

DA QUANTIDADE À QUALIDADE: DA IMPRESCINDIBILIDADE DE SE OBSERVAREM AS GARANTIAS CONSTITUCIONAIS DO PROCESSO

FROM QUANTITY TO QUALITY: THE INDISPENSABILITY OF FOLLOWING CONSTITUTIONAL GUARANTEES OF PROCESS

Vandré Sesti Macedo¹

RESUMO: O presente estudo trata do relacionamento entre as designações de *qualidade* e de *quantidade*, ambas relacionadas ao processo judicial, utilizando-se como plano de fundo para essa leitura a interdependência existente entre o paradigma racionalista, a implantação de uma democracia constitucional e a positivação de diversas garantias processuais em ordenamentos constitucionais da atualidade. Inicia-se, para tanto, pela demonstração do condicionamento recíproco entre estes três fenômenos, expondo como a ânsia pela velocidade e pela quantificação de decisões substituiu a prolação de uma decisão hermeneuticamente adequada. Passa-se, em um segundo momento, a uma abordagem sobre a imprescindibilidade de se observarem as garantias constitucionais do processo, independentemente da mentalidade (pós)moderna de produtividade e de subjeção do julgador. Quanto a esse ponto, ressalta-se a importância das garantias constitucionais do processo, através de uma exposição a respeito da compreensão doutrinária que as considera como sendo direitos humanos, a qual denota a imprescindibilidade de serem garantidas judicialmente, em detrimento de uma eventual celeridade processual e, principalmente, de uma prévia formação de convicção pelo juiz. Pretende-se, enfim, reforçar o entendimento de que a velocidade de instrução e de julgamento, sem critérios específicos e desrespeitando garantias processuais, suprime um valor indispensável para a concretização de uma democracia constitucional: a igualdade de e nos direitos.

PALAVRAS-CHAVE: Constituição; Democracia; Garantias; Justiça.

ABSTRACT: This study deals with the relationship between the designations of *quality* and *quantity*, both related to the judicial process, using as background for this the interdependence between the rationalist paradigm, the establishment of a constitutional democracy and positivization of various constitutional procedural safeguards. It starts to do so, by demonstrating the interdependence between these three phenomena, showing how the craving for speed and for quantification of decisions replaced the adoption of a decision hermeneutically appropriate. It goes in a second stage, the approach to the crucial need to observe the constitutional guarantees of the process, regardless of the mindset (post) modern productivity and subjectivism of the judge. On this point, it emphasizes the importance of constitutional guarantees of the process, through an exhibition about the doctrinal understanding that considers them as human rights, which denotes how essential they are, rather than the speedy of the process, and mainly from a previous training of conviction by the judge. It is intended to strengthen the understanding that the speed of instruction and trial, without violating specific criteria and procedural safeguards, suppresses an essential value to the achievement of a constitutional democracy, and equal rights.

KEYWORDS: Constitution; Democracy; Guarantees; Justice.

INTRODUÇÃO

Embora parte significativa da filosofia do século passado, especialmente pelas teses a respeito da compreensão do mundo a partir da linguagem, tenha ocasionado uma revolução paradigmática na estrutura do pensamento humano, possibilitando a superação da clássica dicotomia existente entre a razão prática e a razão teórica kantiana², parece que as ciências

¹ Mestrando em Direito Público pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos – UNISINOS. E-mail: vandre@live.com

² A ideia de separação entre o mundo prático e o mundo teórico surgiu com os pensadores socráticos e foi reforçada com a distinção entre a razão teórica e a razão prática proposta por Kant, em que sustentavam a impossibilidade de conjugar uma filosofia teórica – que buscava verdades absolutas – com uma filosofia prática – que se preocupava com aquilo que era certo e errado. Streck, explicando a temática, demonstra que “com o giro ontológico operado por Heidegger, se dá – de uma forma inédita em toda a tradição filosófica – uma

jurídicas, e especialmente o direito processual, mantêm-se presos ao velho paradigma racionalista que acreditava na possibilidade de alcançar verdades absolutas. Diz-se isso porque o Direito continua subordinado a uma série de procedimentos estáticos e vinculado a princípios metodológicos típicos do pensamento matemático, lógico ou silogístico, transformando-se, conforme referira Baptista da Silva, “num conjunto sistemático de conceitos, com pretensão à eternidade”³.

De fato, percebe-se com maior intensidade o problema da utilização deste paradigma quando o homem (pós)moderno⁴ modifica a sua noção a respeito de tempo, de espaço e de comunicação. O fenômeno globalizante vivenciado no final do século passado, que propiciou uma profunda integração econômica, cultural, social e política entre os diversos países do mundo, alterou significativamente os limites da ação humana no quesito imediação, moldando um ser humano que busca a realização de suas pretensões e de seus interesses com a maior brevidade possível.

Falando em termos de processo judicial, observou-se um aumento substancial das mais variadas espécies de demandas perante o Poder Judiciário e, em contrapartida, a expectativa dos jurisdicionados de que todas elas fossem decididas em um tempo satisfatoriamente mínimo, e que contassem também com uma instrução processual que observasse todas as garantias processuais prescritas pelo ordenamento jurídico, resultando, ao fim, em uma decisão devidamente fundamentada, cuja resolução tivesse atentado cuidadosamente para as particularidades de cada fato apresentado nos autos processuais. Não é preciso demonstrar que

reconciliação entre prática e teoria”. Diz, ainda, que “Heidegger cria um novo conceito que descreve um ambiente no interior do qual conhecimento prático e conhecimento teórico se relacionam a partir de uma circularidade: o círculo hermenêutico (*hermeneutische Zirkel*)”. Cf. STRECK, Lenio Luiz. *O que é isto – decido conforme minha consciência?*. 2. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010, especialmente pp. 57-60.

³ SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Processo e ideologia*. O paradigma racionalista. 2. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2006, p. 1.

⁴ Empregar-se-ão as expressões “moderno(a)” e “modernidade” no presente texto para representar o período compreendido entre o limiar da modernidade – logo após o medieval – e o momento histórico de transição em que os indivíduos começam a ostentar uma personalidade ligada basicamente ao consumo, à competição e à produtividade, embora não seja possível estabelecer uma data ou fato que proceda objetivamente a esta demarcação. Para diferenciar este período do momento presente se empregará, por sua vez, as expressões “(pós)moderno(a)” e “(pós)modernidade”, utilizando-se o “pós” entre parênteses para fazer referência as discussões relacionadas à concepção de uma sociedade pós-moderna e algumas de suas variações, como ocorre, por exemplo, com o pensamento de Chevallier a respeito do Estado pós-moderno e com a tese difundida por Bauman sobre a liquidez da modernidade – embora esta concepção não se refira exatamente sobre à pós-modernidade, mas a uma concepção de vida que modifica sua aparência com extrema facilidade, conotando o perfil do homem atual. De qualquer modo, a utilização dos parênteses para o segundo caso procura fundamentalmente diminuir o alcance da discussão, em razão da divergência filosófica existente entre a existência ou não de uma pós-modernidade. Sendo assim, sobre esta concepção pós-moderna, cf. CHEVALLIER, Jaques. *O Estado pós-moderno*. Tradução de Marçal Justen Filho. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2009, e a respeito da modernidade líquida, cf. BAUMAN, Zygmunt. *Modernidade líquida*. Tradução de Plínio Dentzien. Rio de Janeiro: Zahar, 2001.

uma expectativa nesse sentido, em situações regulares, é dificilmente realizável, em razão da noção de tempo e de qualidade decisória empregadas serem, em decorrência da brevidade com que se quer a prolação de uma decisão, altamente antitéticas. Essa dicotomia é agravada na medida em que o julgador utiliza métodos racionalistas para a construção de sua decisão, que desconsideram um elemento essencial para uma sentença ligada efetivamente ao caráter prático do Direito: a faticidade⁵. Contudo, e apesar destes métodos inegavelmente contribuírem para gerar o escoamento de processos pendentes de julgamento perante o Judiciário, conforme advertiram Nunes e Barros, “não se pode esquecer que o processo é uma garantia que não pode ser concebida como um entrave com formalidades desprovidas de fundamentação constitucional [...] por razões de eficiência quantitativa”⁶.

