar-se com opiniões mais ou menos verossímeis, mas elabora um sistema de proposições necessárias, que se impõe a todos os seres racionais e sobre as quais o acordo é inevitável. Daí resulta que o desacordo é sinal de erro.<sup>34</sup>

---

<sup>33</sup> Embora muitos se refiram ao *Organon* como uma obra de Aristóteles, na verdade, ela consiste em um conjunto de suas obras relacionadas à lógica, que foram organizadas por Andronico de Rodes, no século I a.C.

<sup>34</sup> PERELMAN, Chaïm e OLBRECHTS-TYTECA, Lucie. “*Tratado da argumentação*”, p. 2.

Por outro lado, o raciocínio dialético opera com o verossímil<sup>35</sup>. Não está ligado à idéia de explicação, mas sim com a de justificação<sup>36</sup>. Neste raciocínio também há premissas, regras de inferência e conclusão, porém, a dinâmica é outra. Não se busca a solução do problema, mas sim a melhor solução. Há, assim, uma diferença quantitativa entre as posições divergentes. Segundo Perelman: “Enquanto nos raciocínios demonstrativos, as inferências formais são corretos ou incorretos, nos argumentos, as razões fornecidas pró ou contra uma tese têm maior ou menor força e fazem variar a intensidade da adesão de um auditório”<sup>37</sup>. Observe-se que há uma enorme diferença entre ter a solução verdadeira e ter a solução mais convincente. Diferentemente do raciocínio analítico, o raciocínio dialético tem uma ligação direta com a ação, com a tomada de decisão e formação de uma opinião. Esta espécie de raciocínio é fundamental para quem lida com valores, pois eles devem co-existir, daí sua importância no campo do direito. Os juristas trabalham todo o tempo com base no raciocínio dialético.

É importante destacar que para Aristóteles, conforme defendido por Perelman, inexistiria qualquer relação hierárquica entre essas espécies de pensar. Ou seja, quando ele segmenta o raciocínio, em momento algum coloca o raciocínio dialético em um patamar inferior ao analítico, deixando sempre bem claro que os campos de cada um são distintos<sup>38</sup>, não cabendo equipará-los. Já Platão (428/27 a.C – 347 a.C.) pensava diferente. Para ele a verdade é única e a retórica um grande mal. A obtenção do conhecimento conduz a um mesmo lugar e qualquer desvio significa uma deturpação, um equívoco. Assim, percebe-se que para Platão apenas o pensar analítico poderia ser considerado rigoroso e racional. Daí as fortes críticas que formulou aos sofistas<sup>39</sup>. Logo, para Platão havia apenas uma verdade e ela deveria ser encontrada em todos os campos, inclusive, na política, na ética, no direito e na filosofia. Conforme explica Perelman:

Diante da multiplicidade dos caracteres humanos, da pluralidade das opiniões, o papel tradicional dos filósofos era, estabelecendo uma hierarquia entre esses caracteres, ensinando o verdadeiro sentido das palavras, fornecer a resposta válida, objetivamente fundada, que haveria de se impor a todos os seres dotados de razão.<sup>40</sup>

<sup>35</sup> PERELMAN, Chaïm e OLBRECHTS-TYTECA, Lucie. “*Tratado da argumentação*”, p. 3.

<sup>36</sup> ATIENZA, Manuel. “*As razões do direito*”, p. 21.

<sup>37</sup> PERELMAN, Chaïm. *Lógica jurídica: nova retórica*, p. 147.

<sup>38</sup> *Idem*, p. 147.

<sup>39</sup> Vide a obra “*Górgias*”, que revela o pensamento de PLATÃO sobre a retórica.

<sup>40</sup> PERELMAN, Chaïm. “*Lógica jurídica: nova retórica*”, p. 152.

Importante dizer que o fato de Aristóteles ter admitido os raciocínios dialéticos não significa que ele concordasse com os abusos cometidos pelos retóricos. Muito menos significa que tenha apoiado os sofistas, pelo contrário, fazia parte daqueles que os enfrentava. Porém, diferentemente de Platão, Aristóteles admitiu uma segmentação da forma de pensar, reconhecendo que certos problemas deveriam ser abordados com foco na verdade e outros voltados para o verossímil. E nisso se opõe frontalmente o pensamento dos referidos filósofos gregos.

Enfim, admitir a realidade argumentativa do direito significa, portanto, reconhecer que as discussões jurídicas ocorrem no campo próprio do raciocínio dialético, não se podendo afirmar que exista uma verdade a ser alcançada. O que o cientista do direito deve fazer, portanto, é compreender os vários argumentos existentes, traçando seu alcance, demonstrando os exatos termos de como a doutrina e os tribunais pensam o problema. Obviamente, por força do pensamento crítico, cabe ao jurista desconstruir os pseudo-argumentos, os mitos que embasam algumas opiniões, e delinear qual a sua postura perante o problema, aduzindo as razões pelas quais determinada conclusão merece prevalecer.

## 1.5 VISÃO INSTRUMENTALISTA DO PROCESSO

Até agora muita coisa foi dita sobre o direito, mas nada especificamente sobre o direito processual, o que torna necessárias as seguintes considerações.

Como se sabe, a ciência processual é relativamente nova em relação a outros campos do saber jurídico. Conforme explica Fábio Luiz Gomes, em obra conjunta com Ovídio Baptista Da Silva:

Embora antigo o processo, é moderníssima a ciência processual. Mesmo que a partir do advento da ordenança francesa, outorgada por Luís XIV em 1667, a regulação do processo tenha tomado fisionomia legislativa própria, continuou sendo ele tratado como apêndice do direito material; não houve preocupação com a ordem científica, limitando-se seu conteúdo ao aspecto externo, com proliferação das 'práticas' e das 'praxes'. O processo como ciência jurídica só surgiu, realmente, a partir da obra de Büllow, em 1868.<sup>41</sup>

Ilustrando isto no direito brasileiro, pode-se citar a obra do jurista João Mendes de Almeida Jr. (1856 – 1923) – formado pela Faculdade do Largo São Francisco, professor da referida instituição por várias décadas, chegando a ser Ministro do Supremo

---

<sup>41</sup> SILVA, Ovídio A. Baptista da. *“Teoria geral do processo civil”*, p. 36.

Tribunal Federal entre 1916 e 1922 – como, por exemplo, “Direito Judiciário Brasileiro”, que destaca o aspecto prático e técnico do processo.

Com efeito, primeiramente o lugar do processo foi relegado à técnica, à prática, e não ao campo teórico da ciência. Como ensina Eduardo Couture (1904 – 1956):

Hasta el siglo XVIII su contenido, en los países de cultura latina, era el de la simple práctica. Los libros se denominaban 'Práctica judicial' (Mexia de Cabrera, 1655. Villadiego, 1788), 'Práctica civil' (Monterroso y Alvarado, 1563), 'Praxis Iudicium' (Cardoso do Amaral, 1610). Todavía hoy se singuen escribiendo libros de este estilo como 'Carmody's Practice' (Carr-Fynn-Saxe, 4ª ed., 1950), o el de Raitani, 'Práctica do processo civil' (4ª ed., 1949).

En el siglo XIX la voz 'procedimiento' sustituye a 'práctica' y el método, ya frecuentemente exegético, al estilo de los comentaristas de los textos napoleónicos, describe el proceso civil y examina el alcance de sus disposiciones. No se puede todavía hablar de ciencia; pero comienza a advertirse una concepción plenaria de toda esta rama del derecho. [...]

A comienzos de siglo XIX empieza a abrirse camino entre los países de formación latina, una concepción sistemática y coherente de todo este capítulo del derecho. Al nuevo estilo deve corresponder una nueva denominación; y en una nota de pie de página de un documento famoso [refere-se a uma obra de CHIOVENDA], luego de haberse examinado este aspecto de léxico, se concluye: 'Digase, entonces, de una buena vez: derecho procesal'.<sup>42</sup>

Enfim, este conflito entre técnica e ciência, entre prática e teoria, a necessidade de consolidação da nova concepção processual, como acontece no devir histórico, conduz à exacerbação da visão autonomista do processo. Assim, o processo desprende-se de tal forma do direito material, que se torna extremamente formal e vazio, concentrando-se em um conceitualismo vicioso. A construção científica, a necessidade de assegurar a pureza da natureza dos institutos processuais, faz com que o processualista vague em círculos pelo campo do conhecimento, sem preocupar-se com os resultados e eficiência de seu estudo. Daí o alerta de José Roberto dos Santos Bedaque:

[...] o processualismo exagerado normalmente acaba por criar enormes dificuldades para o próprio escopo do processo. A grande atenção que se dá para os conceitos processuais configura inversão de valores, pois o que realmente importa são os resultados alcançados pelo processo no plano do ordenamento material e da pacificação. A preocupação com a técnica é justificável por ser ela meio para atingir fins. A precisão conceitual é

---

<sup>42</sup> COUTURE, Eduardo. “*Fundamentos del derecho procesal civil*”, p. 5.

necessária a qualquer ciência. Apenas não se pode transformar a técnica, os conceitos e as definições em objeto principal da ciência processual.<sup>43</sup>

Assim, face aos autonomistas, necessários para a configuração da ciência processual, pois sem eles o processo não teria ganhado um corpo teórico, surge o pensamento instrumentalista. O direito processual tem um fim que é a consecução dos valores e direitos previstos na ordem material. É para isso que ele serve e é com isto em mente que deve ser estudado. Ainda seguindo Bedaque: “A ciência processual no Brasil encontra-se na fase de sua evolução que autorizada doutrina identifica como instrumentalista. É a conscientização de que a importância do processo está em seus resultados”<sup>44</sup>.

Com efeito, embora o problema da presente pesquisa leve ao estudo do processo civil brasileiro, cabe destacar que sua gênese está na compreensão de um direito fundamental, conforme concebido pela Constituição Federal vigente, daí o título propositalmente escolhido de “Premissas para um direito fundamental do Executado à razoável duração do processo”.

Assim, o compromisso epistemológico no campo do processo é com a visão instrumentalista em seu sentido substancial, por ser considerada a relação intrínseca do processo com o direito material, para a construção de uma ciência processual voltada a resultados que assegurem a plena e efetiva realização dos direitos subjetivos e dos valores elencados na Carta Magna.

---

<sup>43</sup> BEDAQUE, José Roberto dos Santos. “*Direito e Processo*”, p. 21.

<sup>44</sup> *Idem*, p. 17.

## **CAPÍTULO II CONTEXTO DO PROBLEMA**

No capítulo anterior foi possível identificar as bases epistemológicas desta dissertação, a saber: a) reconhecimento da dualidade científica entre ciências naturais e humanas, e inserção do direito nesta última; b) reconhecimento da primazia do aspecto histórico-cultural do direito; c) reconhecimento da insuficiência do discurso oficial e necessidade de um pensamento crítico que desconstrua os mitos do senso comum teórico e permita a transformação da sociedade; d) compromisso com a dimensão argumentativa do direito; e) compromisso com a instrumentalidade substancial do processo.

Agora, faz-se necessário situar o problema em um contexto histórico-social. Trata-se de um esboço de realidade feito com várias aproximações, já que cada um dos pontos abaixo poderia ser fonte de toda uma elaboração científica. Foram escolhidos personagens importantes para o problema proposto, a saber, a sociedade brasileira, as instituições de ensino do direito, a magistratura e o Poder Judiciário, a advocacia e a doutrina processual.

Tentar reduzir, em poucas páginas, o contexto histórico-social que envolve o problema em estudo é algo ousado, mas necessário, sob pena de abandonar os compromissos feitos no capítulo anterior. Por isso, desde logo se pede vênias aos historiadores e sociólogos se algum dado ficar mal colocado ou explicado, ou se alguma distorção ocorrer, é o risco que se corre para a ampliação dos horizontes jurídicos.

### 2.1 SOCIEDADE BRASILEIRA

O Brasil é um país da América Latina que obteve sua independência política, pois colônia de Portugal desde 1500, apenas em 1822, tendo sua primeira carta política em 1824. Não cabe aqui analisar as raízes históricas da sociedade brasileira, mas sim concentrar-se no final do século XX.

Como se sabe, o final do século XX no Brasil é marcado pela redemocratização do país, ou ao menos pelo início de tal processo, após anos de ditadura militar. Cabe destacar a importância da promulgação da Constituição Federal de 1988, em vigor até o presente momento.

Em 1991 o Brasil contava com uma população residente de 146.825.475 (cento e quarenta e seis milhões oitocentos e vinte e cinco mil quatrocentos e setenta e cinco), que aumentou para 169.799.170 (cento e sessenta e nove milhões setecentos e noventa e nove

mil cento e setenta), em 2001, chegando a 191.796.000 (cento e noventa e um milhões setecentos e noventa e seis mil) em 2009<sup>45</sup>. A título de referência, em 1973, quando da publicação da Lei 5.869/73, que instituiu o Código de Processo Civil vigente, a população brasileira era de 103.147.260 (cento e três milhões cento e quarenta e sete mil duzentos e sessenta). Ao mesmo tempo, a distribuição da população entre zona rural e urbana demonstra a concentração nas cidades, sendo que em 1991 tínhamos 76% (setenta e seis por cento) da população na zona urbana, em 2001, 81% (oitenta e um por cento), e 84% (oitenta e quatro por cento) em 2009<sup>46</sup>. Na época da publicação do atual Código de Processo Civil apenas 52% da população brasileira residia na zona urbana.

Conforme salienta Dalmo de Abreu Dallari:

[...] é importante assinalar o fenômeno da acelerada e intensa urbanização da vida social, que foi muito evidente em relação à distribuição geográfica das populações, inclusive da brasileira, que até o início da década de sessenta tinha mais de dois terços do total residindo na zona rural e no início da década de setenta já apresentava situação inversa, com mais de dois terços morando nas cidades. Isto teve enorme influência sobre as relações contratuais, o direito de propriedade, as noções de público e privado e de individual e coletivo, bem como sobre o uso dos direitos de maneira geral. Acrescente-se, ainda, que o simples fato de ter passado a residir na cidade tornou mais viável, para muita gente, a possibilidade de procurar o Judiciário para a defesa de seus direitos ou a solução de conflitos, o que explica, em grande parte, o expressivo aumento do número de ações judiciais registrado nas últimas décadas.<sup>47</sup>

Estes dados demográficos revelam que o Brasil tem uma população crescente e concentrada na zona urbana, o que deve ser considerado pelo processualista em seus estudos. Porém, são os dados sociais que mais interessam.

O primeiro indicador a ser considerado no campo social é o chamado índice de desenvolvimento humano (IDH), conforme estabelecido pelo PNUD (Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento). Sobre ele:

Em 1990, o PNUD publicou o seu primeiro 'Relatório de Desenvolvimento Humano'(RDH), com o recém-criado Índice de Desenvolvimento Humano. A premissa do IDH, considerada radical na época, era de uma simplicidade elegante: o desenvolvimento nacional devia ser medido não apenas pelo rendimento nacional, como era prática havia muito tempo, mas também pela

<sup>45</sup> Fonte: 1991 e 2001 - Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA) – disponível em <http://www.ipeadata.gov.br>; 2009 – Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE) – disponível em <http://www.ibge.gov.br> – acesso em 07 de setembro de 2011.

<sup>46</sup> *Idem.*

<sup>47</sup> DALLARI, Dalmo de Abreu. “*O Poder dos Juízes*”, p. 7.

esperança de vida e pela alfabetização, em relação às quais estavam disponíveis dados comparáveis para a maioria dos países.<sup>48</sup>

No relatório do ano de 2010, os cinco países melhores colocados foram a Noruega (0,938), Austrália (0,937), Nova Zelândia (0,907), Estados Unidos da América (0,902) e Irlanda (0,895)<sup>49</sup>. Tem-se, então, dois representantes da Europa, dois da Oceania e um da América do Norte. Do outro lado da tabela, temos Moçambique (0,284), Burundi (0,282), Niger (0,261), República Democrática do Congo (0,239) e Zimbabué (0,140). Ou seja, apenas países do continente africano. Como ficam o Brasil e a América Latina no IDH?

Na faixa do "desenvolvimento humano elevado"<sup>50</sup> estão o Chile (0,783), na 45ª posição, e a Argentina (0,775), na 46ª posição. São os primeiros dois países da América Latina da lista. Depois, ainda na mesma faixa, temos o Uruguai (0,765), na 52ª colocação, o Panamá (0,755 - 54ª colocação), o México (0,750 - 56ª colocação), a Costa Rica (0,725 - 62ª colocação), o Peru (0,723 - 63ª colocação) e, então, na 73ª colocação, o Brasil (0,699). O país latino pior colocado é o Haiti (0,404), na 145ª posição. Percebe-se, então, que o Brasil é considerado pelo PNUD como um país de desenvolvimento humano elevado, mas que ainda está atrás de vários outros países latinos. Com isso, tem-se uma noção geral da situação do Brasil perante o mundo, considerando-se este importante indicador.

Destrinchando outros índices sociais, chama-se a atenção à expectativa de vida, ao grau de analfabetismo e ao coeficiente de Gini.

Em 1980, a expectativa de vida média do brasileiro era de 56,87 anos. Cresceu para 64,73 em 1990 e para 68,61 em 2000<sup>51</sup>. Isto demonstra que a sociedade brasileira tem envelhecido. Logo, os juristas precisam compreender as necessidades de uma parcela importante da população, que cresce proporcionalmente, que é a de idosos. Este envelhecimento da população reflete no aumento de certo tipos de demanda perante o Judiciário, que deve estar preparado para responder às necessidades de todos os cidadãos, inclusive dos mais experientes.

Quanto ao grau de alfabetização do brasileiro, tem-se observado uma grande evolução, já que em 1991 tínhamos 20,1% (vinte e um inteiros e um décimo por cento) de analfabetos, percentual que caiu para 12,9% (doze inteiros e nove décimos por cento) em

---

<sup>48</sup> PNUD. "*Relatório de Desenvolvimento Humano 2010*", p. 4.

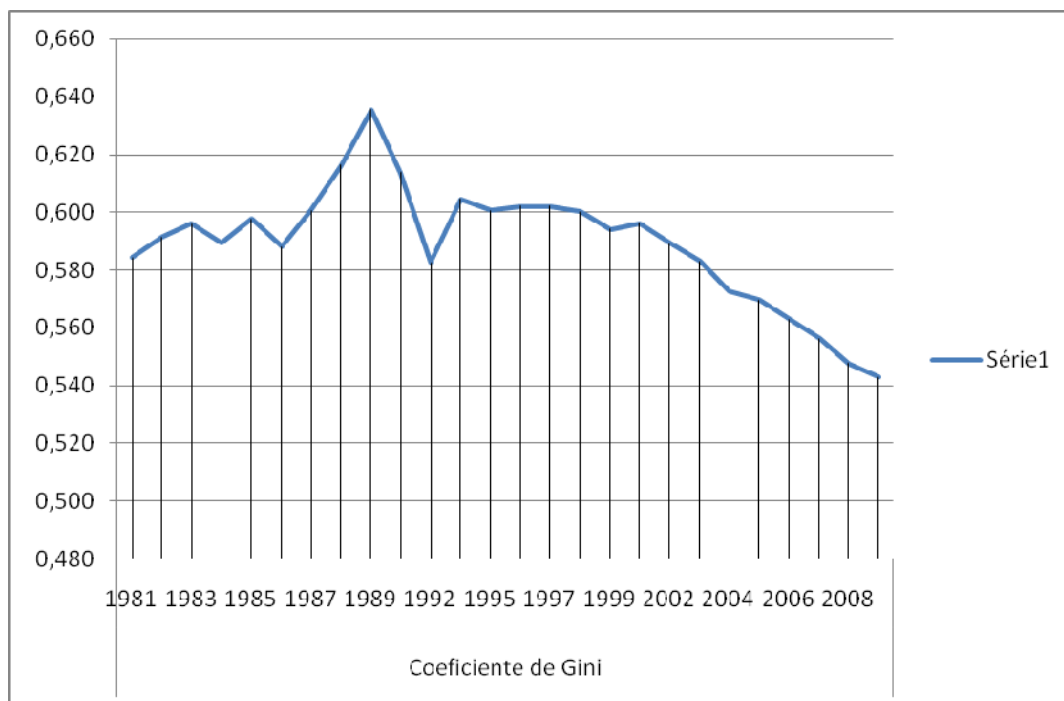
<sup>49</sup> *Idem*, p. 174.

<sup>50</sup> O ranking é dividido em 4 faixas - desenvolvimento humano muito elevado, desenvolvimento humano elevado, desenvolvimento humano médio, desenvolvimento humano baixo.

<sup>51</sup> Fonte: Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA) – disponível em <http://www.ipeadata.gov.br> – acesso em 07 de setembro de 2011.

2000<sup>52</sup>. Estes percentuais refletem uma realidade global brasileira, que não corresponde às significativas diferenças regionais. Apenas para exemplificar, dados do IBGE (Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística) de 1999 revelam que enquanto o índice de analfabetismo na região sul era de 7,8% (sete inteiros e oito décimos por cento), na região nordeste era de 26,6% (vinte e seis inteiros e seis décimos por cento), ou seja, mais de três vezes maior.

Por fim, o aspecto social mais importante a ser destacado é o índice de distribuição de renda, comparável pelo coeficiente de Gini, que revela uma má distribuição entre os brasileiros. Ele mede o grau de desigualdade na distribuição da renda domiciliar *per capita* entre os indivíduos. Seu valor pode variar teoricamente desde 0, quando não há desigualdade (as rendas de todos os indivíduos têm o mesmo valor), até 1, quando a desigualdade é máxima (apenas um indivíduo detém toda a renda da sociedade e a renda de todos os outros indivíduos é nula). Assim, é possível construir o seguinte gráfico, com base nos dados do IPEA (Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada):



Verifica-se que, de fato, o avanço para uma melhor distribuição de renda tem ocorrido, o que não significa que a situação brasileira tenha alcançado patamares minimamente aceitáveis. A título de comparação, tomando-se os próprios dados do PNUD, os

<sup>52</sup> Fonte: Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA) – disponível em <http://www.ipeadata.gov.br> – acesso em 07 de setembro de 2011.

Estados Unidos da América tem um coeficiente de 0,40, Portugal 0,38, Itália 0,36, Espanha 0,34, França 0,32, Alemanha 0,28 e Japão 0,24. No âmbito da América Latina, ressalte-se o Chile com 0,54, Argentina 0,51 e Uruguai com 0,44.

Sobre a desigualdade, destaque-se do Relatório de 2010 do PNUD:

As desigualdades podem ser fortalecedoras. Ao fim e ao cabo, as sociedades desiguais, democráticas ou não, são sociedades em que o poder está mais concentrado nas mãos das elites, pelo que não é de surpreender que as instituições económicas e políticas trabalhem a seu favor. Um estudo sobre as atitudes relativas à educação entre elites brasileiras realizado na década de 90 concluiu que estas tinham frequentemente relutância em alargar as oportunidades de educação com base no argumento de que trabalhadores instruídos seriam mais difíceis de gerir. Os formuladores de políticas do governo preocupavam-se com o facto de que uma força de trabalho mais dispendiosa diminuiria a vantagem comparativa do país em bens de trabalho intensivo. Este tipo de pensamento trava o desenvolvimento humano, conduzindo a um menor investimento em capital humano e bens públicos, uma menor redistribuição e uma maior instabilidade política.<sup>53</sup>

Esta desigualdade económica reflete, como não deixaria de ser, no processo civil, daí porque não lhe dar a devida importância, ou ignorá-la totalmente, como tem feito boa parte dos juristas, significa produzir um conhecimento alienado e, o que é muito pior, alienante.

Por fim, no que tange à sociedade brasileira, um último aspecto a ser destacado é que o número de demandas judiciais tem crescido geometricamente, a revelar que a população tem procurado resolver seus conflitos através do aparato estatal. Dados do Conselho Nacional de Justiça revelam que em 2010 existiam 86,6 milhões de processo em trâmite na Justiça brasileira, enquanto em 2004 havia apenas 57,5 milhões<sup>54</sup>. Um crescimento de 150% (cento e cinquenta por cento) no período de sete anos, índice muito superior ao crescimento populacional do Brasil.

Embora não seja comum a utilização de dados estatísticos em trabalhos jurídicos, tendência esta atenuada nos últimos anos, entende-se pela sua grande relevância, pois as informações acima destacadas contribuem minimamente para combater a alienação que caracteriza a comunidade jurídica, tão preocupada apenas com normas e formas. O processualista comprometido com a transformação social não pode ignorar, um minuto sequer, a realidade na qual está inserido, daí a importância dos referidos dados.

---

<sup>53</sup> PNUD. "*Relatório de Desenvolvimento Humano 2010*", p. 92.

<sup>54</sup> Vide: <http://www.conjur.com.br/2010-set-14/brasil-866-milhoes-processos-andamento-afirma-cnj> - e [http://www.conjur.com.br/2007-fev-14/apesar\\_esforços\\_cresce\\_quantidade\\_processos](http://www.conjur.com.br/2007-fev-14/apesar_esforços_cresce_quantidade_processos) - acesso em 10 de março de 2012.

## 2.2 INSTITUIÇÕES DE ENSINO DO DIREITO

Diante deste cenário brasileiro surge o primeiro personagem do universo jurídico, muitas vezes ignorado pela ciência jurídica, que são as instituições de ensino do direito. Como se sabe, a atuação na esfera jurídica pressupõe uma prévia educação formal que ocorre através das instituições de ensino. Logo, para um pensamento crítico é crucial a compreensão desta realidade. Conforme ensina Luiz Fernando Coelho:

Tal alusão ao saber que é tradicionalmente transmitido nas faculdades de direito significa que a proposta de uma teoria crítica não pode partir do vazio, mas da sociedade concreta que, centrada no binômio alienação-opressão, apoia-se e se expressa no direito positivo da tradição dogmática, o qual não pode ser simplesmente ignorado quando se postula a reconstrução do saber que o tem por objeto<sup>55</sup>.

As instituições de ensino, no sistema brasileiro, dividem-se em públicas e particulares, pois o ensino é livre à iniciativa privada, desde que cumpridas as normas gerais da educação nacional e desde que haja autorização e avaliação periódica de qualidade pelo Poder Público (art. 209, CF).

A situação do ensino jurídico é complexa, pois ele não se resume à graduação. Para compreensão da realidade deve-se considerar a pós-graduação, tanto a *lato* quanto a *stricto sensu*, as escolas preparatórias para concursos (os conhecidos “cursinhos jurídicos”), e as escolas profissionais, como a da magistratura e a da advocacia. Cada qual exerce um papel e tem uma finalidade dentro deste sistema de ensino formal do direito.

Para uma concepção argumentativa do direito e, principalmente, crítica, é crucial entender o ensino jurídico em seu sentido amplo. Afinal, são as instituições que moldam a consciência jurídica, dando o “ponto de partida da argumentação” jurídica. Conforme explica PERELMAN: “[...] toda argumentação tem início no que chamamos de *objetos de acordo*, fatos, verdades, presunções, valores, hierarquias e lugares-comuns, no sentido antigo do termo”<sup>56</sup>. Embora nenhum ser humano seja tabula rasa, e evidentemente o jovem que ingressa no ensino superior já tenha tido algum contato e alguma noção acerca do Direito, é durante sua formação jurídica que o bacharel adentra a racionalidade específica deste ramo, assimilando técnica e cientificamente os elementos apresentados pelos professores. A ciência jurídica e a práxis forense consolidam esta racionalidade, mas não há

<sup>55</sup> COELHO, Luiz Fernando. “*Teoria Crítica do Direito*”, p. 18.

<sup>56</sup> PERELMAN, Chaïm. “*Retóricas*”, p. 112.

como negar a importância das instituições de ensino, sendo certo que nenhuma transformação é possível, nem mesmo no que tange ao processo civil, sem uma mudança nas estruturas de formação do pensamento jurídico.

Quanto à graduação, a principal forma de ingresso é o exame conhecido como vestibular, tanto para as instituições públicas quanto para as privadas, pois o título obtido no ensino médio não é suficiente ao ingresso no ensino superior.

Historicamente as instituições públicas de ensino destacam-se. Porém, após a década de 60 há uma forte expansão do número de vagas nas faculdades de Direito<sup>57</sup>, inclusive do ensino superior particular. Isto se dá de tal modo que, na década de 90 “[...] 62% dos 2,126 milhões de universitários brasileiros cursam escolas superiores particulares”<sup>58</sup>. Este ensino particular é controlado pelo Estado, através do Ministério da Educação que, dentre vários poderes, concede ou não autorização e reconhecimento às instituições privadas<sup>59</sup>. No caso do Direito, por força de lei (art. 54, XV, da Lei 8.906/94), toda autorização para abertura de cursos depende de prévio parecer, sem caráter vinculante, do Conselho Federal da OAB. Sobre isso:

Em face do desafio da atuação da OAB, apesar das metas almejadas e da importante e conclusiva atuação da Comissão de Ensino Jurídico, há que se ressaltar que seu papel é apenas complementar, frente ao poder decisório do MEC-SESu, limitando-se a exarar parecer não vinculativo que deve ser encaminhado para revisão e apreciação pelo MEC.<sup>60</sup>

Durante a presidência de Fernando Henrique Cardoso, época do Ministro Paulo Renato Souza, foram concedidas várias autorizações sem a anuência da OAB<sup>61</sup>. Assim: “Com a expansão nada criteriosa da educação superior, proliferaram as instituições privadas, sem o devido controle de sua qualidade. Estas escolas preferem as ciências sociais, eis que, sendo o lucro o seu principal objetivo, ele é maximizado nestas, em razão da baixa necessidade de investimentos”<sup>62</sup>.

Esta expansão do ensino superior, destacadamente dos cursos de Direito, foi fomentada pelo FIES (Fundo de Financiamento ao Estudante do Ensino Superior), instituído pela Lei 10.260/01, que, enquanto financiamento, prevê o pagamento de até 100% dos

<sup>57</sup> BITTAR, Eduardo C. B., *Direito e ensino jurídico: legislação educacional*, p. 69.

<sup>58</sup> BITTAR, Eduardo C. B., *Op. cit.*, p. 40.

<sup>59</sup> *Idem*, p. 147.

<sup>60</sup> *Ibidem*, p. 138.

<sup>61</sup> BASTOS, Aurélio Wander. “O Ensino Jurídico no Brasil”, p. 360.

<sup>62</sup> GALDINO, Flávio. “A Ordem dos Advogados do Brasil na Reforma do Ensino Jurídico”. In: *Ensino Jurídico OAB: 170 anos de cursos jurídicos no Brasil*, p. 166.

encargos educacionais. Também deve ser mencionado o PROUNI (Programa Universidade para Todos), inicialmente instituído pela Medida Provisória nº 213, de 10/09/2004, e hoje disciplinado pela Lei 11.096/2005, que autoriza a distribuição de bolsas integrais ou parciais pelas instituições privadas de ensino, que são compensadas com isenções fiscais. São tecidas críticas a estes programas, por seu caráter neoliberal, já que ao invés do Estado lidar com a demanda por vagas de ensino superior, cumprindo seu papel, relega isso às instituições privadas que, inevitavelmente, e nem poderia ser diferente na estrutura econômica existente, buscam o lucro<sup>63</sup>.

De qualquer forma, a existência do Exame Nacional de Desempenho dos Estudantes (ENADE), instituído pela Lei 10.861/04, de periodicidade trienal, com o objetivo de verificar a qualidade dos cursos da graduação, bem como a existência de inúmeros concursos e exames para prosseguimento nas carreiras jurídicas, como advocacia, magistratura, promotoria etc, provocam as faculdades a buscar um mínimo de qualidade.

De fato, esta ampliação de cursos de Direito vem modificando o perfil do estudante, que até pouco tempo restringia-se, em sua grande maioria, aos filhos das classes mais favorecidas. Esta mudança no ingresso não pode induzir falsas conclusões. Ela não implica, automaticamente, que as classes menos favorecidas de nosso país estejam integrando os quadros da advocacia, magistratura, defensoria, procuradorias. Aliás, o exacerbado número de vagas existentes, que acabam sendo preenchidas por pessoas repletas de sonhos e ilusões, gera uma grande massa de bacharéis que sequer terão oportunidade de trabalhar na área nas quais foram formados.

Por fim, ainda no que concerne à graduação, é importante que se diga que a antiga Portaria nº 1886, de 30 de dezembro de 1994, do MEC, que disciplinava os cursos de direito, foi substituída pela resolução nº 9, de 29 de setembro de 2004, do Conselho Nacional de Educação, sendo este o marco normativo para compreender o que o Estado exige das instituições de ensino jurídico.

No campo da pós-graduação *stricto sensu*, o que se tem é uma forte centralização em instituições governamentais como o CNPQ (Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico) e a CAPES (Coordenação de Aperfeiçoamento de

---

<sup>63</sup> Por todos, Marcos José Valle: "Também se caracteriza como política de privatização prejudicial às decisões do Estado quanto à gestão do ensino superior e sua autonomia nesse segmento. Tal privatização não se dá por meio da venda de estatais e sim pelo não investimento adequado para o ensino superior público, incentivando o aumento de IES privadas por meio do subsídio representado pela renúncia fiscal" ("*PROUNI: Política pública de acesso ao ensino superior ou privatização?*", p. 98).

Pessoal de Nível Superior), que se preocupam muito mais com a quantidade do que com a qualidade daquilo que tem sido produzido. Implementa-se um taylorismo científico, minando-se qualquer autonomia universitária<sup>64</sup>. Tudo gira em torno de um ciclo vicioso: os recursos são destinados aos “melhores” programas de mestrado e doutorado, estes produzem mais e então continuam recebendo mais recursos. Esta produção científica é assimilada pelas grandes editoras (v.g. Editora Saraiva e Editora Revista dos Tribunais), que, desta forma, favorecem-se da estrutura estatal para auferir lucros – as dissertações e teses produzidas em programas de mestrado e doutorado de natureza pública (USP, UFPR, UERJ, UFMG), ou até mesmo o resultado de pesquisas desenvolvidas, são convertidos em obras do acervo das editoras, particularizando investimentos públicos. Com efeito, o Estado alimenta os “melhores” mestrados e doutorados e estes alimentam as grandes editoras. E assim o ciclo se perpetua.

Enfim, de acordo com dados da CAPES, em 1998 existiam 23 programas de pós-graduação *stricto sensu* no campo do Direito. Este número quase triplicou em 2009, chegando a 65 programas, concentrados na região sul e sudeste do Brasil. Vê-se aqui, também, uma salutar expansão.

