

**UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO NORTE
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO
CURSO DE MESTRADO EM DIREITO**

**DESENVOLVIMENTO E EFETIVAÇÃO DA GARANTIA A DURAÇÃO
RAZOÁVEL DO PROCESSO CIVIL**

JOÃO PAULO DOS SANTOS MELO

NATAL/RN

2008

JOÃO PAULO DOS SANTOS MELO

**DESENVOLVIMENTO E EFETIVAÇÃO DA GARANTIA A DURAÇÃO
RAZOÁVEL DO PROCESSO CIVIL**

Dissertação apresentada ao programa de Mestrado da Universidade Federal do Rio Grande do Norte, como requisito para obtenção do título de mestre em Direito Constitucional.

Orientador: Profº. Dr. Edílson Nobre

**NATAL
2008**

DEDICATÓRIA

Dedico este trabalho a minha esposa que sempre me incentiva incessantemente na busca dos meus objetivos.

AGRADECIMENTOS

A Deus que concede a todos, sem distinção, a graça da sabedoria.

Ao meu pai, meus irmãos, e meus amigos que acompanharam todas as fases de minha evolução nesta incansável luta pelo conhecimento, toda a minha alegria.

A minha esposa pelo completo e constante incentivo, todo o meu amor.

A todos que direta ou indiretamente contribuíram com informações relevantes para a realização deste trabalho, toda minha gratidão.

“O homem só existe na medida em que se realiza”.

Jean-Paul Satre

RESUMO

MELO, João Paulo dos Santos. **Desenvolvimento e efetivação da garantia da duração razoável do processo civil**: 2008. 256 p. Dissertação do programa de Mestrado em Direito Constitucional da Universidade Federal do Rio Grande do Norte, Natal/RN.

O presente trabalho tem por finalidade analisar o preceito constitucional que prevê a garantia da duração razoável do processo. Partiu-se de uma análise normativo-constitucional do princípio, demonstrando sua origem histórica, sua posição e a extensão hermenêutica que pode ser dada ao texto do dispositivo. Assentado na dissecação normativa do instituto, partimos para uma análise infraconstitucional das normas que estão com ele relacionadas. Verificamos que há pontos de avanço legais e práticos, no entanto, também existem limitações claras para o desenvolvimento e a efetivação judicial do preceito constitucional da duração razoável do processo. Em resumo, trata-se de uma norma constitucional principiológica que deve ser cada vez mais densificada.

Palavras-Chaves: duração razoável, desenvolvimento e efetivação.

ABSTRACT

MELO, João Paulo dos Santos. **Lawsuit's rational run warranty development and accomplishment**: 2008. 256 p. Essay on Master's program in Constitutional Rights from the Rio Grande do Norte Federal University, Natal/RN.

The present paper aims at analysing the constitutional principle which foretells lawsuit's rational run warranty. We came from a principle standard-constitutional analysis, showing its historical descent, its position and hermeneutical extent which can be given to the dispositive text. Being based on the institute standard examination, we then went to infraconstitutional analysis of the rules related. We noticed that there are specks of legal and practical advancements, however there are also some clear limitations for the lawsuit's rational run judicial development and accomplishment. In short, it is about a principle-logical constitutional standard which must be more and more compacted.

Key Word: rational run, development and accomplishment.

Lista de siglas e abreviaturas

AC – apelação cível

ADC – ação declaratória de constitucionalidade

ADCT – ato das disposições constitucionais transitórias

ADIn – ação direta de inconstitucionalidade

AgI – agravo de instrumento

Ajuris – Associação dos Juízes do Rio Grande do Sul

AMB – Associação dos Magistrados Brasileiros

art. – artigo

BDA – Boletim de Direito Administrativo

CDC – Código de Defesa do Consumidor

CF – Constituição Federal

Cf. – conferir

cit. – citado

CNJ – Conselho Nacional de Justiça

CPC – Código de Processo Civil

CTN – Código Tributário Nacional

EC – Emenda Constitucional

ECA – Estatuto da Criança e do Adolescente

HC – *Habeas Corpus*

INSS – Instituto Nacional do Seguro Social

JF – Justiça Federal

JE – Justiça Estadual

JEsp – Juizados Especiais

JT – Justiça do Trabalho

LACP – Lei da Ação Civil Pública

LAP – Lei da Ação Popular

LC – Lei Complementar

LICC – Lei de Introdução ao Código Civil

Min. – Ministro

MP – Medida Provisória

MS – mandado de segurança

OAB – Ordem dos Advogados do Brasil

ONU – Organização das Nações Unidas

pág. – página

PEC – Projeto de Emenda Constitucional

RDA – Revista de Direito Administrativo

RDDP – Revista Dialética de direito processual

RePro – Revista de Processo

RDP – Revista de Direito Público

RE – Recurso Extraordinário

REsp – Recurso Especial

RTJ – Revista do Tribunal de Justiça

STF – Supremo Tribunal Federal

STJ – Superior Tribunal de Justiça

Súm. – Súmula

TRF – Tribunal Regional Federal

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO	13
2. PREMISSAS PRINCIPIOLÓGICAS PARA A PROBLEMÁTICA DA DURAÇÃO RAZOÁVEL DO PROCESSO	
2.1. A IMPORTÂNCIA DE UMA OPÇÃO POLÍTICO-CULTURAL PARA EFETIVIDADE DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS.....	21
2.2. INTERPRETAÇÃO COMO FORMA DE EFETIVAÇÃO DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS.....	24
3. DURAÇÃO RAZOÁVEL COMO PRINCÍPIO DERIVADO DO ACESSO À JUSTIÇA	
3.1. DEFINIÇÃO DE ACESSO À JUSTIÇA	39
3.2. OBSTÁCULOS DE ACESSO À JUSTIÇA	42
3.2.1. O custo do processo	42
3.2.2. Obstáculos culturais, psicológicos e funcionais.....	50
3.3. TEMPO COMO FATOR DE ACESSO À JUSTIÇA	58
4. GARANTIA FUNDAMENTAL A UMA DURAÇÃO RAZOÁVEL DO PROCESSO	
4.1. NORMAS CONSTITUCIONAIS	62
4.2. EVOLUÇÃO TEMPORAL DO DIREITO À DURAÇÃO RAZOÁVEL DO PROCESSO.....	72
4.3. EXPERIÊNCIA INTERNACIONAL	77
4.4. NATUREZA JURÍDICA	83
4.4.1. Problemática: regra ou princípio constitucional?	83
4.4.2. Problemática: direito ou garantia constitucional?.....	92
4.4.3. Problemática: garantia fundamental?.....	96
4.4.4. Problemática: direitos de defesa e à prestação?	101
4.5. EFICÁCIA JURÍDICA DA GARANTIA CONSTITUCIONAL DA DURAÇÃO RAZOÁVEL DO PROCESSO	104
4.6. SENTIDO E ALCANCE DA EXPRESSÃO RAZOÁVEL DURAÇÃO	117
4.6.1. Meios de interpretação da razoável duração	118
4.6.2. Rapidez versus certeza	123
4.6.3. Critérios de análise de um processo com tempo razoável	125
4.6.4. Efetividade e tempestividade	

como forma de tutela jurisdicional adequada	131
4.7. DEVIDO PROCESSO LEGAL E OUTROS PRINCÍPIOS PROCESSUAIS ..	135
5. DIAGNOSE DAS NORMAS INFRA-LEGAIS RELACIONADAS À DURAÇÃO RAZOÁVEL DO PROCESSO	
5.1. INSTRUMENTOS PROCESSUAIS. ART. 14 A 18 DO CPC.....	144
5.2. ARTIGO 285-A DO CPC.....	148
5.3. NOVA SISTEMÁTICA DA EXECUÇÃO	133
5.4. TUTELAS COLETIVAS	158
5.5. TUTELAS DE URGÊNCIA	165
5.6. MEIOS EXTRAJUDICIAIS DE RESOLUÇÃO DO LITÍGIO	171
5.7. CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE COMO MEIO DE MAXIMIZAÇÃO DA DURAÇÃO RAZOÁVEL DO PROCESSO	175
5.8. SÚMULA VINCULANTE	183
5.9. INFORMATIZAÇÃO DO PROCESSO JUDICIAL	188
5.10. ARTIGO 543-C DO CPC.....	191
6. INSTRUMENTOS DE GARANTIA DA DURAÇÃO RAZOÁVEL DO PROCESSO	
6.1. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO PELA DEMORA DO PROCESSO	194
6.2. GARANTIAS CONSTITUCIONAIS COMO VEÍCULO DE EFETIVAÇÃO DA DURAÇÃO RAZOÁVEL DO PROCESSO	208
7. LIMITES AO DESENVOLVIMENTO E EFETIVAÇÃO JUDICIAL DA GARANTIA DA DURAÇÃO RAZOÁVEL	
7.1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS	217
7.2. A VEDAÇÃO A ATUAÇÃO DO MAGISTRADO COMO LEGISLADOR POSITIVO	218
7.3. DENSIDADE DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS	225
7.4. A TEORIA DA RESERVA DO POSSÍVEL E O CUSTO DO DIREITO	227
8. CONCLUSÕES	232
REFERÊNCIAS	239

1. INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem por objetivo problematizar, criticamente, como deve ser o processo jurídico-cultural¹ de desenvolvimento e efetivação judicial do direito à duração razoável do processo.

A idéia é demonstrar que o preceito que constitucionalizou a garantia da duração razoável do processo é um princípio jurídico com força normativa. Não se trata, como querem afirmar alguns, apenas de um reclamo, de um protesto contra a morosidade do Judiciário², mas, ao contrário, trata-se de uma norma jurídica, dotada de força coercitiva, que, na realidade precisa ser desinificada, maximizada, assim como outros princípios, como é o caso da função social da propriedade e da absoluta prioridade na proteção à criança e ao adolescente.

A partir de constatações de ordem empírica, percebe-se que o Brasil sofre de um grande problema: – a Constituição, apesar de bem intencionada, na maioria das vezes não consegue se coadunar com a realidade política, cultural e social brasileira³.

¹ A separação do jurídico do cultural nesse caso é para enfatizar que o processo de desenvolvimento envolve tanto facetas jurídicas (exclusivamente) quanto facetas culturais (exclusivamente).

² Em artigo publicado na internet a respeito da demora no julgamento do o crime praticado por Pimenta Neves contra a jornalista Sandra Gomide, (<http://www.conjur.com.br/static/text/58667.1>), acessado em 25 de junho de 2008, *Priscyla Costa e Rodrigo Haidar* no título expressasse a seguinte idéia: “Devagar e sempre”: duração razoável do processo é letra morta no Brasil. De fato, pela narrativa da demora no julgamento do mencionado caso, que é representativo do sentimento da maioria da população, sem realizar qualquer análise técnica, pode se dizer que o preceito realmente não tem força cogente. Todavia, não é isso que uma análise acurada do postulado demonstra.

³ É possível atribuir tal fato a idéia de que a Constituição que não está ligada aos fatores reais e evidentes de Poder não passa de um papel. **LASSALE (2002: 42)**: “Os fatores reais de poder que regem cada sociedade são essa força ativa e eficaz que informa todas as leis e instituições políticas da sociedade em questão, fazendo com que não possam ser, em substância, mas do que tal e como são”

Há, desta forma, nesta constatação, uma indagação: como institutos constitucionais axiologicamente tão bem estruturados não se prestam a exercer a sua função social de resolver satisfatoriamente os litígios e os problemas sociais.

Talvez a primeira explicação a estas indagações encontre-se no pensamento de **ROSSEAU (2000:53)**. No seu livro “Do Contrato Social”, acerca da necessária junção entre sociedade civil e o ordenamento jurídico ele afirma:

“assim como antes de erguer um grande edifício, o arquiteto observa e sonda o solo para verificar se sustentará o peso da construção, o instituidor sábio não começa por redigir leis boas em si mesma, mas antes examina se o povo que destinam mostra-se apto a recebê-las”.

Essa ilustração do representante da doutrina contratualista foi o ponto de partida para o presente trabalho. A dissertação, portanto, tentará demonstrar a importância normativa do direito à duração razoável do processo, o avanço normativo-constitucional de sua constitucionalização, problematizando como pode se dar o seu desenvolvimento e efetivação no seio da sociedade civil brasileira.

A realidade que nos rodeia demonstra que, na maioria das vezes, algumas normas constitucionais ficam pairando no ar como se fossem nuvens, desconexas com a realidade social vivida.

A idéia presente nesta constatação é a de que o legislador pátrio restringe-se apenas a publicar leis, aceitas no meio jurídico como irretocáveis, esquecendo-se que o jurisdicionado brasileiro, quase na sua totalidade, reclama apenas soluções concretas e rápidas para os seus problemas sociais.

Importante registrar, desde já, que a intenção no presente trabalho não é apenas a de discutir a finalidade da norma constitucional da duração razoável do processo, pura e simplesmente aplicando-a em abstrato aos institutos processuais. A idéia é mostrar que não basta para sociedade civil brasileira a existência, beleza, técnica ou intenção de um ou outro direito constitucionalmente garantido. É necessário que haja ato de vontade para que, em conseqüência, possa ter uma aplicabilidade prática, sob pena de desvirtuamos a finalidade do direito que é a pacificação social.

Desse modo, vemos como indispensável ter a consciência de que o processo constitucional não é mero instrumento técnico a serviço da ordem jurídica, mas, acima disso, um poderoso instrumento ético destinado a servir a sociedade e ao Estado. **CF. CINTRA, DINAMARCO E GRINOVER (1999: 37).**

A finalidade, portanto, é colocar que falta, muitas vezes, aos órgãos operadores do direito, como o Legislativo, o Executivo, o Judiciário, o Ministério Público, e a Advocacia, seja pública ou privada, a concepção de que o processo de efetivação das normas constitucionais não se perfaz num mero instrumento formalista, formado apenas de encadeamentos procedimentais e papel, porquanto o mesmo é também feito de sentimentos e ansiedades sociais, diga-se de passagem, cada vez mais pesados com a morosidade do Judiciário⁴.

⁴ Cf. **PASETTI (2002: 85)**: “É impossível negar que o estado atual do judiciário brasileiro cria em toda sociedade sentimentos de desesperança, insatisfação e incredulidade nas instituições. E cabe aos atuais operadores do direito a tarefa de reverter este quadro deveras perigoso de instabilidade sócio-política, primando ainda, pelos princípios e garantias básicas do processo civil”.

Para estes sujeitos que são responsáveis pela efetividade judicial das normas falta, de forma redundante, responsabilidade política e social no exercício de suas funções⁵.

De forma antagônica, entendo que apesar do potencial reflexo que a sociedade civil social e politicamente desprovida passa⁶, cabe aos sujeitos responsáveis pelo processo conduzirem a reforma ética e cultural necessária também ao desenvolvimento da democracia e, por conseguinte, da sociedade, implantando um quadro de concretização normativa, que passa certamente pela efetividade do direito à duração razoável do processo.

Enfim, neste trabalho a idéia defendida é de que não é suficiente para o desenvolvimento da democracia brasileira a positivação de normas constitucionais dotadas de perfeição técnica. Não bastam as reformas operadas pelo legislador constituinte. É necessário, acima de tudo, mudança de consciência social e política, mudança de orientação ideológica⁷, principalmente dos sujeitos responsáveis pelo processo, de forma a propiciar uma adequação ou acomodação cultural dos institutos processuais constitucionais à realidade brasileira⁸.

Desta forma, fica em nós a certeza de que sem uma macro-reforma de pensamento, sem uma profunda reforma de consciência, onde se modifiquem as posturas do

⁵ LUCON (2007: 373): “para que a prestação jurisdicional seja eficaz e célere, há a necessidade de um mecanismo que envolva todo o sistema jurídico instituído no país e todas as partes (no sentido amplo) envolvidas no processo: autores, réus, advogados, juízes, promotores de justiça, serventuários e o próprio Estado na outorga de meios e estrutura adequada aos órgãos competentes”

⁶ Confirmando esta situação social, PORTANOVA (1997: 60): “A realidade brasileira revela que nem mesmo os direitos sociais mais elementares encontram-se assegurados para a maioria da população. Há um contraste entre a miséria e a opulência produzido pelas desigualdades sociais, regionais e setoriais. Enfim, questiona-se até que ponto, no Brasil, onde 64% da população vive na miséria ou na pobreza, podem-se considerar os cidadãos iguais entre si em seus direitos, seus deveres e em suas capacidades”

⁷ Cf. LUNARDI (2005:205).

⁸ Cf. JÚNIOR (2005: 64): “O processo, instrumento de atuação de uma das principais garantias constitucionais – a tutela jurisdicional – teve de ser repensado. É claro que nos tempos atuais, não basta mais ao processualista dominar os conceitos e categorias básicos do Direito Processual, como ação, o processo e a jurisdição, em seu estado de inércia. O processo tem, sobretudo, função política no Estado Social de Direito. Deve ser, destarte, organizado, entendido e aplicado como instrumento de efetivação de uma garantia constitucional, assegurando a todos o pleno acesso à tutela jurisdicional, que há de se manifestar sempre como atributo de uma tutela justa”. Fazendo esta mesma exortação, SHIMURA (2006:21).

que operam o direito, transmude-se a educação dos que servirão à Justiça, não conseguiremos atender aos anseios, sentimentos e reclamos da sociedade civil brasileira, imprimindo ao processo uma duração razoável.

Para desenvolvimento deste trabalho de dissertação, o método a ser adotado será o dialético.

Sobre o método dialético, **CARREIRO (1976: 42)** afirma que:

“justificando o permanente estado dinâmico das coisas, explica os motivos que levam à alteração das instituições sociais. Demonstra como se processa o desenvolvimento do conteúdo, que entra em conflito com a forma, já ultrapassada, e a necessidade social de colocar-se de acordo com aquele. Os dados da Lógica Formal são insuficientes para tanto e não conseguem interpretar – através de elementos estáticos – o que está em perene movimento. Só a dialética, penetrando na essência e no conteúdo, busca seu caráter refletivo na forma”.

Nestes termos, quando se fala em duração razoável, imperioso analisar de forma dinâmica os aspectos jurídicos, sociológicos e políticos do problema. Nesse sentido, para análise do desenvolvimento e da efetivação do direito à duração razoável do processo imprescindível se torna a comunicação entre estes fatores, para que se possa entrar na essência e no conteúdo da norma.

De antemão, informa-se que o presente trabalho não terá conclusões, diferentemente do que se apregoa como correto para um trabalho acadêmico.

A presente dissertação será desenvolvida de modo radial, circular em torno do tema duração razoável do processo. A idéia é demonstrar dentro de bases principiológicas definidas como pode ser efetivado e desenvolvido o preceito constitucional da duração

razoável do processo. Os capítulos, portanto, não demonstram uma estrutura linear, retilínea, de modo, a empregar-se um raciocínio silogístico para, ao final, ter-se conclusões.

Corroborando esse pensamento, **COMPARATO (2005: 413)**:

“Numa dissertação de tipo radial, as conclusões tradicionais reduzem-se a mera recapitulação ou epítome do que ficou dito ao longo de toda obra; e, nesse sentido, são perfeitamente dispensáveis, podendo, a rigor, ser substituídas por sumários de cada capítulo, eximindo, assim, o leitor apressado do ônus de uma leitura dinâmica”

O trabalho será dividido em sete capítulos.

No primeiro capítulo, lançaremos algumas considerações introdutórias sobre o processo constitucional.

No segundo capítulo, exporemos as bases principiológicas necessárias, a nosso pensar, para efetivação e desenvolvimento da duração razoável do processo. Para tanto, mostraremos a importância de uma opção político-cultural voltada para efetividade das normas constitucionais, enfocando os aspectos sociológicos e psicológicos como imprescindíveis a concretização dos preceitos constitucionais, através da interpretação. Nesse ponto, faremos ilações sobre o aspecto volitivo como fator de interpretação, reforçando a idéia de que a efetivação advém de uma opção político-cultural.

No terceiro capítulo, trabalharemos o princípio do acesso à justiça como fato gerador do direito a duração razoável do processo, o tempo como fator de acesso à justiça. Para tanto, conceituaremos o princípio do acesso à justiça, analisando os seus obstáculos e os meios de superação.

No quarto capítulo, entraremos no âmago da dissertação. Neste momento, far-se-á uma análise da norma que constitucionalizou a garantia da duração razoável do processo, a evolução histórica do preceito constitucional, sua natureza jurídica, a eficácia da garantia constitucional, o sentido e alcance da expressão “duração razoável”, enfocando quais critérios podem ser utilizados, os princípios de interpretação e os princípios processuais afetos ao tema.

No quinto capítulo, faremos uma diagnose das normas infra-legais relacionadas à duração razoável do processo. A idéia é demonstrar que, no plano legal, existem diversos mecanismos que maximizam o preceito da duração razoável do processo. Com esse pensamento, demonstraremos a influência de institutos como as tutelas de urgência, as ações coletivas, o controle de constitucionalidade, a informatização do Poder Judiciário no fator tempo do processo.

No sexto capítulo, trataremos dos instrumentos que podem garantir de forma direta ou indireta a existência da garantia fundamental da duração razoável do processo. Deste modo, entraremos na discussão da responsabilidade civil do Estado pela morosidade processual e quais seriam os instrumentos constitucionais disponibilizados para efetivação judicial do postulado,

No sétimo capítulo, o objetivo é expor os limites que existem ao desenvolvimento e a efetivação judicial da garantia da duração razoável do processo. Com isso, abordaremos temas como a vedação de atuação do juiz como legislador positivo, a densidade insuficiente da norma constitucional, a teoria da reserva do possível e a temática do custo de um processo célere.

Assim, diante dos pontos levantados, apresentaremos no oitavo capítulo nossas considerações finais, que, repita-se, não trarão nenhuma conclusão fechada sobre a problemática apresentada.

2. BASES PRINCIPOLÓGICAS PARA A PROBLEMÁTICA DA DURAÇÃO RAZOÁVEL DO PROCESSO

2.1 A IMPORTÂNCIA DE UMA OPÇÃO POLÍTICO-CULTURAL PARA EFETIVIDADE DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS.

Se levarmos em conta a conjunção dos campos político e jurídico, na atual situação brasileira, dois temas podem ser ressaltados: o processo constitucional e a democracia. O relacionamento ocorre a partir da constatação que o processo é um instrumento a serviço da efetivação dos preceitos democráticos.

DINAMARCO (1987: 208), seguindo o mesmo raciocínio, nos coloca que *“na realidade, as conhecidas tradicionais tentativas de definição teleológica da jurisdição permaneceram no plano jurídico, com a crença de ser suficiente explicar a função jurisdicional, que antes de tudo é política, em face da mecânica do direito”*, entendemos que não consiste tão só numa faculdade, mas uma verdadeira necessidade de se estudar o processo sob o enfoque político e também pelo prisma cultural.

Em verdade, o problema da efetividade das normas constitucionais, especialmente aquelas que estruturam o processo brasileiro, passa por uma opção política dos aplicadores do direito.

O direito sempre vai se reger pelos ditames da política⁹. A tentativa kelseniana de elaborar uma teoria pura do direito, apesar de sua importância histórica, deve ser mitigada exatamente com a finalidade de sustentar a idéia de que a política norteia as ações jurídicas.

Assim, para efetivação das normas constitucionais, é imprescindível uma consciência política dos operadores do direito voltada para tanto. Sem ela, o discurso legislativo fica vazio, desconexo, sem aplicabilidade¹⁰.

Outro ponto de constatação necessário é de que a efetividade das normas constitucionais também passa pelo aspecto da cultura.

VANNUCHI (1999) acerca da abrangência da cultura assevera:

“cultura é problema político, porque não acontece no vazio magicamente. Toda produção cultural nasce, desenvolve-se e repercute no âmbito social e do econômico. Uma casa que se levanta, uma plantação que se planeje, um poema que se componha ou uma experiência científica que se processa, tudo supõe o húmus polivalente da sociedade, tudo requer recursos variados, material de trabalho, organização de serviços, troca de bens e outros expedientes complexos, máxime em nossa sociedade capitalista, estruturada em classes antagônicas”

A cultura também tem sua contribuição para a criação e implantação do direito. Uma sociedade antes de ter consciência de que é política, sabe que produz cultura. Portanto, cultura é o alicerce de qualquer sociedade. Então a premissa maior para que o direito satisfaça os interesses de uma sociedade é a de que se encaixe nos parâmetros culturais que

⁹ Cf. **GRIMM (2006: 11/13)**

¹⁰ Sob o aspecto cultural, para nós, essa é a constatação mais importante. Sem consciência política, não há como se desenvolver satisfatoriamente as normas constitucionais.

este o fornece. Sem esta ligação, a meu ver, umbilical, o direito se restringe à mera forma, sem conteúdo social.

Dentro dessa linha de pensamento, cabe colocar, mesmo que perfunctoriamente, qual a realidade do processo constitucional brasileiro, como conseqüência de seus institutos tantos organizacionais quanto procedimentais.

O processo nos dias de hoje está totalmente ligado em primeiro momento aos interesses do Estado e das elites brasileiras. Há diversos institutos que corroboram esta afirmação. Estamos esquecendo dos dois terços da população brasileira desprovida de qualquer condição econômica. O processo, nesse contexto, como naturalmente ocorre, não se presta a grande maioria da população. Adapta seus institutos ao que estabelece a economia mundial. O processo, em resumo, se afasta daquele do qual mais deveria se aproximar: o povo. O povo brasileiro, diga-se de passagem, desprovido da capacidade de compreender o complicado processo judicial brasileiro também se afasta dele, formando um hiato entre a sociedade e o processo¹¹.

Qualquer tese que trabalhe sobre efetividade das normas constitucionais, portanto, não deve analisar dogmaticamente os institutos do processo brasileiro, mas sim colocar que diante da sociedade política e cultural em que vivemos¹², especialmente se atinarmos à situação democrática por que passamos, o processo não pode funcionar desse modo. Não podemos distribuir hipocrisia, asseverando que existem normas constitucionais

¹¹ O discurso nesse caso não está pautado em bases populistas. A premissa de que o povo deve ser o centro das atenções está pautada em preceito constitucional que estabelece, impõe que todo poder emane do Povo.

¹² **BEDAQUE (2003: 17):** “A tarefa principal do ordenamento jurídico é estabelecer uma tutela de direitos eficaz, no sentido não de apenas assegurar-los, mas também garantir sua satisfação. O ordenamento será efetivo quando, vigente a lei, seja ela espontaneamente acatada pelo destinatário, por encontrar correspondência na realidade social; ou quando a atuação se dá coercitivamente, através de medidas que substituem a atuação espontânea. Todos os fatos sociais juridicamente relevantes devem ocorrer em conformidade com a vontade geral e abstrata do legislador, de forma natural ou coercitiva”

que garantem ao processo duração razoável, se não existe adaptabilidade ao contexto social brasileiro.

Alguns jusfilósofos, usando um idealismo exacerbado, acreditam que basta a solução no mundo das idéias que o problema está completamente resolvido. Com o normativismo constitucional aconteceu exatamente isto. Importamos e criamos normas constitucionais que não conseguem se adaptar à realidade brasileira, ou por falta de interesse daqueles responsáveis a sua efetivação ou por falta de condições sócio-culturais e aplicabilidade.

Nestes termos, o primeiro ponto de sustentação para o desenvolvimento das normas constitucionais, dentre elas a duração razoável do processo, está na necessidade de modificação político-cultural de todos os envolvidos com o processo. Sem esse compromisso ideológico, não adiantarão todas as reformas legislativas, porquanto não haverá o liame necessário entre a realidade normativa e a realidade social e sem esse vínculo não há espaço para discussão sobre efetividade.

2.2. INTERPRETAÇÃO COMO FORMA DE EFETIVAÇÃO DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS

Da constatação de que grande parte as normas constitucionais não se aplicam à realidade brasileira, nasce à indagação de como isso pode ser modificado, qual o instrumento disponibilizado para essa modificação.

SILVA (1999; 47), diz que: *“toda constituição nasce para ser aplicada, mas só é aplicável na medida em que corresponde às aspirações sócio-culturais da comunidade a que se destina”*

Sem dúvida é um ponto de partida para entender a falta de aplicabilidade das normas constitucionais. Ora, se o texto normativo não corresponde às “aspirações sócio-culturais” este texto poderá ser inaplicável.

Também pode partir-se da conclusão sociológica de **LASSALLE (2002: 75)** de que a Constituição formal não passa de uma folha de papel, valendo, desta forma, a constituição real, ou os fatores reais e efetivos de poder, ou seja, aquele existente no cotidiano de uma determinada sociedade. A idéia é persuasiva, porquanto, passa uma imagem de que a constituição não passa de um reflexo da sociedade, no entanto, esbarra no completo esvaziamento da força normativa da constituição.

De fato, é importante que a constituição seja um reflexo da sociedade, especialmente dos seus anseios, entretanto, também é necessário e fundamental que a constituição seja agente modificador do contexto social.

Com esse mesmo pensamento, **HÄRBELE (1997: 34)**:

“Constituição é, nesse sentido, um espelho da publicidade da realidade (*Spiegel der Öffentlichkeit und Wirklichkeit*). Ela não é, porém, apenas o espelho. Ela é, se se permite uma metáfora, a própria fonte de luz (*Sie ist auch die Lichtquelle*). Ela tem, portanto, uma função diretiva eminente”.

Nesse sentido, a teoria de Lassale não contribui para construção de um pensamento de efetivação e desenvolvimento das normas constitucionais.

É de **HESSE (1991: 15)**, portanto, o ponto de partida para uma teorização de efetividade e desenvolvimento das normas constitucionais. Nessa perspectiva, ele argumenta:

“Mas – esse aspecto afigura-se decisivo – a pretensão de eficácia de uma norma constitucional não se confunde com as condições de sua realização; a pretensão de eficácia associa-se a essas condições como elemento autônomo. A Constituição não configura, portanto, apenas expressão de um ser, mas também de um deve ser; ela significa mais do que um simples reflexo das condições fáticas de sua vigência, particularmente as forças sociais e políticas. Graças a pretensão de eficácia, a Constituição procura imprimir ordem e conformação à realidade política e social. Determinada pela realidade social e, ao mesmo tempo, determinante em relação a ela, não se pode definir como fundamental nem a pura normatividade, nem a simples eficácia das condições sócio-políticas e econômicas. A força condicionante da realidade e normatividade da Constituição podem ser diferenciadas; elas não podem, todavia, ser definitivamente separadas ou confundidas”.

Há portanto um condicionamento que, segundo o mesmo autor, seria a “vontade da Constituição” direcionada a sociedade em geral e aos poderes públicos em particular, no sentido de colocá-la em prática como norma fundamental do país, de onde todos pautam suas condutas.

Com isso, a constituição serviria de pórtico, bandeira ideológica ¹³que deve ser erguida como guia para modificação social.

¹³ Não queremos aqui, de forma alguma, esvaziar a força normativa da Constituição. A tese é passar que a Constituição é além da norma é um caminho ideológico a ser seguido. Sem este entendimento, os atores não terão “a vontade da constituição” e, portanto, a normas constitucionais perderão a eficácia.

A importância da “vontade da constituição” que se agrega com a adaptabilidade cultural pode ser sentida na realidade social brasileira, pós-constituição de 1988, claramente dois momentos normativos.

Primeiro, a “vontade da constituição” efetivada. O artigo 170, da Constituição de 1988, prescreveu no seu inciso V, como princípio da ordem econômica a defesa do consumidor. Ergueu com esse pensamento uma bandeira ideológica, já que a defesa efetiva do consumidor não fazia parte da realidade social brasileira, portanto, a norma não se traduzia em reflexo da sociedade. Cf. **LASSALLE**.

Em 11 de setembro de 1990, foi publicado o Código de Defesa do Consumidor, dando exequibilidade à norma constitucional com a criação de diversos institutos de defesa do consumidor (defesa coletiva, inversão do ônus da prova, etc.), além da criação de direitos até então desconhecidos (educação e divulgação sobre o consumo, informação adequada e clara, dentre outros previsto no artigo 6º, do CDC).

As proposições normativas do Código apesar de não existentes na realidade brasileira foram aceitas como bandeira de pressões sociais. O desenvolvimento e efetivação do arcabouço normativo do Código, diante dessa aceitação sócio-cultural, é palpável¹⁴. Hoje, a preocupação das empresas, grupos econômicos, enfim, dos produtores com as regras estabelecidas pelo CDC, é patente. Há a título de demonstração de desenvolvimento das normas de consumo até mesmo a criação de proposições jurídicas consuetudinárias, como é o caso do direito à troca de uma mercadoria que não apresenta defeitos. Apesar da ausência de

¹⁴ Trabalha-se nesse ponto com uma sensação social pública e notória, sem base em dados estatísticos.

previsão legal, os consumidores mais exigentes (imbuídos da vontade da constituição), criaram uma norma consuetudinária de ampla efetividade.

Noutra ponta, como “vontade da constituição” não efetivada, temos a proteção integral à criança e ao adolescente, prevista no texto constitucional, com mais ênfase do que a defesa do consumidor, no artigo 227. Nesse dispositivo constitucional, percebe-se claramente a intenção do legislador constituinte de acobertar a criança e o adolescente de todas as ações possíveis. Previu, desse modo, a premissa de absoluta prioridade, além da obrigação de assistência integral do Estado.

No mesmo ano do Código de Defesa do Consumidor, entra em vigor o Estatuto da Criança e do Adolescente, Lei nº 8.069/90, com todo o seu arcabouço normativo, tecnicamente, completo, no entanto, sem nenhuma ligação com a realidade social brasileira. Nesse ponto, ambos diplomas normativos coincidem: não são reflexos da sociedade brasileira. Todavia, o CDC desenvolve-se mais, criando inclusive normas novas e o Estatuto se recrudescer, esvaziando a eficácia de várias normas existentes no texto da lei¹⁵.

Por fatores sócio-culturais, faltou ao segundo a chamada “vontade da constituição”. Ambos são válidos juridicamente, tecnicamente bem estruturados, no entanto, somente o primeiro a sociedade brasileira aceitou como bandeira ideológica e, dessa forma, foi ele desenvolvido e efetivado.

¹⁵ Apesar de haver decisões judiciais pontuais que tentam dar eficácia ao Estatuto da Criança e do Adolescente. Exemplo, desta decisão do STF: “EMENTA: CONSTITUCIONAL. ATENDIMENTO EM CRECHE E PRÉ-ESCOLA. I. - Sendo a educação um direito fundamental assegurado em várias normas constitucionais e ordinárias, a sua não-observância pela administração pública enseja sua proteção pelo Poder Judiciário. II. - Agravo não provido. (RE-AgR 463210 / SP - SÃO PAULO; AG.REG.NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO; Relator(a): Min. CARLOS VELLOSO; Julgamento: 06/12/2005; Órgão Julgador: Segunda Turma)”, é ele ainda um instrumento que necessita de uma grande adaptabilidade jurídica e cultural.

A força normativa da constituição é a postura político-ideológica que deve ser adotada pelos operadores do direito. Deve haver uma consciência de que o texto constitucional nasceu para ser aplicado à realidade.

O veículo disponibilizado para efetivação, concretização das normas constitucionais, portanto, está na interpretação.

Pois bem, a interpretação é por nós entendida como um dos mecanismos de resolução de tais problemas. Através do ato de interpretação feita tanto pelo Judiciário, intérprete nato, quanto pelos demais Poderes e sociedade em geral, retira-se do papel o enunciado normativo e coloca-o na realidade prática.

Com esse pensamento, **HESSE (1998: 61)**:

“Interpretação constitucional é concretização. Exatamente aquilo que, como conteúdo da Constituição, ainda não é unívoco deve ser determinado sob a inclusão da realidade a ser ordenada. Nesse sentido, interpretação jurídica tem caráter criador: o conteúdo da norma interpretada conclui-se primeiro na interpretação; naturalmente, ela tem também somente nesse aspecto caráter criador: a atividade criativa permanece ligada a norma”¹⁶.

Para interpretação do texto constitucional, como no caso da garantia fundamental da duração razoável do processo, é necessário, pois, que nos cerquemos de alguns princípios. Serão eles os vetores da interpretação de qualquer dispositivo contido na Constituição.

¹⁶ Também como esse pensamento, **GRAU (2005)**: “Interpretar é, assim, dar concreção (=concretizar) ao direito. Neste sentido, a interpretação (=interpretação/aplicação) opera a inserção do direito na realidade; opera a mediação entre o caráter geral do texto normativo e sua aplicação particular; em outros termos, ainda, opera a sua inserção na vida”

O primeiro postulado que norteia a interpretação constitucional está assentado no princípio da supremacia da Constituição. Por força deste princípio nenhum ato jurídico, nenhuma manifestação de vontade, pode subsistir validamente se for incompatível com a Constituição.

A idéia da supremacia da Constituição tem seu alicerce em dois importantes conceitos elaborados pela doutrina constitucionalista, a diferença entre poder constituinte originário e derivado e a rigidez constitucional.

Pelo princípio da supremacia constitucional, a Constituição topograficamente fica situada no topo do ordenamento jurídico, servindo de fundamento de validade de todas as demais normas. Ganha, por isso, a Constituição uma superlegalidade formal e material Cf, **BARROSO (2007:1)**. Há, com ela, um condicionamento na produção normativa (competência, procedimento, etc), formal, portanto e também uma limitação de conteúdo dos atos infraconstitucionais, superlegalidade material.

Outro princípio importante para interpretação constitucional está na unidade da Constituição.

A idéia do referido princípio é criar no ordenamento estatal uma unidade sistêmica, em que todos os elementos devem estar coordenados, apoiados uns nos outros reciprocamente.

A unidade da Constituição impõe uma abordagem do sistema constitucional.

Pelo princípio da unidade constitucional há uma vedação de se interpretar a Constituição “em tiras”¹⁷. Afinal, ela não é um amontoado de enunciados normativos, mas um sistema fundado em determinadas idéias e ideais, que condicionam que criam um plexo de relações entre as diversas normas existentes.

Por este princípio, cabe ao intérprete criar meios de harmonizar as tensões e contradições existentes entre as diversas normas constitucionais.

Corroborando este entendimento, **BARROSO (2006: 200)**:

“O papel do princípio da unidade é o de reconhecer as contradições e tensões – reais ou imaginárias – que existam entre normas constitucionais e delimitar a força vinculante e o alcance de cada uma delas. Cabe-lhe, portanto, o papel de harmonização ou “otimização” das normas, na medida em que se tem de produzir um equilíbrio, sem jamais negar por completo a eficácia de qualquer uma delas. Também aqui, a simplicidade da teoria não reduz as dificuldades práticas surgidas na busca do equilíbrio desejado e na eleição de critérios que possam promovê-lo”.

No caso específico da duração razoável, o princípio da unidade constitucional ganha relevo, porquanto, o postulado deve ser conjugado, analisado, interpretado, atento, por exemplo, aos princípios do contraditório, da ampla defesa e da segurança jurídica.

Desta forma, havendo conflito aparente entre as normas constitucionais, por força do princípio da unidade, os mesmos serão aparente e solucionáveis, ou seja, caberá

¹⁷ A propósito, **GRAU (2005: 40)**: “A interpretação do direito é interpretação *do direito*, no seu todo, não de textos isolados, desprendidos *do direito*. Não se interpreta o direito em tiras, aos pedaços. A interpretação de qualquer texto de direito impõe ao intérprete, sempre, em qualquer circunstância, o caminhar pelo percurso que projeta a partir dele – do texto – até a Constituição. Um texto de direito isolado, destacado, desprendido do sistema jurídico, não expressa significado algum”

ao intérprete realizar uma conformação entre ambos de modo a não eliminar o conteúdo de um ou do outro.

Como terceiro princípio de interpretação temos o da razoabilidade ou proporcionalidade¹⁸ que tem sua origem vinculada ao princípio do devido processo legal, especialmente na vertente do *substantive due process of law*, que adiante será analisado.

Pelo princípio da razoabilidade, é possível aferir se todos os atos jurídicos estão dentro do critério de justiça. Trata-se de um princípio que, em tese, implica numa dimensão excessivamente subjetiva. É razoável aquilo que esteja conforme a razão, o equilíbrio, a moderação, a harmonia, o bom senso, ou, a contrario sensu, aquilo que não seja arbitrário e contrário aos valores sociais.

Saindo do terreno subjetivo, até mesmo para dar força normativa ao preceito da razoabilidade, é importante assentar o princípio em alguns aspectos objetivos. Para que haja razoabilidade, portanto, é necessário que os elementos: motivo, fins e meios sejam adequados. Dentro da lei, a análise desses requisitos é chamada de razoabilidade interna. Há também a razoabilidade externa, que seria a adequação dos meios e fins previstos na lei ao texto constitucional. Assim, não havendo compatibilidade com o texto constitucional, é possível informar que não há razoabilidade externa da lei.

Na razoabilidade também impõe a presença de outro elemento, que é o de exigibilidade ou necessidade de medida, ou o princípio da menor ingerência possível, que

¹⁸ O termo para nós é utilizado como sinônimo. No mesmo sentido **BARROSO (2006:372)**: “O princípio da razoabilidade ou da proporcionalidade, termos aqui empregados de modo fungível.....”

estabelece que os meios empregados para o atingir os fins visados devem ser o menos gravoso para o cidadão.

Há ainda na análise da razoabilidade um outro requisito, identificado como proporcionalidade em sentido estrito. É a perquirição do custo benefício da medida tomada. Para tanto, se extraem os seguintes elementos: adequação, ou seja, que as medidas escolhidas sejam aptas a alcançar os objetivos almejados; necessidade ou exigibilidade, isto é, não existe meio menos gravoso para atingir o fim e proporcionalidade em sentido estrito que é a ponderação entre os sacrifícios e os benefícios advindos da medida.

Com esse entendimento, **GUERRA FILHO (1989: 75):**

“Resumidamente, pode-se dizer que uma medida é adequada, se atinge o fim almejado, exigível, por causar o menor prejuízo possível e finalmente, proporcional em sentido estrito, se as vantagens que trará superam as desvantagens”.

O Supremo Tribunal Federal, por exemplo, em diversos julgados já realizou a análise de atos normativos que lesionam o princípio da proporcionalidade, como no julgamento prolatado nos autos do Agravo Regimental em Recurso Extraordinário n 365368, no dia 22 de maio de 2007, tendo como relator o Ministro Ricardo Lawandowski. *In verbis:*

EMENTA: AGRAVO INTERNO. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. ATO NORMATIVO MUNICIPAL. PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE. OFENSA. INCOMPATIBILIDADE ENTRE O NÚMERO DE SERVIDORES EFETIVOS E EM CARGOS EM COMISSÃO. I - Cabe ao Poder Judiciário verificar a regularidade dos atos normativos e de administração do Poder Público em relação às causas, aos motivos e à finalidade que os ensejam. II - Pelo princípio da proporcionalidade, há que ser guardada correlação entre o número de cargos efetivos e em comissão, de maneira que exista estrutura para atuação do Poder Legislativo local. III - Agravo improvido.

A discussão sobre a razoabilidade dos atos administrativos e normativos, por diversas vezes, foi cerceada pela idéia equivocada de que ao fazer essa análise, o Judiciário estava invadindo a competência reservada a um outro Poder e, portanto, haveria afronta ao postulado da separação dos poderes. No entanto, tal resistência vem sendo vencida a partir da idéia de que o postulado da razoabilidade/proporcionalidade dos atos do Estado em geral é premissa inquebrantável do Estado Democrático de Direito.

Por fim, o princípio da efetividade parte da idéia de que toda Constituição nasce para ser aplicada. Cf. **SILVA**. Com essa concepção, mesmo que recente, o constitucionalismo passou a criar mecanismos de jurisdicionalização do texto constitucional, dando-lhe, desse modo, força normativa. Cf. **HESSE**

A eficácia pode ser dividida em jurídica e social. Tem por eficácia social a efetividade que, nada mais é do que a aplicação no plano da realidade dos preceitos jurídicos. Assim, pelo princípio da efetividade, o que se busca é dar maior eficácia social a norma, fazendo com que haja cumprimento por parte da sociedade e reconhecimento pela comunidade. Trata-se da concretização da norma constitucional no mundo dos fatos.

Segundo **KELSEN (1999)** é efetivo “*o fato real de ser ela ser efetivamente aplicada e observa, da circunstância de uma conduta humana conforme à norma se verificar no mundo dos fatos*”

Nestes termos, a efetividade seria a concretização no mundo dos fatos da norma constitucional.

Pois bem, saindo do campo da constatação e passando para o campo da interpretação, o princípio da efetividade seria o vetor que impulsionaria o intérprete a buscar àquela forma de interpretar que retirasse a norma do mundo do dever e a aplicasse no mundo do ser.

Parte o princípio da efetividade da idéia por nós já desenvolvida de que a Constituição deve ter uma força normativa que a faça sair da ficção jurídica e a coloque na realidade.

No caso do postulado da duração razoável do processo, tal princípio é indispensável. É através da premissa de que a normas constitucionais nascem para ser aplicadas, efetivadas que o intérprete retirará do papel o processo sem dilações indevidas e o colocará no mundo da realidade.

Sem a concepção de efetividade das normas constitucionais, o pensamento corrente pode se voltar para idéia de que a norma da duração não passa de uma reclamação contra a morosidade¹⁹.

Ausente a postura voltada para efetividade, o interprete assume uma posição passiva frente à norma, o que a torna inócua, sem aplicabilidade.

Ademais, tendo em mente que se aplica a norma interpretando-a, merece uma reflexão, a idéia kelseniana a respeito da interpretação.

¹⁹ Esse aliás é o pensamento esboçado pelo sociedade que, acredita e com certa razão que tais normas são letra morta. Nesse sentido, *Priscyla Costa e Rodrigo Haidar, ob. cit. Pág.11*

No seu trabalho mais famoso, Teoria Pura do Direito, **KELSEN (1999:387)** assevera que a: “A interpretação é, portanto, uma operação mental que acompanha o processo da aplicação do Direito no seu progredir de um escalão superior para um escalão inferior”.

Com esse pensamento, interpretar seria num primeiro momento uma operação mental, não resta dúvida, em que o sujeito cognoscente (interprete) aplica o direito num processo de hierarquização (do superior ao inferior). O conceito se amolda bem à ilustração de que o ordenamento constitui uma pirâmide, em que as normas inferiores devem estar adequadas às normas superiores.

A partir deste conceito, Kelsen divide a interpretação em dois tipos: autêntica e não-autêntica²⁰. A primeira é atribuída exclusivamente àqueles incumbidos pelo Estado de aplicar a norma, os agentes estatais reconhecidos: legislador, juiz e administradores²¹. Tem força criativa, ou seja, é ela responsável pela criação das normas jurídicas gerais e concretas. Cf. **KELSEN (1999: 388)**

A segunda, a interpretação não-autêntica ou doutrinária, advém de interpretações realizadas pela ciência do direito, não podendo fazer outra coisa senão estabelecer possíveis significados da norma jurídica, tendo, por isso, um papel acessório na criação do direito.

²⁰ Na doutrina constitucional predomina a idéia de que a interpretação autêntica é aquela realizada pelo texto legal ou constitucional.

²¹ Em sentido contrário, **MIRANDA (2003: 294)**: “tampouco é interpretação autêntica a levada a cabo pelos órgãos de fiscalização de constitucionalidade, mesmo em sistema de concentração de competência. Por relevante que seja o entendimento adotado, designadamente por um tribunal constitucional, ele não é, no seu plano específico, de natureza diferente da de qualquer outra interpretação doutrinária”

Por isso, é a interpretação autêntica responsável pela criação e aplicação do direito. E porque não há a aplicação de vários direitos reconhecidos? Novamente voltamos a Kelsen.

Interpretar e aplicar o direito, especialmente voltado para efetividade social é mais um ato de vontade do que intelectual²².

Por isso, havendo interesse, leia-se vontade de aplicar as normas constitucionais por parte dos intérpretes autênticos, haverá implementação, efetividade, na realidade social das normas constitucionais.

CARVALHO (2005; 102): *“a interpretação é um ato de vontade e um ato de conhecimento e que, como ato de conhecimento, não cabe à Ciência do Direito dizer qual é o sentido mais justo ou correto, mas, simplesmente, apontar as interpretações possíveis”*.

Assim, temos que o veículo mais primário para efetivação das normas constitucionais está na interpretação dada pelos órgãos estatais (Judiciário, Executivo, Legislativo). São eles os responsáveis através dos atos de interpretação por implementarem as normas constitucionais²³.

²² A propósito, **WATANABE (2005: 70)**: “Na verdade, o que ocorre na maioria das vezes é o juiz sentir primeiro a justiça do caso, pelo exame das alegações e valoração das provas, e depois procurar expedientes dialéticos, que o caso comporta e de que ele capaz, para justificar a conclusão. E nesse iter, embora predominantemente lógico, entram também inúmeros outros fatores, como o psicológico, volitivo, sensitivo, vivencial, intuitivo, cultural, e outros mais...”

²³ No dia 15 de dezembro de 2004, o Poder Executivo, o Poder Judiciário e o Poder Legislativo firmaram um pacto de Estado por um Judiciário mais Rápido e Republicano, que culminou nas últimas reformas do CPC. Disponível em < <http://www.mj.gov.br/reforma>>. Acesso em 10 de junho de 2008.

A título de exemplificação, voltamos os olhos para as resoluções do Conselho Nacional de Justiça, órgão que pertence ao Poder Judiciário e tem competências administrativas. Em duas resoluções o Conselho deu efetividade às normas constitucionais. A Resolução n 7, de 18 de outubro de 2005, que acabou com o nepotismo no Poder Judiciário, por exemplo, efetivou o preceito constitucional da moralidade e da impessoalidade administrativa. Logo em seguida, a Resolução que estabeleceu horário mínimo de trabalho de 8 horas, dentre outras coisas, diretamente beneficia o postulado da celeridade processual, porquanto aumenta o volume de trabalho de cada servidor.

Há, portanto, no ato de interpretação dos preceitos constitucionais uma densificação, maximização do enunciado, o que permite sua colocação no mundo da realidade.

3. DURAÇÃO RAZOÁVEL COMO PRINCÍPIO DERIVADO DO ACESSO À JUSTIÇA

3.1. DEFINIÇÃO DE ACESSO À JUSTIÇA

O princípio do amplo acesso à justiça encontra dois momentos históricos: O Estado Liberal e o Estado Social (*Welfare State*).

No Estado Liberal, há uma verdadeira abstração dos direitos e dos conceitos, levando os princípios como um todo a terem apenas um cunho formal, ao contrário, no Estado social há uma preocupação com a realidade, com a realização dos direitos reconhecidos.

Do Estado Liberal para o Social há uma verdadeira progressão histórica, aumentando de um para o outro a preocupação com a efetivação do acesso à justiça.

Nos estados liberais, segundo **CAPELLETTI (1998: 9)**

“o direito ao acesso à proteção judicial significava essencialmente o direito formal do indivíduo agravado de propor ou contestar uma ação. A teoria era a de que, embora o acesso à justiça pudesse ser um direito natural, os direitos naturais não necessitavam de uma ação do Estado para sua proteção” “Afastar a “pobreza no sentido legal” – a incapacidade que muitas pessoas têm de utilizar plenamente a justiça e a suas instituições – não era preocupação do Estado” “O acesso formal, mas não efetivo

à justiça, correspondia à igualdade, apenas formal, mas não efetiva”.

Para nossa realidade, a afirmação do autor, traz uma série de conseqüências. A Constituição brasileira de 1988 não definiu claramente seu aspecto ideológico. Não se declarou nem liberal nem tampouco social. Assim, em muitas hipóteses normativo-constitucionais, como no caso do princípio do amplo acesso à justiça, não há uma preocupação com a efetividade dos direitos que estão garantidos “no papel”, através de atuações práticas.

A idéia da busca do acesso à justiça, desta forma, passa pela necessidade de se repudiar, com veemência, o afastamento dos atores da ordem jurídica da realidade vivida. Do legislador, responsável pela criação de mecanismos legais de acesso, ao advogado que milita diariamente no Foro, deve haver um compromisso no sentido de efetivação do primado do amplo acesso à justiça. Não basta repetir uma máxima contraditória: A Constituição, o Código de Processo Civil, o CDC, são instrumentos tecnicamente quase perfeitos, mas que ainda hoje se distanciam e muito da realidade do país. Há um vácuo entre os diplomas legais e a realidade, o que, por vezes, nos faz aceitar a idéia de Ferdinand Lassale, de que a Constituição não passa de uma folha de papel.

Conforme nos ensina novamente **CAPPELLETTI (1998: 12/13)**,

“O acesso à justiça pode, portanto, ser encarado como requisito fundamental – o mais básico dos direitos humanos – de um sistema jurídico moderno e igualitário que pretenda garantir, e não apenas proclamar os direitos de todos”. “O acesso não é apenas um direito fundamental, crescentemente reconhecido; ele é, também, necessariamente, o ponto central da moderna processualística. Seu estudo pressupõe um alargamento e aprofundamento dos objetivos e métodos da moderna ciência jurídica”.

