

# O DIREITO FUNDAMENTAL À RAZOÁVEL DURAÇÃO DO PROCESSO E A REFORMA DO PODER JUDICIÁRIO: UMA DESMI(S)TIFICAÇÃO

Antonio Adonias Aguiar Bastos<sup>1</sup>

## 1. Introdução.

Instado a escrever sobre o *direito fundamental à razoável duração do processo*, por força da Emenda Constitucional (EC) n.º 45/2004, que acresceu o inciso LXXVIII ao art. 5º da Constituição Federal de 1988, verifiquei que o tema comporta inúmeros desdobramentos.

Ele poderia ser desenvolvido sob o aspecto da responsabilidade do Estado sobre a demora do processo judicial ou administrativo. Poderia, de outro modo, versar acerca do princípio da cooperação entre os sujeitos do processo para alcançar um deslinde justo e célere a um dado conflito. Enfim, existe uma plethora de enfoques que se pode dar ao assunto.

Contudo, o presente trabalho se insere num contexto de análise da *Reforma do Poder Judiciário*. Este é o norte da publicação.

Tal circunstância me levou a tratar do tema com um cuidado específico: o de verificar em que medida a estrutura judiciária brasileira está apta (ou não) a tornar efetivo o direito à razoável duração do processo e que outros meios podem ser utilizados para fazê-lo valer.

Para tanto, mister se faz uma análise do *direito de ação*, da sua noção clássica ao conceito mais moderno, chegando ao ambiente jurídico em que foi inserido o novo dispositivo.

Há que se perguntar: cuida-se realmente de um *direito novo*, surgido somente em 2004, ou já existia antes disso?

Após definir a conjuntura jurídica e legal em que se situa o referido *direito fundamental*, retirá-lo-ei da assepsia laboratorial. Explico: o *Direito* deve ser *aplicado* às situações reais da vida. De um lado, a *norma jurídica incide no caso concreto* a partir do reconhecimento espontâneo das pessoas ao adotarem uma conduta que se alinhe ao ordenamento. De outro

---

<sup>1</sup> Mestrando em Direito Público pela Universidade Federal da Bahia (UFBA). Especialista em Direito Processual pela Universidade do Salvador (UNIFACS). Professor nas Faculdades de Direito da Universidade Católica do Salvador (UCSal.) e da UNIFACS, e dos cursos de pós-graduação *lato sensu* em Direito Processual Civil da Fundação Faculdade de Direito da UFBA e do Curso JusPodivm. Advogado.

lado, e caso exista uma alegação de descumprimento da conduta esperada, gerando um conflito intersubjetivo, o *Direito só existirá quando o juiz assim o declarar*. Aí está a importância do processo, na atividade de aplicação-criação<sup>2</sup> de direitos para pacificar a sociedade e prover a felicidade (ou a menor infelicidade) das pessoas. E isso só acontece se o provimento judicial for tempestivo<sup>3</sup>.

Para alcançar este desiderato, a sociedade deve ter ao seu dispor meios hábeis para prover soluções tempestivas aos conflitos, seja através do aparato judiciário ou de *meios alternativos a ele*, caso contrário o *direito fundamental à razoável duração do processo* não passa de mera teoria, apartando-se do mundo real.

## **2. O direito de ação como um consectário da vedação à autotutela.**

Não há dúvidas. A primeira forma de resolução de conflitos conhecida pelo homem foi a autotutela, cujos traços característicos são a ausência de julgador distinto das partes e a imposição da decisão por um dos contendores ao outro.

Ela se baseia na prevalência do interesse do mais forte (ou mais ousado) sobre o mais fraco (ou mais tímido).

Existindo um conflito de interesses, e não sendo possível ou desejado chegar a uma autocomposição, aquele que era parte no conflito, e cuja força preponderava sobre a do outro, resolvia o litígio como melhor lhe aprouvesse, fazendo o seu adversário ceder, mediante o poder físico, de modo a retirar-lhe o vetor volitivo.