Existem hoje, no Direito, 28 programas de doutorado no país, sendo que apenas seis deles contam com a nota máxima da CAPES: UFPR (PR), UERJ (RJ), UNISINOS (RS), UFSC (SC), USP (SP) e PUC (SP) – a UFMG (MG) e a UNB (DF) tem nota 5. Aquelas seis possuem linhas de pesquisa na área do direito processual civil. Fora elas, existem outros programas de doutorado, bem como de mestrado, focados no estudo do direito processual civil, sob diferentes concepções. Logo, este ramo do direito encontra-se muito bem difundido em nosso país, não sendo por falta de programas de pós-graduação *stricto sensu* que o processo civil não consiga enfrentar suas mazelas e adequar-se às necessidades do século XXI.

Por fim, algumas considerações acerca da pós-graduação *lato sensu*, do ensino à distância, dos cursinhos e das escolas profissionais.

Embora a Resolução nº 1, de 08 de junho de 2007, do Conselho Nacional de Educação, regule os cursos de pós-graduação *lato sensu* (especialização), percebe-se que seu controle e fiscalização são praticamente inexistentes. Muitas vezes estes programas são realizados por ensino à distância, que é uma realidade legalmente respaldada, nos termos do artigo 80, da Lei 9.394/96, regulamentado pelo Decreto 5622/05. Aliás, há previsão normativa

---

<sup>64</sup> Artigo 207, da Constituição Federal: “As universidades gozam de autonomia didático-científica, administrativa e de gestão financeira e patrimonial, e obedecerão ao princípio de indissociabilidade entre ensino, pesquisa e extensão”.

para que o ensino a distância seja utilizado até mesmo para os mestrados e doutorados, conquanto isto, não tenha se propagado.

Não se pode ignorar a força e relevância dos chamados “cursinhos jurídicos”. Com a busca pelos concursos públicos, as entidades responsáveis por cursos preparatórios despontam na formação do bacharel, havendo um aumento no poder e na influência de tais instituições na construção da consciência coletiva jurídica. Veja-se, por exemplo, que o processualista Cassio Scarpinella Bueno, amplamente referido na doutrina, ministra aulas no Curso Preparatório Marcato, criado por Antonio Carlos Marcato, livre-docente da USP, desembargador aposentado do TJ/SP. Muitos juízes, promotores e defensores foram neles educados, seja isto um mal ou um bem, é uma realidade que não pode ser ignorada. Aliás, no campo do processo civil tais instituições foram responsáveis pela divulgação de Fredie Didier Jr. nacionalmente, por exemplo. Este grande “negócio” ampliou seu alcance com o fomento de editoras próprias que hoje publicam e editam inúmeras apostilas, manuais, resumos etc.

As escolas profissionais, como a Escola Superior da Advocacia e as Escolas da Magistratura, deveriam ser destinadas àqueles que já atuam na área, e não ocupar o lugar dos cursos de pós-graduação ou dos cursos preparatórios para concurso, como se vê na realidade brasileira, embora não se tenha pesquisado as causas históricas disso.

Enfim, este foi apenas um esboço, histórico-social, sem aprofundamentos filosóficos, acerca da arquitetura do ensino jurídico de nosso país. Esta formal estrutura educacional refletirá na construção da teoria processual, inclusive no estudo e análise da relação exequente-executado, o que interessa ao presente trabalho. Justifica-se, assim, entender o que existe no campo do ensino, pois são estes cursos de graduação, pós-graduação, preparatórios e as escolas profissionais que sedimentarão o senso comum teórico, pouco a pouco, na mente do estudante.

### 2.3 MAGISTRATURA E PODER JUDICIÁRIO

Inicialmente para um discurso crítico sobre a magistratura e o Poder Judiciário não se pode esquecer a lição de José Reinaldo de Lima Lopes, que identifica uma importante característica que marca ideologicamente o juiz:

Há objetivamente a pertença dos magistrados à classe dominante e sua adesão à ordem estabelecida. Mesmo que provenientes de extratos sociais médios ou inferiores, a adesão à magistratura torna-se potencialmente uma adesão à hegemonia da classe dominante, pela sua adesão fundamental à ordem.<sup>65</sup>

No final do século XX, com a reabertura política e o advento da Constituição Federal de 1988, são abertas as portas do Poder Judiciário aos cidadãos brasileiros. Trata-se de relevante mudança, pois a população passou a procurar os juízes para a solução de seus conflitos, até os mais corriqueiros, o que não se via no século XIX e no início do século XX. Obviamente, nenhuma instituição secular se transformaria em um passe de mágica, da noite para o dia. Ainda hoje os direitos e deveres dos magistrados são disciplinados pela Lei Complementar 35/79, que prevê as socialmente indigeríveis férias de 60 dias, que existem desde as ordenações filipinas, e que não possibilita a aplicação de sanção pecuniária no caso de infrações disciplinares. Este mesmo diploma legal também veda a participação dos juízes de primeiro grau na eleição das cúpulas dos tribunais, concentrando todo o poder nas mãos dos desembargadores, que conduzem os interesses do Poder Judiciário de acordo com suas necessidades e não daqueles que estão na linha de frente do atendimento popular.

Temos cinco diferentes estruturas dentro do Judiciário nacional, a Justiça Federal, a Justiça do Trabalho, a Justiça Militar, a Justiça Eleitoral e as Justiças Estaduais, cada qual com seus dados estatísticos e problemas próprios, que aqui não poderão ser individualmente considerados. Também não será considerada a contradição interna entre magistrados e servidores, que poderia render interessantíssima análise. Enfim, o Poder Judiciário será considerado como um todo.

A criação do Conselho Nacional de Justiça, pela Emenda Constitucional nº 45/04, foi importante para a pesquisa jurídica, já que uma das funções do referido órgão é elaborar relatórios e organizar dados estatísticos acerca da Justiça brasileira. Assim, pode-se trabalhar com os dados do CNJ para compreender a realidade brasileira.

Em 2005, o primeiro relatório apresentado, mostrava que o número de juízes na Justiça Federal era de 1.195, na Justiça do Trabalho, 2.631, e nas Justiças Estaduais, 9.902<sup>66</sup>. As Justiças Militar e Eleitoral não foram consideradas pelas peculiaridades que lhes são próprias. Já em 2009, a Justiça Federal atingia o número de 1.550 magistrados (aumento

---

<sup>65</sup> Lopes, José Reinaldo de Lima, In: FARIA, José Eduardo (Coord.). *“Direitos Humanos, Direitos Sociais e Justiça”*, p. 85.

<sup>66</sup> Fonte: CNJ – Conselho Nacional de Justiça – disponível em : <http://www.cnj.jus.br>.

de 29%), a Justiça do Trabalho, 3.197 (aumento de 21,5%), e as Justiças Estaduais, 11.361 (aumento de 14,7%). O questionamento acerca da necessidade de mais magistrados está totalmente ligado à concepção que se tenha de suas funções, bem como da produtividade dos mesmos, mas é certo que instituições como a AMB (Associação dos Magistrados Brasileiros) defendem a necessidade imperiosa de tal aumento para assegurar uma prestação jurisdicional célere e de qualidade.

Ocorre que os altos custos dos seculares privilégios assegurados aos magistrados, principalmente àqueles que estão nos Tribunais, sugere uma perigosa conclusão: o Poder Judiciário precisa funcionar sem juízes. A Lei 9.099/95, com a figura do conciliador e do juiz leigo, bem como a Lei 9.307/96, disciplinando a arbitragem, a figura do juiz convocado no âmbito dos Tribunais de segundo grau, e a expansão dos cargos de assessoramento reforçam esta especulação. Ora, pelo custo de um juiz pode-se ter cinco analistas, que terão férias menores, menos licenças, jornada maior e produzirão muito mais do que um juiz. Porém, como dito, é uma mera especulação, que não será aqui desenvolvida.

Em nosso país a magistratura é organizada em carreira, exercida por pessoal tecnicamente qualificado, sendo o concurso público de provas e títulos o seu principal e mais importante meio de ingresso. Existem, ainda, outras formas de ingresso e ascensão, como a eleição de listas nos Tribunais e o quinto constitucional, mas estas não são a regra. Assim, o Judiciário deveria ser construído com base em uma meritocracia.

Para compreender a situação brasileira, por mais irônico que isto possa parecer, é necessário recorrer ao estudo de um argentino, o Professor Eugenio Raúl Zaffaroni (1927 - ), que em 1995 publicou significativa obra acerca das crises, acertos e desacertos do Poder Judiciário.

Zaffaroni, seguindo um método webberiano, traça três modelos ideais de Poder Judiciário, os modelos empírico-primitivo, tecno-burocrático e democrático<sup>67</sup>. Suas formas puras não existem na realidade, porém suas principais características podem ser observadas nas estruturas judiciais concretas, autorizando importantes conclusões. Os diferentes modelos expressam uma ordem evolutiva, sendo o empírico-primitivo o pior deles e o democrático o melhor.

Depois de analisar as estruturas judiciárias inglesa, norte-americana, dos socialismos “reais”, japonesa, e alemã, Zaffaroni passa a abordar aquela dos países latino-americanos. Afirma, então, que os países latino-americanos, com certas peculiaridades, não se

---

<sup>67</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raúl. “*Poder Judiciário: crises, acertos e desacertos*”, p. 102-103.

afastam do modelo empírico-primitivo. A única exceção seria o Brasil. Segundo ele: “O caso do Brasil, adiantamos, segundo nosso juízo, é o único da estrutura judiciária latino-americana que escapa ao modelo empírico-primitivo, pois corresponde preferencialmente ao modelo tecno-burocrático”<sup>68</sup>. Sobre tal modelo Zaffaroni afirma que:

Ao erradicar-se a arbitrariedade seletiva, garante-se o nível técnico da magistratura. Necessariamente a qualidade do serviço é superior ao modelo anterior [refere-se ao empírico primitivo], embora se mova por trilhos sempre muito formalizados. O perfil do juiz não deixa de ser deteriorado, mas aqui com acentuada tendência à burocratização ‘carreirística’. A independência, no melhor dos casos, é apenas externa. Portanto, o controle de constitucionalidade, se existir, terá baixo nível de incidência. Melhorará por certo a condição proporcionada pelo judiciário à segurança do investimento produtivo racional. Embora a cultura jurídica seja superior, não terá estímulo para alçar verdadeiro vôo teórico, diante da tendência aos métodos exegéticos e aos argumentos pragmáticos. Poder-se-á afirmar que favorece um Estado de Direito, mas de caráter legal (não constitucional). A característica geral não difere muito da anterior, ainda que corresponda a um contexto mais estável, mas não necessariamente mais democrático e que pode ser, inclusive, abertamente autoritário.<sup>69</sup>

O sistema judicial brasileiro apenas não se enquadraria no modelo democrático, pois: “[...] carece de órgão de governo horizontal e porque seu tribunal constitucional é de designação puramente política e não dispersa”<sup>70</sup>. Ou seja, faltaria pouco para que o Poder Judiciário brasileiro atingi-se o patamar máximo na classificação do jurista argentino, tornando-se um órgão democrático. Só que este pouco acaba tendo uma magnitude bem maior pelas características históricas que nos cercam.

De fato, a estrutura judicial brasileira é extremamente verticalizada. As políticas judiciárias – se é que existem – são estabelecidas pelas cúpulas, não havendo espaço para a voz de magistrados de primeiro grau, de advogados, de servidores, enfim, de todos os envolvidos na prestação jurisdicional.

O modo de composição das cúpulas também é problemático, sendo certo que a nomeação pelo Poder Executivo é vista por Zaffaroni, e nisso com ele concordamos, como algo prejudicial à independência e harmonia dos poderes. No Brasil os membros do Supremo Tribunal Federal são indicados pelo Presidente da República com base em critérios nada objetivos e passam por uma formal sabatina junto ao Senado Federal. Nos termos do artigo 101, da Constituição Federal, o Ministro do Supremo Tribunal Federal deve ter

---

<sup>68</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Op. cit.*, p. 125.

<sup>69</sup> *Idem*, p. 103.

<sup>70</sup> *Ibidem*, p. 125.

“notável saber jurídico” e “reputação ilibada”, noções excessivamente vagas e subjetivas. Segundo Sergio Alves Gomes, para concretização do Estado Democrático de Direito é necessário:

[...] adoção de critérios que sejam adequados às exigências democráticas no que concerne à nomeação de juízes para as cortes supremas – no caso brasileiro, para o Supremo Tribunal Federal. Isso é de extrema relevância tanto para aferição da legitimidade de suas decisões quanto para aumentar ou diminuir o grau de credibilidade e confiança que a sociedade deposita no Judiciário e, de modo especial, na cúpula institucional deste poder que tem por função precípua a guarda da Constituição.<sup>71</sup>

A falta de critério pode ser ilustrada historicamente, dentre outros exemplos, pela indicação, nomeação e posse do Ministro Dias Toffoli, que à época de sua escolha pelo Presidente da República Luís Inácio Lula da Silva, do Partido dos Trabalhadores, tinha apenas 41 anos de idade, não possuía qualquer título de doutorado ou obra jurídica de relevância publicada e, o que é pior, havia sido condenado por improbidade administrativa, nos termos de sentença proferida pelo Juízo da 4ª Vara Cível de Fazenda Pública da comarca de Macapá (AP). Ou seja, não tinha ele nem notável saber jurídico nem reputação ilibada para o cargo. Sua virtude era ter sido advogado do Partido dos Trabalhadores nas campanhas eleitorais de 1998, 2002 e 2006. Enfim, mesmo com as inúmeras críticas de juristas de expressão nacional, e com ação popular proposta pelo juiz federal Eduardo Luiz Rocha Cubas, a força do Executivo prevaleceu e hoje o referido Ministro exerce seu múnus regularmente<sup>72</sup>.

Enfim, o Poder Judiciário brasileiro é classificado por ZAFFARONI como tecno-burocrático, o único na América Latina com esta característica. Esta tecno-burocracia tem origens européias, o que impõe uma explicação entre o antagonismo dos pensamentos francês e norte-americano acerca da função da magistratura. Com efeito, no clássico modelo francês, que remonta à Revolução de 1789:

---

<sup>71</sup> Sergio Alves Gomes. “*Hermenêutica constitucional: um contributo à constituição do Estado Democrático de Direito*”, p. 387.

<sup>72</sup> Vide notícias em: <http://www.conjur.com.br/2009-set-30/supremo-arquiva-acao-indicacao-toffoli-corte?im> - acesso em 07 de agosto de 2011; e <http://www.conjur.com.br/2009-set-20/futuro-ministro-stf-toffoli-tambem-condenacao-amapa> - acesso em 07 de agosto de 2011.

A ideologia revolucionária pretendeu assentar-se na divisão de poderes para impedir não apenas o controle de constitucionalidade, mas qualquer criatividade judicial. Não fez mais do que esgrimir com a separação de poderes como argumento, porque a rigor não fez mais do que degradar o judiciário, submetendo-o ao legislativo. Não foi outra a origem da cassação. Não só se violou a separação de poderes, submetendo o judiciário ao legislativo, mas se desprezou e se subestimou sua função, com vistas a suprimir a advocacia por desnecessária.<sup>73</sup>

A população francesa, ainda no antigo regime, já estava insatisfeita com os magistrados franceses, sendo certo que, com a erupção revolucionária, tornaram-se os juízes a principal ameaça para o novo regime, razão pela qual lhes foi retirado o poder. Foram convertidos em meros “servidores” da administração, juízes burocráticos, juízes “funcionários”. Há, portanto, uma anulação do Poder Judiciário no cenário francês.

Em sentido diametralmente oposto, o modelo norte-americano. Como explicita Zaffaroni:

A contrapartida dessa situação [refere-se à Revolução Francesa] é fornecida pela Revolução Americana, que se havia limitado a destituir a potência colonialista, mas que não havia sofrido qualquer alteração em sua estratificação, não tinham nenhuma ‘classe interna perigosa’, afastada do poder e que mantivesse intacta sua pirâmide colonial. Nenhum perigo se lhe impunha à classe dirigente norte-americana, que se havia limitado a declarar sua independência, adotando uma defesa fundada na ditadura da maioria.

A isso corresponde que a Revolução Norte-Americana não abrigasse qualquer temor diante do estabelecimento de um judiciário com poder de controle constitucional. Pelo contrário, resultava-lhe útil um seguro contra as decisões das maiorias conjunturais.<sup>74</sup>

Então se cita sempre o caso “*Marbury versus Madison*”, de 1803, no qual, pela condução do Juiz John Marshall, a Suprema Corte Norte-Americana, consolidando o pensamento de Hamilton, firmou a posição do judiciário perante os demais poderes, assegurando-lhe a palavra final acerca da constitucionalidade das leis. Esta diferença entre o modelo francês e o norte-americano também é analisada por Dalmo de Abreu Dallari<sup>75</sup>.

Enfim, o que nos interessa é a realidade brasileira. Aqui não houve nada parecido com a Revolução Francesa nem muito menos com a Revolução Norte-Americana. Então seriam os nossos juízes funcionários do poder ou seus principais protagonistas?

<sup>73</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raúl. “*Poder Judiciário: crises, acertos e desacertos*”, p. 52.

<sup>74</sup> *Idem*, p. 39.

<sup>75</sup> DALLARI, Dalmo de Abreu. “*O poder dos juízes*”, p. 14-21.

Filhos de Portugal, não foi o pensamento norte-americano que predominou na magistratura brasileira. Um judiciário profissional, burocratizado, verticalizado e hierarquizado, o que Zaffaroni denomina de judiciário bonapartista, comprometido com a “boca da lei”, ou melhor, com a “boca do imperador”, foi instalado no Brasil. Nada de anormal nisso, aliás, pois este modelo bonapartista só passaria a ser questionado e superado na Europa após a Segunda Guerra Mundial<sup>76</sup>.

De qualquer forma, os estudos de Zaffaroni revelam que as condições do Poder Judiciário brasileiro ainda são melhores do que as condições de nossos vizinhos, por já estarmos em um modelo técnico-burocrático, com suas virtudes e defeitos, faltando apenas a sua democratização.

De fato, o Brasil não seguiu a linha norte-americana, ficando a magistratura como órgão técnico-burocrático, verdadeiros “servidores” do Poder. Porém, esta realidade se modifica no final do século XX. Com a Constituição Federal de 1988 dá-se início a uma reconstrução do Judiciário brasileiro, passando pela sua afirmação enquanto efetivo Poder da República. Desta forma, o viés norte-americano, o reconhecimento do magistrado enquanto membro de um órgão político do estado, passa a se propagar no imaginário jurídico. Esta tendência se fortalece no século XXI com a produção legislativa reafirmado a posição do Judiciário (v.g. a Emenda Constitucional nº 45/04 que criou a súmula vinculante).

No entanto, este poder concentra-se nas cúpulas, o que impede a democratização da instituição. Há uma forte verticalização e hierarquização cada vez mais acentuada. De acordo com José Reinaldo de Lima Lopes:

[...] a máquina judiciária ainda padece de dois problemas: é centralizada e concentrada. Centralizada porque a carreira da magistratura é estadual e não municipal ou distrital: assim, a progressão na carreira é sempre progressão para o centro, as grandes cidades e capitais [...] Centralizada porque apesar de o Judiciário ser basicamente estadual a legislação é basicamente federal [...] o sistema é concentrado: o próprio regime de recursos concentra as decisões nos órgãos superiores da máquina [...] a concentração e a centralização da Justiça têm um impacto no curso dos processos, tornando-os mais longos e mais caros [...] sendo o sistema concentrado, centralizado e não dispondo de meios financeiros para sua ampliação, a Justiça é cara e distante para os cidadãos.<sup>77</sup>

Por fim, É interessante verificar qual é a imagem que o Poder Judiciário tem perante a sociedade brasileira. De acordo com o índice de confiança social, apurado pelo

---

<sup>76</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raúl. “*Poder Judiciário: crises, acertados e desacertos*”, p. 78.

<sup>77</sup> LOPES, JOSÉ REINALDO DE LIMA, In: FARIA, José Eduardo (Coord). “*Direitos Humanos, Direitos Sociais e Justiça*”, p. 73/74 *in passim*.

IBGE<sup>78</sup>, em 2010, o Poder Judiciário detinha a confiança de 53% (cinquenta e três por cento) dos brasileiros, ficando atrás de outras instituições estatais como as Forças Armadas (69%), o Presidente da República (69%), e a Escola Pública (60%). Considerando as instituições privadas, a Justiça perde das Igrejas (73%), dos Meios de Comunicação (67%) e, o que é certamente preocupante, dos Bancos (58%). Ou seja, salvo os equívocos próprios de toda e qualquer estatística, o brasileiro confia mais em um Banco do que no Poder Judiciário de seu país. Este é um dado perturbador, que revela a necessidade de reconstruir esta instituição, para que a população nela confie e para que ela se torne o que deve ser em toda e qualquer sociedade, um referencial de democracia e eficiência<sup>79</sup>. Ainda, em pesquisa realizada pelo IPEA<sup>80</sup>, em 2010, ao ser perguntado aos brasileiros: “De zero a dez, que nota você daria para a justiça brasileira?”, a média nacional foi de 4,5 (quatro inteiros e cinco décimos). Para a região sul a média foi de 4,2 (quatro inteiros e dois décimos). Trata-se de outro dado que revela o que pensa a sociedade brasileira sobre o seu Poder Judiciário. Pode-se escolher trabalhar o direito processual civil ignorando estas informações, ou pode-se tomá-las como importante elemento impulsionador de toda e qualquer pesquisa.

## 2.4 ADVOCACIA

Com um Poder Judiciário regido pelo princípio da inércia é fácil evidenciar a importância da advocacia nas engrenagens da máquina jurisdicional. Embora a academia também dê sua contribuição, novas teses são construídas cotidianamente por advogados espalhados por todos os rincões do Brasil. Não só isso, é pelo advogado, recurso após recurso, que tais teses são levadas aos Tribunais Superiores e podem produzir radicais mudanças na sociedade brasileira. Logo, cabem algumas considerações sobre eles.

Conforme explica Paulo Lôbo:

---

<sup>78</sup> Fonte: IBGE – Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística – disponível em : <http://www.ibge.gov.br>.

<sup>79</sup> Ressalte-se que entre os advogados, que melhor compreendem as peculiaridades do sistema jurídico, pesquisa da FUNDACE (Fundação para Pesquisa e Desenvolvimento da Administração, Contabilidade e Economia), disponível em [http://www.fundace.org.br/arquivos\\_diversos/ftp/confianca\\_justica\\_brasil.pdf](http://www.fundace.org.br/arquivos_diversos/ftp/confianca_justica_brasil.pdf), revela que em 2010, 54,1% acreditavam que a justiça brasileira era pouco honesta, 70,1% que ela é pouco eficiente e 52,5% que ela é cara.

<sup>80</sup> Fonte: Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA) – disponível em <http://www.ipeadata.gov.br>.

Somente com a criação da OAB, em 1930, iniciou no Brasil a regulamentação profissional do advogado, com exigência de formação universitária, salvo nas regiões do Brasil onde se fazia necessária a figura do rábula ou provisionado. Até 1994, os dois primeiros Estatutos da Advocacia (Dec. N. 20.784, de 14-12-1931, e Lei n. 4.215, de 27-4-1963) voltaram-se exclusivamente para a advocacia entendida como profissão liberal, autônoma<sup>81</sup>.

A Lei 8.906/94 trouxe importantes inovações, contemplando a advocacia extrajudicial, a assalariada e a dos setores públicos. Porém, ainda hoje seu matiz ideológico concebe a advocacia como uma profissão liberal, seguindo a tradição do início do século XX. Esta é uma importante característica: no Brasil a advocacia não é concebida como uma atividade mercantil, diferentemente de outros países (v.g. EUA). Discorrendo sobre a origem da OAB, PAULO LÔBO explica:

Em 14 de dezembro de 1931 foi aprovado o Regulamento da Ordem dos Advogados do Brasil, adotando-se este nome pelo Decreto n. 20.784, cuja redação deve-se a Levi Fernandes Carneiro, primeiro presidente da entidade, com vigência diferida pelo Decreto n. 22.266, de 28 de dezembro de 1932, para 31 de março de 1933. O modelo adotado foi o do *Barreau de Paris*, tanto para a organização da entidade como para o paradigma liberal da profissão de advogado<sup>82</sup>.

No final do século XX houve uma forte tendência à proletarização da advocacia. Com efeito: “A realidade brasileira aponta para a proletarização da advocacia, em razão de vários fatores, dentre eles o aumento do número de cursos jurídicos e de suas vagas nas últimas décadas”<sup>83</sup>. Esta proletarização faz com que o jovem advogado fique nas mãos de grandes empresas ou, o que é mais perigoso, nas mãos de grandes bancas de advocacia. É o advogado explorando o próprio advogado. Basta olhar o passado brasileiro para se verificar o antídoto desta dinâmica, o fortalecimento dos sindicatos, que no âmbito da advocacia são praticamente inexpressivos e irrelevantes. Nestes termos:

Como anotamos abaixo, ao comentarmos o capítulo dedicado ao advogado empregado, o crescente fenômeno da advocacia assalariada impõe a defesa de direitos e interesses que apenas o sindicato da categoria pode, constitucionalmente, desempenhar, sem qualquer subordinação à OAB, a saber, nas relações trabalhistas entre empregadores (inclusive advogados ou sociedades de advogados) e advogados empregados<sup>84</sup>.

---

<sup>81</sup> LÔBO, Paulo. “Comentários ao Estatuto da Advocacia e da OAB”, p. 9.

<sup>82</sup> *Idem*, p. 249.

<sup>83</sup> LÔBO, Paulo. “Comentários ao Estatuto da Advocacia e da OAB”, p. 10.

<sup>84</sup> *Idem*, p. 267.

Ocorre que o artigo 47, da Lei 8.906/94, determina que: “O pagamento da contribuição anual à OAB isenta os inscritos nos seus quadros do pagamento obrigatório da contribuição sindical”. Aí o germe da inoperância dos sindicatos, pois em uma economia capitalista, nada se faz sem recursos financeiros. E daí se fala em crise na advocacia, pois há uma massa de jovens advogados trabalhando com todos os ônus da atividade liberal, assumindo os seus riscos, sem qualquer piso remuneratório, e também com todos os ônus da atividade laboral, com controle de jornada, subordinação, exclusividade etc. Trata-se do pior dos mundos para estes advogados. Ressalte-se que a ação direta de inconstitucionalidade nº 2.522 proposta pela Confederação Nacional das Profissões Liberais (CNPL) contra o referido dispositivo foi julgada improcedente, unanimemente, em junho de 2006, pelo plenário do Supremo Tribunal Federal, seguindo-se voto do Ministro Relator Eros Grau<sup>85</sup>. Inclusive houve parecer da Procuradoria Geral da República pela improcedência da mencionada ADIn. Assim, Poder Judiciário e Ministério Público inclinaram-se em prol da OAB, em detrimento de milhares de advogados, que não podem contar com um órgão de classe forte, que os protegeria da exploração escancarada que hoje se vê.

Enfim, esta é uma das contradições da advocacia, um modelo liberal incompatível com a massa proletarizada observada neste século XXI, principalmente nos grandes centros.

Mas existe outra interessante contradição interna, que merece ser destacada. Após levantar a bandeira da democracia durante o regime militar, a OAB ainda mantém uma composição por eleição indireta, pelo menos no que tange à sua cúpula. Conforme artigo 67, da Lei 8.906/94, a Diretoria do Conselho Federal, aí incluído o Presidente da OAB, é eleita por voto dos Conselheiros Federais. Os advogados brasileiros não participam desta escolha. Ou seja, o máximo representante da categoria é escolhido aristocraticamente, ou oligarquicamente, como preferir, por apenas alguns poucos conselheiros, 81 advogados, para ser exato.

Outra questão sempre em discussão é o fato do sistema brasileiro adotar um exame de seleção para a advocacia. Como se sabe, a simples obtenção de título de bacharel em Direito é insuficiente ao exercício da advocacia. Para tanto é necessária a inscrição nos quadros da OAB o que depende de prévia aprovação em exame por ela elaborado. Então se questiona a sua constitucionalidade, já que limitaria a liberdade profissional do cidadão. São

---

<sup>85</sup> Disponível em: <http://www.stf.jus.br>.

inúmeras as ações judiciais<sup>86</sup>, promovidas até mesmo pelo *Parquet*, impugnando o referido exame. Com efeito, não fossem os baixíssimos índices de aprovação de tal exame<sup>87</sup>, resultado de uma equivocada postura da OAB, que dirige o exame para selecionar os melhores e não para excluir os piores, tal tese não ganharia tanta adesão social. De qualquer forma, lembrando que o exame prévio também é exigido em outros países, como na Inglaterra e na França, Paulo Lôbo afirma:

O princípio da liberdade de exercício profissional há de ser lido em harmonia com o art. 22, XVI, da Constituição, que estabelece ser competência privativa da União legislar sobre *condições para o exercício das profissões*. Fê-lo o Estatuto, incluindo o requisito de Exame da Ordem.<sup>88</sup>

Outra celeuma diz respeito ao quinto constitucional, previsto no artigo 94, da Carta Magna, e que assegura a participação de advogados na composição dos Tribunais de Justiça e Tribunais Regionais Federais da República. O Poder Judiciário não tem respeitado as indicações da OAB e tem obstruído a conclusão das votações através de um excessivo número de votos brancos e nulos, que impede o *quorum* necessário à eleição dos candidatos. Inclusive a AMB (Associação dos Magistrados Brasileiros) oficialmente se opõe ao quinto constitucional fazendo campanha para o seu fim<sup>89</sup>. Em números divulgados em seu site, a referida associação afirma que 72,7% dos juízes seriam favoráveis à extinção do quinto.

Apesar de todos estes problemas, que apenas evidenciam que a OAB, assim como outras instituições brasileiras, está longe da democratização, não se pode negar o importante papel dela na defesa da ordem constitucional. Não são poucas as ações diretas de inconstitucionalidade propostas pelo Conselho Federal discutindo assuntos que ultrapassam os seus interesses corporativos. Sua pressão nos órgãos legislativos, executivos e na mídia também é relevante. Trata-se de uma importante peça no cenário jurídico nacional. Conforme salienta José Reinaldo de Lima Lopes:

---

<sup>86</sup> Ressalte-se o Recurso Extraordinário nº 603.583, em trâmite perante o Supremo Tribunal Federal, distribuído ao Ministro Marco Aurélio, que contou com parecer da Procuradoria-Geral da República, órgão máximo do Ministério Público Nacional, pela inconstitucionalidade do exame. Apesar da posição da PGR, em outubro de 2011, unanimemente, o plenário do STF afastou a tese da inconstitucionalidade, reconhecendo a validade do exame.

<sup>87</sup> No segundo exame unificado de 2010 apenas 16% dos inscritos foram aprovados (Fonte: <http://www.conjur.com.br/2011-ago-11/principais-faculdades-direito-sao-paulo-apoiam-exame-ordem> )

<sup>88</sup> LÔBO, Paulo. “*Comentários ao Estatuto da Advocacia e da OAB*”, p. 98.

<sup>89</sup> Vide [http://www.amb.com.br/?secao=campanha\\_forte](http://www.amb.com.br/?secao=campanha_forte).

[...] os advogados são também os participantes permanentes nos processos: as partes vão, os advogados ficam. Assim, eles se constituem nos *repeat players*: jogadores permanentes no dizer de Marc Galanter, com duas características a ressaltar. Em primeiro lugar, tendo contacto permanente com a máquina, podem sentir que alguns de seus defeitos não são eventuais e passageiros. Em segundo lugar, por estarem diretamente envolvidos nas disputas internas podem não dispor da distância crítica necessária para um diagnóstico correto<sup>90</sup>.

Em números, o Brasil contava, em agosto de 2011, com 673.981 (seiscentos e setenta e três mil novecentos e oitenta e um) advogados<sup>91</sup>. O Paraná tinha 38.594 (trinta e oito mil quinhentos e noventa e quatro) causídicos e o Estado de São Paulo 226.371 (duzentos e vinte e seis mil trezentos e setenta e um), ou seja, um terço de todos os advogados brasileiros.

## 2.5 DOCTRINA PROCESSUAL

Este é, certamente, o ponto mais tormentoso deste capítulo e o mais diretamente relacionado ao objeto desta dissertação. Tormentoso porque, diferentemente dos demais elementos aqui analisados, carece de uma clara e precisa identificação. Com efeito, não é difícil delimitar a sociedade brasileira, as instituições de ensino de direito, a magistratura e a advocacia. Porém, quem faz parte da doutrina processual?

Uma primeira resposta afirmaria que a doutrina processual é composta por todos aqueles autores que produzem obras jurídicas relacionadas ao direito processual, como livros, manuais, cursos, comentários, dissertações, teses, artigos, *papers* etc. Esta noção ilimitada induz uma igualdade entre os diferentes pensadores, pressupondo uma isonomia de todos os processualistas, o que não condiz com o ambiente argumentativo do direito. Logo, esta noção não se harmoniza com os objetivos deste trabalho, pois gera uma romântica visão da realidade, que mascara o histórico e material cenário da ciência processual.

Partindo-se de uma teoria da argumentação como estrutura determinante do direito infere-se que a única noção de doutrina relevante para os estudos é aquela que consiga identificar, de um modo ou de outro, aqueles autores que são hodiernamente citados e utilizados em peças, decisões judiciais e em obras de cunho científico para fundamentação de raciocínios e construção de argumentos. Ainda, aqueles autores que são cotidianamente

---

<sup>90</sup> LOPES, JOSÉ REINALDO DE LIMA, In: FARIA, José Eduardo (Coord), “*Direitos Humanos, Direitos Sociais e Justiça*”, p. 81.

<sup>91</sup> Dados obtidos em <http://www.oab.org.br/relatorioAdvOAB.asp>.

utilizados nas instituições de ensino de direito, seja na graduação, seja na pós-graduação, ou até mesmo em um curso preparatório de concurso, como referência bibliográfica para os estudos. Trata-se, portanto, de um conceito restrito de doutrina processual, que exclui aqueles autores desprovidos de autoridade argumentativa. Segundo Perelman: “O argumento de prestígio mais nitidamente caracterizado é o argumento de autoridade, o qual utiliza atos ou juízos de uma pessoa ou de um grupo de pessoas como meio de prova a favor de uma tese”<sup>92</sup>. Isto fica nítido no universo jurídico, já que mais do que a coerência lógica do que é dito, toma-se em primeiro lugar a pessoa que está a dizer. Neste sentido:

[...] o argumento de autoridade é de extrema importância e, embora sempre seja permitido, numa argumentação particular, contestar-lhe o valor, não se pode, sem mais, descartá-lo como irrelevante, salvo em casos especiais que teremos a ocasião de examinar no parágrafo seguinte.<sup>93</sup>

Ao fazer referência à doutrina processual, o orador, aquele que produz um discurso, não a utiliza como mera qualificação descritiva, mas como verdadeiro argumento retórico. É neste sentido que interessa compreender a doutrina processual.