Assim, e olhando para a situação do Judiciário brasileiro, por exemplo, percebe-se que a quantidade de demandas propostas perante as instâncias iniciais e os diversos tribunais pode ser representada através de uma curva gráfica de crescimento, em que pese que para determinadas matérias especiais e correspectivos tribunais se perceba uma oscilação do número de ações propostas de ano para ano, com uma eventual diminuição do número de demandas de um período em relação a outro⁷. Independentemente dessa variação, não há como não considerar que o resíduo de ações no Judiciário brasileiro é um indicativo que demonstra a incompatibilidade entre o número de distribuições processuais e a eficiência do

⁵ Faticidade remete-se ao fato de que todo sentido do ser e da objetividade só se torna compreensível e demonstrável a partir da temporalidade e da historicidade (GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método I*. Traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. Tradução de Flávio Paulo Meurer. 10. ed. Petrópolis, Rio de Janeiro: Vozes, 2008, p. 341 ss.). É uma expressão advinda da fenomenologia hermenêutica de Heidegger, conforme explica Streck: “veja-se que Heidegger, buscando superar a fenomenologia transcendental de Husserl, desloca a questão da hermenêutica de Dilthey na direção de uma nova ontologia, de uma ontologia fundamental, no interior da qual o *ser* é pensado não mais da perspectiva de um ente absoluto e eterno, mas, sim, nas estruturas precárias e finitas da própria condição humana (a faticidade), deixando para trás a ideia da redução transcendental de Husserl” (STRECK, Lenio Luiz. *O que é isto – decido conforme minha consciência*, op. cit., p. 72).

⁶ NUNES, Dierle; BARROS, Flaviane de Magalhães. As reformas processuais macroestruturais brasileiras. In: BARROS, Flaviane de Magalhães; MORAIS, Jose Luis Bolzan de. (Coord.). *Reforma do processo civil: perspectivas constitucionais*. Belo Horizonte: Fórum, 2010, p. 48.

⁷ Tomando como exemplo as estatísticas fornecidas pelo Supremo Tribunal Federal brasileiro, vê-se que em 2000 foram protocolados 105.307 processos, em 2002, 160.453 processos, em 2004, 83.667 processos, em 2006, 127.535 processos, em 2008, 100.781, e no ano de 2010 uma média de 71.670 processos. De 2007 em diante é possível observar uma queda no número de novos processos, que em parte condiz com a regulamentação da repercussão geral do recurso extraordinário, o que, todavia, não contraria o alto número de processos autuados anualmente pelo Tribunal, mas demonstra tão somente a utilização de técnicas para aumentar o fluxo processual e a quantificação de decisões. Passando à análise dos números relativos à entrada de novos casos nas Varas do Trabalho brasileiras, a nível nacional, vê-se que em 2006 entraram 1.767.280 casos novos, em 2007, 1.824.661, em 2008, 1.904.718, em 2009, 2.107.449 e em 2010 houve uma singela redução, com a distribuição de 1.988.382 ações. Com efeito, o resíduo processual trabalhista é de aproximadamente 1.081.253 processos. Esse quadro demonstra, essencialmente, que embora existam reduções esporádicas no ingresso de novas demandas de ano para ano, a tendência é uma elevação da média de ações propostas anualmente ou a manutenção relativa dos últimos indicadores apresentados. Estatísticas do Supremo Tribunal Federal disponíveis em <<www.stf.jus.br>> e das Varas trabalhistas em <<www.tst.gov.br>>.

ato de julgar em um nível condizente a ele – sem falar na estrutura burocrática adotado pelo Judiciário brasileiro.

Por isso que na tentativa de dar celeridade ao processo foram concebidas diversas políticas administrativas e gestacionais, que elencaram como objetivos primordiais para o Poder Judiciário brasileiro a tarefa de julgar rapidamente o estoque de seus processos e de aumentar a velocidade de seus julgamentos em relação às novas demandas, incutindo, assim, a mentalidade da produtividade no processo judicial. O II Pacto Republicano de Estado por um Sistema de Justiça mais Acessível, Ágil e Efetivo⁸ e as Metas Nacionais do Judiciário elaboradas pelo Conselho Nacional de Justiça⁹ são exemplos característicos dessa tentativa de desafogar o Judiciário. Além disso, confirmam a tendência de os cidadãos estarem se socorrendo constantemente ao Poder Judiciário ao invés de procurarem formas alternativas de solução para seus conflitos, como a arbitragem ou a autocomposição de seus interesses. Essa peculiaridade, aliás, é um dos efeitos do processo de constitucionalismo sobre o Direito, na medida em que proporcionou à jurisdição uma parcela de autonomia e de independência institucional, atribuindo-lhe uma significativa importância dentro da conformação dos três poderes estatais, como se verá mais à frente.

Sendo assim, é inegável apontar que a geração social da (pós)modernidade, como referem Saldanha, Espindola e Isaia, está mergulhada no paradigma da pressa, buscando inadvertidamente “no processo uma aceleração muitas vezes incompatível com a preservação de importantes garantias processuais, como o contraditório e a ampla defesa”¹⁰. Além da referência feita pela autora, Bauman também observara em seu estudo a respeito das características da (pós)modernidade que, na realização dos atos humanos, “o ‘curto prazo’ substituiu o ‘longo prazo’ e fez da instantaneidade seu ideal último”¹¹. Desse modo, o paradoxo entre a “razoável duração” de um processo – mesmo diante da aparente impossibilidade “racional” de antever qual o tempo processual condizente com a ansiedade dos sujeitos em litígio – e uma instrução que observe as garantias constitucionais, especialmente as garantias processuais contidas na Constituição, incluindo-se aí a decisão devidamente fundamentada, dificilmente será superado, a menos que se compreenda que o processo possui uma dinâmica bastante diferenciada em relação ao movimento da sociedade

⁸ Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Outros/IIpacto.htm>. Acesso em 29 jul. 2011.

⁹ Disponível em <<http://www.cnj.jus.br/gestao-e-planejamento/metas/glossario-das-metas-2011>>. Acesso em 01 ago. 2011.

¹⁰ SALDANHA, Jânia Maria Lopes; ESPINDOLA, Angela Araujo da Silveira; ISAIA, Cristiano Becker. Interrogações sobre princípios processuais previstos no Projeto de Novo Código de Processo Civil. In: BARROS, Flaviane de Magalhães; MORAIS, Jose Luis Bolzan de. (Coord.). *Reforma do processo civil: perspectivas constitucionais*. Belo Horizonte: Fórum, 2010, p. 184.

¹¹ BAUMAN, Zygmunt. *Mordernidade líquida*, op. cit. p. 145.

de consumo da (pós)modernidade. Essa diferenciação não é resumível em termos quantitativos, tanto de produtividade quanto de temporalidade, mas é relativa à faticidade e às peculiaridades de cada situação, no sentido de ter a sua velocidade expressa conforme o tempo necessário para a elaboração de uma decisão que respeite as diversas garantias processuais e que faça uma devida (re)construção hermenêutica para chegar ao seu resultado.

O presente estudo, portanto, pretende demonstrar as principais causas e efeitos da dicotomia tempo de processo *versus* qualidade de instrução e de decisão na (pós)modernidade, observando especialmente a sua correspondência com as garantias constitucionais do processo¹². Para isso, e num primeiro momento, será apresentado um diálogo entre o processo de constitucionalismo, o racionalismo e a democracia constitucional, com a intenção de tornar visível o caminho concomitante que foi tomado pelos três fenômenos na condução do Poder Judiciário ao posto de ente concretizador destas garantias ligadas ao processo. Logo após, num segundo momento, será discutido o papel do Judiciário na modernidade e sobre qual dos dois paradigmas – tempo ou qualidade – ele deve pautar sua atuação. Esses apontamentos são necessários para ajudar a realocar o Direito para o mundo prático e fazer com que se perceba a sua estreita ligação com a filosofia e com a sociologia, mormente, como colocara Streck, “em tempos de enfrentamento entre neoconstitucionalismo e o positivismo (e os vários tipos de positivismo)”¹³, em que o Direito se distancia da realidade, buscando à contramão de sua essência prática a mecanização de seus instrumentos e de seus institutos.

1 O PLANO DE FUNDO DA PARADOXAL CONTRAÇÃO ENTRE A QUANTIFICAÇÃO E AS GARANTIAS CONSTITUCIONAIS DO PROCESSO

¹² De fato, diversas constituições passaram, na (pós)modernidade, a elencar garantias estritamente processuais no rol de seus direitos fundamentais, num processo de integração de novos direitos, como será demonstrado à frente. A Constituição Federal brasileira seguiu essa tendência, elencando como regras fundamentais os seguintes direitos, para citar, a título exemplificativo, alguns deles: inafastabilidade do controle jurisdicional (artigo 5º, inciso XXXV), juízo natural (artigo 5º, inciso XXXVII), princípio da legalidade (artigo 5º, inciso XXXIX), devido processo legal (artigo 5º, inciso LIV), direito à ampla defesa e ao contraditório (artigo 5º, inciso LV), duração razoável do processo (artigo 5º, inciso LXIX), publicidade e fundamentação de decisões (artigo 93, inciso IX), entre outros.

¹³ STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso*. Constituição, hermenêutica e teorias discursivas. Da possibilidade à necessidade de respostas corretas em direito. 3. ed. rev., ampl. e com posfácio. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009, p. 1.

