

X. REFLEXÕES SOBRE INSTRUMENTALIDADE, EFETIVIDADE E REFORMAS PROCESSUAIS

Mario Felipe de Lemos Gelli¹

I. BREVE HISTÓRICO DA EVOLUÇÃO DO DIREITO PROCESSUAL

Até o século XIX, o direito processual viveu o que se convencionou chamar de sua “fase sincrética”. Ele era visto como simples meio de exercício de direitos, donde surgiu, para lhe designar, a tão criticada expressão direito adjetivo.

Naquela época, absolutamente não se reconhecia a autonomia da relação de direito processual frente à relação de direito material, tampouco, por conseqüência, a autonomia do direito processual como ciência. Como lembram ADA PELLEGRINI GRINOVER, CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO e ANTÔNIO CARLOS DE ARAÚJO CINTRA, esse “foi o longo período de sincretismo, que prevaleceu das origens até quando os alemães começaram a especular a natureza jurídica da ação no tempo moderno e acerca da própria natureza jurídica do processo”².

Seguiu-se a esse tempo a chamada fase conceitual do direito processual, em que se apregou o reconhecimento da não-identidade entre as relações de direito processual e as relações de direito material. A grande preocupação dos estudiosos da época foi a de, afastando-se o pensamento sincrético então prevalecente, afirmar a autonomia científica do direito processual. Veja-se o que, sobre o tema, escreveu CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO:

“Foi esse *sincretismo* jurídico, caracterizado pela confusão entre os planos substancial e processual do ordenamento estatal, que no século XIX principiou a ruir. Primeiro, questionou-se o tradicional conceito civilista de ação e afirmou-se sua grande diferença, seja no plano conceitual ou funcional, em face da *actio* romana: ela não é (como esta) instituto do direito material, mas processual; não se dirige ao adversário, mas ao juiz; não tem por objeto o bem litigioso, mas a prestação jurisdicional. A celeuma provocada por essas afirmações revolucionárias (hoje, tão naturais aos olhos do jurista moderno), acabou gerando reações em cadeia, que chegaram até à plena consciência da *autonomia* não só da ação, mas dela e dos demais institutos processuais. **A primeira dessas repercussões foi a tomada de consciência para a autonomia da relação jurídica**

¹ Mestrando em Direito Processual na Universidade do Estado do Rio de Janeiro – UERJ. Advogado no Rio de Janeiro.

² Ada Pellegrini Grinover *et al.*, *Teoria Geral do Processo*, 23. ed., rev. e atual. até 15.2.2007. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 48.

processual, que se distingue da de direito substancial pelos seus sujeitos, seus pressupostos, seu objeto. Com a descoberta da autonomia da ação e do processo, institutos que tradicionalmente ocupavam com exclusividade a primeira linha das investigações dos processualistas, pôde ser proposta desde logo a renovação dos estudos de direito processual, surgindo ele como ciência em si mesma, dotada de objeto próprio e então esboçada a definição de seu próprio método.³

Com o passar do tempo, verificou-se que o grande desenvolvimento do direito processual nessa fase autonomista ou conceitual culminara na exacerbação dos institutos processuais em detrimento da própria finalidade do processo. Em outros termos, os estudiosos do ramo haviam concentrado seus esforços no exame dos respectivos institutos e conceitos fundamentais, deixando de lado a análise dos resultados concretos do processo na vida das pessoas.

Obviamente, estando bem delineadas e fixadas as bases da matéria, não mais fazia sentido ater-se às discussões dogmáticas acerca da autonomia do direito processual⁴. Cabia aos processualistas, pois, “voltar seus olhos para o exterior” e buscar os meios para tornar a prestação jurisdicional mais célere e efetiva, de forma a garantir o acesso dos cidadãos à Justiça. As palavras de JOSÉ CARLOS BARBOSA MOREIRA ilustram muito bem o que ora se afirma:

“O direito processual conta pouco mais de um século como disciplina jurídica de autonomia científica. Custou-lhe muito esforço edificar um sistema próprio de conceitos e princípios. Era natural que, ao longo de semelhante processo de amadurecimento, os maiores cuidados se dirigissem à construção de estruturas dogmáticas firmes. Tal prioridade refletia, aliás, o conceptualismo que reinava, quase absoluto, no ambiente jurídico da época. Manifestações dessa tendência são, por exemplo, as aturadas e por vezes acerbas polêmicas doutrinárias em torno da natureza da ação, da coisa julgada, do objeto do processo...

O trabalho empreendido por espíritos agudíssimos levou a requintes de refinamento a técnica do direito processual e executou sobre fundações sólidas projetos

³ Cândido Rangel Dinamarco, *A instrumentalidade do processo*, 11. ed., rev. e atual.. São Paulo: Malheiros, 2003, pp. 18/19 – grifou-se.

⁴ “Insistir na autonomia do direito processual constitui, hoje, como que preocupar-se o físico com a demonstração da divisibilidade do átomo” (Cândido Rangel Dinamarco, *A instrumentalidade do processo*, 11. ed., rev. e atual.. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 23)

arquitetônicos de impressionante majestade. Nem sempre conjurou, todavia, o risco inerente a todo labor do gênero, o de deixar-se aprisionar na teia das abstrações e perder o contato com a realidade cotidiana. A fascinante sutileza de certas elaborações parecia ter contrapartida menos admirável no ocasional esquecimento de que nem tudo devia resumir-se num exercício intelectual realizado sob o signo da ‘arte pela arte’ – ou, se preferir, da ‘ciência pela ciência’. Não há menoscar os frutos de tão nobre fadiga. Sente-se, porém, a precisão de aplicar com maior eficácia à modelagem do real as ferramentas pacientemente temperadas e polidas pelo engenho dos estudiosos. **Noutras palavras: toma-se consciência cada vez mais clara da função instrumento do processo e da necessidade de fazê-lo desempenhar de maneira efetiva o papel que lhe toca.** Pois a melancólica verdade é que o extraordinário progresso científico de tantas décadas não pôde impedir que se fosse dramaticamente avolumando, a ponto de atingir níveis alarmantes, a insatisfação, por assim dizer universal, com o rendimento do mecanismo da justiça civil.”⁵

Ganhava corpo, então, a hoje mundialmente conhecida concepção instrumental do direito processual, que, “*com repúdio ao seu exame exclusivamente pelo ângulo interno, constitui abertura do sistema para a infiltração dos valores tutelados na ordem político-constitucional e jurídico-material*”⁶.