O acesso à justiça inicialmente foi encarado sob uma ótica formal como acesso ao Judiciário, ou seja, direito de ingressar em juízo. É o que pode ser extraído da literalidade do artigo 5, XXXV, da CF: “*a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito*”. Tal perspectiva está enraizada nos ideais liberais em que não há uma preocupação com o aspecto substancial, assegurando apenas o ingresso em juízo abstratamente.

No direito estrangeiro internacional é possível encontrar o postulado do acesso à justiça prescrito de forma mais direta. É o caso da Constituição da Itália²⁴, Portugal²⁵, Espanha²⁶ e na Declaração Universal dos Direitos do Homem²⁷.

Com isso, num segundo momento, a doutrina passou a trabalhar sob uma perspectiva substancial, onde o acesso à justiça passou a ser visto como acesso à ordem jurídica justa. Cf. **WATANABE (1998: 128)**. Nessa visão, há uma atenção maior ao ideal de justiça social, em que se procura criar oportunidades equânimes entre os litigantes, participação democrática no processo e tutela jurisdicional adequada e efetiva.

Na lição de **MARINONI (2000: 28)**, o acesso à ordem jurídica justa:

“quer dizer acesso a um processo justo, a garantia de acesso a uma justiça imparcial que não só possibilite a participação efetiva e adequada das partes no processo jurisdicional, mas que também permita a efetividade da tutela dos direitos, considerada as diferentes posições sociais e as específicas situações de direito substancial. Acesso à justiça significa, ainda, acesso a informação e à

²⁴ Art. 24: “Tutti possono agire in giudizio per la tutela dei propri diritti e interessi legittimi”. Tradução livre (todos podem agir em juízo em busca da tutela do próprio direito e interesse legítimo)

²⁵ Art. 20, 1: “A todos é assegurado o acesso ao direito e aos tribunais para defesa dos seus direitos e interesses legítimos, não podendo a justiça ser denegada por insuficiência de meios econômicos”

²⁶ Art. 24, 1: “Todas las personas tienen derecho a obtener la tutela efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión”

²⁷ Art. 10: “Toda pessoa tem direito, em plena igualdade, a uma audiência justa e pública por parte de um tribunal independente e imparcial, para decidir de seus direitos e deveres ou do fundamento de qualquer acusação criminal contra ela”

orientações jurídicas e a todos os meios alternativos de composição de conflito. O acesso à ordem jurídica justa é, antes de tudo, uma questão de cidadania.

Pois bem, é nessa perspectiva que a duração razoável do processo, toca de forma clara e profunda no princípio do amplo acesso à justiça, porquanto, amplia a tutela jurisdicional, tornando-a mais efetiva e adequada.

3.2. OBSTÁCULOS DE ACESSO À JUSTIÇA

O acesso à justiça, assim como a duração razoável do processo, no entanto, apesar de fixados em termos de opção ideológica, têm diversos obstáculos a serem transpostos.

De acordo com **MARINONI (2000: 25-37)**, as dificuldades de acesso a uma ordem jurídica justa encontram os seguintes obstáculos: 1) o custo do processo; 2) a duração do processo; 3) o problema cultural: o reconhecimento dos direitos; 4) a questão psicológica; 5) os litigantes eventuais diante dos litigantes habituais; 6) a necessidade de reestruturação das categorias do processo civil individual para a efetividade dos conflitos de massa.

3.2.1. O Custo do processo

O primeiro deles diz respeito ao custo do processo. A doutrina de Cappelletti, sobre esse tema, enfoca bastante o custo direto para o jurisdicionado. Tal aspecto é de fato um dado importante. O processo é um instrumento que requer um custeamento por parte dos litigantes. Isso inclui desde custas iniciais, cobradas para o ajuizamento da demanda, custas para realização de atos processuais como oitiva de testemunhas, perícias, exames, etc..., até mesmo as custas englobadas nos honorários advocatícios.

No Brasil, a realidade demonstra que é caro ingressar com uma demanda, especialmente se análise for feita tendo por referência a situação econômica da maioria populacional. Em termos, ter condição de arcar com as custas processuais e honorários advocatícios é privilégio de poucos na atual situação social e econômica brasileira.

O fato é que, mesmo que de forma ainda incipiente, há no ordenamento jurídico pátrio mecanismos que amenizam, ressalte-se, apenas minimizam, esta dificuldade do custo direto do processo. Tratam-se de instrumentos que fornecem a justiça gratuita e assistência judiciária.²⁸

Com relação às custas processuais, há diplomas que possibilitam o acesso formal à justiça. A Lei 1.060/50, por exemplo, que estabelece benefícios da gratuidade judiciária para aqueles que não podem suportar os custos do processo é um deles. Com ela,

²⁸ **ROSAS (1999: 47):** “Há distinção entre assistência judiciária e justiça gratuita. Esta acarreta a dispensa provisória de despesas, deferidas pelo juiz. A assistência judiciária é ordenamento estatal, com a indicação de um defensor”

ficam eliminadas as taxas judiciárias, os emolumentos cartorários e aqueles devidos aos Juízes e Ministério Público, as despesas para publicação em Diário Oficial, a indenização devida às testemunhas, custas processuais iniciais e os honorários do perito e do advogado. Com a Lei 10.317/2001, restou incluso no rol de procedimento abarcados pela gratuidade as despesas com a realização do exame de código genético – DNA que for requisitada pela autoridade judiciária.

Tais medidas, pelo menos em tese, diminuem a barreira do custo do processo, no entanto, é importante deixar registrado que até a presente data, na maioria dos Estados, tais medidas não foram implementadas, porquanto, ainda não está disponibilizado aparato suficiente para realizar, por exemplo, exames de DNA na proporção da necessidade.

A maior preocupação então se volta para os honorários advocatícios. Para Cappelletti, esse problema é um dos mais complicados de ser resolvido, porquanto, ao Estado restam poucas alternativas. Fica para o agente estatal as opções de se criar um quadro próprio de advogados públicos ou subsidiar atos praticados por advogados particulares.

A opção feita pela Constituição de 1988 foi a de criar as defensorias públicas para tutela dos necessitados, conforme redação do artigo 134, da CF²⁹.

²⁹ Art. 134. A Defensoria Pública é instituição essencial à função jurisdicional do Estado, incumbendo-lhe a orientação jurídica e a defesa, em todos os graus, dos necessitados, na forma do art. 5º, LXXIV.)

§ 1º Lei complementar organizará a Defensoria Pública da União e do Distrito Federal e dos Territórios e prescreverá normas gerais para sua organização nos Estados, em cargos de carreira, providos, na classe inicial, mediante concurso público de provas e títulos, assegurada a seus integrantes a garantia da inamovibilidade e vedado o exercício da advocacia fora das atribuições institucionais.

§ 2º Às Defensorias Públicas Estaduais são asseguradas autonomia funcional e administrativa e a iniciativa de sua proposta orçamentária dentro dos limites estabelecidos na lei de diretrizes orçamentárias e subordinação ao disposto no art. 99, § 2º.

Entretanto, apesar de ser uma instituição essencial à função jurisdicional do Estado, a realidade econômica e política demonstraram que não há interesse em aparelhá-la corretamente. Foram criadas, em quase todos os Estados, defensorias públicas, no entanto, sem que houvesse qualquer preocupação com a proporcionalidade da população necessitada. No Estado do Rio Grande do Norte, por exemplo, até pouco tempo existiam apenas 4 defensores que apenas se revezavam na realização de Tribunais do Júri, sem qualquer atenção para outras demandas.

Busca-se como meio alternativo, muitas vezes eficaz, a utilização dos Núcleos de Prática Jurídica das Universidades. Hodiernamente, tais instituições, subsidiadas na sua grande maioria por entidades particulares, são as grandes responsáveis por minimizar a dificuldade de acesso ao Judiciário. Atende-se toda uma população carente, normalmente em demandas de baixa complexidade, como alimentos, divórcio, separação e indenizações, facilitando o acesso, pelo menos formal, à Justiça.

Há ainda, por exemplo, no âmbito da Justiça Federal, a utilização de advogados particulares que são remunerados por cada ato praticado em quantias arbitradas pelo Tribunal Regional Federal. Entretanto, os recursos são insuficientes para a demanda necessária.

Deste modo, como forma de resolver o problema dos honorários advocatícios, resolve o Estado criar os Juizados de Pequenas Causas, depois denominados Juizados Especiais, com a novidade de permitir o ingresso em Juízo sem a representação por advogado.³⁰

³⁰ Cf. OLIVEIRA (2006).

A idéia foi extraída do direito do trabalho que desde sua origem possibilitava o *jus postulandi* ao empregado. No âmbito trabalhista, o resultado é satisfatório, porquanto, lá sempre esteve presente o postulado da proteção ao trabalhador hipossuficiente, o que gera uma postura mais ativa do juiz do trabalho na defesa dos empregados.

Na justiça comum, ao contrário, esta permissão vem gerando alguns problemas. Em regra, nos Juizados Especiais, os demandados são litigantes habituais, grandes empresas, sempre assessorados de grandes escritórios de advocacia. A postura do juiz comum não é a mesma do juiz do trabalho, com isso, fica cristalizada uma situação de ausência de paridade de armas, o que tem provocado algumas imperfeições, que comprometem seriamente o acesso à justiça, no seu aspecto material.

Nesse sentido, **MOREIRA (1985:142)**:

“Desnível grande entre as partes, por esse prisma, além dos desequilíbrios que diretamente provoca, em regra constitui matriz de outros desníveis, que também se refletem no processo. Sabe a lugar comum a observação que o litigante que de melhores recursos quase sempre tem mais fácil acesso a informações relevantes, está em condições para armar-se de provas, utiliza os serviços de advogados mais competentes, e assim por diante. Ninguém ignora tampouco que ele pode resistir, com menores sacrifícios aos inconvenientes da longa duração dos pleitos, e até, eventualmente, daí tirar proveito para constringer o adversário a um acordo que este não aceitaria noutras circunstâncias.”

Com esse mesmo pensamento, **PORTANOVA (1997: 59)**:

“Para que haja um processo justo, não basta um juiz imparcial, falta ainda que estas partes se encontrem em si em condições de paridade não meramente jurídica (que pode querer dizer, meramente teórica), mas que exista entre elas uma efetiva paridade prática, o que quer dizer paridade técnica e também econômica.”

Em resumo, o custo do processo como fator de entrave, pelo menos em tese, dispõe de mecanismo que diminuem as dificuldades de acesso formal ao Judiciário. No entanto, dada a precariedade das condições materiais, ainda o custo é um obstáculo de acesso material à justiça.

Superando a problemática dos custos diretos aos jurisdicionados, ainda temos os custos indiretos que estão compreendidos na manutenção e no aparelhamento do Poder Judiciário.

É fato incontroverso que para que haja acesso à ordem jurídica justa, necessário que o Poder Judiciário, órgão diretamente responsável, esteja aparelhado, ou seja, tenha material e pessoal suficiente para o bom desempenho de sua função.

Corroborando este pensamento, **WATANABE (2005: 32):**

“Aspecto que não pode ser negligenciado é a organização judiciária, certo é que, por mais perfeitas que sejam as leis materiais e processuais, será sempre falha a tutela jurisdicional dos direitos, se inexistirem juizes preparados para aplicá-las e uma adequada infra-estrutura material e pessoal para lhes dar o apoio necessário. Para que haja um processo justo, não basta um juiz imparcial, falta ainda que estas partes se encontrem em si em condições de paridade não meramente jurídica (que pode querer dizer, meramente teórica), mas que exista entre elas uma efetiva paridade prática, o que quer dizer paridade técnica e também econômica.”

Pois bem, a realidade brasileira demonstra que não há o menor interesse político em aparelhar o Poder Judiciário³¹. Mesmo que existisse esta vontade haveria uma grande dificuldade em implementar grandes melhoramentos na estrutura e no pessoal.

³¹ Na minha ótica inclusive é esse o grande problema, o grande entrave do acesso efetivo à justiça: falta de interesse político no aparelhamento, melhoramento, do Poder Judiciário, isto porque, segundo, **DIAS (2001: 52):** “Não interessa mesmo, à classe dominante, seja independente, ágil, eficaz a estrutura do judicial atuante nos limites de seus domínios, sendo certo que nos casos de seu particular interesse criam-se mecanismos processuais diferenciados que escapam ao procedimento comum, demorado e ineficiente”

Conforme veremos mais adiante, o custo para tanto é alto, os recursos são escassos e as decisões alocativas muitas vezes são trágicas.

Todavia, a situação que vivemos é precária. São poucos juizes, promotores, serventuários, quase não existem defensores, muitas vezes, falta material, enfim, há uma situação incompatível com a relevância social da função exercida.

A título de exemplo, em 2006, a Fundação Getúlio Vargas foi contratada para mapear os recursos humanos e materiais de toda a esfera do Judiciário, com vistas a modernização da gestão do Judiciário, alteração da legislação infraconstitucional (Código de Processo Civil e Penal) e a reforma constitucional do Poder Judiciário³². Nesse documento, alguns dados chamam atenção para o caso do acesso à justiça. Em 2003, haviam 13.660 magistrados, distribuídos da seguinte forma:

Magistrados	Quantidade	Percentual
STF, STJ, TST, STM	76	0,6%
Tribunais Regionais Federais	133	1,0%
Justiça Federal – 1 instância	988	7,2%
Tribunais Regionais do Trabalho	440	3,2%
Justiça do Trabalho – 1 instância	2.076	15,1%
Tribunais de Justiça	948	6,9%
Tribunais de Alçada	321	2,3%
Justiça Comum – 1 instância	8.687	63,6
Total	13.660	100

³² Documento disponível em <http://www.mj.gov.br/reforma>. Acesso em dezembro de 2006.

Em relação ao número de juízes por habitante, obteve-se 7,7 juízes para 100.000 habitantes³³. Em 2003, a média de julgamento foi de 1.104 julgamentos por juiz, o que resulta em 92 processos por mês ou 4,6 por dia útil.

Já no primeiro relatório do Conselho Nacional de Justiça – CNJ, dando cumprimento as suas atribuições constitucionais, foram levantados alguns dados que podem ser relacionados com a morosidade processual³⁴.

	Taxa de Congestionamento ³⁵	Taxa de recorribilidade externa ³⁶	Taxa de recorribilidade interna ³⁷	Casos novos por magistrado	Carga de trabalho
JF 1 grau	84,36%	47,42%	6,62%	997,33	5.222
JF 2 grau	67,52%	25,26%	19,37%	3.587,73	9.571
JT 1 grau	53,80%	51,02% conh. 74,71% exec.	23,84%	1.018,70	1.974,76
JT 2 grau	23,73%	34,52%	42,71% mon 21,40% acórd	844,24	1.074,77
J Est. 1 grau	80,51%	9,29%	1,47%	915,87	3.041,74
J Est. 2 grau	52,17%	13,36%	14,97%	574,61	1.842,67
Jesp Federal	54,25%	17,54%	0,58%	21.655	29.031
Jesp Estadual	50,21%	4,73%	0,84%	2.093,58	3.929,38
STF	38,12%	6,16%	34,85%		

³³ O número de juízes é superior ao do Chile, Peru, República Dominicana e Equador e superior a média internacional que é de 7,3 juízes para o mesmo número de habitantes.

³⁴ Disponível em <http://www.cnj.gov.br/dowloads/RelatórioAnualCNJ/pdf>. Acesso em 15 de dezembro de 2006

³⁵ Divisão do total de casos decididos pelo resultado da soma do número de casos novos e casos pendentes em 2004.

³⁶ Divisão do número de recurso à instância superior pelo número de julgamentos realizados no primeiro grau.

³⁷ Divisão do total de recurso internos (embargos de declaração, agravos internos e embargos infringentes) pelas decisões proferidas na instância de cada grau.

Os dados fornecidos demonstram que o problema da morosidade é extramente complexo, no entanto, a partir de sua análise é possível criar estratégias administrativas e legais que eliminem os nós existentes no Poder Judiciário.

De toda sorte, percebe-se que sem que haja mais investimentos, impossível se pensar em efetividade do acesso material à justiça. Nesse sentido, fica claro que ao se falar em acesso à justiça deve-se estar atento ao custo da intensificação deste postulado constitucional. Somente no plano legal, sem medidas administrativas concretas, não é possível densificar o preceito do acesso à justiça.

3.2.2. Obstáculos culturais, psicológicos e funcionais

Num segundo momento, entramos em outro obstáculo de acesso à justiça, o cultural.

O impeditivo cultural de acesso à justiça comporta várias facetas, a primeira delas é a descrença da população no Poder Judiciário.

No Brasil, o Judiciário ainda não foi reconhecido pela sociedade como o ancoradouro de confiança. Não entraremos na análise histórica e sociológica dos fatores que

ocasionaram tal situação por não ser o objeto do presente trabalho, mas é fato público e notório que a população brasileira não elegeu o Judiciário como Poder referência.

A situação de descrença então da sociedade tem sérias conseqüências. Sem a confiança necessária, não ganha o Judiciário legitimidade muitas vezes para reivindicar, por exemplo, o seu aparelhamento.

Em grande parte das reivindicações por ele formulada, a sensação social é a de que com ela busca o Poder Judiciário aumentar seus "privilégios", muitas vezes anacrônicos³⁸.

Ademais, a descrença no Poder Judiciário está pautada na sua baixa eficiência. A sociedade não vê frequentemente decisões efetivas emanadas do Judiciário. Ele não busca o seu escopo social de educar a população, através de medidas judiciais profiláticas.

Portanto, a crença que permeia a sociedade é a de que não há resultado satisfatório no Judiciário, isto porque, aos olhos de um leigo, os resultados não aparecem, as situações tidas como ilegais não são erradicadas, enfim. Sem acreditar na resolução do problema, cria-se uma contensão de grande monta no preceito do acesso à justiça, porquanto, pondera o jurisdicionado: qual a finalidade de procurar o Judiciário se ele não me dá um resultado satisfativo que preciso³⁹.

³⁸ Por exemplo, as reivindicações salariais do Judiciário, apesar de justas, não encontram guarida na sociedade que fica à mingua com o salário mínimo.

³⁹ Em 2005, a Universidade de Brasília divulgou pesquisa com relação a imagem do Judiciário junto à população. Os resultados foram os seguintes: 54,4% confiam nos juízes; 54,8% confia no STF; 49,7% confia nas leis; 48,8% confia no Judiciário; 83% acredita que vale à pena procurar a Justiça; 17% acha que não vale à pena, dos quais 7% porque acha a Justiça demorada, 4% porque ela não é confiável, 3% porque ela não funciona e 2%

Uma outra faceta do obstáculo cultural está ligada ao desconhecimento dos direitos, na minha ótica por dois motivos: educação insuficiente da maioria da população e complexidade do ordenamento jurídico.

Há, incontestavelmente, uma grande dificuldade das classes econômicas menos favorecidas em reconhecer direitos básicos como aqueles ligados à vizinhança, sucessão, locação, posse, propriedade, dentre outros. Há também novos direitos como consumidor e meio ambiente, que não são acessíveis até mesmo para componentes de classes intermediárias.

Por isso, temos situações em que, por exemplo, cobrança abusiva de juros e outros encargos são suportados em decorrência do desconhecimento da ilegalidade. Aliás, essa é a regra que impera no mercado brasileiro: impor regras abusivas, de qualquer ordem, com o fito de auferir vantagem, consciente de que não haverá prejuízo pelo desconhecimento da população dos seus direitos.

Infelizmente a mentalidade empresarial brasileira, muitas vezes com a conivência do Judiciário, pauta-se em dois pilares: vantagens indevidas, abusivas e desconhecimento dos direitos da população. Em regra, criam os empresários, o governo, etc..., mecanismos complexos para escamotear vantagens indevidas que pela inércia dos órgãos responsáveis e pelo desconhecimento da população se perpetuam, dificultando o acesso à ordem jurídica justa.

porque é cara; 29,9% atribui a demora dos processos aos juízes; 23,6% atribuí a demora a complexidade da justiça; 65,4% afirmou que alguém pode ser beneficiado ilegalmente por uma decisão judicial e 61,9% pensa que alguém pode fazer o processo passar na frente de outro ilegalmente; por fim, 75,2% acha que há corrupção no Judiciário. Disponível em <http://www.stf.gov.br/seminário/pdf/datanub.pdf>. Acesso em 30 de março de 2008.

Com relação à complexidade dos direitos, reporto-me como exemplo, ao sistema tributário nacional, que permite a criação de diversos tributos (impostos, taxas, contribuições, etc...), muitas vezes, de forma ilegal, contudo, pela complexidade da legislação, impede qualquer questionamento por parte do jurisdicionado.

A advocacia tributária, como emblema da profundidade do problema, vem demonstrando claramente esta complexidade. Atualmente, há escritórios especializados apenas em direito tributário estadual, dada à dificuldade e à complexidade de se analisar os diversos sistemas tributários estaduais.

Para superar tais barreiras, há um esboço de atuação por parte de algumas entidades coletivas (sindicatos, associações, grupos ecológicos) e o Ministério Público que dentro do processo vem resolvendo algumas questões que para o cidadão comum seriam inacessíveis dada a complexidade.

A mídia também tem ocupado um papel na superação desta barreira. Na história recente, a mídia foi a grande mola propulsora de acesso à justiça. Milhares de jurisdicionados poupadores foram ao Judiciário reivindicar uma defasagem na caderneta de poupança que ocorreu em 1987. A motivação expressa estava na prescrição desta defasagem, o veículo responsável pela divulgação foi a mídia que incentivou a reivindicação de direitos para população completamente desconhecidos.

A inacessibilidade de conhecer o direito por sua complexidade é sem dúvida mais um fator de impedimento ao acesso à justiça.

Uma terceira faceta cultural, que dificulta o acesso à justiça, é a postura do Estado no processo judicial.

É extremamente contraditório, vê de um lado o Estado (Poder Judiciário) lutando pela efetividade da tutela jurisdicional e do outro lado o Estado (Executivo) responsável pelas demandas mais tumultuadas e demoradas. Como exemplo desta incongruência, é suficiente demonstrar que o ente que possui mais litígios é o Instituto de Seguridade Social – INSS, Autarquia Previdenciária, pertencente à administração indireta, seguido da Caixa Econômica Federal, empresa pública, também integrante da administração indireta, em terceiro lugar, o Banco do Brasil, sociedade de economia mista, coincidentemente, integrante da administração indireta⁴⁰.

Ora, como é possível, pregar celeridade, efetividade, etc.. se o Estado é o maior litigante, responsável pelas imposições contrárias. É um contra-senso profundo que demonstra, no meu sentir, a ausência de vontade política na resolução do problema do acesso à justiça.

Apesar de ter um íntima relação com o aspecto cultural, merece registro também os obstáculos psicológicos para o acesso à justiça.

É comum, especialmente na realidade brasileira, cidadãos deixarem de reivindicar seus direitos ou por descrença no Poder Judiciário ou por acreditarem na possibilidade mais concreta de represália do seu opositor.

⁴⁰ Dados acessíveis no site do CNJ. www.cnj.gov.br

Apesar de pesar sobre o Poder Judiciário atualmente pechas pontuais de corrupção, o problema maior não está na credibilidade dos seus membros, ao contrário, para sociedade, é este Poder o último resquício de esperança moral neste país. A descrença está na sua atuação inadequada, morosa, enfim, insuficiente para resolver os problemas que lhe são postos.

A descrença é o reflexo do desaparelhamento do Poder Judiciário, da falta de funcionários, do desinteresse político, em resumo. Sem a devida credibilidade, é impossível falar em acesso à justiça, primeiro porque, a descrença não estimula os cidadãos a reivindicarem seus direitos. Prefere-se a inação a ação. Com efeito, há um claro prejuízo ao aspecto formal do acesso à justiça. Mesmo aqueles, que por ímpeto fora da normalidade, buscam o Poder esbarram num processo moroso e sem resultados efetivos, o que prejudica sobremaneira a idéia de processo justo⁴¹.

Como obstáculo psicológico também há a faceta do medo de represália. Muitos deixam de buscar o Poder Judiciário com medo de terem contra si atos de represália. Importante registrar que isso não ocorre somente nos casos mais corriqueiros, em que o particular receia a vingança de outro. É praxe acontecer, por exemplo, na administração pública militar, onde o militar preterido se resigna, cala-se, com medo de represálias do seu superior hierárquico. Acredita ele, com certa razão, que o Judiciário não poderá fazer nada contra as atitudes abusivas de seu superior. Da mesma forma, no âmbito tributário, não é exceção à realidade, o contribuinte que se contenta em pagar tributos ilegais com receio de represália da autoridade fiscalizadora.

⁴¹ **PASETI (2002: 90):** “O processo só alcançará tais objetivos quando resolver as questões a ele dirigidas em tempo que realmente sirva para mostrar ao litigante sem razão que não vale a pena apropriar-se do direito alheio, pois a punição a ser sofrida lhe será muito mais prejudicial que as vantagens que auferiu com os seus atos”

Há ainda a dificuldade de acesso dos integrantes das classes mais humildes aos prédios do Judiciário, na sua grande maioria de arquitetura imponente, as secretarias, salas de audiências e principalmente aos juizes, que não raro inclusive se recusam ilegalmente a receber advogados⁴².

Pois bem, a própria estrutura distante da realidade social é para grande maioria fator psicológico que dificulta o acesso à justiça.

Há ainda as solenidades, muitas vezes, exageradas dos fóruns e tribunais. Solenidades empregadas no vestir-se e no falar. A exigência, por exemplo, de determinadas vestimentas para que seja possível o ingresso num espaço público de reserva democrática é anacrônica diante da realidade que nos rodeia. Mais absurdo ainda é negar o acesso da pessoa do povo que se dirigiu ao Judiciário para reivindicar direito legítimo em decorrência dos seus trajés. Tal requinte ilógico é, sem sombra de dúvidas, um fator psicológico que desencoraja o acesso à justiça.

Em síntese, os fatores psicológicos são grandes barreiras que precisam ser superadas para o efetivo acesso à justiça.

Ainda como obstáculos a serem transpostos para o ideal de acesso à justiça encontram-se o exagero da burocracia cartorária e o tempo do processo.

⁴² Vê para confirmação, consulta feita ao CNJ sobre a obrigatoriedade do juiz receber advogados.

No caso brasileiro, há ainda uma cultura cartorária muito impregnada. Exemplo mais claro está na autenticação de documentos ou no reconhecimento de firmas. Para o direito brasileiro, determinados atos só são válidos se praticados com a chamada fé pública. Com esse pensamento, é comum encontrar no Foro a exigência de que os separandos, numa ação de separação judicial consensual, reconheçam as firmas das suas assinaturas. Ou a exigência de que as peças constantes do agravo de instrumento sejam todas autenticadas.

Há vários julgados de não conhecimento do referido recurso por ausência de autenticidade das peças, mesmo que a parte contrária não tenha sequer levantado uma preliminar de falsidade do documento.

Ora, nestas hipóteses, irracionalmente houve uma preferência da forma ao conteúdo, o que dentro de uma perspectiva de acesso à justiça é absurdo.

A cultura cartorária está tão entranhada no processo que quando a Lei 10.352/2001, alterou o artigo 544, do CPC, permitindo que o advogado no caso específico do agravo de instrumento interposto em face de decisão denegatória pudesse autenticar as cópias do processo, houve casos em que o causídico providenciou imediatamente um carimbo para autenticar, como se cartório fosse, folha por folha o instrumento do agravo.

Com isso, para que haja também acesso efetivo à justiça é imperioso se libertar da amara da burocracia. Sobre esse problema, **DIAS (2001: 57)** enfoca:

“Realmente não é possível mudar o atual estado das coisas sem que, antes, não se disponha os homens a começar a mudança dentro de si mesmo. Para tanto, é preciso vigorar disposição para o saneamento de uma variedade de conceitos que o sistema social vem de depositar em nossas estruturas mentais ao longo de nossas vidas, liberando-nos da ‘jaula da burocracia’ referida pelo sociológico Max Weber em seus célebres estudos sobre tal espécie de organização”

3.3. TEMPO COMO FATOR DE ACESSO À JUSTIÇA

Dentro dos obstáculos funcionais encontramos a demora como um dos maiores fatores impeditivos de acesso à justiça.⁴³

Claro está que justiça tardia é justiça desmoralizada. A idéia do aceleramento do processo faz parte da própria essência do sistema capitalista que não permite a demora no cumprimento de suas obrigações, faz parte também da cultura da nossa sociedade que não aceita a estagnação temporal. A velocidade dos acontecimentos, das mudanças sociais traz à reboque o processo.

Por isso, o aceleramento do processo é uma exigência de ordem técnica (aproximação entre o fato gerador da demanda e o fornecimento da tutela jurisdicional)⁴⁴, mas, sobretudo uma exigência social. A sociedade não aceita a demora, a perpetuação de situações.

⁴³ **CORTÊS (2006: 85)**: “De nada adianta ir a juízo, se não há uma resposta do Poder Judiciário em tempo hábil e capaz de realizar os objetivos da jurisdição. Há obstáculos que devem ser rompidos e um deles é o da demora da prestação jurisdicional”

⁴⁴ Com esse pensamento **LUCON (2007:368)**: “É papel do direito processual fazer atuar as normas substanciais do modo mais efetivo possível e no menor espaço de tempo. É senso comum que a efetividade do processo está estreitamente relacionada com o seu tempo de duração. Mais ainda: a efetividade do próprio direito material também depende da efetividade do processo. O processo, como método de solução dos conflitos, é dinâmico e, como consequência, encontra no fator tempo um de seus elementos característicos e naturais. Por isso, quando se pensa em efetividade, tem-se em mente um processo que cumpra o papel que lhe é destinado, qual seja, conceder a tutela a quem tiver razão, no menor tempo possível. Portanto, há uma estreita relação entre a efetividade da tutela jurisdicional e a duração temporal do processo, que afeta diretamente os interesses em jogo. A prestação jurisdicional intempestiva de nada ou pouco adianta para a parte que tem razão, constituindo verdadeira denegação de justiça; como efeito secundário e reflexo, a demora do processo desprestigia o Poder Judiciário e desvaloriza todos os envolvidos na realização do direito (juízes, promotores de justiça, procuradores e advogados). O processo com duração excessiva, além de ser fonte de angústia, tem efeitos sociais graves, já que as pessoas se vêem desestimuladas a cumprir a lei, quando sabem que outras a descumprem reiteradamente e obtêm manifestas vantagens, das mais diversas naturezas”.

Talvez essa seja a grande luta do processualista moderno, isto porque, quanto mais demorar a tutela jurisdicional, maior a probabilidade de a satisfação por ela proporcionada não ser completa. Cf. **BEDAQUE (2006:118)**

Importante desde já deixar consignado que a preocupação principal não é a demora do processo, visto sob o aspecto formal, prolação de sentença, julgamento, o problema central é a demora no fornecimento da tutela jurisdicional, ou seja, a demora na satisfação material da parte⁴⁵.

O processo sempre exigirá tempo, entretanto, é necessário que este tempo não seja excessivo, não haja dilações indevidas, etc...

A minimização do fator tempo, bem como de todos os outros fatores, exige para tanto atuação de todas as ordens: legislativa, administrativa e judicial.

Para a eliminação de barreiras processuais inúteis e para criação de mecanismos mais eficientes é imprescindível a intervenção do Poder Legislativo. É ele um dos grandes responsáveis pelo “enxugamento” do tempo no processo, sem que haja a perda da segurança jurídica, necessária ao deslinde do problema. Desta forma, pode e deve o Poder Legislativo criar instrumentos, procedimentos que facilitem o acesso à justiça. É o que se pode observar com as recentes alterações no processo civil (nova sistemática do agravo, da

⁴⁵ **ALARCÓN (2005:34)**: “Inclui-se, de logo, nos parâmetros de durabilidade do processo, o tempo prudente e justo para que a decisão jurisdicional renda a eficácia esperada, ou seja, a razoabilidade se estende não ao tempo de afirmação do direito em litígio, senão à própria execução da decisão, à realização de seu conteúdo, à aplicação efetiva do direito”. Com o mesmo pensamento, **ZANFERDINI (2003: 257)**: “O prazo razoável por ser avaliado seja separadamente para o processo de conhecimento de um lado e o executivo para o outro, seja na soma de ambos, permitindo avaliar a distancia de tempo entre o pedido de condenação e o provimento de satisfação”.

execução, informatização do processo judicial, etc.), que serão examinadas com mais detalhes em outro capítulo.

Da mesma maneira, cabe ao Judiciário, principalmente, através de mudança na mentalidade política e cultural a eliminação de fatores, barreiras que impedem o aceleração do processo. A postura do Judiciário pode se refletir através de programas macros, a exemplo, do Movimento pela Conciliação, encabeçado pelo CNJ, que estimula o magistrado a buscar os meios de auto-composição, e, no Estado do Rio Grande do Norte, o programa pauta zero, programa de estímulo a redução, eliminação dos julgamentos pendentes. Ambos, com resultados extremamente satisfatórios. Há ainda atitudes individualizadas que podem ser repetidas por muitos e podem refletir numa mudança de postura, a exemplo, de despachos conclusivos, onde estão quase todos os direcionamentos do processo, evitando, desse modo, o retorno desnecessário dos autos ao magistrado, pautas de audiência flexíveis, onde é possível às partes irem quando tiverem interesse em fazer um acordo judicial, horários estendidos para o fornecimento de tutelas de urgência, sentenças uniformes, para os litígios de massa, dentre outros.

Administrativamente, o fator tempo pode ser alterado. A implementação de políticas voltadas ao robustecimento do Poder Judiciário, com a criação de mais juízos e o aparelhamento dos que já existem, apesar de necessitar de vontade política, através de um maior repasse de verbas orçamentárias, pode colocar em prática, por exemplo, o preceito encartado no inciso XIII, do artigo 93, da CF, estabelecendo uma proporcionalidade entre o número de juizes e a população e a demanda judicial. A concretização de tal preceito, sem sombra de dúvida, seria um importante passo para efetivação do amplo acesso à justiça.

Em resumo, para a concretização do preceito do acesso à justiça, faz-se necessário uma concatenação de vontades de todos os Poderes do Estado, Executivo, Legislativo, Judiciário. Sem essa integração completa destes Poderes, a eliminação ou minimização do fator impeditivo, ou seja, o tempo no processo torna-se impraticável⁴⁶.

Assim, adianta muito pouco, por exemplo, a atuação constante do Poder Legislativo, criando mecanismos de facilitação da tutela jurisdicional, sem a colaboração do Poder Judiciário e Executivo, aparelhando os juízos. Da mesma forma, não adianta o aparelhamento do Judiciário se a mentalidade de grande parte dos seus membros está ainda arraigada a preceitos antiquados.

Há, repita-se, a necessidade e integração entre os Poderes para eliminação do fator impeditivo de acesso à justiça, que é o tempo excessivo do processo.

⁴⁶ **MENDES (2008: 500):** “O reconhecimento de um direito subjetivo a um processo célere – ou com duração razoável – impõe ao Poder Público em geral e ao Poder Judiciário, em particular, a adoção de medidas destinadas a realizar esse objetivo. Nesse cenário, abre-se um campo institucional destinado ao planejamento, controle e fiscalização de políticas públicas de prestação jurisdicional que dizem respeito à própria legitimidade de intervenções estatais que importe, ao menos potencialmente, lesão ou ameaça a direitos fundamentais”

4. GARANTIA FUNDAMENTAL A UMA DURAÇÃO RAZOÁVEL DO PROCESSO

4.1. AS NORMAS CONSTITUCIONAIS

A duração razoável do processo foi alçada pela EC 45 a garantia constitucional. Houve, com isso, a constitucionalização⁴⁷ do preceito do processo sem dilações indevidas, passando o mesmo a figurar no rol das normas constitucionais.

Pois bem, diante dessa constatação, é ponto importante a ser enfrentado no presente trabalho a análise das normas constitucionais.

O estudo das normas constitucionais pressupõe, antes de mais nada, situar o própria análise do direito.

Segundo **REALE (2004: 64/65)**:

“Em todo e qualquer momento da vida jurídica, os diversos sentidos da palavra “Direito” correspondem a três aspectos básicos: um aspecto normativo (o Direito como ordenamento e sua respectiva ciência), um aspecto fático (o Direito como fato, ou em sua efetividade social e histórica) e um aspecto sociológico (o Direito como valor de Justiça)”

⁴⁷ Segundo **CANOTILHO (2007: 378)**: “Designa-se por constitucionalização a incorporação de direitos subjectivos do homem em normas formalmente básicas, subtraindo-se o seu reconhecimento e garantia à disponibilidade do legislador ordinário (Stourzh). A constitucionalização tem como consequência mais notória a proteção dos direitos fundamentais mediante o controlo jurisdicional de constitucionalidade dos actos normativos reguladores desse direito”

Essa conclusão gera o que **REALE (2004)** denominou de teoria tridimensional do direito e significa ainda que:

- “a) onde quer que haja um fenômeno jurídico, há sempre e necessariamente, um fato subjacente (fato econômico, geográfico, demográfico, de ordem técnica etc); um valor, que confere determinada significação a esse fato, inclinando ou determinando a ação dos homens no sentido de atingir ou preservar certa finalidade ou objetivo; e, finalmente, uma regra ou norma, que representa a relação ou medida que integra um daqueles elementos ao outro, o fato ao valor;
- b) tais elementos ou fatores (fato, valor e norma) não existem separados um dos outros, mas coexistem num unidade concreta;
- c) mais ainda, esses elementos ou fatores não só exigem reciprocamente, mas atuam como elos de um processo (já vimos que o Direito é uma realidade histórico-cultural) de tal modo que a vida do Direito resulta de uma integração dinâmica e dialética dos três elementos que integram”.

A teoria tridimensional pode ser aplicada para descortinar o motivo de criação da garantia constitucional da duração razoável do processo quanto para analisar aspectos de sua efetividade social.

Visualizando, sob a ótica dos fatos, havia e há uma clara necessidade de um processo sem dilações indevidas, seja porque, os aspectos econômicos exigiam, já que a economia impõe lides rapidamente resolvidas, seja porque é uma característica técnica (o processo necessita de maior proximidade entre o fato gerador da ação e sua satisfação, tutela), seja pelo aspecto social (a sociedade não aceita a morosidade do processo), enfim, a situação social geradora da normatividade estava presente na criação do preceito da duração razoável do processo.

O fundamento último do direito está na exigência do convívio em sociedade, por isto, encontram-se normas em alguns grupos como a família, comunidade local, classe, nação, Igreja, escola, clube, empresa e sindicatos.

A finalidade precípua das normas, portanto, é traçar diretrizes do comportamento humano na vida social, para que cada um tenha o que é devido, e dirigir a liberdade no sentido da justiça, estabelecendo, para vantagem de todos, os marcos de exigibilidade recíproca. A norma jurídica, portanto, é a coluna vertebral do corpo social.

A norma jurídica é o ponto de partida na elaboração da dogmática jurídica. É ela a peça fundamental para construção da ordem jurídica vigente. Em termos, conhecer o direito é conhecer suas normas jurídicas.

O Estudo das normas tem por finalidade também demonstrar qual é a conduta exigida pelo Estado do particular, informando como e quando agir.

As normas jurídicas possuem os seguintes caracteres: bilateralidade “atributiva”, generalidade, abstratividade, imperatividade e coercibilidade. São os mesmos caracteres do direito. Bilateralidade é a relação intersubjetiva (duas ou mais pessoas), onde fica atribuído um poder a uma parte e um dever à outra. Generalidade significa que a norma é um preceito geral que obriga a todos que se achem em situação igual. A Abstratividade é a característica de que a norma jurídica trás preceitos abstratos. Imperatividade traz a noção de que as normas jurídicas devem trazer uma ação obrigatória. Por fim, coercibilidade possibilita o uso de coação, força.

As normas jurídicas, segundo **KELSEN (1999)**, são dotadas da seguinte estrutura lógica: norma secundária que compreende o enunciado: “dada a não prestação, deve

ser aplicada a sanção” e norma primária: “dado um fato temporal (fato gerador), deve ser feita uma prestação”.

Há ainda que se ressaltar a distinção entre textos jurídicos (enunciado) e normas jurídicas (proposições). As normas são construídas a partir dos textos, ou seja, são elas juízos hipotético, descritos por meio de linguagem. Com efeito, as normas jurídicas são obtidas através do processo de interpretação.

Nesse sentido, **GRAU (2005: 73)**: *“O texto normativo não contém imediatamente a norma. A norma é construída, pelo intérprete, no decorrer do processo de concretização do direito (o preceito jurídico é uma matéria que jurídica que precisa ser “trabalhada”.*

Dentro desta perspectiva, as normas constitucionais nada mais são que um tipo de norma jurídica, dotada dos mesmos atributos, todavia, com uma posição hierárquica privilegiada dentro do ordenamento jurídico. As normas constitucionais são aquelas que integram uma Constituição rígida cujas normas possuem um processo especial de elaboração.⁴⁸

⁴⁸ A Carta Magna de 1988 é considerada rígida e como tal possui um processo legislativo especial para sua reforma ou revisão, tanto na fase de iniciativa quanto na fase de votação e ainda com relação ao objeto de reforma.

Segundo, o artigo 60, da CF, para emendar a Constituição, na fase procedimental de iniciativa, é necessário que a proposta seja realizada por no mínimo um terço dos membros da Câmara dos Deputados ou do Senado Federal, ou pelo Presidente da República, ou por mais da metade das Assembléias Legislativas das Unidades da Federação, manifestando-se, cada uma delas, pela maioria relativa de seus membros. Na fase de votação, a proposta será discutida e votada em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos considerando-se aprovada se obtiver, em ambos, três quintos dos votos dos respectivos membros.

Com relação ao objeto das emendas constitucionais, o Poder Constituinte Originário traçou limites a atuação do Poder Constituinte Derivado Reformador. Deste modo, existem limites materiais que consistem na proibição de deliberação de emendas tendentes a abolir a forma federativa do Estado, o regime democrático, a separação dos poderes e os direitos e garantias individuais. Há também os limites circunstanciais ou circunstâncias que proíbem o funcionamento do Poder Constituinte Derivado, são elas: Estado de Sítio, Estado de Defesa e Intervenção

Desta forma, a norma constitucional se sobrepõe às demais normas existentes no ordenamento jurídico.

Com esse entendimento, **DINIZ (2007: 2/4)**:

“daí ser a norma constitucional um autentica sobrenorma, por não tratar, diretamente, do comportamento normado, mas do conteúdo ou da forma que as normas devem conter, apresentando princípios que servem de guias supremos ao exercício das competências dos órgãos. As normas constitucionais são preceitos de controle de poder, constituindo diretivas ao órgão competente para aplicá-las, criar outras normas que sejam com ela compatíveis (...). As normas constitucionais não são, como se vê, produtoras de direitos, mas consistem no próprio direito objetivo, que brota de circunstâncias políticas, históricas, geográficas, econômicas, axiológicas e sociais (fontes materiais ou de produção, que se completam com um ato volitivo do poder constituinte – fonte formal”

A Constituição brasileira é formada por um conjunto de regras variadas que se relacionam de modo a formar um sistema normativo. O grau de eficácia e de aplicabilidade das mesmas varia, sendo maior em umas e menor em outras.

Conforme expõe **SILVA (1999; 47)**: *“toda constituição nasce para ser aplicada, mas só é aplicável na medida em que corresponde às aspirações sócios-culturais da comunidade a que se destina”*.

Assim, apesar de algumas normas constitucionais necessitarem de legislação que lhes dê plena eficácia, não há que se falar em normas da constituição sem

Federal. Por fim, temos limite temporal que na CF de 1988 só ocorreu com a proibição de revisar a Constituição antes dos 05 (cinco) primeiros anos.

Pois bem, a citação dos limites ao Poder Constituinte Derivado Reformador serve para identificar na nossa Constituição um núcleo imodificável e outro passível de modificação. Em paralelo com a teoria de Carl Schmitt (2001), a parte imutável seria composta pelas normas materialmente constitucionais e a parte modificável seria composta pelas normas apenas formalmente constitucionais.

juridicidade, nem mesmo no caso das normas programáticas. Essa é, inclusive, a principal tese sustentada por José Afonso da Silva ao longo de seu trabalho monográfico sobre aplicabilidade das normas constitucionais.

Combate o mencionado jurista a divisão das normas em diretivas (meramente indicativas de um caminho a se seguir, que não vinculariam legislador, podendo ser inobservadas) e preceptivas (normas verdadeiramente jurídicas e de caráter vinculante) e, ainda, a posição que estabelece distinção entre regras normativas e construtivas ou técnicas, sendo aquelas as regras que impõem ação ou abstenção aos homens e construtivas as que buscam assegurar o respeito e observância às primeiras. Nesse pensamento, a maioria das normas jurídicas possui caráter técnico, não tendo, em consequência, o efeito de obrigar a algo.

SILVA (1999) esclarece que se a Constituição é um sistema jurídico de regras e princípios⁴⁹, não há que se falar em regras constitucionais carentes de juridicidade, meramente diretivas ou indicativas.

O problema se liga à temática da estrutura lógica das normas jurídicas. Tradicionalmente a regra jurídica traduz um imperativo, essa era a posição defendida por Kelsen em seus primeiros escritos; posteriormente, o próprio Kelsen admitiu que as normas não são meros juízos, que são mais que meros enunciados sobre objetos dados ao conhecimento, mas que são, antes de tudo, mandamentos, comandos imperativos. São, ainda, permissões e atribuições. Cf. **KELSEN (1999)**

⁴⁹ A inspiração talvez advenha do pensamento de **CANOTILHO (2007: 1159)**: “O sistema jurídico do Estado democrático português é um sistema normativo aberto de regras e princípios, pois as normas do sistema tanto podem revelar-se sob a forma de princípio como sob a sua forma de regras”

Deste modo, todas as normas constitucionais têm estrutura lógica e sentido de normas jurídicas. São, pois, imperativas, atribuem direitos e obrigações.

Por isso, o direito a duração razoável do processo, por estar na categoria de normas constitucionais, dispõe do atributo da imperatividade, gerando, portanto, direitos e obrigações.

Ademais, a análise do fenômeno da norma constitucional implica também em aprofundamento dos estudos sobre os juízos da existência ou vigência, validade e eficácia.

Vigência constitui a validade formal da norma, ou seja, sua existência no mundo jurídico, satisfazendo os requisitos extrínsecos exigidos pelo ordenamento jurídico. Vigência, portanto, seria a qualidade da norma que está apta a qualificar fatos e determinar o surgimento de determinados efeitos de direito, cumprindo a norma o seu objetivo, tudo isso, num certo espaço e num determinado tempo. O Início da vigência de uma norma, ou seja de sua obrigatoriedade ocorre com a publicação em Diário Oficial, ou em local que publicize a norma. A vigência da norma, no entanto, não se inicia no dia da publicação, salvo se ela nesse sentido o determinar. O intervalo entre a data de sua publicação e entrada em vigor chama-se *vacatio legis*. Esta pode ter como duração o prazo progressivo (art. 2º, da LICC) ou prazo único (art. 1º, 1º, da LICC).

Desse modo, extraindo as características do conceito de vigência, percebemos que dúvidas não há que a garantia constitucional da duração razoável do processo

está vigendo, porquanto introduzida no ordenamento mediante procedimento constitucional legítimo de Emenda Constitucional.

Ademais, no direito positivo, as normas jurídicas encerram dois juízos, validade e não-validade. É válida a norma que mantém relação de pertinência com o sistema. Em outras palavras é válida aquela norma que está de acordo com o sistema jurídico a que ela pertence. O atributo validade não qualifica a norma em si mesma, mas sim na relação entre a proposição normativa e o sistema no qual ela está inserida. A descoberta, portanto, se uma norma é válida ou inválida insere-se, como pensou **KELSEN (1999)** no estudo da dinâmica do direito.

No caso da duração razoável como se trata de um anseio derivado da própria idéia de acesso à justiça que, por seu turno, advém de ideais do Estado Democrático de Direito, não são necessários grandes questionamentos para se chegar a conclusão de que a norma é válida.

A eficácia é a qualidade de ser aplicada que a norma jurídica busca, ou seja, é aplicação na sociedade dos preceitos normativos. A eficácia está ligada à validade, ao ponto de se pensar que uma norma que não tenha o mínimo de eficácia é inválida. Cf. **KELSEN (1999)**

A eficácia pode ser estudada sob três ângulos: eficácia jurídica, eficácia técnica e eficácia social. Cf. **CARVALHO (2005)**

A eficácia jurídica seria o próprio mecanismo lógico da incidência. Esta representada na idéia de causalidade jurídica. Existindo um fato jurídico, este pela relação de causalidade jurídica provoca a irradiação de efeitos que lhe são próprios. A eficácia jurídica é, portanto, atributo do fato jurídico e não da norma.

A eficácia técnica seria a condição da regra do direito de ostentar, em abstrato, determinados eventos, possíveis de ocorrer no plano da realidade e seus conseqüentes efeitos jurídicos. Tem eficácia técnica a norma que puder juridicizar um determinado evento, produzindo efeitos.

A eficácia social ou efetividade é a aceitação, o acatamento da norma no plano social. A norma nasce para ter eficácia social, já que é ela a responsável por regular os comportamentos humanos, satisfazendo, portanto, as expectativas da criação da norma.

Sobre a divisão em três ângulos da eficácia, é pertinente o pensamento de **SILVA (1999)**, já que não é clara a diferença entre eficácia jurídica e eficácia técnica. Ambas estão ligadas ao fenômeno da eficácia em abstrato, no sentido de capacidade de produzir efeitos, ao passo que a eficácia social seria exatamente esta produção de efeitos. Nesses termos, só é possível visualizar dois ângulos de análise: o jurídico e o social.

Deste modo, a problemática da garantia da duração razoável não está na sua eficácia em abstrato, mas sim na sua eficácia social ou efetividade.

No mais, associando, validade e eficácia, vemos que de maneira geral, as normas por vezes são válidas, sem, contudo, terem eficácia, outras vezes, tem eficácia, contudo a validade se dá quando a confrontamos com o ordenamento jurídico.

A propósito é o pensamento de **FERRAZ JÚNIOR (2003: 197)**, acerca desta questão:

“A validade da norma não é uma qualidade intrínseca, isto é, normas não são válidas em si: dependem do contexto, isto é, dependem da relação da norma com as demais normas do contexto. O contexto, como um todo, tem que ser reconhecido como uma relação ou conjunto de relações globais de autoridade. Tecnicamente diríamos então, que a validade de uma norma depende do ordenamento jurídico no qual está inserida”.

Em outras palavras, o respeitável jurista quer dizer que uma norma só pode ser considerada válida se conforme com o ordenamento jurídico.

Outro que tratou desta questão da validade das normas foi **KELSEN (1999)**. Em termos, dizia ele que para uma norma ser considerada válida a mesma tem que estar de acordo com a pirâmide do direito. A Constituição, as emendas constitucionais, as leis complementares, as leis ordinárias e todas as demais normas deveriam fazer um sistema uno e piramidal, de modo que, as normas inferiores se adequassem às superiores.

Por fim, é importante tratarmos dos aspectos de vigência e aplicação das normas jurídicas. O primeiro ponto é de que não se deve confundir os fenômenos. Uma norma pode estar em vigor e não ser aplicada, como também uma norma pode ser aplicada sem está em vigor. A aplicação, portanto, tem relação ou ligação com a idéia de efetividade ou eficácia social. A aplicação seria, portanto, algo que se coloca entre a vigência e a eficácia

jurídica, técnica e social. Aplicar o direito é colocá-lo em funcionamento prático. É retirar do papel para aplicar a realidade. Tal ato é mediato através da interpretação.

No caso da duração razoável do processo, a problemática está exatamente na sua aplicação e não na vigência da norma.

4.2. EVOLUÇÃO TEMPORAL DO DIREITO À DURAÇÃO RAZOÁVEL DO PROCESSO

A tempestividade da tutela jurisdicional, ou processo sem dilações indevidas, ou ainda a razoável duração do processo não é uma novidade nem dentro nem fora do ordenamento jurídico brasileiro.

A Declaração Universal dos Direitos Humanos, aprovada pela Resolução 217, na 3 Sessão Ordinária da Assembléia Geral da ONU, em Paris, no dia 10 de dezembro de 1948⁵⁰, não faz expressamente remissão ao direito um processo sem dilações indevidas. Há, entretanto, no seu texto, duas passagens do qual pode se extrair o tempo razoável como direito fundamental do homem. O artigo VII, estabelece que:

“Toda pessoa tem o direito de receber dos tribunais competente recurso efetivo para os atos que violem direitos fundamentais que lhe sejam reconhecidos pela Constituição ou pela lei”

⁵⁰ Apesar de tecnicamente não ser considerada tratado internacional, faz parte do direito costumeiro.

Quando a Declaração menciona a idéia de recurso efetivo, por óbvio, a tempestividade da tutela está inclusa na idéia de efetividade.

No artigo X, do mesmo Diploma Internacional, restou prescrito:

“Toda pessoa tem direito, em plena igualdade, a uma audiência justa e pública por parte de um Tribunal independente e imparcial, para decidir de seus direitos e deveres ou do fundamento de qualquer acusação criminal contra ele”

Da mesma forma, é subjacente ao conceito de processo justo a razoabilidade da duração do processo. A prestação jurisdicional tardia não se constitui justiça, uma vez que justiça tardia é justiça desmoralizada.