Quando Saldanha apontou a existência de “um bloco de constitucionalidade em matéria de princípios processuais”¹⁴, não somente comum à América Latina, mas também a nível internacional, deixou transparecer, corretamente, a ideia de que as visões (neo)constitucionalistas a respeito das garantias constitucionais do processo se relacionam intimamente com a sua constante adoção pelos diversos ordenamentos constitucionais originados ou reformados após a Segunda Grande Guerra Mundial. Todavia, enquanto a positivação de diversas garantias processuais nas Constituições é um fenômeno relativamente recente, ao menos quando consideradas nos moldes (pós)modernos, o papel de relevância do Poder Judiciário e a própria noção de direitos fundamentais constitucionalmente assegurados possuem as suas origens em um período historicamente anterior, fundamentalmente ligado ao racionalismo. Trata-se do movimento de constitucionalização dos séculos dezesseis a dezenove, cujos momentos em que “mostra sua máxima criatividade no plano das ideias e de soluções práticas” são, de acordo com Matteucci¹⁵, os da Revolução americana e francesa.

De fato, foi através da Revolução americana que uma série de acontecimentos modificou o pensamento de filosofia política comum à época: viu-se o nascimento de uma democracia constitucional¹⁶, através da contraposição de sua modalidade representativa à direta exercida pelos povos antigos; a supremacia de uma Constituição sobre a atuação dos três poderes do Estado; o surgimento de um controle de constitucionalidade dos atos destes três Poderes, embora em uma formatação primitiva; a fixação da tolerância como o valor supremo para o desenvolvimento do ser humano – tanto moral quanto material – e, como consequência disto; a implantação do liberalismo como a concepção política que propiciaria o menor controle estatal sobre o indivíduo e a garantia de sua inviolabilidade enquanto detentor de direitos fundamentais prescritos pela correspondente ordem constitucional.

¹⁴ SALDANHA, Jania Maria Lopes. Bloco de constitucionalidade em matéria de garantias processuais na América Latina: ultrapassando o perfil funcional e estrutural “hipermoderno” de processo rumo à construção de um direito processual internacional dos direitos humanos. In: CALLEGARI, André Luís; STRECK, Lenio Luiz; ROCHA, Leonel Severo. (Org.). *Constituição, sistemas sociais e hermenêutica*. Anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito da UNISINOS. Mestrado e Doutorado. n. 7. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora; São Leopoldo: UNISINOS, 2010, p. 124.

¹⁵ Cf. MATTEUCCI, Nicola. *Organización del poder y libertad*. Historia Del constitucionalismo moderno Traducción de Francisco Javier Ansuátegui Roig y Manuel Martínez Neira. Madrid: Editorial Trotta, 1998, p. 24.

¹⁶ De acordo com Matteucci, até a publicação da obra *O Federalista*, de Jay, Madison e Hamilton, não havia uma diferença substancial na relação entre o poder judicial e a autoridade governamental (o monarca ou o parlamento), na qual o poder judicial se encontrava fortemente vinculado a um dos outros dois poderes: o de execução ou o de legislação. Foi através da referida obra que se inseriu uma nova argumentação na defesa de um poder judicial independente: se a Constituição é rígida, o Poder Legislativo é limitado, e estas limitações só terão eficácia através de tribunais de justiça independentes. Utilizando-se das palavras do referido autor, “nesta nova visão da função do poder judicial se estabelecia uma nova forma de governo: a democracia constitucional” (tradução nossa). Cf. MATTEUCCI, Nicola. *Organización del poder y libertad*, op. cit. p. 215.

Com efeito, a materialização de cada uma destas concepções políticas consistiu em uma marca de passagem do relativismo para o objetivismo, num constante movimento de racionalização do pensamento humano que havia se iniciado aproximadamente três séculos antes, no período compreendido entre meados do século dezesseis – 1550 – e começo do século dezessete. Na pré-modernidade, e Santos escreve nesse sentido, “o homem procurava sabedoria e se sentia obstaculizado por forças impessoais, por seu destino, pelo sagrado e também pelo amor”¹⁷, enquanto na modernidade se substituiu essa sujeição do ser humano ao mundo abstrato por uma compreensão fundada sobre a integração social e sobre o controle que os indivíduos efetivamente exercem sobre as suas próprias ações e sobre o mundo que os cerca.

Neste contexto, resgatando-se alguns momentos fundamentais para a realização desse processo de libertação, convém lembrar que foram através das guerras de religião francesas do século dezesseis¹⁸ que a humanidade iniciou o seu processo de secularização. Depois da conquista da tolerância religiosa, que pode ser considerada a primeira manifestação do homem rumo à sua atomização moderna, o próximo passo seria dado por Descartes, aproximadamente quarenta anos depois. Partindo de sua pretensão de formar um método que possibilitasse o aumento de seu conhecimento e o alcance de proposições relativamente inquestionáveis¹⁹, induziu acidentalmente a posterioridade a acreditar na razão como o único

¹⁷ SANTOS, André Leonardo Coppetti. *Elementos de Filosofia Constitucional*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 82.

¹⁸ Conforme aponta Matteucci (*Organización del poder y libertad*, op. cit., especialmente pp. 43-48), “as guerras de religião na França ocupam quase meio século: começam nos decisivos anos 1559-1560 e terminam em 1594, com a entrada de Henrique IV em Paris” (tradução nossa). Em suma, originam-se a partir do embate entre os extremistas católicos e os extremistas huguenotes, relacionando-se simultaneamente ao âmbito religioso e ao político. Apesar de ambos defenderem que a posição de liderança do monarca decorreria de forças divinas, os primeiros propugnavam a superioridade da crença católica advinda da Igreja, enquanto os segundos buscavam a tolerância em relação às demais religiões, especialmente do calvinismo. Subentendido à esse embate estava a concepção da tolerância religiosa como um instrumento de reinado, na medida em que ela submeteria a Igreja ao Estado, caso fosse amplamente aceita, e conseqüentemente, retiraria a primazia da religião, outorgando maior importância a outros aspectos políticos. As guerras de religião, dessa forma, *inauguraram o valor liberal da tolerância*, nesse primeiro momento especificamente quanto à vida espiritual dos homens, deixando descortinado, inconscientemente, o caminho a ser trilhado para a secularização e o enfrentamento dos governos absolutistas, que se utilizariam, por sua vez, do subjetivismo e da moral como elementos de afirmação do homem perante o mundo.

¹⁹ Segundo Descartes (*Discurso do método*. Introdução, análise e notas Étienne Gilson; tradução Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão; tradução das notas Andréa Stahel M. da Silva; tradução da introdução e da análise Homero Santiago; revisão da tradução Monica Stahel. 4. ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009, p. 7-8), “não recearei dizer que penso ter tido muita sorte por ter me encontrado, desde a juventude, em certos caminhos que me conduziram a considerações e máximas com as quais formei um método que me parece fornecer um meio de aumentar gradualmente meu conhecimento e de elevá-lo pouco a pouco ao ponto mais alto que a mediocridade de meu espírito e a curta duração de minha vida lhe permitirão alcançar”. Com efeito, o filósofo, ao propor seu método, asseverou que seu “propósito” não era ensinar “o método que cada um deve seguir para bem conduzir sua razão, mas somente mostrar de que modo procurei conduzir a minha” (p. 9). Entretanto, e isto influenciou sobremaneira a propagação do racionalismo, Descartes considerou também que “após ter-me assegurado dessas máximas, e tê-las posto à parte, com as verdades da fé, que sempre foram as

instrumento que permitiria a obtenção de uma verdadeira compreensão. A dúvida metódica e o método propostos por ele foram instrumentos utilizados pelo homem moderno para chegar a considerações exatas sobre qualquer aspecto da convivência humana, na medida em que matematizavam o pensamento através de um raciocínio lógico e axiomático.

Ocorre que esse mesmo raciocínio foi utilizado para fundamentar o Direito, acarretando a passagem do jusnaturalismo medieval para o jusracionalismo moderno. Baptista da Silva aponta-o nas duas características que elenca como distintivas do jusnaturalismo em relação ao Direito natural do limiar da modernidade: em primeiro lugar, destaca a utilização do método analítico-sintático, empregado nas ciências da natureza, “por meio do qual os fenômenos deveriam antes ser decompostos, de modo que, através da análise de seus elementos estruturais, se tornasse possível a síntese posterior”²⁰. Referira-se, obviamente, à adoção da metodologia cartesiana, considerando-a, por sua vez, influenciada pelas teses de Galileu, citando como exemplo a decomposição por ele realizada quanto ao fenômeno de caída dos corpos, que, juntamente com a sua teoria heliocêntrica, causaram um choque científico no pensamento humano, introduzindo-lhe o conceito de *dúvida*. Quanto à segunda distinção, diz que “está na rigorosa unificação metodológica empregada pelo direito natural laico”²¹. Essa unificação metodológica corresponderia à estrutura axiomática que atribuíam ao Direito natural, que assim como a matemática, possuiria uma invariável relação de justiça *apriorística* que nem o arbítrio poderia mudar e que existiria antes mesmo de se elaborarem as leis produzidas pelo Estado.