---

<sup>2</sup> Deve-se objetar a concepção ampla e imprecisa do que se costuma denominar *instrumentalidade do processo*. É que alguns autores entendem que o processo é uma mera e simples *ferramenta de aplicação do direito material*. Embora não deixe de ser verdadeiro, já que o processo não existe como um fim em si mesmo, mas encontra sua razão de ser na atuação do direito objetivo (material e processual), para alcançar a *ordem jurídica justa* em uma dada situação concreta, não se pode olvidar que, ao *aplicar o direito material*, o julgador também cria direito no caso concreto, integrando o ordenamento com uma nova norma jurídica: a sentença. Neste passo, não se pode dizer correta a acepção que se faz à expressão *instrumentalidade do processo*, quando ela é utilizado para afirmar que, ao aplicar o direito substantivo, o processo consiste somente uma operação lógica de subsunção, fazendo incidir *a norma correta* à situação fática exposta, como mera repetição daquilo que já está posto abstratamente no ordenamento. Detive-me mais profundamente sobre o tema na monografia intitulada *Uma análise fenomenológica dos pressupostos comuns para a antecipação dos efeitos da tutela jurídica* (2004), estudando a matéria de acordo com uma moderna teoria do conhecimento, lastreada em autores como Heidegger e Gadamer.

<sup>3</sup> Sobre os aspectos levantados naquele parágrafo, vide vasta doutrina, a exemplo de Niklas Luhmann (*Legitimação pelo procedimento*. Brasília, UnB, 1980), Tércio Sampaio Ferraz Júnior (*Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*. São Paulo, Atlas, 1994), Cândido Rangel Dinamarco (*A instrumentalidade do processo*. São Paulo, Malheiros, 1999), entre outros.

Mas, se, de um lado, a existência de conflitos sempre consistiu elemento desagregador do convívio social, de outro lado, a autodefesa também foi e é danosa à congregação humana. A submissão de uma pessoa à *força* e/ou ao *humor* de outrem, mais forte, gera instabilidade, impedindo que as relações se sedimentem em bases firmes, lastreadas em direitos e garantias previamente postos<sup>4</sup>.

Com o fortalecimento do Estado, vedou-se a prática da autotutela, admitindo-a somente em casos excepcionais, expressamente previstos em Lei e sempre submetidos a um controle judicial postecipado.

Por revelar-se uma solução “egoísta” (dos litígios), em que a satisfação da necessidade de um dos sujeitos não interessa à do outro, os Estados modernos geralmente a proibem, consentindo-a em casos excepcionais, e, mesmo assim, tornando necessário um processo ulterior, justamente para declarar a licitude da mesma no caso concreto.

(...)

Os Estados modernos, reconhecendo que, em determinadas circunstâncias, não podem evitar que se consuma uma lesão de direito, permitem que o próprio indivíduo defenda seus interesses, mesmo com o emprego, se necessário, da força material, nos limites traçados à atividade individual (determinação legal).

Exemplos típicos de autodefesa podem ser citados no direito moderno: a legítima defesa, no âmbito penal; o desforço *incontinenti* e o penhor legal, no âmbito civil; o direito de greve, no âmbito trabalhista.

Repita-se que em muitos casos de autodefesa o *processo não é afastado definitivamente*; o indivíduo é dispensado de dirigir-se ao juiz, mesmo porque não haverá tempo para isso, mas, posteriormente, o Estado-juiz poderá ser chamado a exercer o controle do ato e o fará através de processo<sup>5</sup>.

Em sua *Teoria Geral do Processo*, Cintra, Grinover e Dinamarco elencam duas razões a se admitir “a conduta unilateral invasora da esfera jurídica alheia” nos casos excepcionais de autodefesa, a saber: “*a*) a impossibilidade de estar o Estado-juiz presente sempre que um direito esteja sendo violado ou prestes a sê-lo; *b*) a ausência de confiança de cada um no altruísmo alheio, inspirador de uma possível autocomposição”<sup>6</sup>.

---

<sup>4</sup> CARREIRA ALVIM, José Eduardo. “Esta forma de resolução dos conflitos é altamente perniciosa, a uma, porque não satisfaz aos ideais de justiça, visto que o mais forte logrará sempre a satisfação do próprio interesse, e, a outra, porque, envolvendo inicialmente dois contendores, pode transformar o conflito numa verdadeira guerra” (*Teoria Geral do Processo*. 10. ed. Rio de Janeiro, Forense, 2005, p. 14).

<sup>5</sup> CARREIRA ALVIM. *Op.cit.* pp. 13-14.

<sup>6</sup> CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. 13. ed. São Paulo, Malheiros, 1997. p. 30.

Proibida a solução dos conflitos pelas mãos dos próprios litigantes, e tendo o Estado chamado para si o monopólio da jurisdição, passou a tocar-lhe o poder-dever de dirimir as querelas surgidas entre os integrantes de dada sociedade<sup>7</sup>.

Se a jurisdição é um poder-dever do Estado, ela também é um direito do jurisdicionado. O indivíduo passou, portanto, a ter uma pretensão em face do Estado-juiz.