II. INSTRUMENTALIDADE E EFETIVIDADE DO PROCESSO

A instrumentalidade e a efetividade do processo ocupam a mente dos processualistas interessados na produção dos efeitos concretos da Justiça; estão no centro das discussões doutrinárias atuais⁷ e servem de fundamentos às mais diversas decisões de nossos Tribunais. Dada sua relevância, é importante fixar-lhes os conceitos básicos.

⁵ José Carlos Barbosa Moreira, “Tendências contemporâneas no direito processual civil”, in *Temas de direito processual*: 3. série. São Paulo: Saraiva, 1984, pp. 2/3 – grifou-se.

⁶ Cândido Rangel Dinamarco, *A instrumentalidade do processo*, 11. ed., rev. e atual.. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 381.

⁷ Por oportuno, note-se que, apesar de a maioria da doutrina considerar a instrumentalidade do processo como importante fator para o desenvolvimento da ciência do direito processual, alguns autores questionam a relevância que se tem dado a tal conceito. Citem-se como exemplo as veementes e conhecidas críticas que contra ela faz José Joaquim Calmon de Passos (“Instrumentalidade do processo e devido processo legal”, in *Revista de Processo*, ano 26, n. 102, abr-jun/2001, pp. 55-67), naquilo a que Cândido Rangel Dinamarco decidiu chamar de “*santa cruzada*”.

A instrumentalidade do processo consiste, em síntese, no reconhecimento de que ele não é algo que se exaure em si mesmo ou apenas mera ferramenta de realização do direito material; deve, ao contrário, servir de instrumento ao acesso a uma ordem jurídica justa e efetiva. Veja-se a clássica lição de CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO sobre o tema:

“A instrumentalidade do processo é vista pelo aspecto negativo e pelo positivo. O negativo corresponde à negação do processo como valor em si mesmo e repúdio aos exageros processualísticos a que o aprimoramento da técnica pode insensivelmente conduzir (...). O aspecto positivo é caracterizado pela preocupação em extrair do processo, como instrumento, o máximo de proveito quanto à obtenção dos resultados propostos (os escopos do sistema); infunde-se com a problemática da ‘efetividade do processo’ e conduz à assertiva de que ‘o processo deve ser apto a cumprir integralmente toda a sua função sócio-político-jurídica, atingindo em toda a plenitude todos os seus escopos institucionais’(...).”⁸

Destaque-se que a instrumentalidade do processo não se confunde com a instrumentalidade das formas: *“a instrumentalidade do sistema processual constitui projeção a maior da instrumentalidade das formas e suporte metodológico para a sustentação desta e seu melhor entendimento”⁹*. Trata-se, assim, de duas idéias distintas, apesar de esta última (instrumentalidade das formas) se aproximar do “aspecto negativo” da primeira (instrumentalidade do processo), já que tem a *“função de advertir para as limitações funcionais das formas”¹⁰*. Como bem definiu JOSÉ ROBERTO DOS SANTOS BEDAQUE, *“o princípio da instrumentalidade das formas constitui um valioso método de análise interna do procedimento. Representa ele aquilo que, de um ângulo externo, pretende-se exteriorizar com a expressão instrumentalidade do processo”¹¹*.

Por outro lado, afirmar-se que o processo deve ser efetivo significa dizer, na clássica lição *chiovendiana*, que por meio dele a parte deve poder obter, com o menor sacrifício e o mais rapidamente possível, tudo aquilo a que faz jus¹². Em lição que se tornou clássica, JOSÉ

⁸ Cândido Rangel Dinamarco, *A instrumentalidade do processo*, 11. ed., rev. e atual.. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 390.

⁹ Idem, p. 329.

¹⁰ Idem, p. 325.

¹¹ José Roberto dos Santos Bedaque, “Nulidade processual e instrumentalidade do processo”, in *Revista de Processo*, ano 15, n. 60, out-dez/1990, p. 32.

¹² Na nova sistematização da Teoria Geral do Processo que propõe, Paulo Cezar Pinheiro Carneiro, ao conceituar o que chama de princípio da utilidade, o identifica com a idéia de efetividade do processo: *“3.1. Significado – É fundamental que o processo possa assegurar ao vencedor tudo aquilo que ele tem direito a receber, da forma mais rápida e proveitosa possível, com menor sacrifício para o vencido. A jurisdição ideal seria aquela que pudesse, no momento mesmo da violação, conceder, a quem tem razão, o direito material”* (Paulo Cezar Pinheiro Carneiro, *Acesso à justiça: juizados especiais cíveis e ação civil pública: uma nova sistematização da teoria geral do processo*, 2. ed., rev. e atual.. Rio de Janeiro, Forense, 2000, p. 79).