Destarte, e pulando algumas etapas de teorizações que teceram ideias a respeito da validade universal de determinados preceitos de justiça, válidos para todos os locais e para todos os homens, chega-se ao momento histórico de estruturação do paradigma constitucional. Do mesmo modo com que se pretendeu atribuir um caráter de perenidade ao Direito natural, passou-se à elaboração de leis e especialmente de Constituições, embora suas perpetuações no tempo fossem relativizadas pela possibilidade de existirem diversas conformações legais, que iriam variar de Estado para Estado, de acordo com a vontade da maioria dos cidadãos no

primeiras em minha crença, julguei que, *quanto a todas as minhas outras opiniões, podia livremente empenhar-me em me desfazer delas*” (p. 52). Embora o *Discurso do Método*, à primeira vista, não carregue a intenção de encontrar verdades absolutas, o que o próprio autor reconhece como inconcebível, não há como negar a influência que a obra manifestou em toda a tradição de pensamento póstera, sobretudo no campo do Direito, através de um método que ensinava a utilizar o *cogito* – e, portanto, permitindo um assujeitamento do mundo pelo sujeito – e a sempre duvidar daquilo que era posto, permitindo que o sujeito – o juiz, para efeitos deste estudo – passasse a se respaldar sobre sua própria consciência, isto é, em sua pretensa verdade adquirida através da condução de seu próprio pensamento em relação aos objetos pensados por ele.

²⁰ SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Processo e ideologia*, op. cit., p. 66.

²¹ *Ibid.*, p. 67.

momento de criar, conforme nominou Rousseau, seu contrato social. De qualquer maneira, ambas serviriam, e mesmo hoje podem ser visualizadas deste modo, como instrumentos de manutenção do *status quo* social, mesmo diante da possibilidade de (re)elaborações que poderiam eventualmente ocorrer na esfera jurídica infraconstitucional ou na própria ordem constitucional. Conforme discorre Ferrajoli, “neste sentido, entende-se que a separação de direito e moral seja um corolário meta-teórico do caráter formal e ideologicamente neutro da teoria do direito”²². Com efeito, o que o racionalismo, através da cisão entre o mundo dos fatos e o mundo teórico – ou positivo, nesse caso – proporcionou, foi a compreensão de que a convenção jurídica positiva a moral de determinado tempo e espaço, isto é, a moralidade da coletividade de determinado local – ao menos deveria ser-la, seguindo a orientação realizada pelo princípio da maioria –, representada pelos constituintes ou pela assembléia legislativa, objetivando-a e estratificando-a na tentativa de manter a realidade e trazer segurança à relações em sociedade.

Por isso que o processo de constitucionalismo se pautou, em toda a sua movimentação, sobre a ideia de submeter o poder político ao Direito, de limitar as suas funções e, principalmente, como observa Moreira, “de proceder à separação dos Poderes para desse modo melhor o controlar”²³. A supremacia de uma Constituição e a sua pretensão de eficácia, sustentando-se por um segundo todas as variáveis sociais decorrentes da elaboração de um contrato social, é naturalmente mais uma das tentativas de racionalizar as relações sociais e de poder político. Hesse havia percebido isso quando considerou que a condição de eficácia de uma Constituição jurídica é um limite hipotético extremo. Isto porque, segundo ele, “entre a norma fundamentalmente estática e racional e a realidade fluida e irracional, existe uma tensão necessária e imanente que não se deixa eliminar”²⁴. Ou em outras palavras, há uma tensão em razão da impossibilidade de separar o mundo prático do mundo teórico, a menos que se faça um esforço de abstração através do pensamento, formalizando-o, por conseguinte, na forma de documentos escritos de observância convencional obrigatória.

De qualquer modo, o processo de constitucionalismo, que não obstante tenha se constituído sobre as bases da Ilustração e carregado consigo os ideais racionalistas, tratou de atribuir ao poder judicial um papel de destaque. Como se sabe, o Poder Judiciário é

²² FERRAJOLI, Luigi. *Garantismo*. Una discusión sobre derecho y democracia. Traducción de Andrea Greppi. 2. ed. Madrid: Editorial Trotta, 2009, p. 42.

²³ MOREIRA, Vital. O futuro da constituição. In: GRAU, Eros Roberto; GUERRA FILHO, Willis Santiago. (Org.) *Direito constitucional*. Estudos em homenagem a Paulo Bonavides. São Paulo: Malheiros Editores, 2001, p. 314.

²⁴ HESSE, Konrad. *A força normativa da constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991, p. 10.

historicamente o mais novo dos poderes estatais, tendo exercido parca influência dentro da proposta inicial de tripartição dos poderes, nos moldes propostos, por exemplo, por Montesquieu²⁵. Percebe-se isso ao se recordar que nos períodos antigo e médio a tarefa de dizer o direito era atribuição ou do governo ou da assembleia legislativa, inexistindo qualquer forma de independência ou de autonomia aos magistrados que ocupassem a função típica de juizes, isso quando a mesma não fosse realizada pelo rei ou pelos próprios membros do parlamento. De fato, foi somente através do processo de constitucionalismo que o Judiciário ganhou forças para se auto-afirmar como poder imprescindível para a concretização de direitos fundamentais, conforme os diversos governos monárquicos passavam a adotar preceitos democráticos para seus Estados, contando com a vontade da população como instrumento de legitimação de suas decisões governamentais e da elaboração de suas leis.

Ademais, a importância do Poder Judiciário na atualidade é, em grande medida, o resultado da implantação do Tribunal Supremo estadunidense, instalado logo após o processo de independência americana, e mais especificamente, resultado da decisão proferida no caso *Marbury vs. Madison*, na qual referido Tribunal reivindicou a si o direito de aferir a constitucionalidade do conteúdo e do modo de formação das leis elaboradas pelo Congresso²⁶. O que antes era somente uma possibilidade de atuação da justiça constitucional no limiar da Revolução americana se tornou realidade com a constatação da supremacia do documento constitucional sobre a atuação de todos os poderes estatais, inclusive do próprio Judiciário. Assim, por quase um século, o controle de constitucionalidade conferido ao Tribunal estadunidense permaneceu como instituto tipicamente americano, até 1920, quando foi instalado um tribunal constitucional com características semelhantes na Áustria. Daí em diante e até pouco depois da Segunda Guerra Mundial houve uma lenta generalização da justiça constitucional. Na realidade, nos anos setenta havia na Europa apenas três tribunais

²⁵ Segundo Montesquieu (*Do espírito das leis*. São Paulo: Martin Claret, 2002, especialmente pp. 165-167), em cada Estado havia três espécies de poderes distintos: o poder legislativo, o poder executivo de coisas que dependiam do direito das gentes, e o poder executivo que dependia do direito civil. Pelo primeiro poder se criavam as leis; pelo segundo se determinava a guerra e a paz, enviava-se e se recebia embaixadas, estabelecia-se a segurança, entre outros atos; e pelo terceiro se puniam os crimes ou se julgavam as questões dos indivíduos. Este último poder era denominado por Montesquieu de “poder de julgar”. Quanto a ele, especificamente, sustentava que “não deve ser dado a um senado permanente, mas exercido por pessoas extraídas da classe popular, em certas épocas do ano, de modo prescrito pela lei”. Percebe-se com isso, que a concepção de um Poder Judiciário – esse “poder de julgar” – autônomo e independente ainda possui limitações, em razão de uma série de regras elaboradas para concessão de um mínimo de poder, embora fosse claramente reconhecido pelo autor que “quando em uma só pessoa, ou em um mesmo corpo de magistratura, o poder legislativo está reunido ao poder executivo, não pode existir liberdade, pois se poderá temer que o mesmo monarca ou o mesmo senado crie leis tirânicas para executá-las tiranicamente. Também não haverá liberdade se o poder de julgar não estiver separado do poder legislativo e do executivo”.

²⁶ BONAVIDES, Paulo. *Teoria constitucional da democracia participativa*. Por um direito constitucional de luta e resistência. Por uma nova hermenêutica. Por uma repolitização da legitimidade. 3. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2008, p. 328.

constitucionais, notadamente o austríaco, o italiano e o alemão, além do caso específico do Conselho Constitucional Francês, não considerado uma típica instância jurisdicional, mas com atribuições semelhantes²⁷. No Estado brasileiro, aliás, o controle de constitucionalidade surgiu em fins do século dezenove, especificamente em 24 de fevereiro de 1891, data de promulgação da Constituição brasileira de correspondente ano, embora sua modalidade fosse difusa e não concentrada, isto é, não fosse feita por uma corte especializada em matéria constitucional, mas pelas instâncias comuns do Judiciário, de modo incidental²⁸. Então, a partir da década de setenta do século passado se assistiu a um expressivo movimento de criação de inúmeros outros tribunais desse gênero. Prova disso é a existência na atualidade de quase duzentos Estados formalmente soberanos, todos recobertos por Constituições escritas²⁹ e grande parte deles dotados de uma jurisdição constitucional com controle concentrado.