Esta pretensão difere daquela que é oposta à parte contrária, que diz respeito ao bem jurídico da vida, pelo qual autor e réu se desentendem.

Ao ingressar em juízo, o demandante exercita o seu direito de ação, autônomo e abstrato. Significa dizer que ele faz jus à prestação da atividade jurisdicional pelo Estado-juiz, que pode finalizar com ou sem julgamento de mérito, dependendo da verificação da existência e perfeição dos pressupostos processuais e das condições da ação.

Sempre procurei distinguir a *prestação da atividade jurisdicional* da *tutela jurídica*. São coisas distintas. A primeira, um dever-poder a que o Estado está obrigado constitucionalmente e que corresponde à prestação devida, em face do exercício, pelo sujeito, do seu direito de ação (direito de obter, do Estado-Juiz, um pronunciamento em face da postulação que lhe é formulada); a segunda, o deferimento de certo bem da vida, reclamado como próprio ou como devido ao que exercitou o seu direito de ação.

A atividade jurisdicional do Estado deve ser prestada a todos que a reclamem. Já a tutela jurídica diz respeito a um bem da vida que transcende o processo o qual, *mediante* o processo, se pretende obter. A tutela jurisdicional, portanto, não ocorre, necessariamente, em todo processo<sup>8</sup>.

Portanto, o autor formula, ao menos, dois pedidos *no* processo: a prestação jurisdicional, que corresponde à contraprestação do Estado-juiz ao seu direito de ação; e a proteção do bem jurídico da vida contra o réu, *através* desta atividade jurisdicional.

Existe o direito de exigir do Judiciário uma determinada atividade – o serviço jurisdicional que está sob o seu monopólio –, independentemente de se constatar, ao final, se a proteção postulada pelo autor deve, ou não, ser concedida; se ela está, ou não, alinhada ao

---

<sup>7</sup> ASSIS, Araken de. “Em decorrência do veto estatal à justiça de mão própria, a lide na qual se debatem os particulares, quanto à realização de um direito subjetivo, se resolve na jurisdição. Logo, a proibição imposta ao agir privado, ou o monopólio da jurisdição pelo Estado, constitui a causa da relação processual. Além disto, haja vista o princípio da unidade, vigente no ordenamento brasileiro, também os conflitos entre particulares, de um lado, e a administração, de outro, acabam na via jurisdicional, atribuindo ao respectivo poder uma feição extraordinária do ângulo da proteção jurídica ao indivíduo” (*Cumulação de ações*. 4. ed. São Paulo, RT, 2002. p. 80).

<sup>8</sup> CALMON DE PASSOS, José Joaquim. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Vol. III. 8. ed.. Rio de Janeiro, Forense, 2001. pp. 09-10.

ordenamento, obedecendo-se o princípio da legalidade estrita em que deve atuar o Judiciário.

Neste primeiro aspecto, o direito de ação consiste na garantia de o indivíduo acessar o Judiciário, alegando uma ofensa ou ameaça a direito, para pleitear a solução de um conflito jurídico, por lhe ser vedada a autodefesa.

### **3. Ainda o direito de ação: da noção clássica ao conceito moderno.**

Durante muito tempo, o direito de ação foi entendido na sua acepção clássica, como o direito de *bater às portas do Judiciário*. Concebia-se tão só que todos tinham o direito a acessar os órgãos do Poder Judiciário, exigindo-lhes a prestação jurisdicional. Contudo, não havia uma preocupação doutrinária em qualificar o labor judicial.

Era a leitura que se fazia do art. 5º, XXXV, da Constituição Federal de 1988, que estatui ser vedada a exclusão da apreciação do Poder Judiciário em relação à alegação de qualquer lesão ou ameaça a direito.

A doutrina não ia muito além, restringindo-se a conceber que o direito de ação também contemplava o direito de defesa, a ser exercido pelo réu.