CARLOS BARBOSA MOREIRA traçou uma espécie de “programa básico” da efetividade do processo:

“Digladiam-se as doutrinas; mas, para fins práticos, talvez seja possível enunciar algumas proposições em que todos (ou quase todos) se inclinarão a convir, sempre que se queira fixar os requisitos básicos que o processo há de buscar satisfazer, para merecer a qualificação de ‘efetivo’. Elas configuram, por assim dizer, a problemática essencial da ‘efetividade’, que – sem esquecer quanto existe de subjetivo, quiçá de arbitrário, em qualquer escolha – ousaríamos resumir nos seguintes pontos:

- a) o processo deve dispor de instrumentos de tutela adequados, na medida do possível, a todos os direitos (e outras posições jurídicas de vantagem) contemplados no ordenamento, quer resultem de expressa previsão normativa, quer se possam inferir do sistema;
- b) esses instrumentos devem ser praticamente utilizáveis, ao menos em princípio, sejam quais forem os supostos titulares dos direitos (e das outras posições jurídicas de vantagem) de cuja preservação ou reintegração se cogita, inclusive quando indeterminado ou indeterminável o círculo dos eventuais sujeitos;
- c) impende assegurar condições propícias à exata e completa reconstituição dos fatos relevantes, a fim de que o convencimento do julgador corresponda, tanto quanto puder, à realidade;
- d) em toda a extensão da possibilidade prática, o resultado do processo há de ser tal que assegure à parte vitoriosa o gozo pleno da específica utilidade a que faz jus segundo o ordenamento;
- e) cumpre que se possa atingir semelhante resultado com o mínimo dispêndio de tempo e energias.”¹³

A instrumentalidade e a efetividade do processo têm servido de verdadeira força-motriz às reformas processuais implementadas no ordenamento jurídico brasileiro.

Na década de 80, influenciado por tais conceitos, o legislador promoveu a criação dos chamados juizados de pequenas causas (Lei nº 7.244/1984), instituiu a ação civil pública (Lei nº 7.347/1985) e, na Constituição Federal de 1988, destinou ao direito processual espaço que nunca dantes lhe havia sido concedido em diplomas nacionais de tal natureza.

¹³ José Carlos Barbosa Moreira, “Notas sobre o problema da efetividade do processo”, in *Temas de direito processual*: 3. série. São Paulo: Saraiva, 1984, pp. 27/28.

Também na década de 90 a instrumentalidade e a efetividade foram bandeiras de importantes transformações legislativas que buscaram tornar o processo mais apto e eficaz para permitir o verdadeiro acesso à Justiça: criaram-se o Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8.069/1990); o Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078/1990); a chamada “Lei da arbitragem” (Lei nº 9.307/1996); a Lei dos juizados especiais cíveis e dos juizados especiais criminais (Lei nº 9.099/1995); e iniciou-se a primeira fase da grande reforma por que tem passado o Código de Processo Civil.

Já neste século, os conceitos de instrumentalidade e de efetividade tomaram as vestes de celeridade: esta foi erigida ao nível de princípio constitucional (artigo 5º, inciso LXXVIII) e serviu de fundamento a uma série de outras modificações legislativas. Exemplos disso são: (i) a Lei por meio da qual se modificou a sistemática dos agravos (Lei nº 11.187/2005); (ii) as Leis que instituíram novas regras para as execuções de títulos judiciais e de títulos extrajudiciais (Leis nºs 11.232/2005 e 11.382/2006, respectivamente); (iii) as Leis que criaram as chamadas “súmulas impeditivas de recursos” e a “sentença liminar de improcedência” (Leis nºs 11.276/2006 e 11.277/2006, respectivamente); (iv) a Lei que regulamentou as “súmulas vinculantes” (Lei nº 11.417/2006); (v) a Lei que instituiu o requisito da “repercussão geral” para a admissão de recursos extraordinários (Lei nº 11.418/2006); e (vi) a Lei que dispôs sobre a informatização dos processos judiciais (Lei nº 11.419/2006).

III. ALGUMAS CONSIDERAÇÕES RELEVANTES SOBRE A EFETIVIDADE DO PROCESSO

O discurso em favor da efetividade – e, assim, em favor da instrumentalidade em seu aspecto positivo, isto é, aquele que da efetividade mais se aproxima – será sempre nobre e aceito pela esmagadora maioria da comunidade jurídica. Mas é extremamente necessário que se esteja sempre atento para garantir que tal discurso realmente sirva à busca pelo efetivo acesso à Justiça, e daí não se desvirtue¹⁴.

Primeiramente, deve-se ter consciência de que a efetividade não pode ser encarada como valor absoluto. Há de ser ponderada no caso concreto com outros princípios de igual relevância, prevalecendo em determinadas hipóteses, mas cedendo em outras tantas, principalmente quando confrontada com princípios atinentes à qualidade da prestação jurisdicional. Afinal, como se diz popularmente, “nada em excesso é bom”.

É nesse sentido a precisa lição de CARLOS ALBERTO ALVARO DE OLIVEIRA:

“A nosso entender, a efetividade só se revela virtuosa se não colocar no limbo outros valores importantes do processo, a começar pelo da justiça, mas não só por este. Justiça no processo significa exercício da função jurisdicional de conformidade com os valores e princípios normativos conformadores do processo justo em determinada sociedade (imparcialidade e

¹⁴ O encadeamento de idéias realizado daqui em diante segue parcialmente, em forma e conteúdo, os ensinamentos de José Carlos Barbosa Moreira (“Efetividade do processo e técnica processual”, in *Temas de direito processual*: 6. série. São Paulo: Saraiva, 1997, pp. 17-29).