Em abril de 1948, a resolução XXX, aprovada na IX Conferência Internacional Americana, realizada em Bogotá, mesmo antes da Declaração Universal dos Direitos do Homem, já demonstrava uma preocupação. O artigo XVIII da referida medida prescreveu:

“Toda pessoa pode recorrer aos tribunais para fazer respeitar os seus direitos. Deve poder contar, outrossim, com um processo simples e breve, mediante o qual a justiça proteja contra atos de autoridade que violem, em seu prejuízo, qualquer dos direitos fundamentais consagrados constitucionalmente”

Como se vê, a idéia de processo breve está relacionada a tempestividade da tutela. A partir desta constatação, apesar de não estabelecer expressamente a razoabilidade como critério da tempestividade da tutela, percebe-se que já houve uma preocupação dos Estados membros a existência de processos sem dilações indevidas.

O primeiro texto supranacional que tratou expressamente sobre assunto foi a Convenção Europeia para Salvaguarda dos direitos do Homem e das liberdades Fundamentais, assinada em 4 de novembro de 1950. Seu artigo 6º, 1, prescreve:

“Toda pessoa tem direito a que sua causa seja examinada equitativamente e publicamente num prazo razoável, por um tribunal independente e imparcial instituído por lei, que decidirá sobre os seus direitos e obrigações civis ou sobre o fundamento de qualquer acusação em matéria penal contra ele dirigida”

Passou então o direito a duração razoável a estar expressamente encravado nos textos supranacionais.

Em 16 de dezembro de 1966, a XXI Sessão da Assembléia Geral das Nações Unidas adota o Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos. O referido pacto foi internalizado no ordenamento jurídico brasileiro através do Decreto Legislativo 226, de 12 de dezembro de 1991 e promulgado pelo Decreto 592, de 06 de julho de 1992. O artigo 14. 3, do mencionado diploma legislativo, prescreveu:

“Toda pessoa acusada de um delito terá direito, em plena igualdade, às seguintes garantias mínimas:

- a) ser informada, sem demora, em uma língua que compreenda e de forma minuciosa, da natureza e dos motivos da acusação contra ele formulada;
- b) dispor do tempo e dos meios necessários à preparação de sua defesa e a comunicar-se com defensor de sua escolha;
- c) ser julgada sem dilações indevidas;

Como se observa o processo sem dilações indevidas passou a ser preocupação da comunidade internacional já em 1966. Foi a normatização contida neste pacto a primeira que tratou do tema tempo no processo a integrar-se no ordenamento jurídico brasileiro.

Em 22 de novembro de 1969, a Conferência Especializada Interamericana sobre Direitos Humanos, realizada em San José de Costa Rica aprovou a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, o Pacto de São José da Costa Rica. No Brasil tal pacto foi aprovado por meio do Decreto Legislativo 27, de 25 de setembro de 1992 e promulgado pelo Decreto 678, de 06 de novembro de 1992.

Pois bem, o artigo 8, I, do Pacto de São José da Costa Rica, estabeleceu que:

”Toda pessoa terá o direito de ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou Tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formalizada contra ela, ou na determinação de seus direitos e obrigações de caráter civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza”.

Essa, então foi a primeira normatização que se incorporou ao ordenamento jurídico brasileiro, trazendo consigo a expressão duração razoável do processo.

Com isso, a EC 45 não trouxe um preceito novo ao ordenamento jurídico⁵¹.

Com o mesmo raciocínio, **ARAKEN DE ASSIS (2006: 195):**

“Não se pode emprestar à explicitação da duração razoável do processo o caráter de novidade surpreendente e, muito menos, de mudança radical nos propósitos da tutela jurídica prestada pelo Estado brasileiro. Estudos do mais alto merecimento já defendera, baseado em argumentos persuasivos, a integração ao ordenamento brasileiro do direito à prestação jurisdicional tempestiva, por meio da incorporação do Pacto de São José da Costa Rica ou Convenção Americana sobre os Direitos Humanos”

⁵¹ A propósito **VIANA (2006: 54):** “Alguns vão apressar-se em dizer que se cuida de um “novo” princípio. Porém, olhemos para o direito brasileiro e pergunte-mos se já não era esse o animus de nosso sistema. Faça-se um rápido retrospecto de nosso ordenamento processual e, então, destaque-se: princípios de celeridade e economia processual; disciplina dos prazos; outorga de poderes aos magistrados; emprego de técnicas de aceleração; fórmulas variantes da estrutura do procedimento ordinário; preferência processual

Na realidade, a grande inovação da EC 45/2004, foi a constitucionalização do preceito da duração razoável, alçando-o a direito fundamental, pertencente ao núcleo das cláusulas pétreas.

Tal fato, a nosso ver, traz conseqüências sérias e positivas.⁵² A primeira e mais clara é a de que, na qualidade de cláusula pétrea, a garantia da duração razoável passa a ser uma insuscetível de aplicação do fenômeno da desconstitucionalização⁵³, já que incorporada a um núcleo intangível que se presta a garantia da estabilidade da Constituição e conservá-la contra alterações que aniquilem o seu núcleo essencial ou causem ruptura ou eliminação do próprio ordenamento constitucional, sendo a garantia de permanência da identidade da Constituição e dos seus princípios fundamentais.

Em resumo, segundo **RODRIGUES (2005: 288)**:

“Pode-se dizer que essa emenda, relativamente ao tema tempo e processo, guarda importância em pelo menos quatro aspectos: a) no campo constitucional torna expressamente obrigatória a prestação jurisdicional em prazo razoável... b) estabelece, pelo menos de forma indireta, a definição de que prazo razoável é o prazo legal; c) juntamente da garantia em si da prestação jurisdicional em um prazo razoável, trouxe o texto constitucional também, de forma expressa, a exigência da existência dos

⁵² Acreditando também que a constitucionalização do preceito tem uma carga positiva, **SARLET (2007:80)**, **GORDILHO (2005)**. Em sentido contrário, acreditando ser uma mera promessa, sem qualquer ressonância prática, **LOPES (2004: 330)**.

⁵³ Na língua portuguesa, o prefixo “des” tem quase sempre a função de indicar negação ou oposição, tomando a palavra que o possui, por vezes, o antônimo da outra. Como exemplos dessa afirmação, temos: encanto e desencanto, encargo e desencargo, encolher e desencolher, cansar e descansar, enfim. Na nossa concepção, com o signo desconstitucionalização ocorre a mesma coisa. Constitucionalização significa tornar algum fenômeno ou norma constitucional e desconstitucionalização exatamente o oposto, ou seja, tornar algo não constitucional.

Desta forma, o fenômeno jurídico da desconstitucionalização pode ser visto tanto sob o aspecto de recepção de norma constitucional antiga como lei ordinária quanto sob o prisma de retirada de norma constitucional do texto da constituição.

É no sentido de retirada do texto constitucional que nos referimos a desconstitucionalização.

meios que garantam a celeridade processual; d) traz um conjunto de determinações relativamente à organização do Poder Judiciário que se adequadamente implementadas podem auxiliar decisivamente no cumprimento do mandamento constitucional”

4.3. EXPERIÊNCIA INTERNACIONAL

No âmbito do direito alienígena, vale a pena citar três exemplos, o americano, o Italiano e o espanhol.

A sexta Emenda da Constituição dos Estados Unidos contempla expressamente uma cláusula que exige o julgamento rápido das demandas (*speedy trial clause*)⁵⁴.

Na sua origem, o direito a um julgamento rápido veio com a finalidade de proteger os cidadãos contra as prolongadas acusações que limitavam sua liberdade e manchavam o seu bom nome, antes mesmo que ele fosse julgado.

A Suprema Corte Americana reconheceu nesta cláusula um verdadeiro direito ao julgamento rápido, exigindo dos partícipes um esforço para conclusão do julgamento. Cf. **MILLER (1992: 7)**⁵⁵

⁵⁴ "In all criminal prosecutions, the accused shall enjoy the right to a speedy . . . trial." (Nas acusações criminais, o acusados deve ser assegurado o direito a um julgamento rápido).

Uma série de casos decididos pelo Supremo Tribunal durante a segunda metade do século XX, que levou a previsão de uma algumas proposições gerais relativas ao direito constitucional a um julgamento rápido. O primeiro julgado da Suprema Corte ocorreu no caso **Barker v. Wingo, 407 U.S. 514 (1972)**⁵⁶.

No referido julgado, a Suprema Corte já decidiu que a análise da lesão ao postulado do *speedy trial clause* só pode ser feita caso a caso⁵⁷.

Ademais, a Suprema Corte identifica no postulado três principais e distintos interesses protegidos, são eles: o interesse em evitar prolongada detenção prévia ao julgamento; o interesse em minimizar a ansiedade e a perda de reputação que acompanha à acusação pública, bem como o interesse de assegurar a equidade final de um julgamento atrasado.

A Suprema Corte esclareceu que um dos grandes males das restrições prévias à liberdade está na perda de reputação ocasionada pela acusação existir mesmo em prejuízo da defesa do acusado.

⁵⁵ Miller, Jeremy M., "United States Supreme Court Extends The Speedy-trial Protection" . Los Angeles Daily Journal, Vol. 105, p. 7, 1992 Available at SSRN: <http://ssrn.com/abstract=932976>

⁵⁶ É possível encontrar a íntegra do caso no site.

<http://caselaw.lp.findlaw.com/scripts/getcase.pl?navby=CASE&court=US&vol=407&page=514>

⁵⁷ "(...) the right to a speedy trial is more vague concept than other procedural rights. It is, for exemple, impossible to determine with precision when the right has been denied. We cannot definitely say how long is too long in a system where justice is supposed to be swift but deliberate" Tradução livre (O direito a um julgamento rápido tem um conceito muito vago quando confrontado com outras garantias processuais. É, por exemplo, impossível determinar com precisão em quais ocasiões tal direito é atingido")

A Suprema Corte também decidiu que a cláusula simplesmente não se aplica ao interstício de tempo entre a prática do crime e a formalização da acusação, ou pela prisão ou pela denúncia. Em outras palavras, a cláusula só se aplica ao período compreendido entre a acusação e o julgamento.

No caso Italiano, por fazer parte da Comunidade Européia, portanto submetida a Convenção Européia para Proteção dos Direitos do Homem e das liberdades fundamentais, primeiro diploma a trazer expressamente o termo duração razoável do processo, há uma interessante história de aplicação deste postulado.

Por força do texto da Convenção Européia, a Itália passou a estar sob o julgo da Corte Européia, com sede em Estrasburgo e competência para dirimir todas as questões concernentes à interpretação da própria convenção e de protocolos.⁵⁸ Desta forma, o pleito pode ser submetido ao crivo da Corte por meio dos Estados-membros, pessoa física, organização não-governamental ou empresa privada para exigir a atenção a direito individual não atendido pelo Estado-membro⁵⁹.

Como já dito, a Convenção Européia foi o primeiro diploma internacional a garantir uma duração razoável do processo como direito individual. A situação da Itália, no entanto, denotava exatamente o contrário, porquanto os processos se estendiam indefinidamente e não havia no ordenamento jurídico daquele país nenhum dispositivo que garantisse a duração razoável do processo nem tampouco uma indenização pelo retardo processo.

⁵⁸ Art.19, 20 e 32 da Convenção Européia dos Homens.

⁵⁹ Art. 34 e 35 da Convenção Européia.

Ao contrário, na Convenção Européia, o artigo 41, previa a chamada *equa sadisfazione* nos casos em que a Corte declare que houve infração a qualquer direito previsto na convenção, desde que o Estado-membro não preveja qualquer tipo eficaz de reparação ao dano sofrido.

Com isso, fazendo uma interpretação dos dispositivos contidos na Convenção Européia passaram os cidadãos italianos a buscar a Corte, pleiteando a *equa sadisfazione* pela demora exagerada dos processos.

Um dos grandes precedentes desta Corte sobre duração razoável do processo ocorreu em 25 de junho de 1987, num julgamento que condenou o Estado italiano a indenizar um litigante nos tribunais daquele país por dano moral. No caso, um cidadão italiano pleiteou indenização porque seu processo, que não era complexo, passou 10 anos e 04 meses para ser concluído. A Corte para essa situação condenou o Estado ao pagamento de 8.000 libras.⁶⁰

⁶⁰ “Direitos políticos e civis – Itália – Duração dos procedimentos judiciais – Limites razoáveis – Caso concreto – Violação da Convenção – Ressarcimento do dano – Critérios de determinação (Convenção Européia para Salvaguarda dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais: art. 6 e 50).

“ – Excede os termos razoáveis de duração, previsto no art. 6, I, da Convenção Européia para Salvaguarda dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais, o processo não particulamente complexo, tanto em matéria de fato, quanto em matéria de direito, e que ainda não foi concluído depois de 10 anos e 4 meses de seu início.

“ – O motivo no sentido de que o processo italiano é inspirado pelo princípio do dispositivo não se põe em contraste com a Convenção, e também não dispensa o juiz o dever de atender aos limites de duração prescrita no art. 6, I, da Convenção Européia para Salvaguarda dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais.

“ – Com a finalidade de valorar a contribuição da parte à causa dos atrasos que determinaram a excessiva duração do processo, nem todos aqueles devidos a atos do defensor são imputados à parte.

“ – O Estado italiano é responsável pelas delongas dos trabalhos periciais, como consequência da falta de exercício dos poderes que o juiz dispõe, inclusive no tocante a inobservância dos prazos por ele deferidos.

“ – O Estado italiano é obrigado a pagar à requerente, em face da excessiva duração do processo no qual ele é autora, a soma de 8.000.000 de libras, determinada equitativamente ao ressarcimento, seja do dano material advindo das despesas efetuadas e das perdas sofridas, seja do dano moral derivante do estado de prolongada ansiedade pelo êxito da demanda. O julgado foi extraído, já traduzido, do Livro Tempo e Processo de José Rogério Cruz e Tucci. Lá se encontra a íntegra traduzida do julgado.

Com esse precedente e outros julgados sobre a infração, a Corte Européia fixou jurisprudência no sentido de que não é possível estabelecer um tempo mínimo e máximo do processo, somente o caso concreto diante dos critérios (complexidade do caso, comportamento das partes, comportamento dos juizes, dos auxiliares e da jurisdição interna de cada país) para se verificar se houve ou não violação do direito à duração razoável do processo.

A facilidade de acesso à Corte somada ao precedente criado, gerou um acúmulo de demandas na Corte Européia, que teve dificuldade de julgar os seus próprios processos. Desta forma, iniciou um processo de pressão e censura sobre a Itália, que se viu obrigada a realizar uma reforma na Constituição e na Legislação processual.

Em 23 de novembro de 1999, houve uma reforma constitucional que altera o artigo 111, da Constituição, implantando a duração razoável do processo.⁶¹

Em 24 de março de 2001, a partir da determinação constitucional, foi criada a chamada “Legge Pinto” no ordenamento jurídico italiano, alterando o artigo 375, do Código de Processo Civil Italiano. A referida lei cria a chamada “*equa riparazione*”, prevendo a condenação do Estado italiano em indenização pela demora excessiva do processo, nos mesmos termos que já vinha fazendo a Corte Européia.

⁶¹ “La giurisdizione si attua mediante il giusto processo regolato dalla legge. Ogni processo si svolge nel contraddittorio tra le parti, in condizioni di parità, davanti a giudice terzo e imparziale. La legge ne assicura la ragionevole durata”. Tradução livre (A jurisdição atua mediante um justo processo regulado por lei. Todo processo se resolve no contraditório entre as partes, em condições de igualdade, dentro de um juízo de imparcialidade. A Lei assegura um duração razoável).

A idéia foi retirar da Corte Europeia as demandas que envolvesse a duração razoável, todavia, não houve uma diminuição significativa dos pleitos naquele Tribunal⁶².

Apenas para efeito de exposição, a Constituição espanhola, de 1978, em seu artigo 24.2, também consagra o direito à duração razoável. É o que se pode vê:

“Todos tem direito ao juiz ordinário previamente determinado por lei, à defesa e à assistência de advogado, a ser informado da acusação contra si deduzida, a um processo público sem dilações indevidas e com todas as garantias...”⁶³

Com o mesmo objetivo, a Constituição Portuguesa, em seu 20, 4, prescreve:

“Todos tem direito a que uma causa que intervenham seja objecto de decisão em prazo razoável e mediante processo equitativo”

Sobre o tema duração razoável do processo, é possível encontrar decisão no Tribunal Constitucional Português⁶⁴, no seguinte sentido:

Para além do direito de acção, que se materializa através do processo, compreendem-se no direito de acesso aos tribunais, nomeadamente: a) o direito a prazos razoáveis de acção ou de recurso; b) direito a uma decisão judicial sem dilações indevidas; c) o direito a um processo justo baseado nos princípios da prioridade e da sumariedade no caso daqueles direitos cujo exercício pode ser aniquilado pela falta de medidas de defesa expeditas; d) o direito a um processo de execução, ou seja, o direito a que, através do órgão jurisdicional se desenvolva e efective toda a actividade dirigida a execução da sentença proferida pelo tribunal. VII – O

⁶² Segundo **RAMUS (2006)**, atualmente, dos 5211 processo que estão com os Ministros do Tribunal Constitucional 44% estão pendente de julgamento, fora do que se considera duração razoável do processo.

⁶³ “Todas las personas tienen derecho a obtener la tutela efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión. 2. Asimismo, todos tienen derecho al juez ordinario predeterminado por la ley, a la defensa y a la asistencia de letrado, a ser informados de la acusación formulada contra ellos, a un proceso público sin dilaciones indebidas y con todas las garantías, a utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa, a no declarar contra sí mismos, a no confesarse culpables y a la presunción de inocencia. La ley regulará los casos en que, por razón de parentesco o de secreto profesional, no se estará obligado a declarar sobre hechos Presuntamente delictivos”.

⁶⁴ (ACTC 7152, n. 96-1169, rel. Monteiro Diniz., j. 05. 03.1997. Disponível em www.dgsi.pt.

Tribunal Constitucional tem caracterizado o direito de acesso aos tribunais como sendo, entre o mais, um direito a uma solução jurídica dos conflitos, a que se deve chegar em prazo razoável e com observância de garantias de imparcialidade e independência, possibilitando-se designadamente, um correto funcionamento das regras do contraditório, em termos de cada uma das partes poder deduzir suas razões (de facto e de direito) oferecer as suas provas, controlar as provas do adversário e discretar sobre o valor e resultado de umas e outras”

4.4. NATUREZA JURÍDICA

4.4.1. Problemática: regra ou princípio constitucional?

De fundamental importância para a problemática da duração razoável do processo é análise dos princípios jurídicos.

Na concepção jusnaturalista, os princípios seriam os vetores axiológicos de todo o direito. Nesse pensamento, os princípios eram confundidos com os valores existentes, o que lhes impunham a característica da não coercibilidade. Desse modo, para o ordenamento jurídico, os princípios não tinham função normativa: eles não poderiam ser invocados, por exemplo, para fundamentar uma decisão judicial.

Na visão juspositivista, os princípios passaram a apresentar a qualidade de normas, no entanto, desprovidas de sanção. Eram normas direcionadas ao legislador,

normas programáticas. Nesse sentido, apesar de ter havido um acréscimo de ordem teórica a qualidade de vetor axiológico, ainda não havia o preceito da coercibilidade.

No pós-positivismo, ao contrário, os princípios passaram a ser visto como espécie do gênero norma jurídica, ganhando nessa concepção, coercibilidade.

É de **CRISAFULLI**, em 1952, *apud* **BONAVIDES (1999: 230)** o primeiro conceito de princípio como norma:

“princípio é, com efeito, toda norma jurídica, enquanto considerada como determinante de uma ou de muitas outras subordinadas, que a pressupõem, desenvolvendo e especificando ulteriormente o preceito em direções mais particulares (menos gerais), das quais determinam, e portanto resumem, potencialmente, o conteúdo: sejam, pois, estas efetivamente postas, sejam ao contrário, apenas dedutíveis de respectivo princípio geral que as contém”

Com o pensamento de Crisafulli, surge o seguinte questionamento: os princípios são normas? A distinção pode ser entendida de duas formas. Os princípios não são normas; e os princípios seriam gênero das normas. A primeira tese pode ser refutada com o argumento de que se os princípios também prescrevem um determinado comportamento humano, seriam ou teriam eles as características das normas.

Segundo **BONAVIDES (1999: 228)**, os princípios seriam as verdades primeiras, as premissas de todo o sistema, dotadas de vigência, validade e obrigatoriedade.

Corroborando este pensamento, **MORAES (1999: 48)**, assevera que os princípios são as normas base de um ordenamento e que, por sua vez, permitem sua análise científica como sistema; são os princípios normas jurídicas que exprimem valores fundamentais ou imanentes de um sistema jurídico, dotados de funções normogênica e sistêmica.

Como normas inseridas no texto constitucional, os princípios têm algumas funções. Segundo o pensamento de **BOBIO (1999: 156)**, os princípios têm as seguintes funções: função interpretativa que consiste em esclarecer o sentido da expressão normativa; função integrativa, já que os princípios são fonte primária da normatividade, conferem eles corpo ao ordenamento, integrando-o através de valores; função diretiva, os princípios estabelecem diretrizes a serem observadas pelo legislador, pelo Judiciário, pela Administração e pelos membros da sociedade. Destaca-se, aí, a concepção de normas programáticas hodierna, enquanto normas dotadas de eficácia; função limitativa, uma vez que os princípios fundamentais ou gerais condicionam e limitam a atuação do ente estatal. Tal classificação não é estanque, ligando-se a mesma pela normatividade dos princípios gerais e fundamentais do Direito.

Há, ainda, conforme expõe **MORAES (1999: 55)**, a função prescritiva dos princípios, segundo a qual os mesmos prescrevem condutas em determinadas situações, prescindindo de qualquer desenvolvimento ou desdobramento posterior. Permitem os princípios a fundamentação de recursos de direito e vinculam o legislador no momento legiferante.

Ademais, os princípios são usados principalmente na produção do direito. Seria a função normogênica. Os princípios funcionam como um parâmetro de legalidade e legitimidade da fonte subordinada. As fontes subordinadas não podem conter normas incompatíveis com os princípios, sob pena de invalidade por vício substancial.

Com fulcro na premissa de que os princípios são espécies do gênero norma, é possível estabelecer algumas características, especialmente aquelas que o diferenciam das normas. Segundo **GUASTINI (2000: 145/149)**, existem cinco pontos de diferenciação entre normas de princípio, ou princípios propriamente dito, e normas de detalhe, ou regras.

O primeiro ponto de diferenciação, é que as formulações que expressam princípios são formuladas em linguagem extremamente fluida, vaga, indeterminada. É o que pode ser classificado como indeterminabilidade. A imprecisão dos princípios pode ser variada; pode ser de ordem temporal, espacial, material, circunstancial ou pessoal, isoladamente ou com relação a outros elementos. A indeterminabilidade, presente nos princípios, mas não nas regras, decorre da própria essência dos princípios. É o caso do princípio ou norma de princípio que estabelece a supremacia do interesse público. A primeira pergunta que se faz sobre o tema é o que é interesse público? Qual a sua abrangência?.

A segunda tese quer diferenciá-los pelo conteúdo normativo, ou seja, os princípios são gerais, têm campo de amplitude maior do que o das regras.

A terceira tese diferencia os princípios por sua estrutura lógica: os princípios não são redutíveis a formula lógica aplicada às normas (Se f, então G), ao passo que as normas tendem a essa formulação estrutural.

A quarta tese diferencia os princípios em virtude da posição que ocupam no ordenamento jurídico. É o que pode ser definido como gradualidade. Os princípios possuem graus na medida em que representam valores. Uns princípios valem mais que outros

por defenderem determinados valores ou por ocuparem posição privilegiada no ordenamento. Para alguns, os princípios são normas fundamentais que justificam axiologicamente a existência de outras normas; para outros, os princípios são a própria identidade axiológica do ordenamento jurídico.

A quinta tese pretende diferenciar os princípios das normas, em virtude da forma de interpretação. Os princípios não admitem interpretação literal; os princípios orientam a interpretação de outras normas; a aplicação dos princípios não pode ser feita em forma de subsunção; no caso concreto, os conflitos entre princípios se resolvem pela técnica de ponderação de bens;

Para **GUASTINI (2000: 145/149)**, claramente nenhuma destas teses é extremamente persuasiva. Para ele, portanto, os princípios só podem ser distinguidos das normas por uma série de características⁶⁵.

Para **CANOTILHO (2006: 1160)**, a tarefa de distinção entre regras e princípios é particularmente complexa. Para ele, os critérios sugeridos seriam: a) grau de abstração, os princípios tem um grau de abstração elevado, as regras reduzido; b) grau de determinabilidade, por serem vagos e indeterminados, os princípios carecem de “mediações concretizadoras”; c) caráter de fundamentalidade, os princípios são normas estruturante ou com um papel fundamental; d) proximidade da idéia de direito, os princípios “são standards juridicamente vinculantes radicados na exigência de justiça” e) natureza normogénica, os princípios são fundamentos das regras.

⁶⁵ A propósito, vê também **AARNIO (1997)**.

No mais, é importante notar que alguns princípios estão privados de formulação; muitos princípios não são formulados em linguagem prescritiva, mas indicativa; e em geral nem a forma imperativa nem a forma deôntica se adaptam a formulação dos princípios. Em resumo, muitos princípios são normas teleológicas ou podem adquirir a estrutura teleológica, porquanto prescrevem a obtenção de um fim, onde não é imposto um comportamento determinado, ao contrário, o intérprete tem uma série de meios para atingir o fim do princípio. Muitos princípios são normas de segundo grau. A formulação dos princípios proclama uma finalidade, um valor a ser perseguido.

Com isso, os princípios apresentam uma estrutura condicionável superável. As normas são condicionais que não admitem exceções. É tudo ou nada⁶⁶. Os princípios, ao contrário, contêm condicionais que admitem exceções implícitas, derivadas de outros princípios. Os princípios impõem obrigações “prima facie” que podem ser relativizadas diante de outro princípio.

Ademais, é importante mencionar uma outra característica/função: a normogénica. Cf. **CANOTILHO (2006: 1161)**. Dentro do ordenamento jurídico os princípios desempenham em duplo sentido o papel de normas fundamentais. Os princípios são normas que servem de justificação de outras normas. Cada princípio constitui fundamento de uma multiplicidade de normas. Os princípios também são normas que não requerem justificação para si, já que são intrinsecamente justos.

⁶⁶ **DWORKIN (2007)** “Denomino princípio um padrão que deve ser observado, não porque vá promover ou assegurar uma situação econômica, política ou social considerada desejável, mas porque é uma exigência de justiça ou equidade ou alguma outra dimensão da moralidade [...]. A diferença entre princípios jurídicos e regras jurídicas é de natureza lógica. Os dois conjuntos de padrões apontam para decisões particulares acerca da obrigação jurídica em circunstâncias específicas, mas distinguem-se quanto à natureza da orientação que oferecem. As regras são aplicáveis à maneira do tudo-ou-nada. Dados os fatos que uma regra estipula, então ou a regra é válida, e neste caso a resposta que ela fornece deve ser aceita, ou não é válida, e neste caso em nada contribui para a decisão”.

Uma interessante visão dos princípios é aquela conferida por **ALEXY (2001: 86)**. Para esse autor, os princípios podem ser entendidos como mandado de otimização:

“los principios son normas que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible, dentro de las posibilidades jurídicas y reales existentes. Por lo tanto, los principios son mandatos de optimización, que están caracterizados por el hecho de que pueden ser cumplidos em diferente grado y que la medida debida de su cumplimiento no sólo depende de las posibilidades reales sino también de las jurídicas. El ámbito de las posibilidades jurídicas es determinado por los principios t reglas opuestos.

Por fim, pode ocorrer que dois princípios entrem em conflito, o que só ocorre no caso concreto. Apresentando-se um conflito ou antinomia é indispensável que se resolva para que se mantenha a coerência dentro ordenamento jurídico. Pois bem, os métodos tradicionais de resolução de conflitos são: critério hierárquico (*lex superior derogat legi inferiori*); critério cronológico (*lex posteriori derogat legi priori*). Critério da especialidade (*lex specialis derogat legi generali*). Para os princípios, contudo, tais métodos não são idôneos a resolução dos conflitos, especialmente se ambos são constitucionais.

Assim, não é possível se socorrer dos critérios tradicionais de solução das antinomias: critério cronológico, critério da especialidade e critério da hierarquia. Não se pode pensar no plano da constituição em normas constitucionais inconstitucionais.

A solução para os conflitos, então, pode ser buscada na ponderação de bens. O método de ponderação de bens está intimamente ligado ao princípio de hermenêutica constitucional da “concordância prática”, o qual, na dicção de **SARMENTO (2005: 55)** é importante impor a coordenação e combinação dos bens jurídicos em conflito ou em concorrência de forma a evitar o sacrifício (total) de uns em relação aos outros. Na

ponderação de bens, assume importância ímpar o princípio da proporcionalidade, sob a égide do qual devem ser efetivadas todas as restrições recíprocas entre os princípios constitucionais.

Com isso, o caso concreto exige o método de ponderação de bens, de forma a restringir o âmbito de validade das normas citadas, sem contudo sacrificar completamente uma ou outra.

Pois bem, trazendo para nossa temática, diante dos esclarecimentos apresentados, dúvidas não há que a duração razoável do processo é um princípio, portanto, dotada de validade e eficácia normativa.

O princípio da duração razoável possui todas as qualidades/características exigidas para ser considerado um princípio.

Em primeiro plano, é uma norma indeterminada, já que diante de sua linguagem fluida, vaga, não se permite saber qual exatamente é o seu alcance, conteúdo. O que é um processo com duração razoável?

A amplitude normativa também é de difícil constatação, visto que não é possível definir, com precisão, especialmente, em abstrato, até onde o tempo do processo é razoável.

Também, não se pode reduzir o preceito a estrutura lógica de uma regra, porquanto, não está claro qual a real sanção para o descumprimento da norma.

Num quarto plano, ocupa o princípio da duração razoável uma posição privilegiada no ordenamento jurídico, primeiro, por estar, formalmente, enclavado no texto constitucional dentre os direitos e garantias individuais e ainda por ser consectário do princípio do amplo acesso à justiça.

Num último prisma, por não permitir uma interpretação literal.

A duração razoável foi colocada pelo legislador reformista como princípio expreso fundamental, isto porque, está expressamente no texto constitucional, artigo 5, inciso LXXXVII, servindo como parâmetro para análise de constitucionalidade. Pode e deve ser ele considerado um mandato de otimização⁶⁷ no sentido de que cabe buscar através de mecanismos jurídicos e reais existentes.

Dentro das funções dos princípios, podemos destacar que se aplica à duração razoável do processo a função interpretativa, porquanto será ele o guia na interpretação, por exemplo, das regras procedimentais do Código de Processo Civil; a função integrativa, já que juntamente com o contraditório, a ampla defesa, ele confere unidade, corpo ao processo judicial,

Há que se ressaltar a função diretiva, posto que, como já dito, é o postulado uma mandato de otimização, uma diretriz a ser observada pelo legislador, pelo Judiciário, pela Administração e pelos membros da sociedade.

⁶⁷ Nesse sentido, **AARNIO (1997:18)**: “Los principios sólo proporcionan baseso critérios para la decisión. Por esta razón, han sido llamados mandatos de optimización”

Ainda, dentro das funções é possível infirmar a função limitativa, uma vez que fundamentam a atuação estatal, condicionando-a. Em termos, o Estado tem que guiar suas ações dentro dos limites traçados pela princípio da duração razoável.

Por fim, um das mais importantes funções, a normogética. Como será demonstrado mais adiante, o princípio da duração razoável do processo é o responsável pela edição de diversas normas infraconstitucionais que visam o aperfeiçoamento do processo, especialmente levando em consideração o tempo para satisfação do direito vindicado.

Há se mencionar ainda que, caso haja choque com outros princípios, o método da ponderação de bens também pode ser aplicado à duração razoável do processo. Por exemplo, se a tempestividade da tutela estiver em confronto com a segurança jurídica, o intérprete deve realizar a ponderação de bens, amoldando os princípios de modo a não realizar o sacrifício total de cada um.

4.4.2. Problemática: direito ou garantia constitucional?

A doutrina constitucionalista tem entendimento uníssono no sentido de que há diferença entre os termos “direitos” e “garantias” fundamentais. Esse é o magistério de

Ruy Barbosa *apud* SILVA (1999: 189):

“no texto da lei fundamental, as disposições meramente declaratórias, que são as que imprimem existência legal aos direitos reconhecidos, e as disposições assecuratórias, que são as que, em defesa dos direitos, limitam o poder. Aquelas instituem os direitos, estas as garantias: ocorrendo

não raro juntar-se, na mesma disposição constitucional, ou legal, a fixação da garantia, com a declaração do direito”.

BONAVIDES (1999: 526), na mesma linha de entendimento faz uma crítica aos dicionários que empregam os termos como sinônimo. Para ela, a garantia é o meio de defesa que se coloca diante do direito, mas com ele não se deve confundir.

Segundo **Juan Carlos Rébora**, citado por **BONAVIDES (1999: 527)**, um dos pontos que diferenciam é que: “*o fracasso da garantia não significa a inexistência do direito; suspensão da garantia não pode significar supressão do direito*”⁶⁸

Ponto prático importante para confirmação do enunciado em comentário é a distinção que é feita no próprio texto constitucional quanto aos direitos e as garantias. O artigo 136, da CF, ao estabelecer normas sobre o estado de defesa, prescreve no inciso I, do parágrafo primeiro que é possível haver restrição aos direitos de reunião, sigilo de correspondência, sigilo de comunicação telegráfica ou telefônica.⁶⁹ Pois bem, a redação do dispositivo faz clara referência a direitos, na qualidade de bens jurídicos, permitindo apenas sua restrição.

⁶⁸ “Fracaso de garantia no significa inexistencia de derecho; suspensión de garantías no puede significar supresión de derechos”, Juan Carlos Rébora, *El Estadio de sito y la Ley Histórica del Desborde Institucional, parágrafo 11, pp. 68/69.*

⁶⁹ “Art. 136. O Presidente da República pode, ouvidos o Conselho da República e o Conselho de Defesa Nacional, decretar estado de defesa para preservar ou prontamente restabelecer, em locais restritos e determinados, a ordem pública ou a paz social ameaçadas por grave e iminente instabilidade institucional ou atingidas por calamidades de grandes proporções na natureza.

§ 1º - O decreto que instituir o estado de defesa determinará o tempo de sua duração, especificará as áreas a serem abrangidas e indicará, nos termos e limites da lei, as medidas coercitivas a vigorarem, dentre as seguintes:

- I - restrições aos direitos de:
 - a) reunião, ainda que exercida no seio das associações;
 - b) sigilo de correspondência;
 - c) sigilo de comunicação telegráfica e telefônica”;

Noutra ponta, quando a Constituição trata do estado de sítio, em seu artigo 138⁷⁰, há normatização expressa, possibilitando a suspensão de garantias constitucionais.

Nesse sentido, ganha relevo prático a afirmação de Rébora de que garantias e direitos não se confundem.

Com efeito, é possível afirmar-se que os direitos seriam os bens jurídicos dos cidadãos, ao passo que as garantias seriam os meios de se assegurarem esses bens.

Nestes termos, **MIRANDA (2003: 88/89)** leciona:

“Os direitos representam por si só certos bens, as garantias destinam-se a assegurar a fruição desses bens; os direitos são principais, as garantias são assessórias e, muitas delas, adjetivas (ainda que possam ser objeto de um regime constitucional subjetivo); os direitos permitem a realização das pessoas e inserem-se direta e indiretamente, por isso, nas respectivas esferas jurídicas, as garantias só nelas se projetam pelo nexo que possuem com os direitos; na acepção jusracionalista inicial, os direitos declaram-se, as garantias estabelecem-se”

E arremata o citado jurista:

“As liberdades assentam na pessoa, independentemente do Estado, as garantias reportam-se ao Estado em atividade de relação com a pessoa.... As liberdades são formas de agir, as garantias modo de organização ou de atuação do Estado..... As liberdades valem por aquilo que vale uma pessoa, as garantias tem valor instrumental e derivado”

Na mesma linha de pensamento, **COURTIS (196)**:

“La noción de garantía se refiere, justamente, a aquellos mecanismos o dispositivos, que sirven para asegurar la efectividad de un derecho. Se trata de instrumentos para que ese derecho declarado en el papel se convierta en um

⁷⁰ “Art. 138. O decreto do estado de sítio indicará sua duração, as normas necessárias a sua execução e as garantias constitucionais que ficarão suspensas, e, depois de publicado, o Presidente da República designará o executor das medidas específicas e as áreas abrangidas”.

derecho operable, ejecutable, exigible. La experiencia histórica demuestra claramente que la efectividad de un derecho no puede estar librada sólo a la voluntad de un único órgano estatal – de modo que este necesario pensar las garantías en un sentido múltiple⁷¹”

Com essa explanação, percebe-se claramente que os direitos são bens jurídicos reconhecidos, estáticos, portanto, que necessitam das garantias como instrumento ou veículo de efetivação ou proteção desses direitos.

Na análise dos dispositivos constitucionais, entretanto, não é claro muitas vezes onde estão as garantias e os direitos.

Pois bem, por estas idéias, a duração razoável do processo enquadra-se melhor no espaço de garantia fundamental, uma vez que é veículo de efetivação dos direitos lesionados, portanto, instrumental e derivado já que serve ao processo com o intuito de busca pela justiça.

É possível perceber que a implementação de um processo com prazo de duração razoável, garantia constitucional, é fato gerador da efetivação dos direitos lesionados, uma vez que permite fornecer, de forma mais adequada, a tutela jurisdicional que o cidadão lesionado almeja. Trata-se como será visto mais adiante, de uma faceta da garantia a tutela jurisdicional adequada, que impõe um fornecimento eficaz, adequado e rápido.

⁷¹ Tradução livre (A noção de garantia se refere, justamente, a aqueles métodos, mecanismos ou dispositivos, que servem para assegurar a efetividade de um direito. Trata-se de instrumentos para que esse direito declarado no papel se converta em um direito operável, executável, exigível. A experiência histórica demonstra claramente que a efetividade de um direito não pode estar dependente somente da vontade de um único órgão estatal – de modo que é necessário pensar as garantias num sentido múltiplo)

4.4.3. Problemática: garantia fundamental?

Os direitos e garantias fundamentais estão esculpidos no texto constitucional, na classificação de **SCHMITT (2001)**, como normas constitucionais materiais, ou fundamentais para existência do Estado e normas constitucionais formais, ou normas que estão apenas no texto da Constituição, mas não são fundamentais ou necessárias à existência do Estado.

A finalidade dos direitos e garantias fundamentais, desde a sua origem, foi a de impor limites ao poder político do Estado, sobrelevando, para tanto, em normas constitucionais formais os chamados direitos “inerentes” ao homem.

Segundo **SCHMITT (2001: 169)**:

“son derechos fundamentales sólo aquellos que pueden valer como anteriores y superiores al Estado, aquellos que el Estado, no es que otorgue con arreglo a sus leyes, sino que reconoce y protege como dados antes que él, y en los que sólo cabe penetrar en una cuantía mensurable en principio, y sólo dentro de un procedimiento regulado”

Os direitos fundamentais, portanto, são garantias pontuais (Cf. **HESSE**) que se limitam à proteção de determinados bens e posições jurídicas especialmente relevantes e ameaçadas.

Direitos fundamentais são, portanto, todas aquelas posições jurídicas concernentes às pessoas, que, do ponto de vista do direito constitucional positivo, foram, por seu conteúdo e importância (fundamentalidade em sentido material), integradas ao texto da Constituição e, portanto, retiradas da esfera de disponibilidade dos poderes constituídos (fundamentalidade formal), bem como as que, por seu conteúdo e significado, possam lhes ser equiparados, agregando-se à Constituição material, tendo, ou não, assento na Constituição formal (aqui considerada a abertura material do Catálogo. Cf. **SARLET (2007: 91)**).

Com esse pensamento, podemos dizer que o direito a duração razoável do processo, um dos consectários do acesso à justiça e da efetividade da tutela jurisdicional⁷², é uma garantia fundamental, já que como norma instrumental é pressuposto para defesa de todos os outros direitos fundamentais⁷³.

Na doutrina tradicional do Direito Constitucional, adotou-se, tomando como princípio a Revolução Francesa, a seguinte classificação histórico-cronológica porque passaram os direitos fundamentais: direitos fundamentais de primeira, segunda e terceira geração e modernamente direito fundamental de quarta geração⁷⁴.

⁷² Cf. **GUERRA (1999: 49)**: “Há, na realidade, muito mais do que uma mera opção terminológica em referir-se à efetividade da tutela jurisdicional como um direito fundamental. É que, assim, todas as garantias processuais já reconhecidas em doutrina e nos principais ordenamentos jurídicos (principalmente no plano constitucional) como relacionados com a efetividade da tutela jurisdicional passam a gozar de regime e força jurídica especiais, próprios dos direitos fundamentais. A diferença, portanto, está, precisamente, no diverso status, ou melhor, na maior força jurídica que adquirem essas garantias, ao serem caracterizadas como direito fundamental”

⁷³ Corroborando tal idéia, **SILVEIRA (2007:149)**: “A tutela jurisdicional tempestiva, que a Emenda Constitucional n. 45 consagra, é um direito fundamental, chegando a ser mencionadas por alguns juristas como um direito fundamental instrumental devido a sua condição de pressuposto para o exercício de todos os outros direitos fundamentais e também como uma garantia processual. Por isso, a inobservância ou violação desse direito há de ter conseqüência severas que se destinem a combater processos que se arrastem ao longo de anos, atuando diretamente nas causas da indevida demora, para que não se lhe dê apenas um valor como norma programática”

⁷⁴ Há fundamentadas críticas em relação ao termo geração. O termo da a idéia de que há um reconhecimento progressivo de novos direitos, em um processo cumulativo, de complementaridade e não de alternância, passando uma impressão de uma geração substitui a outra. Assim, parte da doutrina entende que seria melhor a utilização do termo dimensão de direitos fundamentais. Nesse sentido, **SARLET (2006)**. Para nós, os termos podem ser utilizados como sinônimos, apesar de concordamos com o argumento que privilegia dimensões.

Segundo o Ministro do STF, Celso de Melo,

“enquanto os direitos de primeira geração (direitos civis e políticos) – que compreendem as liberdades clássicas, negativas ou formais – realçam o princípio da liberdade e os direitos de segunda geração (direitos econômicos, sociais e culturais) – que se identificam com as liberdades positivas, reais ou concretas – acentuam o princípio da igualdade, os direitos de terceira geração, que materializam poderes de titularidade coletiva atribuídos genericamente a todas as formações sociais, consagram o princípio da solidariedade e constituem um momento importante no processo de desenvolvimento, expansão e reconhecimento dos direitos humanos, caracterizados enquanto valores fundamentais indisponíveis, pela nota de uma essencial inexauribilidade”⁷⁵

Desta forma, nós temos os direitos de primeira geração como aquelas liberdades negativas (direito à vida, a liberdade, ao devido processo legal, enfim); os direitos de segunda geração ou liberdades positivas como os direitos sociais (salário mínimo, férias, décimo terceiro, seguro-desemprego), os direitos econômicos (valorização do trabalho e da livre iniciativa) e culturais (respeito às manifestações culturais e religiosas), os direitos de terceira geração (meio ambiente equilibrado, previdência social, etc.), e ainda os direitos de quarta geração (democracia)⁷⁶.

A Constituição Federal de 1988 subdividiu formalmente os direitos e garantias fundamentais em cinco: direitos individuais e coletivos, direitos sociais, nacionalidade, direitos políticos e dos partidos políticos.

⁷⁵ STF – Pleno – MS nº 22.164/SP – Rel. Ministro Celso de Mello, Diário da Justiça, Seção I, 17 nov. 1995, p. 39.206.

⁷⁶ Entre nós, o ensinamento do Professor Paulo Bonavides que entende ser a quarta dimensão resultado da globalização dos direitos fundamentais, como, por exemplo, o direito à democracia direta, à informação e ao pluralismo..

A moderna doutrina constitucional, com eco jurisprudencial no Supremo Tribunal Federal⁷⁷, vem lecionando que os direitos e garantias fundamentais não estão somente nas subdivisões citadas. Também é possível encontrá-los em outras normas do texto constitucional, fora do catálogo do título II, como no caso do princípio da anterioridade tributária, direito à saúde, educação, lazer, previdência social, etc.. ou em normas internacionais (tratados e convenções internacionais recepcionadas pelo nosso ordenamento jurídico), bem como em princípios gerais do direito decorrentes do regime jurídico ou dos princípios como no caso do *ne bis in idem*.

Tal teoria ganhou respaldo legal, especialmente após a publicação da Emenda Constitucional nº 45, que previu com o acréscimo de um parágrafo ao artigo 5º, da CF, que os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais.

Ainda, segundo o texto constitucional (§1º, do art. 5º, da CF), a natureza jurídica das normas que disciplinam os direitos e garantias fundamentais tem eficácia plena e imediata, isto é se aplicam de imediato sem a necessidade de lei infraconstitucional para regular o tema.

O §1º, do art. 5º, da CF é na verdade um reforço constitucional que vem com a finalidade de evitar o esvaziamento da eficácia normativa dos direitos fundamentais.

⁷⁷ (RE-AgR 393175 / RS - RIO GRANDE DO SUL; AG.REG.NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO; Relator(a): Min. CELSO DE MELLO; Julgamento: 12/12/2006; Órgão Julgador: Segunda Turma Publicação: DJ 02-02-2007 PP-00140; EMENT VOL-02262-08 PP-01524

Corroborando esta idéia, **SARLET (2007: 87)**:

“apesar de inexistir norma constitucional destituída de eficácia jurídica, o fato é que o princípio da aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais diferencia – no sentido de juridicidade reforçada – esta categoria específica das normas constitucionais, outorgando-lhes, de fato sorte, uma qualidade comum e distintiva...”

Esses preceitos são, enfim, aqueles que nos fazem observar que algumas normas constitucionais, como é o caso da duração razoável do processo, mesmo não tendo uma lei que regule sua aplicabilidade, devem ser aplicados imediatamente e de forma efetiva, competindo ao intérprete dar máxima efetividade.⁷⁸

No entanto, é importante deixarmos consignado que, apesar de ter eficácia plena e imediata, os direitos e garantias fundamentais, como todo tipo de direito, não podem ser vistos de forma absoluta ou ilimitada. Deve-se levar em consideração na análise desses direitos o princípio da razoabilidade, sob pena de transformá-los em verdadeiros escudos protetivos da prática de ilícitos. Em síntese, é imperioso entender que na interpretação das normas impostas como direitos e garantias fundamentais deve ser utilizado o princípio da concordância prática/harmonização/proporcionalidade, buscando os fins do texto constitucional.

No caso específico da garantia constitucional da duração razoável, a idéia de conjugação deve ser ressaltada, porquanto, sua concretização deve estar conjugada com outros preceitos derivados do próprio postulado do devido processo legal. Assim, a duração razoável deve estar atenta também ao preceito do contraditório e da ampla defesa, impondo

⁷⁸ Fixando essa mesma premissa, **BARRUFFINI (2006:272)**: “Com base em tais considerações e à luz da teoria da efetividade dos direitos fundamentais, entendemos que se deva atribuir aplicabilidade imediata e eficácia plena à garantia constitucional da duração razoável do processo, competindo ao intérprete, com o objetivo de lhe conferir máxima efetividade, a identificação dos meios possíveis para a consecução das finalidades a que a norma se destina, como, aliás, vem expressamente apregoado no art. 5, da LICC”

que os operadores e o legislativo crie mecanismos que sejam responsáveis por repartir de forma igualitária o fator tempo no processo, sem no entanto prejudicar as garantias já assentes. Um exemplo dessa conjugação pode ser visto na criação do art. 285-A, do CPC, que permite ao magistrado prolatar sentenças de improcedência nos casos em ele já tenha desta forma se posicionado. O tema mais a frente será analisado com mais vagar⁷⁹.

Ainda, o preceito deve estar interligado ao postulado da segurança jurídica. O legislador, maior destinatário da norma, deve criar mecanismos que conjuguem de forma adequada um processo com razoável duração, mas que propicie segurança jurídica ao mesmo tempo. É o que ocorre com a informatização do processo judicial que permite o aceleramento e a economia do processo, mas que deve vir assentada em bases seguras, sob pena de provocar um efeito colateral maior do que os benefícios, que, no caso, seria a perda da segurança jurídica.

Em termos, não resta dúvida que o preceito da duração razoável é uma norma de direito fundamental. No entanto, também é certo que se trata de uma norma relativa que deve ser conjugada com outros postulados fundamentais previstos no texto constitucional.

4.4.4. Problemática: Direito de defesa ou à prestação? .

Outro ponto que merece ser tratado no presente trabalho é da classificação dos direitos fundamentais. Como já dito, os direitos fundamentais podem ser

⁷⁹ Capítulo 5, item 5.2.

classificados, segundo a disposição topográfica do título II, da CF, em individuais e coletivos, sociais, de nacionalidade e políticos. Tal classificação, no entanto, não é a única.

Uma segunda possibilidade de classificar os direitos fundamentais é dividi-los em escritos ou expressamente positivados ou não escritos (direitos implícitos decorrentes do regime e dos princípios). Entretanto, esta classificação não contribui muito para uma apresentação sistemática.

Há ainda uma terceira classificação que pode ser apresentada e que para o presente trabalho é de extrema valia. Nela, os direitos fundamentais são divididos em dois grandes grupos: direito de defesa e direito à prestação. Este último, subdividido em direitos à prestação em sentido amplo (direitos à proteção e direitos à participação na organização e no procedimento) e direitos à prestação em sentido estrito.

Os direitos fundamentais como direitos de defesa obrigam a abstenção do poder público, criando, desse modo, dever de respeito a interesse individuais. Estão compreendidos nesta categoria os direitos individuais e coletivos, previstos no artigo 5, da CF; os Direitos sociais negativos, à exemplo da limitação a jornada de trabalho, igualdade de direito entre trabalhadores, liberdade sindical, direito de greve, os direitos de nacionalidade e cidadania e as garantias fundamentais, como o mandado de segurança, mandado de injunção, ação popular, etc.. e as garantias institucionais, como a herança, propriedade, família, autonomia das universidades, etc.

Os direitos fundamentais como direitos à prestação consistem na liberdade ativa por meio do Estado, necessitando, portando, de posturas ativas do Estado em

relação ao indivíduo. Trata-se de direitos à prestação, divididos em direitos à prestação jurídica e à fática.

Os direitos à prestação em sentido amplo requerem uma atuação positiva do destinatário, diferentemente do direito de defesa. Podem ser vistos como direitos à proteção que compreende o direito de exigir do Estado proteção de determinados bens pessoais contra a ingerência de terceiros ou direitos à participação na organização e no procedimento que compreende ao *status activus processualis* (devido processo legal) dos direitos fundamentais (Cf. **HÄRBELE**), como exemplo do direito à proteção judicial efetiva, da duração razoável do processo e da participação em colegiados superiores – CNJ. Tal direito exige do legislativo a criação de órgãos e o estabelecimento de procedimentos que garantam a efetiva participação do indivíduo.

Por fim, os direitos de *status positivus socialis*: direitos sociais de natureza prestacional, pretendem assegurar o exercício de uma liberdade e igualdade real e efetiva, requerendo um comportamento ativo do Estado, através, por exemplo, de políticas públicas de erradicação da pobreza, do analfabetismo, dentre outras.

Da distinção efetuada, percebe-se que o direito à duração razoável do processo por exigir uma postura ativa do Estado, enquadra-se melhor como direito à participação na organização e no procedimento, porquanto, exige do legislativo a criação de mecanismo que facilitem o procedimento e exigem do Executivo a destinação de recursos para o aperfeiçoamento do Poder Judiciário.

Corroborando tal idéia, basta observar a redação do artigo 7, da EC 45, que instituiu a duração razoável do processo⁸⁰.

Situando a duração razoável como direito à prestação, a idéia é deixar claro que para efetivação deste postulado não é suficiente uma abstenção do Estado. Há, portanto, a necessidade de uma postura ativa que implicará necessariamente na análise do custo de efetivação deste direito.

O Estado para implementar o direito a duração razoável do processo tem que dispor de recursos e decidir alocá-los na estrutura do Judiciário que é o responsável pelo seu desenvolvimento e efetivação. O tema será abordado mais adiante, no tópico sobre os limites ao desenvolvimento e efetivação judicial da garantia da duração razoável, a densidade das normas que tratam dos direitos prestacionais, a teoria da reserva do possível e o custo de um processo célere.

4.5. EFICÁCIA JURÍDICA DA GARANTIA CONSTITUCIONAL DA DURAÇÃO RAZOÁVEL DO PROCESSO

Outro ponto a ser enfrentado no estudo da garantia constitucional à duração razoável do processo diz respeito a sua eficácia jurídica.