*O princípio da inafastabilidade* (ou o princípio do controle jurisdicional), expresso na Constituição (art. 5º, inc. XXXV), garante a todos o acesso ao Poder Judiciário, o qual não pode deixar de atender a quem venha a juízo deduzir uma pretensão fundada no direito e pedir solução para ela. Não pode a lei “excluir da apreciação do Poder Judiciário qualquer lesão ou ameaça a direito” (art. cit.), nem pode o juiz, a pretexto de lacuna ou obscuridade da lei, escusar-se de proferir decisão (CPC, art. 126).<sup>9</sup>

O art. 5º, XXXV, consagra o direito de invocar a atividade jurisdicional, como direito público subjetivo. Não se assegura aí apenas o direito de agir, o direito de ação. Invocar a jurisdição para a tutela de direito é também direito daquele contra quem se age, contra quem se propõe a ação. Garante-se a plenitude da defesa, agora mais incisivamente assegurada no inc. LV do mesmo artigo: *aos litigantes, em processo judicial e administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes*.<sup>10</sup>

Portanto, o foco era a correspondência entre o direito de ação e o dever do Estado-Juiz em prestar a jurisdição, afirmando-se que o controle jurisdicional não poderia ser afastado. Este enfoque talvez se justificasse, entre outros motivos, por força do momento histórico pelo

<sup>9</sup> CINTRA *et alli*. Op. cit. p. 138.

<sup>10</sup> SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 13. ed. São Paulo, Malheiros, 1997. p. 411.

qual atravessava o País, após os vinte anos do regime totalitário inaugurado com o Golpe de 1964<sup>11</sup>.

Foi em substituição a tal ordem que o art. 5º, XXXV, da Carta de 1988, veio devolver à sociedade brasileira a garantia de acesso ao Poder Judiciário, sem restrições (econômicas, sociais ou jurídicas), em consonância com o restabelecimento do regime de Direito Democrático no País<sup>12</sup>.

Não há como negar que o pleno e irrestrito acesso aos órgãos jurisdicionais constitui bem jurídico de máxima relevância, resguardando os indivíduos dos males jurídicos que podem afetá-los, sobretudo dos arbítrios a que podem incorrer os agentes do Estado, quando praticam desvio ou abuso do poder institucional que lhes é conferido.

Mas o vigente comando constitucional não se restringiu a devolver o direito de exigir a prestação jurisdicional sempre que houvesse alegação de lesão a direito, como fazia a Carta de 1967. O novo texto superou o anterior, mesmo que se considerasse o conteúdo do art. 150, § 4º, da Lei Maior proveniente da Revolução Militar, sem as diminuições que lhe fizeram os Atos Institucionais e as Emendas Constitucionais da época.

Com efeito, o antigo comando nada dizia acerca do controle jurisdicional em relação à alegação de ameaça ao direito. Limitava-se a cuidar da proteção contra uma sua ofensa já concretizada<sup>13</sup>.

---

<sup>11</sup> Sobre o assunto, explicava Ada Pellegrini Grinover (*Os princípios constitucionais e o Código de Processo Civil*, São Paulo, Bushatsky, 1975, p. 16): “A única exceção constitucional ao princípio da inafastabilidade do controle judiciário parece ser a inserta no art. 181 (Disposições Gerais e Transitórias), que aprova e exclui da apreciação judicial os atos oriundos do Governo Revolucionário ali enumerados”. Ressalvava, contudo, que “os denominados ‘atos políticos’ não escapam do controle judiciário, quando firam direitos individuais” (p. 16).

<sup>12</sup> DINAMARCO, Cândido Rangel. “A *universalidade da tutela jurisdicional* constitui acentuadíssima tendência generosa da atualidade e está presente nas preocupações e nos movimentos dos processualistas mais modernos. As tradicionais limitações ao ingresso na Justiça, jurídicas ou de fato (econômicas, sociais) são óbices graves à consecução dos objetivos processuais e, do ponto-de-vista da potencial clientela do Poder Judiciário, constituem para cada qual um fato de decepções em face de esperanças frustradas e insatisfações que se perpetuam; para a sociedade, elas impedem a realização de práticas pacificadoras destinadas ao estabelecimento de clima harmonioso entre os seus membros; para o Estado, é fator de desgaste de sua própria legitimidade e da dos seus institutos e do seu ordenamento jurídico” (*A instrumentalidade do processo*. 7. ed. São Paulo, Malheiros, 1999. p. 274).

<sup>13</sup> MORAES, Alexandre de. “Importante, igualmente, salientar que o Poder Judiciário, desde que haja plausibilidade da ameaça ao direito, é obrigado a efetivar o pedido de prestação judicial requerido pela parte de forma regular, pois a indeclinabilidade da prestação judicial é princípio básico que rege a jurisdição, uma vez que a toda violação de um direito responde uma ação correlativa, independentemente de lei especial que a outorgue” (*Direito Constitucional*. 7. ed. São Paulo, Atlas, 2000. p. 96).