independência do órgão judicial, contraditório, ampla defesa, igualdade formal e material das partes, juiz natural, motivação, publicidade das audiências, término do processo em prazo razoável, direito à prova). Por isso, a racionalidade do direito processual não há de ser a racionalidade tecnológica-estratégia, mas a orientada por uma validade normativa que a fundamente e ao mesmo tempo fundamentada pelo discurso racional do juízo, de modo a que a sociedade possa controlar tanto a correção material da decisão quanto a concordância dogmática da decisão. Não desconheço, é claro, que o próprio valor justiça, espelhando a finalidade jurídica do processo, encontra-se intimamente relacionado com a atuação concreta e eficiente do direito material, entendido em sentido amplo como todas as situações subjetivas de vantagem conferidas pela ordem jurídica aos sujeitos de direito. Por isso mesmo, o acesso à justiça, elevado ao patamar de garantia constitucional na tradição jurídica brasileira, deve certamente compreender uma proteção juridicamente eficaz e temporalmente adequada. **O que ponho em questão é a eficiência como fim, sem temperamentos, como meta absoluta, desatenta a outros valores e princípios normativos. O ponto é importante porque esses ditames axiológicos, além de se afinarem mais com a visão de um Estado democrático e participativo, poderão não só contribuir para a justiça da decisão como até para a própria efetividade.**¹⁵

Em segundo lugar, a efetividade não pode servir de argumento para se estender demasiadamente o processo na busca da reconstrução da verdade histórica dos fatos, necessária à correta prestação jurisdicional. Como ressalta JOSÉ CARLOS BARBOSA MOREIRA, “*nem o valor celeridade deve primar, pura e simplesmente, sobre o valor verdade, nem este sobrepor-se, em quaisquer circunstâncias, àquele*”¹⁶. Relembre-se, nesse ponto, que o princípio da celeridade está agora expressamente reconhecido na Constituição Federal, de modo que se impõe sua observância na busca da solução para cada caso concreto.

O terceiro risco “*a que está sujeito o pensamento ordenado à efetividade do processo*”¹⁷ é o de se considerar que a boa técnica e a efetividade processual seriam incompatíveis entre si, de modo que a primeira deveria ser desprezada em prol da segunda.

¹⁵ Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, “Efetividade e processo de conhecimento”, in *Revista de Processo*, ano 24, n. 96, out-dez/1999, pp. 60/61 – grifou-se.

¹⁶ José Carlos Barbosa Moreira, “Efetividade do processo e técnica processual”, in *Temas de direito processual*: 6. série. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 22.

¹⁷ Idem, p. 21.

De fato, é comum se ouvir falar – não só de leigos, mas também de letrados – que alguns dos grandes problemas do direito processual são causados pelo pensamento eminentemente técnico que sempre dominou o desenvolvimento de tal ramo do conhecimento (principalmente a partir de seu reconhecimento como ciência autônoma) e que acabaria constituindo obstáculo à realização da Justiça.

Mas, na maioria das vezes, não se percebe que não é a técnica propriamente dita a responsável pelos problemas, nem se nota que a falta dela pode trazer ao dia-a-dia dos processos outros percalços ainda mais graves.

De fato, “nenhuma ciência ou arte prescinde de uma técnica própria e não se concebe que o direito processual constitua aqui exceção. A técnica fornece a mediação necessária entre a inspiração e a execução”¹⁸. E o respeito à técnica no curso do processo é fundamental, já que, como lembra JOSÉ ROBERTO DOS SANTOS BEDAQUE “a existência de um modelo legal de procedimento a ser seguido, constitui garantia para as partes, pois não se pode admitir que o Estado realize a atividade jurisdicional arbitrariamente”¹⁹.

O uso da boa técnica processual como importante elemento na busca pelo acesso à Justiça é também defendido por CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO. Para ele, a técnica processual é a predisposição ordenada de meios que se destinam à realização dos escopos processuais (jurídicos, sociais e políticos). Veja-se o que escreveu sobre a função da técnica processual:

“Nesse quadro de valores a preservar, cumpre à técnica processual (praticada pelo legislador e intérpretes) o delicado trabalho de equilíbrio, na busca empírica de soluções capazes de assegurar a integridade da missão social, sem o risco de distorções jurídicas intoleráveis –, mesmo porque a própria função social de pacificar *com justiça* corre sério risco quando são abandonados os parâmetros depositados no direito substancial. Ao estabelecer o desejado modelo de equilíbrio entre a celeridade e a ponderada cognição como virtudes internas do processo, legislador e intérprete hão de estar conscientes do risco que correm ao se afastarem dos critérios de certeza e passarem a confiar na probabilidade suficiente, como metro para as soluções processuais.”²⁰

¹⁸ José Carlos Barbosa Moreira, “O processo civil hoje: um congresso da Associação Internacional de Direito Processual”, in *Temas de direito processual*: 5. série. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 237.

¹⁹ José Roberto dos Santos Bedaque, “Nulidade processual e instrumentalidade do processo”, in *Revista de Processo*, ano 15, n. 60, out-dez/1990, p. 34.

²⁰ Cândido Rangel Dinamarco, *A instrumentalidade do processo*, 11. ed., rev. e atual.. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 279.

A técnica processual deve, pois, ser encarada como um instrumento legítimo²¹, que, longe de ser um empecilho à consecução dos fins da Justiça, “*aplana, quando corretamente manejada, o caminho para aquela meta*”²².

Dessa forma, o que se deve querer não é que a Justiça deixe de lado a técnica, mas sim que a técnica funcione melhor. Por outro lado, deve-se evitar a qualquer custo o tecnicismo exacerbado.