⁸⁰ Art. 7º O Congresso Nacional instalará, imediatamente após a promulgação desta Emenda Constitucional, comissão especial mista, destinada a elaborar, em cento e oitenta dias, os projetos de lei necessários à regulamentação da matéria nela tratada, bem como promover alterações na legislação federal objetivando tornar mais amplo o acesso à Justiça e mais célere a prestação jurisdicional

Para tanto, como âncora para essa discussão, trazemos pontos levantados por José Afonso da Silva, em sua monografia sobre aplicabilidade das normas constitucionais que serão analisados em cotejo com o preceito do processo sem dilações indevidas.

O primeiro ponto nevrálgico levantado pelo mencionado autor para ineficácia ou eficácia deficiente das normas constitucionais está ligado às incertezas terminológicas do enunciado normativo. Cf. **SILVA (1999: 117)**

Para o objeto de nosso trabalho, ganha revelo essa discussão, porquanto a eficácia da norma constitucional da duração razoável esbarra inicialmente em saber o que é um processo com prazo razoável. A pergunta pode parecer simples, e de fato o é, mas a multiplicidade de resposta é que gera a complexidade do problema. Sem saber exatamente o que um processo com tempo razoável, os interpretes do direito limitam ou dificultam a aplicação da norma como talvez tenha sido almejada pelo legislador constitucional.

No caso do preceito da garantia da duração razoável um primeiro empecilho à efetividade consiste na incerteza terminológica.

Partindo para análise de aplicabilidade, temos o seguinte. Quanto à aplicabilidade, a doutrina constitucional norte americana classifica as normas constitucionais em “self-executing” (auto-aplicáveis) e “not self-executing” (não auto-aplicáveis). As primeiras são aquelas desde logo aplicáveis porque revestidas de plena eficácia jurídica, por

regularem diretamente os comportamentos que cogitam. As segundas, por sua vez, possuem aplicabilidade dependente de leis ordinárias⁸¹. Cf. **MENDES (2008: 28)**.

Nestes termos, discussão não há que a garantia da duração razoável é executável, mesmo que se questione o alcance dessa exequibilidade.

A eficácia das normas constitucionais varia, já que em todas as normas atingem a plenitude de efeitos almejada pelo legislador constituinte, necessitando, algumas delas, de legislação posterior ordinária ou complementar.

SILVA (1999: 82) propõe a seguinte classificação quanto aos diferentes graus de eficácia das normas constitucionais: normas de eficácia plena e aplicabilidade direta, imediata e integral (produzem todos os seus efeitos essenciais, desde a entrada em vigor da Constituição), de eficácia contida e aplicabilidade direta e imediata, mas possivelmente não integral (produzem todos os seus efeitos, mas prevêm meios ou conceitos que admitem a limitação de sua eficácia em determinadas circunstâncias) e de eficácia limitada declaratórias de princípios institutivos ou organizativos e normas de eficácia limitada declaratórias de princípio programático (não produzem todos os seus efeitos, necessitando de complementação pelo legislador ordinário ou órgão estatal).

Hoje prepondera o entendimento de que a maioria das normas constitucionais possui eficácia plena e aplicabilidade imediata. No âmbito nacional, todavia, a Constituição Federal inclinou-se no sentido de deixar ao legislador ordinário, em algumas situações, a integração e complementação de suas normas.

⁸¹ A classificação, no entanto, não tem aceitação no âmbito do constitucionalismo moderno, já que a premissa básica é que as normas constitucionais são sempre executáveis por si, até onde possam e onde sejam suscetíveis de execução.

Quanto às normas de direitos fundamentais, apesar de sua aparência meramente descritiva, por força do §1º, do art. 5º, da CF, as mesmas possuem eficácia plena.

Fora do catálogo dos direitos fundamentais, no entanto, é difícil estabelecer critérios capazes de diferenciar adequadamente as normas constitucionais de eficácia plena, limitada e contida.

Desta forma, não existe um critério fixo e absoluto de distinção das normas constitucionais quanto à sua eficácia, mas que regras gerais podem ser enumeradas. Como de eficácia plena podem ser consideradas as normas que contenham vedações, que confirmam isenções, prerrogativas, imunidades; que não indiquem processos especiais de execução e que não exijam elaboração de novas normas que lhes complete o alcance e sentido ou conteúdo.

A natureza das normas de eficácia plena consiste em estabelecer conduta jurídica positiva ou negativa, com comando certo e definido. São tais normas as que, desde sua entrada em vigor, produzem ou podem produzir seus efeitos essenciais, mais precisamente no que tange aos interesses, comportamentos e situações que o constituinte quis regular, tenha o desejado direta ou indiretamente.

As normas de eficácia contida, por seu turno, diferenciam-se das demais pela possibilidade de contenção de sua eficácia, através de legislação futura ou de outros meios, como conceitos, por exemplo. Em outras palavras, o legislador infraconstitucional pode limitar os seus efeitos.

Sua presença é marcante no âmbito das normas constitucionais que estabelecem direitos e garantias fundamentais.

Destacam-se, enquanto elementos de contenção das normas constitucionais, as normas que buscam estabelecer a estabilidade e a defesa da Constituição contra processos bruscos de mudança e perturbação da ordem constitucional.

Existem, ainda, normas que sofrem restrição de eficácia em face de conceitos como ordem pública, bons costumes e paz social. Conceitos estes que, como bem se sabe, são relativos.

Outros conceitos também apontam como limitadores da eficácia das normas constitucionais, permitindo ao Poder Público limitar situações subjetivas; são eles: necessidade pública, utilidade pública, interesse social, interesse econômico, perigo público iminente, segurança pública, segurança nacional, integridade nacional.

As normas de eficácia contida, por seu turno, têm natureza de normas imperativas, positivas ou negativas, limitadoras do poder público. São normas que consagram direitos individuais, de entidades públicas e privadas. São aquelas, enfim, que regulam interesses relativos a matérias determinadas e que deixam margem à atuação restritiva do Poder Público, nos termos e limites legais.

Por fim, as normas constitucionais de eficácia limitada, segundo **SILVA (1999)** subdividem-se em normas definidoras de princípio institutivo/organizativo e normas definidoras de princípio programático.

As normas definidoras de princípio institutivo são aquelas responsáveis por estabelecer o início de determinado órgão, entidade ou instituição, reservando a efetiva criação e implantação à lei complementar ou ordinária. Estas normas são de aplicabilidade mediata, pois dependem de legislação; é o legislador ordinário quem lhes confere eficácia plena, mediante leis ordinárias ou complementares. No entanto, referidas normas não são destituídas de aplicabilidade.

Deste modo, devem ser entendidas como normas não programáticas dependentes de legislação. Diferem-se das programáticas posto que contêm esquemas gerais de estruturação das instituições, órgãos e entidades

Em síntese, as normas de princípio institutivo caracterizam-se pela necessidade de uma legislação futura que lhes confira plena eficácia. Umas conferem amplos espaços à atuação legislativa, outras a limitam; algumas chegam apenas deixar aspectos secundários ao trabalho do legislador.

Quanto à eficácia, as normas de princípio institutivo são limitadas, com a possibilidade de serem impositivas ou facultativas. As primeiras determinam ao legislador a emissão de legislação integrativa; as segundas, por sua vez, não obrigam o legislador, apenas lhe conferem à possibilidade de elaborar a legislação integrativa.

Importa ressaltar que a obrigatoriedade direcionada ao legislador é de pequena eficácia, posto não haver no ordenamento jurídico mecanismos que o obriguem a legislar. Assim, não cumprida a obrigação, restará a possibilidade apenas da utilização dos mecanismos de controle da omissão⁸².

Elucidada a classificação quanto à aplicabilidade, segundo a doutrina de José Afonso, vemos claramente que a norma que preleciona um processo sem dilações indevidas se enquadra na categoria de normas de eficácia plena, isto porque, primeiro e mais importante, está ela topicamente encravada dentro dos direitos e garantias fundamentais, o que a torna de aplicabilidade plena e imediata (o §1º, do art. 5º, da CF), depois por não conter no seu enunciado qualquer referência à necessidade de complementação legislativa.

⁸² Apesar de fundadas críticas com relação aos remédios constitucionais do mandado de injunção e da ação direta de inconstitucionalidade por omissão, entendo que com relação ao primeiro há uma tentativa de revisão da sua tutela jurisdicional, permitindo sua efetividade como garantia constitucional. Nesse sentido, conferir o julgamento do Mandado de Injunção 543, impetrado com fundamento na mora do Congresso Nacional em regulamentar o §3º, do artigo 8º, da ADCT. Na petição, o causídico que o subscreveu pleiteou a reparação pecuniária consistente no pagamento dos valores que os impetrantes teriam direito caso não tivessem sido atingidos por atos institucionais de exceção, informando, outrossim, que para o caso não era mais necessário declarar a mora do Congresso e interpelá-lo para elaboração da lei exigida, já que em outro instrumento mandamental aquela Corte já havia feito a mesma coisa. Pois bem, diante do caso concreto, os Ministros do STF ampliaram o alcance da tutela jurisdicional do mandado de injunção, dando-a, desta forma, maior efetividade no plano prático. No julgamento, todos os Ministros se posicionaram pela desnecessidade de declaração de mora do Congresso Nacional e, conseqüente, de sua interpelação e reconheceram o direito ao bem de vida, entretanto, remeteram os impetrantes às instâncias ordinárias para buscá-lo. Em dezembro de 2006, a discussão sobre a tutela do Mandado de Injunção voltou ao centro das atenções. No Mandado de Injunção 721/DF houve um debate sobre a aplicabilidade do artigo 40, §4, da CF, inserido pela EC 47, de 2005. A impetrante, servidora do Ministério da Saúde, afirmou exercer atividades em ambiente insalubre. Com isso, fundamentou seu pleito na inexistência de lei complementar que dê-se eficácia ao artigo 40, § 4º, da CF, o que inviabilizava seu direito à aposentadoria especial. Como pedido, requereu o suprimento da lacuna normativa e enquanto não viesse a lei, que fosse reconhecido o direito à aposentadoria especial, nos termos do regime geral de previdência social. Ao final, dando uma tutela adequada ao caso, o STF julgou procedente o pedido para reconhecer o direito à aposentadoria especial da impetrante. Em maio de 2007, a discussão sobre o alcance da tutela do Mandado de Injunção ganhou mais força. No Mandado de Injunção 708/DF, impetrado pelo Sindicato dos Trabalhadores em Educação do Município de João Pessoa - SINTEM em face do Congresso Nacional, com o objetivo de dar efetividade à norma inscrita no art. 37, VII, da CF, o STF conheceu do mandado de injunção e acolheu a pretensão nele deduzida para que, enquanto não suprida a lacuna legislativa, seja aplicada a Lei 7.783/89, e, ainda, em razão dos imperativos da continuidade dos serviços públicos, de acordo com as peculiaridades de cada caso concreto, e mediante solicitação de órgão competente, seja facultado ao juízo competente impor a observância a regime de greve mais severo, haja vista se tratar de serviços ou atividades essenciais, nos termos dos artigos 9 a 11 da Lei 7.783/89.

Num segundo momento, para o caso da duração razoável do processo, poderíamos levantar a problemática das normas programática. Segundo **MENDES (2008: 28)**: “quando se quer negar eficácia a um preceito constitucional diz-se que ele não pode ser aplicado porque se trata de uma norma simplesmente programática”

Para **SILVA (1999:80)**, no entanto: “Não se nega que as normas constitucionais têm eficácia jurídica e valor jurídico diverso umas das outras, mas isso não autoriza recusar-lhes juridicidade. Assim, toda norma constitucional possui dimensão jurídica”.

Para alguns autores, alguns princípios constitucionais seriam meros programas a serem desenvolvidos pelos legisladores ordinários. É o que se costuma denominar princípios constitucionais programáticos. A corrente apesar de estar em desuso pelo direito constitucional, merece ser tratada no presente trabalho, porquanto envolve de perto o preceito da duração razoável do processo.

A dúvida seria se a garantia de um processo sem dilações indevidas seria então uma norma programática.

As normas programáticas se situam entre as normas de eficácia limitada, que, no entanto, não retiram sua eficácia, porquanto, impõem limites aos sujeitos, tendo, ademais, caráter imperativo e vinculante. O fato é que, ditas normas seriam dirigidas ao legislador, não admitindo aplicação direta pelos tribunais ou por outras autoridades. Cf. **CANOTILHO (2006)**.

As normas programáticas, então, buscam dizer ao Estado onde e como deve caminhar. Buscam, pois, atribuir fins ao Estado, antes esvaziado pelo liberalismo econômico. Buscam, em síntese, no âmbito da ordem econômica, possibilitar a concretização da dignidade humana e dos ditames da justiça social.

Com esse pensamento, **MIRANDA (2003:272):**

“As normas programáticas definem-se: ou por serem de aplicação diferida, e não de aplicação ou execução imediata; ou por prescreverem obrigação de resultado, não obrigações de meios; ou mais do que comandos-regras, por explicitarem comandos-valores; ou por conferirem elasticidade ao ordenamento jurídico; ou por terem como destinatário primacial – embora não único – o legislador, a cuja opção fica a ponderação do tempo e dos meios em que vêm a ser revestida de eficácia plena; ou, só por si não consentirem que os cidadãos ou quaisquer cidadãos as invoque já (ou imediatamente após a entrada em vigor da Constituição, em tribunal, pelo que os direitos que dela constam, maxime os direitos sociais, têm mais natureza de expectativas ou de pretensões jurídicas que de verdadeiros direitos subjectivos. Contudo, nenhum desses traços definidores (ou outros critérios que se utilizem para a contraposição diante das normas preceptivas) briga com a juridicidade das normas programáticas”

Os princípios constitucionais e as normas programáticas se diferenciam. As normas tutelam situações subjetivas de vantagem ou vínculo. Os princípios, por sua vez, estabelecem a essência do ordenamento, seus valores.

A Constituição de 1988 é qualificada como progressista, no que concerne aos fins sociais do Estado. Contém, todavia, normas de ordem programática, claramente concentradas nos Títulos VII e VIII. Umas mencionam a necessidade de atuação do legislativo, outras não, deixando a concretização normativa a cargo do Poder Público. Umas, ainda, direcionam sua concretização de forma genérica, dirigindo-se as searas pública e privada; são típicas da ordem econômica constitucional.

Com base no acima exposto, **SILVA (1999)** enumera três categorias para as normas constitucionais programáticas; são elas: normas programáticas vinculadas ao princípio da legalidade; normas programáticas referidas ao poder público e normas programáticas dirigidas à ordem econômico e social.

As normas de princípio programático, conforme conclusão do autor, são normas que objetivam disciplinar interesses econômicos e sociais; que carecem de força suficiente para se desenvolver plenamente, sendo acolhidas como programas a serem desenvolvidos pelo Estado e, ainda, possuem eficácia reduzida, não produzindo seus efeitos essenciais e específicos, apesar de produzirem efeitos jurídicos.

As normas programáticas buscam dizer para onde e como se vai; atribuem fins ao Estado. Caracterizam, assim, o tipo de regime estatal e as tendências sócio-culturais da sociedade.

Na nossa ótica, portanto, o preceito da duração razoável do processo, em que pese conter em si uma carga de objetivo estatal, não pode ser considerado norma-programa, porquanto contém juridicidade, coercibilidade, até mesmo por estar encartado no artigo 5, da CF.

Além da análise de aplicabilidade das normas constitucionais, é importante tecermos algumas considerações com relação à eficácia positiva e negativa do direito à duração razoável do processo.

Por eficácia positiva, deve ser entender a possibilidade de se exigir, seja judicial ou extrajudicialmente, o cumprimento de uma norma. É característica presente em quase todas as normas jurídicas, à exceção das normas programáticas, porquanto é requisito derivado da idéia de exigibilidade.

Pois bem, no caso da duração razoável do processo, tal eficácia existe, porquanto, conforme se verá mais adiante, é possível utilizar-se de meios judiciais sejam eles repositórios (mandado de segurança, *habeas corpus*) ou reparatórios (indenização por danos materiais e morais) para reclamar a intempestividade da própria tutela jurisdicional.

A eficácia negativa, por seu turno, autoriza que sejam declaradas inválidas todas as normas que entrem em conflito com o princípio constitucional. No caso da duração razoável do processo, poderia ser tido como exemplo norma infraconstitucional que estendesse o prazo da contestação da Fazenda Pública de 60 (sessenta) para 120 (cento e vinte) dias. Haveria, nesse caso, flagrantemente uma dilação indevida, o que geraria, por força da eficácia negativa, a declaração de inconstitucionalidade do referido preceito.

Reforçando a idéia de eficácia negativa, temos ainda a tese da vedação do retrocesso. Este pensamento, particularmente ligado aos direitos fundamentais, pode ser visualizado no artigo §2º, do art. 5º, da CF⁸³. A idéia por ele passada é a de que legislação posterior, constitucional ou infraconstitucional, deve realizar um progressivo aumento ou uma progressiva concretização dos direitos fundamentais. Assim, seria possível, invalidar normas que, sob o aspecto normativo retrocedessem. Para a duração razoável do processo, seria, por

⁸³ § 2º - Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte

exemplo, na nossa ótica situação de retroação, a revogação da Lei que informatizou o processo judicial.

Além dos efeitos positivos e negativos que as normas constitucionais têm, é de se ressaltar também a tese da irradiação.

Esclarecendo esta tese **SARLET (2007: 173)**:

“Como primeiro desdobramento de uma força jurídica objetiva autônoma dos direitos fundamentais, costuma-se apontar-se para o que a doutrina alemã denominou de uma eficácia irradiante (*Ausstrahlungswirkung*) dos direitos fundamentais, no sentido de que estes, na sua condição de direitos objetivos, fornecem impulsos e diretrizes para a aplicação e interpretação do direito infraconstitucional, o que, além disso, apontaria para a necessidade de uma interpretação conforme aos direitos fundamentais..”

O Tribunal Constitucional da Alemanha, a partir deste efeito, cria um conceito de ordem valorativa objetiva dos direitos fundamentais. “De acordo com a jurisprudência permanente do Tribunal Constitucional Federal, as normas de direito fundamental contém não só direitos subjetivos de defesa do indivíduo frente ao Estado, senão que representam, ao mesmo tempo, uma ordem valorativa objetiva que, como decisão básica jurídico constitucional, vale para todos os âmbitos do direito e proporciona diretrizes e impulsos para a legislação, a administração e a justiça⁸⁴” Cf. **ALEXY 2001: 507**).

A idéia de ordem valorativa, segundo **ALEXY (2001:508)** pode ser substituída pela noção de princípios. A questão é saber o que seria este aspecto objetivo dos princípios. Para ele não se pode pensar que a ordem valorativa objetiva se resumiria a idéia de

⁸⁴ “De acuerdo con la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal, las normas iusfundamentales contienen no sólo derechos subjetivos de defensa del individuo frente al Estado, sino que representan, al mismo tiempo, un orden valorativo objetivo que, em tanto decisión básica jurídico-constitucional, vale para todos los ámbitos del derecho y proporciona directrices e impulsos para la legislación, la administración y la justicia”

que os princípios influem no ordenamento jurídico. Para Alexy essa influência tem que ser pautada na objetividade dos próprios princípios. Deve ser criado por isso um dever *prima facie*, sem que haja a necessidade do aspecto subjetivo. A objetividade do princípio deve levar a abstração do titular do direito e dos obrigados. Daí vem à irradiação. O direito fundamental pode ter como titular ou obrigado tanto o indivíduo quanto o Estado. Afasta-se desse modo o pensamento inicial de que os direitos fundamentais criariam uma relação obrigacional cidadão/Estado. Com esse pensamento, cria-se a possibilidade de respeito aos direitos fundamentais na relação cidadão/cidadão. É o caso das penalidades que são aplicadas as empresas privadas por discriminação, em respeito ao princípio da dignidade da pessoa humana.

No caso da duração razoável do processo, a tese da irradiação pode ser utilizada para criar um vínculo obrigacional entre os litigantes particulares. Em outras palavras, o direito fundamental impõe uma obrigação entre os particulares no processo judicial, com a possibilidade de aplicação de penalidade pelo descumprimento deste preceito. Sem a intervenção do Estado, a irradiação pode ser observada no instituto da arbitragem, onde participam apenas particulares, mas que devem seguir a razoabilidade do tempo dos atos procedimentais.

4.6. SENTIDO E ALCANCE DA EXPRESSÃO RAZOÁVEL DURAÇÃO

Um dos pontos que precisa ser discutido na análise do postulado da duração razoável do processo é descoberta do sentido e o alcance da expressão “duração razoável”, inserta no enunciado constitucional.

Pois bem, quando se trata da análise do preceito a duração razoável do processo, é ponto importante fazer ilações sobre o sentido e o alcance da norma. Tal descoberta é feita através da interpretação da norma.

Para tanto, é necessário se fixar em duas premissas: a de que o direito positivo é um corpo de linguagem prescritiva com a função de disciplinar o comportamento humano e a de que para aplicar o direito é fundamental, imprecindível a interpretação, entendida como atividade intelectual com objetivo de construir o conteúdo, o sentido e o alcance das regras jurídicas.

Desta forma, a determinação do sentido da norma, o correto entendimento do significado dos seus textos e intenções é tarefa da hermenêutica. Hermenêutica é a teoria científica da arte de interpretar. Interpretar o direito nada mais é do que utilizar os princípios da hermenêutica jurídica no caso concreto. Cf. **MAXIMILIANO (1994: 1)** O jurista tem a função não só de conhecer o texto jurídico, mas de compreender o seu alcance para que haja a possibilidade de decidir. A efetividade do Direito depende, de um lado, do técnico que formula as leis, decretos e códigos e, de outro lado, da qualidade da

interpretação realizada pelo aplicador da norma. O trabalho do intérprete é o de decodificar e, para isto, percorre inversamente o caminho seguido pelo codificador.

Como se verifica facilmente, a interpretação é um ato de um ato de vontade é ato de inteligência de cultura, que exige do intérprete criatividade. Segundo **MAXIMILIANO (1994: 9)**: *“interpretar é explicar, esclarecer, dar o significado do vocábulo, atitude ou gesto; reproduzir por outras palavras um pensamento exteriorizado; mostrar o sentido verdadeiro de uma expressão; extrair de frase, sentença ou norma, tudo o que na mesma se contém”*

A interpretação do direito exige a revelação de dois significados: sentido e alcance. Revelar o sentido da norma e fixar o seu alcance.

4.6.1. Meios de interpretação da razoável duração do processo

Há vários métodos ou elementos de interpretação, processos utilizados para desvendar as várias possibilidades de aplicação da norma. Podem ser: gramatical, lógico, sistemático, histórico, sociológico ou teleológico.

Na Interpretação gramatical, filológica, o interprete busca o sentido literal do texto, baseando-se em regras lingüística, pontuação, colocação das palavras, enfim⁸⁵. É por onde o intérprete tem o primeiro contato com a norma. O que se busca evitar é o excesso exposto naqueles que se apegam à literalidade da lei.

Na Interpretação lógica, procura-se desvendar o sentido e o alcance da lei por meio de raciocínios lógicos. Na hermenêutica jurídica existe uma distinção entre lógica interna (lógica formal, estudo do texto) e lógica externa (modernamente lógica do razoável), razões sociais da criação da norma jurídica. A lógica formal imobiliza o direito, pois considera apenas os elementos fornecidos na lei, não levando em conta os fatos sociais. Ex. Código de Processo Civil. A lógica externa completa o sentido da lei, sem contrariá-la, guiando-se pelos fatos sociais. Busca-se a “ratio legis”. É a chamada lógica do razoável, que afirma não serem os métodos de lógica matemática aplicáveis às ciências humanas. Cf. **SICHES (1972)**. Com isso, a interpretação do direito seria circunstancial, dependente das condições e das necessidades sentidas por aquela sociedade naquele tempo. Em outras palavras, a interpretação do direito deve levar em conta a finalidade da norma. A interpretação lógica nesses termos confunde-se sobremaneira com o método de interpretação sociológico que pleiteia também buscar a finalidade social da lei.

Na Interpretação sistemática, considera-se o sistema em que está inserido a norma, relacionando-a com outras, relativas ao mesmo objeto.⁸⁶ O elemento sistêmico opera utilizando-se do processo gramatical e lógico. Parte da idéia de unicidade do sistema, onde além de unidade há hierarquia das normas. Nesse sentido, é uma grande imprudência a

⁸⁵ **COELHO (1981: 208)**: “Na interpretação filológica levam-se em conta os elementos propriamente gramaticais – o significado semântico das palavras da norma – e os elementos lógicos, o significado contexto em que as palavras estão inseridas nos usos lingüístico da comunidade”

⁸⁶ **COELHO (1981: 215)**: “Consiste a chamada interpretação sistemática, simplesmente em considerar o preceito jurídico interpretando como parte de um sistema normativo mais amplo que o envolve”.

interpretação pautada em um único dispositivo normativo. Quem realiza a operação sem a respectiva idéia de sistema chegará certamente a proposições jurídicas falsas⁸⁷.

Na interpretação histórica, parte-se da idéia de que o direito se vincula ou insere na história. Desse modo, muitas vezes, para se conhecer o sentido da norma é necessário conhecer a sua origem. Para saber a “*ratio legis*” é importante conhecer a “*occasio legis*”.

Pois bem, segundo **CARVALHO (2005: 101)**, partindo, inicialmente, do pressuposto de ser o direito positivo uma camada lingüística, exposto em enunciados prescritivos, a consequência seria de a interpretação do direito pode ser feita a partir de um sistema de linguagem. Esse conhecimento, o da linguagem, compreende-se na investigação de três planos: a sintaxe, a semântica e a pragmática.

O plano sintático compreende a análise do relacionamento que os símbolos mantêm entre si, sem qualquer incursão aos aspectos exteriores ao sistema. O semântico compreende as ligações dos símbolos com os objetos significados. O pragmático é a forma como os “utentes” empregam em discursos para motivar comportamentos. “Interpretar o discurso prescritivo do direito é percorrer esses planos, compondo a significação adequada do produto legislado”. Cf. **CARVALHO (2005: 102)**.

Associando os planos da linguagem aos métodos de interpretação, o mencionado autor diz que os métodos literal e lógico estão no plano sintático, os métodos histórico e teleológico influem tanto no plano semântico quanto no pragmático, enquanto o

⁸⁷ Como já dito, página 28, o direito não pode ser interpretado em tiras.

sistêmico envolve os três planos, por isso ele é o mais completo, porquanto, pressupõe os anteriores.

Pois bem, para análise do instituto da razoável duração do processo, especialmente visando o seu desenvolvimento e efetividade, imprescindível descortinar seu sentido e alcance através da utilização de todos os métodos de interpretação.

Sobre a ótica da interpretação literal, o enunciado normativo ganha contornos difíceis de serem solucionados, porquanto, a primeira pergunta que se pode fazer da análise interpretativa do dispositivo é: o que é razoável duração?. Por isso, por conter um termo vago, não poder ser dado com precisão⁸⁸ o sentido e o alcance da norma a partir de uma interpretação gramatical do texto da norma⁸⁹.

Parte-se então para utilização do método lógico de interpretação do dispositivo. Não a lógica matemática, mas sim a lógica do razoável. Busca-se saber quais são as circunstâncias, ou âmbito circunstancial de aplicação do dispositivo. No caso brasileiro, é de fácil constatação que a norma *in abstracto* vem como um reclamo, com eficácia jurídica, contra a morosidade. Assim, é uma norma que ganha fundamentalidade no ordenamento

⁸⁸ **SCATERZZINI (2005: 42):** “Evidentemente, ao examinar a expressão duração razoável, quando contida na norma, ela se reveste de identificação para realidade a que a norma se refere, não oferecendo margem de liberdade para o juiz; a imprecisão reside em momento anterior, na própria elaboração da norma, quando o legislador se vale do mesmo conceito para espelhar realidades distintas. Contudo, há sempre um conteúdo mínimo do que seja “razoável”.

⁸⁹ Para Houaiss, há seis acepções para esse adjetivo de dois gêneros: a) logicamente plausível; racional, como uma dedução; b) o aceitável pela razão; racional, quando, por exemplo, consideram-se as exigências feitas; c) que age de forma racional, que tem bom senso; sensato, como uma pessoa razoável; d) o que é justo e compreensível por se basear em razões sólidas, como um julgamento, uma decisão razoáveis; e) não excessivo; moderado, módico, como os preços assim reputados; e f) que é bom, mas não excelente; aceitável, suficiente, bastante, como um vinho de qualidade razoável, um salário razoável. Aurélio admite cinco significados ao termo: a) conforme a razão, racional; b) moderado, comedido - como um preço razoável; c) acima de medíocre, aceitável, regular - uma atuação razoável; d) justo, legítimo -uma queixa razoável; e e) ponderado, sensato.

jurídico brasileiro, de modo que todos devem estar atentos a sua aplicação. Nesse sentido, o intérprete a aplicador do texto constitucional deve tentar maximizar a aplicação do instituto que impõe um processo sem dilações indevidas.

Numa análise histórica, importante para a duração razoável do processo, questiona-se qual a *ratio legis*. No caso brasileiro, a razão da lei, seu fato gerador, advém da situação de morosidade extremada porque passa o processo judicial no Brasil.

Com essas considerações sobre os processos de interpretação, vê-se que uma dos grandes problemas do preceito da garantia da duração razoável do processo reside em saber o sentido e o alcance do signo razoável.

Sintaticamente, trata-se o signo de um adjetivo que qualifica o substantivo processo. Semanticamente, o termo passa-nos a idéia de comedido, racional, nem bom, nem mal, mas aceitável⁹⁰. Pragmaticamente, o termo é utilizado como contraponto da morosidade processual. Em outras palavras, é razoável a duração do processo que não é moroso.

O termo, portanto, é indeterminado o que torna sua aplicação difícil, porquanto, existe uma enorme zona cinzenta, onde se encaixa como tempo razoável uma série de processos⁹¹.

⁹⁰ Cf. Dicionário da Língua Portuguesa Houaiss.

⁹¹ **MARINONI (2007: 28)**: “Duração razoável, como próprio nome indica, nada tem a ver com duração limitada a um prazo certo ou determinado. O direito à duração razoável do processo faz surgir ao juiz o dever de, respeitando os direitos de participação adequada do autor e do réu, dar a máxima celeridade ao processo, assim como não praticar ato dilatórios injustificados, sejam eles omissivos ou expressos”

Como parâmetro sugerido para a compreensão do termo, inclusive no utilizado no presente trabalho como sinônimo, entendo que a idéia de um processo sem dilações indevidas, apesar de ser indeterminada também, dá melhor entendimento de qual o sentido e o alcance da norma que estabelece uma razoável duração do processo⁹².

4.6.2. Rapidez versus certeza

É indiscutível que o processo exige algum tempo e que até mesmo por exigências lógicas e formais há uma necessidade de cadência dos atos processuais. Aliás “nenhum processo prescinde da dimensão temporal, ela é inerente a qualquer atividade humana” Cf. **PATTO (2005:101)**.

Segundo **CRUZ E TUCCI (1997: 14)**, o desenvolvimento do tempo do processo: “*resolve-se numa sucessão de determinações temporais, a permitir harmônica disposição dos fatos no âmbito do procedimento, regulando dessa forma o proceder rítmico do fenômeno, elemento de fundamental importância para organização do procedimento*”

Os preceitos do contraditório, necessidade de informar a parte contrária dos atos do processo, possibilitando seu pronunciamento em todos os atos e termos, da ampla defesa, que permite que a parte utilize de todos os meios de prova, do devido processo legal,

⁹² O termo é utilizado, com o propriedade, por José Rogério Cruz e Tucci, no seu livro Tempo e Processo, a partir da normatização contida no O artigo 14. 3, do Pacto Internacional sobre direitos civis e políticos.

que possibilita a utilização dos recursos disponíveis, da segurança jurídica, enfim, requerem tempo e tempo razoável para sua concretização⁹³.

Desta forma, uma premissa argumentativa que precisa ficar clara é a de que duração razoável do processo é diferente de rapidez do processo. O processo, por essência, não pode ser rápido. A rapidez pode lesionar várias garantias processuais intransponíveis como o contraditório e a ampla defesa.

Corroborando este pensamento, **CANOTILHO (2006: 499)**:

“Note-se que o processo sem dilações indevidas, ou seja, de uma proteção judicial em tempo adequado, não significa necessariamente “justiça acelerada”. A aceleração da proteção jurídica que se traduza em diminuição de garantias processuais e materiais (prazo de recurso, supressão de instancias) pode conduzir a uma justiça pronta mas materialmente injusta”

Ademais, serve de parâmetro a exortação de **Carnelluti apud CRUZ E**

TUCCI (1997: 27)

“a semente da verdade necessita, às vezes, de anos, ou mesmo séculos, para tornar-se espiga (*veritas filia temporis*).... O processo dura; não se pode fazer tudo de uma única vez. É imprescindível ter paciência. Semeia-se, como faz o camponês; e é preciso esperar para colher-se. Ao lado da exigência de atenção, coloca-se a paciência entre as virtudes inafastáveis do juiz e das partes. Infelizmente estas são impacientes por definição; impacientes como os dentes, visto que também sofrem. Um das tarefas dos defensores é aquela de inspirar-lhes paciência. O *slogan* da justiça rápida e segura, que anda na boca dos políticos inexperientes, contém, lamentavelmente, uma contradição *in adiecto*: se a justiça é segura não é rápida, se é rápida não é segura.

⁹³ **ALARCÓN (2005:35)**: “A razoabilidade e, também, a proporcionalidade, como princípios norteadores da atuação estatal, aliás, decorrentes do aspecto material ou substancial da cláusula do devido processo legal, permitem asseverar que o prazo não pode ser tão extenso que proteja a necessária prestação, como igualmente não pode ser tão exíguo que comprometa o contraditório ou a ampla defesa, ou mesmo, a satisfação do direito”

Com isso, a interpretação do elemento tempo razoável deve ser sistêmica, de modo a conjugá-lo com outros preceitos de igual fundamentalidade como devido processo legal, contraditório, ampla defesa e segurança jurídica.

Corroborando este idéia, **CRUZ E TUCCI (1997: 27):**

“É isso, porque o processo judiciário (de cognição), como instrumento de composição da lide (em âmbito extrapenal) ou resolutório de conflitos de alta relevância social (no campo penal), reclama, em homenagem a um elementar postulado da segurança jurídica, o respeito a uma série de garantias das partes (*due processo of law* em senso processual), cuja inobservância se faz incompatível com a precipitação”

E complementa o autor (1997: 28) com um brocárdio em latim: **“Omnia tempus habent (tudo tem seu tempo)!**

Perceba que a idéia deve ser repisada, porquanto, é possível que o legislador no afã de resolver o problema da celeridade, crie mecanismos que atropelem o processo, criando embaraço ao postulado do devido processo legal. Nessas hipóteses haverá flagrante inconstitucionalidade.

4.6.3. Critérios de análise de um processo com tempo razoável

Uma importante premissa a ser firmada é a de que a análise da razoabilidade do processo só pode se feita a partir do caso concreto⁹⁴. Não há como se estabelecer, *a priori*, critérios abstratos do que é um processo razoável. É esse o entendimento

⁹⁴ Cf. VIANA (2006: 65).

de diversos Tribunais Constitucionais Internacionais, a exemplo da Suprema Corte Americana, do Tribunal Constitucional da Itália e da Espanha, já mencionados.

Representando esse pensamento, colaciona-se julgado do Tribunal Constitucional da Espanha⁹⁵, em 1985, citado por **CRUZ E TUCCI (1997: 76)**:

“O artigo 24.2. não constitucionalizou o direito aos prazos, na verdade, constitucionalizou, configurado como um direito fundamental, o direito de toda pessoa a que sua causa seja resolvida dentro de um prazo razoável... Este conceito (o de processo sem dilações indevidas, ou em um tempo razoável) é indeterminado ou aberto, que deve ser dotado de um conteúdo concreto em cada caso, atendendo a critérios objetivos congruentes com seu enunciado genérico, como já ficou deliberado na precedente sentença de 14 de março de 1984”

No entanto, é possível termos parâmetros para aferir a razoabilidade do processo.

Para se constatar a existência de dilações indevidas é possível trabalhar com parâmetros como a complexidade do assunto. Por exemplo, no processo penal, a apuração de crimes de natureza fiscal e econômica exige, normalmente, diligências, perícias, etc, que demandam tempo. Nesse caso, o prazo será diferente do que naquele de uma demanda de massa, repetida, como exemplo, das ações que envolvem tributos ilegais. O comportamento dos litigantes também é um parâmetro de análise, isto porque, a utilização, por exemplo, de recursos protelatórios gera certamente um retardo no fornecimento da prestação jurisdicional. Por fim, a atuação do órgão jurisdicional é um componente que pode ser perquirido quando da verificação de dilações indevidas.

⁹⁵ No livro, não há as referências do julgado.

Dentro desse raciocínio, um parâmetro objetivo que incidi diretamente sobre o órgão jurisdicional está centrado nos prazos processuais legais.

TORNAGHI (1976: 57/58), escreve que:

“a melhor maneira de acelerar o processo sem atropelá-lo, conciliando rapidez com justiça, consiste na fixação de tempo para a prática de cada ato. A marcação de prazos não é apenas resultado da conveniência, é efeito da necessidade de harmonizar a justiça e a economia, a segurança e a rapidez. Quer a lei que o processo seja ordenado, mas sem retardamento e sem gastos excessivos, de modo a obter-se uma sentença justa com o máximo de garantia e o mínimo de esforço. Permitir que os atos processuais se pratiquem sem prazo marcado será correr o risco de eternizar os litígios”

Por prazo processual entende-se o espaço de tempo que a lei regula para prática de determinado ato processual.

Como se verifica do conceito, é a lei que estabelece o prazo para prática do ato processual. Portanto, deve ser ela, além de minuciosa, atenta a realidade para estabelecer, com critérios seguros, qual é o prazo para prática daquele ato processual.

Os prazos processuais podem ser classificados em próprios ou impróprios. São próprios, os prazos processuais que geram a sanção da preclusão ou perda de oportunidade de praticar o ato processual⁹⁶. Tais prazos, fixados pelo Código de Processo Civil, em regra, não geram prejuízo para a aplicabilidade da duração razoável do processo⁹⁷. Isto porque, estão cientes as partes que se não praticarem o ato no prazo determinado

⁹⁶ “A preclusão temporal é a perda de uma faculdade ou direito processual não exercido dentro do termo, prazo ou momento próprio. É que se extingue, independente de declaração judicial, o direito de praticar o ato (art. 193, do CPC). Assim, se o ato não é praticado no prazo previsto, não poderá mais ser praticado. Nesta espécie, preclui, por exemplo, o direito de oferecer contestação fora do prazo fixado no artigo 297, do CPC, e de argüir nulidade relativa (art. 245, do CPC). (Cf. Rui Portanova, *Princípios do processo civil*, 2 tir., Porto Alegre, Editora Livraria do Advogado, 1997, p. 175)

⁹⁷ Na minha ótica há lesão a duração razoável do processo na concessão de prazos extremamente dilatados para a Fazenda Pública e o Ministério Público. Assim, penso não haver mais razão de ser para o benefício do prazo em quádruplo para contestar e em dobro para recorrer, previsto no art. 188, do CPC.

precluirá seu direito de praticá-lo. Assim, diante do temor da penalidade, as partes cumprem o prazo, é o caso, por exemplo, da interposição do recurso de apelação, que tem o prazo de 15 dias. Caso não seja interposto neste prazo, o recurso será declarado intempestivo, não sendo, portanto, sequer conhecido.

O problema maior está centrado nos prazos impróprios que são aqueles fixados no CPC para os juízes e auxiliares da justiça, sem qualquer norma sancionadora para o caso de descumprimento, a exemplo, do prazo do artigo 189 e 190, do CPC.⁹⁸

O não cumprimento destes prazos, como é notório, tem gerado problemas sérios na tempestividade da tutela jurisdicional. A realidade é que está no descumprimento dos prazos impróprios, boa parte da morosidade processual.

O caminho a ser seguido, sob o aspecto formal, então seria fazer valer os prazos estabelecidos no CPC, criando, sanções de ordem administrativa para aqueles que o descumprirem.

No plano teórico, a solução parece simplória. No entanto, partindo para análise prática, impor prazos extremamente exíguos ao Judiciário desaparelhado, sancionando os juízes e serventuários infratores, seria, na maioria das vezes, inconseqüente e inócuo.

⁹⁸ Art. 189. O juiz proferirá:

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

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

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

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

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

Parágrafo único. Ao receber os autos, certificará o serventuário o dia e a hora em que ficou ciente da ordem, referida no n^o II.

Uma proposta ligada aos prazos processuais, por nós ofertada, seria o legislador federal delegar ao legislador estadual o estabelecimento dos prazos processuais impróprios⁹⁹.

Com isso, caberia a cada Estado da Federação, analisando sua situação concreta de aparelhamento, quantidade de juízes, quantidade de processos, dentre outras coisas, estabelecer os prazos processuais, impondo também sanções administrativas para o caso de descumprimento. Seria uma aproximação da lei à realidade, que transformaria os prazos em verdadeiros referenciais a serem seguidos pelos membros do Judiciário.

É pensar na situação em que o Estado tem conhecimento da situação porque passa suas comarcas, de modo a adequar os prazos para cumprimento, levando em consideração critérios objetivos como número de juizes, funcionários, quantidade de processo, dentre outros. Nesse contexto, o Estado poderia cobrar o descumprimento de prazos previamente estabelecido.

Outro ponto de enorme problemática para a lentidão do processo, diz respeito à busca da prova.

A prática de atos processuais probatórios como audiência, perícias, inspeções judiciais, etc... além de demandarem uma atenção especial, requerem tempo para sua realização. Sem dúvida, sempre será um grande fator de retardo do fornecimento da prestação jurisdicional.

⁹⁹ Tal permissibilidade encontra amparo no texto constitucional (artigo 24, XI), porquanto trata-se de matéria de competência concorrente entre União, Estados e Distrito Federal.

Entretanto, o processo civil atualmente não permite que o juiz seja mero expectador do embate entre os litigantes. Não há mais espaço para dúvida entre imparcialidade e neutralidade do juiz. O juiz deve ser imparcial, sem interesse pessoal na causa e ativo, porquanto, exige-se que ele assegure a trajetória regular do processo, organizando a seqüência de atos e reprimindo o comportamento abusivo das partes.

Em termos, a produção de prova deve ficar restrita aos fatos probantes, as diligências, perícias, audiências, devem ser necessárias à elucidação da lide. O juiz, então deve assumir uma postura ativa no processo, produzindo provas necessárias e indeferindo o pedido de providências protelatórias.

Tal situação encontra amparo no artigo 130, do CPC¹⁰⁰, que prescreve a possibilidade do juiz em *work in progress*¹⁰¹, na busca pela verdade real, determina que o juiz deve, de ofício, buscar as provas necessárias e indeferir as diligências protelatórias.

Pois bem, da análise do dispositivo, percebe-se claramente que há uma grande liberdade ao magistrado na apreciação dos pleitos probatórios¹⁰² que, pode e deve se

¹⁰⁰ “Artigo 130 – Caberá ao juiz, de ofício ou a requerimento da parte, determinar as provas necessárias à instrução do processo indeferindo as diligências inúteis ou meramente protelatórias”.

¹⁰¹ O termo é utilizado no sistema do *civil law* para transparecer a idéia de que não há preclusão dos poderes instrutórios do juiz.

¹⁰² Importa ressaltar, no entanto, que tal liberdade instrutória não é absoluta. A norma que há limites claros para o juiz no indeferimento dos pedidos probatórios. Assim, o juiz ao indeferir a produção de uma prova tem que levar em consideração a quem incumbe o ônus da prova. A redação do artigo 130, do CPC leva o interprete a conclusão de que o juiz só pode indeferir a produção de provas se as entender excessivas, impertinentes ou protelatórias. Nesse sentido, julgado da Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça, prolatado nos autos do Recurso Especial nº 637547, em decisão unânime: “PROCESSUAL CIVIL. ART. 130 DO CPC. **PROVAS. VALORAÇÃO. INDEFERIMENTO IMOTIVADO DA REALIZAÇÃO DE PROVA. CERCEAMENTO DE DEFESA. REAPRECIÇÃO EM SEGUNDO GRAU DE JURISDIÇÃO. POSSIBILIDADE. TRATAMENTO IGUALITÁRIO ÀS PARTES NO PROCESSO.** 1. Ação de obrigação de fazer cominada com reparação de danos em que a parte autora postula, na fase instrutória, realização de **provas** pericial, **testemunhal** e documental. Indeferimento da realização das **provas** pelo juiz de primeira instância. Julgamento antecipado da lide, com entendimento de ser dispensável a realização das referidas **provas** por haver elementos suficientes para a solução da contenda. 2. Apelação provida para anular a sentença por julgar ter havido **cerceamento de defesa**. Retorno dos autos à fase de instrução. 3. Recurso especial menciona violação ao artigo 130 do CPC, com alegação de que as **provas** requeridas teriam caráter meramente protelatório, dispensáveis ao julgamento da causa, estando os autos devida e suficientemente instruídos. 4. Ao juízo de primeiro grau é conferida a direção do processo (artigos 125 e seguintes do CPC), cabendo a ele zelar por uma prestação jurisdicional não somente célere, mas também precisa, justa e eficaz. De igual modo, na concretização do princípio do duplo grau de jurisdição, é devolvida ao Tribunal toda a matéria para reapreciação, cabendo aos julgadores, inclusive, se for o caso, verificar se a instrução do processo, de fato, assegurou aos jurisdicionados a ampla defesa e o tratamento equânime. 5. No caso concreto, o Tribunal, ao reapreciar o processo, entendeu ter havido **cerceamento de defesa** pois a parte postulou a produção de **provas** que entendia imprescindíveis à demonstração de seu direito e o juízo de primeiro grau julgou o pedido improcedente sem

valer do dispositivo para comandar os atos processuais probatórios, distribuindo racionalmente o fator tempo no processo.

4.6.4. Efetividade e tempestividade como forma de tutela jurisdicional adequada

A jurisdição é a atividade estatal, fornecida pelo Estado-Juiz com o objetivo de pacificar os conflitos existentes, substituindo a vontade das partes. Com efeito, a jurisdição se realiza quando o Estado entrega ao jurisdicionado a chamada tutela jurisdicional. Em outras palavras, a função da jurisdição é preservar o direito material ameaçado, protegendo-o por meio de uma tutela jurisdicional efetiva.

MUNHOZ SOARES (2000, 123), sobre o tema leciona:

“Tutelar é conferir proteção. A tutela jurisdicional é prestada por meio do processo. Do ponto de vista de quem postula, é o resultado de um provimento favorável. Se este atende exatamente à necessidade da parte e lhe é ofertado em tempo útil, diz-se que a tutela jurisdicional foi plena. Do ponto de vista do demandado e do ordenamento como um todo, há que se aferir a observância do devido processo legal e das garantias constitucionais do processo e regras processuais decorrentes”.

proporcionar a dilação probatória requerida pela parte e sem justificar o indeferimento da realização das **provas**. 6. O indeferimento de realização de **provas**, possibilidade oferecida pelo art. 130 do CPC, não está ao livre arbítrio do juiz, devendo ocorrer apenas, e de forma motivada, quando forem dispensáveis e de caráter meramente protelatório. 7. Verificado, pela Corte revisional, o **cerceamento de defesa** pelo indeferimento da realização de **prova** requerida pela parte somada à insuficiência dos fundamentos de seu indeferimento, há de se reparar o erro, garantindo-se o constitucional direito à ampla defesa. 8. Ademais, in casu, o retorno à fase instrutória, para a produção das **provas** requeridas, em nada prejudicará a parte recorrente. Ao contrário, além de não ser ônus a ela imposto, pode, até mesmo, reforçar seu direito e esclarecer, de modo definitivo, a demanda, extirpando qualquer dúvida que eventualmente persista. 9. Se à parte compete indicar os motivos da realização da **prova**, ao julgador competirá motivar o indeferimento da mesma, sob pena de **cerceamento de defesa**. 10. Violação à lei federal não visualizada nos autos. 11. Recurso especial a que se nega provimento.

A tutela jurisdicional então é a proteção que o Estado confere através do devido processo legal, do contraditório, da ampla defesa, da duração razoável do processo e da satisfação dos direitos debatidos, tanto ao demandante quanto ao demandado.

Todavia, não basta tão somente que haja por parte do Estado a garantia formal de uma tutela jurisdicional. É necessário que crie mecanismos que tornem essa garantia adequada, eficiente, efetiva e tempestiva¹⁰³. Cf. **GUERRA (1999: 55)**.

Desta forma, as legislações processuais modernas devem criar procedimentos que forneçam tutela jurisdicional efetiva, adequada e tempestiva ao direito. O objetivo é criar mecanismos de tutela que permitam a racional distribuição do tempo do processo Cf. **MARINONI (2000: 20)**.

Da mesma forma, segundo **BEDAQUE (2006: 74)**: *“o processo, como instrumento de realização do direito material e dos valores sociais mais importantes deve proporcionar esse resultado com rapidez, sob pena de se tornar inútil”*.

Nesse sentido, visando dar efetividade a tutela jurisdicional, a doutrina propõe uma teorização sobre a tutela jurisdicional adequada.

Assim, seguindo a esteira constitucional do amplo acesso à Justiça, baseado no artigo 5º, XXXV, da Constituição Federal, com escol de vários processualistas brasileiros, restou criado o aprofundamento da tutela jurisdicional com a idéia de tutela adequada.

¹⁰³ A propósito, é a referência do artigo 20, da Constituição Portuguesa. Citada à pág. 71.

MARINONI (2000.21),

“A jurisdição deve realizar os fins do Estado e, inclusive, permitir a participação popular, através do processo, no poder. Por outro lado, o direito à adequada tutela jurisdicional e à efetividade da defesa são garantias de justiça do cidadão que descendem da Constituição”

NERY JÚNIOR (2004, 132), a exemplo, leciona que:

“pelo princípio constitucional do direito de ação, todos tem o direito de obter do Poder Judiciário a tutela jurisdicional adequada. Não é suficiente o direito à tutela jurisdicional. É preciso que essa tutela seja adequada, sem o que estaria vazio o sentido do princípio”.

“o fator cultural, principalmente nos países subdesenvolvidos, agrava de forma substancial o problema do acesso à Justiça, seja pelo fator de os cidadãos desconhecerem os seus direitos, seja, ainda, porque muitos não confiam nos advogados e no próprio Poder Judiciário. Além disso, a essa dificuldade pode somar-se a questão psicológica, inibindo, definitivamente, o acesso à Justiça”

A tutela jurisdicional adequada seria desse modo àquela que o Estado depende ao jurisdicionado, cumprindo adequadamente os objetivos pleiteados. É a entrega ao cidadão do provimento jurisdicional mais compatível à situação posta em conflito, com o intuito de resolver completamente a lide.

A idéia de tutela jurisdicional adequada parte da máxima chiovédiana de que o processo, através do Estado, deve dar tudo aquilo e exatamente que se pleiteia¹⁰⁴.

¹⁰⁴ “Il processo deve dare per quanto é possibile praticamente a chi há um diritto tutto quello e proprio quello ch’egli ha diritto conseguire” Tradução livre (O processo deve dar na medida do que é praticamente possível a quem tem direito tudo a aquilo e exatamente aquilo que ele tem direito de conseguir).

Por isso, não basta que haja apenas tutela jurisdicional, ou seja, não é suficiente que o Estado por meio da jurisdição estabeleça uma solução. É imprescindível que esta solução seja, de fato, adequada aos reclamos daquele que dela necessita.

O objetivo da chamada tutela jurisdicional adequada, diante desses argumentos, é o de fornecer aquela prestação jurisdicional que solucionará a lide no plano do direito material. Em outras palavras, dando essa conotação à tutela, o Estado pretende não só fornecer um caminho para solução, mas efetivamente solucionar o problema a ele colocado.

Pois bem, a tempestividade do processo também é ingrediente para a adequação da tutela. Um processo que tenha dilações indevidas não pode fornecer uma tutela adequada, isto porque, quanto mais distante do fato gerador da ação, proporcionalmente, a sentença proferida será mais fraca e ilusória.

Seguindo este raciocínio, **CANOTILHO (2006: 499)**, expõe:

“A proteção jurídica através dos Tribunais implica a garantia de uma proteção eficaz e temporalmente adequada.... ao demandante de uma proteção jurídica deve ser reconhecida a possibilidade de, em tempo útil (adequação temporal, justiça temporalmente adequada), obter uma sentença executória com força de caso julgado – a justiça tardia equivale a uma denegação de justiça”

Com esse mesmo entendimento, **Bilsa e Graña apud CRUZ E TUCCI (1997: 65)**, esclarecem:

“um julgamento tardio irá perdendo progressivamente seu sentido reparador, na medida em que se postergue o momento do reconhecimento judicial dos direitos; e transcorrido o tempo razoável para resolver a causa, qualquer solução será, de modo inexorável, injusta, por maior que seja o mérito científico do conteúdo da decisão”

Os comentários são a representação da idéia de que justiça tardia é justiça desmoralizada.