Desta forma, a ordem constitucional de 1988 ampliou o leque de atuação do Judiciário, que se tornou apto a remediar não só o direito lesionado, mas também a protegê-lo em casos de ameaça, evitando que chegasse a ser violado, hipótese não prevista no ordenamento anterior.

Cumprido, ainda, observar que o direito de ação não diz respeito ao acesso ao Poder Judiciário para pedir-lhe a proteção a um direito lesado ou ameaçado, mas à garantia de acessar os órgãos judiciais para *alegar* a ofensa ou a ameaça a um direito. A proteção pedida, que equivale à tutela judicial, à procedência da demanda, só se verificará no final do processo. E nem sempre ocorrerá. Como já dito anteriormente, sendo o direito de ação abstrato e autônomo, o cidadão tem o direito de acessar o Judiciário independentemente de ter realmente sofrido uma lesão ou uma ameaça a um seu direito. O que lhe é garantido é o acesso para trazer suas alegações e provas.

Recomposta a ordem democrática e reinserido, no ordenamento brasileiro, o princípio da inafastabilidade da jurisdição, em sua plenitude, a doutrina começou a entender que o conceito de *acesso à justiça* ia mais além. Não bastava garantir a possibilidade de *apresentação de demandas perante os órgãos do Judiciário*, mas havia que se assegurar o direito ao alcance da *ordem jurídica justa*. Espera-se que o processo civil cumpra seu desiderato social, político e jurídico. É necessário pacificar a sociedade, resolvendo os conflitos com lastro no ordenamento, para propiciar às pessoas em conflito exatamente aquilo que pleiteiam (se lhes for devido), e fazendo-o com a rapidez que exige a situação concreta<sup>14</sup>.

Neste prisma, tornou-se insuficiente a constatação de que o direito de ação do indivíduo corresponde somente ao dever do Estado em exercer a atividade jurisdicional. O direito de acessar à ordem jurídica justa exige uma prestação qualificada.

Essa adjetivação do labor judiciário se desenvolve nas seguintes vertentes fundamentais.

---

<sup>14</sup> Neste sentido: CARREIRA ALVIM. “Para *Cappelletti*, a expressão “acesso à justiça” é reconhecidamente de difícil definição, mas serve para determinar duas finalidades básicas do sistema jurídico, pelo qual as pessoas podem reivindicar seus direitos e/ou resolver seus litígios sob os auspícios do Estado. Primeiro, o sistema deve ser acessível a todos; segundo, ele deve produzir resultados que sejam individual e socialmente justos. O sentido mais divulgado é o primeiro” (Op. Cit., 2005, p. 05) e DINAMARCO. “Nem a garantia do contraditório tem valor próprio, todavia, apesar de tão intimamente ligada à idéia de processo, a ponto de hoje dizer-se que é parte essencial deste. Ela e mais as garantias do ingresso em juízo, do devido processo legal, do juiz natural, da igualdade entre as partes – todas elas somadas visam a um único fim, que é a síntese de todas e dos propósitos integrados no direito processual constitucional: *o acesso à justiça*. Uma vez que o processo tem por escopo magno a pacificação com justiça, é indispensável que todo ele se estruture e seja praticado segundo essas regras voltadas a fazer dele um canal de condução à *ordem jurídica justa*” (Op. Cit., pp. 305-306).

A primeira delas diz respeito à efetividade da prestação jurisdicional no que tange aos meios disponibilizados ao jurisdicionado para que o resultado útil do processo seja o mais próximo possível daquilo que o acionante realmente pede e do que ele poderia obter por si mesmo no mundo natural, caso não fosse proibida a autotutela.

O Estado, ao proibir a autotutela privada, assumiu o compromisso de tutelar adequada e efetivamente os diversos casos conflituos. O processo, pois, como instrumento de prestação da tutela jurisdicional, deve fazer surgir o mesmo resultado que se verificaria se a ação privada não estivesse proibida.

(...)

O princípio da inafastabilidade, insculpido no art. 5º, inciso XXXV, da Constituição da República, garante o direito à adequada tutela jurisdicional, ao passo que o art. 75 do Código Civil [de 1916], tão mal compreendido pela doutrina, constitui verdadeira explicitação desta garantia constitucional. A correta leitura do art. 75 do Código Civil permite a conclusão de que a toda pretensão de direito material deve corresponder uma “ação processual”, obrigando o processualista a deixar de lado a sua preocupação com o procedimento ordinário e a partir para o estudo das chamadas tutelas jurisdicionais diferenciadas<sup>15</sup>.