Esse confronto não passou ao largo da precisa análise de JOSÉ CARLOS BARBOSA MOREIRA:

“O tecnicismo exagerado, aprendemos à custa de muitos erros, esteriliza o Direito; o desprezo da técnica o reduz a uma caricatura barata. Tolerar que o Direito seja tratado atecnicamente é abrir porta ao diletantismo frívolo, quando não mais ao desbragado charlatanismo. Sabemos todos em que excessos de aviltamento caíram, vítimas da sem-cerimônia de amadores despreparados, alguns setores da ciência jurídica mais acessíveis a esse gênero de impostura.”²³

Em resumo, como diz o referido autor, “*o que acima de tudo importa é denunciar a falsa idéia da oposição entre o empenho de efetividade e a convivência com a boa técnica*”²⁴, na medida em que “*a técnica bem aplicada pode constituir instrumento precioso a serviço da própria efetividade*”²⁵. Por isso é que ele sugere que, “*quando porventura nos pareça que a solução técnica de um problema elimina ou reduz a efetividade do processo, desconfiemos, primeiramente, de nós mesmos*”²⁶.

IV. CONCLUSÃO: ESTAMOS NO CAMINHO CERTO?

Já se viu acima que, ao longo dos últimos anos, o sistema processual brasileiro sofreu modificações de proporções historicamente inéditas. Alteraram-se significativamente as

²¹ **“Como se vê, a técnica processual não tem valor em si mesma, pois somente pode ser analisada diante das necessidades do direito material, ou seja, das várias tutelas dos direitos.** (...) Acontece que essa maneira de pensar o direito processual civil somente adquire relevância quando é ressaltado o significado dos direitos fundamentais processuais, especialmente o teor do direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva, que deve ser visto como um ‘elo de ligação’ entre o direito material e o processo. Entretanto, esse ‘elo de ligação’ é também um ‘elemento de legitimação’, na medida em que **a técnica processual somente pode ser considerada legítima, perante tal direito fundamental, quando capaz de dar ao juiz o poder de prestar tutela jurisdicional efetiva.**” (Luiz Guilherme Marinoni, *Técnica processual e tutela dos direitos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 34 – grifou-se).

²² José Carlos Barbosa Moreira, “A Justiça no limiar de novo século”, in *Temas de direito processual*: 5. série. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 26.

²³ José Carlos Barbosa Moreira, “O transitório e o permanente no Direito”, in *Temas de direito processual*: 5. série. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 227 – grifou-se.

²⁴ José Carlos Barbosa Moreira, “Efetividade do processo e técnica processual”, in *Temas de direito processual*: 6. série. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 28.

²⁵ Idem, p. 28.

²⁶ Idem, p. 28.

sistemáticas dos recursos, das execuções judiciais, enfim, o funcionamento do próprio processo como um todo.

Mas uma pergunta precisa ser feita: tais modificações realmente tornarão a Justiça mais rápida e efetiva, produzindo efeitos concretos e benéficos na vida dos cidadãos?

Não se está aqui a discutir os méritos ou deméritos das reformas legislativas recentemente implementadas. Eventual análise com esse objetivo demandaria trabalho extenso de especialistas e que deveria ser fundado em estatísticas confiáveis a respeito do funcionamento detalhado de todas as esferas do Poder Judiciário.

Somente com base em tais dados é que seria viável identificar quais são os verdadeiros “gargalos” que impedem o pleno e ideal funcionamento dos processos judiciais. Mas, infelizmente, como tem destacado JOSÉ CARLOS BARBOSA MOREIRA, a elaboração de estatísticas sérias é, em regra²⁷, trabalho que não atrai a comunidade jurídica brasileira:

“Antes de mais nada, cumpre salientar a absoluta irrelevância daquilo a que se pode chamar a ‘exemplificação anedótica’. Quase sempre, quando se traz o assunto à balha, alguém supõe contribuir valiosamente para o debate citando determinado caso em que pessoa da família, ou do grupo de amigos, se viu envolta em pleito de longa duração: ‘Minha tia é parte num processo que se arrasta há mais de vinte anos’. Deveria ser desnecessário sublinhar que comentários desse tipo em nada contribuem para o equacionamento correto do problema. **Não precisamos de exemplos acidentais; precisamos, sim, de dados estatísticos colhidos e tratados com boa técnica. A estatística, todos sabemos, lida com grandes números; quando se despreza tal princípio, chega-se a conclusões tão risíveis como seria tachar de criminosos 100% da população estrangeira de certa cidade, porque o único estrangeiro nela residente cometeu um delito... No Brasil não tem havido interesse na elaboração de estatísticas sobre duração de processo. Nenhum elemento fornece a tal respeito o Banco Nacional de Dados do Poder Judiciário, acessível no sítio do Supremo Tribunal Federal da internet.** Não chegou a ser implementada uma resolução do então Presidente da Corte, de março de 2004, segundo a qual seriam ali

²⁷ Conhecidas exceções à regra são: (i) o trabalho de pesquisa desenvolvido sob a coordenação de Paulo Cezar Pinheiro Carneiro, que serviu de base à elaboração do livro “*Acesso à justiça: juizados especiais cíveis e ação civil pública: uma nova sistematização da teoria geral do processo*”; e (ii) uma antiga pesquisa realizada no Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro a respeito do tempo que se estava empregando no processamento das causas de direito ordinário ou sumaríssimo, referida por José Carlos Barbosa Moreira no artigo “A Justiça no limiar de novo século”, in *Temas de direito processual*: 5. série. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 26.

obrigatoriamente incluídos os chamados ‘indicadores judiciários’, entre os quais o ‘tempo médio para o julgamento final na instância’ e o ‘tempo médio da data do julgamento até a publicação da sentença ou do acórdão’. Há meses, realizou-se pesquisa sobre o panorama judicial brasileiro, sob o sugestivo título ‘A Justiça em números’; os relatórios dela oriundos continham dados sobre diferentes tópicos, como o número de feitos, não porém sobre a respectiva duração.”²⁸

Parece-nos, contudo, que, diante de tantas novidades, é chegado o momento de se fazer uma atenta ponderação sobre o futuro de nosso ordenamento. Não que as reformas não tenham sido importantes, mas, quem sabe, as que até agora foram realizadas já sejam suficientes para causar uma revolução em nosso sistema.