Sob um enfoque crítico esta noção torna-se ainda mais relevante, pois através dela é possível estabelecer quem dita o “senso comum teórico”, para utilizar a expressão do professor Warat<sup>94</sup>. A mera visão argumentativa, por si só, geraria uma distorcida conclusão, como se a doutrina se auto legitimasse, o que não ocorre. Logo, saber quais são os juristas com autoridade argumentativa revela o poder existente neste meio, desvendando os aspectos ideológicos que nos dirigem, muitas vezes, inconscientemente.

Para tanto, poder-se-ia adotar inúmeros métodos, dentre eles, o dedutivo, tão difundido na ciência jurídica. Ou seja, pautar a construção da noção de doutrina processual em premissas abstratas, de caráter universal e atemporal, fruto de uma racionalidade intrínseca. Ora, este raciocínio não condiz com as bases epistemológicas desta dissertação, que considera o direito como um fenômeno histórico, materialmente observável.

Porém, o estudo empírico necessário à construção de uma concreta e histórica noção de doutrina processual não está, hoje, disponível. Também não se tem condições de suspender os estudos centrais desta dissertação para concentrar-se em tão

<sup>92</sup> PERELMAN, Chaïm e OLBRECHTS-TYTECA, Lucie. “*Tratado da argumentação*”, p. 348.

<sup>93</sup> PERELMAN, Chaïm e OLBRECHTS-TYTECA, Lucie. “*Tratado da argumentação*”, p. 348.

<sup>94</sup> “O senso comum teórico dos juristas seria, conforme esta definição mais específica, o conjunto de opiniões comuns dos juristas manifestado como ilusão epistêmica”, WARAT, Luis Alberto. “*Introdução Geral ao Direito*”, p. 16.

trabalhosa tarefa. Mas é necessário caminhar sem regredir às soluções já superadas – não voltar à noção ilimitada, nem muito menos à abstrata.

Assim sendo, esta dissertação, neste ponto, será pautada em uma noção provisória. Em outros termos, em uma mera hipótese. As considerações a seguir feitas têm como fundamento uma hipótese ainda passível de corroboração empírica. E qual seria ela?

A ciência processual é construída de autores oriundos de pólos de excelência, historicamente estabelecidos, que ocupam importantes posições públicas e colonizam o mercado editorial nacional. Não é coincidência que processualistas como José Frederico Marques, José Carlos Barbosa Moreira, Cândido Rangel Dinamarco, Kazuo Watanabe, José Roberto dos Santos Bedaque, Araken de Assis, Athos Gusmão Carneiro, e Humberto Theodoro Júnior tenham integrado a magistratura nacional, ocupando cargos de desembargadores e até mesmo de ministros de Tribunais Superiores. Não é coincidência que tanto o professor Luiz Guilherme Marinoni quanto o professor Cássio Scarpinella Bueno tenham se doutorado na PUC de São Paulo. Não é coincidência que dos 28 programas de doutorado em direito do Brasil, apenas seis tenham a nota máxima da CAPES, todos na região sul e sudeste, e com linhas na área de direito processual civil: UFPR (PR), UERJ (RJ), UNISINOS (RS), UFSC (SC), USP (SP) e PUC (SP). Não é coincidência que na máxima cúpula do judiciário, o Ministro CEZAR PELUSO tenha se doutorado em direito processual civil, sob a orientação do professor ALFREDO BUZAID, na Universidade de São Paulo; o Ministro Carlos Ayres Britto tenha doutorado em direito constitucional pela PUC de São Paulo; o Ministro Marco Aurélio de Mello tenha se graduado na Universidade Federal do Rio de Janeiro; o Ministro Ricardo Lewandowski tenha doutorado pela Universidade de São Paulo; o Ministro LUIZ FUX seja doutor em direito processual civil pela Universidade Estadual do Rio de Janeiro; e o Ministro Dias Toffoli tenha graduação pela Universidade de São Paulo<sup>95</sup>.

Finalmente, não é coincidência que o INSTITUTO BRASILEIRO DE DIREITO PROCESSUAL, fundado em 1987, com sede em São Paulo, hoje presidido pela professora Teresa Arruda Alvim Wambier, tenha participado das inúmeras reformas processuais ocorridas na década de 90 e tenha capitaneado o anteprojeto de código de processo civil hoje em discussão no Congresso Nacional.

Enfim, as razões históricas, econômicas ou políticas que explicam as não coincidências acima evidenciadas não podem ser aqui destrinchadas e, certamente, renderiam

---

<sup>95</sup> Informações obtidas nos currículos da base de dados *lattes*, disponível em: <http://lattes.cnpq.br/>.

discussão suficiente para outra dissertação. Destarte, enquanto hipótese, pode-se admitir que a autoridade argumentativa do direito processual civil brasileiro é extremamente concentrada em juristas que, de uma forma ou outra, possuem algum vínculo com instituições de ensino do sudeste e sul do país, destacadamente do Estado de São Paulo, convergindo à Universidade de São Paulo, salvo importantes exceções como Pontes de Miranda, Ovídio Araújo Baptista da Silva e Calmon de Passos (todos já falecidos), dentre outros. De qualquer forma, conforme explicam Antonio Carlos de Araújo e Cintra, Ada Pellegrini Grinover e Cândido Rangel Dinamarco, em item intitulado “evolução doutrinária do direito processual no Brasil – o papel de Liebman e a tendência instrumentalista moderna”:

Mas o ingresso do método científico na ciência processual brasileira só pôde ter lugar mesmo, definitivamente, a partir do ano de 1940, quando para cá se transferiu o então jovem Enrico Tullio Liebman, já àquela época professor titular de direito processual civil na Itália [...]

Liebman foi, durante esse tempo, um abnegado apóstolo da sua ciência. Além de ministrar aulas regulares na Faculdade do Largo de São Francisco, reunia estudiosos em sua residência na Alameda Ministro Rocha Azevedo para debater temas de direito processual. Foi assim que os jovens dos anos quarenta se prepararam para dar início a um verdadeiro movimento científico no Brasil, ligados por íntima unidade de pensamento, a ponto de mais tarde um autor estrangeiro referir-se à ‘Escola Processual de São Paulo’ [...]

A ‘Escola Processual de São Paulo’ caracterizou-se pela aglutinação dos seus integrantes em torno de certos pressupostos metodológicos fundamentais, como a relação jurídica processual (distinta e independente da relação substancial, ou *res in iudicium deducta*), autonomia da ação, instrumentalidade do direito processual, inaptidão do processo a criar direitos e, ultimamente em certa medida, a existência de uma teoria geral do processo<sup>96</sup>.

Assim, tomando-se esta noção provisória, que é uma mera hipótese, podem-se fazer algumas considerações acerca da doutrina processual, sobremaneira no final do século XX, fugindo-se de uma abstração alienante e romântica.

Se durante os meados do século XX a doutrina processual brasileira preocupou-se com a construção de uma ciência processual, percebe-se que no final do referido século os estudos concentravam-se em outros temas, como o acesso à justiça e a efetividade da tutela jurisdicional. José Frederico Marques, em obra de 1958, afirmou que: “Libertos, no campo legislativo, da pesada herança do processo comum, os novos processualistas brasileiros procuram, no setor da doutrina, sistematizar o Direito Processual vigente, adaptando os postulados e métodos do processualismo científico às instituições

<sup>96</sup> CINTRA, Antonio Carlos de Araújo *et al.* “Teoria Geral do Processo”, p. 124 a 127 *in passim*.

brasileiras e, sobretudo, ao nosso sistema político-constitucional”<sup>97</sup>. Logo, a construção da ciência processual foi o foco daqueles pensadores do início e meados do século XX. Porém, uma vez aprovado o Código de Processo Civil atualmente em vigor, em 1973, novos temas passaram a ser estudados pela doutrina pátria.

Em 1973, a professora Ada Pellegrini Grinover consegue a livre-docência com trabalho intitulado: “Garantia constitucional do direito de ação e sua relevância no processo civil”. Em 1984 ela escreve obra intitulada "A tutela dos interesses difusos". Em 1985, Candido Rangel Dinamarco escreve capítulo intitulado "Princípios e critérios no processo das pequenas causas", em obra sobre o Juizado Especial de pequenas causas, organizada por Kazuo Watanabe. Em 1986 publica a obra "Manual das pequenas causas". Em 1987 escreve "A instrumentalidade do processo". Em 1978, Kazuo Watanabe consegue o título de mestre com a dissertação "Princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional no sistema jurídico brasileiro". Em 1985 organiza obra sobre o Juizado Especial de Pequenas Causas. Escreve, em 1988, o artigo "Acesso à Justiça na sociedade moderna", que integra obra organizada por Ada Pellegrini Grinover chamada "Participação e processo". Em 1989, Donald Armelin escreve artigo intitulado "Acesso à Justiça". A palavra de ordem do direito processual civil, que ecoa nas obras e artigos, é o acesso ao Judiciário!

Saindo de São Paulo, em 1985, Ovídio Baptista Da Silva publica "Juizados especiais de pequenas causas" e, em 1983, José Carlos Barbosa Moreira escreve artigo intitulado "Notas sobre o problema da 'efetividade' do processo".

Enfim, várias outras obras e artigos poderiam ter sido citados, mas aqueles acima identificados são suficientes para demonstrar a tendência doutrinária que marca o final do século XX, o que é concreto e historicamente verificável, a saber, o enfrentamento da falta de acesso à justiça e de efetividade jurisdicional na realidade brasileira.

Obviamente, não deve transparecer ao leitor que referidos autores apenas estudavam e produziam textos relacionados a temas como tutela coletiva, juizados especiais e acesso à justiça. Os artigos e livros com os temas tradicionais, como litisconsórcio, competência, prova, etc, continuaram sendo escritos normalmente. O fluxo cientificista nunca deixou de fluir, o que se vê até hoje. Porém, temas como acesso à justiça e efetividade da tutela jurisdicional pautaram os rumos da processualística do final do século passado.

Aliás, cabe dizer que esta não foi uma peculiaridade da realidade brasileira, como se vê da obra de autores estrangeiros, podendo-se destacar a de Mauro Cappelletti (1927

---

<sup>97</sup> MARQUES, José Frederico. “*Instituições de Direito Processual Civil – Vol I*”, p. 167.

– 2004), jurista italiano, com seu livro “Acesso à Justiça”, da década de 70, ou Luigi Paolo Comoglio e “Il principio di economia processuale”, de 1982.

Esta linha de pensamento tem sido mantida entre os processualistas contemporâneos. Não houve qualquer guinada na processualística deste novo século. Sentem-se ainda os reflexos e afluxos das obras de 1970, 80 e 90.

### **CAPITULO III O TEMPO DO PROCESSO**

No capítulo I foram estabelecidas as bases epistemológicas e no capítulo II esboçou-se o cenário social no qual se insere o problema enfrentado nesta dissertação. Foram importantes capítulos, visto que esta pesquisa não foi produzida seguindo os parâmetros científicos e filosóficos predominantes, razão pela qual foi necessário identificar ao leitor aqueles que a fundamentariam. Por outro lado, assumir uma postura histórico-crítica sem antes evidenciar a realidade social existente, trazendo à tona os conflitos e contradições internas existentes em cada personagem que compõe o universo jurídico, seria absolutamente incoerente com o discurso proposto.

Agora, finalmente, é possível abordar diretamente a questão, com o rigor que se espera da academia e, principalmente, conforme todos os compromissos assumidos pelo pesquisador.

Por isso, respeitando a realidade fática da pesquisa, é o caso de começar pelo seu estopim. Com efeito, em 08 de dezembro de 2004, foi promulgada a Emenda Constitucional nº 45, vulgarmente conhecida como a “Reforma do Judiciário”, que trouxe várias mudanças para o texto constitucional, dentre elas, a inclusão do inciso LXXVIII, ao artigo 5º, com a seguinte redação: “a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação”. Logo, o ponto de partida da pesquisa é esta “razoável duração do processo”, analisada, posteriormente, no processo de execução, à luz de um personagem específico: o executado. Como denuncia o título desta dissertação – “Premissas para um direito fundamental do Executado à razoável duração do processo” – existem duas questões intrinsecamente ligadas, sendo mais didático abordar o direito fundamental à razoável duração do processo agora e deixar as peculiaridades da execução para o próximo capítulo.

Não é necessária uma demonstração científica para comprovar que o resultado do processo civil depende de um tempo determinado. Ou seja, que a entrega da tutela jurisdicional não é um ato instantâneo e isolado, mas sim o fruto de uma complexa relação processual, com ônus, faculdades, poderes, e deveres que são distribuídos no decorrer de um formal procedimento, legalmente disciplinado. Logo, tanto o profissional quanto o leigo sabem que o processo tem uma duração, e nisso concordam. A discordância, o verdadeiro problema, está no *quantum* desta duração. É a morosidade processual que preocupa e é ela que deve ser combatida.

### 3.1 O TEMPO DO PROCESSO SERIA ALGO IRRELEVANTE PARA O DIREITO BRASILEIRO ANTES DA EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 45/04

A proliferação observada na academia de trabalhos versando sobre a razoável duração do processo, característica após a Emenda Constitucional nº 45/04, suscita o questionamento se o tempo do processo seria algo irrelevante para o direito brasileiro antes da referida Emenda Constitucional. Afinal, antes de 2004 processualistas já se preocupavam com a duração do processo? Havia disciplina normativa a respeito? Enfim, são a partir destas questões que pretendemos construir o pensamento.

Um discurso simplista poderia apontar os processualistas da geração de José Frederico Marques, da metade do século XX, como alheios às questões relacionadas ao tempo necessário ao provimento jurisdicional, pois concentrados na construção de uma ciência processual. Acreditar-se-ia, então, que apenas os processualistas do final do século XX, como Kazuo Watanabe, José Rogério Cruz e Tucci, dentre outros, teriam se importado com este tema. Ainda, em uma realidade linear, poder-se-ia pensar que Poder Legislativo, Executivo e Judiciário fossem alheios ao tema antes da Constituição Federal de 1988.

Trata-se de idéia que não se sustenta ante os eventos históricos que antecedem a inclusão do inciso LXXVIII, ao artigo 5º, da Constituição Federal, que revelam ser antiga a preocupação com a duração do processo.

Sob a ótica internacional<sup>98</sup>, em 1950, na Europa, conforme explica Danielle Annoni, doutora pela UFSC(SC)<sup>99</sup>, já havia norma positivada prevendo uma razoável duração do processo. *In verbis*:

O reconhecimento positivo do direito à tutela jurisdicional em tempo razoável surgiu com a Convenção Européia para Salvaguarda dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais, subscrita em Roma no dia 04.11.1950, que no seu art. 6º, I, dispõe: ‘Toda pessoa tem direito a que sua causa seja examinada equitativa e publicamente **num prazo razoável**, por um tribunal independente e imparcial instituído por lei, que decidirá sobre seus direitos e obrigações civis ou sobre o fundamento de qualquer acusação em matéria penal contra ela dirigida’<sup>100</sup>.

<sup>98</sup> Para um estudo de Direito Comparado abordando a evolução do instituto em diferentes países, vide a dissertação de Adriana Grandinetti Viana.

<sup>99</sup> A referência à origem acadêmica ou profissional do pensador é realizada propositalmente para revelá-lo, ao menos minimamente, como ser histórico inserido em uma realidade concreta.

<sup>100</sup> ANNONI, Danielle. “Responsabilidade do Estado pela não duração razoável do processo”, p. 124 – grifo original.

Conquanto na América Latina a positivação de tal preceito só fosse ocorrer em 1969, este fato revela que a temática da morosidade processual não era desconhecida pelos processualistas mais antigos. Sobre a realidade latina, João Batista Lopes, doutor pela PUC(SP), elucida:

Em verdade, a preocupação com o tema [razoável duração do processo] não é recente, não só naquele país [refere-se à Argentina], mas no âmbito latino-americano, tanto que já havia sido objeto das V Jornadas Iberoamericanas de Derecho Procesal, realizadas em Bogotá, em 1970, consoante afirmação de Véscovi.<sup>101</sup>

No entanto, não se pode afirmar que o tratamento dado à efetividade processual, aí incluída a idéia de tempestividade da tutela, tenha sido o mesmo entre aqueles processualistas e os atuais. Neste sentido, interessante ressaltar a opinião de Vincenzo Vigoriti, jurista italiano, em texto de 1986, que se aplica à realidade brasileira:

[...] infelizmente, se tem de registrar até agora a mais desoladora indiferença por parte da doutrina, que, ainda, inacreditavelmente, encara os problemas relacionados ao *custo* e a *duração* dos processos como algo de – se não propriamente irrelevante ou incidente – pelo menos de importância marcadamente secundária, por não serem propriamente ‘científicos’<sup>102</sup>.

Logo, a diferença está no grau de relevância dada à questão da duração do processo pelos juristas, que não era grande antes da Constituição Federal de 1988 – provavelmente porque a demanda pelo Judiciário era significativamente menor, como vimos anteriormente.

Enfim, sem regressar muito na história brasileira<sup>103</sup>, verifica-se que no século XX, quando a ciência processual estava sendo formada, muito antes do atual texto constitucional, já se tinha conhecimento do problema do tempo do processo e da necessidade de encontrar meios de entregar a tutela jurisdicional tempestivamente. O professor Alfredo Buzaid, da Escola Paulista, organizador do anteprojeto que deu origem ao Código de Processo Civil de 1973, deixou consignado em sua exposição de motivos o seguinte:

<sup>101</sup> LOPES, João Batista. "Reforma do Judiciário e efetividade do processo civil" In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.), "Reforma do Judiciário", p. 328

<sup>102</sup> VIGORITI, Vincenzo. "Notas sobre o custo e a duração do processo civil na Itália" In: Revista de Processo n. 43, julho/setembro de 1986, p. 142.

<sup>103</sup> Para tanto: SCHWARTZ, Stuart B. "Burocracia e Sociedade no Brasil Colonial".

Diversamente de outros ramos da ciência jurídica, que traduzem a índole do povo através de longa tradição, o processo civil deve ser dotado exclusivamente de meios racionais, tendentes a obter a atuação do direito. As duas exigências que concorrem para aperfeiçoá-lo são a rapidez e a justiça. Força é, portanto, estruturá-lo de tal modo que ele se torne efetivamente apto a administrar, sem delongas, a justiça.<sup>104</sup>

Observe-se que o jurista paulista faz expressa menção à “rapidez” e a uma justiça “sem delongas”. Assim, a preocupação com a morosidade está explícita em seu discurso. Aliás, vários princípios e regras foram colocados no Código de Processo Civil de 1973 justamente para atenuar os nocivos efeitos do tempo. O próprio Buzaid exalta, por exemplo, o julgamento conforme o estado do processo, porque com isso “não sofre o processo paralisação, dormindo meses nas estantes dos cartórios, enquanto aguarda uma audiência, cuja realização nenhum proveito trará ao esclarecimento da causa”<sup>105</sup>. Além disso, por força do artigo 125, II, do Código de Processo Civil, o juiz tem o dever de “velar pela rápida solução do litígio”. Não se esqueça, ainda, de toda a disciplina do processo cautelar, pensada especificamente para combater as mazelas que o tempo poderia trazer ao adequado provimento jurisdicional. Sobre isso, Frederico Liserre Barruffini pondera:

É evidente que nosso sistema processual não está alheio ao problema da morosidade, tal é a possibilidade da obtenção de tutelas de urgência para evitar o perecimento de direitos, como as diversas espécies de medidas cautelares e a antecipação dos efeitos da tutela.<sup>106</sup>

Conquanto a antecipação de tutela tenha sido amplamente adotada apenas em 1994, o Código de Processo Civil de 1973 nasceu com vários institutos que tinham a função de enfrentar as delongas do processo.

No âmbito do Poder Judiciário brasileiro, na década de 60, no julgamento do RE 32.518, pela 2ª Turma do Supremo Tribunal Federal, por maioria, ficou decidido que o simples retardamento do processo não geraria responsabilidade civil do Estado<sup>107</sup>. Ou seja, em plena década de 60, discutiu-se no Supremo Tribunal Federal, órgão máximo do Judiciário, se o cidadão teria direito a ser indenizado pelo retardamento de um processo. Ainda no âmbito

<sup>104</sup> Exposição de Motivos do Código de Processo Civil, item 5, *in fine*.

<sup>105</sup> Exposição de Motivos do Código de Processo Civil, item 19, *in fine*.

<sup>106</sup> BARRUFFINI, Frederico Liserre. "Possibilidade de efetivação do direito à razoável duração do processo" In: REPRO n. 139, p. 267.

<sup>107</sup> VARGAS, Jorge de Oliveira. "A garantia fundamental contra a demora no julgamento dos processos" In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.), "Reforma do Judiciário", p. 344.

dos Tribunais, conforme pondera Francisco Rosito, doutor pela UFRGS (RS), fazendo referência à década 90:

[...] na jurisprudência brasileira, o princípio da duração razoável, antes mesmo da vigência da EC 45/2004, já vinha sendo aplicado para o processo penal, em casos de *habeas corpus* em que o paciente requer a concessão de liberdade provisória sob o fundamento de que a injustificada demora no andamento do feito caracteriza constrangimento ilegal<sup>108</sup>.

A questão da morosidade é antiga, mas não se concorda que o combate a ela tenha surgido antes da sociedade moderna, como defende o magistrado Jorge de Oliveira Vargas, doutor pela UFPR(PR). Segundo o referido jurista:

A preocupação de evitar a demora na prestação da tutela jurisdicional não é de agora; o direito a ter uma resposta do Judiciário em prazo razoável já foi consagrado na Magna Carta de 1215, também chamada de a 'Grande carta do Rei John', em que consta no §40 que lhe foi agregado: 'a ninguém venderemos, negaremos ou *retardaremos* direito ou justiça'<sup>109</sup>.

Em sentido similar, José Olavo De Rodrigues Frota Neto pondera: "Mostrou-se inicialmente que o direito ao processo em tempo razoável é um dos mais antigos direitos processuais, houve vestígios de seu reconhecimento ao longo da história, como no ordenamento inglês desde o século XII"<sup>110</sup>. De qualquer forma, fica consignada a opinião destes juristas, que veem já na Magna Carta, de 1215, o germe da razoável duração do processo.

Ainda para demonstrar que o tempo do processo não era algo irrelevante para o direito brasileiro antes da Emenda Constitucional nº 45/04 pode-se fazer menção à conferência de José Augusto Delgado, de 1983, na qual sustentou:

<sup>108</sup> ROSITO, Francisco. "O princípio da duração razoável do processo sob a perspectiva axiológica" In: REPRO n. 161, p. 31.

<sup>109</sup> *Idem*, p. 343.

<sup>110</sup> FROTA NETO, José Olavo de Rodrigues. "O princípio da duração razoável do processo com direito fundamental" In: THEMIS - Revista da Escola Superior da Magistratura do Estado do Ceará, v. 5, n. 1, jan/jul 2007, p. 193.

A realidade mostra que não é mais possível a sociedade suportar a morosidade da justiça, quer pela ineficiência dos serviços forenses, quer pela indolência dos seus juízes. É tempo de se exigir uma tomada de posição do Estado para solucionar a negação da Justiça por retardamento da entrega da prestação jurisdicional. Outro caminho não tem o administrado, senão o de voltar-se contra o próprio Estado que lhe retardou Justiça, e exigir-lhe reparação civil pelo dano, pouco importando que por tal via também enfrente idêntica dificuldade<sup>111</sup>.

Com efeito, ao mesmo tempo em que o magistrado José Augusto Delgado defendia uma prestação jurisdicional tempestiva, revelando a preocupação doutrinária com a matéria, verifica-se no plano legislativo, também na década de 80, a promulgação da Lei 7.244/84, que primeiramente disciplinou o “Juizado Especial de Pequenas Causas”, depois substituída pela Lei 9.099/95, contendo em seu artigo 2º o seguinte: “O processo, perante o Juizado Especial de Pequenas Causas, orientar-se-á pelos critérios da oralidade, simplicidade, informalidade, economia processual e celeridade, buscando sempre que possível a conciliação das partes”. Aí está estampado o princípio da celeridade, que depois seria mantido no artigo 2º, da Lei 9.099/95.

De qualquer forma, como já dito, a morosidade estava relegada a um segundo plano na discussão processual, o que não significa que fosse ignorada ou não tivesse relevância alguma para os juristas brasileiros. Mas, sem dúvida, foi a partir da década de 90 que ela tornou-se uma das protagonistas dos debates acadêmicos e das discussões parlamentares.

O combate à morosidade processual ganha um especial capítulo logo no começo da década de 90, quando o Pacto de São José da Costa Rica, que previa uma razoável duração do processo, passa a vigorar no ordenamento jurídico brasileiro. O artigo 8º, da Convenção Americana de Direitos Humanos, tem a seguinte redação:

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

Segundo Gisele Santos Fernandes Góes, doutora pela PUC(SP):

---

<sup>111</sup> DELGADO, José Augusto. “Responsabilidade civil do Estado pela demora na prestação jurisdicional” In: Revista de Processo n. 40, outubro/dezembro 1985, p. 155.

Na esteira, é crucial destacar que o foco originário de disseminação de proporção mundial, quanto à preocupação com a duração razoável do processo, ocorreu com a Convenção Americana sobre os Direitos Humanos de 1969, denominada Pacto de San José da Costa Rica, visto que, em seu art. 8º, no que pertine ao direito de um julgamento justo, dispôs que cada pessoa tem o direito de ser ouvida com as devidas garantias e dentro de um razoável prazo, por um competente, independente e imparcial tribunal previamente estabelecido por lei.<sup>112</sup>

Ainda, de acordo com Danielle Annoni:

No âmbito americano, contudo este processo [de reconhecimento da razoável duração do processo, já positivada pelos europeus desde 1950] mostrou-se mais lento. A Convenção Americana de Direitos Humanos, assinada em São José, na Costa Rica, em 22.11.1969, só entrou em vigor na década seguinte e ainda com poucas ratificações.

[...]

O Brasil é signatário do Pacto de San José desde 1969, tendo-o promulgado somente em 1992, por meio do Decreto 678, de 09 de novembro. Em 1998, o Brasil também ratificou a competência da Corte Interamericana de Direitos Humanos para processar e julgar, na esfera internacional, as violações dos direitos humanos praticadas pelo Brasil.<sup>113</sup>

Assim, defende a jurista que o direito brasileiro reconhece, positivamente, a razoável duração do processo, desde 1992, com a ratificação do Pacto de San José da Costa Rica pelo Decreto nº 678. Neste mesmo sentido José Rogério Cruz e Tucci<sup>114</sup>.

Portanto, desde 1992 o Brasil já possuía em seu ordenamento jurídico determinação expressa para que a razoável duração do processo fosse observada. Em obra muito utilizada nos cursos de graduação, Ada Pellegrini Grinover, Antonio Carlos de Araújo Cintra e Cândido Rangel Dinamarco, em edição de 2002, anterior à Emenda Constitucional nº 45/04, ensinavam que:

---

<sup>112</sup> GÓES, Gisele Santos Fernandes. “Razoável duração do processo” In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.), “Reforma do Judiciário”, p. 263.

<sup>113</sup> ANNONI, Danielle. “Responsabilidade do Estado pela não duração razoável do processo”, p. 130 e 131.

<sup>114</sup> TUCCI, José Rogério Cruz e, “Garantia do processo sem dilações indevidas” In: TUCCI, José Rogério Cruz e (Coord.), “Garantias Constitucionais do Processo Civil”, p. 258.

Realmente, a garantia da prestação jurisdicional sem dilações indevidas integra as garantias do devido processo legal (expressas, nesse ponto, a Constituição espanhola de 1978, no art. 24.2, e a Constituição canadense de 1982, no art. 11, b), porquanto justiça tardia não é verdadeira justiça. A Constituição brasileira, omissa a esse respeito, vem assim integrada não só pelos direitos e garantias implícitos, mas também pela Convenção Americana, tudo nos termos do art. 5º, § 2º, Const.<sup>115</sup>.

Observe-se que os juristas da USP afirmam que a Constituição Federal de 1988 teria sido “omissa” em relação ao direito à razoável duração do processo. De fato, não havia qualquer disposição expressa do texto constitucional assegurando este direito. Logo, a única norma explícita seria aquela decorrente da internalização do Pacto de São José da Costa Rica, sendo certo que a partir de 1992 os advogados e os magistrados tinham uma base positiva forte a ser utilizada em seus argumentos, mas que foi insuficiente para modificar a crônica lentidão do Judiciário.

À luz da realidade social exposta no capítulo dois, a formação jurídica e a prática forense demonstram que o argumento de ordem constitucional tem mais força de convencimento do que o de ordem internacional. Daí porque, mesmo com o Pacto de São José da Costa Rica, os processualistas defenderão a razoável duração do processo a partir de um raciocínio dedutivo do disposto no artigo 5º, incisos XXXV (inafastabilidade da prestação jurisdicional) e LIV (devido processo legal), do texto constitucional. Segundo Alessandra Mendes Spalding, mestre pela UEL(PR):

Antes mesmo da inserção do inciso LXXVIII ao [artigo] 5º da CF, dada pela EC n. 45, de 08.12.2004, a melhor doutrina já defendia a garantia constitucional da tutela jurisdicional tempestiva decorrente do inciso XXXV do mesmo artigo [...] Não restam dúvidas de que o dispositivo constitucional ora em análise veio apenas explicitar o que implícito estava na Constituição [...]<sup>116</sup>.

Neste mesmo sentido, Horácio Wanderlei Rodrigues:

<sup>115</sup> CINTRA, Antonio Carlos de Araújo *et al.* “*Teoria Geral do Processo*”, p. 86.

<sup>116</sup> SPALDING, Alessandra Mendes. “*Direito fundamental à tutela jurisdicional tempestiva à luz do inciso LXXVIII do art. 5º da CF inserido pela EC n. 45/2004*” In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.), “*Reforma do Judiciário*”, p. 31 e 32;

A obrigatoriedade da prestação jurisdicional em um prazo razoável deriva, em primeiro lugar, do princípio da inafastabilidade do Poder Judiciário (garantia de acesso à justiça), presente no art. 5º da CF, em seu inciso XXXV [...] Está a idéia de prazo razoável também contida como princípio derivado ou subprincípio do devido processo legal, expressamente previsto no art. 5º, LIV, da CF<sup>117</sup>.

Por fim, José Rogério Cruz e Tucci, em obra de 1999, já ensinava:

Impende reconhecer que a garantia da ampla defesa e o correspectivo direito à tempestividade da tutela jurisdicional são valores constitucionalmente assegurados. É até curial que o direito de acesso à ordem jurídica justa, consagrado no art. 5º, XXXV, da Constituição Federal, não exprima apenas que todos podem ir a juízo, mas, também, que todos têm direito à adequada tutela jurisdicional, ou melhor, 'à tutela jurisdicional efetiva, adequada e tempestiva'<sup>118</sup>.

Logo, segundo a referida doutrina, podendo-se, ainda se agregar o entendimento de Sidney Palharini Júnior<sup>119</sup> e Frederico Liserre Barruffini<sup>120</sup>, um processo sem dilações indevidas estaria implícito no texto constitucional, seja por força do inciso XXXV, seja do inciso LIV, do artigo 5º. Aliás, a pesquisa revelou que em 1983, José Augusto Delgado, também se valendo de um raciocínio dedutivo, já via na Constituição Federal anterior a determinação de uma tutela jurisdicional tempestiva. *In verbis*:

[...] constitui garantia individual implícita (art. 153, § 36, CF) a prestação jurisdicional dentro dos prazos fixados pela legislação ordinária, não só com apoio no princípio da legalidade, quando o Estado deve suportar a lei que ele próprio fez, como também, por ser inconciliável com o sistema o fato de não gerar responsabilidade o descumprimento do direito positivado<sup>121</sup>.

Enfim, este era o cenário anterior à Emenda Constitucional nº 45/04: o Código de Processo Civil de 1973 determinava que o juiz velasse pela rápida solução do litígio (art. 125, II), a Lei 9.099/95 tinha a celeridade como um de seus princípios (art. 2º), o Decreto 678, de 1992, havia internalizado a Convenção Americana de Direitos Humanos, que

<sup>117</sup> RODRIGUES, Horácio Wanderlei. "EC n. 45: Acesso à Justiça e prazo razoável da prestação jurisdicional" In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.), "Reforma do Judiciário", p. 287.

<sup>118</sup> TUCCI, José Rogério Cruz e. "Garantia do processo sem dilações indevidas" In: TUCCI, José Rogério Cruz e (Coord.), "Garantias Constitucionais do Processo Civil", p. 237.

<sup>119</sup> PALHARINI JÚNIOR, Sidney. "Celeridade processual - garantia constitucional pré-existente à EC n. 45 - alcance da 'nova' norma (art. 5º, LXXVIII, da CF)" In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.), "Reforma do Judiciário", p. 768;

<sup>120</sup> BARRUFFINI, Frederico Liserre. "Possibilidade de efetivação do direito à razoável duração do processo" In: REPRO n. 139, p. 268.

<sup>121</sup> DELGADO, José Augusto. "Responsabilidade civil do Estado pela demora na prestação jurisdicional" In: REPRO n. 40, p. 151.

previa a razoável duração do processo (art. 8º), e a doutrina processual defendia que tal garantia estava implícita no texto constitucional (art. 5º, XXXV e LIV). Porém, nada disso foi suficiente para debelar a morosidade crônica do Judiciário.

Daí o advento da Emenda Constitucional nº 45/04, resultado da PEC 96/1992, apresentada em 26 de março de 1992 pelo Deputado Federal Helio Bicudo (PT-SP). Arquivada em 1994 e em 1999, foi retomada e em 07 de junho de 2000 foi aprovada pela Câmara dos Deputados. Já no Senado Federal, tramitou como PEC 29/2000, e foi aprovada em 17 de novembro de 2004. O processo legislativo foi muito intenso, com várias emendas e destaques, com a atuação de vários parlamentares<sup>122</sup>. A própria inclusão do inciso LXXVIII ao artigo 5º não estava prevista na proposta original e é fruto das discussões travadas. Aliás, o confronto da proposta original com o texto aprovado revela que muitíssimo pouco se aproveitou dela.

O novo inciso LXXVIII do artigo 5º, da Constituição Federal, veio inserido em um contexto maior de significativa reforma do Poder Judiciário. Este é um ponto importante. Não se trata de dispositivo isolado, mas sim parte de um conjunto maior de regras. É “irmão” do Conselho Nacional de Justiça (art. 103-B, CF) e da Súmula Vinculante do Supremo Tribunal Federal (art. 103-A, CF), por exemplo.