No mesmo sentido, **DINAMARCO (1987: 232):**

“o tempo é inimigo do processo e que contra ele, para evitar os males que pode causar, o juiz deve estar em estado de permanente guerra entrincheirada” e ainda, “à boa técnica processual incumbe o estabelecimento do desejado racional e justo equilíbrio entre as duas exigências opostas, para que não se comprometa a qualidade do resultado da jurisdição por falta de conhecimento suficiente, nem se neutralize a eficácia social dos resultados bem concebidos, por inoportunidade decorrente da demora”

Com isso, claro fica que para que de fato possa haver uma tutela jurisdicional adequada, deve ser a mesma prestada num prazo razoável, dentro de um processo sem dilações indevidas.

4.7.. DEVIDO PROCESSO LEGAL E OUTROS PRINCÍPIOS PROCESSUAIS

A análise do princípio da duração razoável necessita também de uma contextualização com outros princípios processuais constitucionais.

A primeira idéia que deve ser enfocada é a de que o princípio da duração razoável do processo, assim como todos os princípios processuais, tem seu ancoradouro maior no postulado do devido processo legal¹⁰⁵.

A cláusula do devido processo legal, para **DINAMARCO (2001: 181)**:
“prosegue sendo o repositório sintético de todas as garantias em particular, de modo que, não será legítimo, por violação a ela, o processo que não atenda a qualquer uma delas”

O preceito do devido processo legal, oriundo da expressão inglesa *due process of law*, está positivado no texto constitucional do artigo 5, LIV¹⁰⁶), como direito fundamental. Para **NERY JÚNIOR (2004: 60/61)** bastaria a existência do princípio do devido processo legal para que haja todas as conseqüências processuais que garantam aos

¹⁰⁵ Confirmando que o postulado da duração razoável do processo é consectário do devido processo legal, o STF assim se posicionou:

E M E N T A: HABEAS CORPUS - CRIME HEDIONDO - CLAMOR PÚBLICO - DECRETAÇÃO DE PRISÃO CAUTELAR - INADMISSIBILIDADE - PRISÃO CAUTELAR QUE SE PROLONGA DE MODO IRRAZOÁVEL - EXCESSO DE PRAZO IMPUTÁVEL AO PODER PÚBLICO - VIOLAÇÃO À GARANTIA CONSTITUCIONAL DO DUE PROCESS OF LAW - DIREITO QUE ASSISTE AO RÉU DE SER JULGADO DENTRO DE PRAZO ADEQUADO E RAZOÁVEL - PEDIDO DEFERIDO. A ACUSAÇÃO PENAL POR CRIME HEDIONDO NÃO JUSTIFICA A PRIVAÇÃO ARBITRÁRIA DA LIBERDADE DO RÉU. – O JULGAMENTO SEM DILAÇÕES INDEVIDAS CONSTITUI PROJEÇÃO DO PRINCÍPIO DO DEVIDO PROCESSO LEGAL. - O direito ao julgamento, sem dilações indevidas, qualifica-se como prerrogativa fundamental que decorre da garantia constitucional do "due process of law". O réu - especialmente aquele que se acha sujeito a medidas cautelares de privação da sua liberdade - tem o direito público subjetivo de ser julgado, pelo Poder Público, dentro de prazo razoável, sem demora excessiva e nem dilações indevidas. Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Art. 7º, ns. 5 e 6). Doutrina. Jurisprudência. - O excesso de prazo, quando exclusivamente imputável ao aparelho judiciário - não derivando, portanto, de qualquer fato procrastinatório causalmente atribuível ao réu - traduz situação anômala que compromete a efetividade do processo, pois, além de tornar evidente o desprezo estatal pela liberdade do cidadão, frustra um direito básico que assiste a qualquer pessoa: o direito à resolução do litígio, sem dilações indevidas e com todas as garantias reconhecidas pelo ordenamento constitucional.

(HC 80379 / SP - SÃO PAULO; HABEAS CORPUS; Relator(a): Min. CELSO DE MELLO; Julgamento: 18/12/2000; Órgão Julgador: Segunda Turma; Publicação: DJ 25-05-2001 PP-00011; EMENT VOL-02032-03 PP-00611

¹⁰⁶ “Ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”

litigantes um processo e uma sentença justa. Seria este princípio o gênero do qual todos os demais princípios são espécie¹⁰⁷.

A primeira vez que o preceito teria sido mencionado foi na Magna Charta de João Sem Terra, de 1215, que em seu texto, artigo 39, referiu-se à lei da terra, *law of the land*¹⁰⁸.

O termo *due processo of law* foi utilizado expressamente apenas na lei inglesa de 1354, no reinado de Eduardo III, denominada *Statute of Westminster of the Liberties of London*.

A Constituição Americana utilizou expressamente o termo na Emenda n 5, de 1791, estabelecendo que: “ninguém será privado da vida, da liberdade ou da propriedade sem o devido processo legal”

O devido processo legal pode ser visto sob um prisma genérico, de forma a abranger o “trinômio vida-liberdade-igualdade”, congregando, então, todos os direitos pertinentes a qualquer destes bens.

O princípio do devido processo legal exige que o processo seja julgado por um Tribunal competente, dentro das regras de bilateralidade, possibilidade de defesa, produção de provas, num tempo razoável. Trata-se de um princípio gerador de outros como,

¹⁰⁷ Apesar de interessante a idéia, não há espaço na realidade jurídica nem tampouco cultural do Brasil para se falar na existência de apenas um princípio mater como é o caso do devido processo legal, como é o caso também da dignidade da pessoa humana, da proporcionalidade, etc...

¹⁰⁸ “*That every freeman for every injury dono him in his goods, lands or person, by any other person, oughth to have justice na right for the injury dono to him freely without sale, fully, without any denial, and espedly without delay, acording the law of the land*”

juiz natural, contraditório, ampla defesa, etc...O princípio é sem dúvida o gerador da garantia da duração razoável do processo¹⁰⁹.

Com esse pensamento, **MANCUSO (2007: 271)**:

“É preciso também ter presente que a garantia do devido processo legal não se reduz à idéia-força “contraditório-ampla defesa), mas comporta sub-princípios também de extração constitucional, como presunção de inocência, a anterioridade da lei penal e retroação mais benéfica, a vedação de Tribunais de exceção, constituídos *post factum*, o juiz natural, a liberdade probatória, e, sobretudo, o tratamento isonômico entre as partes. Tudo temperado com o princípio da eficiência no serviço público (CF, art. 37) que incluiu a qualidade da prestação jurisdicional a quem dela necessite. Uma resposta judiciária de qualidade há de ser justa-jurídica-econômica-tempestiva e razoavelmente previsível”

O princípio do devido processo legal pode ainda ser visto sob dois outros ângulos: o material e o processual.

No seu aspecto material, o devido processo legal se manifesta em todos os campos do direito, estabelecendo limites ao Poder Estatal, por exemplo, através do princípio da legalidade, da autonomia da vontade, etc... O devido processo no sentido material foi apresentado pela Suprema Corte Norte-americana, ao estabelecer que o Poder Legislativo deveria atuar conforme o interesse público, elaborando leis que, portanto, compatibilizassem com o critério da razoabilidade (*reasonableness*) e racionalidade (*rationality*). Com ele, no entanto, abriu-se um amplo espaço para o Poder Judiciário examinar os atos do Poder Público (Legislativo e Executivo), redefinindo a noção de discricionariedade.

¹⁰⁹ Cf. **JÚNIOR (2005: 37)**: “Trata-se de uma aproximação como o ideal do processo justo que entre os constitucionalistas contemporâneos funciona como um aprimoramento da garantia do devido processo legal. Para merecer essa nomen jûris, a prestação jurisdicional, além de atender aos requisitos tradicionais – juiz natural, forma jurisdicional, contraditório e julgamento segundo a lei – têm de proporcionar a parte um resultado compatível com a afetividade e presteza”

No aspecto processual, o princípio restringe-se ao conhecimento prévio das “regras do jogo”: Com isso, são consectários deste preceito, os princípios da imparcialidade do juiz, possibilidade de apresentar e contrariar provas, de perguntar novamente às testemunhas e de defesa oral do réu perante o juiz; de haver uma clara fundamentação capaz de justificar a decisão por este adotada; ônus da prova; direito à audiência pública e julgamento pelo tribunal do júri, citação e conhecimento do teor da acusação, de um julgamento célere e público, de arrolamento e notificação das testemunhas, do contraditório, da irretroatividade da lei penal, de igualdade absoluta entre acusação e defesa, de não haver acusações baseadas em provas falsas, bem como de o rei poder valer-se do benefício contra a auto-incriminação.

Em liminar concedida nos autos da ADIN 1511-DF, o Ministro Carlos Velloso realiza a diferença desses dois aspectos:

“Due process of law, com conteúdo substantivo – substantive due process of law – constitui limite ao Legislativo, no sentido de que as leis devem ser elaboradas com justiça, devem ser dotadas de razoabilidade (reasonableness) e de racionalidade (rationality), devem guardar, segundo W Holmes, um real e substancial nexa com o objetivo que se quer atingir, Paralelamente, due process of law, com caráter processual – procedural due process of law – garante às pessoas um procedimento judicial justo, com direito de defesa.

Além do princípio do devido processo legal, matriz de onde derivaram todos os outros princípios processuais, há a necessidade de conjugar o postulado da duração razoável do processo com outros existentes no ordenamento jurídico.

Nesse sentido, o princípio da duração razoável não está isolado no sistema jurídico, existem outros que com ele o compõe. São os princípios constitucionais e processuais.

Como exemplo de princípios processuais, temos o da segurança jurídica, do contraditório da ampla defesa, da motivação das decisões judiciais.

Quanto tratamos da discussão sobre rapidez versus tempo razoável, informamos que o processo requer um tempo razoável para sua concretização com o intuito de preservar os princípios constitucionais em comento.

Por isso, o princípio constitucional implícito da segurança jurídica, que garante estabilidade, previsibilidade dos atos, dentre outras coisas, além de ser requisito do próprio direito, garante que o processo, sem atropelos, servirá ao seu objetivo que é a pacificação social. Não é útil para sociedade um processo rápido e inseguro.

Da mesma forma ocorre com o contraditório. O processo necessita bilateralidade dos atos. Nestes termos, o binômio (informação mais possibilidade de manifestação), é requisito indispensável, fator de legitimação democrática dos atos judiciais. Sem contraditório não há processo.

Seguindo esse raciocínio, **DIDIER JÚNIOR (2008: 45):**

“O contraditório é inerente ao processo. Trata-se de princípio que pode ser decomposto em duas garantias: participação (audiência, comunicação e ciência) e possibilidade de influência na decisão. Aplica-se o princípio do contraditório, derivado que é do devido processo legal, nos âmbitos jurisdicional, administrativo e negocial.

Democracia no processo recebe o nome de contraditório. Democracia é participação; e a participação no processo se opera pela efetivação da garantia do contraditório. O princípio do contraditório deve ser visto como manifestação do exercício democrático de um poder.

No mesmo sentido, **MARINONI (2000: 253)**:

“A participação no processo jurisdicional, portanto, está vinculada à idéia de efetividade do contraditório. A possibilidade de participação efetiva, de fato, encontra o seu pleno desenvolvimento no contraditório, entendido como o cruzamento das atividades mediante as quais cada uma das partes oferece a outra e ao juiz os dados, as idéias e as razões que crê melhor representem os seus próprios interesses e manifesta-se acerca de dados, da idéias e das razões proveniente das outras.

A ampla defesa também está alçada como garantia constitucional indispensável. Não existe devido processo legal, sem que seja assegurado as partes produzir as provas indispensáveis a sua defesa. Sem a garantia do postulado da ampla defesa temos apenas um arremedo de processo.

Ambos os postulados, contraditório e ampla defesa, como se sabe, exige no processo tempo, que não pode ser eliminado. Desse modo, há uma imperiosa necessidade de conjugar a duração razoável com tais princípios.

A motivação das decisões judiciais entra neste rol de princípios constitucionais correlatos. Isto porque, não se pode justificar, sob qualquer hipótese, um processo que contenha uma sentença sem a motivação adequada¹¹⁰. Tal vício, gera nulidade da decisão, por força do artigo 93, IX, da CF. O tempo razoável do processo não pode servir de justificativa para prolação de sentença imprestáveis. De se ressaltar que a motivação não é requisito apenas da sentença, isto porque, qualquer decisão que seja produzida no processo deve ter mesmo que de forma concisa fundamentação. Com a ressalva de que por força do

¹¹⁰ **SLAIBI FILHO (2002)**: “Da exigência de fundamentar a decisão, o que decorre do aspecto formal do princípio do devido processo legal, é que sobrevém o aspecto material, também denominado princípio da razoabilidade - não basta uma motivação, mas deve ela ser factível, razoável, verdadeira. Sem fundamentação explícita dos atos do Poder, não há como controlá-los”

postulado da motivação, o juiz não está obrigado a responder todos os questionamentos levantados pelas partes¹¹¹

Além dos princípios constitucionais, existem outros princípios, os processuais que conjugam-se com a duração razoável do processo. É o caso dos princípios da instrumentalidade, celeridade e economia processual.

Pelo princípio da instrumentalidade, o processo tem que ser veículo, instrumento, de efetivação dos direitos. A instrumentalidade está intrínseca a própria idéia de processo, uma vez que, ontologicamente falando, processo é meio, veículo, instrumento. No entanto, o alcance do princípio da instrumentalidade não está limitado a isto. Por força dele, há necessidade de transformar o processo também num instrumento profícuo, efetivo. Desta forma, o tempo, ou a tempestividade da tutela compõe o arcabouço de exigências do processo instrumental, efetivo.

A celeridade processual é o princípio que representava, no âmbito infraconstitucional, a duração razoável do processo.

Desse modo, explica **BERMUDES (2005: 11)**:

“É a celeridade da tramitação que alcança a duração razoável, ou seja, a duração necessária à conclusão do processo, sem prejuízo do direito das partes e terceiros de deduzirem suas pretensões, mas sem as delongas que retardem a prestação jurisdicional ou administrativa postulada”

¹¹¹ Cf. **POZZA (2006: 263)**: “Na sentença, o juiz deve apreciar todos os pedidos das partes, assim como eventuais questões preliminares tidas como prejudiciais de mérito. Isso não significa, todavia, que deva examinar todas as alegações das partes, pois a necessidade de ser completa a fundamentação da sentença não implica que o juiz deva apreciar minudentemente todas aquelas, até mesmo as sem nenhuma ou com pouca relevância. Importa é que o juiz decline as razões pelas quais chegou às suas conclusões”.

Economia processual traduz a essência de um processo sem dilações indevidas. Em decorrência deste princípio, não pode haver no processo atos inúteis, imprestáveis. Todos os atos processuais devem ter um objetivo específico, uma utilidade para o processo¹¹².

¹¹² Segundo **GRINOVER (2006: 35)**: “O princípio da economia preconiza o máximo de resultado na atuação do direito com o mínimo possível de atividades processuais”

5. DIAGNOSE NORMATIVA DO DIREITO À DURAÇÃO RAZOÁVEL DO PROCESSO

5.1. INSTRUMENTOS PROCESSUAIS. ART. 14 A 18 DO CPC.

Os artigos 14 a 18 do CPC trazem um verdadeiro tratado de probidade processual, porquanto impõe as partes e a todos aqueles que participam do processo um postulado de moralidade na postura processual.

No entanto, as normas citadas não têm um cunho meramente moral. São, com efeito, normas jurídicas, dotadas, portanto, dos caracteres da imperatividade e coercibilidade. Cf. **CAPPELLETTI (2001: 62)**.

Assim, não há espaço normativo de manobra para as partes decidirem se atuam ou não de acordo com os preceitos morais. São elas obrigadas a se pautarem pelos deveres impostos pelos dispositivos citados.

O artigo 14 do CPC, com redação dada pela Lei 10.358, de 27 de dezembro de 2001, exige que as partes exponham os fatos em juízo conforme a verdade, procedam com lealdade e boa-fé, não formulem pretensões, nem aleguem defesa, cientes que são destituídas de fundamento, não produzam provas, nem pratiquem atos inúteis ou desnecessários à declaração ou defesa do direito e cumpram com exatidão os provimentos

mandamentais, não criando embaraço à efetivação de provimentos judiciais, de natureza antecipatória ou final.

Como prova de que a norma em comento tem os caracteres próprios de uma norma jurídica, especialmente a presença de sanção, o parágrafo único do artigo estabelece uma pena de multa ao responsável, a ser fixada de acordo com a gravidade da conduta não superior a vinte por cento do valor da causa que se reverterá em favor da União ou do Estado.

A redação do dispositivo merece algumas críticas. Primeiro restringe a aplicação da multa ao descumprimento dos provimentos mandamentais, de natureza antecipatória ou final, deixando de fora todos os demais. Num segundo momento, por excluir da pena os advogados que no início se aplicava apenas aqueles que militam na iniciativa privada, mas que, por decisão do STF¹¹³, estendeu-se aos advogados públicos. Um terceira crítica, é a destinação da multa. A multa deveria ir para a parte, isto porque, ao aplicá-la contra entes pertencentes ao quadro da administração pública direta ou indireta, ou termos a confusão, onde credor e devedor são a mesma pessoa, ou termos um total desinteresse da Fazenda executar dívida de outros entes que compõe seu quadro. Em termos, por esses fatores a norma moralizadora tem seu papel diminuído.

¹¹³ EMENTA: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. IMPUGNAÇÃO AO PARÁGRAFO ÚNICO DO ARTIGO 14 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL, NA REDAÇÃO DADA PELA LEI 10358/2001. PROCEDÊNCIA DO PEDIDO. 1. Impugnação ao parágrafo único do artigo 14 do Código de Processo Civil, na parte em que ressalva "os advogados que se sujeitam exclusivamente aos estatutos da OAB" da imposição de multa por obstrução à Justiça. Discriminação em relação aos advogados vinculados a entes estatais, que estão submetidos a regime estatutário próprio da entidade. Violação ao princípio da isonomia e ao da inviolabilidade no exercício da profissão. Interpretação adequada, para afastar o injustificado discrimen. 2. Ação Direta de Inconstitucionalidade julgada procedente para, sem redução de texto, dar interpretação ao parágrafo único do artigo 14 do Código de Processo Civil conforme a Constituição Federal e declarar que a ressalva contida na parte inicial desse artigo alcança todos os advogados, com esse título atuando em juízo, independentemente de estarem sujeitos também a outros regimes jurídicos. (ADI 2652 / DF - DISTRITO FEDERAL; AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE Relator(a): Min. MAURÍCIO CORRÊA; Julgamento: 08/05/2003; Órgão Julgador: Tribunal Pleno Publicação DJ 14-11-2003 PP-00012 EMENT VOL-02132-13 PP-02491

Entretanto, mesmo com essas críticas, a normatização das posturas processuais tem um papel importante para o aprimoramento do processo judicial. É, sem maiores questionamentos, uma norma fundamental para o desenvolvimento regular do processo civil.

O artigo 14 do CPC é aprofundado pelos artigos 17 e 18, que estabelecem os casos em que as partes, autor e réu, e intervenientes respondem por litigância de má-fé¹¹⁴. Considera o dispositivo litigante de má-fé aquele que deduzir pretensão ou defesa contra texto expresso de lei ou fato incontroverso, alterar a verdade dos fatos, usar do processo para conseguir objetivo ilegal, opuser resistência injustificada ao andamento do processo, proceder de modo temerário em qualquer incidente ou ato do processo, provocar incidentes manifestamente infundados, interpuser recurso com intuito manifestamente protelatório.

Da redação do dispositivo, percebe-se claramente a preocupação do legislador com o fator tempo do processo. Diretamente, quando caracteriza como litigante de má-fé aquele que opõe resistência injustificada ao andamento do processo, quando se refere ao andamento, leia-se regular desenvolvimento dos atos processuais. Indiretamente, o legislador também demonstra sua preocupação quando proíbe a utilização de incidentes manifestamente infundados, recursos com intuito manifestamente protelatório.

Para o litigante de má-fé, o artigo 18, alterado pela Lei 9.668/98, possibilita a aplicação de uma pena de multa, não excedente a um por cento, além de uma indenização à parte contrária dos prejuízos que sofreu, acrescida dos honorários advocatícios

¹¹⁴ Observe que os artigos 16 a 18 restringem-se a postura das partes (autor, réu e intervenientes), enquanto, o artigo 14 é mais abrangente impondo posturas a todos aqueles que de qualquer forma participam do processo.

e todas as despesas que efetuou, podendo o valor ser fixado, desde logo, em quantia não superior a 20% (vinte por cento) do valor da causa.

O perfil panorâmico dos instrumentos de repressão a imoralidade processual se demonstra, com algumas considerações, claro, objetivo e pronto para sua aplicação prática. Contudo, o Judiciário ainda os aplica com muita timidez. São raros os casos em que as partes são consideradas como litigantes de má-fé e, ressalte-se, ainda mais raros a aplicação da multa e quase inexistente as hipóteses dos coadjuvantes processuais condenados.

Com isso, temos uma disposição normativa de grande valia para o aceleramento do processo, sem aplicação total na prática. A repressão às posturas do litigante de má-fé que, na maioria das vezes, é o litigante habitual, gera um aceleramento processual e faz com que o processo não tenha dilações indevidas.

Desta forma, a aplicabilidade dos preceitos contidos nos artigos 14 e seguintes do CPC traz instrumentos infraconstitucionais que, aplicados, efetivam a garantia da duração razoável do processo¹¹⁵.

¹¹⁵ Com esse pensamento **DONINI (2006)**: “Haverá, assim, ao menos três hipóteses de violação no âmbito judicial às quais se deve atentar: Se a demora é ocasionada por uma das partes, o juiz deverá, coercitivamente, impedir sua conduta e puni-la, com base na aplicabilidade imediata do *direito fundamental à duração razoável do processo*, a despeito das disfuncionalidades do sistema jurídico (recursos infundáveis, iníquo sistema de precatórios, falta de estrutura das serventias etc)”;

5.2. ARTIGO 285-A DO CPC.

Uma das grandes novidades das reformas processuais, pós EC 45, é a criação do artigo 285-A do CPC. Ainda muito combatido por parte da classe jurídica¹¹⁶, o dispositivo, a meu ver, representa como o legislador pode contribuir, criativamente, para o aprimoramento da distribuição dos fatores processuais, tempo e segurança jurídica.

O dispositivo, incluído pela Lei 11.277, de 2006, estabelece que quando a matéria controvertida for unicamente de direito e no juízo já houver sido proferida sentença de total improcedência em outros casos idênticos, poderá ser dispensada a citação e proferida sentença, reproduzindo-se o teor da anteriormente prolatada.

A primeira crítica, na minha concepção, infundada, que se levantou contra a alteração foi a de que a norma afrontaria o princípio do contraditório. A tese não merece ser acatada, porquanto, o contraditório foi visto pelo legislador sob o aspecto

¹¹⁶ O Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil ajuizou ação direta de inconstitucionalidade, ADIN nº 3.695-5, que foi distribuída em 29.03.06 ao Ministro Cezar Peluso. O argumento utilizado no petitório é de que o art. 285-A ostentaria mácula aos seguintes princípios constitucionais: igualdade, segurança, acesso à justiça, devido processo legal e contraditório. O relator não concedeu a liminar pleiteada, determinando a colheita de informações ao Presidente da República e ao Congresso Nacional, abrindo, ainda, vistas por cinco dias ao Advogado-Geral da União e ao Procurador-Geral da República, sucessivamente. No processo o Instituto Brasileiro de Direito Processual pleiteou seu ingresso no feito na qualidade de *amicus curiae*, ostentando seu posicionamento pela constitucionalidade do art. 285-A. A ADIn, até o presente momento, não foi julgada. No entanto, já há em diversos Tribunais diversos julgados reconhecendo a constitucionalidade do art. 285-A. Nesse sentido: TRF-1ª Região – 7ª Turma – AMS nº 200638000341614/MG – Rel. Des. Luciano Tolentino Amaral – j. 02.05.07; TRF- 1ª Região – 1ª Turma – AC nº 200638010005180/MG – Rel. Des. José Amílcar Machado – j. 19.03.07; TRF-3ª Região – Turma Suplementar da 2ª Seção – AMS nº 41539/SP – Rel. Juiz Souza Ribeiro – j. 29.03.07; TRF-5ª Região – 3ª Turma – AC nº 397416/SE – Rel. Des. Ridalvo Costa – j. 01.03.07 e TRF-5ª Região – 4ª Turma – AC nº 358361/RN – Rel. Des. Ivan Lira de Carvalho – j. 06.02.07.

material¹¹⁷. Não há necessidade de se escutar a parte adversa quando o juiz entende que o pleito autoral não merece acolhida. Qual o prejuízo que a parte demandada pode ter com uma ação que foi julgada totalmente improcedente?. Observe que o legislador foi prudente ao utilizar a expressão “total improcedência” no texto do artigo. Na análise do dispositivo, claro fica que não há lesão ao preceito contraditório.

Outro ponto para reforçar o argumento de que não há lesão ao contraditório está centrado na exigência da matéria ser exclusivamente de direito. Ora, se não há a necessidade de dilação probatória, a matéria pode ser debatida pela parte ré nas contrarrazões de num eventual recurso de apelação da parte autora.

O fato é que o legislador ao criar o dispositivo foi providente. Apegou-se a situações que ocorriam e ocorrem corriqueiramente na Justiça Federal e nas Varas da Fazenda Pública, cujo mote de trabalho envolve litígios unicamente de direito, com sentenças de improcedência já prolatadas. Evita o dispositivo que haja um jogo de cena, em que a Fazenda utiliza o prazo diferenciado de 60 (sessenta) dias para contestar, sabendo que o Juiz tem um posicionamento a ela favorável.

A eliminação do prazo para a contestação, com a aplicação do artigo 285-A, demonstra a preocupação do legislador com um processo sem dilações indevidas.

A alteração, mesmo que pontual, importa em concretização do preceito da duração razoável do processo.

¹¹⁷ **LUCON (2007: 380):** “Ao contrário do que possa parecer, o contraditório não é violado com esse novo dispositivo, já que é ele apenas diferido para o caso de o autor apelar. Mais ainda: há a possibilidade de o juiz se retratar da sentença proferida, reconsiderando a sua decisão e determinando de imediato a citação do demandado. É o que se verifica da redação dos §§ 1º e 2º do art. 285-A”

5.3. NOVA SISTEMÁTICA DA EXECUÇÃO

As alterações legais sofridas desde 2002 no processo de execução demonstram claramente a preocupação do legislador com a efetividade e o tempo do processo.

A Lei 10.444, de 07 de maio de 2002, é um marco, porquanto com a alteração do § 5^{o118}, do artigo 461 do CPC e a criação do artigo 461-A, consolidou o que os autores processuais modernos denominaram de sincretismo entre processo de conhecimento e processo de execução.

Com a alteração criou-se um processo único, conhecimento e execução nas hipóteses em que a sentença impusesse obrigações de fazer, não fazer, entrega de coisa certa e incerta.

Todavia, a tese não era nova, posto que, já em 1994, com a criação da antecipação dos efeitos da tutela geral, previsto no artigo 273, do CPC, já havia se estabelecido um processo sincrético, em que se misturavam cognição e execução. No entanto, a Lei de 2002 tornou-se um marco, uma vez que quebrou, definitivamente, o paradigma que separava o processo de execução, autônomo, do processo de conhecimento. Com ela, deixou

¹¹⁸ § 5º Para a efetivação da tutela específica ou a obtenção do resultado prático equivalente, poderá o juiz, de ofício ou a requerimento, determinar as medidas necessárias, tais como a imposição de multa por tempo de atraso, busca e apreensão, remoção de pessoas e coisas, desfazimento de obras e impedimento de atividade nociva, se necessário com requisição de força policial

claro o legislador sua opção pela efetividade e não pela forma. O processo passou a buscar os resultados.

Apesar da doutrina e da jurisprudência¹¹⁹ posicionar-se visivelmente pela busca da efetividade através do sincretismo processual, o cotidiano forense foi a reboque das mudanças, demorando assimilar a desnecessidade do processo de execução autônomo da obrigação de fazer, não fazer, entrega de coisa certa e incerta.

Dando prosseguimento ao conjunto de reformas do CPC, com o fito de aprimorar o processo civil a realidade que impõe a efetividade e celeridade do processo, o legislador trouxe à lume duas importantes alterações na sistemática da execução.

Em 22 de dezembro de 2005, foi publicada a Lei 11.232, que entrou em vigor no dia 22 de junho de 2006. A lei trouxe uma série de mudanças, a mais importante, consolidou o preceito do sincretismo processual entre cognição e execução, buscando a efetividade e a celeridade do processo¹²⁰.

¹¹⁹ Nesse sentido, “EMBARGOS À EXECUÇÃO. OBRIGAÇÃO DE FAZER. Trata-se de embargos à execução de sentença que determinou à CEF a obrigação de corrigir os depósitos das contas do FGTS com índices de atualização plena. Com os embargos, pretende alterar os índices estabelecidos pela sentença com apoio na redação atual do art. 741, II, parágrafo único, do CPC (com a redação introduzida pela MP n. 2.180-35/2001). Ressaltou a Min. Relatora que, com o advento da Lei n. 10.444/2002, as decisões judiciais que impõem obrigação de fazer e não-fazer passaram a ter execução imediata e de ofício, aplicando-se o art. 644 c/c o art. 461 (com a redação da citada lei), ambos do CPC. Assim, se a nova sistemática dispensou o processo de execução como processo autônomo, conseqüentemente dispensou os embargos, ressalta a Min. Relatora, pois esses funcionam como uma espécie de contestação ou resposta do executado. Isso posto, a Turma negou provimento ao recurso, considerando correta a extinção do processo sem julgamento do mérito por ausência de pressuposto de constituição e desenvolvimento regular do processo (art. 267, IV c/c § 3º, do CPC). Precedente citado: REsp 595.950-MG, DJ 13/12/2004. REsp 742.033-DF, **Rel. Min. Eliana Calmon, julgado em 2/8/2005**”.

¹²⁰ Com esse entendimento, **CÂMARA (2007: 89)**: “Esta é, sem sombra de dúvida, a parte mais importante da reforma empreendida no Código de Processo Civil pela Lei 11.232/05. Pode-se mesmo dizer que se trata do coração da reforma. Isto porque foi aqui que se operou a mais radical transformação feita até hoje não sistema inaugurado pelo Código de Processo Civil de 1973: transformou-se definitivamente a natureza da execução de sentença. Deixou ela de ser um processo autônomo e passou a ser uma fase complementar do mesmo processo em que a sentença foi proferida”. **MOREIRA (2007: 203)**: “a sistemática original viu-se modificada por leis sucessivas, que aboliram, total ou parcialmente, a distinção formal entre a seqüência de atos cognitivos e a seqüência de atos executivos, convertendo este em prosequimento daquela, praticamente sem solução de

A idéia ficou claramente representada nos diversos dispositivos alterados.

Já no artigo que trata da competência para o processamento da execução (artigo 475-P), o legislador relativiza a competência absoluta, permitindo que o exequente escolha o local em que será processada a execução (local dos bens expropriáveis ou domicílio atual do devedor).

Essa medida, como se vê, permite que a execução “flutue”, entre juízos, buscando a efetividade, satisfação do credor. A relativização da competência também retira a imposição da execução por carta quando o devedor não se encontra mais no domicílio de formação do título. E, como se sabe, a não utilização da carta precatória, certamente, reduz o tempo do processo.

Outra novidade trazida pela Lei 11.232 foi a imposição de *astreintes* legal (artigo 475-J), no percentual de 10% (dez por cento), nos casos de descumprimento da obrigação de pagar quantia certa. Apesar da deficiência técnica da redação do dispositivo que não deixa claro a partir de que momento (trânsito em julgado da decisão ou intimação para o cumprimento da sentença pessoal ou na pessoa do advogado) a pena vai incidir¹²¹. O fato é

continuidade. Tal evolução ocorreu, primeiro, nos casos de obrigação de fazer ou não fazer e nos de entrega de coisa, estendendo-se mais recentemente aos de obrigação pecuniária, por força da Lei n 11.232. O antigo processo de execução, consecutivo ao de conhecimento, perdeu a autonomia e transformou-se em mera fase de um processo “sincrético”:

¹²¹ Há autores que entende que o termo *a quo* se inicia com o trânsito em julgado da decisão ou do incidente de liquidação (Athos Gusmão Carneiro), outros entendem que o prazo começa a contar da intimação para o cumprimento dirigida ao advogado (Carreira Alvim, Nelson Nery Júnior, Cássio Scarpinella Bueno) e, por fim, há o entendimento, na qual me filio, que diz que o prazo tem sua contagem iniciada com a intimação pessoal do devedor (Alexandre Freitas Câmara). A Terceira Turma do STJ, nos autos do Recurso Especial n 954,859, à unanimidade assim se pronunciou: “LEI 11.232/2005. ARTIGO 475-J, CPC. CUMPRIMENTO DA SENTENÇA. MULTA. TERMO INICIAL. INTIMAÇÃO DA PARTE VENCIDA. DESNECESSIDADE.

que a cominação quebra um paradigma da jurisprudência pátria de impossibilidade da multa cominatória na obrigação de pagar¹²². A medida, portanto, tem um efeito benéfico tanto para a efetividade quanto para o tempo do processo, porquanto estimula, através da medida inibitória da multa, que o devedor cumpra a obrigação.

Na nova sistemática legal, também restou abolida a nomeação prévia de bens à penhora. O instituto, na prática, dava espaço para que o devedor fizesse tumulto processual, ao nomear bens sem valor de mercado, desobedecendo a ordem legal.

Na lei ainda há a previsão de nomeação de bens, no entanto, não se trata do primeiro passo, e quando aplicada (art. 657, c/c art. 600, IV, do CPC), se não for cumprida é apenada com multa fixada pelo juiz, em montante não superior a 20% (vinte por cento) do valor atualizado do débito em execução, sem prejuízo de outras sanções de natureza processual ou material, multa essa que reverterá em proveito do credor, exigível na própria execução. (art. 601, do CPC).

1. A intimação da sentença que condena ao pagamento de quantia certa consuma-se mediante publicação, pelos meios ordinários, a fim de que tenha início o prazo recursal. Desnecessária a intimação pessoal do devedor.

2. Transitada em julgado a sentença condenatória, não é necessário que a parte vencida, pessoalmente ou por seu advogado, seja intimada para cumpri-la.

3. Cabe ao vencido cumprir espontaneamente a obrigação, em quinze dias, sob pena de ver sua dívida automaticamente acrescida de 10%.

(REsp 954859 / RS RECURSO ESPECIAL 2007/0119225-2; Relator: Ministro Humberto Gomes de Barros; Data do Julgamento: 16/08/2007; Data da Publicação/Fonte: DJ 27.08.2007 p. 252 REVJUR vol. 359 p. 117)

¹²² A meu sentir, sempre houve a possibilidade de cumulação de multa para obrigação de pagar, isto porque, não havia no CPC proibição legal. O entendimento dominante, no entanto, era no sentido de que para obrigação de pagar só seria possível a utilização de meios sub-rogatórios, já que o único procedimento regulamentado era aquela que assim estabelecia. A questão ganhou relevância quando do advento da antecipação de tutela geral do artigo 273. Nos casos em que o juiz concedia uma antecipação de tutela de obrigação de pagar, como no caso de pensão ressarcitória civil, prevista no artigo 730, do Código Civil, remeter o autor às vias sub-rogatórias antigas, com penhora, possibilidade de embargos com efeito suspensivo, etc... implicaria na inviabilidade a medida de urgência. Desta feita, alguns autores passaram a defender a possibilidade de meios coercitivos para o cumprimento da obrigação de pagar.

Como se observa da redação conjugada dos dispositivos, o legislador criativamente transformou um instituto que era extremamente maléfico para a efetividade do processo, porquanto era propulsor de várias dilações indevidas, num trunfo processual que pode ser utilizado nos casos em que não se consiga identificar os bens do devedor.

Outro dispositivo que merece análise está no § 5 do art. 475-J, que estabelece o arquivamento do processo quando o credor não requerer a execução no prazo de 6 meses. Apesar de aparentemente contraditória com a intimação de ofício, previsto no caput do artigo 475-J, a medida é benéfica para a instrumentalidade do processo, porquanto obriga o credor, na qualidade de maior interessado, a apresentar a planilha do débito atualizado, evitando que o processo seja remetido para um setor de cálculo, além de possibilitar ao credor indicar os bens do devedor passíveis de penhora, o que torna o procedimento de satisfação por expropriação mais simples. De toda sorte, a exigência de requerimento para o início da execução por sub-rogação tem efeitos benéficos para a marcha do procedimento executório.

Outra grande novidade da nova sistemática está na permissibilidade de intimação da penhora ou avaliação na pessoa do advogado, prevista no § 1º do art. 475-J. Como se sabe, a intimação do advogado é feita por meio de Diário Oficial, portanto, mais célere, mais econômica do que a intimação pessoal que é feita através de oficial de justiça. Pois bem, com a modificação legislativa, em regra, não haverá mais outro ponto de estrangulamento do processo que está contida nas intimações pessoais.

Uma das alterações de maior benefício para o aceleramento, em tese, do procedimento executório está na nova forma de defesa do executado. A Lei 11.232/2005 alterou a defesa no procedimento de cumprimento da sentença, criando o instituto da

impugnação e a Lei 11.382/2006 retirou a regra do efeito suspensivo dos embargos à execução.

A impugnação prevista no art. 475-L, do CPC, de certa forma, revolucionou o procedimento executório, porquanto, eliminou o instituto dos embargos à execução no procedimento de execução por título judicial, eliminando, por conseguinte, a necessidade de processo autônomo e a regra nefasta do efeito suspensivo necessário da execução.

Pelos contornos apresentados, a impugnação adquiriu contornos de contestação, semelhantes aos embargos monitórios, porquanto é uma defesa realizada dentro do próprio processo. O prazo para sua apresentação é de 15 dias, contados da intimação da penhora que ocorre na pessoa do advogado. Apesar de ter semelhante restrição de matéria, o legislador reformista trouxe uma novidade. Preocupado com as discussões sobre cálculos e atento que tais querelas, por vezes, iam parar nos setores contábeis dos juízos, o legislador exigiu, que nas execuções fundadas em excesso de execução, o executado deva declarar o valor que entende devido, sob pena de rejeição liminar da impugnação.

Como se observa, a preocupação do legislador foi a de evitar as chamadas impugnações genéricas, sem objetividade, que discutem o fundamento jurídico, sem trazer os valores respectivos. Evitando a prática deste instituto se reduz também o envio dos autos ao setor contábil, o que, em termo processuais, significa economia, celeridade, instrumentalidade, significa, em termos, um processo sem dilações indevidas.

A eliminação da regra do efeito suspensivo, prevista no revogado §1, do artigo 739, do CPC, também para a duração razoável do processo, foi uma medida de extrema importância.

A suspensão *ex lege* do processo, como é notório, causava para o processo de execução um retardo extremo, porquanto, bastava o executado ajuizar a petição de embargos à execução, dentro do prazo, que automaticamente o processo de execução estaria suspenso. A decisão de suspensão era efeito necessário do recebimento dos embargos. Com a suspensão, os atos executórios ficavam aguardando a resolução do processo de embargos. Assim, não era possível sequer realizar a discussão sobre o valor do bem penhorado. O fato é que, a suspensão do processo, sem a análise de qualquer elemento, criava uma enorme dilação indevida. O legislador reformista, então, com essa constatação, aboliu a regra do efeito suspensivo automático, tanto para a defesa por meio de impugnação no caso de cumprimento da sentença (art. 475-M, acrescentado pela Lei 11.232/2005) quanto para a defesa por meio de embargos na execução por título extrajudicial (art. 739-A, acrescentado pela Lei n 11.382/2006).

Portanto, atualmente, a atribuição de efeito suspensivo deve ser visto como exceção, só podendo ocorrer nos casos em que, a requerimento do executado, seja relevante o fundamento e o prosseguimento da execução possa causar grave dano de difícil ou incerta reparação e, no caso da execução por título extrajudicial, deve já existir a penhora, o depósito ou caução suficiente.

Com isso, criou o legislador uma espécie de antecipação de tutela do executado com requisitos semelhantes aos do §3, do art. 461, do CPC.

É, pois, desse modo, que deve ser encarada a atribuição de efeitos suspensivos, medida excepcional, pautada em elementos de urgência e relevância. Com ela, garante-se a dignidade do devedor que dispõe de meios para defesa em caso de execução injusta, mas também garante-se a afetividade do processo que elimina dilações claramente indevidas.

Na nova sistemática da execução, também merece destaque as alterações trazidas pela Lei 11.382/06. O referido diploma legal, continuação das reformas na execução, alterou diversos artigos, especialmente os que estão ligados à satisfação do credor. A maioria da doutrina, a cujo pensar me filio, entende que a Lei 11.382/06 foi a que efetivamente trouxe modificações significativas ao processo de execução. Para efeito do presente trabalho, que não tem a intenção de esgotar o debate, demonstraremos algumas alterações que tornaram o processo, leia-se, satisfação do credor, mais rápida. Cf **CARNEIRO (2007)**.

Já no artigo 647 do CPC, demonstra o legislador a preocupação em satisfazer o credor da forma mais célere possível, ao modificar a ordem de expropriação dos bens do devedor. A adjudicação passou a ser a primeira maneira de expropriação dos bens. Acabou-se com uma velha tese que estabelecia a necessidade de esgotar todos os meios de expropriação para permitir ao credor satisfazer-se através da adjudicação. A prioridade da adjudicação, sem dúvida, traz um aceleramento para satisfação do credor, porquanto permite que ele realize o seu crédito fora do Judiciário rapidamente. Evita-se com a adjudicação que o Estado realize a atividade atípica de venda dos bens penhorados.

Ainda com relação à expropriação, criou o legislador reformista a figura da alienação por iniciativa particular, regulada pelo artigo 685-C do CPC. Como segunda opção, a alienação por iniciativa particular exige um pequeno procedimento que consome tempo na satisfação do credor. No entanto, também é um meio eficaz e rápido, especialmente se for levado em consideração a flexibilidade prevista no §3, do artigo 685-C, que prevê a possibilidade dos Tribunais utilizarem ou permitirem a utilização de meios eletrônicos para a venda do bem.

Por fim, possibilitou o legislador, no artigo 689-A, que o instituto da hasta pública, acaso seja necessário sua utilização, seja substituído, a requerimento do exeqüente, por alienação realizada por meio da rede mundial de computadores, com uso de páginas virtuais criadas pelos tribunais ou por entidades públicas ou privadas em convênio com ele firmados. A medida adotada além de extremamente salutar ao tempo de satisfação do direito da parte é um aviso do legislador de que não está alheio as mudanças sociais.

5.4. TUTELAS COLETIVAS

Um dos grandes mecanismos de aceleração do processo já existente no ordenamento jurídicos brasileiro está centrado na tutela coletiva.

Mesmo antes do ingresso no ordenamento jurídico, em 1992¹²³, do postulado da duração razoável do processo, já existia no ordenamento jurídico brasileiro

¹²³ Como já dito, a EC 45/04 apenas constitucionalizou o direito que já estava incorporado ao ordenamento jurídico.

diplomas legais que buscavam a simplificação da resolução dos litígios, através da coletivização da tutela.

A idéia de tutela coletiva vem do pensamento já implementado na Europa pós segunda guerra de que existe a necessidade de criar instrumentos de defesa coletiva para a sociedade de massa que havia se criado. Trata-se da segunda onda de acesso à justiça, apregoada por **CAPELLETTI (1998)**.

Inspirado nessa concepção, já em 1985, antes, portanto, da Constituição de 1988, surge o primeiro texto legal a disciplinar o assunto. Entra em vigor a Lei 7347, de 24 de julho de 1985, que criou a chamada ação civil pública de responsabilidade por danos causados ao meio ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor estético, histórico, turístico e paisagístico. Nesse diploma, houve uma preocupação do legislador na defesa principalmente dos direitos difusos, aqueles que não tinham titularidade definida.

A Constituição de 1988, já inspirada nesse pensamento, reconhece também a defesa coletiva, a exemplo, do mandado de segurança coletivo, da ação popular, da legitimidade do Ministério Público, dentre outros.

Após a Constituição de 1988 surgem outros dispositivos que consolidam a defesa dos interesses transindividuais. É o caso da Lei 7.853, de 24 de outubro de 1989 que protege as pessoas portadoras de deficiência, do Estatuto da Criança e do Adolescente, Lei n 8.069, de 13 de julho de 1990, do Código de Defesa do Consumidor, Lei n 8.078, de 11 de setembro de 1990, Lei de improbidade administrativa, Lei n 8.429, de 02 de junho de 1992,

Lei 8.884, de 11 de junho de 1994 que regula a ordem econômica e Lei 10.741, de 01 de outubro de 2003, que protege os interesses das pessoas idosas.

Inspirado no sistema americano, o direito brasileiro dispõe hoje de dois mecanismos base de defesa coletiva: a Lei 7.347/85 e o CDC. Tais diplomas complementares geram um micro-sistema de proteção aos interesses coletivos¹²⁴.

Há, no entanto, já um anteprojeto do Código de Processo Civil Coletivo que, se aprovado, reuniria a defesa coletiva em um único diploma¹²⁵.

Com isso, conforme observou **MOREIRA (2002:345)**:

“O Brasil pode orgulhar-se de ter um das mais completas e avançadas legislações em matéria de proteção de interesses supraindividuais, de modo que, se ainda é insatisfatória a tutela de tais interesses, certamente, não é a carência de meios processuais que responde por isso”

A defesa coletiva pode ser realizada em três espécies de direitos ou interesses¹²⁶: difusos, coletivos e individuais homogêneos.¹²⁷ Segundo redação do artigo 81,

¹²⁴ A esse respeito observa **ZAVASCKI (2006: 39)**: “Formado todo esse cabedal normativo, não há como deixar de reconhecer, em nosso sistema processual, a existência de um subsistema específico, rico e sofisticado, aparelhado para atender aos conflitos coletivos, característicos da sociedade moderna”. É possível encontrar também esse entendimento na jurisprudência pátria”

“ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. AÇÃO CIVIL PÚBLICA.
(...)

8. A lei de improbidade administrativa, juntamente com a lei da ação civil pública, da ação popular, do mandado de segurança coletivo, do Código de Defesa do Consumidor e do Estatuto da Criança e do Adolescente e do Idoso, compõem um microsistema de tutela dos interesses transindividuais e sob esse enfoque interdisciplinar, interpenetram-se e subsidiam-se.

(...)

(Processo REsp 510150 / MA; RECURSO ESPECIAL 2003/0007895-7; Relator(a): Ministro LUIZ FUX; Órgão Julgador T1 - PRIMEIRA TURMA; Data do Julgamento: 17/02/2004; Data da Publicação/Fonte: DJ 29.03.2004 p. 173 RNDJ vol. 54 p. 112)

¹²⁵ Na realidade temos o anteprojeto elaborado pela Universidade de São Paulo – USP, sob a coordenação de Ada Pellegrini Grinover, temos ainda o elaborado em conjunto nos programas de pós-graduação da Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ) e da Universidade Estácio de Sá (UNESA). Há também um anteprojeto proposto por Antoni Gidi.

do CDC, são interesses ou direitos difusos, os transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato; são coletivos, os transindividuais, de natureza indivisível de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base; são interesses ou direitos individuais homogêneos, os decorrentes de origem comum¹²⁸.

Os dois primeiros direitos ou interesses (difusos e coletivos) são coletivos por essência e o último (individual homogêneo), apesar de individual por essência teve sua defesa coletivizada¹²⁹.

Comentando essa faceta dos direitos individuais homogêneos,

ZAVASCKI (2006: 55):

“O “coletivo, conseqüentemente, diz respeito apenas à roupagem, ao acidental, ou seja, ao modo como aqueles direitos podem ser tutelados. Na essência e por sua natureza, os direitos individuais homogêneos, embora tuteláveis coletivamente, não deixam de ser o que realmente são: genuínos direitos subjetivos individuais”

Além da defesa de interesse coletivos, criaram estes diplomas duas espécies de ação: ação civil pública e ação coletiva¹³⁰. A primeira, é aquela patrocinada pelo Ministério Público, ao passo que a segunda pode ser ajuizada por qualquer um dos demais

¹²⁶ **WATANABE (2001: 623):** “os termos interesse e direitos foram utilizados como sinônimo, certo é que, a partir do momento em que passam a ser amparados pelo direito, os interesses assumem o mesmo status de direitos, desaparecendo qualquer razão prática, e mesmo teórica, para a busca de uma diferenciação ontológica entre eles”

¹²⁷ Sobre a diferenciação entre ambos, conferir **ALVIM (2005:28/31)**, **NUNES (2005: 85/92)**.

¹²⁸ No anteprojeto de Ada Pellegrini, o tema é regulado pelo artigo 4, com a seguinte redação: “**Art. 4º Objeto da tutela coletiva** – A demanda coletiva será exercida para a tutela de: I – interesses ou direitos difusos, assim entendidos os transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato; II – interesses ou direitos coletivos, assim entendidos os transindividuais, de natureza indivisível, de que seja titular um grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas, entre si ou com a parte contrária, por uma relação jurídica base; III – interesses ou direitos individuais homogêneos, assim entendidos os decorrentes de origem comum.

¹²⁹ Em sentido contrário, é possível encontrar no STF arresto no RE n 163.321, afirmando que “Direitos ou interesses homogêneos são os que têm a mesma origem comum (art.81, III, da Lei 8.078, de 11.09.1990), constituindo em subespécie de direitos coletivos”

¹³⁰ Há autores que defendem a idéia que o termo pode ser utilizado como sinônimo.

titulares: União, Estados, Municípios e o Distrito Federal; entidades e órgãos da Administração Pública, direta ou indireta, ainda que sem personalidade jurídica; associações legalmente constituídas há pelo menos um ano e que incluam entre seus fins institucionais a defesa dos interesses e direitos protegidos pelo CDC. Há, também o pensamento que a ação civil pública seria aquela ajuizada com fundamento na Lei 7.347/85, ao passo que a ação coletiva seria aquela fundada no CDC.¹³¹

Os legitimados a propositura das respectivas ações são chamados de legitimados extraordinários e figuram no processo na qualidade de substitutos processuais, porquanto, agem em nome próprio na defesa de interesse alheio.

Esclarecendo o instituto da substituição processual, **ZAVASCKI (2006:76)**, leciona: *“tratando-se de direitos difusos ou coletivos (=sem titular determinado), a legitimação ativa é exercida, invariavelmente, em regime de substituição processual: o autor da ação defende, em nome próprio, direito que não é titular”*

Desde o início, a doutrina era pacífica no sentido de que no processo de conhecimento e no processo cautelar, os legitimados agiam por substituição processual. Havia, entretanto, uma dúvida quando se tratava na atuação do processo de execução. Entendia parte da doutrina e da jurisprudência que nessa fase atuava o legitimado como representante processual, o que implicaria na necessidade de autorização convencional.¹³²

¹³¹ Cf. **MAZZILLI (2004: 25)**: “Não errará quem disser: 1) que é ação civil pública qualquer ação movida com base na LACP (conceito legal); 2) que é ação coletiva qualquer ação movida com base nos artigos 81 e ss, do CDC (conceito legal); 3) que é ação civil pública qualquer ação não penal movida pelo Ministério Público (conceito lato ou doutrinário)” No mesmo sentido, **ZAVASCKI (2006: 64/65)**.

¹³² Comungando deste pensamento, **ZAVASCKI (2006: 200)**: “Obtida a sentença genérica de procedência na ação coletiva, cessa a legitimação extraordinária. A ação específica para seu cumprimento em que os danos serão liquidados e identificados os respectivos titulares, dependerá de iniciativa do próprio titular do direito lesado, que será, por conseguinte, representado e não substituído no processo”.

No entanto, em decisão recente, publicada no Informativo 431, do STF, o Supremo Tribunal Federal examinou a posição do legitimado extraordinário no processo de execução coletiva e, por maioria de votos, venceu a tese de que a Constituição prevê a substituição processual como meio de atuação do sindicato no tanto no processo de conhecimento como no de execução, vencidos os Ministros Nelson Jobim, Cezar Peluso, Eros Grau, Gilmar Mendes e Ellen Gracie¹³³.

Outra importante ferramenta disponibilizada pela tutela coletiva está nos efeitos da coisa julgada de sua decisão. Isto porque, nas ações coletivas, a sentença faz coisa julgada erga omnes, ou seja, vale para todos, exceto se o pedido for julgado improcedente por insuficiência de provas e ultra partes, além das partes, limitadamente apenas ao grupo, categoria ou classe.