É preciso que tais reformas possam produzir seus efeitos e que, com base nestes, a comunidade jurídica possa avaliar, em termos concretos, o panorama que se afigura, inclusive comparando-o com os sistemas estrangeiros, o que é de extrema importância no direito processual²⁹.

Motiva-nos a fazer tal afirmação a constatação de que nada adiantará criar outras tantas Leis e modificar o funcionamento dos institutos, se aqueles que já existem – e mesmo os mais novos – não forem utilizados da maneira mais produtiva possível. E vários são os exemplos que servem para ilustrar o que ora se diz.

Pense-se no considerável número de processos que poderiam ser decididos de forma mais célere e efetiva se os juízes aplicassem o artigo 331, § 2º, do Código de Processo Civil e realmente fixassem os pontos controvertidos a respeito dos quais deveriam ser produzidas provas? Com isso, certamente seriam evitados muitos depoimentos inúteis e diligências probatórias protelatórias...

Considerem-se ainda as inúmeras decisões que contêm manifestos vícios que poderiam ser sanados se fosse adotada uma disciplina mais rígida na análise dos embargos de declaração – cabendo aos juízes sempre apreciá-los, mas acolhendo-os quando cabíveis e rejeitando-os energicamente quando manifestamente protelatórios.

²⁸ José Carlos Barbosa Moreira, “O problema da duração dos processos: premissas para uma discussão séria”, in *Temas de direito processual*: 9. série. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 367/368 – grifou-se.

²⁹ “It is difficult, quite frankly, if not impossible, that good reforms can be made without an adequate knowledge of the way other legislations have faced and solved the same kind of problems we have, the problems of an administration of justice whose goal must be the guaranteeing an effective protection of rights, a speedy solution of the controversies, the adequacy of the procedural model to the peculiar features of the various categories of controversies. It is indeed essential to look at the evolution of the civil justice system in other countries, and understand what is happening in contemporary societies, what are the direction which are being pursued, what are the trends to share, or warn against solutions which appear to be risky, hasty or outdated.” (Nicolò Trocker e Vincenzo Varano, “Opening remarks”. In: Nicolò Trocker e Vincenzo Varano (coord.), *The Reforms of Civil Procedure in Comparative Perspective: An International Conference dedicated to Mauro Cappelletti*: Florence, 12-13 December, 2003. Torino: G. Giappichelli Editore, 2005, p. 4).

Somem-se a essas várias outras demonstrações de mau uso dos instrumentos processuais que não serão aqui referidas especificamente, mas que são citadas na doutrina³⁰, tais como a deficiência na aplicação dos dispositivos concernentes ao indeferimento da petição inicial e à extinção do processo e as incertezas sobre as regras de competência.

A corroborar o que ora se sustenta, cabe transcrever trecho de oportuna lição de JOSÉ CARLOS BARBOSA MOREIRA, em que se denunciam os equívocos normalmente cometidos na análise da problemática atinente à duração dos processos:

“5. Quarto equívoco: **A chave para abreviar a duração dos processos consiste exclusivamente, ou principalmente, em mudanças na legislação processual. Semelhante ilusão responde pela espantosa catadupa de reformas legislativas, no Brasil e noutros países, ao longo dos últimos tempos, com resultados às vezes melancolicamente decepcionantes.** É certo que o malogro de muitas tentativas pode decorrer, ao menos em parte, de causas variáveis e acidentais: equívoco na identificação dos tópicos mais relevantes (consequência lógica da já apontada falta de dados estatísticos), qualidade tecnicamente ruim da legislação editada, insuficiente utilização, pelos órgãos judiciais, de instrumentos colocados à sua disposição, e assim por diante. **Nunca será demais insistir, contudo, em que é enganosa a idéia mesma de uma solução satisfatória por via legislativa.**

(...)

Do que ficou dito não se infere, é claro, que toda e qualquer mudança na legislação seja irrelevante ou, pior, contraproducente. **Infere-se, apenas, que devemos estar prevenidos contra a tentação de jogar todas as nossas fichas nessa aposta.**”³¹

Um resultado mais efetivo e justo poderia ser também alcançado se os participantes do processo (notadamente juízes, partes e advogados) repensassem o importante papel que nele desempenham, reconhecendo que devem atuar em colaboração e que, assim, o juiz não deve assumir uma posição de supremacia absoluta em relação aos demais³².

³⁰ José Carlos Barbosa Moreira, “Efetividade do processo e técnica processual”, in *Temas de direito processual*: 6. série. São Paulo: Saraiva, 1997, pp. 17-29.

³¹ José Carlos Barbosa Moreira, “O problema da duração dos processos: premissas para uma discussão séria”, in *Temas de direito processual*: 9. série. São Paulo: Saraiva, 2007, pp. 373/375 – grifou-se.

³² Esse é um dos aspectos que se destacam na interessante e atual polêmica que existe sobre a concepção (publicística ou privatística) que se deve ter do processo. A respeito do tema, veja-se interessante obra recentemente publicada na Espanha sob a coordenação de Juan Montero Aroca (*Proceso civil e ideologia: un prefacio, una sentencia, dos cartas y quince ensayos*. Valencia: Editorial Tirant lo Blanch, 2006).

Nos dias de hoje, em que são fenômenos notórios a massificação dos conflitos e a busca por uma tutela jurisdicional mais efetiva, essa colaboração entre juízes, partes e seus advogados pode ser determinante para a concretização do objetivo maior da jurisdição: a solução dos conflitos, mediante a prolação de uma decisão que encontre legitimidade perante a sociedade³³.