Assim, como está inserido dentro de um contexto maior, de reforma do Poder Judiciário, o direito fundamental à razoável duração do processo deve ser compreendido dentro de um processo histórico que abalou vigas tradicionais da burocracia judiciária. Processo este fomentado, em 1999, pela CPI do Judiciário, deflagrada pelo Requerimento nº 118/1999, do Senador Antonio Carlos Magalhães, no governo de Fernando Henrique Cardoso (PSDB). Com efeito, no final da década de 90, as necessidades de uma sociedade prestes a adentrar o século XXI contrastava com a capacidade de um judiciário arcaico. Basta fazer uma comparação, de ordem simbólica, entre os grandes avanços nos transportes e meios de comunicação – aviões, navios e trens muito mais rápidos, e a internet e o celular conectando toda a sociedade – com a secular estrutura judiciária, para se concluir que algo precisava ser feito. Sem dúvida alguma, a Emenda Constitucional nº 45/04 decorre de um franco combate ao Judiciário como tradicionalmente instalado. Logo, aquela CPI é um evento histórico marcante, por ser a primeira vez que o Poder Judiciário passou a ser investigado, dando-se margem ao amplo questionamento de sua estrutura pelos demais poderes.

---

<sup>122</sup> Vide tramitação nos sites institucionais: [www.camara.gov.br](http://www.camara.gov.br) e [www.senado.gov.br](http://www.senado.gov.br).

Assim sendo, fica amplamente demonstrado que o tempo do processo não era algo irrelevante para o direito brasileiro antes da Emenda Constitucional nº 45/04 e da introdução do inciso LXXVIII, ao artigo 5º, do texto constitucional.

### 3.2 A INCLUSÃO DO INCISO LXXVIII SERIA ABSOLUTAMENTE IRRELEVANTE

Conforme dito, quando da aprovação da Emenda Constitucional nº 45/04, o Código de Processo Civil de 1973 determinava que o juiz deveria velar pela rápida solução do litígio (art. 125, II), a Lei 9.099/95 tinha a celeridade como um de seus princípios (art. 2º), o Decreto 678, de 1992, havia internalizado a Convenção Americana de Direitos Humanos, que previa a razoável duração do processo (art. 8º), e a doutrina processual defendia que tal garantia estava implícita no texto constitucional (art. 5º, XXXV e LIV). Então é possível indagar se não teria sido absolutamente irrelevante a inclusão do inciso LXXVIII ao artigo 5º, da Constituição Federal.

Trata-se de questão delicada, que pode levar a diferentes respostas, conforme as premissas adotadas.

Se a relevância do referido inciso está relacionada à sua capacidade de debelar a morosidade do Poder Judiciário, logo se encontram opiniões contrárias à sua efetividade. Como alerta Flávio Luiz Yarshell, doutor pela USP(SP):

É ingenuidade ou desconhecimento supor que problema de tal complexidade [refere-se à morosidade judicial] possa ser resolvido com uma penada do legislador que, por melhor técnica que tivesse (e nem sempre tem), não seria capaz de, mantidas as condições estruturais do sistema, alterar a realidade das coisas ‘por decreto’.<sup>123</sup>

Neste mesmo sentido, João Batista Lopes:

Entretanto, análise isenta e equilibrada do novo texto torna patente que não houve preocupação com o acesso à Justiça e a efetividade do processo. A referência ao direito à razoável duração do processo (art. 5º, LXXVIII) constitui mera promessa, sem qualquer ressonância prática.<sup>124</sup>

<sup>123</sup> YARSHELL, Flávio Luiz. “A Reforma do Judiciário e a promessa de ‘duração razoável do processo’” In: Revista do Advogado n. 75, abril de 2004, p. 28.

<sup>124</sup> LOPES, João Batista. “Reforma do Judiciário e efetividade do processo civil” In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.), “Reforma do Judiciário”, p. 330.

Ainda, as palavras de José Afonso da Silva: “Fica sempre essa dúvida: se a prestação jurisdicional assegurada no inciso XXXV e a eficiência do art. 37 não tiveram eficácia, será que a introdução de mais uma norma assecuratória desses direitos individuais terá?”<sup>125</sup>.

Para os referidos juristas a mera modificação do texto constitucional seria insuficiente à obtenção de um processo sem dilações indevidas. Como foi visto, já havia norma positivada assegurando uma razoável duração do processo. Não era, portanto, a lacuna legislativa, ou melhor, a “omissão” constitucional, para utilizar as palavras de Ada Pellegrini Grinover, Antonio Carlos De Araújo Cintra e Cândido Rangel Dinamarco<sup>126</sup>, a causa do atraso na tutela jurisdicional. Assim sendo, uma análise lógico-formal revela que a explicitação da razoável duração do processo em inciso específico da Carta Magna era desnecessária.

Havendo não uma, mas várias regras impondo a não perpetuação dos processos, justificada fica a posição daqueles juristas, pois o novo texto não teria inovado o ordenamento jurídico pátrio. Assim, teria sido absolutamente irrelevante, uma mera alegoria.

No entanto, a análise lógico-formal é insuficiente para uma adequada compreensão do problema jurídico, já que o Direito tem uma dimensão retórica que não pode ser ignorada. Aliás, talvez esta seja a principal delas, na qual se sustentam todas as vigas de nosso saber.

Assim sendo, embora formalmente já fosse reconhecida a razoável duração do processo, o novo inciso LXXVIII teve o condão de enriquecer a discussão sobre o tema, permitindo um novo viés à fundamentação dos arrazoados e dos julgados.

Em busca no site do Superior Tribunal de Justiça encontrou-se mais de 60 julgados citando expressamente a razoável duração do processo (art. 5º, LXXVIII, CF) em sua fundamentação. Considerando-se os casos criminais, o número ultrapassa a casa das 300 decisões. Com efeito, o referido inciso tem sido bastante citado nos processos criminais em que o cidadão sofre prisão preventiva e o julgamento definitivo demora a ocorrer. Nestes casos, atendidas algumas especificidades, tem-se relaxado a prisão do réu. Enfim, o fato é que o Superior Tribunal de Justiça, órgão máximo na matéria infraconstitucional federal, tem adotado o referido direito na fundamentação de seus julgados. Ainda, é possível supor, embora nenhum estudo empírico tenha sido feito, que também no 1º e 2º grau de jurisdição os

---

<sup>125</sup> SILVA, José Afonso da. “*Comentário contextual à Constituição*”, p. 176.

<sup>126</sup> Vide citação à página 56 *in fine*.

magistrados estejam embasando suas decisões no inciso LXXVIII, do artigo 5º, da Constituição Federal, a revelar sua aplicabilidade na prática forense.

Não só no campo prático, mas também na doutrina foi possível observar frutos da alteração do texto constitucional, como revelam as obras e artigos citados nesta dissertação.

Logo, como a Emenda Constitucional nº 45/04 modificou a fundamentação de arrazoados e julgados e estimulou uma ampla produção acadêmica, sustentar sua irrelevância no sistema jurídico pátrio só faz sentido limitando-se o espectro do jurídico ao âmbito lógico-formal.

Além do mais, a formação dos bacharéis e a seleção dos magistrados evidenciam que argumentos de ordem constitucional são mais poderosos que argumentos de ordem internacional. Isto significa que é mais fácil convencer um juiz a aplicar um dispositivo da Constituição Federal do que aquele contido em um tratado internacional. Esta é a cultura jurídica predominante. Então, conquanto a Convenção Americana de Direitos Humanos contivesse dispositivo específico, o seu artigo 8º, assegurando a razoável duração do processo, sua aplicação estava limitada ao limitado uso que os profissionais do direito fazem do Direito Internacional.

Ademais, o argumento constitucional explícito, que não depende de dedução, também é muito mais forte. Não ter que deduzir a razoável duração do processo do devido processo legal ou do acesso à Justiça encurta os discursos e diminui a possibilidade de refutação.

Defendendo a importância da modificação constitucional, pondera Horácio Wanderlei Rodrigues:

Pode-se dizer que essa emenda, relativamente ao tema tempo e processo, guarda importância em pelo menos quatro aspectos: a) no campo constitucional torna expressamente obrigatória a prestação jurisdicional em um prazo razoável. Embora essa garantia já integrasse o ordenamento jurídico, de forma expressa na Convenção Americana de Direitos Humanos e, de forma derivada, nas garantias constitucionais da inafastabilidade do Poder Judiciário e do devido processo legal, a sua inclusão em texto próprio possui significado político fundamental, pois elimina qualquer discussão que ainda restasse sobre a sua existência; b) estabelece, pelo menos de forma indireta, a definição de que prazo razoável é o prazo legal; c) juntamente da garantia em si da prestação jurisdicional em um prazo razoável, trouxe o Texto Constitucional também, de forma expressa, a exigência da existência dos meios que garantam a celeridade processual; e d) traz um conjunto de determinações relativamente à organização do Poder Judiciário que se

adequadamente implementadas podem auxiliar decisivamente no cumprimento do mandamento constitucional<sup>127</sup>.

Enfim, a Emenda Constitucional nº 45/04 trouxe uma fundamental modificação no texto constitucional, que fortaleceu a argumentação que se sustenta na razoável duração do processo, razão pela qual é possível concluir que, conquanto seja insuficiente para debelar a morosidade do Judiciário, o inciso LXXVIII, do artigo 5º, da Constituição Federal, não foi irrelevante para nossa história processual.

### 3.3 A VELOCIDADE SERIA SEMPRE UMA VIRTUDE

Ilustrando a idéia de que a velocidade é sempre uma virtude, implicitamente presente dos atuais discursos acadêmicos, em dezembro de 2003, o então Presidente do Supremo Tribunal Federal, Maurício Correia, em entrevista ao jornal Folha de São Paulo, confidenciou:

Às vezes, é muito preferível que um juiz dê logo o seu voto, ainda que errado. Assim eu faço no Supremo Tribunal Federal. Eu não quero ver o meu gabinete entulhado de processos. Eu quero é julgar. Se eu estiver errado, há mais dez [ministros do Supremo] para corrigir.<sup>128</sup>

Com efeito, diante da realidade que permeia a publicação da Emenda Constitucional nº 45/04 é importante fazer uma pausa crítica, para dar um contraponto ao discurso hegemônico, presente na doutrina processual, nas decisões dos Tribunais, e no parlamento, que tem defendido a celeridade a qualquer preço. É necessário refutar os discursos que pregam a redução de recursos, a restrição de competências, a diminuição da dilação probatória, a redução do contraditório, o enfraquecimento da fundamentação das decisões, dentre outros aspectos, que podem até acelerar a tramitação dos processos, fazendo-o, no entanto, às custas da legitimidade do próprio sistema estatal de pacificação de conflitos.

Chame-se a atenção, apenas a título de exemplo, à Lei 11.277/06, que introduziu o artigo 285-A, ao Código de Processo Civil, permitindo aquilo que a doutrina viria a chamar de “julgamento antecipadíssimo da lide”, bem como à Lei 11.672/08, que introduziu o artigo 543-C, naquele diploma legal, coletivizando os processos individuais no

<sup>127</sup> RODRIGUES, Horácio Wanderlei. “EC n. 45: Acesso à Justiça e prazo razoável da prestação jurisdicional” In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.), “Reforma do Judiciário”, p. 288.

<sup>128</sup> Notícia disponível em [http://www.conjur.com.br/2003-dez-01/mauricio\\_correa\\_preferire\\_errar\\_demorar\\_julgar](http://www.conjur.com.br/2003-dez-01/mauricio_correa_preferire_errar_demorar_julgar). Acesso em 27 de janeiro de 2012.

âmbito do Superior Tribunal de Justiça. Aliás, o artigo 285-A, do Código de Processo Civil, foi considerado inconstitucional pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, que propôs a ADIN 3695, distribuída ao Ministro Cezar Peluso, ainda sem julgamento, embora proposta em março de 2006, ou seja, há mais de cinco anos. Por outro lado, defendendo o artigo 543-C, do Código de Processo Civil, a Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça já decidiu que “A *ratio essendi* da norma instituidora dos recursos repetitivos - Lei n. 11.672/2008 - é ‘valorar a tese jurídica’ de adoção obrigatória, de modo a privilegiar os princípios da isonomia, da segurança jurídica e razoável duração do processo”<sup>129</sup>. Está lá, a razoável duração do processo, para fundamentar e legitimar o referido regime dos recursos repetitivos.

Assim, percebe-se a utilização do artigo 5º, LXXVIII, da Constituição Federal, para justificar teratologias legislativas e judiciais. Por exemplo, há uma busca na aceleração do julgamento dos recursos não com o efetivo julgamento deles, mas com a maior supressão possível de seu número. Como explica Danielle Annoni:

As reformas processuais, em especial as que versaram sobre as mudanças trazidas em sede de recursos, esbarram em contradição, uma vez que tentam aumentar a efetividade dos recursos, sua celeridade e segurança, diminuindo o número deles, para que o magistrado tenha tempo e serenidade para estudar, analisar e decidir, sem sentir-se pressionado pelas partes, pela Corregedoria e pelas estatísticas, quando o correto seria aumentar o número de juízes e toda a infra-estrutura para atender ao aumento crescente da demanda<sup>130</sup>.

Neste mesmo sentido, Flávio Luiz Yarshell:

A premissa deve ser alterada: diante do volume de processos a julgar, é preciso criar condições para que eles sejam julgados (por exemplo, aumentando o número de julgadores). Além disso, é preciso dotar os tribunais de condições materiais e humanas adequadas ao volume de processos que entram nessas cortes [...] <sup>131</sup>.

Com efeito, a “febre” da celeridade tem desafiado princípios democráticos tradicionalmente consagrados, como o contraditório e a ampla defesa. A velocidade não é

<sup>129</sup> STJ, AgRg no REsp 1268957/PR, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 11/10/2011, DJe 20/10/2011.

<sup>130</sup> ANNONI, Danielle. “Responsabilidade do Estado pela não duração razoável do processo”, p. 140.

<sup>131</sup> YARSHELL, Flávio Luiz. “A Reforma do Judiciário e a promessa de ‘duração razoável do processo’” In: Revista do Advogado n. 75, abril de 2004, p. 31.

sempre uma virtude. Muitas vezes é a mãe de grandes e irreversíveis injustiças. Segundo Márcia Fernandes Bezerra:

Não se pode perder de vista que o tempo no processo é necessário ao amadurecimento da causa, viabilizando a tutela jurisdicional justa, oportuna e efetiva. A duração razoável, portanto, deve ter em conta o tempo suficiente para a adequada instrução processual com as garantias processuais mínimas às partes. Isto porque, pior que o processo moroso é a decisão precipitada que desconsidera o postulado da segurança jurídica, do contraditório e da ampla defesa<sup>132</sup>.

Em 1997, Sara Maria Ströher Paes já defendia que:

Para que o processo seja justo, deve ser rápido, mas não tanto, para que essa rapidez não possa comprometer as possibilidades de defesa. Nesse sentido, deve-se procurar um certo grau de equilíbrio entre a necessidade de que o processo se desenvolva sem dilações indevidas e o tempo requerido para a defesa.<sup>133</sup>

Os referidos juristas, em seus discursos, evidenciam a necessidade de evitar que a celeridade justifique a restrição de direitos fundamentais. Afinal, não se pode permitir que a ansiedade da multidão, fomentada por uma mídia parcial, afete conquistas históricas. Como adverte Rui Portanova, desembargador no Rio Grande do Sul:

Então, incapazes de prevenir e resolver seus conflitos, as partes deverão submeter-se a uma burocracia, que sem dúvida não precisava ser tão morosa, mas que deve respeitar os princípios, encontrados em toda democracia, do contraditório, da ampla defesa e do devido processo legal. Não se pode, por causa da pressa, passar por cima de consagradas conquistas universais<sup>134</sup>.

Apenas para ilustrar os perigos da celeridade, do caminho mais curto, adentrando o universo da literatura, lembre-se da fábula de “Chapeuzinho Vermelho”. Na história, a menina opta pelo caminho mais curto à casa de sua avó, por dentro da floresta, embora exista um outro mais seguro, mas muito longo. Acaba encontrando o lobo-mau. O final da história varia conforme a versão. Na dos irmãos Grimm (JACOB - 1785-1863 e WILHELM - 1786-1859) o caçador assegura um final feliz. Mas na de Charles Perrault (1628

<sup>132</sup> BEZERRA, Márcia Fernandes. "O direito à razoável duração do processo e a responsabilidade do estado pela demora na outorga da prestação jurisdicional" In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.), "Reforma do Judiciário", p. 470.

<sup>133</sup> PAES, Sara Maria Ströher. "Direito a ser ouvido em um prazo razoável. Morosidade da justiça segundo a ótica do Tribunal Europeu de Direitos Humanos" In: Revista de Informação Legislativa n. 135, ano 34, ju/set 1997, p. 228.

<sup>134</sup> PORTANOVA, Rui. "Princípios do Processo Civil", p. 173.

– 1703) a garota morre, assim como a avó, em um final assustador. Os juristas precisariam familiariza-se melhor com a versão de Perrault, para que tenham noção dos perigos do caminho que estão adotando.

De qualquer forma, de lado a literatura, a razoável duração do processo pode ser, como de fato está sendo, utilizada para justificar grandes retrocessos nas garantias e liberdades dos cidadãos, o que não seria novidade alguma, já que no decurso da história os valores mais supremos foram usados para legitimar as mais supremas atrocidades.

Por fim, neste pequeno intervalo que se faz para expor uma discussão que infelizmente não se pode desenvolver nesta dissertação, cabe destacar um dos mais velozes processos do sistema brasileiro, ao lado do processo eleitoral, que é o processo penal militar.

Com efeito, o Código de Processo Penal Militar, instituído pelo Decreto-Lei nº 1002, de 21 de outubro de 1969, disciplina em seu último livro a Justiça Militar em tempo de guerra. O prazo para conclusão do inquérito é de cinco dias (art. 675, § 1º), para oferecimento da denúncia vinte e quatro horas (art. 676), para a defesa escrita vinte e quatro horas (art. 677). A instrução também é curta, interrogatório e oitiva de duas testemunhas que estiverem presentes (art. 679), a sentença proferida em quarenta e oito horas (art. 683), a apelação interposta em vinte e quatro (art. 694). Enfim, em questão de semanas, o acusado pode ser absolvido ou condenado. Trata-se de um procedimento rápido e mortal, já que em tempo de guerra admite-se a pena de morte<sup>135</sup>. Se o estado de exceção que caracteriza o tempo de guerra justifica ou não a celeridade do procedimento não é o ponto aqui em questão, mas sim a gravidade de um procedimento processual que pode levar o acusado à morte em poucas semanas.

Aqui a alegoria termina, com chapeuzinho vermelho caminhando pelo bosque, seguindo o caminho mais curto, e a Justiça Militar condenando o recruta à morte em procedimento deveras veloz, é importante que se dê o alerta de que as coisas não estão indo bem, principalmente quando os juristas, ansiosos por um processo célere, concordam, sem hesitar e sem maiores reflexões, com novos institutos e novas soluções que, se não suprimem, atenuam em muito as garantias constitucionalmente previstas. Logo, qualquer estudo sobre a razoável duração do processo, que se diga crítico e histórico, deve apontar este problema e defender que a celeridade não deve ser o único vetorial no processo civil.

---

<sup>135</sup> Nos termos do Código Penal Militar: "Art. 707. O militar que tiver de ser fuzilado sairá da prisão com uniforme comum e sem insígnias, e terá os olhos vendados, salvo se o recusar, no momento em que tiver de receber as descargas. As vozes de fogo serão substituídas por sinais".

### 3.4 O PODER JUDICIÁRIO SERIA UMA VÍTIMA DO LEGISLATIVO, DO EXECUTIVO E DAS PARTES

De todas as idéias até aqui abordadas esta é a mais importante para a compreensão da razoável duração do processo: a de que o Poder Judiciário seria uma vítima do Legislativo e do Executivo ou das partes. Ou seja, que o Poder Judiciário seria uma vítima e não o principal responsável pela morosidade processual.

Afinal, a razoável duração do processo depende de uma real noção das causas da lentidão do processo. Todos concordam que elas são muitas. Nenhum professor, pesquisador, advogado ou magistrado sério discordaria que são vários os fatores que contribuem para a lentidão da prestação jurisdicional. A discussão tem início, primeiramente, entre aqueles que não vislumbram uma gradação entre cada uma delas, e aqueles que elencam as mais graves. Neste último grupo há também um conflito interno, conforme se elenque a causa X ou Y como a principal. Segundo João Batista Lopes:

Quem milita nas lides forenses sabe que a lentidão processual não pode ser explicada por discursos reducionistas, porque várias são suas causas, cuja compreensão é difícil por quem é jejuno em assuntos judiciários ou estranho à comunidade jurídica.<sup>136</sup>

Em outro texto, o mesmo professor pondera:

[...] as causas da morosidade da justiça são várias – anacronismo da organização judiciária, falta de recursos financeiros, deficiências da máquina judiciária, burocratização de serviços, ausência de infra-estrutura adequada, baixo nível do ensino jurídico e aviltamento da remuneração dos servidores – e nenhuma delas, isoladamente, explica o quadro atual de lentidão dos processos.<sup>137</sup>

Embora sejam muitos os fatores que influenciam esta lentidão da Justiça, deve-se tomar cuidado com o discurso da neutralidade, que não vê diferença alguma neles, colocando todos em um mesmo patamar. Não se pode pecar pelo tratamento isonômico de elementos distintos. Com efeito, conquanto sejam várias as causas da morosidade, algumas delas são mais relevantes e graves do que outras.

<sup>136</sup> LOPES, João Batista. "Reforma do Judiciário e efetividade do processo civil" In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.), "Reforma do Judiciário", p. 327.

<sup>137</sup> LOPES, João Batista, "Efetividade do processo e reforma do Código de Processo Civil: como explicar o paradoxo processo moderno – Justiça morosa?", In: Revista de Processo n. 105, janeiro/março de 2002, p. 128.

Particularmente, espera-se que fique claro, neste item, que por décadas tem havido uma inversão indevida nas causas primárias e secundárias da morosidade, sendo certo que enquanto não se combater a raiz da lentidão apenas se estará atenuando os sintomas e não enfrentando a doença.

Antes de tudo, a morosidade não é um problema idêntico em todas as Justiças e em todos os entes da federação. Com efeito, o discurso dos juristas paulistas, afetos à Justiça de São Paulo, não tem valor nacional, pois ele não leva em consideração a peculiaridade de cada região brasileira. Neste sentido, João Batista Lopes afirma:

O primeiro deles é que o problema não se apresenta da mesma forma nos vários Estados da Federação. Em alguns deles, o volume de processo e a organização judiciária permitem satisfatória resposta aos anseios dos jurisdicionados; em outros, há acúmulo de feitos que obrigam a espera de vários anos para o desfecho das causas.<sup>138</sup>

Logo, como esta é uma dissertação de um paranaense, feita em uma universidade paranaense, é evidente que as premissas para formação do conhecimento são baseadas em critérios e parâmetros também paranaenses. Cabe a cada jurista, dos diferentes Estados, verificar a pertinência do raciocínio aqui desenvolvido, sem transplantá-lo de imediato. Alerta-se, ainda, que o tema é tormentoso e as considerações agora tecidas devem ser recebidas mais como hipóteses, ainda passíveis de comprovação empírica.

Enfim, existe um discurso que responsabiliza os outros Poderes da República pela morosidade que se observa no Poder Judiciário. Acusa-se tanto o Legislativo quanto o Executivo. Na primeira versão, o Judiciário seria uma vítima dos demais poderes pela não concessão de um orçamento adequado, suficiente para suprir suas necessidades. Assim, acredita-se que a destinação de mais recursos ao aparato jurisdicional seria a melhor forma de transformar a Justiça, dando-lhe a efetividade que a democracia lhe impõe. Pode-se concretamente verificar este tipo de idéia nas seguintes palavras de Flávia De Almeida Montingelli Zanferdini:

Ora, estando a arrecadação de tributos afeta ao executivo, compete-lhe transferir para os demais poderes da República os recursos necessários para o seu bom funcionamento. Todavia, no Brasil, o Executivo e o Legislativo vetam, ao seu próprio talante, e segundo seus interesses (quase sempre políticos) as verbas destinadas ao Poder Judiciário ou, ainda, o Executivo não faz o devido repasse. Com isso, o Judiciário vem enfrentando séria crise

---

<sup>138</sup> LOPES, João Batista. "Reforma do Judiciário e efetividade do processo civil" In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.), "Reforma do Judiciário", p. 328.

financeira, impossibilitado de estruturar-se para cumprir adequadamente sua função<sup>139</sup>.

Em outra versão, o Judiciário seria uma vítima do processo legislativo, cuja condução é primordialmente feita pelo Poder Legislativo, mas que também conta com a intervenção do Poder Executivo, seja pela sanção e veto dos projetos, seja pela capacidade de iniciativa, ou de edição de medidas provisórias. Defende-se que a existência de leis inapropriadas alongaria a tramitação processual, sendo o sistema recursal o principal inimigo da razoável duração do processo.

Este discurso é desenvolvido por Francisco César Pinheiro Rodrigues, desembargador aposentado do TJ/SP:

A grande maioria dos recursos visa apenas ao benefício financeiro resultante de se jogar para um futuro incerto o cumprimento de uma obrigação [...] Urge, portanto, acelerar o fluxo, corrigindo os defeitos das válvulas que controlam a velocidade da água. A válvula principal, defeituosa, chama-se recurso judicial<sup>140</sup>.

Em outro ponto, destaca: “O problema principal está na quantidade de recursos, com perdão pela insistência”<sup>141</sup>. E então assevera: “‘Mexam na lei, não nos juízes!’”, seria o caso de se gritar, em termos de Reforma do Judiciário”<sup>142</sup>.

Ora, Flávia De Almeida Montingelli Zanferdini e Francisco César Pinheiro Rodrigues não são os únicos a pensar que o grande problema da morosidade processual seja a falta de recursos financeiros ou uma legislação inadequada. Estas idéias estão amplamente difundidas nas mentes de advogados, juízes, professores e parlamentares. Assim, bastaria o aumento do orçamento do Judiciário e a supressão de recursos para que os feitos passassem a tramitar em tempo razoável.

Há um outro discurso que coloca nas partes a responsabilidade pela lentidão da prestação jurisdicional. Com efeito, seria o mau uso que as empresas, o Poder Público e os cidadãos fazem dos princípios e regras processuais que atravancariam a marcha processual. Então, seria necessário repreender este comportamento, para assegurar uma razoável duração

<sup>139</sup> ZANFERDINI, Flávia de Almeida Montingelli. “Prazo razoável – Direito à prestação jurisdicional sem dilações indevidas”, In: Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil n. 22, março/abril de 2003, p. 25.

<sup>140</sup> RODRIGUES, Francisco César Pinheiro. “Morosidade da Justiça cível Brasileira: Causas e remédios” In: Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil, n. 32, novembro/dezembro de 2004, p. 43.

<sup>141</sup> *Idem*, p. 54.

<sup>142</sup> *Ibidem*, p. 48.

do processo. Neste sentido, veja-se o que diz Ana Maria Goffi Flaquer Scartezzini, mestre pela PUC(SP):

Em que pese as alterações introduzidas pela EC n. 45/2004, ela se revelou tímida no enfrentamento do problema da morosidade do Judiciário. A redução do tempo de tramitação do processo, para que sua duração seja razoável, depende não só de institutos, mas de nova postura, especialmente do Poder Executivo, uma vez que a Administração é a maior responsável pelo excesso de trabalho, aquela que mais sobrecarrega a máquina judiciária com infundáveis recursos e expedientes protelatórios<sup>143</sup>.

Todos estes discursos têm um elemento comum: atenuam a responsabilidade do Poder Judiciário sobre a morosidade processual. Ao imputar a lentidão a um orçamento insuficiente, a uma legislação deficiente ou a uma conduta maliciosa das partes, afasta-se a responsabilidade do seu principal causador. De fato, alguns juristas não responsabilizam o Judiciário pela lentidão crônica que se observa. Segundo Francisco César Pinheiro Rodrigues::

O povo brasileiro – nele incluído a maior parte dos magistrados – está coberto de razão quanto critica não só a lentidão com que tramitam as ações judiciais como também a relativa ineficácia de suas decisões. Só está errado quando, superficialmente informado pela mídia – um estudo abrangente e especializado tomaria um tempo excessivo, incompatível com a velocidade do jornalismo -, busca encontrar um ‘culpado’ bem visível, personalizado, físico, pela demora. No caso, obviamente, o magistrado<sup>144</sup>.

Conforme pontua o professor Jônatas Luiz Moreira De Paula, doutor pela UFPR(PR):

[...] a morosidade da justiça não decorre única e exclusivamente por culpa do juiz, mas a Reforma do Poder Judiciário elegeu (equivocadamente) o juiz como protagonista da mora processual. É verdade que existem juízes que possuem uma *performance* profissional aquém da média ou do razoavelmente exigido de seus pares. Contudo, esses juízes constituem uma pequena exceção, dentro de um universo de juízes abnegados em distribuir e realizar a justiça estatal<sup>145</sup>.

<sup>143</sup> SCATERZZINI, Ana Maria Goffi Flaquer. “O prazo razoável para a duração dos processos e a responsabilidade do estado pela demora na outorga da prestação jurisdicional” In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.), “Reforma do Judiciário”, p. 49.

<sup>144</sup> RODRIGUES, Francisco César Pinheiro. “Morosidade da Justiça cível Brasileira: Causas e remédios” In: Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil, n. 32, novembro/dezembro de 2004, p. 41.

<sup>145</sup> PAULA, Jônatas Luiz Moreira de. “Reforma do Poder Judiciário e celeridade processual sob a perspectiva da tridimensionalidade do processo” In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.), “Reforma do Judiciário”, p. 336.

Em sentido similar, Flávia de Almeida Montingelli Zanferdini afirma:

É preciso consignar: aos juízes não interessa a morosidade da justiça e as investidas feitas ao Poder Judiciário, que passou a ser a ‘bola da vez’ e está sempre na mídia, alvo de inúmeros ataques, muitos deles sem qualquer fundamento, são feitas, acreditamos, com o único propósito de denegrir a sua imagem e torná-lo um poder apático, que não incomode os demais.<sup>146</sup>

Conquanto a legislação e a questão orçamentária não possam ser ignoradas para a compreensão da lentidão da prestação jurisdicional, não são sua principal causa. Conforme alerta José Carlos Barbosa Moreira, desembargador aposentado do TJ/RJ:

Ao contrário do que se costuma apregoar, muito provavelmente nem sequer serão as leis as maiores vilãs da história: há um fator de que pouco se cuida, e no entanto pode estar influenciando negativamente, de modo mais intenso, no rendimento do aparelho judicial – a má gestão administrativa de juízos e tribunais<sup>147</sup>.

Neste mesmo sentido, Alessandra Mendes Spalding:

Mas inúmeras são as mazelas que afetam a celeridade dos andamentos processuais, e nem todas elas estão ligadas a eventual ineficiência dos procedimentos previstos na legislação, mas sim à própria estrutura precária do sistema judiciário.<sup>148</sup>

Então, voltando os olhos para o Judiciário é possível ter uma noção melhor do cenário existente e focar a raiz do problema. Afinal, conforme afirma o promotor de justiça Valtércio Pedrosa:

Não é o caso de se pensar que o judiciário era rápido e agora se tornou lento. Ele não foi rápido em momento algum de sua história. Qualquer pensamento reformador tem que partir desse entendimento se quiser, efetivamente, provocar transformações sensíveis aos olhos do povo.<sup>149</sup>

<sup>146</sup> ZANFERDINI, Flávia de Almeida Montingelli. “Prazo razoável – Direito à prestação jurisdicional sem dilações indevidas”, In: *Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil*, n. 22, março/abril de 2003, p. 26.

<sup>147</sup> MOREIRA, José Carlos Barbosa. “A emenda constitucional 45/2004 e o processo”, In: *Revista de Processo* n. 130, dezembro de 2005, p. 243.

<sup>148</sup> SPALDING, Alessandra Mendes. “Direito fundamental à tutela jurisdicional tempestiva à luz do inciso LXXVIII do art. 5º da CF inserido pela EC n. 45/2004” In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.), “Reforma do Judiciário”, p. 39;

<sup>149</sup> PEDROSA, Valtércio. “A lentidão do Judiciário brasileiro” In: *Jus Navigandi*, Teresina, ano 10, n. 749, 23 jul. 2005. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/7039>>. Acesso em: 17 nov. 2011.

Esta análise deve distinguir dois sujeitos, o juiz, enquanto indivíduo dentro de um sistema maior, mas com amplos poderes para adotar medidas adequadas à aceleração dos feitos, e o próprio Tribunal. Aliás, uma concepção dialética evidencia conflitos internos entre os membros de primeiro e segundo grau dos Tribunais, pois, historicamente, as necessidades daqueles sempre foram preteridas em prol dos privilégios destes.

Enfim, embora o magistrado de primeiro grau tenha sua atuação limitada pelas determinações do Tribunal – lembre-se que a estrutura judiciária brasileira é verticalizada, como visto no capítulo dois –, ele tem margem de poder suficiente para adotar posturas que impliquem uma melhor prestação jurisdicional. Assim, por exemplo, JOSÉ Augusto Delgado elenca 16 práticas que poderiam ser adotadas pelo magistrado, sem a necessidade de qualquer alteração legislativa, para acelerar a solução dos processos<sup>150</sup>.

Ocorre que existe uma cultura formal na magistratura que faz o julgador preocupar-se mais com os rituais burocráticos do processo do que com a busca do julgamento mais justo. E neste cuidado burocrático perde-se muito tempo. Conforme pondera Danielle Annoni:

Ainda impera a idéia de o magistrado ser um representante do Olimpo, o único a conhecer ‘verdade’ e capaz de julgar os bons e os maus. A maioria dos juízes, embora declare não compactuar com essa máxima, age como tal, formalizando o processo e seu discurso e, não raras vezes, exigindo o cumprimento de pormenores, no intuito de inibir o acesso ao segundo grau.<sup>151</sup>

Neste mesmo sentido, o advogado Lucas Rister de Sousa Lima:

[...] faz-se imperioso e justo afixarmos ser atribuível aos próprios magistrados, boa parcela da culpa pelo assolado e demorado sistema judiciário brasileiro, os quais, em várias oportunidades, apegam-se a formalismos e rigorismos desnecessários e destituídos de qualquer propósito, ceifando e dificultando o acesso ao Judiciário àqueles que realmente necessitam (e com isso provocando mais e mais recursos), por questões puramente formais e de pífia relevância que, ao final, acabam servindo, geralmente, única e simplesmente para a auto-afirmação do magistrado perante os advogados e as partes<sup>152</sup>.