Esta é a regra. Todavia, foram inseridas diversas restrições com relação a coisa julgada coletiva contra a Fazenda Pública, criando uma espécie de processo coletivo

¹³³ Concluído julgamento de uma série de recursos extraordinários nos quais se discutia sobre o âmbito de incidência do inciso III do art. 8º da CF/88 (“ao sindicato cabe a defesa dos direitos e interesses coletivos ou individuais da categoria, inclusive em questões judiciais e administrativas;”) — v. Informativos 84, 88, 330 e 409. O Tribunal, por maioria, na linha da orientação fixada no MI 347/SC (DJU de 8.4.94), no RE 202063/PR (DJU de 10.10.97) e no AI 153148 AgR/PR (DJU de 17.11.95), conheceu dos recursos e lhes deu provimento para reconhecer que o referido dispositivo assegura ampla legitimidade ativa ad causam dos sindicatos como substitutos processuais das categorias que representam na defesa de direitos e interesses coletivos ou individuais de seus integrantes. Vencidos, em parte, os Ministros Nelson Jobim, Cezar Peluso, Eros Grau, Gilmar Mendes e Ellen Gracie, que conheciam dos recursos e lhes davam parcial provimento, para restringir a legitimação do sindicato como substituto processual às hipóteses em que atuasse na defesa de direitos e interesses coletivos e individuais homogêneos de origem comum da categoria, mas apenas nos processos de conhecimento, asseverando que, para a liquidação e a execução da sentença prolatada nesses processos, a legitimação só seria possível mediante representação processual, com expressa autorização do trabalhador. RE 193503/SP, RE 193579/SP, RE 208983/SC, RE 210029/RS, RE 211874/RS, RE 213111/SP, RE 214668/ES, rel. orig. Min. Carlos Velloso, rel. p/ o acórdão Min. Joaquim Barbosa, 12.6.2006. (RE-193503) (RE-193579) (RE-208983) (RE-210029) (RE-211874) (RE-213111) (RE-214668)

contra a Fazenda Pública¹³⁴. Como exemplo de restrições temos aquelas trazidas pela Lei 9.494/97:

“Art. 2º O art. 16 da Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985, passa a vigorar com a seguinte redação: “Art. 16. A sentença civil fará coisa julgada erga omnes, nos limites da competência territorial do órgão prolator, exceto se o pedido for julgado improcedente por insuficiência de provas, hipótese em que qualquer legitimado poderá intentar outra ação com idêntico fundamento, valendo-se de nova prova.” “Art. 2º-A. A sentença civil prolatada em ação de caráter coletivo proposta por entidade associativa, na defesa dos interesses e direitos dos seus associados, abrangerá apenas os substituídos que tenham, na data da propositura da ação, domicílio no âmbito da competência territorial do órgão prolator. (Incluído pela Medida provisória nº 2.180-35, de 2001) Parágrafo único. Nas ações coletivas propostas contra a União, os Estados, o Distrito Federal, os Municípios e suas autarquias e fundações, a petição inicial deverá obrigatoriamente estar instruída com a ata da assembléia da entidade associativa que a autorizou, acompanhada da relação nominal dos seus associados e indicação dos respectivos endereços. (NR) (Incluído pela Medida provisória nº 2.180-35, de 2001)”

O fato é que com a tutela coletiva, da mesma forma que ocorre no controle de constitucionalidade, uma única demanda elimina o litígio. Há, portanto, com essa decisão, um ganho de ordem prática porquanto inibe ou pelo menos diminui a quantidade de demandas, fazendo com que, sem sombra de dúvida, os demais processos transcorram num tempo razoável sem dilações indevidas.

Como exemplos recentes dos benefícios que poderiam gerar as ações coletivas, tivemos duas teses que abarrotaram o Poder Judiciário: a ilegalidade da taxa fixa da telefonia e os expurgos inflacionários incidentes sobre as poupanças.

¹³⁴ Segundo LAZZARINI (2005: 161), “Portanto, em razão das ações civis públicas constituírem tão poderoso instrumento de defesa dos interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos, não é de surpreender que venha sofrendo duras investidas. Lamentavelmente o próprio Poder Executivo tem se prestado a atender aos reclamos dos interesses contrariados e, nos últimos anos, através de medidas provisórias formal e materialmente inconstitucionais, tem tentado reduzir os efeitos dessas ações”

Em ambos os casos, a defesa coletiva das teses retirariam do Poder Judiciários milhares de ações repetitivas que demandam um cabedal funcional enorme.

Com uma única ação, patrocinada por um órgão que tem legitimação democrática, a exemplo do Ministério Público, a situação poderia ser resolvida, beneficiando toda a coletividade. É, sem sombra de dúvida, um instrumento que gera racionalidade, economia e, por via de consequência, tempestividade no fornecimento da tutela jurisdicional.

5.5. TUTELAS DE URGÊNCIA

Ainda realizando uma análise dos mecanismos destinados a minimização dos efeitos que o tempo pode gerar no processo, passamos a analisar as tutelas de urgência.¹³⁵

É sabido que o tempo para entrega da prestação jurisdicional, mesmo que em tempo razoável, pode gerar para os demandantes um risco de dano irreparável ou de difícil

¹³⁵ **OLIVEIRA (2005):** “Também o fator tempo veio a ganhar papel de destaque nesse quadro, ainda mais com a massificação das demandas levadas ao Judiciário e a conseqüente mudança de perfil dos usuários do sistema, a exigir uma solução mais ou menos premente do litígio. Daí a intensificação da tutela cautelar e antecipatória, da chamada jurisdição de urgência, em uma palavra, cujo substrato constitucional se mostra inegável. Também decorre desse imperativo a necessidade de se estabelecerem mecanismos de uma duração razoável do processo e, mais do que isso, da efetiva satisfação do direito reconhecido judicialmente, sem maiores delongas”

reparação àquela que tem que buscar o Judiciário.¹³⁶ Com essa preocupação, desde a primeira reforma do CPC, ocorrida em 1994, vem o legislador reformista aumentando o leque de mecanismos que forneçam ao jurisdicionados as chamadas tutelas de urgência, isto porque, segundo **BEDAQUE (2006: 119)**:

“Além da preocupação genérica que com a demora, é preciso considerar que determinadas situações requerem soluções muito urgentes, quase imediatas, sem o que a tutela jurisdicional seria completamente inútil, representando verdadeira injustiça, não passível nem de recuperação pecuniária. É preciso levar em conta, na construção do sistema processual, o tempo como fator de corrosão dos direitos”

As tutelas de urgência existentes no processo são pautadas no poder geral de cautela. Este, por seu turno, consiste na possibilidade do juiz tomar medidas que assegurem o resultado útil do processo, evitando, assim, que haja o perecimento do direito envolvido. Por isso, é um poder dever do magistrado, que possui uma certa margem de discricionariedade¹³⁷, não no sentido de conveniência e oportunidade, mas de liberdade de escolha das medidas a serem adotadas¹³⁸.

Analisando o texto constitucional, é possível extrair o poder geral de cautela do postulado do acesso à justiça, previsto no artigo 5º, XXXV, da CF.

¹³⁶ **DUARTE (2007: 106)**: “A demora da prestação jurisdicional em si constitui, nesses termos, uma afronta ou agravamento da lesão à parte. Criam-se, nesse prisma, regras voltadas para as decisões de urgência, destinadas a amparar o direito lesionado ou ameaçado pela demora da prestação jurisdicional”

¹³⁷ **LACERDA (1994: 41)**: “O poder cautelar geral possui natureza discricionária e, em regra, jurisdicional. A afirmação pode parecer estranha àqueles que, na esteira de determinada corrente de administrativistas, caracterizam como discricionária, apenas a atividade administrativa em oposição à jurisdicional, para eles sempre vinculada. A tese, porém, se acha superada pela melhor doutrina, segundo o qual a discricionariedade pode e deve integrar também os critérios que informam a jurisdição, tendo em vista as condições peculiares da matéria jurisdicional, como ocorre, por exemplo, no direito de família e na graduação da pena. Todavia, a discricionariedade não significa arbitrariedade, mas liberdade de escolha e de determinação dentro dos limites da lei”

¹³⁸ **JORGE (1997: 195)**: “O que ocorre é que o juiz ao interpretar um conceito vago possui inevitavelmente uma “margem de liberdade”, ínsita, aliás, na interpretação, que exige mais do Juiz do que a simples subsunção do fato à norma jurídica. Mas isso não significa que o Juiz tem o poder de decidir livremente. Embora, como lembra Castanheira Neves, o fato se manifeste por uma pluralidade de soluções, somente uma delas é válida. A função do Poder Judiciário, ao contrário do Executivo, é de dizer a lei, dizer o direito, e o direito não pode ser dito de diversas formas diferentes, todas válidas e queridas”.

Saindo do texto constitucional e analisando os institutos infraconstitucionais, o poder geral de cautela pode ser encontrado em diversas medidas de urgência. É o caso da medida cautelar, prevista no art. 798, do CPC, da antecipação de tutela geral prevista no art. 273 e específica da obrigação de fazer e não fazer, prevista no artigo 461, do CPC.

Mesmo no Código de Processo Civil sem reformas já existia a possibilidade de antecipação dos efeitos da tutela nos casos das ações possessórias, consoante disposto no artigo 928, do CPC.

No entanto, a difusão do instituto da antecipação de tutela ocorreu com a Lei n 8.952, de 13 de dezembro de 1994, com a primeira grande reforma no Código de Processo, quando houve a alteração do artigo 273, do CPC.

O mencionado dispositivo teve bastante significação para ritualística processual civil brasileira. Não que seja, como alguns operadores de direito apressados pensaram à época de sua elaboração, “a salvação da lavoura”, mas com certeza veio como bálsamo para amenizar a incredibilidade pela lentidão que o Judiciário vem passando.

É um instituto que sem dúvida vem inspirado no processo sem dilações indevidas. Cria-se com a antecipação de tutela uma proximidade entre o dano e sua reparação.

A idéia da antecipação de tutela é a de permear efetividade no processo. O instituto é pautado numa assertiva, quase profética, do mestre italiano Chiovenda de que o

processo deve dar na medida do que for praticamente possível a quem tem direito tudo aquilo e precisamente aquilo que ele tem direito de obter¹³⁹.

Com efeito, neste contexto a chegada do instituto da tutela antecipada implantou no ordenamento jurídico a esperança de se desvencilhar do conceito de falta de efetividade da prestação jurisdicional fornecida pelo Poder Judiciário.

Passados os esclarecimentos sobre a justificativa social, política e jurídica da criação do instituto da tutela antecipada, procuraremos conceituá-lo.

Em resumo, antecipar a tutela é conceder ao autor ou ao réu, excepcionalmente, antes da sentença de mérito (em alguns casos na própria), através de liminar, a prestação jurisdicional pleiteada.

O artigo 273 que prevê duas espécies de antecipação dos efeitos da tutela jurisdicional. A primeira pautada no critério de urgência no fornecimento da prestação jurisdicional está encartada no inciso I¹⁴⁰ e tem como requisitos: requerimento da parte, verossimilhança das alegações, prova inequívoca e o receio de dano irreparável ou de difícil reparação. Este é, por excelência, uma medida de urgência, pautada na necessidade de adequação, efetividade e tempestividade da tutela jurisdicional.

¹³⁹ “Il processo deve dare per quanto é possibile praticamente a chi há um diritto tutto quello e proprio quello ch’egli ha diritto conseguire” (O processo deve dar na medida do que é praticamente possível a quem tem direito tudo a aquilo e exatamente aquilo que ele tem direito de conseguir)

¹⁴⁰ Art. 273. O juiz poderá, a requerimento da parte, antecipar, total ou parcialmente, os efeitos da tutela pretendida no pedido inicial, desde que, existindo prova inequívoca, se convença da verossimilhança da alegação e: ([Redação dada pela Lei nº 8.952, de 13.12.1994](#))

I - haja fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação; ou ([Incluído pela Lei nº 8.952, de 13.12.1994](#))
II - fique caracterizado o abuso de direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório do réu. ([Incluído pela Lei nº 8.952, de 13.12.1994](#))

No entanto, há ainda no artigo 273, uma outra antecipação dos efeitos da tutela pouco estudada. É a que está prevista no inciso II, do mencionado dispositivo. A peculiaridade é que o referido instituto não vem como medida de urgência, mas como medida profilática contra o abuso do direito de defesa, também evitando as dilações indevidas. Dentre os seus requisitos não está o receio de perecimento do direito. Há um combate ao que o legislador reformista denominou abuso de direito de defesa ou manifesto propósito protelatório do réu.¹⁴¹

Com isso, o instituto vem com o claro propósito de dinamizar o processo, excluindo as dilações indevidas, como no caso de uma apelação manifestamente protelatória, em que é possível que com base no inciso II, do artigo 273, o juiz antecipe os efeitos da tutela, posterior à sentença, com o fito de retirar o efeito suspensivo de uma apelação que tem objetivo protelatório.

Ainda com o propósito de efetividade, adequação e tempestividade, a reforma de 1994, deu nova redação ao artigo 461, criando a chamada antecipação de tutela específica da obrigação de fazer e não fazer. Com efeito, no caso desta espécie, os requisitos são diferenciados: relevante fundamento da demanda e justificado receio de ineficácia do provimento final.

Em 2002, por meio da Lei 10.444, foi criado o artigo 461-A, que estendeu a possibilidade de antecipação dos efeitos da tutela para as hipóteses de obrigação de entregar coisa certa e incerta, com os mesmos requisitos previstos no artigo 461, do CPC.

¹⁴¹ **MARINONI (2007: 44):** “No jogo entre a tempestividade e a segurança, a tutela antecipatória do artigo 273, II, somente é possível quando a defesa entrever a grande probabilidade de o autor resultar vitorioso e, conseqüentemente, a injusta espera para a realização do direito”

Por meio da mesma lei, também restou somado o parágrafo 6, ao artigo 273, possibilitando a chamada antecipação de tutela da parte incontroversa. Com o dispositivo quebrou-se um paradigma de que todos os pedidos só poderiam ser resolvidos por uma única sentença. Relegou-se a forma, a organização de um processo com uma única disposição, em detrimento da substância, no caso específico, a celeridade, tempestividade, da tutela daquele pedido que não tem mais litígio.

Em 2001, como fechamento a um processo sem dilações indevidas, o legislador através da Lei 10.352, acrescentou o inciso VII, ao artigo 520, do CPC, retirando o efeito suspensivo da apelação que desafie sentença que concedeu antecipação dos efeitos da tutela.

Em resumo, percebe-se claramente que desde de 1994, com primeira reforma, o sistema processual civil brasileiro foi abastecido, robustecido de diversos mecanismos de antecipação dos efeitos da tutela que reduzem sobremaneira o tempo na busca da tutela jurisdicional. A breve exposição dos diversos institutos antecipatórios serve, pois, para uma constatação de ordem prática que houve uma efetiva irradiação do direito fundamental à duração razoável do processo, duração razoável no fornecimento da tutela jurisdicional.

5.6. MEIOS EXTRAJUDICIAIS DE RESOLUÇÃO DO LITÍGIO

Como forma de abreviar a solução dos litígios existentes encontra-se também os meios extrajudiciais de resolução do litígio. Atualmente, o direito brasileiro dispõe de dois mecanismos de grande valia para tanto: a Lei de arbitragem e a Lei 11.441/07, esta que estabeleceu a possibilidade de separação, divórcio e inventário consensuais serem realizados extrajudicialmente.

É fato incontestável que a implantação de uma cultura de resolução extrajudicial dos litígios diminuiria vultosamente o acúmulo de processos no Judiciário e, por via de conseqüência, o tempo do processo, quanto aos feitos ajuizados. Há neste caminho uma das soluções para crise de morosidade porque passa o Poder Judiciário¹⁴².

O problema, na minha ótica, no entanto, não está na legislação que dispomos, mas na cultura de nosso povo que, em regra, não confia no particular. Falta a população brasileira conhecimento, educação, para aderir a este instituto. Penso que o maior grau de culpa recai sobre a classe dos advogados, isto porque, é dela a responsabilidade de orientar a população em geral no manejo, na defesa dos seus direitos.

¹⁴² Apresentando os mesmos argumentos, **ROCHA (2008: 6)**: “É inegável a grande influência da crise do Judiciário como um dos poderosos estímulos à busca de uma saída para superar seus efeitos. Em outros termos, as disfunções do Judiciário, principalmente a lentidão dos processos, seus custos e o formalismo excessivo, desencadearam um movimento de crítica que contribuiu para concretizar as pessoas da necessidade de adotar soluções para crise. Portanto, a arbitragem é uma forma de resposta à crise do Judiciário”

Com o mesmo pensamento, **HOFFMAN (2006: 140)**:

“O grande mal que atinge a arbitragem está no desconhecimento sobre o seu funcionamento entre os advogados que, despreparados, nem sequer concebem a utilização desse eficaz meio de solução de conflitos, não inserindo em contratos a cláusula compromissória. A falta de prática e uso acarreta a inviabilidade de as próprias partes imaginarem essa solução, razão pela qual, além da conscientização da classe dos advogados, principalmente desmistificando o instituto e apontando suas vantagens, seria necessária a realização de uma ampla campanha publicitária sobre a arbitragem...”

A legislação brasileira sobre arbitragem, Lei n 9.307/96, por exemplo, é extramente avançada. Com a nova lei de arbitragem, o Brasil fica lado a lado com os países que detêm a mais moderna legislação sobre o assunto. Cf. **FIGUEIRA JÚNIOR (1999: 102)**.

Fixada essa premissa, a arbitragem é credenciada a ser mais um instrumento de que auxilia na tempestividade da tutela jurisdicional. Não queremos aqui colocar a idéia de que, a priori, a via arbitral é melhor do que a via judicial. São tutelas distintas que podem ser utilizadas pelas partes da forma que lhes sejam mais adequadas.

Todavia, em termos teóricos, a arbitragem dispõe de inúmeras vantagens, que podem ser aplicadas também, guardadas as peculiaridades, a outros meios extrajudiciais de resolução de litígios. Cf. **ROCHA (2008: 9)**

Em primeiro lugar, o procedimento arbitral é mais simples e objetivo, o árbitro além de imparcial é especializado, conferindo, desta forma, um julgamento mais seguro.

Como fator preponderante, podemos citar ainda a rapidez na prestação jurisdicional já que, em regra, das decisões arbitrais não cabe recurso e não há necessidade de homologação do Judiciário.

Nesse ponto, existe hoje no sistema processual civil uma aberração de ordem lógica. Com o intuito de fortalecer o instituto da arbitragem o legislador reformista, em 2001, por meio da Lei 10.358, considerou como título judicial a sentença arbitral, artigo 584, atualmente, artigo 475-N. O objetivo claro era o de fomentar a segurança do instituto, possibilitando sua maior utilização. Pois bem, o problema é que com a “judicialização” do título por essência extrajudicial criou-se um anacronismo no sistema, porquanto, em tese, a sentença arbitral passou a ter mais exeqüibilidade do que a sentença judicial por um motivo muito simples: da sentença arbitral não cabe recurso, já da sentença judicial, cabe recurso que terá o efeito de suspendê-la.

Como terceira vantagem da arbitragem é possível encontrar o custo do processo. Desse modo, mesmo tendo que pagar honorários ao árbitro, a depender da dimensão do litígio, as custas processuais e, principalmente, os honorários advocatícios sucumbenciais que variam de dez a vinte por cento, podem encarecer consideravelmente uma demanda judicial, tornando-a, não raramente milionário os custos do processo. Assim, por vezes, é mais acessível a arbitragem do que a lide judicial.

A escolha do procedimento pelos árbitros e pelas partes também é uma grande vantagem, porquanto, permite que haja maior coerência dos atos, formas e prazos ao litígio apresentado. Com isso, permite-se que haja uma tutela diferenciada, particular a cada lide.

Na arbitragem há ainda a possibilidade de escolha do árbitro pelas partes. Desta forma, é provável que a escolha recaia sobre pessoas previamente definidas, detentoras de profundo conhecimento sobre a matéria em questão ou a um Tribunal arbitral especializado na matéria.

Um exemplo claro em que o caminho da arbitragem pode ser melhor do que o judicial é nas lides envolvendo o mercado financeiro. Há nesses casos a necessidade de medidas rápidas e diferenciadas, fornecidas por pessoas especializadas. Numa lide deste tipo, o Judiciário certamente não forneceria uma decisão adequada, tempestiva e efetiva.

Ainda dentro dos mecanismos de resolução extrajudicial dos litígios, a recente Lei n 11.441/07 que permite que o inventário, a separação judicial e o divórcio consensual, também contribui para o aceleração do processo, pois retira do poder Judiciário demandas que não tem lide.

De toda sorte, os mecanismos extrajudiciais de solução de litígios são um das soluções mais criativas de diminuição das ações judiciais e, por conseguinte, de melhoramento do processo judicial.

5.7. CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE COMO MEIO DE MAXIMIZAÇÃO DA DURAÇÃO RAZOÁVEL DO PROCESSO

Também como uma das hipóteses de melhoramento da celeridade do processo judicial, entramos na análise do sistema de controle de constitucionalidade com o intuito de demonstrar como ele (o sistema) pode ser conscientemente um vetor de maximização da mencionada garantia constitucional. Sem adentrar profundamente no tema, passaremos a expor as nuances do sistema de controle de constitucionalidade.

A idéia de constitucionalidade é um das conseqüências das constituições rígidas. É da rigidez constitucional que nasce um princípio central do controle de constitucionalidade. A partir da premissa de que as leis constitucionais, criadas pelo poder constituinte originário, são hierarquicamente superiores as leis ordinárias, formuladas pelo poder constituinte derivado, nasce a necessidade de criar mecanismos que mantenham na prática esta supremacia. Por isso, os mecanismos de controle de constitucionalidade são, em sua essência, garantias constitucionais ao princípio da supremacia das leis constitucionais.

Com esse entendimento, **BARROSO (2006: 1/3)**:

“O controle de constitucionalidade é um desses mecanismos, provavelmente o mais importante, consistindo na verificação de compatibilidade entre uma lei ou qualquer ato normativo infraconstitucional e a Constituição.....

Duas premissas são normalmente identificadas como necessárias à existência do controle de constitucionalidade: a supremacia e a rigidez constitucional. A supremacia da Constituição revela sua posição hierárquica mais elevada dentro do sistema... É ela o fundamento de validade de

todas as demais normas. Por força dessa supremacia, nenhuma lei ou ato normativo – na verdade nenhum ato jurídico – poderá subsistir validamente se estiver em desconformidade com a Constituição.

A rigidez constitucional é igualmente pressuposto do controle. Para que possa figurar como parâmetro, como paradigma de validade de outros atos normativos, a norma constitucional precisa ter um processo de elaboração diverso e mais complexo do que aquele apto a gerar normas infraconstitucionais.

Com isso, podemos conceituar o controle de constitucionalidade como instrumento constitucional destinado a adequar a lei ou ato normativo à Constituição Federal.

Tem o sistema de controle de constitucionalidade a finalidade de resolver uma questão ou dúvida objetiva: é constitucional ou não a norma impugnada.

No ordenamento jurídico brasileiro, como veículos de efetivação do controle de constitucionalidade existem as seguintes ações: Ação direta de inconstitucionalidade por ação ou omissão, prevista no artigo 102, I, “a”, c/c artigo 103, ambos da CF, tem por finalidade declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo; a ADIN, também pode ser interventiva, prevista no art. 34, VII e 36, III, da CF; ação declaratória de constitucionalidade, regulamentada pelos mesmos dispositivos constitucionais, tem por finalidade resolver dúvida objetiva sobre a constitucionalidade de uma lei ou ato normativo; argüição de preceito fundamental, prevista no parágrafo § 1, do artigo 102, da CF e regulamentada pela Lei 9.882, de 03 de dezembro de 1999, tem por objetivo evitar ou reparar lesão a preceito fundamental, resultante de ato do Poder Público; por fim, com a publicação da EC 45, a súmula vinculante, prevista no artigo 103-A, da CF, com objetivo de dar validade, interpretação e eficácia a normas determinadas, acerca das quais haja controvérsia atual entre órgãos judiciários ou entre esses e a administração pública e que

acarrete grave insegurança jurídica e relevante multiplicação de processos sobre questão idêntica.

A análise dos efeitos, como se verá, repercute diretamente na maximização do preceito da duração razoável do processo.

O controle de constitucionalidade pode ser dividido em várias espécies.

Em relação ao momento de realização, pode ser preventivo, realizado pelos Poderes Executivo e Legislativo e repressivo, exercido ordinariamente pelo Poder Judiciário. O controle preventivo é exercido pelas Comissões de Constituição e Justiça e/ou veto jurídico. Também pode ser realizado pelo plenário da casa legislativa. No Brasil, o controle repressivo, em regra, compete ao Judiciário, podendo ser concentrado (via ação) ou difuso (via exceção ou defesa).

Importante ressaltar que, excepcionalmente, o controle repressivo cabe ao Legislativo, segundo o Art. 49, V, da CF, a exemplo, do poder regulamentar ou delegação legislativa e medida provisória – Art. 62 – quando da apreciação pelo Congresso. Segundo o STF, A MP pode ser objeto de controle de constitucionalidade seja por via de ação ou exceção por parte do Judiciário ou pelo controle do Congresso.

O Controle de Constitucionalidade pelo Judiciário, nasceu inicialmente difuso. O caso referencial (*leading case*) do seu nascimento foi *Madison X Marbury* (1803), onde o Juiz Marshal da Suprema Corte, através de instrumentos argumentativos bem interessantes assentou a premissa de que a Constituição Americana delegava a Suprema Corte

poderes implícitos para regular a constitucionalidade de atos normativos infraconstitucionais. Nesse tipo de controle, a declaração de inconstitucionalidade não é o objeto principal, sendo, no entanto, necessário para solução da lide.¹⁴³

No Brasil, para o exercício deste tipo de controle pelos Tribunais é imposta a chamada cláusula de reserva de plenário, prevista no Art. 97, como condição de eficácia jurídica da declaração de inconstitucionalidade. A sua falta gera nulidade absoluta, segundo o STF. A 1ª Turma do STF entende inaplicável a cláusula de reserva de plenário quando já houver pronunciamento anterior do plenário do STF ou quando o Tribunal já tiver se pronunciado. O plenário do STF aceitou esse posicionamento¹⁴⁴.

O Controle difuso também pode ser exercido pelo Senado Federal. O STF pode declarar incidentalmente a inconstitucionalidade o Senado pode suspender a eficácia da lei. Art. 52, X, através de decreto legislativo. O STF e o Senado entendem que esse ato tem natureza jurídica discricionária. Ademais, a suspensão pode ser tanto de lei federal quanto estadual ou municipal.

¹⁴³ **MENDES (2008: 1005):** “Esse modelo de controle de constitucionalidade desenvolve-se a partir da discussão encerrada na Suprema Corte Americana, especialmente no caso *Madison X Marbury, de 1803*. No mesmo sentido, **MEDINA (2005: 69/70)**.

¹⁴⁴ INCONSTITUCIONALIDADE - INCIDENTE - DESLOCAMENTO DO PROCESSO PARA O ÓRGÃO ESPECIAL OU PARA O PLENO - DESNECESSIDADE. Versando a controversia sobre ato normativo ja declarado inconstitucional pelo guardiao maior da Carta Politica da Republica - o Supremo Tribunal Federal - descabe o deslocamento previsto no artigo 97 do referido Diploma maior. O julgamento de plano pelo órgão fracionado homenageia não só a racionalidade, como também implica interpretação teleológica do artigo 97 em comento, evitando a burocratização dos atos judiciais no que nefasta ao princípio da economia e da celeridade. A razão de ser do preceito esta na necessidade de evitar-se que órgãos fracionados apreciem, pela vez primeira, a pecha de inconstitucionalidade arguida em relação a um certo ato normativo. (AI-AgR 168149 / RS - RIO GRANDE DO SUL; AG.REG.NO AGRAVO DE INSTRUMENTO; Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO; Julgamento: 26/06/1995; Órgão Julgador: SEGUNDA TURMA; Publicação: DJ 04-08-1995 PP-22520

Os efeitos da declaração no controle difuso são entre as partes e ex tunc e para os demais casos ex nunc. Art. 52, X. Há ainda a possibilidade de alteração dada EC. 45/04, permitindo a extensão dos efeitos a todos através do instituto da súmula vinculante.

No controle concentrado, a declaração de inconstitucionalidade tem os seguintes efeitos: a lei sai imediatamente do ordenamento jurídico (controle concentrado), diferentemente do difuso que depende do Senado. Art. 52, X. e do STF (EC 45/04). O Art. 27, da Lei 9868/98 inovou ao possibilitar que o STF por maioria de 2/3 de seus Ministros (8) altere os efeitos da declaração de inconstitucionalidade (razão de segurança jurídica e interesse público) Há para tal hipótese dois requisitos: formal – 2/3 dos Ministros; material – segurança jurídica e excepcional interesse social – conceito indeterminado e no caso insuscetível de análise por outro órgão. A amplitude da decisão é erga omnes. A declaração de inconstitucionalidade de uma norma gera a reprivatização daquela revogada, podendo o STF afastar essa aplicação.

Há ainda limitações temporais da declaração. Em regra, a declaração de inconstitucionalidade gera efeitos ex tunc, podendo excepcionalmente gerar efeitos ex nunc, quando por maioria de 2/3 os Ministros do STF assim decidirem. A partir do trânsito em julgado e outra hipótese tendo como termo inicial desde da publicação do ato até a publicação da decisão. A Lei 9868/99 também atribuiu efeito vinculante a declaração de inconstitucionalidade em ADIN do mesmo modo que já estava prevista para ADC. O efeito vinculante se aplica na procedência ou na improcedência da ação, interpretação conforme da CF, declaração de inconstitucionalidade sem redução de texto.

Analisados separadamente o preceito da duração razoável e o sistema de controle de constitucionalidade, passemos agora a tentativa de demonstração dos pontos em comum de ambos.

A primeira premissa que temos que nos assentar é a de que as decisões emanadas do controle de constitucionalidade, especialmente do controle concentrado, tem natureza *erga omnes* e vinculante.

Seguindo esse raciocínio, a dúvida sobre a constitucionalidade ou inconstitucionalidade resolvida pela decisão dada no controle concentrado ou difuso, no caso da súmula vinculante, não é passível de mais nenhuma discussão, estando todos os componentes do Estado vinculados ao entendimento firmado pelo STF.

Pois bem, firmada esta premissa no campo teórico, passemos a análise dos aspectos práticos.

Sob a ótica psicológica, a decisão resolve um ponto de dúvida, garantindo a segurança jurídica das relações sociais, e, principalmente, inibindo o ajuizamento de demandas que visem discutir a matéria. Tanto o Poder Público, em caso de sucumbência, saberá que terá que se submeter àquele posicionamento, quanto o particular não buscará mais auxílio do Judiciário para resolver aquela dúvida.

A inibição, fator psicológico, gera a diminuição do número de processos, fator prático, que, por conseguinte, amplia a eficácia de uma prestação jurisdicional em tempo

razoável, porquanto diminui a quantidade de demandas sob a responsabilidade do Poder Judiciário.

Dentro do processo, a resolução da dúvida constitucional tem boas conseqüências. Se, por exemplo, a demanda é pautada na inconstitucionalidade de uma lei e o STF a declara constitucional, há a possibilidade de aplicação do artigo 285-A do CPC¹⁴⁵, julgando improcedente de imediato a lide. Há também a possibilidade da aplicação do artigo 273, II, do CPC¹⁴⁶, antecipando a tutela nos casos de abuso do direito de defesa, já que o litigante conhece ou tem a obrigação de conhecer o arresto do STF. Pode ser aplicado ainda o artigo 518, § 1º, do CPC¹⁴⁷, que possibilita o juiz não receber a apelação interposta contra súmula do STJ ou STF. Há ainda a ampliação dos poderes conferidos ao relator do recurso que pode dar ou negar provimento aos recursos interpostos que já tenham sido resolvidos por súmulas do STF e STJ, nos termos do artigo 557 do CPC¹⁴⁸.

Em resumo, tais institutos endoprocessuais são usados quando há a resolução da dúvida objetiva no sistema de controle de constitucionalidade e possibilitam, sem sombra de dúvida, que o processo transcorra num tempo razoável, sem dilações indevidas.

¹⁴⁵ Art. 285-A. Quando a matéria controvertida for unicamente de direito e no juízo já houver sido proferida sentença de total improcedência em outros casos idênticos, poderá ser dispensada a citação e proferida sentença, reproduzindo-se o teor da anteriormente prolatada.

¹⁴⁶ Art. 273. O juiz poderá, a requerimento da parte, antecipar, total ou parcialmente, os efeitos da tutela pretendida no pedido inicial, desde que, existindo prova inequívoca, se convença da verossimilhança da alegação e:
I - haja fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação; ou
II - fique caracterizado o abuso de direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório do réu.

¹⁴⁷ Art. 518. Interposta a apelação, o juiz, declarando os efeitos em que a recebe, mandará dar vista ao apelado para responder.
§ 1º O juiz não receberá o recurso de apelação quando a sentença estiver em conformidade com súmula do Superior Tribunal de Justiça ou do Supremo Tribunal Federal.

¹⁴⁸ Art. 557. O relator negará seguimento a recurso manifestamente inadmissível, improcedente, prejudicado ou em confronto com súmula ou com jurisprudência dominante do respectivo tribunal, do Supremo Tribunal Federal, ou de Tribunal Superior.
§ 1º-A Se a decisão recorrida estiver em manifesto confronto com súmula ou com jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal, ou de Tribunal Superior, o relator poderá dar provimento ao recurso.

Para dar um exemplo prático de confirmação da tese, trazemos dois exemplos práticos, um de aplicação e outro de não aplicação. Recentemente, foi levantada tese de que a inércia do Presidente da República em encaminhar projeto de lei, que assegurasse a revisão geral e anual da remuneração dos servidores públicos federais, sempre na mesma data e sem distinção de índices, nos termos da EC 19, de 04 de junho de 1998, que alterou o artigo 37, X, da CF, geraria o direito a uma indenização por danos materiais.

Pois bem, a matéria não foi objeto nem de ADIN nem de ADC. No entanto, no controle difuso, através de Recurso Extraordinário, o STF, em alguns julgados, posicionou-se pela impossibilidade de acatamento da tese, que implicaria em intromissão do Poder Judiciário no Poder Executivo.

Em que pese à discordância do entendimento do STF, os efeitos práticos do posicionamento foram imediatos. No caso, por exemplo, da Seção Judiciária do Estado do Rio Grande do Norte, alguns juízes aplicaram inicialmente o artigo 285-A, encurtando sobremaneira o tempo entre o ajuizamento da ação e a sentença. Casos existiram de processos que tiveram a sentença proferida em menos de 15 dias. Ou seja, processos sem a dilação indevida, no caso da oitiva da parte ré, Fazenda Pública, que disporia de 60 dias para contestar uma matéria, que o juiz já tinha proferido seu julgamento de improcedência. No Tribunal, como já existiam decisões sobre o caso, os processos, mesmo sem a aplicação do artigo 557, do CPC, tiveram seu julgamento em menos de 2 meses.

Em resumo, nesse caso, específico, o posicionamento do STF advindo do sistema de controle difuso, ou seja, sem os mecanismos da extensão a todos e da vinculação, fez com que os processos não tivessem dilações indevidas, dando uma razoabilidade ao caso.

5.8. DA SÚMULA VINCULANTE

Recentemente, tivemos uma grande discussão sobre a viabilidade de criação da súmula vinculante. A querela criou basicamente duas correntes, uma daqueles que defendiam a criação do Instituto e outra que não.

A Associação dos Magistrados Brasileiros – AMB, capitaneou a linha de pensamento dos que não aceitavam a criação do instituto, argumentando, em resumo, que a súmula vinculante diminuía consideravelmente a liberdade de decisão do magistrado singular. Defendia a AMB que tal restrição causaria um déficit democrático, porquanto é o magistrado de primeiro grau que tem mais contato com as partes, a prova, enfim, é ele que sente o pulsar da sociedade, quando, ao contrário dos Tribunais, analisam o caso de forma predominantemente técnica ou política¹⁴⁹.

Sabia a AMB que apesar da persuasão dos argumentos apresentados, havia uma constatação de ordem prática que conformava a necessidade da súmula vinculante: a morosidade do Judiciário. A sociedade cobrava uma resposta à ausência de tempestividade da tutela jurisdicional. A imprensa fez passar para sociedade que o culpado de toda a demora do processo seria exclusivamente a infinidade de recursos. Com isso, a AMB propôs a criação da súmula impeditiva de recurso que serviria em tese de sucedâneo para situação de morosidade, sem, contudo, acabar com a liberdade do magistrado singular, já que não possuía efeito vinculante. No entanto, os legisladores não se convenceram na eficiência do preceito.

¹⁴⁹ Aqui vale ressaltar que, com razão, havia uma grande preocupação dos magistrados e da sociedade com as decisões eminentemente políticas do STF.

Para aqueles que defendiam a criação da súmula vinculante, a argumentação estava sempre centrada na idéia de que com ela haveria um pragmatismo mais acentuado nos julgamentos.

Como se sabe, a súmula é o resultado ou compêndio de uma série de julgados no mesmo sentido, visando deixar claro e seguro um entendimento já dominante. Na sua formalidade, a súmula, como extrato de conteúdo eminentemente jurídico, consistente na interpretação de questão de direito, de várias decisões anteriores no mesmo sentido.

Neste sentido, foi introduzido no ordenamento jurídico brasileiro o instituto conhecido como súmula vinculante¹⁵⁰, constante da PEC 29/00, resultando na promulgação da EC nº 45, conhecida como “Reforma do Judiciário”.

Aqui, vale citar o artigo 103-A acrescido à Constituição Federal:

Art. 103-A. O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços dos seus membros, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, aprovar súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma estabelecida em lei.

§ 1º A súmula terá por objetivo a validade, a interpretação e a eficácia de normas determinadas, acerca das quais haja controvérsia atual entre órgãos judiciários ou entre esses e a administração pública que acarrete grave insegurança jurídica e relevante multiplicação de processos sobre questão idêntica.

§ 2º Sem prejuízo do que vier a ser estabelecido em lei, a aprovação, revisão ou cancelamento de súmula poderá ser

¹⁵⁰ A propósito, **MELO (2007)**: “Súmula (de *summula*) expressa o diminutivo, o resumo, a menor parte de *summa*, que significa soma. A soma é a jurisprudência, no sentido do *Civil Law* (precedentes reiterados de um tribunal para casos iguais). A súmula vinculante é a mínima parte da jurisprudência dominante da Suprema Corte, que prende ou amarra a obediência dos juízes e tribunais (*vinculum* = laço, atilho, liame). O termo *vinculante* provém da expressão latina que marca a Chiesa di San Pietro in *Vincoli*, mandada erigir por Leão I Magno, no século V, para abrigar parte das correntes que prendiam São Pedro na Prisão Mamertina”.

provocada por aqueles que podem propor a ação direta de inconstitucionalidade.

§ 3º Do ato administrativo ou decisão judicial que contrariar a súmula aplicável ou que indevidamente a aplicar, caberá reclamação ao Supremo Tribunal Federal que, julgando-a procedente, anulará o ato administrativo ou cassará a decisão judicial reclamada, e determinará que outra seja proferida com ou sem a aplicação da súmula, conforme o caso.

A súmula universalmente vinculante, pela qual o magistrado deve observar as decisões reiteradas do órgão jurisdicional superior, disciplina que, no momento do conhecimento de caso idêntico, deverá o juízo de imediato, julgar o pedido em conformidade com o disposto na súmula.

Da mesma forma que no controle concentrado, a súmula vinculante tem os efeitos *erga omnes* e vinculante.

No dia 19 de dezembro de 2006, é publicada a Lei 11.417, que entrou em vigor 3 meses depois. O referido diploma veio regulamentar o dispositivo constitucional. Pela normatização, o STF pode, de ofício ou mediante provocação dos legitimados, publicar enunciado de súmula tendo por objeto a validade, a interpretação e a eficácia de normas determinadas, acerca das quais haja, entre órgãos judiciários ou entre esses e a administração pública, controvérsia atual que acarrete grave insegurança jurídica e relevante multiplicação de processos sobre idêntica questão. Exegese do artigo 2º e 3º.

Ficou também assentado no texto normativo que da decisão judicial ou ato administrativo que contrariar a súmula caberá reclamação, que, sob o ponto de vista do tempo do processo individual encurta a resolução da lesão ao texto constitucional¹⁵¹.

Em 30 de maio de 2007, o Supremo Tribunal Federal (STF) editou os primeiros enunciados de sua súmula vinculante, tornando realidade a previsão que foi inserida com o acréscimo do art. 103-A da Constituição da República de 1988, pela Emenda Constitucional nº 45 (Reforma do Judiciário), de 8 de dezembro de 2004.

Atualmente, existem 13 súmulas vinculantes editadas pelo STF¹⁵².

¹⁵¹ A esse respeito, **SOUZA (2006: 275)**: “A possibilidade de reclamação é, talvez, o efeito prático mais palpável da súmula vinculante”.

¹⁵² **Súmula Vinculante 1**

OFENDE A GARANTIA CONSTITUCIONAL DO ATO JURÍDICO PERFEITO A DECISÃO QUE, SEM PONDERAR AS CIRCUNSTÂNCIAS DO CASO CONCRETO, DESCONSIDERA A VALIDADEZ E A EFICÁCIA DE ACORDO CONSTANTE DE TERMO DE ADESÃO INSTITUÍDO PELA LEI COMPLEMENTAR 110/2001.

Súmula Vinculante 2

É INCONSTITUCIONAL A LEI OU ATO NORMATIVO ESTADUAL OU DISTRITAL QUE DISPONHA SOBRE SISTEMAS DE CONSÓRCIOS E SORTEIOS, INCLUSIVE BINGOS E LOTERIAS.

Súmula Vinculante 3

NOS PROCESSOS PERANTE O TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO ASSEGURAM-SE O CONTRADITÓRIO E A AMPLA DEFESA QUANDO DA DECISÃO PUDE RESULTAR ANULAÇÃO OU REVOGAÇÃO DE ATO ADMINISTRATIVO QUE BENEFICIE O INTERESSADO, EXCETUADA A APRECIÇÃO DA LEGALIDADE DO ATO DE CONCESSÃO INICIAL DE APOSENTADORIA, REFORMA E PENSÃO.

Súmula Vinculante 4

SALVO NOS CASOS PREVISTOS NA CONSTITUIÇÃO, O SALÁRIO MÍNIMO NÃO PODE SER USADO COMO INDEXADOR DE BASE DE CÁLCULO DE VANTAGEM DE SERVIDOR PÚBLICO OU DE EMPREGADO, NEM SER SUBSTITUÍDO POR DECISÃO JUDICIAL.

Súmula Vinculante 5

A FALTA DE DEFESA TÉCNICA POR ADVOGADO NO PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR NÃO OFENDE A CONSTITUIÇÃO.

Súmula Vinculante 6

NÃO VIOLA A CONSTITUIÇÃO O ESTABELECIMENTO DE REMUNERAÇÃO INFERIOR AO SALÁRIO MÍNIMO PARA AS PRAÇAS PRESTADORAS DE SERVIÇO MILITAR INICIAL.

Súmula Vinculante 7

A NORMA DO §3º DO ARTIGO 192 DA CONSTITUIÇÃO, REVOGADA PELA EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 40/2003, QUE LIMITAVA A TAXA DE JUROS REAIS A 12% AO ANO, TINHA SUA APLICAÇÃO CONDICIONADA À EDIÇÃO DE LEI COMPLEMENTAR.

Súmula Vinculante 8

SÃO INCONSTITUCIONAIS O PARÁGRAFO ÚNICO DO ARTIGO 5º DO DECRETO-LEI Nº 1.569/1977 E OS ARTIGOS 45 E 46 DA LEI Nº 8.212/1991, QUE TRATAM DE PRESCRIÇÃO E DECADÊNCIA DE CRÉDITO TRIBUTÁRIO.

Súmula Vinculante 9

Das súmulas publicadas, vê-se claramente que muitas servem como obstáculo para o ajuizamento de novas ações, a exemplo da súmula 5 e outras resolvem em instâncias inferiores contendas que, certamente, poderiam subir para os Tribunais Superiores.

Com isso, sob a ótica psicológica, gera a inibição para ajuizamento de outras ações, diminuindo o número de processos¹⁵³. Ou, ao contrário, estimula o ajuizamento de demandas que já têm uma resolução prática prévia¹⁵⁴.

O DISPOSTO NO ARTIGO 127 DA LEI Nº 7.210/1984 (LEI DE EXECUÇÃO PENAL) FOI RECEBIDO PELA ORDEM CONSTITUCIONAL VIGENTE, E NÃO SE LHE APLICA O LIMITE TEMPORAL PREVISTO NO CAPUT DO ARTIGO 58.

Súmula Vinculante 10

VIOLA A CLÁUSULA DE RESERVA DE PLENÁRIO (CF, ARTIGO 97) A DECISÃO DE ÓRGÃO FRACIONÁRIO DE TRIBUNAL QUE, EMBORA NÃO DECLARE EXPRESSAMENTE A INCONSTITUCIONALIDADE DE LEI OU ATO NORMATIVO DO PODER PÚBLICO, AFASTA SUA INCIDÊNCIA, NO TODO OU EM PARTE.

Súmula Vinculante 11

SÓ É LÍCITO O USO DE ALGEMAS EM CASOS DE RESISTÊNCIA E DE FUNDADO RECEIO DE FUGA OU DE PERIGO À INTEGRIDADE FÍSICA PRÓPRIA OU ALHEIA, POR PARTE DO PRESO OU DE TERCEIROS, JUSTIFICADA A EXCEPCIONALIDADE POR ESCRITO, SOB PENA DE RESPONSABILIDADE DISCIPLINAR, CIVIL E PENAL DO AGENTE OU DA AUTORIDADE E DE NULIDADE DA PRISÃO OU DO ATO PROCESSUAL A QUE SE REFERE, SEM PREJUÍZO DA RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO.

Súmula Vinculante 12

A COBRANÇA DE TAXA DE MATRÍCULA NAS UNIVERSIDADES PÚBLICAS VIOLA O DISPOSTO NO ART. 206, IV, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL.

Súmula Vinculante 13

A NOMEAÇÃO DE CÔNJUGE, COMPANHEIRO OU PARENTE EM LINHA RETA, COLATERAL OU POR AFINIDADE, ATÉ O TERCEIRO GRAU, INCLUSIVE, DA AUTORIDADE NOMEANTE OU DE SERVIDOR DA MESMA PESSOA JURÍDICA INVESTIDO EM CARGO DE DIREÇÃO, CHEFIA OU ASSESSORAMENTO, PARA O EXERCÍCIO DE CARGO EM COMISSÃO OU DE CONFIANÇA OU, AINDA, DE FUNÇÃO GRATIFICADA NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA DIRETA E INDIRETA EM QUALQUER DOS PODERES DA UNIÃO, DOS ESTADOS, DO DISTRITO FEDERAL E DOS MUNICÍPIOS, COMPREENDIDO O AJUSTE MEDIANTE DESIGNAÇÕES RECÍPROCAS, VIOLA A CONSTITUIÇÃO FEDERAL

¹⁵³ Em sentido contrário, **BARBOSA (2005: 104)**: “Passou-nos a parecer ilusória a crença de que a súmula vinculante terá a capacidade de reduzir significativamente o número de processos sobre o mesmo tema....”

¹⁵⁴ Comentando o valor do precedente no discurso judicial, **CRUZ E TUCCI (2004: 296)**: “a jurisprudência consolidada garante a previsibilidade do direito, e, portanto, evita posteriores oscilações e discussões no que se refere à interpretação da lei. Os cidadãos baseiam as suas opções não apenas nos textos legais vigentes, mas, também, na tendência dos precedentes dos tribunais, que proporcionam àquelas, na medida do possível, o conhecimento dos seus respectivos direitos”

5.9. INFORMATIZAÇÃO DO PROCESSO JUDICIAL

Um das grandes novidades em termos de efetivação infraconstitucional do preceito do amplo acesso à justiça e, por conseguinte, da duração razoável do processo está no movimento de informatização do processo judicial.¹⁵⁵

Referido movimento que teve início desde de 1999, com a publicação da Lei 9.800, de 26 de maio de 1999, que admitiu apenas a utilização de sistemas de transmissão de dados para a prática de atos processuais (art. 1º), permitindo que a transmissão de peças processuais fosse feita por meio eletrônico, culminou agora com a promulgação da Lei 11.419, de 19.12.06.

A referida lei pode ser considerada um marco regulatório na prática de um processo completamente informatizado em nosso país, uma vez que contempla, satisfatoriamente, todo o tratamento legal necessário para a implantação desta política.

A Lei 11.419/06, permite a utilização de meios eletrônico em todas as fases ou todas as atividades em qualquer órgão da Jurisdição, seja em qual grau de jurisdição for, é o que se pode extrair do artigo 1º¹⁵⁶.

¹⁵⁵ Cf. **OLIVEIRA (2006:278)**: “Essa medida foi mais uma importante ferramenta na busca de maior celeridade sem preocupações com o formalismo, especialmente nos casos de demandas que envolvem matérias já pacificadas e sem a necessidade de instrução probatória. Nesses casos, centenas de sentenças passaram a ser proferidas pelos juízes, num único dia, mediante simples digitalização de uma senha de acesso ao sistema e utilizando-se dessa eficiência técnica de agilização processual”

Importante deixar desde já consignado que nesta Lei, o legislador por uma questão de segurança jurídica optou claramente pela utilização do meio eletrônico de transmissão de dados, na forma dos artigos 2º e 5º¹⁵⁷, não optou, por exemplo, pela utilização do telefone, isto porque, através do meio eletrônico é possível conciliar a celeridade, a economia, enfim, sem perder a segurança jurídica necessária a prática dos atos processuais. Tal fato é respaldado pela necessidade de prévio credenciamento e de assinatura eletrônica para que seja possível a utilização deste meio, conforme pode se depreender da redação do próprio artigo 2º, daquele diploma legal.

Os arts. 8º e 11, por sua vez, trazem a normatização que permite o abandono completo dos papéis, tornando o processo completamente digitalizado, ao estabelecer que o Poder Judiciário pode desenvolver sítios e sistemas que viabilizem autos totalmente digitalizados¹⁵⁸, bem como que os documentos produzidos eletronicamente serão considerados originais para todos os efeitos legais¹⁵⁹. Esses dispositivos são complementados por uma série de outros, que regulam a transmissão de peças processuais, a comunicação de atos processuais (procedimentos de citação e intimação), a digitalização e conservação de documentos e outros aspectos da tramitação do processo eletrônico.

¹⁵⁶ “Art. 1º O uso de meio eletrônico na tramitação de processos judiciais, comunicação de atos e transmissão de peças processuais será admitido nos termos desta Lei.

§ 1º Aplica-se o disposto nesta Lei, indistintamente, aos processos civil, penal e trabalhista, bem como aos juizados especiais, em qualquer grau de jurisdição”

¹⁵⁷ “Art. 2º O envio de petições, de recursos e a prática de atos processuais em geral por meio eletrônico serão admitidos mediante uso de assinatura eletrônica, na forma do art. 1º desta Lei, sendo obrigatório o credenciamento prévio no Poder Judiciário, conforme disciplinado pelos órgãos respectivos”

“Art. 5º As intimações serão feitas por meio eletrônico em portal próprio aos que se cadastrarem na forma do art. 2º desta Lei, dispensando-se a publicação no órgão oficial, inclusive eletrônico”

¹⁵⁸ “Art. 8º “os órgãos do Poder Judiciário poderão desenvolver sistemas eletrônicos de processamento de ações judiciais por meio de autos total ou parcialmente digitais, utilizando, preferencialmente, a rede mundial de computadores e acesso por meio de redes internas e externas”

¹⁵⁹ Art. 11. Os documentos produzidos eletronicamente e juntados aos processos eletrônicos com garantia da origem e de seu signatário, na forma estabelecida nesta Lei, serão considerados originais para todos os efeitos legais

A Lei 11.419/06, portanto, adota uma opção clara de validade de todos os atos praticados por meio eletrônico, permitindo, desta forma, uma nova etapa do processo que, a meu sentir, surtirá efeitos no acesso à justiça, na economia e na efetividade do processo e principalmente, no tempo do processo que tenderá a ser razoável.

Com o mesmo entendimento, **LUCON (2007:380)**:

“Bem se vê que a intenção latente da Lei n. 11.419/06 é acelerar o procedimento judicial, conferindo a ele maior celeridade e eficácia. Ou seja, o legislador tentou tornar o método de trabalho mais dinâmico, adequando-o aos avanços tecnológicos, de modo a agilizar o procedimento”.

A situação que se apresenta com a informatização do processo judicial tende a fornecer benefícios incomensuráveis. É que já se observa com o diário da justiça eletrônico, que permite sem custos elevados tanto para o Estado quanto para parte que sejam visualizadas as publicações oficiais. Da mesma forma, a possibilidade, já implantada, de peticionamento eletrônico junto aos Tribunais Superiores, o que gera economia e praticidade para a parte acessar esses órgãos. Ainda, o processo totalmente virtual, experiência que já está implantada e consolidada, por exemplo, nos Juizados Especiais Federais¹⁶⁰. Com ela claramente há uma facilitação de acesso à justiça.