Com vistas a esse breve esboço histórico sobre a implantação da justiça constitucional, percebe-se a sua interdependência com o constitucionalismo e, logicamente, com o Poder Judiciário. Ademais, pode-se considerar que o constitucionalismo é uma das condições de possibilidade de existência das garantias previstas constitucionalmente, incluindo-se nelas as processuais em um período posterior, cujo respeito decorre do próprio princípio da constitucionalidade³⁰. Decorrem do processo de constitucionalização, igualmente, os principais movimentos de incorporação de novos direitos pelas Constituições modernas, à trilha do racionalismo que os formalizou em uma carta política com supremacia sobre o restante das leis estatais. E paradoxalmente, advém dele o perfil de julgadores que utilizam as suas consciências para guiarem seus processos judiciais e construam as suas decisões – os quais, contraditoriamente, conforme adverte Saldanha³¹, acabam desrespeitando as garantias processuais conforme julgam utilizando suas próprias convicções.

Quanto à incorporação de novos direitos pelas Constituições, que abriram caminho para generalizar as garantias processuais como princípios fundamentais de qualquer ordem estatal, encontram-se primeiramente a positivação de regras de cunho social – ou de segunda

²⁷ MOREIRA, Vital. O futuro da constituição. In: GRAU, Eros Roberto; GUERRA FILHO, Willis Santiago. (Org.). *Direito constitucional*, op. cit., pp. 313-318.

²⁸ BONAVIDES, Paulo. *Teoria constitucional da democracia participativa*, op. cit., p. 329.

²⁹ MIRANDA, Jorge. *Teoria do Estado e da Constituição*, op. cit., p. 57.

³⁰ De acordo com Moreira, “a justiça constitucional supõe a prevalência do *princípio da constitucionalidade*, ou seja, a submissão de todos os poderes do Estado, a começar pelo poder legislativo, à Constituição”. Cf. MOREIRA, Vital. Princípio da maioria e princípio da constitucionalidade. In: *Legitimidade e legitimação da justiça constitucional*, op. cit., p. 192.

³¹ SALDANHA, Jania Maria Lopes. Bloco de constitucionalidade em matéria de garantias processuais na América Latina: ultrapassando o perfil funcional e estrutural “hipermoderno” de processo rumo à construção de um direito processual internacional dos direitos humanos. In: CALLEGARI, André Luís; STRECK, Lenio Luiz; ROCHA, Leonel Severo. (Org.). *Constituição, sistemas sociais e hermenêutica*, op. cit., p. 126.

geração³², como gostam de nomear os jusfilósofos contemporâneos – nos ordenamentos constitucionais. Essa onda de positivação foi inaugurada pelas Constituições mexicana, de 1917, e alemã, de 1919, com as quais houve um aumento substancial na densidade das constituições. Esse aumento na carta de direitos, que deixou de prescrever apenas direitos políticos, civis e liberais, gerou três desdobramentos no plano político estatal dos Estados constitucionais: o primeiro relacionado à programação efetuada pelas normas constitucionais, no sentido de atribuírem tarefas ao legislador; o segundo, seguindo à esteira desse outro, correspondente à limitação que o aumento da densidade constitucional ocasionou no princípio da vontade da maioria e, por fim; a cobrança estatal por um juiz mais ativo, que seria utilizado como “um instrumento de justiça social”³³.

Como se sabe, tem-se, ao menos no início do século vinte, o reconhecimento de diversos direitos de cariz coletivista, relacionados à ordem social, cultural e econômica dos Estados, e especialmente de direitos trabalhistas, na medida em que as Constituições absorveram parte das reivindicações por melhores condições de trabalho advindas da disputa entre a doutrina liberal e a socialista. A inclusão desses direitos representa a primeira grande modificação dos ordenamentos constitucionais, que até então se mantinham fiéis à tradição atomista que lhes deu origem. Então, após a Grande Depressão, considerado o maior recesso econômico do século passado, as constituições mudaram novamente de feição, adquirindo uma fisionomia inédita com a junção de políticas liberais e paternalistas: surgiram as Constituições dirigentes – como as denomina Canotilho³⁴ – como possível reação estatal para superação da crise pela qual a economia mundial passava. Para bem dizer a verdade, as Constituições anteriores a 1929 já direcionavam as tarefas do Estado, embora essa programaticidade fosse bastante sutil em relação à intervenção que viria a ser realizada para a introdução do *welfare state*, paradigma de Estado que eventualmente reforçaria a divisão entre países desenvolvidos – e que vivenciaram as políticas de bem-estar social – e países

³² Segundo Bonavides (*Teoria constitucional da democracia participativa*, op. cit., p. 315), os direitos de primeira categoria são “aqueles direitos civis e políticos da velha e clássica raiz liberal; os de segunda categoria, os direitos sociais; os de terceira, o direito dos povos ao desenvolvimento e outros correlatos, pertinentes à qualidade de vida dos seres humanos e, por derradeiro, nessa seqüência evolutiva, os de quarta dimensão, ou seja, o direito à democracia, universalizado como o mais alto direito político do gênero humano, fundado, para sua concretização, no pluralismo e na livre informação”.

³³ SALDANHA, Jânia Maria Lopes; ESPINDOLA, Angela Araujo da Silveira; ISAIA, Cristiano Becker. Interrogações sobre princípios processuais previstos no Projeto de Novo Código de Processo Civil. In: BARROS, Flaviane de Magalhães; MORAIS, Jose Luis Bolzan de. (Coord.). *Reforma do processo civil: perspectivas constitucionais*, op. cit., p. 182.

³⁴ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Constituição dirigente e vinculação do legislador*. Contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2001, p. 27.

subdesenvolvidos – os quais, por sua vez, ainda se utilizam dessas Constituições como método de elevação de seu índice de desenvolvimento.

De qualquer modo, o importante é frisar que o aumento de direitos nas Constituições afetou a relação, até então não exasperada, entre o Poder Legislativo e o Poder Judiciário. Se este possuía a guarda da Constituição e controlava a constitucionalidade das leis elaboradas pelo Congresso de acordo com a Carta Magna, o crescimento das Constituições acabou aumentando as condições de possibilidade de sua atuação, limitando, proporcionalmente, o espaço de conformação daquele. Moreira³⁵ havia referido isto, ao dizer que toda a Constituição é por natureza uma limitação do princípio da maioria. Assim, se por um lado, o Poder Judiciário passou a ter maior relevância dentro do Estado democrático, na medida em que as matérias em que teria poder de processamento e de julgamento aumentaram vertiginosamente, por outro, o Parlamento se viu enfraquecido, pois a elaboração das leis passaria por uma triagem constitucional com uma riqueza de conteúdos que dificultariam a satisfação popular caso fosse minimamente de encontro às disposições constitucionais, agora controladas pelo Judiciário. E os juízes, especialmente os constitucionais, seriam, segundo Pires, “as pessoas mais indicadas para a interpretação-revelação da lei natural-positiva a que a Constituição aspiraria”³⁶.

Então, retomando o ponto de partida, e referindo-se novamente às palavras de Saldanha³⁷, “as transformações da jurisdição, na atualidade, podem ser compreendidas como uma das expressões do neoconstitucionalismo que, segundo seus autores, busca explicar a rematerialização das Constituições”. Com efeito, dentre os direitos incorporados pelos ordenamentos constitucionais da (pós)modernidade estão uma série de garantias processuais, que expressam, juntamente com as outras classes de direitos fundamentais referidas, a maturidade democrática dos Estados nacionais e a condição de possibilidade para a construção de valores processuais universais em matéria de direito processual³⁸. Porém, apesar da positivação destes direitos, há uma ponte que os separa de sua eficácia, que na

³⁵ MOREIRA, Vital. Princípio da maioria e princípio da constitucionalidade. In: *Legitimidade e legitimação da justiça constitucional*, op. cit., p. 180.

³⁶ PIRES, Francisco Lucas. Legitimidade da justiça constitucional e princípio da maioria. In: *Legitimidade e legitimação da justiça constitucional*. Colóquio no 10º aniversário do Tribunal Constitucional – Lisboa, 28 e 29 de Maio de 1993. Coimbra: Coimbra Editora, 1995, p. 168.

³⁷ SALDANHA, Jania Maria Lopes. Bloco de constitucionalidade em matéria de garantias processuais na América Latina: ultrapassando o perfil funcional e estrutural “hipermoderno” de processo rumo à construção de um direito processual internacional dos direitos humanos. In: CALLEGARI, André Luís; STRECK, Lenio Luiz; ROCHA, Leonel Severo. (Org.). *Constituição, sistemas sociais e hermenêutica*, op. cit., p. 125.

³⁸ *Ibid.*, loc. cit.

atualidade, é representada, sobretudo, pela ideologia da produtividade e da quantificação, advindas da racionalização e burocratização da sociedade.