<sup>150</sup> DELGADO, José Augusto. "Reforma do Poder Judiciário - art. 5º, LXXVIII, da CF" In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.), "Reforma do Judiciário", p. 363 a 364.

<sup>151</sup> ANNONI, Danielle. "Responsabilidade do Estado pela não duração razoável do processo", p. 139.

<sup>152</sup> LIMA, Lucas Rister de Sousa. "Questões novas e velhas sobre a morosidade processual" In: Jus Navigandi, Teresina, ano 11, n. 1054, 21 maio 2006. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/8428>>. Acesso em: 17 nov. 2011.

Este problema se agrava nos juízos de segundo grau, conforme pontua Adhemar Ferreira Maciel:

Num Tribunal, perde-se muito tempo discutindo questões processuais, quase sempre impeditivas de exame de mérito [...] Os julgadores dos tribunais, que estão com a pauta abarrotada em decorrência de nosso ‘federalismo’, ficam discutindo previamente aspectos processuais, que são infundáveis.<sup>153</sup>

Além disso, é o magistrado, individualmente considerado, que não aplica as multas processuais previstas no Código de Processo Civil para combater a litigância de má-fé, sobremaneira quando é o próprio Estado que abusa de seu direito de defesa, ou não pune o advogado que retém os autos por tempo acima do legalmente permitido.

Também é o julgador que insiste em indenizações módicas, principalmente nas causas consumeristas, o que estimula o desrespeito aos direitos básicos da legislação pátria<sup>154</sup>. Finalmente, é o magistrado que não impõe a adequação dos serviços administrativos da vara e não pune os seus desidiosos servidores.

Apesar de tudo isso, o problema da morosidade ultrapassa a pessoa do juiz, e seria incorreto imputar-lhe toda a responsabilidade por uma deficiência sistêmica que decorre das decisões dos órgãos de cúpula dos Tribunais. De acordo com Flávio Luiz Yarshell: “Contudo, a morosidade do Poder Judiciário não deve ser entendida como resultado da disfunção deste ou daquele magistrado, mas do Poder Judiciário, como um todo”<sup>155</sup>. Ainda, segundo Humberto Theodoro Júnior, doutor pela UFMG(MG):

O Poder Judiciário, é lamentavelmente reconhecê-lo, é o mais burocratizado dos Poderes estatais, é o mais ineficiente na produção de efeitos práticos, é o mais refratário à modernização, é o mais ritualista; daí sua impotência para superar a morosidade de seus serviços e o esclerosamento de suas rotinas operacionais.<sup>156</sup>

<sup>153</sup> MACIEL, Adhemar Ferreira. “*Considerações sobre as causas do emperramento do judiciário*” In: Revista de Processo n. 97, janeiro/março de 2000, p. 24.

<sup>154</sup> Basta uma pequena busca para verificar quantos processos têm como causa de pedir a indevida inclusão de nome do consumidor em cadastros de restrição de crédito, para concluir que as módicas indenizações fixadas não estão servindo para coibir esta ilícita prática das empresas.

<sup>155</sup> YARSHELL, Flávio Luiz. “*A Reforma do Judiciário e a promessa de ‘duração razoável do processo’*” In: Revista do Advogado n. 75, abril de 2004, p. 31.

<sup>156</sup> THEODORO JÚNIOR, Humberto, “*Celeridade e efetividade da prestação jurisdicional. Insuficiência da reforma das leis processuais*” In: Revista de Processo n. 125, julho de 2005, p. 71.

Vários fatores contribuem para este problema sistêmico. Um deles é a histórica leniência dos Tribunais com as condutas desidiosas dos juízes. Aliás, não se pode esquecer que a leniência dos Tribunais com os seus magistrados foi uma das principais causas para a criação do Conselho Nacional de Justiça (CNJ).

Observe-se que o Judiciário não exerce qualquer controle sobre a jornada dos magistrados, mesmo porque não existe qualquer dispositivo normativo, constitucional ou legal, que identifique a jornada de um juiz. Quatro horas diárias, seis, oito, dez? Não existe um parâmetro normativo. Assim, ultimamente, adota-se um controle de produtividade, que não deixa de ser questionado pelos órgãos de classe (v.g. AMB e AJUFE). Também são os Tribunais que têm dado férias de 60 (sessenta) dias aos magistrados, conforme previsto no artigo 66, da Lei Complementar 35/79, embora não exista qualquer disposição constitucional neste sentido. Pelo contrário, conforme defendem certos setores da sociedade, a Constituição Federal de 1988, centrada em um novo regime democrático, teria afastado o referido privilégio, que remonta às ordenações filipinas.

De fato, questões relacionadas à jornada e ao período de férias dos magistrados não podem ser ignoradas no debate acerca da aceleração do processo judicial, pois afetam diretamente a sua marcha.

Por outro lado, o Judiciário tem sido incapaz de manter um número proporcional entre julgadores e processos, o que deu margem à inclusão do inciso XIII, ao artigo 93, da Constituição Federal, também pela Emenda Constitucional nº 45/04, determinando que “o número de juízes na unidade jurisdicional será proporcional à efetiva demanda judicial e à respectiva população”. Ora, é evidente que a desproporcionalidade entre julgadores e demandas afeta a duração do processo.

Sobre isso, veja-se que em 10 de novembro de 2011, o Pleno do Superior Tribunal de Justiça decidiu, após provocação do Supremo Tribunal Federal (ofício encaminhado pelo Ministro Marco Aurélio), que o número de 33 ministros, existente desde a promulgação da Constituição Federal em 1988, ou seja, há mais de 20 anos, não seria uma das causas da excessiva demora na tramitação de seus processos<sup>157</sup>. Não é difícil verificar o desacerto desta decisão, pois se em 1988, com seus 33 ministros, o Superior Tribunal de Justiça já não dava conta de suas atribuições constitucionais, com mais razão não conseguirá fazê-lo vinte anos depois com o mesmo número de julgadores, mesmo se valendo da inconstitucional figura do “Ministro Convocado”.

---

<sup>157</sup> Vide notícia em: <http://www.conjur.com.br/2011-nov-10/stj-aumento-numero-ministros-corte> - acesso em 12 de novembro de 2011.

Observe-se que enquanto o Tribunal de Justiça do Paraná, que atende mais ou menos 9 milhões de paranaenses, conta com 120 desembargadores, o Superior Tribunal de Justiça, que atende 190 milhões de brasileiros, cifra 20 vezes maior, possui 33 ministros. Conforme pondera Rui Portanova:

As pedras no caminho da celeridade são o acúmulo de serviço (originário dos muitos conflitos sociais que aportam ao Judiciário) e o pequeno número de juízes. O Estado é tímido em promover a melhor distribuição da riqueza nacional com vistas a diminuir os conflitos sociais. Já o Judiciário é tímido em promover a criação de cargos de juízes em proporcionalidade razoável ao número de feitos que acorrem à Justiça. Enquanto não diminuirmos os conflitos sociais ou aumentarmos os juízes, sempre haverá sobrecarga de trabalho e justificativas para a morosidade do Poder Judiciário<sup>158</sup>.

Aliás, no Estado do Paraná, a Lei Estadual nº 14.277, de 30 de dezembro de 2003, que “Dispõe sobre a Organização e Divisão Judiciárias do Estado do Paraná e adota outras providências”, criou em seu artigo 256, inciso IV, para a Comarca de Londrina, mais duas varas cíveis, três criminais e uma de família. Em 2011, ou seja, seis anos depois da criação legal, as varas cíveis foram instaladas, mas não há perspectiva para a instalação das varas criminais e a de família. O Legislativo fez sua parte, criando a lei necessária, mas o Judiciário não a executa como deveria. Aí fica escancarada a responsabilidade do Poder Judiciário, e dele apenas, na demora na instalação das novas varas e na ampliação do atendimento das demandas judiciais.

Ainda em termos estruturais, especialmente em relação ao Tribunal de Justiça do Paraná, deve-se destacar a sua reiterada omissão no cumprimento do artigo 31, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, a saber: “Serão estatizadas as serventias do foro judicial, assim definidas em lei, respeitados os direitos dos atuais titulares”. Com efeito, apenas após a criação do Conselho Nacional de Justiça, em 2004, o Judiciário Paranaense deu início ao processo que deveria ter começado em 1988, ou seja, há mais de 15 anos. Qual a ligação disso com a razoável duração do processo? Toda, já que o atual sistema com escritanias privatizadas não assegura a qualificação dos servidores e concentra riquezas nas mãos dos escrevões, retirando verba que poderia ser destinada ao próprio Judiciário, para seu melhor aparelhamento.

Analisando especificamente a indevida dilação de prazos por parte dos magistrados, não é difícil constatar a conivência das cúpulas dos Tribunais com isso, inclusive

---

<sup>158</sup> PORTANOVA, Rui. “Princípios do Processo Civil”, p. 171.

do próprio CNJ. De fato, embora existam casos em que o direito fundamental à razoável duração do processo foi preservado pelo CNJ, como na Representação nº 128, julgada em 24 de agosto de 2006, e na Representação nº 650, julgada em 05 de dezembro de 2006, ambas relatadas pelo Conselheiro Antonio de Pádua Ribeiro, a sua jurisprudência dominante revela a tendência de arquivamento de representações contra excesso de prazo. Com efeito, o CNJ tem sido complacente com as dilações indevidas dos Tribunais brasileiros. Apenas a título de exemplo, cite-se o arquivamento do Pedido de Providências nº 35, conforme decisão de 08 de novembro de 2005, seguindo-se voto da Conselheira Jirair Aram Meguerian, em denúncia de que um processo teria demorado 9 anos para ser julgado em segundo grau. O CNJ entendeu que "verificando que houve três redistribuições dos autos para diferentes relatores, restando o prazo médio de conclusão com cada julgador em 3 (três) anos, não há que se falar em excesso de prazo". Em outro caso, Representação nº 284, julgado em 23 de março de 2007, conforme voto do Conselheiro Antônio de Pádua Ribeiro, considerou-se "[...] justificado o excesso de prazo quando o acúmulo de serviço constitui empecilho ao normal andamento da causa não imputável ao magistrado". Neste mesmo sentido, a decisão na Representação nº 189, julgada em 28 de agosto de 2007, relatada pelo Conselheiro Cesar Asfor Rocha.

Logo, o CNJ não tem se distanciando, neste ponto, da tradicional postura das Corregedorias locais, que dificilmente punem um magistrado quando há dilação indevida de prazos. Assim, a lei processual passa a ser uma mera recomendação ao juiz, que pode, conforme sua conveniência e oportunidade, aplicá-la ou não.

Quanto ao corpo de servidores, constata-se que os Tribunais têm se omitido em relação ao seu treinamento. Então, vícios em intimações e citações ocorrem muito mais do que se poderia aceitar, revelando uma deficiente formação dos auxiliares do juízo. Os autos somem, quando não são perdidos definitivamente, as publicações têm que ser refeitas, as cartas precatórias são deficientemente instruídas, enfim, inúmeras falhas que poderiam ser combatidas com o devido treinamento dos servidores do Judiciário.

Porém, de todos os fatores salientados, é preciso chamar a atenção a uma questão que tem sido negligenciada pelos juristas. A morosidade do processo não é um problema do Judiciário. Ou seja, estrutural e funcionalmente a morosidade é incapaz de afetar os direitos dos magistrados e dos servidores que compõem o aparato jurisdicional. Qual é o concreto efeito para o juiz que demora um ou cinco anos para julgar uma causa? Absolutamente nenhum. Fora a consciência de cada julgador, a demora na tramitação processual não afeta direito algum existente, recebem seus vencimentos, gozam de suas férias, conseguem suas promoções, etc, tudo normalmente. Tentando criar meios de atacar esta

cultura da irresponsabilidade pelos prazos, Gisele Santos Fernandes Góes, doutora pela PUC(SP), propõe sancionar os magistrados através de mecanismo já existente no Código de Processo Civil, a saber:

O art. 14, parágrafo único, na esteira, deve ser aplicado aos magistrados. Eles são participantes do processo e, desde que venham a embaraçar os provimentos judiciais, com uma omissão ou ação tardia ou extintiva sem necessidade, padecerão a multa do parágrafo único.<sup>159</sup>

Não se pode esquecer, ainda, que a morosidade beneficia o servidor e o juiz corruptos. Nas escriturarias privadas ou públicas pode ser pelo suborno que se consiga prioridade na tramitação processual. Se todo o sistema funcionasse adequadamente e os processos tramitassem em prazo razoável não haveria a demanda por um processo mais célere e, conseqüentemente, não haveria a oferta de meios pouco idôneos para tanto. Conforme esclarece Paulo Lôbo:

[...] a lentidão enervante, o formalismo processual, a estrutura obsoleta e os vícios latentes de alguns auxiliares e operadores do direito, que contaminam a administração pública da justiça, desestimulam ou abortam as vocações e acirram a concorrência e condutas nem sempre éticas.<sup>160</sup>

Segundo o promotor de justiça Valtércio Pedrosa:

A necessidade de ter o documento combinada com a demora em obtê-los forneceu o combustível para o surgimento das 'propinas', espécie de bonificação dada aos funcionários públicos que acelerassem a conclusão dos procedimentos. Evidentemente, tais perversões, em combinação com outros fatores (estrutura precária, baixos salários dos servidores etc.) contaminam o judiciário brasileiro, notadamente quando se bonifica oficiais de justiça para acelerar citações e intimações ou quando se gratifica o servidor do cartório para levar os autos ao juiz.<sup>161</sup>

Ainda, a morosidade beneficia vários grupos de litigantes, podendo-se destacar as empresas no campo da Justiça do Trabalho e das causa consumeristas. Especificamente sobre o favorecimento de certos grupos pela referida morosidade, salientem-se as palavras de Jônatas Luiz Moreira de Paula: “[...] a morosidade do processo não só

<sup>159</sup> GÓES, Gisele Santos Fernandes. “Razoável duração do processo” In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.), “Reforma do Judiciário”, p. 267.

<sup>160</sup> LÔBO, Paulo Luiz Netto. “Educação e advocacia no III milênio”, In: Revista de Informação Legislativa, ano 35, n. 138, abr/jun 1998, p. 33.

<sup>161</sup> PEDROSA, Valtércio. “A lentidão do Judiciário brasileiro” In: Jus Navigandi, Teresina, ano 10, n. 749, 23 jul. 2005. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/7039>>. Acesso em: 17 nov. 2011.

provoca uma crise da função jurisdicional, como também acaba por beneficiar certos grupos de litigantes (leia-se, sobremaneira, os órgãos públicos)”<sup>162</sup>.

E, então, a própria legitimidade do Judiciário passa a ser questionada. Conforme palavras de Horácio Wanderlei Rodrigues: “Os longos prazos que transcorrem entre o ingresso em juízo e o resultado final dos processos fazem com que, em muitos momentos, haja uma série de questionamentos sobre a legitimidade do próprio sistema”<sup>163</sup>.

Enfim, em um discurso neutro todos os juristas e profissionais do direito aparecem favoráveis à razoável duração do processo, mas na realidade, historicamente analisada, como visto, não é bem assim. Afinal, se todos fossem favoráveis ao fim da morosidade processual, porque até hoje não se teria conseguido este resultado? Logo, a compreensão dialética do problema evidencia quem se beneficia da morosidade judicial, do *status quo* estabelecido, conforme acima demonstrado.

### 3.5 NOSSA NOÇÃO DE RAZOÁVEL DURAÇÃO DO PROCESSO

Depois desta contraposição a algumas idéias instituídas, cabe delinear o que é a razoável duração do processo. Sabe-se que a ciência jurídica, dogmaticamente concebida, trabalha com conceitos, que são enunciações abstratas que pretendem retratar os elementos de composição de um ser. A pergunta “o que é” comporta uma resposta conceitual, de natureza ontológica. E isso pode ser feito com a razoável duração do processo. Quando o jurista busca um conceito opera com o binômio certo e errado. Haveria um conceito correto, e vários equivocados.

Porém, considerando os pressupostos epistemológicos destacados no capítulo um deste trabalho, preferimos trabalhar com a “noção” de razoável duração do processo, conforme utilizada por Chaïm Perelman (1912 – 1984) em sua teoria da argumentação, para salientar o caráter argumentativo do direito. Mas o que seria uma “noção”?

Para Perelman a noção é trabalhada pelo orador em seu discurso, não se confundindo com o conceito ou a definição de cunho científico. Trata-se do significado elementar dentro de um determinado contexto. Este é um ponto importantíssimo. Conceitos e

<sup>162</sup> PAULA, Jônatas Luiz Moreira de. “Reforma do Poder Judiciário e celeridade processual sob a perspectiva da tridimensionalidade do processo” In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.), “Reforma do Judiciário”, p.333.

<sup>163</sup> RODRIGUES, Horácio Wanderlei. “EC n. 45: Acesso à Justiça e prazo razoável da prestação jurisdicional” in WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.), “Reforma do Judiciário”, p. 286.

definições são invariáveis. Esta é uma característica deles. A noção, no entanto, está presa ao contexto. Logo, a noção de “casa”, por exemplo, pode variar conforme o contexto, podendo significar lar, ou o lugar onde se prende o botão de uma camisa. É sempre o contexto que vai delimitar a noção. Para Perelman:

Tratando as noções como instrumentos adaptáveis às mais diversas situações, já não haverá razão para buscar, ao modo de Sócrates, o *verdadeiro sentido* das palavras, como se houvesse uma realidade exterior, um mundo das idéias, às quais as noções devam corresponder. A questão do sentido das palavras deixa de ser um problema teórico, como uma única solução, conforme ao real, mas torna-se um problema prático, o de encontrar, ou elaborar se for o caso, o sentido mais bem adaptado à solução concreta que se preconiza por uma ou outra razão.<sup>164</sup>

Daí o grande erro de René Descartes (1596 – 1650), na concepção perelmaniana, pois ele acreditou existir noções claras e distintas que poderiam ser apreendidas pela intuição<sup>165</sup>. Ora, nas palavras de Perelman: “[...] afirmar que uma noção ou um texto são claros não é, muitas vezes, descrever um estado de coisas objetivo, mas dar prova de uma falha de experiência ou de uma falta de imaginação”<sup>166</sup>. A univocidade de uma noção até pode ser alcançada na matemática e na ciência natural, mas não nas ciências humanas. E isso não revela uma deficiência das ciências humanas, mas sim uma realidade que não pode ser negada ou artificialmente modificada.

Observe-se que algumas noções são essencialmente confusas, como o verdadeiro, o belo ou o bom. Embora, a humanidade reconheça a existência destes valores e possa até mesmo precisar o que cada um significa, principalmente salientando o que lhe é oposto, no caso, o falso, o feio e o mau, em termos concretos é impossível alcançar uma objetividade a respeito deles. Que fique claro: Perelman entende que é normal haver confusões e ambigüidades na linguagem, cabendo ao jurista aprender a trabalhar com essa realidade. Existe um vai-e-vem entre clareza e confusão que é natural. Porém, não se pode olvidar que em um discurso tanto a clareza quanto a confusão de uma noção podem ser majoradas pelo orador. Aliás, o orador tende a mostrar como verdadeira a noção defendida, no sentido de que não comporte uma diferente interpretação, embora a idéia de verdade seja relativa, ao menos no pensamento perelmaniano.

Então, Perelman apresenta a seguinte classificação:

<sup>164</sup> PERELMAN, Chaïm. “*Lógica jurídica: nova retórica*”, p. 164.

<sup>165</sup> PERELMAN, Chaïm. “*Retóricas*”, p. 213.

<sup>166</sup> *Idem*, p. 214.

1) as noções formalizadas, tal como a noção de *bispo* no jogo de xadrez; 2) as noções semiformalizadas, tais como as noções científicas e jurídicas; 3) as noções da experiência empírica comum, tal como a noção de *ouro*; 4) as noções confusas no sentido estrito do termo, tais como a noção de *mérito*, a noção de *Bem*; 5) e, por fim, as noções referentes às totalidades indeterminadas ou aos complementares em relação a totalidade parecidas, tais como as noções de *universo*, de *coisa* ou de *não-vivo*.<sup>167</sup>

Quando Perelman explica o que é uma noção formalizada, que é aquela unívoca, que não comporta diferentes interpretações, ele a enquadra em um contexto. No caso, a noção de “bispo” pode ser considerada formal dentro do jogo de xadrez. Porém, em outro contexto a mesma noção poderia ser considerada semiformalizada. É trabalhando com as noções, que não possuem um significado unívoco, que se dá a argumentação no campo jurídico. Que fique claro, não existe argumentação diante de noções formalizadas.

Voltando à questão da razoável duração do processo, observando a realidade brasileira contemporânea, vejamos como os juristas tentam “conceituá-la”. Conforme pondera Horácio Wanderlei Rodrigues:

De qualquer modo, resta uma questão fundamental a ser elucidada: o que significa prazo razoável? Em um primeiro momento cabe destacar que historicamente se tem trabalhado com duas hipóteses principais: a) tempo razoável é o tempo legal, expressamente previsto na legislação processual; b) tempo razoável é o tempo médio efetivamente despendido no País, para cada espécie concreta de processo.<sup>168</sup>

Ou seja, um conceito *a priori*, pautado na lei, e um *a posteriori*, pautado no tempo médio observado. Então, a razoável duração do processo pode ser um conceito indeterminado, a ser precisado diante de um caso concreto. Neste sentido, Fatima Nancy Andrichi, Ministra do Superior Tribunal de Justiça, afirma:

O conceito de duração razoável do processo foi eficazmente sintetizado pela Corte Européia de Direitos Humanos, em Estrasburgo, no recurso Guillemin x França, em 21.02.97, no seguinte sentido: 'o caráter razoável da duração de um processo se avalia segundo as circunstâncias da causa, que demanda à ocorrência uma avaliação abrangente e tendo em vista os critérios consagrados pela jurisprudência da Corte, em particular a complexidade da causa, o comportamento dos recorrentes e das autoridades competentes'<sup>169</sup>.

<sup>167</sup> *Ibidem*, p. 109.

<sup>168</sup> RODRIGUES, Horácio Wanderlei. “EC n. 45: Acesso à Justiça e prazo razoável da prestação jurisdicional” in WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.), “Reforma do Judiciário”, p. 289.

<sup>169</sup> ANDRIGHI, Fatima Nancy. “A responsabilidade do estado pela violação do direito constitucional à razoável duração do processo” In: Justiça & Cidadania, n. 69, p. 18-19, abril de 2006.

Seguindo este pensamento, José Rogério Cruz E Tucci:

Todavia, torna-se impossível fixar *a priori* uma regra específica, determinante das violações à *garantia da tutela jurisdicional dentro de um prazo razoável* [...] O reconhecimento desses critérios [faz referências àqueles adotados pela Corte Européia dos Direitos do Homem] traz como imediata consequência a visualização das *dilações indevidas* como um conceito indeterminado e aberto, que impede de considerá-las como o simples desprezo aos prazos processuais pré-fixados<sup>170</sup>.

Também Paulo Hoffman, doutor pela PUC(SP), defende: “Para definição de prazo razoável não nos parece adequado qualquer outro critério que não a análise de cada caso concreto, tal qual o excelente critério da *posta in gioco*, estabelecido pela Corte Européia dos Direitos do Homem [...]”<sup>171</sup>. Neste mesmo sentido, ainda, Sidney Palharini Júnior<sup>172</sup>, mestre pela PUC(SP), Enio Moraes da Silva, doutor pela USP(SP)<sup>173</sup>, e Fabiano Carvalho, doutor pela PUC(SP)<sup>174</sup>.

Este posicionamento não é uma peculiaridade dos juristas paulistas. Defendendo-o, Francisco Rosito, doutor pela UFRGS(RS):

[...] a fim de avaliar a razoável duração do processo, deve-se verificar se a duração temporal do processo é justificada para resolver o conflito e outorgar a devida tutela. Importa analisar se o processo se desenvolveu em condições de normalidade dentro do tempo exigido para que os interesses litigiosos pudessem ter a pronta satisfação. Logo, o mero descumprimento de prazos não é constitutivo, por si só, de violação ao princípio em questão<sup>175</sup>.

Ainda, coadunando com este pensamento, Ronaldo Brêtas de Carvalho Dias<sup>176</sup>, doutor pela UFMG (MG) e Humberto Theodoro Júnior, também doutor pela UFMG (MG). Este último assevera:

<sup>170</sup> TUCCI, José Rogério Cruz e. “*Garantia do processo sem dilações indevidas*” In: TUCCI, José Rogério Cruz e (Coord.), “*Garantias Constitucionais do Processo Civil*”, p. 239.

<sup>171</sup> HOFFMAN, Paulo. “*O direito à razoável duração do processo e a experiência italiana*” in WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.), “*Reforma do Judiciário*”, p. 586.

<sup>172</sup> PALHARINI JÚNIOR, Sidney. “*Celeridade processual - garantia constitucional pré-existente à EC n. 45 - alcance da 'nova' norma (art. 5º, LXXVIII, da CF)*” In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.), “*Reforma do Judiciário*”, p. 782.

<sup>173</sup> SILVA, Enio Moraes da. “*A garantia constitucional da razoável duração do processo e a defesa do Estado*” In: Revista de Informação Legislativa, n. 172, ano 43, out/dez 2006, p. 26 e 27.

<sup>174</sup> CARVALHO, Fabiano. “*EC n. 45: Reafirmação da garantia da razoável duração do processo*” In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.), “*Reforma do Judiciário*”, p. 219.

<sup>175</sup> ROSITO, Francisco. “*O princípio da duração razoável do processo sob a perspectiva axiológica*” In: REPRO n. 161, p. 33.

<sup>176</sup> DIAS, Ronaldo Brêtas de Carvalho. “*Direito à jurisdição eficiente e garantia da razoável duração do processo na reforma do judiciário*” In: Revista de Processo n.128, outubro de 2005, p. 171.

A inovação da EC 45 de nossa Carta tem exatamente o mesmo propósito da reforma operada na Constituição italiana, qual seja, proclamar, como direito fundamental, a garantia de um processo célere, impondo à Justiça proporcionar a completa tramitação dos processo num prazo que seja razoável no contexto social em que o litígio eclodiu. É claro que não é possível matematicamente prefixar um prazo que atenda a essas exigências de maneira exata. Funciona, todavia, como uma norma de programa, a prevalecer como norte da política judiciária do País, com reflexos desejados, sobretudo, na administração e organização dos órgãos encarregados à prestação jurisdicional.<sup>177</sup>

Para estes juristas os critérios para verificação da razoável duração do processo seriam os estabelecidos pela Corte Européia de Direitos Humanos<sup>178</sup>, a serem observados sempre *a posteriori*. Trata-se de discurso predominante na doutrina e na jurisprudência e que tem pautado o “senso comum teórico” dos processualistas. Aliás, alguns acreditam que haja um consenso sobre a indeterminação da razoável duração do processo<sup>179</sup>.

Com efeito, é um entendimento conservador, no sentido de não abalar a cultura jurídica existente, pois permite que servidores e magistrados continuem a ignorar os prazos previstos na legislação pátria, fazendo-o sem qualquer receio de responsabilização por isso. A interpretação vaga da noção de razoável duração do processo atende o interesse do principal ameaçado com a introdução explícita deste direito fundamental em nosso texto constitucional, ou seja, atende aos anseios do Poder Judiciário.

Entretanto, se existe um discurso hegemônico, certamente há um que se lhe contrapõe. Neste sentido, Flávia de Almeida Montingelli Zanferdini, juíza e doutora pela PUC(SP), em artigo anterior à própria aprovação da Emenda Constitucional nº 45/04:

Pode-se, em suma, definir prazo razoável como o direito de obter do órgão jurisdicional competente uma decisão legal dentro de prazos legais pré-estabelecidos ou, em não havendo prévia fixação legal de prazos, que o seja em um prazo proporcional e adequado à complexidade do processo.<sup>180</sup>

<sup>177</sup> THEODORO JÚNIOR, Humberto. “*Alguns reflexos da Emenda Constitucional 45, de 08.12.2004, sobre o processo civil*” In: Revista de Processo n. 124, junho de 2005, p. 37.

<sup>178</sup> Sobre estes critérios: “*Direito a ser ouvido em um prazo razoável. Morosidade da justiça segundo a ótica do Tribunal Europeu de Direitos Humanos*”, de SARA MARIA STRÖHER PAES, disponível na Revista de Informação Legislativa n. 135, ano 34, ju/set 1997.

<sup>179</sup> Vide BEZERRA, Márcia Fernandes. “*O direito à razoável duração do processo e a responsabilidade do estado pela demora na outorga da prestação jurisdicional*” In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.), “*Reforma do Judiciário*”, p. 469.

<sup>180</sup> ZANFERDINI, Flávia de Almeida Montingelli. “*Prazo razoável – Direito à prestação jurisdicional sem dilações indevidas*”, In: Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil n. 22, março/abril de 2003, p. 15.

Este posicionamento é totalmente diferente do anterior, pois prevê uma objetividade própria, contida na lei, nos prazos já por ela estabelecidos. Assim sendo, como o artigo 190, do Código de Processo Civil, determina ao serventuário o cumprimento dos despachos no prazo de 48 (quarenta e oito) horas, a demora de mais de uma semana para expedição de carta de citação caracterizaria ofensa à razoável duração do processo. Ainda, como o artigo 189, do Código de Processo Civil, impõe ao magistrado a prolação de despachos de expediente no prazo de 2 (dois) dias, um despacho de “vista ao MP” que demorasse semanas para ser proferido plasmaria, sem dúvida, violação direta à razoável duração do processo. Na concepção de Fatima Nancy Andrighi, José Rogério Cruz e Tucci, Paulo Hoffman, Sidney Palharini Júnior, Enio Moraes da Silva, Fabiano Carvalho, Francisco Rosito, Ronaldo Brêtas de Carvalho Dias e Humberto Theodoro Júnior, os exemplos dados não caracterizariam ofensa alguma a direito fundamental, pois a razoabilidade só poderia ser verificada ao final do processo, considerando-o como um todo, seguindo os critérios da Corte Européia de Direitos Humanos.

Flávia DE Almeida Montingelli Zanferdini não é a única a defender o discurso inovador que obriga o Estado a cumprir os prazos fixados em lei. Neste mesmo sentido Alessandra Mendes Spalding:

Parece ser flagrantemente razoável exigir, tanto do Poder Judiciário como dos demais Poderes ao julgar pedidos em procedimentos administrativos, que os mesmos cumpram os prazos estabelecidos no próprio ordenamento jurídico. Mesmo sendo tido pela doutrina como prazos impróprios, ou seja, que não admitem preclusão, é o mínimo que se exige para que a tutela seja considerada tempestiva.<sup>181</sup>

Ainda, Belmiro Jorge Patto, mestre pela UNIPAR: “Disso se conclui que o primeiro critério objetivo para aferir o que seja ‘prazo razoável’ é o estabelecido nas próprias normas processuais que deve ser, o mais estritamente possível, seguido na atividade jurisdicional estatal”<sup>182</sup>.

Por fim, a opinião de Horácio Wanderlei Rodrigues:

<sup>181</sup> SPALDING, Alessandra Mendes. “Direito fundamental à tutela jurisdicional tempestiva à luz do inciso LXXVIII do art. 5º da CF inserido pela EC n. 45/2004” In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.), “Reforma do Judiciário”, p. 37.

<sup>182</sup> PATTO, Belmiro Jorge. “Aspectos da dimensão temporal do processo civil nas alterações advindas da EC n. 45, de 08 de dezembro de 2004” In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.), “Reforma do Judiciário”, p. 107.

Ao estabelecer que o critério para a promoção é o cumprimento do prazo legal, apenas podendo deixá-lo de cumprir justificadamente, a própria Constituição Federal estabelece que o prazo razoável é o prazo legal, podendo este não ser cumprido apenas quando houver justificativas para que tal ocorra.<sup>183</sup>

Enfim, há um conflito na doutrina sobre a razoável duração do processo, sendo predominante o discurso que postula pela sua indeterminabilidade. No entanto, este pesquisador manifesta-se favorável ao entendimento de que a razoável duração do processo é um direito fundamental do cidadão ao cumprimento pelo Estado dos prazos legalmente estabelecidos. Deve-se combater esta cultura “oficial” da ilegalidade estatal. Afinal, a época em que o Estado estava fora da incidência da lei por ele produzida passou há mais de três séculos.

Apesar dessa divergência, é possível verificar alguns pontos harmônicos e consensuais no pensamento dos juristas. Por exemplo, o entendimento de que o artigo 5º, LXXVIII, da Constituição Federal, não atinge apenas o Poder Judiciário, mas todos os demais Poderes da República. Como explica José Olavo de Rodrigues Frota Neto:

No caso específico, no que se refere à razoável duração do processo, a emenda em debate traz consigo, além de novas obrigações jurídicas aos magistrados e membros do Poder Executivo, uma diretriz de curso forçado ao Poder Legislativo, responsável último pela viabilização de um sistema que permita o cumprimento do princípio em comento.<sup>184</sup>

Há convergência também quanto à impossibilidade do acúmulo de serviço ser justificativa à dilação processual. Cite-se um jurista de cada corrente. Para José Rogério Cruz e Tucci:

[...] é necessário que a demora, para ser reputada realmente inaceitável, decorra da inércia, pura e simples, do órgão jurisdicional encarregado de dirigir as diversas etapas do processo. É claro que a plethora de causas, o excesso de trabalho, não pode ser considerado, nesse particular, justificativa plausível para a lentidão da tutela jurisdicional.<sup>185</sup>

<sup>183</sup> RODRIGUES, Horácio Wanderlei. “*EC n. 45: Acesso à Justiça e prazo razoável da prestação jurisdicional*” In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.), “*Reforma do Judiciário*”, p. 289.

<sup>184</sup> FROTA NETO, José Olavo de Rodrigues. “*O princípio da razoável duração do processo com direito fundamental*” In: THEMIS - Revista da Escola Superior da Magistratura do Estado do Ceará, v. 5, n. 1, jan/jul 2007, p. 179.

<sup>185</sup> TUCCI, José Rogério Cruz e. “*Garantia do processo sem dilações indevidas*” In: TUCCI, José Rogério Cruz e (Coord.), “*Garantias Constitucionais do Processo Civil*”, p. 240.

Segundo Belmiro Jorge Patto: “Assim, razoável supor que o argumento frequentemente utilizado do acúmulo de processos, também no âmbito da vida civil, não está circunscrito na razoabilidade, bem como não é suficiente para configurar a força maior”<sup>186</sup>.

Com efeito, na prática forense são muito comuns os despachos contendo expressões do tipo “em atraso por acúmulo de serviço”. Embora a doutrina rechace tal justificativa, o CNJ, conforme visto anteriormente, tem-na admitido em suas decisões, resguardando-se, desta forma, os interesses da magistratura.