Por fim, é importante apenas deixar consignado que como toda novidade haverá uma fase de transição em que serão sentidos alguns problemas, mas que, espera-se, no entanto, sejam transitórios.

¹⁶⁰ Com relação aos Juizados Especiais Federais. O mecanismo empregado é extremamente válido. No entanto, ainda é possível encontrar obstáculos funcionais, práticos. Em decorrência da sua competência absoluta para resolver litígios de valores abaixo de 60 (sessenta) salários mínimos, o que se percebe hoje é que há uma abarrotamento deste mecanismo, que possui um volume exagerado de demanda, sem estrutura para tanto. Esse é um problema que precisa ser pensado.

5.10. ARTIGO 543-C, DO CPC

Por fim, ainda dentro da análise dos instrumentos processuais disponibilizados para o aceleramento do processo, no dia 08 de maio de 2008, entrou em vigor a Lei 11.672, que estabeleceu o procedimento para o julgamento de recursos repetitivos no âmbito do Superior Tribunal de Justiça, incluindo o artigo 543-C, ao CPC.

Assim, como a repercussão geral do Recurso Extraordinário, a lei é, com efeito, um grande mecanismo de enxugamento do processo, porquanto atinge, de forma criativa, um dos grandes problemas da demora do processo que é o abarrotamento do STJ com recursos repetitivos.

O procedimento disciplinado pela Lei é simples e criativo, porquanto, consegue conjugar os princípios do duplo grau com a duração razoável do processo. Em outras palavras, o instrumento criado atende aos reclamos da parte sucumbente em recorrer sem retardar demasiadamente o julgamento dos processos repetitivos.

Estabelece o artigo 543-C, do CPC que quando houver multiplicidade de recursos com fundamento em idêntica questão, o presidente do tribunal de origem ou o ministro relator do STJ poderá determinar a suspensão dos recursos nos quais a controvérsia esteja estabelecida. No procedimento, a critério do relator, é possível ainda a intervenção de

terceiros que tenha interesse na controvérsia. O julgamento do recurso que representa os demais será feito na Corte Especial, tendo preferência sobre os demais feitos, ressalvados os que envolvam réu preso e os pedidos de habeas corpus.

O detalhe mais interessante da alteração está nos efeitos do julgamento pelo STJ. Se o acórdão recorrido coincidir com a orientação do STJ, os recursos especiais repetitivos terão seguimento denegado. Se, ao contrário, os acórdãos serão novamente examinados pelo tribunal de origem e, somente no caso de manutenção da decisão, é que, far-se-á o exame de admissibilidade do recurso especial.

No dia 14 de agosto de 2008, o STJ aplicou pela primeira vez o referido instrumento, nos casos de contratos de participação financeira atrelados à aquisição de linhas telefônicas, sobre a possibilidade de a empresa poder exigir do interessado taxa para fornecer certidões sobre dados constantes de livros societários. O outro caso trata da definição do valor patrimonial das ações da Brasil Telecom S/A. Segundo já decidiram os ministros da Segunda Seção do STJ, esse valor será calculado no mês da respectiva integralização, tomando como base o balancete da empresa correspondente ao mês do pagamento da primeira parcela ou única parcela. O processo também cuida da prescrição.

No dia 22 de agosto de 2008, o STJ aplicou, pela segunda vez, a Lei n. 11.672/2008 para agilizar o julgamento de recursos repetitivos em todo o país. O recurso especial 1061530/RS, discutia cláusulas de contratos bancários, entre elas a capitalização de juros. Nesse caso, como as questões relacionadas no recurso envolviam contratos bancários e direito do consumidor, o vice-presidente eleito do STJ também determinou o envio de ofícios ao Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB), ao Banco Central do Brasil

(Bacen), à Federação Brasileira de Bancos (Febraban) e ao Instituto Brasileiro de Defesa do Consumidor (IDEC). Essas instituições poderão apresentar manifestações escritas no processo.

Como se vê, a aplicação do instrumento tende a diminuir o número de recursos repetitivos, propiciando um aceleração do processo, com a concretização do postulado da duração razoável do processo.

6. INSTRUMENTOS DE GARANTIA DA DURAÇÃO RAZOÁVEL DO PROCESSO

No capítulo anterior, abordamos os instrumentos infralegais que dão o conteúdo normativo ao princípio da duração razoável do processo. Analisamos, portanto, as normas legais que foram guiadas por este princípio e que dão a ele seu corpo.

Neste item, trataremos dos instrumentos que podem garantir de forma direta ou indireta a existência da garantia fundamental da duração razoável do processo¹⁶¹.

6.1. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO PELA DEMORA DO PROCESSO

Um dos pontos de grande discussão para efetivação judicial da garantia da duração razoável do processo consiste em saber se o processo com dilações indevidas ou sem um prazo razoável gera a obrigação de indenizar do Estado.

¹⁶¹ Ponto importante para concretização do direito fundamental à duração razoável do processo. Seguindo este raciocínio, **GUERRA (2003:82)** “A proteção ao direito fundamental à duração razoável do processo depende, portanto, de medidas judiciais destinadas a garantir sua realização, especialmente aquelas baseadas no poder diretivo do magistrado, além das medidas ressarcitórias, ligadas à reparação de danos ocasionados por sua violação”

A resposta a esta pergunta é crucial para a efetivação do postulado da tempestividade da tutela. Isto porque, se afirmamos que não há responsabilidade do Estado pela morosidade do processo, criamos uma cláusula de irresponsabilidade que, em termos práticos, indiretamente, inutilizaria a garantia da razoável duração¹⁶².

A PEC n 96/1992, responsável pela EC 45, que introduziu o preceito da duração razoável do processo continha o seguinte dispositivo que não foi aprovado no Senado: “a União e os Estados respondem pelos danos que os respectivos juízes causarem no exercício de suas funções jurisdicionais, assegurando o direito de regresso em caso de dolo”. Nesse dispositivo, apesar da possibilidade de interpretação restritiva¹⁶³, percebe-se a preocupação na idéia de responsabilidade dos atos jurisdicionais.

A Constituição Federal, expressamente, refuta a idéia de que o Estado não pode ser responsabilizado pela morosidade processual¹⁶⁴. O artigo 5º, inciso LXXV, prescreve que o Estado indenizará o condenado por erro judiciário, assim como pelo que ficar preso além do tempo fixado na sentença.

Pois bem, da redação do dispositivo já fixamos duas premissas. A primeira é a de que o Estado responde pelos atos jurisdicionais ilícitos, como no caso do erro judiciário, a outra é que há a possibilidade de responsabilização pela inércia ou demora de libertar o acusado.

¹⁶² Aqui entendemos como Kelsen que para que haja norma jurídica é necessária uma sanção seja punitiva ou premial.

¹⁶³ Seria possível surgir a interpretação de que só caberia a responsabilização do juiz, o que seria, com efeito, um retrocesso.

¹⁶⁴ Ademais, segundo **VIANA (2006: 59)**: “O texto constitucional é bastante enfático no sentido de afirmar que está assegurada aos cidadãos a razoável duração do processo; ainda garantem-se os meios de obtenção da celeridade. Ora, tudo isso não pode ser uma promessa vã da Lei maior. Ninguém deseja tal insinceridade normativa. Óbvio que a mera colocação do princípio da constituição não trazia sozinho o “toque mágico” para transformar todos os processos em realidade céleres e efetivas”

Ambas premissas normativas, extraídas do texto constitucional, são importantes para aclarar o entendimento de que não há vedação a responsabilização do Estado por ação ou omissão jurisdicional¹⁶⁵.

Saindo da regra expressa da indenização por erro judiciário e demora na colocação em liberdade, não se encontra no texto da Constituição Federal de 1988 qualquer norma expressa a respeito da punibilidade do Estado em decorrência de ação ou omissão no exercício da função jurisdicional.

Com isso, um primeiro entendimento que pode ser levantado, é o de que só cabe responsabilização do Estado pela demora do processo nos casos expressos na Constituição.

A tese utiliza como suporte os seguintes argumentos: o juiz não é um funcionário público, mas um agente político, não podendo ser responsabilizado do mesmo modo dos demais agentes públicos; a imposição de responsabilidade por ato ou omissão jurisdicional afetaria a independência da magistratura; haveria restrição à soberania do Estado, já que o ato do juiz é um ato de soberania; haveria ausência de previsão legal para a responsabilização; e a intangibilidade do preceito da coisa julgada.

O argumento da irreparabilidade dos danos provenientes de ato do Poder Judiciário conta com a adesão do Supremo Tribunal que informou-“*tratar-se de um Poder*

¹⁶⁵ **DELGADO (1995: 517):** “O final do Século XX testemunha a exclusão, por inteiro, do princípio da irresponsabilidade do Estado no trato das funções que lhe são inerentes”.

soberano, que goza de imunidades que não se enquadram no regime da responsabilidade por efeitos de seus atos quando no exercício de suas funções” (Cf. RTJ 39/190)

No entanto, em que pese à respeitabilidade do egrégio Supremo Tribunal Federal, permita-me discordar. A Constituição Federal apesar de ter expressamente colocado a hipótese de demora para colocar em liberdade o condenado, não afirmou ser ela a única hipótese de responsabilização do Estado. Também não há no texto constitucional qualquer menção a impossibilidade de indenização pela demora do processo¹⁶⁶. Ao contrário, a Constituição Federal de 1988 trouxe no bojo de suas mudanças, o instituto da responsabilização objetiva do Estado, com a teoria do risco administrativo.

O parágrafo 6º, do artigo 37 da CF, prescreve que:

"As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurando o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa"

Pensamos que o STF ao interpretar a Constituição, entendendo que só há uma hipótese de responsabilização, criou uma restrição onde não havia. Cabe sim, a responsabilização pela morosidade processual com fundamento no artigo 37, §6º, da CF.

Corroborando esta idéia, argumenta **GRECO (2005: 78)**:

"O Estado tem o dever de prover os meios necessários ao bom e rápido desempenho do Poder Judiciário, pois a morosidade da justiça torna inócua a proclamada eficácia concreta dos direitos fundamentais e hipócrita a prevalência dos direitos humanos. Até hoje o Estado no Brasil foi absolutamente irresponsável pela demora no desfecho dos processos, o que gerou a completa indiferença dos responsáveis pela administração da Justiça pelos prejuízos sofridos por titulares de direitos tardiamente reconhecidos pela Justiça. A instauração de um

regime de responsabilidade objetiva do Estado pela inércia ou demora do exercício da função jurisdicional contribuirá para induzir o Poder Público a políticas adequadas para assegurar a celeridade do processo judicial”

No mesmo sentido, **DELGADO (1995: 519)**: “*Sendo a jurisdição, também, dever do Estado, no instante em que ela é tardiamente entregue ao cidadão, gera a responsabilidade do causador do dano imposto a quem dela necessita, pela demora*”

Noutra linha de argumentação, poder-se-ia levantar a norma do artigo 133, do Código de Processo Civil¹⁶⁷, como aquela voltada a responsabilização pela morosidade processual.

Neste caso, não seria o Estado o responsável pela demora na prestação jurisdicional, mas o juiz¹⁶⁸. A norma parece razoável, no entanto, penso não ser excludente da responsabilidade do Estado. Haveria entre ambos uma responsabilização subsidiária. O Estado responde pelos danos causados e depois busca do juiz, nos casos em que houve dolo ou culpa grave.

Corroborando este entendimento, **SILVA (1999; 653)**, diz que:

¹⁶⁷ Art. 133. Responderá por perdas e danos o juiz, quando:

I - no exercício de suas funções, proceder com dolo ou fraude;

II - recusar, omitir ou retardar, sem justo motivo, providência que deva ordenar de ofício, ou a requerimento da parte.

Parágrafo único. Reputar-se-ão verificadas as hipóteses previstas no nº II só depois que a parte, por intermédio do escrivão, requerer ao juiz que determine a providência e este não lhe atender o pedido dentro de 10 (dez) dias.

¹⁶⁸ Com esse pensamento, **ROCHA (2003: 221)**: “O juiz, como qualquer outro servidor, responde administrativamente perante o Estado pelos danos que venha a causar no desempenho de suas funções. Trata-se de responsabilidade do juiz perante o Estado derivada da violação do dever que assume frente ao Estado de desenvolver corretamente as funções do cargo. É, pois, nesse sentido, que devem ser entendidos os arts. 49, I e II, da Lei Orgânica da Magistratura Nacional, e, 133, I e II, do Código de Processo Civil. Ao Estado é que cabe responder perante terceiros pelos danos que seus juizes venham causar-lhes, uma vez que é o Estado que se relaciona jurisdicionalmente com os terceiros e não o juiz, que, como vimos, é apenas seu agente e, como tal, parte integrante do Estado”

"A obrigação de indenizar é da pessoa jurídica a que pertencer o agente. O prejudicado há que mover a ação de indenização contra a Fazenda Pública respectiva ou contra a pessoa jurídica privada prestadora de serviço público, não contra o agente causador do dano. O princípio da impessoalidade vale aqui também"

E continua o autor (1999: 653):

"O terceiro prejudicado não tem que provar que o agente procedeu com culpa ou dolo, para correr o direito ao ressarcimento dos danos sofridos. A doutrina do risco administrativo isenta-o do ônus de tal prova, basta que comprove o dano e que este tenha sido causado por agente da entidade imputada. A culpa ou dolo do agente, caso haja, é problema das relações funcionais que escapa a indagação do prejudicado. Cabe a pessoa jurídica acionada verificar se seu agente operou culposa ou dolosamente para o fim de mover-lhe ação regressiva assegurada no dispositivo constitucional, visando a cobrar as importâncias despendidas com o pagamento da indenização.¹⁶⁹"

No mesmo sentido, decisão do Supremo Tribunal Federal, que assevera:

"A teoria do risco administrativo, consagrada em sucessivos documentos constitucionais brasileiros desde a Carta Política de 1946, confere fundamento doutrinário à responsabilidade civil objetiva do Poder Público pelos danos a que os agentes públicos houverem dado causa, por ação ou omissão. Essa concepção teórica, que informa o princípio constitucional da responsabilidade civil objetiva do Poder público, faz emergir, da mera ocorrência de ato lesivo causado a vítima pelo Estado, o dever de indenizá-la pelo dano pessoal e/ou patrimonial sofrido, independentemente de caracterização de culpa dos agentes estatais ou de demonstração de falta do serviço público. Os elementos que compõe a estrutura ou delineiam o perfil da responsabilidade civil objetiva do poder público compreendem (a) a alteridade do dano, (b) a causalidade material entre o *eventus damni* e o comportamento positivo (ação) ou negativo (omissão) do agente público, (c) a oficialidade da atividade causal e lesiva, imputável ao agente do Poder Público, que tenha, nessa condição funcional, incidindo em conduta comissiva ou imissiva, independente de licitude, ou não do comportamento funcional (RTJ 140/636) e (d) a ausência de causa excludente da responsabilidade estatal (RTJ 55/503 - RTJ - 71/99 - RTJ 91/377 - RTJ 99/1155 - RTJ 131/417)"¹⁷⁰

¹⁷⁰ - STF. 1ª T. RE 109.615/RJ.

Como se vê a decisão deixa claro que o Estado responde por ato ou omissão de seus agentes públicos, bastando, para tanto a mera ocorrência de ato lesivo causado à vítima.

Ademais, há de se refutar também a tese de que a responsabilização pelos atos ou omissões jurisdicionais afrontaria a garantia de independência do Judiciário, isto porque, todos os poderes são independentes nem por isso deixam de responder pelos seus atos. A idéia de independência não pode se confundir com irresponsabilidade.

A argumentação de soberania do Poder Judiciário, é facilmente refutada, porquanto a soberania não pertence ao Judiciário, mas ao Estado como um todo.

Por fim, o questionamento da intangibilidade da coisa julgada também não deve ser aceito, uma vez que a decisão continua a valer para ambas as partes, no entanto, o Estado ressarcirá um ou até mesmo as duas pelos danos ocasionados.

Nesse sentido, **DI PIETRO (2003, 534):**

“o fator de ser o Estado condenado a pagar uma indenização decorrente de dano ocasionado por ato judicial não implica mudança na decisão judicial. A decisão continua a valer para ambas as partes. E o Estado que terá que responder pelo prejuízo que a decisão imutável ocasionou a uma das partes, em decorrência do erro judiciário”

Com isso, entendo que os pontos de apoio daqueles que apregoam a irresponsabilidade do Estado por ato jurisdicional sucumbem diante de firmes argumentos em sentido contrário.

Arrematando a questão, **CAVALIERI FILHO (2004: 266)** sobre o assunto leciona:

“No que respeita aos danos causados pela atividade judiciária, aqui compreendidos os casos de denegação da justiça pelo juiz, negligência no exercício da atividade, falta do serviço judiciário, desídia do serventuários, mazelas do aparelho policial, é cabível a responsabilidade do Estado amplamente com base no artigo 37, §6º, da Constituição Federal ou na culpa anônima (falta do serviço), pois trata-se, agora sim, de atividade administrativa realizada pelo Poder Judiciário.

Com efeito, danos graves e de difícil reparação podem resultar para as partes em razão da negligência do juiz no cumprimento do seu dever, prolongando abusivamente prisões preventivas, dando publicidade indevida a certos processos, retardando injustificadamente a decisão, além de outras hipóteses de negação de justiça. Por seu turno, o serviço judiciário defeituoso, mal-organizado, sem os instrumentos materiais e humanos adequados, pode, igualmente, tornar inútil a prestação jurisdicional e acarretar graves prejuízos aos jurisdicionados pela excessiva morosidade na tramitação do processo. Os bens das partes se deterioram, o devedor desaparece, o patrimônio do litigante se esvai, etc.

Ora, já ficou assentado que o arcabouço da responsabilidade estatal está estruturada sobre o princípio da organização e funcionamento do serviço público. E, sendo a prestação da justiça um serviço público essencial, tal como outros prestados pelo Poder Executivo, não há como nem por que escusar o Estado de responder pelos danos decorrentes da negligência judiciária, ou do mau funcionamento da Justiça, sem que isto moleste a soberania do Judiciário ou afronte o princípio da autoridade da coisa julgada”

Passados os esclarecimentos sobre a possibilidade de responsabilidade do Estado por ato ou omissão jurisdicional, entramos na análise da demora do processo como fator de responsabilização.

No caso específico da morosidade processual, o primeiro questionamento que deve ser feito é se trata de uma ação ou de uma omissão ilícita.

A resposta a tal indagação é de suma importância, isto porque, tratando-se de ação, a responsabilidade é objetiva, o que faz com que seja suficiente a existência de três

elementos para responsabilização civil: a comprovação da ação ou omissão, do nexo causal e dos danos sofridos em decorrência da demora no fornecimento da tutela jurisdicional.

Se ao contrário, se conclui que se trata de uma omissão ilícita, a doutrina majoritária do direito administrativo leciona que a responsabilidade do Estado é subjetiva. Desse modo, inclui-se como elemento na análise da responsabilização, a culpa. Em outras palavras, sendo subjetiva a responsabilidade, o processo de averiguação da responsabilidade terá que trazer à tona a comprovação de que a omissão decorreu de uma negligência, de uma imprudência, de uma imperícia ou, eventualmente, de uma omissão dolosa do agente estatal.

A análise, entendo, não pode ser feita em abstrato de modo a afirmarmos que a responsabilização sempre será subjetiva ou sempre objetiva. É importante voltarmos os olhos para o caso concreto. Por exemplo, se a demora do processo ocorreu por um ato praticado pelo juiz que reteve os autos por um prazo exacerbado. Sem entrar no elemento subjetivo do agente, dolo ou culpa, nesse caso, vemos que houve um processo, objetivamente falando, com dilações indevidas causadas por uma ação de um agente público. Temos, então, o direito subjetivo à duração razoável lesionado por uma ação de agente do Estado, o que gera a aplicação da responsabilidade objetiva.

Ao contrário, se temos um processo lento, por insuficiência de funcionários, juizes, material de expediente, grande quantidade de processo, temos um processo lento não por uma ação, mas sim por uma omissão do Estado em aparelhar e fiscalizar o Judiciário, um serviço público imperfeito¹⁷¹. Nesse caso, temos uma omissão, em

¹⁷¹ A propósito, **DELGADO (1995: 526)**: “A demora na prestação jurisdicional cai no conceito de serviço público imperfeito. Quer ela seja por indolência do juiz, quer seja por o Estado não prover adequadamente o bom funcionamento da Justiça”

decorrência da falta ou deficiência do serviço, devendo ser aplicada a teoria da responsabilidade subjetiva.

Esse é o entendimento de **BANDEIRA DE MELO (2006: 967)** para quem:

“... a ausência de serviço devido ao seu defeituoso funcionamento, inclusive por demora, basta para configurar a responsabilidade do Estado pelos danos daí decorrentes em agravo dos administrados...” “É mister acentuar que a responsabilidade por “falta de serviço”, falha do serviço ou culpa do serviço (*faute du service*, ou seja qual for a tradução que se lhe dê) não é, de modo algum, modalidade de responsabilidade objetiva, ao contrário do que entre nós alhures, às vezes, tem-se inadvertidamente suposto. É responsabilidade subjetiva porque baseada na culpa (ou dolo), como ser advertiu o Prof. Oswaldo Aranha Bandeira de Mello”.

Importante consideração faz o mesmo autor mais adiante. Expõe ele o seguinte argumento: impor responsabilidade objetiva ao Estado nos casos de falta de serviço seria transformá-lo em um “segurador universal”.

De fato, por mais que almejássemos uma responsabilização objetiva por ausência de serviço, tal implicaria em situação inviável na prática. Em resumo, qualquer ausência de serviço essencial e/ou urgente geraria uma responsabilização do Estado. Com esse entendimento, ou o Estado transforma-se em onipresente ou sofrerá as conseqüências indenizatórias de sua ausência.

Assim, em que pese entender que a punição pela morosidade processual seja um dos caminhos mais eficazes para a transformação do processo brasileiro, entendo que não se pode aplicar a teoria da responsabilização objetiva, pautada no risco administrativo, nos casos em que existe uma falta do serviço.

Entretanto, o fato de ser responsabilidade subjetiva não ilide que sejam aplicados outros institutos para facilitação do acesso à justiça.

Nesse sentido, a falta do serviço pode ser apurada através da figura da culpa presumida. Tal instituto na realidade é uma representação no direito material da figura da inversão do ônus da prova. Em outras palavras, permite-se a discussão no processo do elemento culpa, mas há a inversão do *onus probandi*, impingido ao Estado a comprovação de que ele não agiu com culpa ou dolo.

A aplicação do instituto da culpa presumida proporciona ao jurisdicionado, porquanto hipossuficiente, uma paridade de armas, já que, em regra, não conseguiria ele comprovar as nuances administrativas que levaram a falta ou deficiência do serviço. Com esse pensamento, caberia a administração comprovar que não agiu com culpa no caso concreto.

Há uma diferença capital entre os institutos da culpa presumida e da responsabilidade objetiva¹⁷². Neste último caso, não há necessidade para responsabilização da análise, perquirição, comprovação do elemento culpa. Desta forma, se a vítima comprova que teve um dano, e que esse foi causado por uma omissão do Estado, restará na responsabilidade objetiva estabelecido o dever de indenizar. Na culpa presumida, o Estado pode trazer para o

¹⁷² Esclarecendo a questão, **CAVALIERI FILHO (2004: 59)**: “A culpa presumida foi um dos estágios na longa evolução do sistema da responsabilidade subjetiva ao da responsabilidade objetiva. Em face da dificuldade de se provar a culpa em determinadas situações e da resistência dos autores subjetivistas em aceitar a responsabilidade objetiva, a culpa presumida foi o mecanismo encontrado para favorecer a posição da vítima. O fundamento da responsabilidade, entretanto, continuou o mesmo – a culpa; a diferença reside num aspecto meramente processual de distribuição do ônus da prova. Enquanto no sistema clássico (da culpa provada) cabe à vítima provar a culpa do causador do dano, no de inversão do ônus probatório atribuí-se ao demandado o ônus de provar que não agiu com culpa”

processo provas que confirmem a tese que ele não foi culpado e que, portanto, não tem o dever de indenizar.

Corroborando o pensamento de que na falta do serviço a culpa deve ser presumida e esclarecendo a diferença entre ambos institutos, **BANDEIRA DE MELO (2006: 968)**:

“Outro fator que há de ter concorrido para robustecer este engano é a circunstância de que em inúmeros casos de responsabilidade por *faute du service* necessariamente haverá de ser admitida uma “presunção de culpa”, pena de inobservância desta modalidade de responsabilização, ante a extrema dificuldade (às vezes intransponível) de demonstrar-se que o serviço operou abaixo dos padrões devidos, isto é com negligência, imperícia ou imprudência, vale dizer, culposamente. Em face da presunção de culpa a vítima fica desobrigada a comprová-la. Tal presunção, entretanto, não elide o caráter subjetivo desta responsabilidade, pois se o Poder Público demonstrar que se comportou com diligência, perícia e prudência – antítese de culpa – estará isento da obrigação de indenizar, o que jamais ocorreria se fora objetiva a responsabilidade”

Entendo inclusive que a responsabilidade subjetiva com culpa presumida concilia a necessidade de punição do Estado moroso e ausente em todos os aspectos com a impossibilidade do Estado onipresente.

Para a duração razoável do processo, a aplicação da teoria da responsabilização objetiva poderia gerar situações esdrúxulas. Como não se averigua o elemento culpa, haveria a possibilidade, em tese, do réu sucumbente pleitear direito à indenização pela demora do processo. Ou do autor derrotado ingressar pleiteando indenização por danos morais em decorrência da demora no fornecimento de uma tutela urgente. Nessas hipóteses, não poderia o Estado trazer à baila a discussão sobre sua ausência de culpa.

Aqueles que defendem a teoria da responsabilidade objetiva poderiam argumentar que, em ambos os casos, houve culpa exclusiva da vítima. De fato, em abstrato, a vítima pode ter sido “culpada” por provocar o Judiciário indevidamente¹⁷³. No entanto, no caso de ausência ou deficiência do serviço, não podem ser culpadas de terem retardado o processo.

Ademais, entender que autor e réu são culpados pela morosidade do processo é um argumento falho, porquanto, o autor quando acessa o Judiciário, mesmo que não venha ter sucesso, está exercendo seu direito constitucional de ação e o réu, quando se utiliza dos mecanismos de defesa está também colocando em prática seu direito constitucional de ampla defesa. Em resumo, buscar a argumentação na excludente da culpa exclusiva da vítima para os casos citados é um subterfúgio que não encontra maiores amparos.

Também como válvula de escape dos absurdos que podem gerar a responsabilização objetiva pela ausência de serviço, pode se levantar a tese de exercício regular do direito. De fato, o arrazoado pode ser trazido em determinadas situações em que estejamos numa zona cinzenta entre o que é e o que não é tempo razoável. Como já comentamos, o processo em decorrência do postulado do devido processo legal com seus consectários requer tempo. Desse modo, haverá casos em que o tempo empregado não seja o ideal, mas esteja dentro do razoável diante das garantias constitucionais. No entanto, o argumento do exercício regular do direito, diante do seu subjetivismo, pode acobertar situações de flagrante lesão ao postulado do processo sem dilações indevidas.

¹⁷³ A idéia deve ser pensada dando um enfoque ao direito constitucional de petição e acesso à justiça.

Ainda, pode se trazer como causa excludente da responsabilidade a tese da reserva do possível¹⁷⁴. A idéia, como se verá pode ser utilizada para justificar o limite para fornecimento de recursos financeiros para melhoramento do Poder Judiciário. Nunca para justificar uma causa excludente de culpa.

Por fim, finalizando a análise dos elementos da responsabilidade civil do Estado pela morosidade processual, perquirimos sobre o elemento dano. É fato incontroverso que a demora do processo gera para o autor e para o réu, especialmente aqueles que têm razão no processo um dano, decorrente da angústia, da ansiedade, da tormenta que está em aguardar o processo¹⁷⁵. A doutrina denomina tal dano de marginal¹⁷⁶. Pois bem, a demora em qualquer processo provoca nas partes esta espécie de dano que pode ser considerado dano moral em sua acepção lata.

Ademais, além do dano marginal, ínsito a qualquer processo moroso, é possível, nos casos particulares, a ocorrência de danos específicos, materiais e morais. Como exemplo, poderíamos ter o retardo no fornecimento de antecipação dos efeitos da tutela para realização de cirurgia de urgência, negada ou retardada pela rede pública hospitalar, em que o paciente vem à óbito. Nesse caso, em que pese à concorrência de culpa entre Estado (prestador de serviço a saúde) e Estado (prestador da tutela jurisdicional) teríamos danos duas

¹⁷⁴ O tema será tratado mais adiante quando nos referimos a limites ao desenvolvimento do postulado da duração razoável do processo.

¹⁷⁵ **GUERRA (2005:4)**: “a duração razoável do processo pode ser, ela própria, causa imediata de danos para o autor, simplesmente por submeter o direito controvertido a um prolongado estado de insatisfação. Nessa hipótese a mera permanência no estado de insatisfação do direito, imposta pela duração do processo, é a causa imediata de danos irreparáveis ou de difícil reparação, que tornam inviáveis a prestação efetiva da tutela jurisdicional adequada. Esse risco de dano é aquele denominado por Calamandrei de perigo da tardança e por Andolina de dano marginal em sentido estrito ou por indução processual”.

¹⁷⁶ Andolina *apud* **MARINONI (2007: 25)**: “Questo peculiare tipo di danno può essere indicato come ‘danno marginale in senso stretto’, oppure come ‘danno marginale da induzione processuale’, appunto in quanto esso è specificamente causato, e non soltanto genericamente occasionato, dalla distensione temporale del processo” Tradução livre (Este particular tipo de dano pode ser indicado como dano marginal em sentido estrito, opera como dano marginal de indução processual surgindo quando isso é especificamente causado e não só genericamente ocasionado, em decorrência da distensão temporal do processo).

ordens, moral, pelo sofrimento da família e material pela perda da fonte de renda que representava aquele ente no seio familiar.

De toda sorte, a demora do processo por si só é fonte de danos no processo. Cf. **MARINONI (2007: 25)**.

Em resumo, pensamos que existem argumentos jurídicos palpáveis que nos façam suportar a morosidade da justiça, seja ela ocasionada por insuficiência dos serviços judiciários seja indolência dos juizes. Conforme **DELGADO (1995: 530)**: *“É tempo de se exigir uma tomada de posição do Estado para solucionar a negação da Justiça por retardamento da entrega da prestação jurisdicional. Outro caminho não tem o administrado senão o de voltar-se contra o próprio Estado que lhe retardou Justiça, e exigir-lhe reparação civil pelo dano, pouco importando que por tal via também enfrente idêntica dificuldade”*.

6.2. GARANTIAS CONSTITUCIONAIS COMO VEÍCULO DE EFETIVAÇÃO DA DURAÇÃO RAZOÁVEL DO PROCESSO

Conforme já colocado, em síntese, a diferença entre direitos e garantias constitucionais reside na idéia de que os direitos são bens jurídicos reconhecidos, estáticos,

portanto, que necessitam das garantias como instrumento ou veículo de efetivação ou proteção desses direitos.

Também já foi fixado alhures que a duração razoável do processo por ser veículo de efetivação dos direitos, instrumental e derivado, enquadra-se melhor na conceituação de garantia constitucional fundamental.

No entanto, apesar de garantia fundamental é possível em diversas situações haver a lesão ao postulado do processo sem dilações indevidas, a exemplo, dos famosos “embargos de gaveta”, onde o processo, injustificadamente fica aguardando um julgamento que não é proferido.

Nessas situações, por mais contraditório que possa parecer, é necessário à utilização de uma garantia constitucional, materializada numa ação judicial, para garantir o postulado da duração razoável.¹⁷⁷

Surge, então, o questionamento: qual ou quais seriam as ações constitucionais que poderiam ser utilizadas para garantir a duração razoável do processo.

A Constituição Federal, no artigo 5, trouxe diversas ações constitucionais, como veículo de efetivação dos direitos, a exemplo, do *habeas corpus*,

¹⁷⁷ CURTIS (207) “Las garantías constitucionales son instrumentos – que tradicionalmente adoptan la forma de acciones, recursos, demandas o quejas – que permiten que la persona titular de un derecho acuda a una autoridad independiente – habitualmente, el Poder Judicial” Tradução livre (As garantias constitucionais são instrumentos – que tradicionalmente adotam a forma de ações, recursos, demandas ou queixas – que permitem que a pessoa titular de um direito busque um autoridade independente – habitualmente o Poder Judiciário...)

habeas data, mandado de injunção, mandado de segurança¹⁷⁸, ação popular, dentre outras. Todas, com a finalidade específica da defesa dos direitos individuais e coletivos.

Pois bem, da análise dos dispositivos, percebe-se que, à exceção do mandado de segurança, as demais ações têm uma finalidade específica. O mandado de segurança é o que os doutrinadores chamam de garantia constitucional residual, até mesmo pela redação do artigo 5, LXIX, da CF¹⁷⁹.

No dispositivo, fica claro que resta ao mandado de segurança a defesa dos direitos líquidos e certos que não forem amparados por *habeas-corpus* ou *habeas-data*.

Corroborando este pensamento, **GOUVÊA MEDINA (2005: 156)**:

“O mandado de segurança protege os direitos públicos subjetivos das três ordens – os direitos políticos, os direitos individuais e os direitos sociais, e também os direitos coletivos –, em relação a ambas espécies de prestações que eles implicam – as prestações positivas e as prestações negativas. Cabe, pois, mandado de segurança para impugnar o ato comissivo da administração que viole direito líquido e certo, como cabe também contra ato de omissão administrativa de que resulte lesão ao mesmo tipo de direito”

¹⁷⁸ O Mandado de Segurança foi introduzido no ordenamento jurídico pela Constituição de 1934, que no artigo 102, parágrafo 21, prescrevia: “Quem tiver direito certo e incontestável ameaçado ou violado por ato manifestamente ilegal do Poder Executivo poderá requerer ao juiz competente um mandado de segurança. A lei estabelecerá processo sumaríssimo que permita ao juiz, dentro de cinco dias ouvida neste prazo, por 72 horas, a autoridade coatora, resolver o caso, negando o mandado ou, se o expedir, proibindo-a de praticar o ato, ou ordenando-lhe restabelecer integralmente a situação anterior, até que, em última instância, se pronuncie o Poder Judiciário. Não será concedido o mandado, se o requerimento tiver, há mais de 30 dias, conhecimento do ato ilegal, ou se a questão for sobre impostos, taxas, ou multas fiscais. Nestes casos, caberá ao lesado recorrer aos meios normais”

¹⁷⁹ LXIX – conceder-se-á mandado de segurança para proteger direito líquido e certo, não amparado por "habeas-corpus" ou "habeas-data", quando o responsável pela ilegalidade ou abuso de poder for autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público

Desta forma, entendemos que se a defesa for, exclusivamente, da garantia da duração razoável do processo, o instrumento adequado será o mandado de segurança¹⁸⁰.

Todavia, em sentido contrário, é possível encontrar no Superior Tribunal de Justiça decisão monocrática do Ministro Félix Fischer, nos autos do Mandado de Segurança Nº 13.531 - DF (2008/0094211-7), indeferindo liminarmente a petição de Mandado de Segurança, por entender que não cabe tal instrumento para questionar ação ou omissão judicial¹⁸¹.

¹⁸⁰ Com esse pensamento, **BARRUFFINI (2006: 276)**: “Com a verificação de que quaisquer dessas ou outras garantias voltadas à efetividade da jurisdição não foram asseguradas ou com a constatação de que, por outras razões, houve demora excepcional e injustificada no andamento do processo, restará configurada injusta violação de direito líquido e certo, abrindo caminho para correção da lesão pela via do mandado de segurança, desde que previamente esgotados, com esse objetivo, todos os recursos previstos no ordenamento”

¹⁸¹ Processo MS 013531 Relator(a) Ministro FELIX FISCHER Data da Publicação DJ 27.06.2008 Decisão MANDADO DE SEGURANÇA Nº 13.531 - DF (2008/0094211-7)

RELATOR : MINISTRO FELIX FISCHER

IMPETRANTE : VICENTE APARECIDO SILVA

ADVOGADO : JOSÉ PAULO FERREIRA JUNIOR E OUTRO(S)

IMPETRADO : TERCEIRA TURMA DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

DECISÃO

Trata-se de mandado de segurança, com pedido de liminar, impetrado por VICENTE APARECIDO SILVA, contra ato reputado de omissivo da e. 3ª Turma deste c. Superior Tribunal de Justiça, visando à concessão de liminar para determinar que haja o julgamento do Agravo de Instrumento 582.060/MG, no qual o impetrante é recorrido, distribuído ao Ministro Ari Pargendler.

Alega o impetrante que o Agravo de Instrumento em questão foi autuado em 20/05/2004, não tendo sido julgado até a data da impetração do presente mandamus. O processo teria sido distribuído inicialmente para o Ministro Antônio de Pádua Ribeiro, sendo posteriormente redistribuído em 1º de julho de 2005 para o Ministro Ari Pargendler, onde aguarda apreciação. Sustenta, com base no inciso LXXVII do art. 5º da Constituição Federal, que assegura a duração razoável do processo, estar o Estado obrigado a conferir ao particular uma tutela jurisdicional em prazo razoável.

É o relatório.

Decido.

Não comporta trânsito o presente mandado de segurança, ante a inadequação da via eleita.

É que, de acordo com o entendimento firmado no âmbito desta e. Corte Superior, não é cabível o writ contra ato ou omissão judicial. Tal entendimento foi inclusive sumulado pelo c. Supremo Tribunal Federal, resultando no enunciado 267 da Súmula de sua jurisprudência, o qual transcrevo: "Não cabe mandado de segurança contra ato judicial passível de recurso ou correição."

Veja-se, nesse sentido, os vv. acórdãos da Corte Especial:

"CRIMINAL. AGRAVO REGIMENTAL. MANDADO DE SEGURANÇA. DECISÃO JUDICIAL. RECURSO PRÓPRIO. SÚMULA 267 DO STF. NÃO CONHECIMENTO DO PEDIDO.

I. Não cabe mandado de segurança contra ato de que caiba recurso próprio, em respeito à preclusão e, mormente, à coisa julgada, se não evidenciada teratologia na decisão que se pretende desconstituir.

II. Inteligência do art. 5º, inciso II, da Lei 1.533/51 e do enunciado n.º 267 da Súmula do Supremo Tribunal Federal.

III. Precedentes desta Corte.

IV. Agravo regimental não-conhecido."

(AgRg no MS 10.744/DF, Rel. Min. Gilson Dipp, DJU de 27/03/2006).

Em que pese a respeitabilidade do referido julgado, o fundamento utilizado, súmula 267, do STF, na nossa concepção, não se aplica ao caso da lesão ao postulado da duração razoável do processo, isto porque, no caso específico, inércia do órgão julgador, o mandado de segurança não se presta a impugnar a decisão judicial. Não se busca corrigir um erro *in judicando*, mas um erro *in procedendo*. O mandado de segurança

"AGRAVO REGIMENTAL. MANDADO DE SEGURANÇA. DECISÃO JUDICIAL RECORRÍVEL. DESCABIMENTO. SÚMULA Nº 267/STF.

1 - Não cabe mandado de segurança contra ato judicial passível de recurso ou correição (Súmula nº 267/STF).

2 - Precedentes da Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça.

3 - Agravo improvido."

(AgRg no MS 10.029/DF, Rel. Min. Paulo Gallotti, DJU de 28/02/2005).

"AGRAVO REGIMENTAL MANDADO DE SEGURANÇA CONTRA ACÓRDÃO DO STJ.

DESCABIMENTO. RECURSO PRÓPRIO. SUM. 267/STF.

1 - Não cabe mandado de segurança contra ato judicial passível de recurso ou correição (súmula 267/STF), tampouco contra decisão prolatada por Ministro Relator (MS nº 2928/DF).

2 - Agravo regimental desprovido."

(AgRg no MS 4.882/SP, Rel. Min. Fernando Gonçalves, DJU de 13/10/2003).

"PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL. MANDADO DE SEGURANÇA. ATO JUDICIAL DE RELATOR DESTA TRIBUNAL. EXERCÍCIO DA FUNÇÃO JURISDICIONAL. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA Nº 267/STF. PRECEDENTES.

1. Agravo Regimental contra decisão que indeferiu, de plano, a petição inicial do presente mandado de segurança (art. 212, RISTJ).

2. Mandado de Segurança impetrado contra v. decisão proferida na MC nº 5134/SP da lavra da eminente Ministra desta Corte Superior Nancy Andrighi.

3. Ato que se diz violador de competência de Ministro Relator deste Tribunal no exercício da função jurisdicional.

4. A Constituição Federal de 1988, em seu art. 105, inciso I, alínea 'b', preceitua que 'compete ao Superior Tribunal de Justiça processar e julgar, originariamente, os mandados de segurança e os habeas-data contra ato de Ministro de Estado, dos Comandantes da Marinha, do Exército e da Aeronáutica ou do próprio Tribunal.'

5. 'As decisões judiciais das Turmas e das Seções não admitem, em princípio, mandado de segurança, já que as Turmas e as Seções prestam jurisdição em nome do Tribunal, não como instância inferior dentro do Tribunal. O art. 105, I, 'b', parte final, da Constituição, abrange os atos administrativos da Corte e de seus Órgãos e, excepcionalmente, atos judiciais manifestamente ilegais e que revelem possibilidade de dano irreparável. Pressupostos não ocorrentes.' (AgRg no MS 844/DF, Rel. Min. Assis Toledo, DJ 28/10/1991).

6. 'As decisões proferidas pelas Turmas e Seções do Superior Tribunal de Justiça, não podem ser atacadas via mandado de segurança, porque, ao apreciarem os casos que lhes são submetidos, no exercício da função jurisdicional, estas atuam em nome do Tribunal, e não como instância inferior dentro do próprio.' (AgReg no MS nº 1956/DF, Corte Especial, Rel. Min. CID FLAQUER SCARTEZZINI, DJ de 15/02/1993).

7. 'Não cabe mandado de segurança contra ato judicial passível de recurso ou correição' (Súmula 267/STF).

8. Precedentes desta Corte Superior.

9. Agravo regimental não provido."

(AgRg no MS 8.442/DF, Rel. Min. José Delgado, DJU de 02/12/2002).

Com efeito, o mandado de segurança não se presta como sucedâneo dos meios de reivindicação próprios, não podendo ser ele utilizado como via subsidiária para manifestar igual pretensão a ser formulada dos recursos adequados.

Ante o exposto, indefiro liminarmente a petição inicial.

P. e I.

Brasília (DF), 15 de maio de 2008.

MINISTRO FELIX FISCHER

Relator

impetrado nessa situação não presta a questionar os fundamentos da decisão, como se faz em um recurso, mas impor o julgamento mais rápido.

Importante, desde já, deixar consignado que a medida da ação constitucional deve ser vista como excepcional, porquanto, já há na legislação diversos mecanismos que impõem um aceleração processual, como a prioridade processual das ações de *habeas corpus*, o pedido de preferência de julgamento, previsto em diversos regimentos internos e, administrativamente, as vias correcionais. Assim, o instrumento judicial só pode ser utilizado como *ultimo ratio* para resolução do problema tempo no processo¹⁸².

O escopo de Mandado de Segurança, neste caso, será o de buscar tutela jurisdicional do órgão de hierarquia superior, de acordo com a competência estabelecida pela Constituição, materializada através de medidas coercitivas, como advertências, multas, para que possa ser corrigida uma omissão judicial, realizando o julgamento da causa dentro de um tempo razoável.

De se ressaltar que a dúvida só reside nos casos de processo judicial. Em casos de duração razoável do procedimento administrativo, não se aplica, nem sequer em tese, a restrição da súmula 267, do STF, sendo claramente um ato administrativo ilegal, passível de correção por meio de mandado de segurança¹⁸³.

¹⁸² A idéia, acreditamos, encontrará resistência por parte de alguns membros do Judiciário que podem entender que se trata de um instrumento de fiscalização. Esperamos, no entanto, que o STF incorpore a tese para haja a possibilidade de efetivação, provocada pela sociedade do postulado da duração razoável do processo.

¹⁸³ **MORO (2008)**: “Mas não deixa de ser importante por alguns motivos: extensão da celeridade ao âmbito administrativo; aplicabilidade imediata incontestável; e a assecuração da razoabilidade da duração do processo e de meios assecuratórios dessa celeridade, que passa a ser um direito líquido e certo, claramente amparável por mandado de segurança”.

Entretanto, se além da duração razoável está em risco a liberdade ou informações pessoais, entendo que o veículo adequado é, respectivamente, *habeas corpus* e *habeas data*.

Corroborando o entendimento de que é possível a defesa via judicial do postulado da duração razoável do processo, a 1ª Turma do STF, nos autos do HC 91041, no dia 05 de junho de 2007, por empate, após votos dos Ministros Ricardo Lewandowski e Cármen Lúcia que indeferiram o pedido e dos Ministros Carlos Britto e Marco Aurélio que deferiram o pedido, concedeu a ordem para determinar que Ministro do Superior Tribunal de Justiça colocassem em julgamento um outro *habeas corpus*, de réu preso, que estaria aguardando julgamento a muito tempo. Vejamos:

EMENTA: HABEAS CORPUS. WRIT IMPETRADO NO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. DEMORA NO JULGAMENTO. DIREITO À RAZOÁVEL DURAÇÃO DO PROCESSO. NATUREZA MESMA DO HABEAS CORPUS. PRIMAZIA SOBRE QUALQUER OUTRA AÇÃO. ORDEM CONCEDIDA. O habeas corpus é a via processual que tutela especificamente a liberdade de locomoção, bem jurídico mais fortemente protegido por uma dada ação constitucional. O direito a razoável duração do processo, do ângulo do indivíduo, transmuta-se em tradicional garantia de acesso eficaz ao Poder Judiciário. Direito, esse, a que corresponde o dever estatal de julgar. No habeas corpus, o dever de decidir se marca por um tónus de presteza máxima. Assiste ao Supremo Tribunal Federal determinar aos Tribunais Superiores o julgamento de mérito de habeas corpus, se entender irrazoável a demora no julgamento. Isso, é claro, sempre que o impetrante se desincumbir do seu dever processual de pré-constituir a prova de que se encontra padecente de "violência ou coação em sua liberdade de locomoção, por ilegalidade ou abuso de poder" (inciso LXVIII do art. 5º da Constituição Federal). Ordem concedida para que a autoridade impetrada apresente em mesa, na primeira sessão da Turma em que oficia, o writ ali ajuizado.

Em caso semelhante, no dia 11 de setembro de 2007, a 1ª Turma do STF, por maioria de votos, vencidos os Ministros Ricardo Lewandowski e Menezes Direito, nos

autos do HC 91986/RS, tendo como relatora a Ministra Cármen Lúcia, prolatou o seguinte julgamento:

EMENTA: HABEAS CORPUS. PROCESSUAL PENAL. ALEGAÇÃO DE DEMORA NA REALIZAÇÃO DO JULGAMENTO DE MÉRITO DE HABEAS CORPUS NO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. AFRONTA AO PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA DURAÇÃO RAZOÁVEL DO PROCESSO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL CARACTERIZADO. ORDEM DEFERIDA. 1. A comprovação de excessiva demora na realização do julgamento de mérito do habeas corpus impetrado no Superior Tribunal de Justiça configura constrangimento ilegal, por descumprimento da norma constitucional da razoável duração do processo (art. 5º, inc. LXXVIII, da Constituição da República), viabilizando, excepcionalmente, a concessão de habeas corpus. 2. Deferimento da ordem, para determinar à autoridade impetrada que apresente o habeas corpus em Mesa, na primeira sessão da Turma em que oficia, subsequente à comunicação da presente ordem (art. 664 do Código de Processo Penal c/c art. 202 do Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça).

No voto vencedor, afirma a Ministra Relatora que “*o objetivo do presente habeas corpus é precipuamente dar celeridade em medida idêntica à presente, impetrada na instância a quo, que está parada, injustificadamente, por longo período*”

Dos dois julgados, observe-se que há uma forte tendência do Supremo Tribunal de efetivar a garantia da duração razoável do processo, através das ações constitucionais.

É, na nossa opinião, uma via adequada à materialização, à defesa e, especialmente, à efetivação judicial da garantia da duração razoável do processo.

Numa situação como essa, é possível aplicar, por analogia, a regra prevista no artigo 198, do CPC, de modo que, ao determinar que o relator ou juiz realize o

juízo o Tribunal Superior possa também designar outro relator ou outro juiz, evitando, desta forma, a ocorrência de ranhuras ao postulado da imparcialidade.

7. LIMITES AO DESENVOLVIMENTO E EFETIVAÇÃO JUDICIAL DA GARANTIA DA DURAÇÃO RAZOÁVEL

7.1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Como já colocado em tópicos anteriores, não se trata a garantia da duração razoável do processo de direito fundamental absoluto, portanto, por essa premissa encontra o referido princípio limites ao seu desenvolvimento e efetivação judicial.

De antemão, também é importante ter em mente que identificar tais limites não implica no esvaziamento do postulado da garantia da duração razoável, mas, ao contrário, descobrir os confins gera a segurança de objetivar a maximização do postulado constitucional.

Pois bem, no presente capítulo, trataremos de três teses que limitam o desenvolvimento e a efetivação judicial, são elas: a vedação a atuação do magistrado como legislador positivo; a densidade insuficiente das normas constitucionais e a teoria da reserva do possível.

Passemos, então, a analisá-las individualmente.

7.2. A VEDAÇÃO A ATUAÇÃO DO MAGISTRADO COMO LEGISLADOR POSITIVO

O princípio da efetividade das normas constitucionais exige uma atuação positiva de todos os integrantes do sistema democrático. Nesses termos, é tarefa do legislador, como agente de inovação no ordenamento jurídico, criar mecanismos legais que busquem a efetividade das normas constitucionais. É atribuição dos membros do executivo criarem condições materiais de exeqüibilidade das normas constitucionais e, principalmente, é do Judiciário a competência de efetivar, criar no caso concreto, através de atos de interpretação, os postulados constitucionais.

Compartilhando desse entendimento, **PORTANOVA (1997: 132)**:

“Com efeito, não há confundir a criação judicial com a criação legislativa. Ao primeiro, convém lembrar que está se falando de criação do direito no caso concreto. Ao depois, trata-se de uma criação do direito proposta pela parte interessada. Convém ter em conta, ainda, que, diferente da criação do legislador, a criação do direito pelo juiz que não é geral.

Para o exercício democrático da atividade jurisdicional criativa, o juiz precisa estar consciente da vinculação das normas processuais a que está submetido, aos valores políticos e ideológicos que as sustentam, e ao mesmo tempo, ser capaz de, pelas vias hermenêutica e jurisprudencial, abrir caminho para elaboração de um Direito alternativo mais justo e igualitário do que o atual.”

No entanto, a idéia de separação de poderes criou entre essas funções uma barreira aparentemente intransponível. Com isso, normas que dependem de uma legislação futura, como no caso das normas de eficácia limitada de princípio institutivo, bem como normas que necessitam de uma atuação mais criativa do Judiciário, ficam sem

aplicabilidade, dada à inércia do legislativo em cumprir sua função de conformação constitucional.

De fato, nossa Constituição no artigo art. 2º, prescreve que o Judiciário, o Executivo e o Legislativo são poderes independentes e harmônicos entre si. Há com essa norma constitucional a imposição ou o estabelecimento do princípio básico da separação dos poderes.

Todavia, tal norma não pode e não deve ser interpretada ou vista de forma isolada ou absoluta, isto porque, apesar da Constituição prever expressamente a separação dos três poderes, é possível a existência de uma eventual “interferência” de um sobre o outro.

É necessário que se entenda que, por trás da norma que prevê a separação dos poderes, existe em essência um Estado Democrático de Direito. Tal postulado faz com que haja também, por detrás deste princípio, outros como é o caso da divisão de poderes (*share of power*) ou o dos freios e contrapesos (*check and balances*) de um poder sobre o outro e ainda do princípio da efetividade, que decorre da própria supremacia constitucional.

Nessa linha de argumentação, **MORO (2001: 85):**

“Em toda Constituição escrita existe o princípio implícito de que todo o comportamento a ela contrário reveste-se de ilicitude, o que decorre de sua própria supremacia. Se se tratar de inconstitucionalidade por ação, o princípio exige a invalidação retroativa do ato ilícito. Se se tratar de inconstitucionalidade por omissão, o princípio exige o seu suprimento, nas mesmas circunstâncias. Como a Constituição brasileira atribui ao Judiciário o controle da atividade dos demais poderes constituídos, o princípio exige que, em um e outro caso, a referida instituição tome as providências cabíveis para preservar a força normativa da ordem constitucional. O juiz tem, frente a casos

concretos, o dever geral de dizer o Direito aplicável, mesmo que para isso seja necessário invalidar ato legislativo inconstitucional ou suprir omissão legislativa inconstitucional”

No Brasil, desta forma, não poderia ser diferente, a Constituição de 1988, previu vários dispositivos que demonstravam claramente esta divisão de atribuições e a este mútuo controle existente entre os poderes. Como exemplo, temos elaboração das leis, função precípua do Legislativo, que conta com a participação do Executivo, através da sanção ou do veto, e eventualmente do Judiciário, através da apreciação de sua inconstitucionalidade ou ilegalidade.