2 DA QUANTIDADE À QUALIDADE: DA IMPRESCINDIBILIDADE DE SE OBSERVAREM AS GARANTIAS CONSTITUCIONAIS DO PROCESSO

Disse-se que as garantias constitucionais do processo foram elevadas a direitos fundamentais em razão de suas positivações pelos ordenamentos constitucionais que as adotaram. Referiu-se, também, que em decorrência do princípio do constitucionalismo estas regras processuais fundamentais deveriam ser aplicadas pelos julgadores, que deveriam garanti-las de modo incondicional a todos os seus jurisdicionados. Sendo assim, antes de proceder às considerações sobre a postura judiciária em relação à adoção de critérios de produtividade em detrimento da deferência que deveria ser dada às garantias processuais, convém demonstrar que as mesmas, pela impulsão gerada pelas diversas democracias constitucionais da modernidade, detêm traços de direito humanos e não apenas de direitos fundamentais, aliando-se esse entendimento às propostas realizadas por Saldanha, ao considerar que as garantias ou princípios processuais “são direitos humanos porque ligados, de modo indelével, à própria noção de dignidade humana”³⁹. Portanto, com a intenção de reforçar essa opinião sobre a imprescindibilidade de um processo pautado sobre tais garantias, convém traçar a diferença entre direitos humanos e direitos fundamentais, a partir da qual se perceberá que o conjunto de aspectos englobados pelas garantias processuais aspira, além de um caráter de obrigatoriedade, de se tornar um valor universal, sob pena de, ao contrário, se cometerem violações a diversos direitos fundamentais diretamente relacionados à igualdade⁴⁰ daqueles que acionam o Judiciário.

³⁹ SALDANHA, Jania Maria Lopes. Bloco de constitucionalidade em matéria de garantias processuais na América Latina: ultrapassando o perfil funcional e estrutural “hipermoderno” de processo rumo à construção de um direito processual internacional dos direitos humanos. In: CALLEGARI, André Luís; STRECK, Lenio Luiz; ROCHA, Leonel Severo. (Org.). *Constituição, sistemas sociais e hermenêutica*, op. cit., p. 144.

⁴⁰ A igualdade referida é a igualdade na liberdade, a qual, segundo Bobbio (*Liberalismo e democracia*. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. São Paulo: Editora Brasiliense, 2005, p. 39), é “a única forma de igualdade que não só é compatível com a liberdade tal como entendida pela doutrina liberal, mas que é inclusive por essa solicitada”. Segundo o autor, a igualdade na liberdade inspira dois princípios fundamentais, normalmente enunciados em normas constitucionais: a igualdade perante a lei e a igualdade de e nos direitos. Quanto ao primeiro desses princípios, corresponde, restritivamente, à formulação “a lei é igual para todos” (p. 40), em que o juiz deverá ser imparcial na aplicação da lei e, extensivamente, “que todos os cidadãos devem ser submetidos às mesmas leis” (p. 40). Quanto ao segundo princípio referido, e este interessa substancialmente para o desenvolvimento desta análise, ele “significa o igual gozo por parte dos cidadãos de alguns direitos fundamentais constitucionalmente garantidos” (p. 41). A igualdade nos direitos compreende, e Bobbio reforça este ponto em sua explanação, a igualdade em todos os direitos fundamentais enumerados numa Constituição, fazendo, porém, a ressalva de que só podem ser considerados “como fundamentais aqueles, e somente aqueles, que devem ser

Partindo para essa diferenciação, Neves⁴¹ faz referência à existência de um grau de ambigüidade entre as expressões direitos do homem, direitos humanos, e direitos fundamentais. Segundo ele, “a noção de direitos do homem ou de direitos humanos, quando surgiu no âmbito das revoluções liberais, distinguiu-se do conceito de cidadania”⁴². Desse modo, no princípio, enquanto os “direitos do homem” se referiam aos direitos de toda e qualquer pessoa humana, os “direitos humanos” se relacionavam “aos direitos dos membros de uma determinada coletividade política, e mais precisamente, de um Estado”⁴³. Em seguida, através da experiência constitucional tardia da Alemanha, passou-se a usar a expressão “direitos fundamentais” para se referir aos direitos positivados e garantidos pelas constituições estatais, em substituição da utilização de “direitos humanos”, que passou a ter significação semelhante à de “direitos do homem”. Adotou-se, então, essa proposta de distinção entre “direitos fundamentais” constitucionalmente garantidos e “direitos humanos” protegidos pela ordem jurídica internacional, a qual se mantém válida na atualidade para explicar o sentido de ambas às expressões. Aportando para o debate a formulação luhmanniana a esse respeito, Neves ainda explica que os direitos fundamentais “serviriam à ‘manutenção de uma ordem diferenciada de comunicação’ ou, *a contrario sensu*, reagiriam ‘ao perigo da desdiferenciação’”⁴⁴. Logo em seguida, sustenta também que “os direitos humanos estariam relacionados ao problema da exclusão, orientando-se, portanto, para a inclusão do homem como pessoa nos sistemas funcionais da sociedade, especialmente no direito”⁴⁵. Por fim, considera que tanto os direitos fundamentais quanto os direitos humanos dizem respeito à inclusão da pessoa e à diferenciação da sociedade, embora estes valham para o nível mundial e aqueles para qualquer ordem jurídica existente dentro da sociedade mundial⁴⁶.

Feitas essas observações, parece condizente delimitar o conceito de direitos humanos no mesmo sentido em que procede Neves, “como expectativas normativas de inclusão jurídica generalizada nas condições de dissenso estrutural da sociedade mundial”⁴⁷. Realmente, tendo

gozados por todos os cidadãos sem discriminações derivadas da classe social, do sexo, da religião, da raça, etc.” (p. 41). Este parece ser o caso, de qualquer forma, das garantias constitucionais do processo, ao menos em relação ao ordenamento brasileiro, ao prescrever, no caput do artigo 5º de sua Constituição Federal, que “todos são iguais perante lei, sem distinção de qualquer natureza”, elencando, dentre o rol subsequente a ele, que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito” (inciso XXXV do referido artigo 5º).

⁴¹ NEVES, Marcelo. *Transconstitucionalismo*. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009, p. 249.

⁴² *Ibid.*, loc. cit.

⁴³ *Ibid.*, loc. cit.

⁴⁴ *Ibid.*, p. 251.

⁴⁵ *Ibid.*, loc. cit.

⁴⁶ *Ibid.*, p. 253.

⁴⁷ *Ibid.*, p. 255.

diversas sociedades se dirigido para uma direção de interdependência globalizada é natural que os mais variados sistemas sociais estatais, supranacionais ou internacionais se condicionem reciprocamente, incluindo-se neles o sistema do Direito de cada um deles, influenciando-se na medida em que determinadas expectativas detenham força persuasiva⁴⁸ suficiente para serem consideradas como direitos e deveres de observância indiscutivelmente obrigatória por todos os seres humanos. Por isso que, apesar de a sociologia, conforme descreve Luhmann, não reconhecer o discurso de existência de uma ordem global unificada em menor ou maior grau, ele mesmo adverte que “é evidente o fato de um contexto global de interação em escala mundial”⁴⁹, com o que é possível denotar a existência de uma real comunicação entre o direito de diversos países e territórios.

Ademais, se os direitos fundamentais são de observância necessária pelo fato de estarem positivados no documento político-jurídico que sustenta o Estado, os direitos humanos devem ser garantidos com maior ênfase, por se relacionarem estreitamente com a noção de dignidade da pessoa humana, a qual, independentemente de positivação, é talvez o principal enunciado de qualquer Estado democrático constitucional, além de referirem-se a outros sistemas jurídicos constantemente. Percebe-se essa relevância de modo claro ao se visualizar a atuação de Cortes supranacionais e internacionais, bem como a enunciação de diversas garantias processuais pelos correspondentes tratados que as instituíram. Tomando como exemplo alguns casos da Corte Interamericana de Direitos Humanos, analisados por Saldanha⁵⁰, vê-se que essa interação, neste caso apenas entre os países da América Latina,

⁴⁸ Slaughter (*A new world order*. New Jersey: Princeton University Press, 2004, p. 76) observara esse fenômeno de influência entre ordens estatais, ao dizer, citando a Justice Ruth Bader Ginsburg, que “na área de direitos humanos a experiência em uma nação ou região pode inspirar ou informar outras nações e regiões” (tradução nossa). A autora, ainda, descreve a atuação de juízes constitucionais de diversos Estados, comprovando a partir de suas posturas a existência de um relacionamento recíproco e condicionante entre determinadas Cortes Constitucionais, na medida em que se comunicam e se observam através do teor de suas decisões judiciais. Neste contexto que se refere à autoridade persuasiva das decisões, ao dizer que “onde os juízes citam decisões estrangeiras como autoridade persuasiva e são persuadidos ao ponto de convergirem suas decisões sobre certas questões, a fertilização cruzada constitucional evolui para algo mais profundo, assemelhando-se a uma emergente jurisprudência global” (p. 78, tradução nossa).

⁴⁹ LUHMANN, Niklas. *Sociologia do direito II*. Tradução de Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Edições Tempo Brasileiro, 1985, p. 154.