Enfim, seguindo a orientação de Flávia de Almeida Montingelli Zanferdini, Alessandra Mendes Spalding, Belmiro Jorge Patto e Horácio Wanderlei Rodrigues, para fins desta dissertação, entende-se que a noção de razoável duração do processo mais aceitável, no contexto do direito processual brasileiro contemporâneo e à luz dos valores maiores que devem reger a nossa sociedade, é aquela que parte dos prazos previstos em lei, sendo este o primeiro critério da razoabilidade, o que não impede a sua revisão pelo Poder Legislativo, já que o artigo 5º, LXXVIII, da Constituição Federal, está dirigido a todos os Poderes da República, e até mesmo aos particulares, sendo certo que o “acúmulo de serviço” não é justificativa apta a isentar os servidores e os magistrados pelo atraso em suas atividades, defendendo-se, assim, a interpretação que desafia o *status quo* e abala as estruturas de nosso arcaico Judiciário.

---

<sup>186</sup> PATTO, Belmiro Jorge. “Aspectos da dimensão temporal do processo civil nas alterações advindas da EC n. 45, de 08 de dezembro de 2004” In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.), “Reforma do Judiciário”, p. 107.

## **CAPÍTULO IV**

### **A POSIÇÃO DO EXECUTADO**

O capítulo anterior abordou várias idéias que poderiam interferir na adequada compreensão da razoável duração do processo, que foi ao final construída para utilização em nosso específico problema.

O desenvolvimento realizado pode ter entediado leitores que buscam resultados imediatos, bem ao modo da sociedade de consumo contemporânea. No entanto, diferentes pressupostos epistemológicos ou diferente visão do contexto social alterariam o desenvolvimento e as conclusões desta pesquisa, o que justifica sua explicitação em capítulos próprios.

Pois bem, tomando-se o direito como um fenômeno histórico-cultural situado em um ambiente argumentativo, onde diferentes interesses chocam-se intensamente, é necessário analisar se o direito previsto no artigo 5º, LXXVIII, da Constituição Federal, já foi reconhecido e está sendo aplicado àquele que ocupa o pólo passivo da demanda, destacadamente em processos executivos. A partir de uma postura crítica, cumpre analisar se o direito fundamental do executado à razoável duração do processo está sendo efetivamente aplicado.

#### 4.1 ECULIARIDADES DA EXECUÇÃO E DO EXECUTADO

No início do século XXI o processo de execução brasileiro passou por radicais modificações, tanto no âmbito dos títulos judiciais quanto dos extrajudiciais, completando-se as pontuais modificações realizadas nas décadas anteriores. De fato, após críticas da doutrina, advogados e juízes, o sistema foi revisto em busca de uma maior efetividade, de uma entrega minimamente satisfatória da tutela jurisdicional. Dessa forma, modificou-se a legislação processual para acelerar a tramitação dos feitos executivos.

Ocorre que o êxito da tutela jurisdicional executiva não está atrelado apenas à perfeição das normas processuais que a regulam. Ou seja, a alteração de dispositivos legais, embora contribua para a melhora da prestação jurisdicional, não é suficiente para debelar as patologias da execução. Veja-se, por exemplo, que enquanto as Juntas Comerciais não exercerem um controle material sobre as sociedades empresárias criadas, verificando a veracidade de informações contidas em contrato sociais, continuará a ser muito fácil a criação

de diferentes pessoas jurídicas e a utilização de “laranjas” para realização de fraudes e desvio patrimonial.

De qualquer forma, a legislação processual mudou em busca de uma maior efetividade. Assim, é possível destacar a Lei 11.232/05, que introduziu o chamado cumprimento de sentença, tornando o processo de execução de título judicial uma fase imediata do processo de conhecimento. Também a Lei 11.382/06, que trouxe modificações para a execução de título extrajudicial, como alterações nos atos expropriatórios e nos embargos do devedor. A principal delas, certamente, foi o fim da suspensão *ope legis* da execução quando da oposição dos embargos. Observe-se que estas duas leis são posteriores a Emenda Constitucional nº 45/04, ou seja, ingressaram no sistema processual quando a “febre” da celeridade já estava instalada no senso comum teórico.

É neste cenário que pretendemos compreender o direito fundamental do executado à razoável duração do processo. Desta forma contrapõem-se ao pensamento dominante, pois os atuais trabalhos acadêmicos e as decisões judiciais têm focado sempre a figura do autor, ou do exequente. Tenta-se maximizar a efetividade da tutela jurisdicional a todo custo, muitas vezes se olvidando de que o processo deve estabelecer um mínimo de equidade entre as partes, dentro de um procedimento contraditório. Facilmente advogados, juízes, professores e estudantes se esquecem que existe um aspecto político por trás do discurso da efetividade processual, que não aparece nas obras jurídicas. Qual parcela da sociedade brasileira é beneficiada pelo incremento do aparato judiciário?

As reformas da legislação processual inserem-se dentro de uma realidade maior de facilitação dos interesses das instituições financeiras que operam no Brasil. Não se trata de teoria da conspiração, ou visão fundamentalista marxista, mas de constatação de fatos, dentro de uma sociedade concreta sedimentada em um modelo econômico capitalista, que privilegia o setor financeiro. Segundo Agostinho Oli Koppe Pereira, doutor pela Unisinos(RS):

Hoje, não mais é necessário invadir militarmente um país para dominá-lo. A dominação é feita, mais eficazmente, por meio de boicotes econômicos e retiradas virtuais de capitais [...] O poder implantado com a nova sociedade hiperconsumista se desenvolve por trás do mercado de capitais e das bolsas de valores, nos quais as grandes corporações internacionais ditam as regras da economia, da política e, porque não dizer, das próprias estruturas sociais.<sup>187</sup>

---

<sup>187</sup> PEREIRA, Agostinho Oli Koppe. “*Relação de consumo: tempo e espaço*”, In: Revista de Direito do Consumidor, ano 20, n. 79, julho/setembro de 2011, p. 323.

Neste sentido, é possível apontar vários aspectos normativos do ordenamento brasileiro que evidenciam uma consolidação dos referidos interesses na virada do século XXI. Isto não significa a inexistência de normas no século XX com este viés. De fato, o fortalecimento do segmento financeiro não é um fenômeno imediato, mas algo decorrente de um processo histórico. No entanto, para os fins desta dissertação o raciocínio a partir do ano 2000 é suficiente.

O “combustível” que alimenta o sistema financeiro são os juros remuneratórios. Logo, este é um dos principais temas na pauta dos bancos. Há interesse em que estes juros não sejam limitados pelo Estado e, principalmente, que o Estado não impeça a prática da capitalização.

Ora, no Brasil, primeiramente em 30 de março de 2000, através da medida provisória nº 1.936-17 – atualmente reeditada sob o número 2.170-36, de 23 de agosto de 2001 –, foi autorizada a capitalização de juros em período inferior ao anual, desafiando o teor do artigo 4º, da Lei de Usura, que protegia os consumidores e as empresas brasileiras. Assim, com base na referida medida provisória as instituições financeiras têm praticado a capitalização mensal de juros, o que eleva sobremaneira seus lucros, onerando os devedores.

Por sua vez, a Emenda Constitucional nº 40/2003 revogou o parágrafo do artigo 192, da Constituição Federal, que previa a limitação de juros em 12% (doze por cento) ao ano. Bem é verdade que o Supremo Tribunal Federal tinha entendimento pacífico de que tal limitação dependeria de lei complementar própria para ser aplicada, o que autorizaria os bancos a praticar os juros que bem entendessem. Porém, dentro da independência que caracteriza a advocacia, este entendimento da Corte Excelsa não era suficiente para impedir que os advogados continuassem propondo ações com teses baseadas no referido dispositivo constitucional, e dentro da independência que caracteriza a magistratura, não impedia que sentenças acatando tais teses fossem proferidas. Logo, a mencionada emenda constitucional foi importante para atenuar a discussão, diminuindo a força do argumento constitucional de limitação dos juros. Aliás, cabe salientar que hoje existe a Súmula 382, do Superior Tribunal de Justiça, que estabelece peremptoriamente: “A estipulação de juros remuneratórios superiores a 12% ao ano, por si só, não indica abusividade”.

A diminuição dos riscos da inadimplência também interessa aos bancos. Com efeito, a existência de mecanismos de proteção atenua a responsabilidade das instituições financeiras em relação aos créditos concedidos, transferindo o risco de tais operações totalmente ao devedor. Neste cenário, a Lei 10.820/03 (fruto da medida provisória nº 130/2003) dispôs sobre o empréstimo através de desconto em folha de pagamento,

permitindo o desconto direto nos salários dos trabalhadores das prestações devidas, o que nem mesmo o Poder Judiciário está autorizado a fazer. Também a Lei 11.101/2005, que regulou a recuperação judicial e extrajudicial e a falência de sociedade empresária, foi mais benéfica aos entes bancários ao modificar a ordem de preferência dos credores, nos termos do artigo 83, afastando as disposições do Decreto-lei 7.661/45.

Este compromisso ideológico com os interesses do mercado financeiro ficou bem ilustrado pela Súmula 381, do Superior Tribunal de Justiça, editada em 22 de abril de 2009, com o seguinte teor: “Nos contratos bancários, é vedado ao julgador conhecer, de ofício, da abusividade de cláusulas”. Ou seja, o Poder Judiciário estaria proibido de afastar as ilicitudes praticadas pelos bancos sem uma provocação prévia das partes. Trata-se de súmula contrária ao disposto no artigo 1º, da Lei 8.078/90, que estabelece: “O presente Código estabelece normas de proteção e defesa do consumidor, de ordem pública e interesse social, nos termos dos arts. 5º, inciso XXXII, 170, inciso V, da Constituição Federal e art. 48 de suas Disposições Transitórias”. Está lá, ordem pública e interesse social, logo, a aplicação do Código de Defesa do Consumidor poderia ocorrer de ofício.

Enfim, neste universo normativo, de medida provisória 2.170-36/2001, Emenda Constitucional nº 40/2003, Lei 10.820/03, Lei 11.101/2005, Súmulas 381 e 382, do Superior Tribunal de Justiça, que beneficiaram as instituições financeiras, inserem-se as modificações do processo executivo decorrentes das Leis 11.232/05 e 11.382/06.

Ocorre que o exequente não é um ser genérico e abstrato. Logo, um discurso pro exequente, ainda que em âmbito doutrinário, significa um discurso favorável àqueles que geralmente ocupam esta posição processual. Com efeito, o exequente no processo brasileiro tem características próprias, principalmente nas execuções de títulos extrajudiciais em trâmite perante a Justiça Estadual.

O estudo desenvolvido pelo Conselho Nacional de Justiça intitulado os “100 maiores litigantes”, divulgado em março de 2011<sup>188</sup>, traz importantes dados para os fins desta dissertação. Ele confirma algo que em hipótese se poderia facilmente inferir: que as instituições financeiras são um dos maiores clientes do Poder Judiciário, só perdendo para o próprio Poder Público. Com efeito, no caso das execuções promovidas com base em títulos extrajudiciais é inegável a preponderância dos bancos enquanto exequentes. De acordo com a referida pesquisa, entre os 10 maiores litigantes da Justiça Estadual tem-se o Banco do Brasil S.A, na 2ª posição, com 7,12% dos processos dos maiores litigantes, Banco Bradesco S.A., na

---

<sup>188</sup> Disponível em <http://www.conjur.com.br/dl/100-maiores-litigantes-justica-cnj.pdf> - Acesso em: 11 de fevereiro de 2012.

3ª posição, com 6,70%, Banco Itaú S.A, na 5ª posição, com 5,92%, Banco Finasa S.A, na 7ª posição, com 4,08%, e Banco Santander S/A, na 10ª posição, com 3,14%. Várias outras instituições financeiras aparecem no ranking, em posições inferiores, como Banco ABN AMRO REAL S/A, BV Financeira S/A, Banco HSBC - Bank Brasil S.A., Unibanco - União de Bancos Brasileiros S.A, etc. No âmbito da Justiça Estadual os bancos detêm 54% (cinquenta e quatro por cento) dos processos dos maiores litigantes.

Normalmente esta é uma pergunta que não se faz nas faculdades de direito: quem é o exequente? Sem abordar a realidade concreta torna-se mais fácil assimilar certas teorias e interpretações jurídicas. Como, por exemplo, o princípio do resultado, pelo qual cabe ao Estado fornecer meios para satisfação do direito do exequente, reconhecido em sentença, ou previsto em título extrajudicial. Conforme explica o jurista Araken de Assis:

“Segundo reza o art. 612, a expropriação, meio executório assaz divulgado nas usanças do tráfico, se realiza em proveito do credor. Independentemente dos pendores individualistas, no devido tempo examinado (infra, 220), a norma pouco disfarça a ideologia do sistema executivo. O conjunto dos meios executórios, integrado pela expropriação (art. 646), tem o único objetivo de satisfazer o credor.

Toda execução, portanto, há de ser específica. É tão bem sucedida, de fato, quanto entrega rigorosamente ao exequente o bem perseguido, objeto da prestação inadimplida, e seus consectários, ou obtém o direito reconhecido no título executivo. Este há de ser o objetivo fundamental de toda e qualquer reforma da função jurisdicional executiva, favorecendo a realização do crédito”<sup>189</sup>.

De fato, o processo de execução, aqui também compreendida a fase executiva do cumprimento de sentença, é organizado para acabar com a crise de inadimplência do devedor, dando ao credor o que lhe é de direito. E não há nada errado nisso.

Entretanto, em um ambiente contaminado pela “febre” da celeridade, verifica-se que juristas e magistrados acabam ignorando a dialeticidade própria do processo, deixando os direitos do executado em segundo plano na execução. Ora, em uma sociedade capitalista, onde o crédito pode ser a única saída para a satisfação de necessidades impostas pela própria sociedade existente, sendo este crédito oferecido em um mercado oligopolizado, controlado por um Banco Central omissivo, onde se permite a “liberdade” na pactuação das taxas de juros e de sua capitalização, não se pode ignorar a vulnerabilidade do executado, principalmente quando consumidor pessoa física ou micro e pequeno empresário.

---

<sup>189</sup> ASSIS, Araken. “*Manual da Execução*”, p. 101.

As informações consolidadas do sistema financeiro nacional, elaboradas pelo Banco Central do Brasil, com a taxa média dos juros das operações de crédito, dão conta da realidade brasileira<sup>190</sup>. Em dezembro de 2011 a taxa média dos juros anuais para o cheque especial era de 188,05% (cento e oitenta e oito inteiros e cinco décimos por cento). A taxa média dos juros anuais do crédito pessoal estava em 48,23%, do financiamento de veículo em 26,21% (vinte e seis inteiros e vinte e um décimos por cento). Ressalte-se que estes são valores médios, ou seja, existem contratos com juros superiores aos acima salientados. Além disso, são taxas que refletem os juros remuneratórios das operações. Não revelam os encargos praticados no período de mora.

Enfim, não se quer desenhar o executado como uma vítima, mas trazer elementos que minem o senso comum de que o devedor é sempre um caloteiro. Conforme já salientou o professor Cândido Rangel Dinamarco:

É preciso distinguir entre o devedor infeliz e de boa-fé, que vai ao desastre patrimonial em razão de involuntárias circunstâncias da vida, e o caloteiro chicanista, que se vale das formas do processo executivo e da benevolência dos juízes como instrumento a serviço de suas falcaturas.<sup>191</sup>

Assim sendo, deve-se tomar cuidado ao interpretar as normas do processo executivo, para que uma visão preconceituosa acerca da posição do executado não contamine as conclusões obtidas. O executado não é um ser genérico e abstrato, é uma empresa concreta com trabalhadores que dela dependem, ou é uma pessoa física que sustenta vários familiares, é um ser visível e integrado à sociedade. Conforme explica o professor Cândido Rangel Dinamarco:

A lei não exaure as hipóteses de limitações políticas à execução, sendo dever do intérprete a identificação de casos em que esta não será possível por voltar-se contra aquele mínimo indispensável e desfalcado a esfera de direitos fundamentais; foi a partir dessa premissa que, nos anos sessenta, uma corte italiana impediu a penhora da cadeira de rodas de um devedor pobre, embora esse não fosse um bem formalmente incluído pela lei entre os impenhoráveis.<sup>192</sup>

A doutrina processual asséptica, baseada em uma ciência abstrata e avalorativa, trata da execução genericamente, com exequentes e executados também genéricos. Mas isto aliena o estudante e o jurista, pois a execução ocorre em uma realidade

<sup>190</sup> Disponível em <http://www.bcb.gov.br/?txcredmes> – acesso em 11 de fevereiro de 2012.

<sup>191</sup> DINAMARCO, Cândido Rangel. *“Instituições de Direito Processual Civil – Volume IV”*, p. 58.

<sup>192</sup> DINAMARCO, Cândido Rangel. *“Instituições de Direito Processual Civil – Volume IV”*, p. 56.

histórica, e os exequentes e executados podem ser concretamente verificados, sendo certo que qualquer forma de interpretação de dispositivos normativos reflete, ainda que de forma implícita, uma postura política ou ideológica em relação aos participantes do litígio, que se dá no calor do dia-a-dia.

#### 4.2 DIREITO FUNDAMENTAL DO EXECUTADO À RAZOÁVEL DURAÇÃO DO PROCESSO.

Como visto anteriormente, o direito à razoável duração do processo não foi introduzido no ordenamento jurídico brasileiro através da Emenda Constitucional nº 45/2004. Seja por força do Pacto de São José da Costa Rica, seja pela interpretação que se dava ao artigo 5º, XXXV e LIV, da Constituição Federal, juristas e profissionais do direito já admitiam a existência de um direito à tutela jurisdicional tempestiva, que evitasse dilações processuais indevidas.

Entretanto, neste devir histórico que culminou na criação do inciso LXXVIII do artigo 5º, do texto constitucional, que estimulou a discussão doutrinária sobre o tema e concedeu mais um argumento a favor daqueles que postulam em juízo, os pensamentos concentraram-se no processo cognitivo. Então o debate dava-se pela perspectiva de assegurar ao autor os meios necessários para um provimento jurisdicional tempestivo. Quando muito, alguns doutrinadores visualizaram a questão pela perspectiva do réu. Porém, o executado ficou esquecido. De fato, a pesquisa realizada no campo jurisprudencial e doutrinário, em fontes nacionais, evidenciou que até 2011 nada havia sido produzido acerca deste assunto.

E aqui é necessário fazer uma pausa, não para explicar o porquê desta lacuna em relação ao executado, mas para evidenciar um discurso de teor teórico e alcance prático que coloca o executado em segundo plano no processo executivo. Assim, ele é visto como um mero coadjuvante, principalmente no que diz respeito a direitos fundamentais. Chega-se, inclusive, a negar-lhe a possibilidade de tutela jurisdicional na execução. Neste sentido, a seguinte passagem de Cândido Rangel Dinamarco:

A tutela executiva, quando efetivamente produzida, reverte exclusivamente em favor do demandante, que é o exequente (ou credor, segundo o Código de Processo Civil). Essa é uma grande diferença funcional entre o processo executivo e o de conhecimento, sabendo-se que neste prepondera a nota da bipolaridade, segundo a qual a tutela jurisdicional cognitiva será concedida ao autor ou ao réu, conforme tenha razão um ou o outro (supra, n. 772); a execução forçada tem desfecho único, porque ou produz uma tutela jurisdicional ao exequente (entrega do bem, satisfação do direito) ou se

frustra e não produz tutela plena a qualquer das partes (casos de extinção por motivos de ordem processual: infra, n. 1855).<sup>193</sup>

De fato, teoricamente a execução recebe um tratamento diferenciado em relação ao processo de conhecimento, sendo certo que o réu e o executado não são considerados pela ciência jurídica de modo equivalente. Mesmo assim, a ciência jurídica não ignora a peculiar posição do executado e tenta assegurar-lhe alguns direitos. Neste sentido, o professor Dinamarco afirma que:

A necessidade de moderação nos meios processuais a empregar, como limite político à execução, constitui o conteúdo da disposição ditada no art. 620 do Código de Processo Civil e transparece em diversos outros preceitos contidos no próprio Código e em leis esparsas [...] Essa disposição representa o núcleo de um verdadeiro sistema de proteção ao executado contra excessos, inspirados nos princípios da justiça e da equidade, sabendo-se que essa proteção constitui uma das linhas fundamentais da história da execução civil em sua generosa tendência de humanização.<sup>194</sup>

Então o executado não tem os mesmos direitos do réu, pelas características próprias do processo executivo. Assim sendo, reconhecer teoricamente um direito ao réu não implica reconhecê-lo em relação ao executado. Não há esta conexão lógica.

Este ponto está sendo salientando porque na pesquisa realizada encontrou-se produção própria, inclusive no campo jurisprudencial, reconhecendo o direito fundamental do réu à razoável duração do processo<sup>195</sup>. Conforme pondera Jônatas Luiz Moreira de Paula:

Todavia, não se podem tecer maiores elogios à celeridade processual se se perder de vista o respeito às garantias processuais. Em virtude de uma natural inclinação, tende-se a associar a celeridade do processo aos interesses do autor, o que acaba por confinar o réu na mal vista figura de litigante procrastinador e que é a antítese da celeridade processual. É uma idéia preconceituosa, que deve ser combatida.<sup>196</sup>

<sup>193</sup> DINAMARCO, Cândido Rangel. “*Instituições de Direito Processual Civil – Volume IV*”, p. 54.

<sup>194</sup> DINAMARCO, Cândido Rangel. “*Instituições de Direito Processual Civil – Volume IV*”, p. 57.

<sup>195</sup> Especificamente no processo civil: “Na apuração da verdade real dos fatos, o juiz não pode se olvidar da primazia da celeridade processual, que não é incompatível com o *due process of law*. A verdadeira tutela jurisdicional é aquela prestada em tempo razoável (art. 5º, LXXVIII, CF), regra de ouro que vale tanto para o autor, como para o réu” (STJ, REsp 714.710/MG, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 06/03/2007). Ainda, a decisão no REsp 1040404/GO. No processo penal, os julgados do Superior Tribunal de Justiça no: HC 205606/CE; HC 179230/PE; HC 74852/PE; HC 161072/MT; dentre outros.

<sup>196</sup> PAULA, Jônatas Luiz Moreira de, “*Reforma do Poder Judiciário e celeridade processual sob a perspectiva da tridimensionalidade do processo*” In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.), “*Reforma do Judiciário*”, p. 335;

Reportando-se especificamente ao réu, Alessandra Mendes Spalding defende:

Disso decorre que, no caso concreto, em situações nas quais o magistrado for se valer da hermenêutica para dar eficácia e plena aplicabilidade à norma constitucional que prevê a tutela jurisdicional tempestiva, deverá observar não só os interesses do autor na rápida solução do litígio, como também o mesmo direito do réu.<sup>197</sup>

Ainda, reconhecendo o direito fundamental do réu à razoável duração do processo e, inclusive, no campo prático, principalmente na área penal, salienta Francisco Rosito:

[...] na jurisprudência brasileira, o princípio da duração razoável, antes mesmo da vigência da EC 45/2004, já vinha sendo aplicado para o processo penal, em casos de *habeas corpus* em que o paciente requer a concessão de liberdade provisória sob o fundamento de que a injustificada demora no andamento do feito caracteriza constrangimento ilegal<sup>198</sup>.

Conforme visto no capítulo anterior, a nossa razoável duração do processo tem raízes na Corte Europeia dos Direitos do Homem. Inclusive, a doutrina nacional contemporânea defende a aplicação dos critérios estabelecidos pelo Tribunal Alienígena para verificar no caso concreto a ofensa ao referido direito fundamental. Assim, é importante o que explica o jurista Paulo Hoffman:

Outro ponto interessante é que tanto o autor quanto o réu podem pleitear indenização perante a Corte, antes mesmo do término da demanda judicial e independentemente de quem saia vencedor na causa, uma vez que a simples indefinição a que são submetidas as partes quanto ao direito controvertido já é bastante para gerar dano a ser reparado.<sup>199</sup>

Observe-se que o réu também tem reconhecido, pela Corte Europeia, o seu direito à razoável duração do processo. Inferir desta premissa que também o réu no processo brasileiro tenha este direito não levantaria maiores discussões.

<sup>197</sup> SPALDING, Alessandra Mendes. “Direito fundamental à tutela jurisdicional tempestiva à luz do inciso LXXVIII do art. 5º da CF inserido pela EC n. 45/2004” In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.), “Reforma do Judiciário”, p. 36;

<sup>198</sup> ROSITO, Francisco, “O princípio da duração razoável do processo sob a perspectiva axiológica” In: REPRO, n. 161, p. 31.

<sup>199</sup> HOFFMAN, Paulo, “O direito à razoável duração do processo e a experiência italiana” In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.), “Reforma do Judiciário”, p. 577.

Entretanto, o reconhecimento do direito fundamental do réu à razoável duração do processo não implica, de forma imediata, a aceitação deste direito também para o executado. Logo, é possível vislumbrar argumentos no discurso jurídico, tanto no campo teórico quanto no prático, que resistiriam a esta idéia. Então, para admitir um direito fundamental do executado à razoável duração do processo não basta uma literal interpretação do disposto no artigo 5º, LXXVIII, da Constituição Federal. É necessário um resgate axiológico do executado, colocando-o como verdadeiro titular de direitos. Trata-se de mudar a postura do jurista em relação ao processo de execução.

Obviamente, a análise do teor do artigo 5º, LXXVIII, do texto constitucional é o primeiro passo a ser realizado. Ele dispõe: “a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação”. A noção obtida é ampla, abrangendo todo e qualquer processo judicial, até mesmo o de execução. Aqui cabem as palavras de José Augusto Delgado:

A garantia assegurada ao cidadão pelo inciso LXXVIII do art. 5º da CF, em face da EC n. 45/2004, é um postulado. Não admite, portanto, qualquer interpretação que vise diminuir a verdade nela exprimida e deve atuar com a integralidade da força cogente que possui.<sup>200</sup>

Assim, não haveria como restringir a aplicação do artigo 5º, LXXVIII, da Constituição Federal, apenas aos exequentes dos processos em curso. Ou seja, a razoável duração não pode ser concebida apenas pela perspectiva do exequente, que busca uma tutela jurisdicional. Também Danielle Annoni defende o amplo alcance do dispositivo:

A proteção assegurada no texto constitucional ressaltou, no primeiro momento, que a garantia dirige-se a todos. Assim, o direito à celeridade da decisão nas instâncias judiciais e administrativa alcança as pessoas físicas ou naturais, as pessoas jurídicas ou morais, e também as fundações, as agências reguladoras e os entes despersonalizados, como o espólio, a herança jacente, o condomínio de edifícios, o consórcio para aquisição de bens duráveis e tantos outros criados pela lei para atuar em sede processual.<sup>201</sup>

Com efeito, qualquer discurso teórico que venha opor-se ao reconhecimento do direito fundamental do executado à razoável duração do processo estaria violando a isonomia material própria do direito ocidental contemporâneo, estabelecendo verdadeira

---

<sup>200</sup> DELGADO, José Augusto, "Reforma do Poder Judiciário - art. 5º, LXXVIII, da CF" In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.), "Reforma do Judiciário", p. 356.

<sup>201</sup> ANNONI, Danielle. "Responsabilidade do Estado pela não duração razoável do processo", p. 146.

discriminação normativamente não prevista. De fato, não tendo o Congresso Nacional limitado o referido direito ao processo cognitivo, estando ele estendido a todo e qualquer processo judicial, não há como negar sua ampla aplicação nos feitos executivos.

Mas isto é mera especulação, pois na pesquisa realizada não se encontrou qualquer discurso ou entendimento no sentido de que o direito fundamental à razoável duração do processo não abrangeria o executado. Aliás, é difícil que alguma voz surja neste sentido. O desafio, como abaixo será demonstrado, não está no reconhecimento teórico deste direito, mas em sua efetivação prática. Ou seja, é provável que, quando os juristas forem provocados a se manifestarem sobre o tema, acolham a tese ora defendida, e admitam que o executado seja titular do mencionado direito fundamental.

Enfim, nas várias obras e artigos consultados não há qualquer abordagem específica sobre o processo de execução. O que há são comentários acerca do processo cognitivo, admitindo-se que o réu também é titular do referido direito fundamental. Assim sendo, ao menos neste momento histórico não se vê resistência por parte da doutrina no reconhecimento de que o executado também é titular deste direito. Entretanto, como será visto adiante, o reconhecimento genérico e abstrato não implica em efetivo respeito. Doutrina e tribunais dão várias mostras de desconsideração do direito fundamental do executado à razoável duração do processo através de equivocadas interpretações da legislação processual, o que será destacado a seguir.

De qualquer forma, como este trabalho não é a-histórico, a-crítico e muito menos desconsidera o caráter argumentativo do direito, não há razões para seguir por um diferente caminho, na tentativa de demonstrar analiticamente, por um *a priori* lógico, que o executado também tem o direito fundamental à razoável duração do processo. De fato, no atual momento histórico, não se encontrou qualquer opinião contrária à tese ora defendida. Como se sabe, em um ambiente argumentativo, a força do contrargumento é o que justifica a fundamentação da tese sustentada, eis porque, não havendo resistência pela doutrina e pelos Tribunais, há de ser reconhecido o direito fundamental do executado à razoável duração do processo. A resistência existe, e daí a necessidade de continuar o debate, quanto à efetivação do mencionado direito.

Assim sendo, considerando a pesquisa realizada, pode-se afirmar que o executado é titular do direito fundamental à razoável duração do processo, nos termos do artigo 5º, LXXVIII, da Constituição Federal. Neste sentido, harmonizando o pensamento com a noção desenvolvida no capítulo anterior, chega-se à conclusão de que o executado tem o direito de ver respeitadas as disposições constitucionais e legais de forma estrita, de modo que

a intrusão do estado em sua vida dê-se nos limites do devido processo legal (art. 5º, LIV, da Constituição Federal), assegurando-lhe a ampla defesa (art. 5º, LV, da Constituição Federal).

#### 4.3 FETIVANDO O DIREITO FUNDAMENTAL À RAZOÁVEL DURAÇÃO DO PROCESSO

Em pleno século XXI, embora ainda existam muitos direitos fundamentais a serem reconhecidos pelo ordenamento jurídico brasileiro – veja-se, por exemplo, as questões relacionadas à liberdade sexual – o principal problema enfrentado no campo jurídico é a efetivação de todos aqueles que já foram reconhecidos. De fato, o grande desafio contemporâneo para as sociedades ocidentais, que já construíram um bom arcabouço de direitos, é a sua efetivação *in concreto*.

Considerando os pressupostos epistemológicos desta dissertação não se pode dá-la por encerrada sem antes enfrentar as questões relacionadas à efetivação do direito fundamental do executado à razoável duração do processo. Afinal, de nada adiantaria o mero reconhecimento de um direito, de modo estéril e sem aplicações práticas. Se o trabalho acabasse aqui, ter-se-ia uma grande frustração por parte do leitor. Ficariam inúmeras perguntas no ar: quais são as conseqüências jurídicas do reconhecimento de um direito fundamental do executado razoável duração do processo? Quais os reflexos práticos advindos deste estudo? Este direito tem sido efetivado pelos tribunais?

Neste sentido, a contribuição desta dissertação não está tanto em evidenciar o direito do executado à razoável duração do processo – embora não se tenha encontrado qualquer trabalho acadêmico anterior neste sentido –, mas sim em abordar alguns assuntos específicos com ele relacionado. É necessário descer à processualística civil para enfrentar algumas tormentosas questões relacionadas à duração do processo de execução, e que têm conexão direta com o tema em discussão.

Para tanto, optou-se por analisar a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, por ser a Corte que concede a última palavra sobre a legislação federal (art. 22, I, e 105, CF), inclusive harmonizando as decisões dos diferentes Tribunais regionais. Logo, conquanto fosse possível optar por outro caminho, analisando, por exemplo, os julgados do Tribunal de Justiça do Paraná, entendeu-se mais produtivo e importante a compreensão da realidade de nossa Corte Superior.

Destarte, vamos verificar em que grau um material direito fundamental do executado à razoável duração do processo afeta a interpretação dos institutos da execução, partindo-se da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, concretamente considerada.

#### 4.3.1 Tempo para o Término da Execução: a Questão da Prescrição Intercorrente

O caminho do processo executivo é a satisfação do crédito do exequente. Toda a teoria jurídica é construída neste sentido. Porém, muitas vezes, as peculiaridades do caso concreto não permitem que este objetivo seja alcançado. Seja porque não é possível realizar o ato citatório, seja porque o executado não tem bens passíveis de penhora. Nestes casos surge uma importante questão na execução, que não tem espaço no processo cognitivo: quando se deve extinguir o feito.

Ocorre que a duração do processo de conhecimento é bem definida, mais cedo ou mais tarde, inevitavelmente, uma sentença será prolatada e o procedimento do primeiro grau será encerrado. Isto não acontece na execução. Não sendo ela desenvolvida em busca de uma sentença, mas sim da efetivação de um direito, muitas vezes de natureza pecuniária, indaga-se por quanto tempo o procedimento deve prolongar-se. A falta de um marco definido para o término do processo executivo leva o jurista a refletir e compreender a prescrição intercorrente<sup>202</sup>. Ou seja, qual deve ser a duração do processo de execução? Um, cinco, cinquenta anos?

Este problema, sem sombra de dúvida, relaciona-se à matéria dessa dissertação, pois está vinculado à compreensão do direito do executado à razoável duração do processo. Com efeito, dependendo da concepção que se tenha a respeito deste direito, diferentes conclusões serão construídas neste polêmico assunto. Afinal, o reconhecimento de que o executado é titular do direito fundamental à razoável duração do processo afeta diretamente o entendimento sobre a prescrição intercorrente. Logo, enveredar-se por este tema significa buscar conceder efetividade ao direito ora estudado. Como já dito, de nada adianta reconhecer um direito ao executado, se isto não modificar concretamente a forma de conceber a execução, inclusive no que diz respeito à sua duração.

Salvo disposições legais específicas, como a Lei 7.357/85, que disciplina o cheque, estabelecendo o prazo prescricional para a execução nele fundada de seis meses (v.g. art. 47 e 59), o ordenamento jurídico brasileiro não contém regras gerais regulando a pretensão executiva. No entanto, há súmula antiga do Supremo Tribunal Federal, de 1963, anterior ao atual Código de Processo Civil, que estipula: "Súmula 150. Prescreve a execução no mesmo prazo de prescrição da ação". De fato, não há celeuma acadêmica ou forense relevante sobre os prazos prescricionais a serem aplicados à execução, mas sim ao modo de

---

<sup>202</sup> Não se pretende aprofundar em aspectos conceituais. Para tanto: LATTANZI, SERGIO IGOR. "A prescrição intercorrente no direito tributário".

sua contagem, principalmente no que tange à prescrição que ocorre após o ajuizamento da demanda.