Pois bem, a idéia que se pode extrair da conjugação dos princípios da separação dos poderes, da divisão dos poderes e dos freios e contrapesos é a de que um poder pode “interferir” no outro, desde que haja autorização da Constituição para tanto.

A idéia, ademais, é a de que a Constituição é a fonte legítima de irradiação dos poderes do Estado, sendo, estes “poderes”, nada mais do que uma divisão de atribuições, tarefas, delegadas pela norma jurídica fundamental.

Pois bem, com base nisso, é possível chegar a conclusão que, em determinadas situações, o magistrado pode atuar como legislador positivo, criando normas concretas que gerem a efetivação dos postulados constitucionais.

A questão da atuação do magistrado como legislador positivo, obviamente, não pode autorizar o magistrado a ignorar o arcabouço normativo existente, de modo a criar suas próprias normas. Não se trata de uma autorização para legislar livremente,

mas de uma permissão excepcional de dentro de sua função judicante, resolver criativamente os casos concretos.

No Supremo Tribunal Federal, a questão ainda não está pacificada, apesar de existir diversos julgados, explicitando claramente a proibição de atuação do magistrado como legislador positivo, é possível encontrar arrestos em que o próprio Supremo imbrica-se nesta função.

Como exemplo de vedação à atuação como legislador positivo, temos o seguinte julgado do STF:

“EMENTA – Isonomia: alegada ofensa por lei que concede isenção a certa categoria de operações de câmbio, mas não a outra, substancialmente assimilável àquelas contempladas (DI 2.434/88, art. 6°): hipótese em que, do acolhimento da inconstitucionalidade argüida, poderia decorrer a nulidade da norma concessiva da isenção, mas não a extensão jurisdicional dela aos fatos arbitrariamente excluídos do benefício, dado que o controle da constitucionalidade das leis não confere ao Judiciário funções de legislação positiva”¹⁸⁴

Em sentido contrário, no entanto, encontramos julgado realizado no mandado de injunção 543, impetrado com fundamento na mora do Congresso Nacional em regulamentar o §3°, do artigo 8°, da ADCT¹⁸⁵, o causídico que o subscreveu pleiteou no STF a reparação pecuniária consistente no pagamento dos valores que os impetrantes teriam direito caso não tivessem sido atingidos por atos institucionais de exceção, informando, outrossim, que para o caso não era mais necessário declarar a mora do Congresso e interpelá-lo para

¹⁸⁴ Agravo Regimental em Agravo de Instrumento n° 200.188-0-SP – Primeira Turma – Relator: Ministro Sepúlveda Pertence. julgamento 17/02/98, DJU I, de 13.03.98.

¹⁸⁵ §3° - Aos cidadãos que foram impedidos de exercer , na vida civil, atividade profissional específica, em decorrência das Portarias Reservadas do Ministério do Aeronáutica n. S-50-CM5, de 19 de junho de 1994, e n. S-285-GM5, será concedida reparação de natureza econômica, na forma que dispuser a lei de iniciativa do Congresso Nacional e a entrar em vigor no prazo de doze meses a contar da promulgação da Constituição.

elaboração da lei exigida, já que em outro instrumento mandamental aquela Corte já havia feito a mesma coisa.

Pois bem, diante do caso concreto, os Ministros do STF ampliaram o alcance da tutela jurisdicional do mandado de injunção, possibilitando que o impetrante fosse ressarcido pelas normas de direito civil. Atuou nesse caso o Excelso Tribunal como legislador positivo porquanto complementou uma norma de eficácia limitada.

Em dezembro de 2006, a discussão sobre a possibilidade de atuação como legislador positivo voltou. No Mandado de Injunção 721/DF houve um debate sobre a aplicabilidade do artigo 40, §4, da CF¹⁸⁶, inserido pela EC 47, de 2005.

O Relator do processo, o Ministro Marco Aurélio, em seu voto, conclama o STF a rever o posicionamento adotado, nos seguintes termos:

“É tempo de se refletir sobre a timidez inicial do Supremo quanto ao alcance do mandado de injunção, ao excesso de zelo, tendo em vista a separação e harmonia entre os Poderes. É tempo de se perceber a frustração gerada pela postura inicial, transformando o mandado de injunção em ação simplesmente declaratória do ato omissivo, resultando em algo que não interessa, em si, no tocante à prestação jurisdicional, tal como consta no inciso LXXI do artigo 5º da Constituição Federal, ao cidadão.....Busca-se o Judiciário na crença de lograr a supremacia da Lei Fundamental, a prestação jurisdicional que afaste as nefastas conseqüências da inércia do legislador. Conclamo, por isso, o Supremo, na composição atual, a rever a óptica inicialmente formalizada, entendendo que, mesmo assim, ficará aquém da atuação dos tribunais do trabalho, no que, nos dissídios coletivos, a eles a Carta reserva, até mesmo, a atuação legiferante, desde que, consoante prevê o § 2º do artigo 114 da Constituição Federal, sejam respeitadas as disposições mínimas legais de proteção ao trabalho. Está-se diante de situação concreta em que o Diploma Maior

¹⁸⁶ § 4º É vedada a adoção de requisitos e critérios diferenciados para a concessão de aposentadoria aos abrangidos pelo regime de que trata este artigo, ressalvados, nos termos definidos em leis complementares, os casos de servidores: [\(Redação dada pela Emenda Constitucional nº 47, de 2005\)](#)

I portadores de deficiência; [\(Incluído pela Emenda Constitucional nº 47, de 2005\)](#)

II que exerçam atividades de risco; [\(Incluído pela Emenda Constitucional nº 47, de 2005\)](#)

III cujas atividades sejam exercidas sob condições especiais que prejudiquem a saúde ou a integridade física. [\(Incluído pela Emenda Constitucional nº 47, de 2005\)](#)

recepciona, mesmo assim de forma mitigada, em se tratando apenas do caso vertente, a separação dos Poderes que nos vem de Montesquieu. Tenha-se presente a frustração gerada pelo alcance emprestado pelo Supremo ao mandado de injunção. Embora sejam tantos os preceitos da Constituição de 1988, apesar de passados dezesseis anos, ainda na dependência de regulamentação, mesmo assim não se chegou à casa do milhar na impetração dos mandados de injunção

Ao final, o Supremo reconheceu o direito à aposentadoria da servidora¹⁸⁷. Trata-se de precedente judicial que deve ser aplicado ao presente caso, tendo em vista a identidade das situações apresentadas.

Em maio de 2007, a discussão sobre o alcance da tutela do Mandado de Injunção ganhou mais força. No Mandado de Injunção 708/DF, impetrado pelo Sindicato dos Trabalhadores em Educação do Município de João Pessoa - SINTEM em face do Congresso Nacional, com o objetivo de dar efetividade à norma inscrita no art. 37, VII, da CF, o Ministro Gilmar Mendes conheceu do mandado de injunção e acolheu a pretensão nele deduzida para que, enquanto não suprida a lacuna legislativa, seja aplicada a Lei 7.783/89, e, ainda, em razão dos imperativos da continuidade dos serviços públicos, de acordo com as peculiaridades de cada caso concreto, e mediante solicitação de órgão competente, seja

¹⁸⁷ MANDADO DE INJUNÇÃO - NATUREZA. Conforme disposto no inciso LXXI do artigo 5º da Constituição Federal, conceder-se-á mandado de injunção quando necessário ao exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania. Há ação mandamental e não simplesmente declaratória de omissão. A carga de declaração não é objeto da impetração, mas premissa da ordem a ser formalizada. MANDADO DE INJUNÇÃO - DECISÃO - BALIZAS. Tratando-se de processo subjetivo, a decisão possui eficácia considerada a relação jurídica nele revelada. APOSENTADORIA - TRABALHO EM CONDIÇÕES ESPECIAIS - PREJUÍZO À SAÚDE DO SERVIDOR - INEXISTÊNCIA DE LEI COMPLEMENTAR - ARTIGO 40, § 4º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. Inexistente a disciplina específica da aposentadoria especial do servidor, impõe-se a adoção, via pronunciamento judicial, daquela própria aos trabalhadores em geral - artigo 57, § 1º, da Lei nº 8.213/91. (MI 721 / DF - DISTRITO FEDERAL; MANDADO DE INJUNÇÃO Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO; Julgamento: 30/08/2007; Órgão Julgador: Tribunal Pleno; Publicação DJe-152 DIVULG 29-11-2007 PUBLIC 30-11-2007; DJ 30-11-2007 PP-00029 EMENT VOL-02301-01 PP-00001 RDDP n. 60, 2008, p. 134-142

facultado ao juízo competente impor a observância a regime de greve mais severo, haja vista se tratar de serviços ou atividades essenciais, nos termos dos artigos 9 a 11 da Lei 7.783/89.

Ao final, o Tribunal, por maioria, nos termos do voto do Relator, conheceu do mandado de injunção e propôs a solução para a omissão legislativa com a aplicação da Lei nº 7.783, de 28 de junho de 1989, no que couber, vencidos, parcialmente, os Senhores Ministros Ricardo Lewandowski, Joaquim Barbosa e Marco Aurélio, que limitavam a decisão à categoria representada pelo sindicato e estabeleciam condições específicas para o exercício das paralisações. Votou a Presidente, Ministra Ellen Gracie. Ausente, justificadamente, a Senhora Ministra Cármen Lúcia, com voto proferido em assentada anterior.

O fato é que nesses julgamentos, há já registrada uma tendência clara de modificar a postura adotada pelo STF, conferindo ao impetrando o direito a gozar da legislação que falta para o caso concreto. Nas três situações apresentadas atua o Supremo como legislador positivo ao fornecer uma tutela que completa a lacuna legal exigida pela Constituição.

Se isso de fato se confirmar, quebrará o Supremo uma tradição de interpretar o princípio da separação dos poderes como absoluto, atingindo o objetivo pleiteado pelo Legislador constituinte ao criar o Mandado de Injunção.

Além disso, quebrará um dogma de vedação de atuação do magistrado como legislador positivo, fato que dará mais força ao poder criativo do juiz, sendo, portanto,

mais um instrumento a serviço do desenvolvimento e da efetivação judicial das normas constitucionais, como no caso da duração razoável do processo.

Com a quebra desse paradigma, pode, por exemplo, o Supremo Tribunal rever seu posicionamento com relação à responsabilidade civil do Estado, impingindo condenações ao Estado e a União que, por vezes, não oferece um serviço judiciário apto a resolver num tempo razoável o processo¹⁸⁸. Cria-se como esses precedentes uma nova postura, um nova posição do Judiciário que permite aos juizes tomar decisões mais criativas, mais efetivas.

7.3. DENSIDADE INSUFICIENTE DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS

No texto constitucional não é comum se encontrar normas minuciosas acerca das matérias por ele disciplinadas. Há, ao contrário, em regra, normas com alto grau de abstração e abertura. São elas, na maioria dos casos, de ordem principiológica, que, por conseguinte, permitem uma maior margem de liberdade de conformação do legislador democrático, no sentido de desenvolvê-las e efetivá-las.

Em contrapartida, a falta de densidade normativa e a grande liberdade de conformação são pontos que geram problemas no desenvolvimento e na efetivação judicial

¹⁸⁸ Talvez seja essa a nossa esperança. Sensibilizar através de argumentos jurídicos os interpretes autênticos da importância de revisitar posições jurídicas que não mais se sustentam na atual Estado Democrático.

das normas constitucionais, especialmente quando estas normas estão enunciadas em princípios, como no caso da duração razoável.

No entanto, a falta de densidade normativa só pode ser considerada obstáculo intransponível quando há a necessidade de se recorrer a elementos não-textuais, como, por exemplo, políticas públicas¹⁸⁹.

Assim, se a norma principiológica puder ser desenvolvida e efetivada através de elementos textuais, disponíveis no ordenamento jurídico, o limite da densidade insuficiente não é intransponível.

No caso específico do preceito da duração razoável do processo, há, com efeito, elementos textuais transponíveis pelo juiz e elementos não-textuais intransponíveis pelo Judiciário.

Os elementos textuais transponíveis, como já dito, podem ser buscado através de atos de interpretação que geraram decisões criativas. A exemplo, do que pode ser vista nas chamadas decisões conclusivas, onde o magistrado direciona, num único despacho, todo o procedimento que deve seguir aquela espécie de processo, evitando, com isso, que haja uma burocratização, uma dilação indevida, com o chamado ato de conclusão ao juiz.

¹⁸⁹ Entendendo que a falta de densidade normativa não é obstáculo intransponível, **SARLET (2007:332)** assim se posiciona: “Assim, eventual decisão dos tribunais no sentido da não-aplicação de um ato, especialmente de natureza normativa, que afronte os direitos fundamentais prestacionais deve, necessariamente, levar em conta a maior liberdade de conformação do legislador nessa seara, de tal sorte que a não-aplicação da lei ou a declaração de sua inconstitucionalidade não parece justificada para além daquele grau mínimo de concretização (determinação ou determinabilidade do conteúdo) inerente à norma constitucional erigida como parâmetro de controle. Por outro lado, averbe-se a função dos tribunais no exercício de controle de inconstitucionalidade por omissão, que, por sua vez, se encontra em estreita relação com o grau de vinculação do próprio legislador aos direitos a prestações. Neste sentido, pode afirma-se que a sindicabilidade judicial de inconstitucionalidade por omissão é proporcional em relação ao grau de densidade normativa da norma impositiva ou programática e, portanto, ao grau de dependência que este gera para o legislador.

Também ainda dentro dos elementos transponíveis, é possível a utilização dos mecanismos existentes, de modo a impingir um aceleramento no fornecimento da tutela jurisdicional. É o caso, por exemplo, da utilização da antecipação de tutela prevista no artigo 273, II, do CPC, quando a parte sucumbente interpõe uma apelação com propósito manifestamente protelatório. Numa situação como essa, se o instrumento fosse utilizado corriqueiramente, ao antecipar os efeitos, o magistrado retiraria o efeito suspensivo do recurso, o que permitiria que a parte vencedora já usufruísse dos efeitos da sentença.

São vários os exemplos de como o magistrado pode, a partir do que está disposto no ordenamento jurídico, criar um processo que forneça uma tutela jurisdicional em tempo razoável.

7.4. A TEORIA DA RESERVA DO POSSÍVEL E O CUSTO DO DIREITO

Dentro dos elementos não textuais, intransponíveis pelo Judiciário, encontra-se um dos pontos esquecidos mais nos debates acadêmicos: o custo dos direitos. No caso específico da duração razoável do processo, o fator é de extrema importância, porquanto,

tal preceito exige uma atuação positiva do Estado, portanto, com dispêndio de recursos financeiros.

A primeira conclusão que se pode extrair é a de que todos os direitos, especialmente os de prestação costumam¹⁹⁰, porque todos pressupõem o custeio de uma estrutura de fiscalização para implementá-los¹⁹¹.

Nesse sentido, **Stephen Holmes e Cass R. Sunstein** *apud* **AMARAL (2001)**, afirmam:

“direitos costumam ser descritos como invioláveis, peremptórios e decisivos. Isto, contudo, é mero floreio retórico. Nada que custe dinheiro pode ser absoluto. Nenhum direito cuja a efetividade pressupõe um gasto seletivo dos valores arrecadados dos contribuintes pode, enfim, ser protegido de maneira unilateral pelo Judiciário sem considerações às conseqüências orçamentárias, pelas quais, em última instância, os outros dois poderes são responsáveis”.

Tendo em mira que todos os direitos custam, o orçamento passa a ser o instrumento utilizado como fator decisivo para pacificação social. É ele o responsável pela destinação e organização das políticas públicas como objetivos relevantes e politicamente determinados.

No caso da duração razoável do processo, como já colocado alhures, a concretização do preceito passa por um melhoramento quantitativo e qualitativo do Poder

¹⁹⁰ Gustavo Amaral, no seu livro *Direito, escassez e escolha*, trata do tema, utilizando a obra *The Cost of Rights: Why the liberty depends on taxes*, dos professores Stephen Holmes e Cass R. Sunstein.

¹⁹¹ Seguimos o entendimento pelo qual também os direitos de cunho negativo também revelam um custo para o Estado, como no caso do direito à propriedade, que exige a manutenção de um aparelho policial para sua proteção.

Judiciário¹⁹². Para que o processo não se arraste indefinidamente há a necessidade de uma política pública governamental voltada o robustecimento do Poder Judiciário, através, por exemplo, de criação de mais juízos, o que demanda mais funcionários e juizes (melhora quantitativa), ou por meio de mais treinamento de funcionários, informatização do processo (melhora qualitativa)¹⁹³.

Todas essas situações, todavia, encontram o obstáculo do custo orçamentário de tais melhoras.

Ademais, além dos custos facilmente perceptíveis de um processo com tempo razoável, é imperioso acrescer a idéia de reserva do possível.

Em que pese as críticas com relação a alocação de recursos orçamentários feita pelo Executivo e o Legislativo, é fato que os recursos financeiros são escassos e que, dentro da realidade brasileira, há diversos outros direitos que devem ter prioridade sobre a tempestividade da tutela jurisdicional, como é o caso da saúde, educação, moradia, transporte, emprego, dentre outros.

Pois bem, nesse cenário, no caso do direito à duração razoável do processo, a teoria da reserva do possível encaixa-se perfeitamente.

¹⁹² **LOPES (2002: 135/136):** “No que toca à máquina judiciária, é patente seu anacronismo em razão da ausência de planejamento e de investimentos. A criação automática de cargos em razão do aumento do volume de serviços é, assim, imperativa para se lograr alteração do quadro vigente”.

¹⁹³ **BARCELLOS (2005: 90):** “Ora, toda e qualquer ação estatal envolve gasto de dinheiro público e os recursos públicos são limitados. Essas são evidências fáticas não teses jurídicas. A rigor, a simples existência dos órgãos estatais – do Executivo, do Legislativo e do Judiciário – envolve dispêndio permanente, ao menos com a manutenção das instalações físicas e a remuneração dos titulares dos poderes e dos servidores públicos, afora outros custos. As políticas públicas, igualmente, envolvem gastos. Como não há recursos ilimitados, será preciso priorizar e escolher em que o dinheiro público disponível será investido. Essas escolhas, portanto, recebem a influência direta das opções constitucionais acerca dos fins que devem ser perseguidos em caráter prioritário

Sobre esta teoria o Tribunal Constitucional Federal da Alemanha, como relação aos direitos à prestação positiva afirmou que eles “estariam sujeitos à reserva do possível no sentido daquilo que o indivíduo, de maneira racional, pode esperar da sociedade”¹⁹⁴.

Segundo **KRELL (2002: 52)**: “*Essa teoria impossibilita exigências acima de um certo limite básico social; a Corte recusou a tese de que o Estado seria obrigado a criar a quantidade suficiente de vagas nas universidades públicas para atender a todos os candidatos*”

Na realidade brasileira, aplicar sem relativização mencionada teoria, gera para o Estado um argumento *prima facie* que esconde sua incompetência funcional. Em todos os litígios onde se exige do Poder Judiciário o cumprimento dos direitos subjetivos prestacionais básicos como saúde, educação, etc., traz o Estado demandado o argumento de que o Judiciário não pode se imiscuir na alocação de recursos, em decorrência da reserva do possível. Nesses casos, é certo o pensamento de Krell que se trata de uma falácia. Diz ele, no caso de países periféricos, como o Brasil, “o condicionamento da realização de direitos econômicos, sociais e culturais à existência de “caixas cheias” do Estado significa reduzir a sua eficácia a zero” (2002: 54).

De fato, concordamos com o citado autor que no seu livro faz uma crítica a importação descomedida de preceitos alienígenas como se fossem verdades supremas, já

¹⁹⁴ Citação e tradução extraída do livro de Andreas Krell, pág. 52.

que a teoria da reserva do possível foi criada num ambiente onde o momento¹⁹⁵ e a situação sócio-cultural a comporta perfeitamente.

No entanto, para o caso da duração razoável do processo, acreditamos que, por se tratar de um país periférico, ainda com grandes dificuldades económicas e sociais básicas, como é o caso da fome, é razoável se entender que o melhoramento do Poder Judiciário pode estar condicionado a reserva do possível.

Com relação à limitação financeira, **MIRANDA (2003: 438)**:

“a efectivação dos direitos económicos, sociais e culturais não depende apenas da aplicação das normas constitucionais concernentes à organização económica. Depende, também, e sobretudo, dos próprios factores económicos, assim como – o que nem sempre é suficientemente tido em conta – dos condicionalismos institucionais, do modo de organização e funcionamento da Administração pública e dos recursos financeiros.”

Em outras palavras, por uma questão de prioridade na alocação de recursos orçamentários é razoável, aceitável, condicionar limitar o melhoramento do Poder Judiciário à teoria da reserva do possível.

¹⁹⁵ Nesse sentido, **PORTANOVA (1997: 58)**: “Um visão crítica considera impossível o estabelecimento de um estudo epistemológico definitivo para a compreensão do Direito. Em matéria de opinião, nenhum pensamento é verdadeiro, universal, evidente e indiscutível; o momento histórico é que vai produzir sempre a hegemonia de um determinado método jurídico e a relatividade das instituições jurídicas”

9. CONCLUSÕES

Conforme colocado na introdução, o presente trabalho não terá conclusões, já que a discussão do tema não foi realizada de modo retilíneo, linear.

Assim, as considerações finais serão elaboradas com o escopo apenas recapitular, sinteticamente, pontos apresentados durante todo o corpo do trabalho.

1. Como forma de demonstrar caminhos para o desenvolvimento do preceito da duração razoável do processo foram fixadas algumas bases principiológicas indispensáveis. A primeira base está centrada na consciência de que a força motriz para efetivação das normas constitucionais está na postura político-cultural daqueles que manuseiam o direito. Apesar de ser fator intangível, trata-se de premissa indispensável para concretização dos comandos constitucionais. Sem esse espírito, qualquer elucubração jurídica fica sem efetividade social.

2. Dentro das bases principiológicas, o processo constitucional é o veículo para efetivação das normas constitucionais. Assim, o binômio: vontade (opção político-cultural) X mecanismo (processo constitucional) é um dos fundamentos para aplicação das normas constitucionais.

3. Constatou-se que a interpretação é por excelência veículo para efetivação das normas constitucionais. Para essa interpretação, no entanto, é imprescindível

uma postura político-ideológica voltada para efetivação. Deve haver uma consciência de que o texto constitucional nasceu para ser aplicado à realidade.

4. Há no ato de interpretação dos preceitos constitucionais uma densificação, maximização do enunciado, o que permite sua colocação no mundo da realidade. No caso do nosso estudo, a interpretação autêntica, aquela realizada pelos poderes constituídos, é a responsável pela aplicação das normas constitucionais.

5. A demora, antítese do tempo razoável do razoável do processo está dentre os obstáculos funcionais de acesso à justiça. Com isso, a duração razoável seria um princípio decorrente do postulado do acesso à justiça, no sentido material, já que o aceleração do processo é uma exigência de ordem técnica (aproximação entre o fato gerador da demanda e o fornecimento da tutela jurisdicional), mas, sobretudo uma exigência social. A sociedade não aceita a demora, a perpetuação de situações.

6. Dissecando o enunciado constitucional, a primeira verificação que fizemos ao analisar o preceito da duração razoável do processo foi a de que se trata de uma norma-princípio, dotado de validade e eficácia normativa.

7. A duração razoável duração do processo não é uma novidade nem dentro nem fora do ordenamento jurídico brasileiro. A EC 45, apenas alçou o preceito a garantia constitucional, constitucionalizando-o.

8. No âmbito do direito internacional, fizemos referência a dois exemplos: o americano e o Italiano, demonstrando, especialmente neste último caso

mecanismos mais amadurecidos, que podem gerar para o direito brasileiro uma maior concretização do preceito da duração razoável do processo.

9. Quanto à natureza jurídica do preceito da duração razoável do processo. Constatamos tratar-se de: uma norma-princípio, dotado de validade e eficácia normativa; garantia fundamental, porquanto veículo de efetivação dos direitos lesionados, instrumental e derivado, já que serve ao processo com o intuito de busca pela justiça; e fundamental, já que se limita à proteção de determinados bens e posições jurídicas especialmente relevantes e ameaçadas.

10. Um outro ponto tratado no trabalho foi o da classificação dos direitos fundamentais, fico assentado a premissa que o direito à duração razoável do processo por exigir uma postura ativa do Estado, enquadra-se melhor como direito de prestação, uma vez que exige do legislativo a criação de mecanismo que facilitem o procedimento, do Executivo a destinação de recursos para o aperfeiçoamento da estrutura Judiciária e do Poder Judiciário uma implementação de políticas voltadas para efetivação do preceito.

11. Quanto à eficácia jurídica. A norma que preleciona um processo sem dilações indevidas se enquadra na categoria de normas de eficácia plena, primeiro e mais importante por está topicamente encravada dentro dos direitos e garantias fundamentais, o que a torna de aplicabilidade plena e imediata (o §1º, do art. 5º, da CF), depois por não conter no seu enunciado qualquer referência à necessidade de complementação legislativa, não havendo margem para se falar em normas programáticas.

12. Quanto à análise da eficácia positiva e negativa do direito à duração razoável do processo, ficou assentado que em decorrência da eficácia positiva, é possível utilizar-se de meios judiciais sejam eles repositórios (mandado de segurança, hábeas corpus) ou reparatórios (indenização por danos materiais e morais) para reclamar a intempestividade da própria tutela jurisdicional, já, por força da eficácia negativa, há uma autorização para declarar-se inválido toda norma que entrem em conflito com o princípio constitucional, bem como que importasse em retrocesso na progressiva concretização desse direito fundamental (vedação do retrocesso).

13. Quanto ao sentido e alcance da expressão duração razoável, ficaram os seguintes pontos: sob a ótica da interpretação literal por conter um termo vago, não poder ser dado com precisão o sentido e o alcance a partir de uma interpretação gramatical do texto da norma. Pela interpretação lógica, a norma *in abstracto* vem como um reclamo, com eficácia jurídica, contra a morosidade do Poder Judiciário. Numa análise histórica, importante para a duração razoável do processo, questiona-se qual a *ratio legis*, o que no caso brasileiro é patente.

14. Outra premissa fixada no decorrer da dissertação foi a de que um processo com prazo razoável não significa um processo rápido. O processo, por essência, não pode ser rápido, isto porque, além da tempestividade, a tutela jurisdicional deve estar pautada na segurança jurídica que advém do cumprimento aos preceitos do contraditório e da ampla defesa que requerem tempo e tempo razoável para sua concretização. Com isso, a interpretação do elemento tempo razoável deve ser sistêmica, de modo a conjugá-lo com outros preceitos de igual fundamentalidade como devido processo legal, contraditório, ampla defesa e segurança jurídica.

15. Como critérios para análise do tempo razoável do processo foram fixados alguns pontos: primeiro, a análise só pode se feita a partir do caso concreto. Não há como se estabelecer, *a priori*, critérios abstratos do que é um processo razoável. Há apenas como criar parâmetros para aferição de razoabilidade, como complexidade do assunto, comportamento dos litigantes, a atuação dos órgão jurisdicional. Como parâmetro objetivo para essa perquirição, propusemos, *de lege ferenda*, a necessidade de se revisar a idéia de prazos processuais impróprios, com a criação pelo legislador estadual deste prazos, adequados a realidade local, impondo também sanções administrativas para o caso de descumprimento. Seria uma aproximação da lei à realidade, que transformaria os prazos em verdadeiros referenciais a serem seguidos pelos membros do Judiciário.

16. Contextualizando a duração razoável com outros princípios processuais constitucionais, verificamos que o devido processo legal é sem dúvida o gerador da garantia da duração razoável do processo. Além do princípio do devido processo legal, o postulado da duração razoável do processo também foi associado com outros existentes no ordenamento jurídico, a exemplo dos princípios constitucionais processuais da segurança jurídica, do contraditório da ampla defesa, da motivação das decisões judiciais, dos princípios processuais da instrumentalidade, celeridade e economia processual.

17. Como forma de demonstrar o grau de densidade normativa do postulado da duração razoável, fizemos uma diagnose normativa de diplomas de dispositivos infra-legais. Em bloco, foram analisados dispositivos contidos no Código de Processo Civil e nas legislações esparsas, demonstrando sua importância para o aceleramento do processo. Com isso, institutos como os artigos 14 a 18, 273 e 461, 285-A, do CPC, tutelas coletivas,

meios extrajudiciais de resolução de litígios, especialmente dois diplomas: a Lei de Arbitragem e a Lei 11.441, o sistema de controle de constitucionalidade, demonstrando como as decisões advindas deste controle (aí incluída a súmula vinculante), informatização do processo judicial, foram analisados, mesmo que superficialmente, com o intuito de demonstrar como eles, conscientemente, podem ser vetores de maximização da garantia de duração razoável do processo.

18. No que diz respeito aos instrumentos que podem garantir de forma direta ou indireta a existência da garantia fundamental da duração razoável do processo. O primeiro ponto enfrentado foi o da responsabilidade do Estado pela morosidade processual. A primeira constatação foi a de que sem uma sanção pelo descumprimento da norma constitucional, a garantia fica esvaziada, inútil. A Constituição, no artigo 37, §6º, da CF, não cria restrições de reparabilidade. Assim, o Poder Judiciário pode ser responsabilizado pela morosidade processual, o que, a depender do caso concreto pode ser feito de maneira objetiva ou subjetiva. Se houver um ato praticado por seus agentes, a responsabilidade é objetiva. Se houver apenas falta ou ausência de serviço, a responsabilização será subjetiva, aplicando institutos de facilitação do acesso à justiça como no caso a culpa presumida, onde, por hipossuficiência do jurisdicionado há uma inversão do ônus da prova.

19. Ainda analisando os instrumentos de garantias, fora feita uma abordagem dos instrumentos constitucionais disponibilizadas para os casos descumprimento do postulado da duração razoável do processo, já que, por mais contraditório que possa parecer, por vezes, pode ser necessário à utilização de uma garantia constitucional, materializada numa ação judicial, para garantir o postulado da duração razoável. Demonstramos que, se a defesa for exclusivamente, da garantia da duração razoável do

processo, o instrumento adequado será o Mandado de Segurança. No entanto, se além da duração razoável estiver em risco à liberdade ou informações pessoais, o veículo adequado é, respectivamente, *habeas corpus* e *habeas data*, seguindo posicionamento esboçado pelo Supremo.

20. Partindo da premissa de que a garantia da duração razoável do processo não é um direito fundamental absoluto, foram traçados alguns limites ao desenvolvimento e a efetivação judicial desta garantia, com o objetivo de descobrir os confins, gerando, desta forma, segurança ao intérprete quando da maximização do postulado constitucional. As teses apresentadas foram da vedação a atuação do magistrado como legislador positivo; da densidade insuficiente das normas constitucionais e do custo do direito e da teoria da reserva do possível.

21. Como elemento não textual, intransponíveis pelo Judiciário, encontra-se um dos pontos esquecidos mais nos debates acadêmicos: o custo dos direitos. No caso específico da duração razoável do processo, o fator é de extrema importância, porquanto, tal preceito exige uma atuação positiva do Estado, portanto, com dispêndio de recursos financeiros. No caso da duração razoável do processo, a concretização do preceito passa por um melhoramento quantitativo e qualitativo do Poder Judiciário. Para que o processo não se arraste indefinidamente há a necessidade de uma política pública governamental voltada ao robustecimento do Poder Judiciário, que, todavia, encontra obstáculo no custo desse direito, razão pela qual o faz esbarrar na tese da reserva do possível.

REFERÊNCIAS

Livros

ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. 2ª ed. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2001;

AMARAL, Gustavo. *Direito, escassez e escolha. Em busca de critérios jurídicos para lidar com a escassez de recursos e as decisões trágicas*. 1ª ed. Editora Renovar, Rio de Janeiro, 2001.

AARNIO, Aulis. *La normatividad del derecho*. 1ª ed. Gedisa, Barcelona, 1997.

BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da constituição. Fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*. 6ª ed. Editora Saraiva, São Paulo, 2006.

_____. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*. 2ª ed. Editora Saraiva, São Paulo, 2006.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. 22º ed. Editora Malheiros, São Paulo, 2006

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Tutela cautelar e tutela antecipada: tutela sumárias de urgência (tentativa de sistematização)*. 4ª ed. Editora Malheiros, São Paulo, 2006.

_____. *Direito e processo: influência do direito material sobre o processo*. 3ª ed. revista ampliada. Editora Malheiros, São Paulo, 2003.

BERMUDES, Sérgio. *A Reforma do Judiciário pela Emenda Constitucional n 45*. Editora Forense, Rio de Janeiro, 2005.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 14ª ed. Editora Malheiros, São Paulo, 1999.

BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. 10ª ed. Brasília: Editora UnB, 1999.

CÂMARA, Alexandre Freitas. *A nova execução de sentença*. 4ª ed, revista e atualizada pela Lei 11.382/2006. Editora Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2007.

CANOTILHO, J. J Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7ª ed. Editora Almedina, Coimbra, 2006.

CAPPELLETTI, Mauro. *O processo civil no direito comparado*. Editora Líder, Belo Horizonte, 2001. Trad. Hiltomar Martins de Oliveira.

CAPPELLETTI, Mauro e **GARTH**, Brian - *Acesso à Justiça*, Porto Alegre: Sérgio Fabris Editor, 1988. Trad. Ellen Gracie Nortfleet.

CARVALHO, Paulo de Barros. *Curso de Direito Tributário*. 17ª ed. Editora Saraiva, São Paulo, 2005.

CARREIRO, C.H. Porto. Introdução à Ciência do Direito. Editora Rio, Rio de Janeiro, 1976.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de responsabilidade civil.* 5ª ed. Editora Malheiros, São Paulo, 2004.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo, DINAMARCO, Cândido Rangel e GRINOVER, Ada Pellegrini. *Teoria Geral do Processo.* 15ª ed. Editora Malheiros, São Paulo, 1999.

COELHO, Luiz Fernando. *Lógica jurídica e interpretação das leis.* 2ª ed. revista. Editora Forense, Rio de Janeiro, 1981.

COMPARATO, Fábio Konder. *O poder de controle na sociedade anônima.* 4ª ed. Editora Forense, Rio de Janeiro, 2005.

CRUZ E TUCCI, José Rogério. *Tempo e processo. Uma análise empírica das repercussões do tempo na fenomenologia processual (civil e penal)* 1ª ed. Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 1997.

..... *Precedente judicial como fonte do direito.* Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 2004.

CURTIS, Christian. *Los derechos sociales em perspectiva: la cara jurídica de la política social.* In *Teoría del neoconstitucionalismo. Ensayos escogidos.* Instituto de Investigaciones Jurídica – UNAM. Editorial Trotta, 2007.

DIDIER JR, Fredie. *Curso de direito processual civil: teoria geral do processo e processo de conhecimento*. 9ª ed. Revista, ampliada e atualizada. Editora Jus Podium, Bahia, 2008.

_____. *Curso de direito processual civil: processo coletivo*. 3ª ed. Revista, ampliada e atualizada. Editora Jus Podium, Bahia, 2008.

DINIZ, Maria Helena. *Norma constitucional e seus efeitos*. 7ª ed. Editora Saraiva, São Paulo, 2007.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do Processo*. 1ª ed. Revista dos Tribunais, São Paulo, 1987.

_____. *Instituições de direito processual civil. Vol. 1*. Editora Malheiros, São Paulo, 2001.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 15º ed.. Editora Atlas, São Paulo, 2003.

DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. 2ª ed. Editora Martins Fontes, São Paulo, 2007.

_____. *Uma questão de princípio*. 2ª ed. Editora Martins Fontes, São Paulo, 2005.

FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. *Normas constitucionais programáticas. Normatividade, operatividade e efetividade*. 1ª ed. Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 2001.

FERRAZ JR, Tércio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito*. 4ª ed. Editora Atlas Jurídico, São Paulo, 2003.

FIGUEIRA JÚNIOR, Joel Dias. *Arbitragem, jurisdição e execução*. 2ª ed. Revista dos Tribunais, São Paulo, 1999.

GOUVÊA MEDINA, Paulo Roberto de. *Direito processual constitucional*. 3ª ed. Editora Forense, Rio de Janeiro, 2005.

GRAU, Eros. *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito*. 3ª ed. Editora Malheiros, São Paulo, 2005.

GUASTINI, Riccardo. *Distinguendo*. 1ª ed. Editora Gedisa, Barcelona, 2000.

GUERRA, Marcelo Lima. *Execução indireta*. 1ª ed. Editora Revista dos Tribunais: São Paulo, 2003.

GUERRA, Marcelo Lima. *Direitos Fundamentais e a Proteção do Credor na Execução Civil*. 1. ed. Editora Revista dos Tribunais: São Paulo, 2003.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Ensaio de teoria constitucional*. Fortaleza, UFC – Imprensa Universitária, 1989.

HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Porto Alegre: Fabris, 1991.

_____. *Elementos de direito constitucional da república federal da Alemanha*. Porto Alegre: Fabris, 1998.

HÄRBELE, Peter. *Hermenêutica Constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para interpretação pluralista e procedimental da Constituição*. Porto Alegre: Fabris, 1997.

HOFFMAN, Paulo. *Razoável duração do processo*. 1ª ed. Editora Quartier Latin, São Paulo, 2006.

KRELL, Andréas J. *Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha*. Os Porto Alegre: Fabris, 1991. *(des)caminhos de um direito constitucional comparado*. Porto Alegre: Fabris, 2002.

LASSALLE, Ferdinand. *O que é um Constituição?* Tradução de Hiltomar Martins Oliveira. Editora Líder, Belo Horizonte, 2002.

KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. Ed. Martins Fontes, São Paulo, 1999.

MANCUSO, Rodolfo de Camarco. *Jurisdição coletiva e coisa julgada: teoria geral das ações coletivas*. Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 2007,

MARINONI, Luiz Guilherme. *Novas Linhas do Processo Civil*. 4ª ed. Editora Malheiros, São Paulo, 2000.

_____. *Tutela Antecipatória, julgamento antecipado e execução imediata da sentença*. Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 1997.

_____. *Abuso de defesa e parte incontroversa da demanda*. Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 2007.

_____. *Tutela inibitória (individual e coletiva)*. 2ª ed. Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 2000

MARX, Karl e **ENGELS**, Friedrich. *Manifesto do Partido Comunista – Coleção a obra-prima de cada autor*. Editora Martin Claret, São Paulo, 2002.

MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. 14ª ed. Editora Forense, Rio de Janeiro, 2004.

MAZZILLI, Hugo Nigri. *A defesa dos interesses difusos em juízo*. 17ª ed. revista e ampliada. Editora Saraiva, São Paulo, 2004.

MAZZILLI, Hugo Nigri. *Tutela dos interesses difusos e coletivos*. 4ª ed. Editora Damásio de Jesus, São Paulo, 2004.

MENDES, Gilmar Ferreira. **COELHO**, Inocêncio Mártires. **BRANCO**, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 2ª ed. Editora Saraiva, São Paulo, 2008.

MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*. Tomo II, 5ª ed. Editora Coimbra, Coimbra, 2003.

MORALLES, Luciana Camponez Pereira. *Acesso à justiça e princípio da igualdade*. 1ª ed. Sergio Antonio Fabris Editor, Porto Alegre, 2006.

MORAES, José Diniz de. *Função social da propriedade e a Constituição Federal de 1988*. 1ª ed. Editora Malheiros, São Paulo, 1999.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. A ação civil pública e a língua portuguesa. In: MILARÉ, Edis (coord). *Ação civil pública: Lei 7.347/1985 – 15 anos*, 2ª ed. Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 2002.

_____. *O novo processo civil brasileiro: exposição sistemática do procedimento*. 25ª ed., revista e atualizada. Editora Forense, Rio de Janeiro, 2007.

MORO, Sérgio Fernando. *Desenvolvimento e efetivação judicial das normas constitucionais*. Editora Max Limonad, São Paulo, 2001.

MUNHOZ SOARES, José Aguiar. *Tutela jurisdicional diferenciada: tutelas de urgência e medidas liminares em geral*. 1ª ed. Editora Malheiros, São Paulo, 2000.

NERY JÚNIOR, Nelson. *Princípios do processo civil na Constituição Federal*. 8ª ed. Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 2004.

PASETTI, Babyton. *A tempestividade da tutela jurisdicional e a função social do processo*. Porto Alegre: Fabris, 2002.

PORTANOVA, Rui, *Princípios do processo civil*, 2 tir., Porto Alegre, Editora Livraria do Advogado, 1997.

REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*. 27ª ed. Editora Saraiva, São Paulo, 2004.

ROCHA, José de Albuquerque. *Lei de Arbitragem: uma avaliação crítica*. Editora Atlas, São Paulo, 2008.

ROSAS, Roberto. *Direito processual constitucional*. 3ª ed. Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 1999.

ROSSEAU, Jean-Jacques. *Do Contrato Social*. Tradução Rolando Roque da Silva. Editora Cultrix, São Paulo, 2000.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 7ª ed. Revista e Atualizada. Editora: Livraria do Advogado, Porto Alegre, 2007.

SARMENTO, Daniel. *Os princípios Constitucionais e a ponderação de bens in Teoria dos Direitos Fundamentais*.. 2ª ed. Revista e Atualizada. Editora Renovar, Rio de Janeiro, 2005.

SCHMITT, Carl. *Teoría de la Constitución*. 3ª ed. Alianza Universidad textos, Madrid, 2001.

SHIMURA, Sérgio. *Tutela coletiva e sua efetividade*. Editora Método, São Paulo, 2006.

SICHES, Luis Recaséns. *Introducción al estudio del derecho*. 2ª ed. Editora Porrúa, Argentina, 1972.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 16ª ed. Editora Malheiros, São Paulo, 1999.

_____. *Aplicabilidade das normas constitucionais*.

SILVEIRA, Fabiana Rodrigues. *A morosidade do poder judiciário e seus reflexos econômicos*.. Porto Alegre: Fabris, 2005.

SOUZA, Marcelo Alves Dias. *Do precedente judicial à súmula vinculante*. Editora Juruá, Curitiba, 2006.

TORNAGHI, Hélio. *Comentários ao código de processo civil*. Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 1976.

VANNUCHI, Aldo. *Cultura Brasileira: o que é, como se faz*. 2ª ed. Edições Loyola, São Paulo, 1999.

WATANABE, Kazuo. *Código de defesa do consumidor comentando pelos autores do anteprojeto*. 7ª ed. Editora Forense Universitária, Rio de Janeiro, 2001.

_____. *Da cognição no processo civil*. 3ª ed. Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 2005.

ZAVASCKI, Teori Albino. *Processo coletivo: tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos*. Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 2006.

Artigos jurídicos

ALARCÓN, Pietro de Jesús Lora. *Reforma do Judiciário e efetividade da prestação jurisdicional*. In *Reforma do Judiciário: analisada e comentada*. Editora Método, São Paulo, 2005, pág 27-47.

ALVIM, Eduardo Arruda. *Apontamento sobre o processo das ações coletivas*. In: *Processo Civil Coletivo*. **MAZZEI**, Rodrigo. **NOLASCO**, Rita (coord). Editora Quatier Latin, São Paulo, 2005.

ASSIS, Araken de. *Duração razoável do processo e reformas da lei processual civil. In Processo e Constituição: estudos em homenagem ao Professor José Carlos Barbosa Moreira.* Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 2006.

BARBOSA, Daniel Favareto. *Reforma do Judiciário, celeridade do processo e as súmulas vinculantes: considerações para uma análise crítica da EC 45/2004.* *RePro*, vol. 138, ano 31, agosto de 2006, pág. 92-111.

BARCELLOS, Ana Paula de. *Neoconstitucionalismo, direitos fundamentais e controle de políticas públicas.* *Revista de Direito Administrativo – RDA*, vol. 240, Rio de Janeiro, junho de 2005.

BARRUFFINI, Frederico Liserre. *Possibilidade de efetivação do direito à razoável duração do processo.* *RePro*, vol. 139, ano 31, setembro de 2006, pág. 265-279.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **CARMONA**, Carlos Alberto. *A posição do juiz: tendências atuais.* *RePro*, vol. 96, ano 24. Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 1999. pág. 96-112.

CARNEIRO, Athos Gusmão. *As novas leis de reforma da execução – algumas questões polêmicas.* *Revista Dialética de direito processual (RDDP)*, vol. 52, julho de 2007, pág. 44-62.

CORTÊS, Osmar Mendes Paixão. **MAGALHÃES**, Ana Luiza de Carvalho M. *O acesso à justiça e a efetividade da prestação jurisdicional – o inciso LXXVIII do art. 5 da Constituição Federal inserido pela EC 45/2004.* *RePro*, vol. 138, ano 31, agosto de 2006, pág. 79-91.

COSTA, Priscyla e HAIDAR, Rodrigo. *Devagar e sempre: duração razoável do processo é letra morta no Brasil.* Artigo publicado em 18 de agosto de 2007. Disponível (<http://www.conjur.com.br/static/text/58667,1>), acessado no dia 25 de junho de 2008

CRUZ E TUCCI, José Rogério. *Garantia da prestação jurisdicional sem dilações indevidas como colorário do devido processo legal.* *RePro*, vol. 66, ano 17, abril a junho de 1992.

DELGADO, José Augusto. *A demora na entrega da prestação jurisdicional responsabilidade do Estado – indenização.* *Boletim de Direito Administrativo – BDA*, vol. 9, setembro de 1995.

DIAS, Rogério A. Correia. *A demora da prestação jurisdicional.* *Revista dos Tribunais*, ano 90, volume 789. Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 2001, pág. 48-61.

_____. *Notas sobre a garantia constitucional de acesso à justiça: o princípio do direito de ação ou da inafastabilidade do Poder Judiciário.* *Revista do Processo*, vol. 108, ano 27, outubro a dezembro de 2002, pág. 23-31.

DONINI, Tiago Lopes Ferraz. *Direito fundamental à duração razoável do processo.* Disponível em <http://www.direitonet.com.br/artigos/x/24/08/2408/>. Acesso em julho de 2007.

DUARTE, Francisco Carlos. *Tempo e decisão na sociedade de risco: um estudo de direito comparado*. Revista do Processo, ano 32, n. 148. Editora Revista dos Tribunais, junho de 2007.

GORDILHO, Pedro. *Aspectos da Emenda Constitucional n. 45 de 08 de dezembro de 2004 (Reforma do Judiciário)*. Revista de Direito Administrativo – RDA, vol. 240, Rio de Janeiro, junho de 2005.

GRECO, Leonardo. *A reforma do poder judiciário e o acesso à justiça*. Revista Dialética de direito processual (RDDP), vol. 27, junho de 2005.

GRINOVER, Ada Pelegrini. *Direito processual coletivo*. In: *Tutela Coletiva: 20 anos da Lei da Ação Civil Pública e do Fundo de Defesa de direitos difusos e 15 anos do Código de Defesa do Consumidor*. **LUCON**, Paulo Henrique dos Santos (coord). Editora Atlas Jurídico, São Paulo, 2006, pág. 302-308.

GUERRA, Marcelo Lima. *Antecipação de tutela no processo executivo*. Disponível em <http://www.mundojuridico.adv.br>. Acesso no dia 30 de novembro de 2007.

JÚNIOR, Humberto Teodoro. *Celeridade e efetividade da prestação jurisdicional: insuficiência da reforma das leis processuais*. *RePro*, vol. 125, ano 30, julho de 2005, pág. 61-77.

_____. *Alguns reflexos da Emenda Constitucional n 45, de 08.12.2004 sobre o processo civil*. *RePro*, vol. 124, ano 30, junho de 2005, pág.28-39.

LACERDA, Galeno. *Limites ao poder de cautelar geral e à concessão de liminares*. Revista dos Tribunais, ano 83, vol. 700. Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 1994.

LAZZARINI, Marilena. *As investidas contra a ação civil pública*. In: *Tutela Coletiva: 20 anos da Lei da Ação Civil Pública e do Fundo de Defesa de direitos difusos e 15 anos do Código de Defesa do Consumidor*. **LUCON**, Paulo Henrique dos Santos (coord). Editora Atlas Jurídico, São Paulo, 2006, pág. 159-163.

LOPES, João Batista. *Reforma do Judiciário e efetividade do processo civil*. In: *Reforma do Judiciário – analisada e comentada*. **TAVARES**, André Ramos; **LENZA**, Pedro; **ALARCÓN**, Pietro (Coord). Editora Método, São Paulo, 2004.

_____. *Efetividade do processo e reforma do Código de Processo Civil: como explicar o paradoxo processo moderno – Justiça morosa?*. Revista de Processo n 105, ano 27, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 2002.

LUCON, Paulo Henrique dos Santos. *Duração razoável e informatização do processo judicial*. Panóptica, Vitória, ano 1, n. 8, maio – junho, 2007, p. 368- 384. Disponível em: <<http://www.panoptica.org>>. Acessado em 06 de julho de 2008.

LUNARDI, Soraya Regina Gasparetto. *As ideologias do processo e a ação civil pública*. In: *Processo Civil Coletivo*. **MAZZEI**, Rodrigo. **NOLASCO**, Rita (coord). Editora Quatier Latin, São Paulo, 2005.

MELO, José Tarcízio de Almeida. *Súmula vinculante: aspectos polêmicos, riscos e viabilidade*. Palestra proferida em 31.05.2007, na Escola Judicial Desembargador Edésio Fernandes – Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Disponível em <http://www.idisa.org.br/site/download/sumulavinculanteTJMG.pdf>. Acesso no dia 10 de julho de 2008.

MILLER, Jeremy M., "*United States Supreme Court Extends The Speedy-trial Protection*". Los Angeles Daily Journal, Vol. 105, 1992. Disponível em SSRN: <http://ssrn.com/abstract=932976>. Acesso em 04 de julho de 2008.

MORO, Luiz Carlos. *Onde está a razoabilidade. Como se pode definir a “razoável duração do processo”*. Artigo publicado em 06 de junho de 2008. (<http://www.conjur.com.br/static/text/32536,1>), acessado no dia 10 de julho de 2008

NUNES, Rizzatto. *As ações coletivas e as definições de direito difusos, coletivo e individual homogêneo*. In: *Processo Civil Coletivo*. **MAZZEI**, Rodrigo. **NOLASCO**, Rita (coord). Editora Quatier Latin, São Paulo, 2005.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro. *O processo civil na perspectiva dos direitos fundamentais*. Disponível em <http://www.mundojuridico.adv.br>. Acesso em janeiro de 2008.

OLIVEIRA, Robson Carlos de. *Breves reflexões sobre o princípio constitucional da razoável duração do processo tendo como paradigma os juizados especiais federais cíveis: como a frutífera experiência desse sistema pode ser aproveitada pelo processo civil comum*. In

Processo e Constituição: estudos em homenagem ao Professor José Carlos Barbosa Moreira.
Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 2006.

PATTO, B. M. *Aspectos da dimensão temporal do processo civil nas alterações advindas da EC n. 45, de dezembro de 2004, In Reforma do judiciário primeiras reflexões sobre a Emenda Constitucional n. 45/2004,* Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 2006, pág. 101/120.

POZZA, Pedro Luiz. *O devido processo legal e suas acepções.* Revista da Ajuris, ano XXXIII, n. 101, março de 2006, pág. 247-275.

REMUS, Mário. *L'esecuzione delle sentenze della Corte europea: un approccio pragmatico.* Artigo disponível em <http://www.astrid-online.it/I-tempi-de/Studi--ric/REMUS-Cepej-july2006.pdf>. Acessado em 01 de julho de 2008.

RODRIGUES, Horácio Wanderlei. *Acesso à justiça e prazos razoáveis. In: Reforma do Judiciário: primeiras reflexões sobre a Emenda Constitucional n. 45-2004,* Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 2005.

SCARTEZZINI, Ana Maria. *O prazo razoável para a duração dos processos e a responsabilidade do Estado pela demora na outorga da prestação jurisdicional. In: Reforma do Judiciário: primeiras reflexões sobre a Emenda Constitucional n. 45-2004,* Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 2005.

SILVA, Enio Moraes da. *A garantia constitucional da razoável duração do processo e a defesa do Estado.* Revista do Senado, Brasília 43, 172, out/dez. 2006.

SLAIBI FILHO, Nagib. *Direito fundamental à duração razoável do processo*. Disponível em <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=3348&p=2> . Acesso em setembro de 2007.

VIANA, Juvêncio Vasconcelos. *Da duração razoável do processo*. Revista Dialética de direito processual (RDDP), vol. 34, janeiro de 2006, pág. 53-68.

WATANABE, Kazuo. Acesso à justiça e sociedade moderna. In: *Participação e processo*. Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 1988.

ZANFERDINI, Flávia de Almeida Montingeli. *A crise da justiça e do processo e a garantia do prazo razoável*. *RePro*, vol. 112, ano 28, outubro – dezembro de 2003.