⁵⁰ A autora analisou os seguintes casos e correspondentes violações de garantias constitucionais do processo: caso *María Elena Loayza Tamayo vs. Peru*, em que houve a violação do devido processo legal por duplo julgamento da demandante; caso *Castillo Páez vs. Peru*, em que houve violação do direito a um recurso efetivo perante os juízes e tribunais nacionais peruanos; caso *Paniagua Morales vs. Guatemala*, em que houve violação do devido processo legal e do prazo razoável do processo, em razão da detenção arbitrária, tratamento desumano, tortura e assassinato de diversas pessoas por policiais guatemaltecos; caso *Carpio Nicolle e outros vs. Guatemala*, em que houve violação da independência e imparcialidade nas investigações penais dos demandantes, inaugurando a figura da coisa julgada fraudulenta; caso *Almonacid Arrellano e outros vs. Chile*, em que houve a violação do devido processo legal, da imparcialidade e da independência do Poder Judiciário; caso *Bayarri vs. Argentina*, em que houve violação do devido processo legal e do prazo razoável do processo e, por fim; caso *Escher e outros vs. Brasil*, em que houve violação do devido processo legal, em virtude da utilização de uma interceptação

possui uma clara direção de satisfação de garantias, o que se tornou pela repetição de decisões garantistas da Corte, prova da existência de um bloco de constitucionalidade em matéria de garantias processuais. Deste bloco, atinente apenas à América Latina, há uma interseção com as decisões, por exemplo, da Corte Européia de Direitos do Homem e do Tribunal Penal Internacional, que, além de formarem outros dois blocos de constitucionalidade, julgam de modo semelhante à Corte Interamericana no quesito proteção de garantias processuais.

De qualquer modo, independentemente da inserção das garantias como direitos fundamentais ou como direitos do homem, o que somente reforçaria a concepção de sua importância, é preciso ter presente que o respeito às garantias processuais é essencial para um processo equânime, de cariz democrático.

Então, a busca por um julgamento rápido, condizente com uma razoável duração do processo, deve ser feita premeditadamente e com cautela. Isto porque em primeiro plano, por mais que se queira desafogar o Poder Judiciário e satisfazer os interesses dos jurisdicionados, estão presentes as garantias processuais. De fato, existem modificações salutares para o processo, que geram uma redução de tempo considerável, sem as violarem. É o caso, por exemplo, da recente alteração no Código de Processo Civil brasileiro vigente, introduzida pela Lei 12.322/2010. Ela dispõe que todo o agravo de instrumento interposto contra decisão que não admite recurso extraordinário ou especial terá o seu instrumento dispensado, devendo o mesmo ser interposto nos próprios autos. Este tipo de modificação no andamento processual, em momento no qual se verifica que o agravo de instrumento é a classe processual que corresponde a aproximadamente 50% do total de processos em tramitação⁵¹, proporciona, segundo aponta Espindola⁵², um significativo impacto positivo na distribuição dos recursos humanos do Judiciário e na distribuição do tempo processual, afora o impacto ecológico, haja

telefônica ilegal. Para uma análise mais detalhada destes casos, SALDANHA, Jania Maria Lopes. Bloco de constitucionalidade em matéria de garantias processuais na América Latina: ultrapassando o perfil funcional e estrutural “hipermoderno” de processo rumo à construção de um direito processual internacional dos direitos humanos. In: CALLEGARI, André Luís; STRECK, Lenio Luiz; ROCHA, Leonel Severo. (Org.). *Constituição, sistemas sociais e hermenêutica*, op. cit., especialmente pp. 136-140.

⁵¹ Perante o Supremo Tribunal Federal brasileiro, no ano em curso, foram autuados, ao total, 33.570 processos, dos quais 15.596 são agravos de instrumento. Ainda, foram distribuídos 20.892, dos quais 10.293 são agravos de instrumento, e julgados, ao total, 49.808 processos, dos quais 27.886 correspondem ao número de agravos de instrumento. Para a primeira das estatísticas, o percentual de agravos representa 46,45% do total de processos, enquanto para o segundo caso – distribuições – representa 49,26% do total de processos, e, por fim, para os julgamentos, representa 55,98% dos processos decididos. Estatísticas retiradas de <<www.stf.jus.br>>. Acesso em 05 ago. 2011.

⁵² Cf. ESPINDOLA, Angela Araujo da Silveira. A refundação da ciência processual e a defesa das garantias constitucionais: o neoconstitucionalismo e o direito processual como um tempo e um lugar possíveis para a concretização dos direitos fundamentais. In: CALLEGARI, André Luís; STRECK, Lenio Luiz; ROCHA, Leonel Severo. (Org.). *Constituição, sistemas sociais e hermenêutica*. Anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito da UNISINOS. Mestrado e Doutorado. n. 7. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora; São Leopoldo: UNISINOS, 2010, p. 49.

vista, por exemplo, a redução do uso do papel. Como se pode perceber, o ganho temporal desta modificação não resulta em qualquer tipo de prejuízo para as partes, pois a decisão que conheça ou desconheça o agravo se dá paralelamente à forma de sua interposição – momento em que o foco da qualidade e da quantidade é deslocado para a atuação do julgador, que deverá respeitar todas as garantias processuais no momento de proferir sua decisão.

No entanto, algumas modificações processuais, ou propostas de modificação, juntamente com a intenção que decorrem delas, não se alinham a uma perspectiva estatal de garantia. Trabalham, de certo modo, para interesses paraestatais ou preponderantemente econômicos, misturando-se demasiadamente com uma ideologia política que lhes retiram a credibilidade e o caráter democrático. Em interessante análise do processo sob a ótica da modernidade e das influências do neoliberalismo, Saldanha aponta os reverses das orientações, por exemplo, que o Banco Mundial fornece para o Brasil, quanto à necessidade de reformas no Judiciário e no processo do país⁵³. Comentando, então, o Documento Técnico 319S, que traça diversas recomendações a respeito de valores que o Judiciário brasileiro da (pós)modernidade deveria ostentar, elenca-os na seguinte ordem: “a) previsibilidade nas decisões; b) independência; c) eficiência; d) transparência; e) credibilidade; f) combate à corrupção; g) proteção à propriedade privada; h) acessibilidade; i) respeito aos contratos e; j) mudança no ensino jurídico”⁵⁴. Com vistas a essas recomendações realizadas pelo Banco Mundial, e percebendo, além dos propósitos econômicos adjacentes a elas, a racionalização que iriam ocasionar no processo, a autora considera que “um dos resultados mais claros desse conjunto de reformas é, com efeito, a fragilização do ato decisório como o momento magno da compreensão e do encontro do sentido do caso”⁵⁵. Isto porque, mesmo que o Direito da (pós)modernidade esteja, de um ponto de vista semiótico, conforme escreve Neves, enfatizando cada vez mais a dimensão pragmática, após a ênfase dada às dimensões sintática e semântica (Neves, 2001, p. 356), permanece se utilizando, na verdade, de metodologias advindas do racionalismo para chegar a uma falsa faticidade, aproximando o mundo prático ou do subjetivismo do julgador ou de decisões petrificadas em súmulas (ordinárias e vinculantes). Ambas as hipóteses se afastam de uma decisão qualitativa. Na primeira delas em decorrência de uma interpretação sensitiva que desconhece a hermenêutica filosófica e que ignora certas vezes determinadas garantias constitucionais, resguardando-se para tanto sobre a

⁵³ SALDANHA, Jania Maria Lopes. A paradoxal face “hipermoderna” do processo constitucional: um olhar sobre o direito processual brasileiro. In: *Estudios constitucionales*, vol. 8, n. 2, Santiago, Chile, Universidad de Talca, 2010, especialmente pp. 687-691.

⁵⁴ *Ibid.*, p. 689.

⁵⁵ *Ibid.*, p. 690.

argumentação de que a interpretação é ato de vontade do juiz ou produto da consciência do julgador (Streck, 2010, p. 33). E na segunda porque “o ‘precedente’ não cabe na súmula” (Streck, 2009, p. 348).

Além do mais, sem precisar se socorrer de relações interestatais, supraestatais ou internacionais que pretendem relegar ao Direito a tarefa de aumentar quantitativamente as suas decisões, encontra-se, de distintos modos, a impressão da velocidade e da produtividade dentro dos próprios ordenamentos constitucionais de diversos Estados. A Constituição Federal brasileira, para promoção de seus juízes por merecimento, pressupõe “aferição do merecimento conforme o desempenho e pelos critérios objetivos de produtividade e presteza no exercício da jurisdição [...]”⁵⁶, apontando claramente a preferência pela quantidade de casos resolvidos do que pela qualidade do resultado prolatado através de sentenças e acórdãos. Ainda, dispõe que o processo deve obedecer a sua “razoável duração”, embora não seja possível, conforme se salientou no início, quantificar o tempo de um processo objetivamente, diante da peculiaridade de cada caso e da divergência entre a compreensão de cada uma das partes do processo quanto ao tempo que considerem razoável para ter determinada causa iniciada e finalizada. Parece natural, embora se insista em apontar a celeridade como o elemento que solucionará a superlotação processual do Judiciário, que cada situação em litígio possui seu próprio tempo, estimado em função da complexidade do caso, e não da observância relativa ou eventual de determinadas garantias processuais.