É fundamental que se busque o juiz democrático de que nos fala LEONARDO GRECO³⁴, que é aquele que dialoga de igual para igual com partes e seus advogados. É o juiz que, no campo probatório, por exemplo, atua de forma assistencial e supletiva, respeitando a iniciativa das partes, mas assumindo uma posição de ingerência quando isto se fizer necessário para garantir a paridade de armas³⁵ e assegurar a reconstrução da verdade histórica.

Acreditamos, assim, que o momento atual seja de reflexão: talvez os primeiros passos para a resolução dos problemas da tão falada “crise do Judiciário” já tenham sido dados e algumas das potenciais saídas estejam agora sob os nossos olhos, nos instrumentos do Código de Processo Civil e da legislação processual esparsa; talvez precisemos acompanhar agora a eficácia prática (benéfica ou maléfica) das recentes reformas para, com mais facilidade, encontrar os meios corretos de entrega da prestação jurisdicional efetiva e justa.

³³ “O Brasil está sendo renovado. Existe uma ânsia incontida por posturas mais éticas em todos os setores. O Judiciário não atravessará incólume essa crise, expressão cuja origem grega tem também o significado de passagem. A tradição merece respeito. Mas o arcaísmo preservador de privilégios em breve não terá lugar em qualquer instituição, menos ainda no Judiciário, poder que existe para realizar o ideal de Justiça. Prenuncia-se, portanto, uma renovação de costumes e um resgate de valores esquecidos. No empenho de assegurar conquistas menores, corre-se o risco de esquecer o fundamental: a Justiça humana existe como serviço público e está preordenada a servir o povo. **O juiz do futuro precisa ser o profissional da harmonização. Sem desconhecer a luta pelo direito, dele se espera seja sensível, capaz de condoer-se da sorte de seu semelhante, e, portanto, consciente das conseqüências concretas de sua decisão. Juiz interessado mais em solucionar os litígios do que em mostrar erudição. Empenhado em propiciar a autocomposição, sem pruridos para encaminhar uma saudável conciliação e menos preocupado em dizer a lei.**” (José Renato Nalini, “A formação do juiz brasileiro”. In: José Renato Nalini (coord.), *Formação jurídica*: 2. ed., rev. e ampl.. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999, pp. 147/148 – grifou-se)

³⁴ “Ao juiz inerte, como tradicionalmente no adversarial system, e ao juiz autoritário e inquisidor, o Führer do processo, deve opor-se o juiz democrático, que respeita a liberdade das partes na iniciativa probatória na medida em que elas se presumem encontrar-se na posição ideal para avaliar a relevância e utilidade de cada prova em relação à sua versão dos fatos. Mas o juiz democrático é aquele que, através da maiêutica, consegue estabelecer um diálogo humano com as partes, que permite que estas efetivamente acompanhem o desenvolvimento da formação da sua convicção e assim possam propor e produzir provas úteis e relevantes, e que somente intervêm subsidiariamente na proposição de provas por elas não requeridas, quando se fizer necessário, para assegurar a paridade de armas, suprir a dificuldade em que uma delas se encontre no exercício dos seus meios de defesa, em razão da inferioridade no acesso a esses meios em relação à outra, ou em razão da desídia ou inércia do seu advogado ou até mesmo da impossibilidade de descobrir que provas poderiam vir a gerar a convicção do juiz. Essa iniciativa subsidiária faz-se necessária também para assegurar a consistência da reconstrução da verdade histórica, muitas vezes insuficientemente fundamentada nas provas produzidas pelas partes.” (Leonardo Greco, “A Prova no Processo Civil: Do Código de 1973 ao Novo Código Civil”. In: Hélio Rubens Batista Ribeiro Costa, José Horácio Halfeld Rezende Ribeiro e Pedro da Silva Dinamarco (coord.), *Linhas Mestras do Processo Civil*: Comemoração dos 30 anos de vigência do CPC. São Paulo: Atlas, 2004, p. 404)

³⁵ “As partes devem ser tratadas com igualdade, de tal modo que desfrutem concretamente das mesmas oportunidades de sucesso final, em face das circunstâncias da causa. Para assegurar a efetiva paridade de armas o juiz deve suprir, em caráter assistencial, as deficiências defensivas de uma parte que a coloquem em posição de inferioridade em relação à outra, para que ambas concretamente se apresentem nas mesmas condições de acesso à tutela jurisdicional de seus interesses.” (Leonardo Greco, “Garantias fundamentais do processo: o processo justo”. In: *Estudos de direito processual*. Campos dos Goytacazes: Editora da Faculdade de Direito de Campos, 2005, p. 241)

A utilização otimizada dos institutos processuais existentes (tanto daqueles mais antigos, quanto dos cunhados pelas recentes reformas) deve ser considerada como uma das mais importantes facetas da efetividade do processo nos dias de hoje. Tal conotação já havia sido inclusive identificada por PAULO CEZAR PINHEIRO CARNEIRO como componente do que denominou de princípio da operosidade:

“Esse princípio significa que as pessoas, quaisquer que sejam elas, que participam direta ou indiretamente da atividade judicial ou extrajudicial, devem atuar da forma mais produtiva e laboriosa possível para assegurar o efetivo acesso à justiça.

Assim, para atender aos fins preconizados neste trabalho e que garantem, na prática, tal acesso, **é indispensável:** a) atuação ética de todos quantos participem da atividade judicial ou extrajudicial; b) **utilização dos instrumentos e dos institutos processuais de forma a obter a melhor produtividade possível, ou seja, utilização da técnica a serviço dos fins idealizados.**³⁶

Repita-se que as críticas feitas acima não são destrutivas, mas sim construtivas. Não se pretende aqui questionar o mérito ou o demérito das recentes reformas; muito ao contrário, a intenção é apenas a de polemizar e de sugerir reflexão em torno dos rumos que o ordenamento jurídico brasileiro está tomando. Modernizaram-se as leis; quiçá seja agora o momento de modernizar-se o pensamento dos juristas com relação a temas essenciais do direito processual.