Como se sabe, o Código de Processo Civil não disciplinou a prescrição intercorrente. Não há, portanto, uma norma geral que a regule, o que fomenta as discussões neste campo.

No entanto, no ordenamento jurídico brasileiro, ao menos no direito tributário, a prescrição intercorrente encontra-se minimamente normatizada. Com efeito, o artigo 40, da Lei 6.830/80, dispõe que: “O juiz suspenderá o curso da execução, enquanto não for localizado o devedor ou encontrados bens sobre os quais possa recair a penhora, e, nesses casos, não correrá o prazo de prescrição”. Esta suspensão, no entanto, não pode ocorrer por tempo indeterminado, conforme se depreende dos parágrafos segundo e quarto do referido dispositivo, a saber: “§2º. Decorrido o prazo máximo de 1 (um) ano, sem que seja localizado o devedor ou encontrados bens penhoráveis, o juiz ordenará o arquivamento dos autos” ; “§4º. Se da decisão que ordenar o arquivamento tiver decorrido o prazo prescricional, o juiz, depois de ouvida a Fazenda Pública, poderá, de ofício, reconhecer a prescrição intercorrente e decretá-la de imediato”. Destarte, a legislação em vigor assegura ao executado em feito fiscal, caso não sejam encontrados bens, um marco para o término do processo. Neste sentido, estar-se-ia efetivando o seu direito fundamental à razoável duração do processo.

Interpretando o referido dispositivo, o Superior Tribunal de Justiça possui súmula específica, a de nº 314, estabelecendo que: “Em execução fiscal, não localizados bens penhoráveis, suspende-se o processo por um ano, findo o qual se inicia o prazo da prescrição quinquenal intercorrente”.

Ocorre que, conforme dito, não existe disciplina similar no Código de Processo Civil. Mesmo assim, observa-se na prática forense, que os Tribunais têm admitido a prescrição intercorrente também para a execução comum. Aliás, uma interpretação diversa geraria uma incoerência no sistema, pois protegeria o executado em face do Estado, mas não das instituições financeiras. Logo, embora legalmente não disciplinada, a aplicação da prescrição intercorrente também para a execução comum é corolário lógico da efetivação do direito fundamental do executado à razoável duração do processo.

De qualquer forma, não é este o ponto que se pretende desenvolver. Embora ainda exista discussão sobre a aplicação da prescrição intercorrente às execuções não disciplinadas pela Lei 6.830/80, o entendimento dominante já está favorável ao executado. O grande problema para a efetivação do direito fundamental ora estudado é a forma de

contagem, considerando marcos suspensivos e interruptivos, da prescrição intercorrente. É neste aspecto que nossa Corte Superior equivoca-se.

O Superior Tribunal de Justiça entende que a suspensão, no caso da execução comum – não na fiscal, que tem regime próprio – pode estender-se *sine die*. Ou seja, uma vez suspenso o processo, o prazo prescricional apenas voltaria a fluir com o término da suspensão. Neste sentido, vide a ementa dos seguintes julgados da Terceira e Quarta Turmas do Superior Tribunal de Justiça:

AGRAVO REGIMENTAL. SUSPENSÃO DA EXECUÇÃO. AUSÊNCIA DE BENS DO DEVEDOR. DECRETAÇÃO DA PRESCRIÇÃO INTERCORRENTE. IMPOSSIBILIDADE. NECESSIDADE DE INTIMAÇÃO PESSOAL DO CREDOR.

1.- Estando suspensa a execução, em razão da ausência de bens penhoráveis, não corre o prazo prescricional, ainda que se trate de prescrição intercorrente, hipótese que a extinção do processo por inércia do exequente em promover o andamento do feito não pode se dar sem a sua intimação prévia e pessoal. Precedentes.

2.- Agravo Regimental improvido.

(STJ, AgRg no REsp 1288131/PR, Rel. Ministro SIDNEI BENETI, TERCEIRA TURMA, julgado em 13/12/2011, DJe 01/02/2012)

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO.

SUSPENSÃO DA EXECUÇÃO DEFERIDA NA INSTÂNCIA DE ORIGEM.

IMPOSSIBILIDADE DE DECRETAÇÃO DA PRESCRIÇÃO INTERCORRENTE PELO JULGADOR. SUSPENSÃO DO PRAZO PRESCRICIONAL. ARTS. 791 E 793 DO CPC. PRECEDENTES. DECISÃO AGRAVADA MANTIDA PELOS PRÓPRIOS FUNDAMENTOS.

1- "A suspensão da execução a pedido do exequente e autorizada judicialmente, constitui fator impeditivo à fluência da prescrição intercorrente, que pressupõe inércia da parte, o que não ocorre se o andamento do feito não está tendo curso sob respaldo judicial" (REsp 63.474/PR, Rel. Ministro ALDIR PASSARINHO JUNIOR, QUARTA TURMA, DJ 15.8.2005).

2- Agravo regimental não provido.

(STJ, AgRg no Ag 1155687/MG, Rel. Ministro RAUL ARAÚJO, QUARTA TURMA, julgado em 14/04/2011, DJe 10/05/2011)

Para os nobres ministros “Estando suspensa a execução, em razão da ausência de bens penhoráveis, não corre o prazo prescricional, ainda que se trate de prescrição intercorrente”. Assim sendo, diferentemente do executivo fiscal, no qual após a suspensão por um ano inicia-se o lapso prescricional, na execução ordinária, conforme entendimento do Superior Tribunal de Justiça, isto não ocorreria. É comum nas execuções de título extrajudicial o exequente requerer a suspensão *sine die* do processo. E é mais comum ainda o

magistrado deferir tal pedido. De fato, os magistrados suspendem o feito, a pedido dos exequentes, por tempo indeterminado. Ao fazê-lo, os julgadores desafiam direito fundamental do executado, pois a ausência de marco para término do processo viola a razoável duração do processo.

Por outro lado, outra crítica que deve ser feita à jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, à luz do que se tem visto nas execuções fiscais, é a exigência do requisito “inércia do exequente” para reconhecimento da prescrição intercorrente no caso concreto, bem como a forma como se tem entendido a caracterização desta inércia. Vide ementa abaixo:

AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TRIBUTÁRIO. EXECUÇÃO FISCAL. PRESCRIÇÃO INTERCORRENTE. INÉRCIA DA FAZENDA PÚBLICA. ENUNCIADO N. 7 DA SÚMULA/STJ. AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO.

- Configura-se a prescrição intercorrente quando, proposta a execução fiscal e decorrido o prazo de suspensão, o feito permanecer paralisado por mais de cinco anos por inércia do exequente.

[...]

Agravo regimental improvido.

(STJ, AgRg no REsp 1188957/PE, Rel. Ministro CESAR ASFOR ROCHA, SEGUNDA TURMA, julgado em 16/06/2011, DJe 02/08/2011)

Isto porque, o artigo 40, da Lei 6.830/80, que entendemos aplicável às execuções cíveis em geral, nada dispõe acerca de uma “inércia do exequente” para configuração da prescrição intercorrente. Uma vez suspensa a execução e arquivados os autos, o prazo prescricional continua a fluir independentemente de supervenientes manifestações do exequente. Este é o entendimento que melhor se harmoniza com a efetivação do direito fundamental do executado à razoável duração do processo.

Logo, se o exequente apresenta manifestação requerendo providências para regularização de representação, de expedição de ofícios e até mesmo de penhora, tais atos não suspendem nem muito menos interrompem o prazo prescricional em curso. Uma vez suspensa e arquivada a execução, a prescrição intercorrente apenas será evitada com a penhora de bens do executado. Sem isso, mesmo que o exequente tenha apresentado dezenas de manifestações e movimentado o processo intensamente, verá o feito extinto pelo advento da prescrição. Aliás, a extinção do processo executivo pela falta de bens penhoráveis não é uma novidade, já que desde 1995, a Lei 9.099/95, que disciplina o Juizado Especial, possui dispositivo específico sobre isso, a saber, o artigo 52, § 4º: “Não encontrado o devedor ou inexistindo bens penhoráveis, o processo será imediatamente extinto, devolvendo-se os documentos ao autor”.

No entanto, não é este o entendimento do Superior Tribunal de Justiça. A Corte Superior tem decidido reiteradamente que a prescrição intercorrente apenas pode ser reconhecida se houver inércia do exequente durante o período legal. E esta inércia, para os nobres Ministros, é a ausência de qualquer manifestação do exequente. Ou seja, a interpretação dada à “inércia” é ampla. Mesmo com a prática de atos inócuos, uma juntada de procuração, por exemplo, ou um pedido de atualização de conta, a Corte Superior tem entendido que a inércia não fica configurada.

Trata-se de uma construção feita com foco apenas nos interesses do exequente. Para entender a falta de razoabilidade de tal posicionamento, pense-se uma execução adormecida por vários anos, na qual falte uma semana para a consolidação da prescrição intercorrente. Caso o exequente impulsione o feito requerendo, por exemplo, uma penhora *on line*, mesmo que ela seja infrutífera, para todos os efeitos, este pedido terá afastado a consolidação do lapso prescricional. É este o posicionamento atual do Superior Tribunal de Justiça.

Esta forma de conceber a prescrição intercorrente, além de afrontar o direito fundamental do executado à razoável duração do processo, por conceder ao exequente condições de estender a execução *ad aeternum*, eliminando a possibilidade de término do feito em prazo razoável, também ofende outros dispositivos constitucionais, quais sejam, o princípio da tripartição de poderes (art. 2º, CF) e o princípio da legalidade (art. 5º, II, e 37, *caput*, CF). Afinal, uma vez que a Lei 6.830/80 não estabeleceu como requisito para reconhecimento da prescrição intercorrente a “inércia” do exequente, não caberia ao Poder Judiciário considerá-la em suas decisões. Ao assim proceder, o Superior Tribunal de Justiça cria nova forma de interrupção do prazo prescricional, não prevista na legislação em vigor, extrapolando as suas atribuições constitucionais.

No caso do direito tributário, a legislação é clara, nos termos dos artigos 40, da Lei 6.830/80, e 174, da Lei 5.172/66 (Código Tributário Nacional), ao estabelecer que após o despacho que ordena a citação do devedor, o prazo prescricional apenas ficará suspenso se o juiz suspender a execução, seja por não ter sido possível localizar o devedor, seja porque não foram encontrados bens aptos à penhora. Não existe na legislação em vigor qualquer outra hipótese de suspensão ou interrupção do prazo prescricional, muito menos relacionada à inércia do credor.

Destarte, à luz do direito fundamental do executado à razoável duração do processo, o afastamento da prescrição apenas poderia ocorrer se fossem encontrados bens e

estes fossem formalmente constrictos pelo auto de penhora, e não por qualquer manifestação do exequente.

Neste “mar” de julgados a favor do exequente<sup>203</sup>, encontrou-se um único julgado de nossa Corte Superior, do ano 2000, da Segunda Turma, com a seguinte consideração: “O art. 40 da Lei 6830/80 deve ser interpretado em sintonia com o art. 174/CTN, sendo inadmissível estender-se o prazo prescricional por tempo indeterminado. Precedentes do STJ”<sup>204</sup>. Neste sentido, o Ministro FRANCISCO PEÇANHA MARTINS enuncia o óbvio, que nenhuma execução pode estender-se *ad infinitum*.

Ressalte-se que a regra da prescritibilidade decorre do princípio da segurança jurídica, inerente ao sistema de direito vigente, conforme se depreende do *caput* do artigo 5º da Constituição Federal. Com ela estabilizam-se as relações sociais, evitando-se um estado de litigiosidade constante, que frustraria totalmente os planos de harmonia e paz almejados para o Estado Democrático de Direito. Ou seja, a prescrição interessa à ordem pública e não deve ser vista como um benefício em prol do executado.

De qualquer forma, verifica-se que nossa Corte Superior tem dado uma equivocada interpretação ao instituto da prescrição intercorrente, criando uma hipótese de suspensão legalmente inexistente, que seria a inércia absoluta do exequente, o que afronta o direito do executado à razoável duração do processo.

Destarte, a fim de dar efetividade ao direito fundamental do executado à razoável duração do processo, critica-se o atual posicionamento jurisprudencial do Superior Tribunal de Justiça e defende-se a adequada interpretação do instituto da prescrição intercorrente, de modo a não se exigir que além do lapso temporal o exequente fique inerte, sem qualquer manifestação, pelo prazo da prescrição. Destaque-se: independentemente do número de atos praticados pelo exequente, se durante o decurso do prazo prescricional não for possível encontrar bens do executado, o feito merece ser extinto. A razoabilidade da duração do feito executivo, como já dito, não é via de mão única, e deve ser compreendida também sob a perspectiva do executado, que tem interesse no fim da perseguição estatal.

---

<sup>203</sup> V.g. decisões do Superior Tribunal de Justiça proferidas no AgRg no REsp 1288131/PR; AgRg no Ag 1155687/MG; AgRg no REsp 1188957/PE; AgRg no AREsp 166338/RS; AgRg no REsp 1282656/ES; dentre outras.

<sup>204</sup> STJ, REsp 233.345/AL, Rel. Ministro FRANCISCO PEÇANHA MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 03.10.2000, DJ 03.11.2000.

#### 4.3.2 Tempo para a Prática de Atos de Expropriação: a Questão da Alienação de Bens na Pendência dos Embargos do Devedor

Outra questão relacionada ao direito fundamental do executado à razoável duração do processo é o momento apropriado para a alienação dos bens penhorados. Trata-se de interessante matéria, que ganhou especial relevância após a vigência da Lei 11.382/2006.

Como se sabe, a mencionada lei suprimiu o efeito suspensivo *ope legis* dos embargos do devedor. O artigo 739-A, *caput*, do Código de Processo Civil, ficou com a seguinte redação: “Os embargos do executado não terão efeito suspensivo”. O Congresso Nacional não foi tão radical nesta matéria, pois concedeu poderes para que o magistrado, diante do caso concreto, suspenda a execução. Neste sentido, o parágrafo primeiro do referido artigo:

O juiz poderá, a requerimento do embargante, atribuir efeito suspensivo aos embargos quando, sendo relevantes seus fundamentos, o prosseguimento da execução manifestamente possa causar ao executado grave dano de difícil ou incerta reparação, e desde que a execução já esteja garantida por penhora, depósito ou caução suficientes.

Ocorre que, considerando a nova disciplina dos embargos do devedor, surge uma polêmica questão: seria possível a alienação de bens do executado antes do definitivo julgamento, ao menos em sede de primeiro grau, dos embargos opostos? Ou seja, o sistema processual permite a alienação de bens antes que seja proferida uma sentença de improcedência dos embargos?

Esta é uma questão diretamente relacionada à razoável duração do processo, visto que uma alienação prematura plasmaria uma antecipação dos atos de satisfação, o que seria incompatível com o direito fundamental previsto no artigo 5º, LXXVIII, da Constituição Federal. Ainda que o preço ficasse depositado em juízo, a perda da propriedade do bem já estaria concluída, o que afetaria diretamente o patrimônio do executado. Lembre-se que através do processo de execução o Estado invade a esfera particular do cidadão, buscando seu patrimônio ou lhe impondo conduta, a fim de outorgar ao credor o que lhe pertence. No campo do processo civil, os atos executivos são a maior mostra da força estatal.

Logo, considerando a gravidade dos atos expropriatórios, o entendimento acerca deste problema pode ser determinante na condução da execução. Isto porque a idéia de ter o bem levado à hasta pública é incômoda e desesperadora para alguns executados e os exequentes, sabedores de tal situação, aproveitam-se dela para forçar a realização de acordos.

É o que acontece na prática forense. Trata-se, portanto, de um ponto crucial do processo executivo, que impulsiona diretamente a conduta do executado. A sua realização prematura fortalece a posição do exequente.

Forçoso dizer ainda, que a antecipada alienação de bens penhorados afeta diretamente outros direitos fundamentais do executado, como o de ser submetido ao devido processo legal antes da expropriação de bens pelo Estado (art. 5º, LIV, CF) e o seu próprio direito de propriedade (art. 5º, XXII, CF). Não obstante, é o direito fundamental à razoável duração do processo que fica mais lesado com uma inadequada condução do procedimento executivo.

Enfim, uma adequada análise da questão exige uma anterior consideração sobre a diferença entre execução definitiva e provisória. De fato, no campo acadêmico, discute-se a diferença entre execução definitiva, na qual seria possível a alienação de bens, e execução provisória, na qual ela seria vedada. Trata-se de questão expressamente regulada pela legislação pátria. Inicialmente, o artigo 587, do Código de Processo Civil, antes da Lei 11.382/2006, possuía a seguinte redação: "A execução é definitiva, quando fundada em sentença transitada em julgado ou em título extrajudicial; é provisória, quando a sentença for impugnada mediante recurso, recebido só no efeito devolutivo". Com o advento da Lei 11.382/2006, o dispositivo ficou assim redigido: "É definitiva a execução fundada em título extrajudicial; é provisória enquanto pendente apelação da sentença de improcedência dos embargos do executado, quando recebidos com efeito suspensivo (art. 739)".

A verdade é que, antes mesmo da mudança da legislação, o Superior Tribunal de Justiça já admitia a alienação de bens do executado na pendência de recurso de apelação nos embargos. E a doutrina concordava com isso. Vide trecho de obra do professor Cândido Rangel Dinamarco, de 2004:

Tais razões, manifestamente ligadas à promessa constitucional de tutela jurisdicional efetiva e tempestiva (supra, n. 43), motivaram a fortíssima linha jurisprudencial formada no sentido de ser definitiva e não provisória a execução quando pende recurso contra uma dessas sentenças [refere-se às sentenças de mérito e terminativa dos embargos]. Esse pensamento prepondera notadamente no Superior Tribunal de Justiça, onde se vem afirmando que 'tal definitividade abrange todos os atos, podendo realizar-se a praça para a alienação do bem penhorado, com a expedição da respectiva carta de arrematação' [...] A solução dada pela jurisprudência é portanto boa em face do objetivo de fornecer uma tutela jurisdicional efetiva e mais célere, mas conceitualmente essa não deixa de ser uma execução provisória [porque passível de revisão]<sup>205</sup>

---

<sup>205</sup> DINAMARCO, Cândido Rangel. "Instituições de Direito Processual Civil – Volume IV", p. 765.

Com efeito, nossa Corte Superior já tinha consolidado o entendimento pró-exequente, como se observa de sua Súmula 317, *in verbis*: “É definitiva a execução de título extrajudicial, ainda que pendente apelação contra sentença que julgue improcedentes os embargos”. O referido enunciado foi publicado em 18 de outubro de 2005, mas reflete um posicionamento que se consolidou durante a década de 90. Destaque-se decisão de 1992:

PROCESSUAL CIVIL. EXECUÇÃO POR TÍTULO EXTRAJUDICIAL. DEFINITIVIDADE. A execução por título extrajudicial tem sempre caráter definitivo, ainda quando improvidos embargos do devedor, pendente a sentença de decisão de agravo de instrumento que não admitiu recurso extraordinário e arguição de relevância” (STJ, REsp 16966/PR, Rel. Ministro DIAS TRINDADE, TERCEIRA TURMA, julgado em 25/02/1992, DJ 23/03/1992, p. 3485).

Ainda em 1992, a decisão no REsp 11203/SP no mesmo sentido. No transcurso da década de 90 este posicionamento seria consolidado pelas decisões proferidas nos REsp 36929/GO, REsp 39481/SP, REsp 37702/SP, REsp 57689/GO, REsp 71504/SP, dentre muitas outras.

Assim sendo, era admitida a interpretação que permitia a alienação de bens após o julgamento dos embargos, mesmo na pendência de recurso de apelação, pois este não teria o condão de afastar a definitividade da execução. Saliente-se os seguintes julgados do Superior Tribunal de Justiça sobre a questão:

PROCESSUAL CIVIL. EXECUÇÃO DE TÍTULO EXTRAJUDICIAL. EMBARGOS À EXECUÇÃO. APELAÇÃO RECEBIDA SOMENTE NO EFEITO DEVOLUTIVO. ALIENAÇÃO DE BENS PENHORADOS. POSSIBILIDADE. ART. 587 DO CPC.

1. Entendimento desta Corte no sentido de que a execução fundada em título extrajudicial é definitiva nos termos do art. 587 do CPC, ainda que pendente julgamento de recurso recebido somente no efeito devolutivo contra sentença que não acolheu os embargos do devedor.

[...]

3. Recurso especial provido.

(STJ, REsp 733.780/SP, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 05/08/2008, DJe 22/08/2008)

AGRAVO REGIMENTAL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. CONTRATO BANCÁRIO. SÚMULA 284/STF. DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL NÃO COMPROVADO. EXECUÇÃO DEFINITIVA. SÚMULA 317/STJ. EMBARGOS JULGADOS IMPROCEDENTES. APELAÇÃO. EFEITO APENAS DEVOLUTIVO. DECISÃO AGRAVADA MANTIDA.

[...]

III - Quanto à provisoriedade da execução, a discussão encontra-se superada no âmbito desta Corte, com a edição da Súmula 317, no sentido de que “É

definitiva a execução de título extrajudicial, ainda que pendente apelação contra sentença que julgue improcedentes os embargos". Portanto, julgados improcedentes os embargos, a execução que iniciou com caráter definitivo prosseguirá como definitiva, mesmo que o embargante interponha recurso de apelação, cujo efeito é apenas devolutivo (Código Processo Civil, artigo 520, V).

IV - Os agravantes não trouxeram nenhum argumento capaz de modificar a conclusão do julgado, a qual se mantém por seus próprios fundamentos.

V - Agravo Regimental improvido.

(STJ, AgRg no Ag 1268923/SP, Rel. Ministro SIDNEI BENETI, TERCEIRA TURMA, julgado em 22/06/2010, DJe 01/07/2010)

Ocorre que, à época que tal entendimento foi pacificado em nossa Corte Superior, os embargos ainda possuíam efeito suspensivo *ope legis*. Portanto, a mera oposição dos embargos do devedor já suspendia a tramitação da execução. Com o julgamento dos embargos, no caso de improcedência, a execução voltaria a tramitar, e, de acordo com o Superior Tribunal de Justiça, teria natureza definitiva, permitindo-se a expropriação de bens. De qualquer forma, ainda havia uma proteção ao executado, pois seus bens nunca seriam atingidos antes de uma sentença nos embargos.

Atualmente, com as alterações da Lei 11.382/2006, não existiria qualquer impedimento para a alienação de bens antes mesmo da prolação de sentença nos embargos. De fato, não tendo o magistrado atribuído efeito suspensivo aos embargos do devedor, a execução segue seu rumo até a satisfação do crédito do exequente. Deste modo, na hipótese de oposição de embargos do devedor, se estes não forem recebidos com efeito suspensivo, a execução continuará sendo definitiva, o que permitirá, inclusive, a alienação de bens. Ou seja, as teses de defesa do executado sequer foram apreciadas pelo Poder Judiciário, e o exequente tem o direito de espoliar o seu patrimônio, graças às características do título extrajudicial.

Entretanto, e aqui a incoerência da legislação é patente, no caso de título judicial, a execução torna-se definitiva apenas após o trânsito em julgado. Nos termos do Código de Processo Civil: "Art. 475-I. [...] §1º. É definitiva a execução da sentença transitada em julgado e provisória quando se tratar de sentença impugnada mediante recurso ao qual não foi atribuído efeito suspensivo". Não é necessário muito esforço para constatar a perplexidade da situação. O título extrajudicial tem mais força do que um acórdão. Com efeito, a execução de título extrajudicial permite a alienação de bens do devedor, desde logo, a não ser que os embargos sejam recebidos no efeito suspensivo, mas a alienação de bens no cumprimento de sentença apenas ocorre após a formação da coisa julgada.

Destarte, fica a indagação: é lícito alienar bens do executado antes mesmo do julgamento de seus embargos? Caso o magistrado não lhes atribua efeito suspensivo, a marcha executiva pode continuar até a prática de atos expropriatórios?

O entendimento ora defendido, respaldado no artigo 5º, LXXVIII, da Constituição Federal, é que este procedimento não seria constitucional. Ainda que o Código de Processo Civil, sistematicamente interpretado, permita a realização de atos satisfativos antes do julgamento dos embargos, tal prática esbarraria no texto constitucional que, como se sabe, é supremo no ordenamento jurídico brasileiro. Defende-se, portanto, que a alienação de bens do executado sem que os embargos tenham sido julgados caracteriza violação ao direito fundamental do executado à razoável duração do processo.

Vai-se mais além, inclusive, contrariando o teor da Súmula 317, do Superior Tribunal de Justiça, pois, a nosso ver, os atos de alienação não poderiam ser realizados antes do julgamento da apelação dos embargos. Isto por força do disposto no artigo 475-I, § 1º, do Código de Processo Civil, pois não seria razoável conceder um regime mais benéfico ao título extrajudicial, produzido, muitas vezes, unilateralmente pelo exequente (vide uma duplicata sem aceite), do que ao título judicial, produzido em um procedimento contraditório. Logo, se a lei impede a alienação de bens no cumprimento de sentença havendo pendência de recurso especial, *a fortiori*, não se poderia permitir a expropriação na pendência da apelação dos embargos, ainda que estes tivessem sido julgados integralmente improcedentes.

Mesmo que o julgamento no tribunal possa demorar meses, no caso do Tribunal de Justiça do Paraná, e, no caso específico do Tribunal de Justiça de São Paulo, anos, este é um tempo necessário para que a expropriação tenha o mínimo de legitimidade, pela confirmação da improcedência dos embargos por um segundo órgão jurisdicional. Entretanto, nada impede que a execução tenha sua regular tramitação, com penhora, discussão da conta e avaliação, na pendência dos embargos. Porém, nenhum ato de alienação de propriedade pode ser realizado nesta fase, dando-se efetividade ao direito fundamental previsto no artigo 5º, LXXVIII, da Constituição Federal.

Afinal, a duração do processo de execução deve ser razoável também para o executado. E, sob este aspecto, a expropriação de bens antes da apreciação judicial de suas teses de defesa implica uma velocidade inapropriada e inconstitucional do feito executivo.

Na pesquisa realizada na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça encontrou-se uma interessante ressalva do Ministro JOSÉ DELGADO, coadunando com esta tese. Porém, o referido julgador deixou de lado seu entendimento pessoal para seguir o posicionamento dominante da Corte Superior:

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL. EXECUTIVO FISCAL. EMBARGOS.

EXECUÇÃO PROVISÓRIA. SENTENÇA DE IMPROCEDÊNCIA. EFEITO DEVOLUTIVO.

PROSSEGUIMENTO DO FEITO ENQUANTO PENDENTE DE APRECIÇÃO RECURSO DE APELAÇÃO. ADMISSIBILIDADE. NOVO ENTENDIMENTO. PRECEDENTES.

NÃO-APLICAÇÃO, AO CASO, DO ART. 587, IN FINE, COM A REDAÇÃO DADA PELA LEI Nº 11.382/2006.

[...]

2. A mensagem do art. 587 do CPC, na parte em que dispõe ser definitiva a execução quando fundada em título extrajudicial, deve ser interpretada com os limites postos pelo § 1º do art. 739 do CPC, conforme a Lei nº 8.953/94, ao afirmar serem sempre recebidos com efeito suspensivo os embargos interpostos pelo devedor executado.

3. Surge como construção interpretativa lógica a conclusão de que a execução será definitiva, tão-somente, quando não forem interpostos embargos do devedor ou estes tenham sido julgados definitivamente, quer quanto ao mérito, quer por via de rejeição liminar.

4. Pendente apelação contra a sentença que julga improcedentes, ou parcialmente procedentes, embargos do devedor, a execução não é definitiva, mas provisória, não podendo chegar, portanto, a atos que importem alienação. A alienação de bens penhorados antes do julgamento da apelação proposta poderá acarretar dano de difícil reparação, uma vez que, caso provido o recurso, não poderá obter de volta os bens alienados, tendo em vista os direitos assegurados ao adquirente de boa-fé.

[...]

7. Ressalva de ponto de vista do Relator, em homenagem à segurança jurídica, aderindo ao novo posicionamento do STJ.

8. O art. 587, com a nova redação dada pela Lei nº 11.382/2006, é clara ao afirmar que a execução fundada em título extrajudicial é definitiva. No entanto, é provisória enquanto pendente apelação da sentença de improcedência dos embargos do executado, quando recebidos com efeito suspensivo. In casu, a apelação da sentença de improcedência dos embargos não foi recebida com efeito suspensivo, mas apenas devolutivo.

9. Agravo regimental não-provido.

(STJ, AgRg no Ag 843.975/MG, Rel. Ministro JOSÉ DELGADO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 10/04/2007, DJ 10/05/2007, p. 352)

Assim sendo, a alienação de bens do executado antes do julgamento dos embargos caracteriza ofensa ao seu direito fundamental à razoável duração do processo (art. 5º, LXXVIII, da Constituição Federal), tratando-se de ato expropriatório prematuro, que apenas atende aos interesses do exequente, ficando aqui a crítica à posição dominante do Superior Tribunal de Justiça.

#### 4.3.3 Tempo para a Defesa na Execução: a Questão da Emenda da Inicial nos Embargos do Devedor

Por fim, o último tema a ser abordado, para efetivação do direito fundamental do executado à razoável duração do processo, lembrando que nunca se pretendeu esgotar a matéria, diz respeito ao tempo necessário à defesa no processo executivo.

Com efeito, impedir que o executado exerça o seu direito de defesa no feito executivo, que na maioria das vezes ocorre através da oposição de embargos, além de violar o disposto no artigo 5º, LIV e LV, da Constituição Federal, acaba afrontando a razoável duração do processo, sobremaneira quando os Tribunais valem-se do argumento da celeridade para justificar tais limitações.

Como se sabe, a emenda da petição inicial não estava prevista no Código de Processo Civil de 1939, sendo uma novidade do diploma processual de 1973. No regime anterior, o processo iniciado com uma exordial defeituosa estava fadado à extinção. Agora, o *caput* do artigo 284, da lei processual, preceitua que:

Verificando o juiz que a petição inicial não preencha os requisitos exigidos nos arts. 282 e 283, ou que apresenta defeitos e irregularidades capazes de dificultar o julgamento de mérito, determinará que o autor a emende, ou a complete, no prazo de 10 (dez) dias.

Trata-se de importante inovação, harmônica com os princípios da instrumentalidade, economia e celeridade processual. Inclusive, o advento da Constituição Federal de 1988 reforçou a relevância do instituto da emenda da inicial, pela facilitação que proporciona ao acesso à Justiça (art. 5º, XXXV, CF).

O Superior Tribunal de Justiça sempre deu ampla aplicação ao instituto da emenda da inicial, permitindo ao litigante que retificasse algum ponto obscuro, ou que juntasse algum documento indispensável ao julgamento da causa. Neste sentido, pode-se citar vários julgados daquele sodalício, de diferentes turmas, inclusive quanto à emenda na hipótese de embargos do devedor:

PROCESSO CIVIL – FGTS – EMBARGOS À EXECUÇÃO – DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL NÃO CONFIGURADO – APLICAÇÃO SUBSIDIÁRIA DO CPC – ART. 284 – EMENDA DA INICIAL – POSSIBILIDADE.

1. Improperável o recurso pela alínea "c" quando não observados os requisitos dos arts. 255 e parágrafos do RISTJ e 541, parágrafo único, do CPC.

2. A jurisprudência desta Corte firmou entendimento no sentido de que, quando a petição inicial dos embargos não preenche os requisitos dos artigos 282 e 283 do CPC, é possível oportunizar à embargante a emenda à inicial, nos termos do art. 284, parágrafo único.

3. Recurso especial conhecido em parte e, nessa parte, provido.  
(STJ, REsp 962.629/RS, Rel. Ministra ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, julgado em 04/03/2008, DJe 14/03/2008 – grifamos e destacamos)

PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DO DEVEDOR. INÉPCIA DA INICIAL. NÃO CARACTERIZAÇÃO. BEM DE FAMÍLIA. PENHORA DE PARTE COMERCIAL DO IMÓVEL. POSSIBILIDADE.

I - Segundo a jurisprudência desta Corte, "o indeferimento da petição inicial, quer por força do não preenchimento dos requisitos exigidos nos artigos 282 e 283, do CPC, quer pela verificação de defeitos e irregularidades capazes de dificultar o julgamento de mérito, reclama a concessão de prévia oportunidade de emenda pelo autor e o transcurso in albis do prazo para cumprimento da diligência determinada, ex vi do disposto no artigo 284, do CPC." (REsp 812.323/MG, Rel. Min. LUIZ FUX, DJ 2.10.08).

II - É possível a penhora de parte do bem que não se caracteriza como bem de família quando, levando-se em conta as peculiaridades do caso, não houver prejuízo para a área residencial do imóvel também utilizado para o exercício de comércio.

III - Hipótese em que o andar inferior do imóvel é ocupado por duas lojas, ficando restrita a moradia dos recorridos ao andar superior.

Recurso Especial provido.

(STJ, REsp 1018102/MG, Rel. Ministro SIDNEI BENETI, TERCEIRA TURMA, julgado em 12/08/2010, DJe 23/08/2010 – grifamos e destacamos)

Como visto, a Lei 11.382/06 modificou os embargos do devedor, retirando-lhe o efeito *ope legis* de suspensão da execução. Além disso, impôs ao executado, quando do manejo dos embargos, na hipótese de alegação de excesso de execução, que declinasse o valor que entendesse correto. Nos termos do artigo 739-A, § 5º, do Código de Processo Civil:

Quando o excesso de execução for fundamento dos embargos, o embargante deverá declarar na petição inicial o valor que entende correto, apresentando memória de cálculo, sob pena de rejeição liminar dos embargos ou de não conhecimento desse fundamento.

Ocorre que, com o advento da Lei 11.382/06, no ambiente febril da celeridade processual, o Superior Tribunal de Justiça passou a não mais admitir a emenda da inicial dos embargos do devedor quando desprovidos da memória de cálculo prevista no artigo 739-A, § 5º, do Código de Processo Civil. Destaquem-se algumas decisões:

FGTS. VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC. NÃO-OCORRÊNCIA EMBARGOS À EXECUÇÃO. CONTRARIEDADE AO ART. 284 DO CPC. EMENDA À INICIAL.

CONCESSÃO DE PRAZO. IMPOSSIBILIDADE. IMPUGNAÇÃO GENÉRICA DO CÁLCULO EXEQÜENDO.

1. Se a questão suscitada restou suficientemente apreciada nos embargos de declaração, não há por que cogitar de ofensa ao disposto no art. 535 do CPC.

2. A impugnação genérica do cálculo exeqüendo enseja a rejeição liminar dos embargos à execução, sendo prescindível a concessão de prazo para emendar a exordial.