Por isso que se devem repensar algumas propostas de aprimoramento do sistema Judiciário, como as elencadas pelo II Pacto Republicano de Estado por um Sistema de Justiça mais Acessível, Ágil e Efetivo. De fato, enquanto parte dos compromissos enunciados por ele dizem respeito à proteção de direitos humanos e fundamentais, a outra se refere, contraditoriamente, à agilidade e efetividade da prestação jurisdicional. É claro que “a efetividade da prestação jurisdicional” e o “aperfeiçoamento dos serviços públicos prestados à sociedade” são dois compromissos que merecem destaque, frisa-se, em qualquer sistema Judiciário e organização estatal que detenha pretensões de progressão social. Isso fica claro quando Damaska⁵⁷ busca demonstrar que a organização de Estado influencia o Poder Judiciário e, conseqüentemente, o perfil de processo implantado por ele. Entretanto, importa essencialmente discutir o modo pelo qual se operacionalizará essa efetivação, que certamente, em um Estado democrático, não corresponde à supressão de garantias processuais.

⁵⁶ Cf. artigo 93, inciso II, alínea c, da Constituição Federal Brasileira.

⁵⁷ DAMASKA, Mirjan. *Las caras de la justicia y el poder del Estado*. Análisis comparado del proceso legal. Traducción de Andrea Morales Vidal. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 2000, p. 86.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Desde o I Pacto Republicano de Estado por um Sistema de Justiça mais Acessível, Ágil e Efetivo foram implantados diversos mecanismos de efetivação e de aceleração processual. Grande parte deles colabora com o serviço judiciário, atribuindo-lhe velocidade na medida em que apuram determinados procedimentos judiciais, sendo, desse modo, importantes e até mesmo imprescindíveis para manter a organização do sistema de justiça e para aperfeiçoar seu funcionamento. São exemplos de melhorias, decorrentes deste Pacto, parte das reformas constitucionais do Poder Judiciário, realizadas pela inclusão da Emenda Constitucional nº 45, bem como a informatização dos dados judiciais e a sua posterior conversão em indicadores estatísticos pelos tribunais e varas judiciárias, para citar apenas dois itens que compõem a onda reformista (pós)moderna que pretende atualizar o perfil de atuação do Judiciário brasileiro. Porém, e importa referir isto em modo de finalização, enquanto aprimoramentos dessa espécie são fundamentais para tornar o processo judicial cada vez mais ágil, não é condizente imprimir essa mesma pretensão de velocidade ao ato de decidir, ao menos enquanto o mesmo, diante do caso concreto, não represente um risco, em razão da morosidade, para os bens postos em litígio ou para a integridade das partes envolvidas no processo.

De qualquer modo, o paradigma racionalista, que conduziu a ciência jurídica e o processo judicial desde a secularização do pensamento humano para sua matematização e estratificação, e que continua exercendo grande influência sobre a atuação dos juízes, deve ser alvo de estudos e de compreensão, para ser possível superar, de um lado, a ânsia por decisões rápidas que solapam garantias processuais e, de outro, decisões inadequadamente fundamentadas ou, sobre o pretexto de estarem racionalmente motivadas, apresentarem como elemento construtivo o subjetivismo do julgador. Sendo assim, por mais que a sociedade esteja presa ao influxo da pressa e da produtividade, o processo judicial não pode se render a essa mesma dinâmica social, a menos que a celeridade seja acompanhada de uma interpretação judicial atenta às peculiaridades do caso concreto e ao tempo necessário para o desenvolvimento de uma instrução processual que observe as regras processuais fundamentais, garantindo a igualdade de (e nos) direitos de todos os seus jurisdicionados.

REFERÊNCIAS

BAUMAN, Zygmunt. *Modernidade líquida*. Tradução de Plínio Dentzien. Rio de Janeiro: Zahar, 2001.

BOBBIO, Norberto. *Liberalismo e democracia*. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. São Paulo: Editora Brasiliense, 2005.

BONAVIDES, Paulo. *Teoria constitucional da democracia participativa*. Por um direito constitucional de luta e resistência. Por uma nova hermenêutica. Por uma repolitização da legitimidade. 3. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2008.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Constituição dirigente e vinculação do legislador*. Contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2001.

CHEVALLIER, Jaques. *O Estado pós-moderno*. Tradução de Marçal Justen Filho. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2009.

DAMASKA, Mirjan. *Las caras de la justicia y el poder del Estado*. Análisis comparado del proceso legal. Traducción de Andrea Morales Vidal. Santiago de Chile: Editorial Juridica de Chile, 2000.

DESCARTES, René. *Discurso do método*. Introdução, análise e notas Étienne Gilson; tradução Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão; tradução das notas Andréa Stahel M. da Silva; tradução da introdução e da análise Homero Santiago; revisão da tradução Monica Stahel. 4. ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009.

FERRAJOLI, Luigi. *Garantismo*. Una discusión sobre derecho y democracia. Traducción de Andrea Greppi. 2. ed. Madrid: Editorial Trotta, 2009.

GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método I*. Traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. Tradução de Flávio Paulo Meurer. 10. ed. Petrópolis, Rio de Janeiro: Vozes, 2008.

HESSE, Konrad. *A força normativa da constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991.

LUHMANN, Niklas. *Sociologia do direito II*. Tradução de Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Edições Tempo Brasileiro, 1985.

MATTEUCCI, Nicola. *Organización del poder y libertad*. Historia Del constitucionalismo moderno Traducción de Francisco Javier Ansuátegui Roig y Manuel Martínez Neira. Madrid: Editorial Trotta, 1998.

MIRANDA, Jorge. *Teoria do Estado e da Constituição*. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

MONTESQUIEU. *Do espírito das leis*. Tradução de Jean Melville. São Paulo: Martin Claret, 2002.

MOREIRA, Vital. Princípio da maioria e princípio da constitucionalidade. In: *Legitimidade e legitimação da justiça constitucional*. Colóquio no 10º aniversário do Tribunal Constitucional – Lisboa, 28 e 29 de Maio de 1993. Coimbra: Coimbra Editora, 1995.

_____. O futuro da constituição. In: GRAU, Eros Roberto; GUERRA FILHO, Willis Santiago. (Org.) *Direito constitucional*. Estudos em homenagem a Paulo Bonavides. São Paulo: Malheiros Editores, 2001.

NEVES, Marcelo. *Transconstitucionalismo*. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009.

NUNES, Dierle; BARROS, Flaviane de Magalhães. As reformas processuais macroestruturais brasileiras. In: BARROS, Flaviane de Magalhães; MORAIS, Jose Luis Bolzan de. (Coord.). *Reforma do processo civil: perspectivas constitucionais*. Belo Horizonte: Fórum, 2010.

PIRES, Francisco Lucas. Legitimidade da justiça constitucional e princípio da maioria. In: *Legitimidade e legitimação da justiça constitucional*. Colóquio no 10º aniversário do Tribunal Constitucional – Lisboa, 28 e 29 de Maio de 1993. Coimbra: Coimbra Editora, 1995.

SALDANHA, Jania Maria Lopes. A paradoxal face “hipermoderna” do processo constitucional: um olhar sobre o direito processual brasileiro. In: *Estudios constitucionales*, vol. 8, n. 2, Santiago, Chile, Universidad de Talca, 2010.

_____. Bloco de constitucionalidade em matéria de garantias processuais na América Latina: ultrapassando o perfil funcional e estrutural “hipermoderno” de processo rumo à construção de um direito processual internacional dos direitos humanos. In: CALLEGARI, André Luís; STRECK, Lenio Luiz; ROCHA, Leonel Severo. (Org.). *Constituição, sistemas sociais e hermenêutica*. Anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito da UNISINOS. Mestrado e Doutorado. n. 7. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora; São Leopoldo: UNISINOS, 2010.

SALDANHA, Jânia Maria Lopes; ESPINDOLA, Angela Araujo da Silveira; ISAIA, Cristiano Becker. Interrogações sobre princípios processuais previstos no Projeto de Novo Código de Processo Civil. In: BARROS, Flaviane de Magalhães; MORAIS, Jose Luis Bolzan de. (Coord.). *Reforma do processo civil: perspectivas constitucionais*. Belo Horizonte: Fórum, 2010.

SANTOS, André Leonardo Coppetti. *Elementos de Filosofia Constitucional*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Processo e ideologia*. O paradigma racionalista. 2. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2006.

SLAUGHTER, Anne-Marie. *A new world order*. New Jersey: Princeton University Press, 2004.

STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso*. Constituição, hermenêutica e teorias discursivas. Da possibilidade à necessidade de respostas corretas em direito. 3. ed. rev., ampl. e com posfácio. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009.

_____. *O que é isto – decido conforme minha consciência?*. 2. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010.