Essa reflexão é importante para que, no futuro, não haja outras decepções com o resultado das reformas; ou, porventura, para que possamos tentar constatar se estamos no caminho certo e, assim, tentar responder a anseios de vozes respeitadas como a de JOSÉ CARLOS BARBOSA MOREIRA, que já manifestou sua inquietude com relação ao tema:

“Estou convencido de que, de vez em quando, o processualista deve deixar de lado a lupa com que perscruta os refolhos de seus pergaminhos e lançar à sua volta um olhar desanuviado. O que se passa cá fora, na vida da comunidade, importa incomparavelmente mais do que aquilo que lhe pode proporcionar a visão de especialista. **E, afinal de contas, todo o labor realizado no gabinete, por profundo que seja, pouco valerá se nenhuma repercussão externa vier a ter. Perdoem o chavão adaptado: o processo existe para a sociedade, e não a sociedade para o processo.**³⁷

³⁶ Paulo Cezar Pinheiro Carneiro, *Acesso à justiça: juizados especiais cíveis e ação civil pública: uma nova sistematização da teoria geral do processo*, 2. ed., rev. e atual. Rio de Janeiro, Forense, 2000, p. 63 – grifou-se.

³⁷ José Carlos Barbosa Moreira, “O juiz e a cultura da transgressão”, in *Temas de direito processual: 7. série*. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 260 – grifou-se.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- AROCA**, Juan Montero (coord.), *Proceso civil e ideologia: un prefacio, una sentencia, dos cartas y quince ensayos*. Valencia: Editorial Tirant lo Blanch, 2006;
- BARBOSA MOREIRA**, José Carlos, “A Justiça no limiar de novo século”, in *Temas de direito processual: 5. série*. São Paulo: Saraiva, 1994, pp. 25-37;
- _____, “Efetividade do processo e técnica processual”, in *Temas de direito processual: 6. série*. São Paulo: Saraiva, 1997, pp. 17-29;
- _____, “O juiz e a cultura da transgressão”, in *Temas de direito processual: 7. série*. São Paulo: Saraiva, 2001, 251-261;
- _____, “O problema da duração dos processos: premissas para uma discussão séria”, in *Temas de direito processual: 9. série*. São Paulo: Saraiva, 2007, pp. 367-377;
- _____, “O processo civil hoje: um congresso da Associação Internacional de Direito Processual”, in *Temas de direito processual: 5. série*. São Paulo: Saraiva, 1994, pp. 233-249;
- _____, “O transitório e o permanente no Direito”, in *Temas de direito processual: 5. série*. São Paulo: Saraiva, 1994, pp. 225-231;
- _____, “Tendências contemporâneas no direito processual civil”, in *Temas de direito processual: 3. série*. São Paulo: Saraiva, 1984, pp. 1-13;
- BEDAQUE**, José Roberto dos Santos, “Nulidade processual e instrumentalidade do processo”, in *Revista de Processo*, ano 15, n. 60, out-dez/1990, pp. 31-43;
- CALMON DE PASSOS**, José Joaquim, “Instrumentalidade do processo e devido processo legal”, in *Revista de Processo*, ano 26, n. 102, abr-jun/2001, pp. 55-67;
- CARNEIRO**, Paulo Cezar Pinheiro, *Acesso à justiça: juizados especiais cíveis e ação civil pública: uma nova sistematização da teoria geral do processo*, 2. ed., rev. e atual.. Rio de Janeiro, Forense, 2000;
- CINTRA**, Antônio Carlos de Araújo, **GRINOVER**, Ada Pellegrini e **DINAMARCO**, Cândido Rangel, *Teoria Geral do Processo*, 23. ed., rev. e atual. até 15.2.2007. São Paulo: Malheiros, 2007;
- DINAMARCO**, Cândido Rangel, *A instrumentalidade do processo*, 11. ed.. São Paulo: Malheiros, 2003;
- GRECO**, Leonardo, “A Prova no Processo Civil: Do Código de 1973 ao Novo Código Civil”. In: Hélio Rubens Batista Ribeiro Costa, José Horácio Halfeld Rezende Ribeiro e Pedro da Silva Dinamarco (coord.), *Linhas Mestras do Processo Civil: Comemoração dos 30 anos de vigência do CPC*. São Paulo: Atlas, 2004, pp. 397-422;
- _____, “Garantias fundamentais do processo: o processo justo”. In: *Estudos de direito processual*. Campos dos Goytacazes: Editora da Faculdade de Direito de Campos, 2005, pp. 225-286;
- MARINONI**, Luiz Guilherme, *Técnica processual e tutela dos direitos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004;

NALINI, José Renato, “A formação do juiz brasileiro”. In: José Renato Nalini (coord.), *Formação jurídica*: 2. ed., rev. e ampl.. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999, pp. 132/148;

OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de, “Efetividade e processo de conhecimento”, in *Revista de Processo*, ano 24, n. 96, out-dez/1999, pp. 59-69;

TROCKER, Nicolò e **VARANO**, Vincenzo, “Opening remarks”. In: Nicolò Trocker e Vincenzo Varano (coord.), *The Reforms of Civil Procedure in Comparative Perspective: An International Conference dedicated to Mauro Cappelletti*: Florence, 12-13 December, 2003. Torino: G. Giappichelli Editore, 2005, pp. 1-5.