3. Recurso especial improvido.

(STJ, REsp 938.395/RS, Rel. Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, SEGUNDA TURMA, julgado em 19/06/2007, DJ 02/08/2007, p. 455)

PROCESSO CIVIL – EMBARGOS À EXECUÇÃO – APLICAÇÃO SUBSIDIÁRIA DO CPC – ART. 284 – EMENDA DA INICIAL – IMPOSSIBILIDADE - INCIDÊNCIA DO ART. 739-A DO CPC.

1. A recente jurisprudência desta Corte, reforçando o preceituado no art. 739-A do CPC, firmou entendimento segundo o qual, quando os embargos à execução tiverem por fundamento excesso de execução, o embargante deverá demonstrar na petição inicial o valor que entende correto, juntamente com a memória do cálculo, sob pena de rejeição liminar dos embargos.

2. Recurso especial não provido.

(STJ, REsp 1175134/PR, Rel. Ministra ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, julgado em 04/03/2010, DJe 18/03/2010)

Deste modo, os Ministros negaram o acesso à Justiça a vários executados que se olvidaram da memória de cálculo, ou que não conseguiram apresentá-la. Isto porque, nos termos do artigo 738, do Código de Processo Civil, o devedor possui quinze dias para manejar os respectivos embargos. Ora, aqueles que lidam no foro sabem que, dependendo da origem da execução, principalmente se de contrato de abertura de crédito, cujo período de apuração do débito é extenso, é muito difícil ou quase impossível obter um laudo contábil em tão curto prazo. Ao mesmo tempo, para aqueles devedores que não possuem recurso algum e que, inclusive, requerem a aplicação da Lei 1.060/50, é economicamente impossível apresentar a tal memória, pois nenhum profissional de contabilidade trabalha *pro bono*. Logo, além da impropriedade técnica de alguns advogados, que podem se esquecer da nova disposição legal, existem outros empecilhos à apresentação imediata de memória de cálculo, pelo que, a emenda da inicial mostra-se essencial para assegurar o mínimo de respeito aos direitos fundamentais do executado.

Aliás, especificamente sobre o artigo 739-A, § 5º, do Código de Processo Civil, o jurista José Miguel Garcia Medina, doutor pela PUC(SP), dispõe: “Tendo em vista que, no caso, os embargos veiculam ação de execução, pensamos que, antes de indeferi-los

liminarmente, deverá o juiz intimar o embargante para que este proceda a emenda da petição inicial de embargos”<sup>206</sup>.

As referidas decisões do Superior Tribunal de Justiça, como é comum ocorrer, causaram um efeito cascata no Poder Judiciário, estimulando vários juízes e vários Tribunais Regionais a indeferirem embargos de devedor, sem que fosse proporcionado ao executado a emenda de sua inicial.

Ocorre que, à luz do direito fundamental do executado à razoável duração do processo, evidencia-se o abuso do Superior Tribunal de Justiça, já que a extinção dos embargos do devedor sem a possibilidade de emenda configura extinção prematura do processo, caracterizadora de negativa de prestação jurisdicional. Conforme defendido, o tempo da execução deve ser adequado aos interesses do exequente, mas também do executado. É evidente que o tempo despendido para a emenda da inicial, algumas semanas, não traz significativo prejuízo ao exequente. Por outro lado, o não julgamento do mérito dos embargos impõe um gigantesco prejuízo ao executado, permitindo o prosseguimento de uma execução, muitas vezes, absurdamente excessiva.

Assim sendo, deve-se criticar as decisões de nossa Corte Superior, acima destacadas, que impediram a emenda da inicial dos embargos do devedor, e que, por tal razão, plasmaram em prematura extinção dos embargos, o que afronta diretamente o disposto no artigo 5º, LXXVIII, da Constituição Federal. A execução e os embargos devem ter um prazo razoável, e negar a emenda da inicial dos embargos significa desafiar esta razoabilidade.

De qualquer modo, na pesquisa realizada foram encontrados alguns julgados do próprio Superior Tribunal de Justiça em sentido contrário, a demonstrar que ainda há esperança. Faz-se necessária a transcrição de todos, pois relatados por diferentes Ministros:

PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. EXECUÇÃO. EMBARGOS À EXECUÇÃO. PREVENÇÃO. PREJUDICIALIDADE EXTERNA. NÃO-OCORRÊNCIA. EXCESSO DE EXECUÇÃO. MEMÓRIA DE CÁLCULO. EMENDA À INICIAL. POSSIBILIDADE. RECEBIMENTO DOS EMBARGOS. NULIDADE DO PROCESSO A PARTIR DA DECISÃO QUE NÃO RECEBEU OS EMBARGOS À EXECUÇÃO QUANTO AO ALEGADO EXCESSO DE EXECUÇÃO. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

[...]

4. Não há como afastar a necessidade de garantia do juízo para a concessão de efeito suspensivo aos embargos à execução.

<sup>206</sup> MEDINA, José Miguel Garcia. “Execução”, p. 128.

5. A jurisprudência desta eg. Corte Superior, nos termos do art. 598 do CPC, tem reconhecido a aplicabilidade do art. 284 do mesmo diploma processual aos embargos do devedor, autorizando que, em caso de alegação de excesso de execução, determine o magistrado a intimação da parte embargante para, emendando a petição, apresentar a memória de cálculo relativa ao *quantum debeat* que considera devido. Assim, deve ser oportunizada ao embargante a possibilidade de emendar a petição de embargos à execução, em virtude da existência de defeitos ou irregularidades. Somente em caso de descumprimento da diligência, no prazo de 10 (dez) dias, é que seria possível ao juiz indeferir a petição.

6. Portanto, se a jurisprudência do eg. Superior Tribunal de Justiça delinea a necessidade de intimação da parte embargante para emendar a petição de embargos à execução, apresentando memória de cálculo - afastando, por conseguinte, a possibilidade de indeferimento liminar dos mencionados embargos com base neste fundamento, sem que antes seja providenciada a diligência acima -, torna-se ainda mais plausível o direito da ora recorrente, tendo em vista que ela providenciou a referida emenda, antes mesmo da intimação do exequente ou da análise pelo magistrado do recebimento, ou não, dos embargos. Assim, não parece razoável que sequer seja admitida a emenda.

7. O recurso especial merece ser conhecido e, parcialmente, provido, decretando-se a nulidade do processo a partir da decisão de fls.

576/577, com a baixa dos autos à Vara de origem.

(STJ, REsp 1224215/PR, Rel. Ministro RAUL ARAÚJO, QUARTA TURMA, julgado em 01/09/2011, DJe 22/09/2011)

PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. ALÍNEA "C". NÃO-DEMONSTRAÇÃO DA DIVERGÊNCIA. VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC. DEFICIÊNCIA NA FUNDAMENTAÇÃO. SÚMULA 284/STF. EMBARGOS À EXECUÇÃO. POSSIBILIDADE DE EMENDA À PETIÇÃO INICIAL. ART. 284 DO CPC.

[...]

3. É cabível a abertura de prazo para que o autor regularize a petição inicial dos Embargos de Devedor. A extinção do processo, sem exame de mérito, somente poderá ser proclamada depois de proporcionada à parte tal oportunidade, nos termos do art. 284 do CPC, em observância ao princípio da função instrumental do processo. Precedentes do STJ.

4. Dessume-se que o acórdão recorrido está em sintonia com o atual entendimento do STJ, razão pela qual não merece prosperar a irresignação. Incide, in casu, o princípio estabelecido na Súmula 83/STJ, aplicada por analogia também à alínea "a" do art. 105, III, da Constituição Federal de 1988.

5. O agravante reitera, em seus memoriais, as razões do Agravo Regimental, não apresentando nenhum argumento novo.

6. Agravo Regimental não provido.

(STJ, AgRg no AREsp 8.006/SC, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 28/06/2011, DJe 01/09/2011)

PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS À EXECUÇÃO. POSSIBILIDADE DE EMENDA. ART. 284 DO CPC.

1. Consoante o artigo 284 do Código de Processo Civil é possível que o devedor emende a inicial dos embargos quando a sua inépcia ocorrer por falta de apresentação de cálculos ou de outros elementos indicativos de erro no *quantum* executado, providência também facultada ao credor pelo disposto do artigo 616 do Código de Processo Civil na proemial da ação de

execução, caso os cálculos apresentados não reflitam a exatidão da quantia postulada.

Precedentes.

2. Agravo regimental não provido.

(STJ, AgRg no REsp 1184676/RR, Rel. Ministro CASTRO MEIRA, SEGUNDA TURMA, julgado em 11/05/2010, DJe 21/05/2010)

Assim sendo, para dar efetividade ao direito fundamental do executado à razoável duração do processo, critica-se o posicionamento jurisprudencial do Superior Tribunal de Justiça, que já vem sofrendo modificação, e defende-se a adequada interpretação do instituto da emenda da inicial, de modo a proporcionar ao executado a adequação de seus embargos do devedor, inclusive no que tange à exigência do artigo 739-A, § 5º, do Código de Processo Civil, impedindo-se a prematura extinção do processo de embargos.

## CONCLUSÃO

Para o desfecho desta dissertação optou-se pela elaboração de uma conclusão geral, sem utilização de tópicos, que pudesse compilar em alguns parágrafos os resultados obtidos na pesquisa realizada.

Tinha-se como objetivo, conforme exposto na introdução, verificar se o executado realmente teria o direito fundamental à razoável duração do processo e quais seriam as consequências práticas, ou pelo menos algumas delas, para a efetivação concreta deste direito.

Após a pesquisa realizada não se encontrou qualquer disposição doutrinária ou qualquer precedente jurisprudencial que reconhecesse expressamente o direito fundamental do executado à razoável duração do processo. Por outro lado, também não se encontrou qualquer um que o negasse. Assim, ante o silêncio acadêmico e forense – evitando-se a mera solução normativa plasmada em raciocínio dedutivo a partir do disposto no artigo 5º, LXXVIII, da Constituição Federal – buscou-se demonstrar como a doutrina e os Tribunais já reconhecem o direito fundamental do réu à razoável duração do processo, seguindo, inclusive, entendimento da própria Corte Européia dos Direitos do Homem. Desta forma, defendeu-se que o mesmo raciocínio seja aplicado ao executado, apesar das diferenças entre processo cognitivo e executivo. De qualquer forma, como o Direito é um fenômeno retórico, a pesquisa revelou a desnecessidade de construção de maiores argumentos a favor do direito fundamental do executado à razoável duração do processo, em virtude da total ausência de posicionamentos concretos contrários ao seu reconhecimento.

Verificou-se que o grande problema existente não é o reconhecimento do direito fundamental, mas sim sua efetivação. Isto porque alguns entendimentos jurisprudenciais do Superior Tribunal de Justiça, seguidos pela maioria da magistratura, inclinam-se a favor do exequente, sem considerar a situação processual do executado. É o que se observa, por exemplo, na aplicação da prescrição intercorrente, que depende do reconhecimento da inércia do exequente, requisito este não previsto em lei, criado pela Corte Superior, interpretado em sentido restrito, ou seja, inércia enquanto ausência de qualquer manifestação da parte exequente. Também é o que se verifica com a possibilidade legal de alienação de bens do executado antes mesmo do julgamento dos embargos do devedor, aplicada pelo Superior Tribunal de Justiça, assim como a vedação à emenda da inicial dos embargos do devedor quando carente de memória de cálculo.

Estes são alguns dos entendimentos jurisprudenciais, ancorados na premissa de que a execução deve ser célere, que beneficiam o exequente, maculando definitivamente o direito fundamental do executado à razoável duração do processo. Afinal, um processo executivo sem fim, uma prematura alienação de bens anterior ao definitivo julgamento dos embargos, ou uma prematura extinção dos embargos do devedor por inépcia da inicial, são fenômenos nada razoáveis, uma vez considerados os legítimos interesses do executado.

O reconhecimento do direito fundamental do executado à razoável duração do processo deveria produzir efeitos na interpretação das normas jurídicas existentes, o que não tem ocorrido. Ora, esta manutenção do *status quo* não decorre de razões lógicas ou científicas, mas sim de posturas políticas e ideológicas dos diferentes participantes do sistema jurídico.

Conforme se viu, o ensino do direito encontra-se difundido por todo o território nacional e em diferentes níveis, graduação, pós-graduação *lato sensu*, *stricto sensu*, cursos preparatórios para concurso, etc. Inclusive, são vários os programas de mestrado e doutorado que versam sobre direito processual civil. Toda esta estrutura de formação replica o senso comum teórico ao invés de desafiá-lo. Com efeito, o ensino jurídico cumpre uma função de homogeneização de pensamento, no caso, a favor do exequente, o que contribui para a não efetivação do direito fundamental do executado à razoável duração do processo.

A doutrina processual, entendida em seu sentido estrito, também tem o seu papel nesta situação. Como visto, ela é construída de autores oriundos de pólos de excelência, historicamente estabelecidos, que ocupam importantes posições públicas e colonizam o mercado editorial nacional. São eles que ditam os pensamentos dominantes, que se propagam pelo ensino, pelos livros e pelos Tribunais. O silêncio observado quanto ao tema ora em análise, apesar da mudança constitucional em 2004 e da alteração no processo executivo em 2006, sugere o desinteresse pela situação do executado nas demandas cíveis.

Também a magistratura e a advocacia contribuem para a não efetivação do direito fundamental do executado à razoável duração do processo. Aquela ao não compreender que o Judiciário é verdadeiro Poder, insistindo em uma noção técnico-burocrática do julgador, como mero aplicador da lei. Os causídicos, ao acolherem o senso comum teórico, reproduzindo-o como aprendido nos bancos da faculdade.

Com efeito, isto deve ficar claro, não são estruturas teóricas, etéreas, que desafiam a efetivação de direitos fundamentais, mas homens e mulheres reais, docentes, juristas, magistrados e advogados. E para reconstruir estes homens e mulheres, dando-lhes a

oportunidade de pensar diferente, além de uma histórica noção de realidade, é crucial enfrentar idéias equivocadas.

Para que o direito fundamental do executado à razoável duração do processo seja efetivado é preciso compreender aquilo que sercunda a noção de razoável duração do processo. Entender que mesmo antes da Emenda Constitucional nº 45/04, que introduziu o inciso LXXVIII ao artigo 5º, já se considerava o aspecto temporal na construção do sistema processual civil, e que o direito à razoável duração do processo já estava assegurado pelo Pacto de São José da Costa Rica e pela interpretação dada ao artigo 5º, incisos XXXV e LIV, da Constituição Federal, o que não retira a importância da modificação constitucional, pelo estímulo dado à discussão doutrinária, com a criação de novo argumento, apto a embasar arrazoados forenses e decisões judiciais.

Compreender que a velocidade processual não é uma virtude absoluta e que seu endeusamento pode macular gravemente os direitos fundamentais historicamente construídos. Por fim, compreender que o Poder Judiciário é o grande responsável pela morosidade observada no processo civil, e não o Legislativo, o Executivo, ou mesmo as partes.

Afastadas estas idéias, verifica-se que a velocidade do processo executivo não é uma virtude absoluta, que o executado não é o principal responsável pela morosidade da execução, e que antes mesmo da Emenda Constitucional nº 45/04 o executado tinha o direito à razoável duração do processo, e esta era alcançada por uma legislação que não permitia a alienação de bens antes do julgamento dos embargos do devedor, e por uma jurisprudência que permitia amplamente a emenda de sua inicial.

Também a noção dominante de razoável duração do processo depõe contra a efetividade do direito fundamental do executado, pois vinculada a uma análise *a posteriori* da tramitação processual. Com efeito, seguindo o posicionamento da Corte Européia de Direitos Humanos, processualistas brasileiros como Fatima Nancy Andrighi, José Rogério Cruz E Tucci, Paulo Hoffman, Sidney Palharini Júnior, Enio Moraes da Silva, Fabiano Carvalho, Francisco Rosito, Ronaldo Brêtas de Carvalho Dias e Humberto Theodoro Júnior defendem que a razoável duração do processo apenas pode ser analisada ao final do procedimento. Porém, ela é algo que deve ser verificado fase a fase no processo, concomitantemente ao seu desenvolvimento, de modo a evitar que alguma lesão ocorra, principalmente à parte que está sujeita aos atos expropriatórios do Estado.

Assim sendo, pode-se concluir que o executado é titular do direito fundamental à razoável duração do processo, mas que sua efetivação encontra-se ameaçada

diretamente pelos entendimentos consolidados no Superior Tribunal de Justiça (ex. prescrição intercorrente, alienação de bens e emenda à inicial dos embargos), e reflexamente pela crença de que a celeridade deve ser buscada a todo custo, de que o executado é o grande responsável pela morosidade processual, de que a razoável duração do processo só pode ser observada *a posteriori*, pensamentos estes que marcam o senso comum teórico, que flue e reflue no ensino jurídico, na magistratura, na advocacia e na doutrina processual.

Enfim, desta forma acredita-se terem sido respeitados os compromissos assumidos no primeiro capítulo, pois o tema foi estudado em seu aspecto histórico-cultural, por um viés crítico, sempre considerando a realidade argumentativa do direito e tomando o processo como instrumento para a efetivação de direitos, que não são, obviamente, de exclusividade daquele que ocupa o pólo ativo do processo de execução.

## REFERÊNCIAS

### Livros e artigos

ALMEIDA JÚNIOR, João Mendes de. **Direito judiciário brasileiro**. 5. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1960.

ANDRIGHI, Fatima Nancy. A responsabilidade do estado pela violação do direito constitucional à razoável duração do processo. **Justiça & Cidadania**, n. 69, p. 18-19, abril de 2006

ANNONI, Danielle. **Responsabilidade do Estado pela não duração razoável do processo**. 1. ed. Curitiba: Juruá, 2009.

ASSIS, Araken de. **Manual da execução**. 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

ATIENZA, Manuel. **As razões do direito**: teorias da argumentação jurídica: Perelman, Toulmin, MacCormick, Alexy e outros. 2. ed. São Paulo: Landy, 2002.

BAPTISTA, Francisco de Paula. **Teoria e prática do processo civil e comercial**. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 1988.

BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição**: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

BARRUFFINI, Frederico Liserre. Possibilidade de efetivação do direito à razoável duração do processo. **Revista de Processo**, São Paulo, n. 139, p. 267-279, setembro de 2006.

BASTOS, Aurélio Wander. **O ensino jurídico no Brasil**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Direito e processo**: influência do direito material sobre o processo. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

BEZERRA, Márcia Fernandes. O direito à razoável duração do processo e a responsabilidade do estado pela demora na outorga da prestação jurisdicional. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim *et al* (Coord.). **Reforma do judiciário**: primeiros ensaios críticos sobre a EC n. 45/2005. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 467-479.

BITTAR, Eduardo C. B. **Direito e ensino jurídico**: legislação educacional. São Paulo: Atlas, 2001.

CARVALHO, Fabiano. EC n. 45: Reafirmação da garantia da razoável duração do processo. In WAMBIER, Teresa Arruda Alvim *et al* (Coord.). **Reforma do judiciário**: primeiros ensaios críticos sobre a EC n. 45/2005. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 215-223.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo *et al*. **Teoria geral do processo**. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. **O direito e os direitos: elementos para uma crítica do direito contemporâneo**. 2. ed. São Paulo: Max Limonad, 2001.

COELHO, Luiz Fernando. **Teoria crítica do direito**. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

COUTURE, Eduardo. **Fundamentos del derecho procesal civil**. 3. ed. Buenos Aires: Roque Depalma Editor, 1958.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **O poder dos juízes**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

DELGADO, José Augusto. Reforma do Poder Judiciário - art. 5º, LXXVIII, da CF. In WAMBIER, Teresa Arruda Alvim *et al* (Coord.). **Reforma do judiciário: primeiros ensaios críticos sobre a EC n. 45/2005**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 363-364.

DELGADO, José Augusto. Responsabilidade civil do Estado pela demora na prestação jurisdicional. **Revista de Processo**, n. 40, p. 147-156, outubro/dezembro de 1985.

DIAS, RONALDO BRÊTAS DE CARVALHO. Direito à jurisdição eficiente e garantia da razoável duração do processo na reforma do judiciário. **Revista de Processo**, n. 128, p. 164-174, outubro de 2005.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil: volume IV**. São Paulo: Malheiros, 2004.

FARIA, José Eduardo. **A reforma do ensino jurídico**. Porto Alegre: Fabris, 1987.

\_\_\_\_\_. (Coord.). **Direitos humanos, direitos sociais e justiça**. 1. ed. São Paulo: Malheiros, 1994.

\_\_\_\_\_. **Poder e legitimidade: uma introdução à política do direito**. São Paulo: Perspectiva, 1978.

FROTA NETO, José Olavo de Rodrigues. O princípio da razoável duração do processo com direito fundamental. **THEMIS - Revista da Escola Superior da Magistratura do Estado do Ceará**, v. 5, n. 1, p. 193, jan/jul de 2007.

GALDINO, Flávio. A Ordem dos Advogados do Brasil na Reforma do Ensino Jurídico. In: ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL. Conselho Federal. **Ensino Jurídico OAB: 170 anos de cursos jurídicos no Brasil**. Brasília, 1997, p. 166.

GILISSEN, John. **Introdução histórica ao direito**. 2. Ed. Lisboa: Lael, 1995.

GÓES, Gisele Santos Fernandes. Razoável duração do processo. In WAMBIER, Teresa Arruda Alvim *et al* (Coord.). **Reforma do judiciário: primeiros ensaios críticos sobre a EC n. 45/2005**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 261-268.

GOMES, Sergio Alves. **Hermenêutica constitucional: um contributo à constituição do Estado Democrático de Direito**. 1. ed. Curitiba: Juruá, 2011.

HOFFMAN, Paulo. O direito à razoável duração do processo e a experiência italiana. In WAMBIER, Teresa Arruda Alvim *et al* (Coord.). **Reforma do judiciário: primeiros ensaios críticos sobre a EC n. 45/2005**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 571-589.

KUHN, Thomas S. **A estrutura das revoluções científicas**. 9. ed. São Paulo: Perspectiva, 2007.

LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do direito**. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.

LATTANZI, Sérgio Igor. **A prescrição intercorrente no direito tributário**. Tese (Doutorado em Direito). – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. São Paulo, 2009.

LIMA, Lucas Rister de Sousa. Questões novas e velhas sobre a morosidade processual. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 11, n. 1054, 21 maio 2006. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/8428>>. Acesso em: 17 nov. 2011.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Comentários ao estatuto da advocacia e da OAB**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

\_\_\_\_\_. Educação e advocacia no III milênio. **Revista de Informação Legislativa**, ano 35, n. 138, p. 31-37, abr/jun de 1998.

LOPES, João Batista. Reforma do Judiciário e efetividade do processo civil. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim *et al* (Coord.). **Reforma do judiciário: primeiros ensaios críticos sobre a EC n. 45/2005**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 327-330.

LOPES, João Batista. Efetividade do processo e reforma do Código de Processo Civil: como explicar o paradoxo processo moderno–Justiça morosa?. **Revista de Processo**, n. 105, p. 128-138, janeiro/março de 2002.

LOPES, José Reinaldo de Lima. Crise da norma jurídica e a reforma do judiciário. In: FARIA, José Eduardo (Coord.). **Direitos humanos, direitos sociais e justiça**. 1. ed. São Paulo: Malheiros, 1994.

LYRA FILHO, Roberto. **O que é direito**. 11. ed. São Paulo: Brasiliense, 1992.

MACIEL, Adhemar Ferreira. Considerações sobre as causas do emperramento do judiciário. **Revista de Processo**, nº 97, p. 19-26, janeiro/março de 2000.

MARQUES, José Frederico. **Instituições de direito processual civil: volume I**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1962.

MEDINA, José Miguel Garcia. **Execução**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. A emenda constitucional 45/2004 e o processo. **Revista de Processo**, n. 130, p. 235-248, dezembro de 2005.

PAES, Sara Maria Ströher. Direito a ser ouvido em um prazo razoável. Morosidade da justiça segundo a ótica do Tribunal Europeu de Direitos Humanos. **Revista de Informação Legislativa**, n.135, ano 34, p. 225-235, ju/set 1997.

PALHARINI JÚNIOR, Sidney. Celeridade processual - garantia constitucional pré-existente à EC n. 45 - alcance da 'nova' norma (art. 5º, LXXVIII, da CF). In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim *et al* (Coord.). **Reforma do judiciário: primeiros ensaios críticos sobre a EC n. 45/2005**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 767-784.

PATTO, Belmiro Jorge. Aspectos da dimensão temporal do processo civil nas alterações advindas da EC n. 45, de 08 de dezembro de 2004. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim *et al* (Coord.). **Reforma do judiciário: primeiros ensaios críticos sobre a EC n. 45/2005**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 101-120.

PAULA, Jônatas Luiz Moreira de. Reforma do poder judiciário e celeridade processual sob a perspectiva da tridimensionalidade do processo. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim *et al* (Coord.). **Reforma do judiciário: primeiros ensaios críticos sobre a EC n. 45/2005**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 331-342.

\_\_\_\_\_. **Uma visão crítica da jurisdição civil**. Leme: Editora de Direito, 1999.

PEDROSA, Valtércio. A lentidão do Judiciário brasileiro. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 10, n. 749, 23 jul. 2005. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/7039>>. Acesso em: 17 nov. 2011.

PEREIRA, Agostinho Oli Koppe. Relação de consumo: tempo e espaço. **Revista de Direito do Consumidor**, ano 20, n. 79, p. 323, julho/setembro de 2011.

PERELMAN, Chaïm. **Ética e direito**. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

\_\_\_\_\_. **Lógica jurídica: nova retórica**. 1. ed. São Paulo, Martins Fontes, 1998.

\_\_\_\_\_. **Retóricas**. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

\_\_\_\_\_; OLBRECHTS-TYTECA, Lucie. **Tratado da argumentação: a nova retórica**. 1. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

PORTANOVA, Rui. **Princípios do processo civil**. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

REALE, Miguel. **Filosofia do direito**. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

RODRIGUES, Francisco César Pinheiro. Morosidade da Justiça cível Brasileira: Causas e remédios. **Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil**, n. 32, p. 40-62, novembro/dezembro de 2004.

RODRIGUES, Horácio Wanderlei. EC n. 45: Acesso à Justiça e prazo razoável da prestação jurisdicional. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim *et al* (Coord.). **Reforma do judiciário:**

primeiros ensaios críticos sobre a EC n. 45/2005. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 283-292.

ROSITO, Francisco. O princípio da duração razoável do processo sob a perspectiva axiológica. *Revista de Processo*, n. 161, p. 21-38, julho de 2008.

RUZON, Bruno Ponich. **Teoria da Argumentação em Perelman**. Monografia (Especialização em Filosofia Moderna e Contemporânea). Universidade Estadual de Londrina. Londrina, 2009.

SCATERZZINI, Ana Maria Goffi Flaquer. O prazo razoável para a duração dos processos e a responsabilidade do estado pela demora na outorga da prestação jurisdicional. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim *et al* (Coord.). **Reforma do judiciário: primeiros ensaios críticos sobre a EC n. 45/2005**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 41-49.

SCHWARTZ, Stuart B. **Burocracia e sociedade no Brasil colonial: a Suprema Corte da Bahia e seus juízes: 1609-1751**. São Paulo: Perspectiva, 1979.

SILVA, Enio Moraes da. A garantia constitucional da razoável duração do processo e a defesa do Estado. **Revista de Informação Legislativa**, n. 172, ano 43, p. 23-35, out/dez 2006.

SILVA, José Afonso da. **Comentário contextual à Constituição**. São Paulo: Malheiros, 2005.

SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. **Epistemologia das ciências culturais**. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2009.

\_\_\_\_\_. **Jurisdição e execução na tradição romano-canônica**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

\_\_\_\_\_. **Teoria geral do processo civil**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

SPALDING, Alessandra Mendes. Direito fundamental à tutela jurisdicional tempestiva à luz do inciso LXXVIII do art. 5º da CF inserido pela EC n. 45/2004. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim *et al* (Coord.). **Reforma do judiciário: primeiros ensaios críticos sobre a EC n. 45/2005**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 31-40.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. Alguns reflexos da Emenda Constitucional 45, de 08.12.2004, sobre o processo civil. **Revista de Processo**, n. 124, p. 28-39, junho de 2005.

\_\_\_\_\_. Celeridade e efetividade da prestação jurisdicional. Insuficiência da reforma das leis processuais. **Revista de Processo**, n. 125, p. 61-78, julho de 2005.

TUCCI, José Rogério Cruz e. (Coord.). **Garantias constitucionais do processo civil: homenagem aos 10 anos da constituição federal de 1988**. 1. ed. São Paulo, 1999.

\_\_\_\_\_. **Tempo e processo: uma análise empírica das repercussões do tempo na fenomenologia processual (civil e penal)**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

VALLE, Marcos José. **PROUNI: política pública de acesso ao ensino superior ou privatização?** Dissertação (Mestrado em Educação). – Universidade Tuiuti do Paraná. Curitiba, 2009.

VARGAS, Jorge de Oliveira. A garantia fundamental contra a demora no julgamento dos processos. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim *et al* (Coord.). **Reforma do judiciário: primeiros ensaios críticos sobre a EC n. 45/2005**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 343-347.

VIANA, Adriana Grandinetti. **A razoável duração do processo como mecanismo de desenvolvimento social**. Dissertação (Mestrado em Direito). – Pontifícia Universidade Católica do Paraná. Curitiba, 2007.

VIGORITI, Vincenzo. Notas sobre o custo e a duração do processo civil na Itália. **Revista de Processo**, n. 43, p. 142-148, julho/setembro de 1986.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim *et al* (Coord.). **Reforma do judiciário: primeiros ensaios críticos sobre a EC n. 45/2005**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

WARAT, Luis Alberto. **Introdução geral do direito: interpretação da lei: temas para uma reformulação**. Porto Alegre: Fabris, 1994.

\_\_\_\_\_. **O direito e sua linguagem**. 2. ed. Porto Alegre: Fabris, 1995.

WOLKMER, Antonio Carlos. **Introdução ao pensamento jurídico crítico**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

\_\_\_\_\_. **História do direito no Brasil**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

YARSHELL, Flávio Luiz. A Reforma do Judiciário e a promessa de ‘duração razoável do processo’. **Revista do Advogado**, n. 75, p. 28-33, abril de 2004.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Poder judiciário: crises, acertos e desacertos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

ZANFERDINI, Flávia de Almeida Montingelli. Prazo razoável – Direito à prestação jurisdicional sem dilações indevidas. **Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil**, n. 22, p. 14-29, março/abril de 2003.

## Outros

BANCO CENTRAL DO BRASIL. **Tabela com taxa média dos juros das operações**. Disponível em: <http://www.bcb.gov.br/?txcredmes>. Acesso em 11 de fevereiro de 2012.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **100 maiores litigantes**. Brasília: 2011. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br>. Acesso em: 02 de fevereiro de 2012.

FUNDACE (Fundação para Pesquisa e Desenvolvimento da Administração, Contabilidade e Economia). **Pesquisa – Índice de Confiança dos Advogados na Justiça (ICAJ)**. Disponível em: [http://www.fundace.org.br/arquivos\\_diversos/ftp/confianca\\_justica\\_brasil.pdf](http://www.fundace.org.br/arquivos_diversos/ftp/confianca_justica_brasil.pdf) . Acesso em 02 de fevereiro de 2012.

PROGRAMA DAS NAÇÕES UNIDAS PARA DESENVOLVIMENTO. **Relatório de Desenvolvimento Humano 2010**. Nova York: 2010.

REVISTA CONSULTOR JURÍDICO. **Apesar dos esforços, cresce número de processos na Justiça**. Notícia disponível em: [http://www.conjur.com.br/2007-fev-14/apesar\\_esforcos\\_cresce\\_quantidade\\_processos](http://www.conjur.com.br/2007-fev-14/apesar_esforcos_cresce_quantidade_processos). Acesso em: 10 de março de 2012.

REVISTA CONSULTOR JURÍDICO. **Brasil tem 86,6 milhões de processos em andamento**. Notícia disponível em: <http://www.conjur.com.br/2010-set-14/brasil-866-milhoes-processos-andamento-afirma-cnj>. Acesso em: 10 de março de 2012.

REVISTA CONSULTOR JURÍDICO. **Execuções ainda são o maior gargalo do Judiciário**. Notícia disponível em: <http://www.conjur.com.br/2011-ago-29/execucoes-ainda-sao-maior-gargalo-poder-judiciario>. Acesso em: 30 de agosto de 2011.

REVISTA CONSULTOR JURÍDICO. **Marco Aurélio pede maior número de ministros no STJ**. Notícia disponível em: <http://www.conjur.com.br/2011-ago-04/ministro-marco-aurelio-ampliacao-numero-cadeiras-stj>. Acesso em: 05 de agosto de 2011.

REVISTA CONSULTOR JURÍDICO. **Morosidade lidera ranking de reclamações no CNJ**. Notícia disponível em: <http://www.conjur.com.br/2012-jan-02/morosidade-judiciario-lidera-ranking-reclamacoes-cnj>. Acesso em: 03 de janeiro de 2012.

REVISTA CONSULTOR JURÍDICO. **Presidente do STF diz que prefere errar a demorar a julgar**. Notícia disponível em: [http://www.conjur.com.br/2003-dez-01/mauricio\\_correa\\_prefere\\_errar\\_demorar\\_julgar](http://www.conjur.com.br/2003-dez-01/mauricio_correa_prefere_errar_demorar_julgar). Acesso em: 10 de março de 2012.

REVISTA CONSULTOR JURÍDICO. **Setor público e bancos são os maiores litigantes**. Notícia disponível em: <http://www.conjur.com.br/2011-mar-31/setor-publico-bancario-sao-maiores-clientes-justica-brasileira>. Acesso em: 11 de fevereiro de 2012.

REVISTA CONSULTOR JURÍDICO. **STF arquiva ação contra indicação de Toffoli**. Notícia disponível em: <http://www.conjur.com.br/2009-set-30/supremo-arquiva-acao-indicacao-toffoli-corte?im>. Acesso em: 07 de agosto de 2011.

REVISTA CONSULTOR JURÍDICO. **STJ é contra aumento do número de Ministros**. Notícia disponível em <http://www.conjur.com.br/2011-nov-10/stj-aumento-numero-ministros-corte>. Acesso em: 12 de novembro de 2011.

REVISTA CONSULTOR JURÍDICO. **Toffoli tem uma 2ª condenação na Justiça do Amapá**. Notícia disponível em: <http://www.conjur.com.br/2009-set-20/futuro-ministro-stf-toffoli-tambem-condenacao-amapa>. Acesso em: 07 de agosto de 2011.