Clama-se, então, pela *tutela específica/diferenciada*, afirmando a doutrina que o legislador deve prever instrumentos aptos a conferir ao demandante o próprio bem jurídico por ele pedido, e não uma sua substituição por equivalente pecuniário ou de qualquer outra espécie.

A *utilidade* consiste exatamente nessa necessária correlação entre o conteúdo jurídico do provimento e as suas conseqüências no mundo fático; de outro lado, careceria de interesse processual quem pretendesse um provimento destituído de qualquer conseqüência prática.

Relembra *Carlyle Pop* a necessidade de a decisão ser útil ao interessado, ou seja, propiciar a entrega do bem da vida por ele buscado, pois entregar-lhe menos é favorecer o inadimplente, é conceder-lhe uma decisão inútil.

Por fim, tem-se o princípio do *devido processo legal*, de fundo constitucional que faz efetivos todos os demais princípios processuais, pois a Constituição não outorga aos jurisdicionados apenas uma garantia vazia, senão uma tutela capaz de realizar, efetivamente, o direito invocado pela parte. O direito à adequada tutela jurisdicional, doutrina *Marinoni*, garantido pelo princípio da inafastabilidade, é o direito à tutela adequada à realidade de direito material e à realidade social<sup>16</sup>.

Se a parte faz jus à entrega de uma coisa, ou à consecução de uma obrigação de fazer ou de não fazer, o Judiciário, através do processo, passa a ter o dever de assegurar-lhe a obtenção do bem considerado em si próprio, e não um ressarcimento.

As últimas reformas do Código de Processo Civil vêm atendendo esta diretriz, consoante se verifica das atuais redações dos arts. 461 e 461-A, por exemplo.

<sup>15</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. *A antecipação da tutela*. 5. ed. São Paulo, Malheiros, 1999a. pp. 20-21.

<sup>16</sup> CARREIRA ALVIM, José Eduardo. *Tutela específica das obrigações de fazer, não fazer e entregar coisa*. 3. ed. Rio de Janeiro, Forense, 2003. p. 06.



A *tutela judicial diferenciada* decorre diretamente do princípio do *devido processo legal substancial* e da vedação à auto-proteção. Deve-se garantir ao acionante a obtenção do mesmo bem que ele alcançaria se não houvesse conflito, ou, na pior das hipóteses, em havendo conflito, se ele pudesse tomá-lo à força do seu oponente. O ganho civilizatório consiste no afastamento dos malefícios ínsitos à autotutela, já expostos no item 2, supra.

Não é demais realçar uma vez mais a célebre advertência de que o processo precisa ser apto a dar a quem tem um direito, na medida do que for praticamente possível, tudo aquilo a que tem direito e precisamente aquilo a que tem direito.

Para isso, em primeiro lugar, é indispensável que o sistema esteja preparado para produzir *decisões* capazes de propiciar a tutela mais ampla possível aos direitos reconhecidos (e, aqui, é inevitável a superposição do discurso acerca da utilidade e efetividade das decisões, ao da abertura da via de acesso). Onde for possível produzir precisamente a mesma situação que existiria se a lei não fosse descumprida, que sejam proferidas decisões nesse sentido e não outras meramente paliativas<sup>17</sup>.

Pensar de maneira diversa significaria premiar o réu que detém indevidamente a coisa litigiosa. Não haveria justiça se o processo não fosse apto a fornecer ao demandante exatamente o bem da vida pleiteado, mas somente um seu substitutivo.

A outra adjetivação versa sobre a prestação jurisdicional com duração razoável.

A decisão tardia não é justa, pois proporciona ao réu que não tem razão o benefício de manter indevidamente o bem litigioso sob seu poder por um lapso temporal demasiadamente longo, privando o autor do gozo deste mesmo bem, como assevera Marinoni:

O processo, como já foi dito, ainda que atribua ao autor o bem da vida perseguido, acarreta-lhe sempre um dano marginal, provocado, principalmente, pela indisponibilidade do bem ou do capital durante o curso do processo, ou durante o tempo em que o bem não esteve disponível para o autor por estar nas mãos do réu.

O dano que é imposto àquele que reivindica o bem e o benefício que é gerado à parte que o mantém indevidamente em seu patrimônio são proporcionais à demora da justiça. É exatamente por isso que o atual processo civil brasileiro é um ótimo negócio, ou um excelente investimento econômico, para o réu que não tem razão<sup>18</sup>.

É a lição de Bedaque:

A garantia constitucional do devido processo legal abrange a efetividade da tutela jurisdicional, no sentido de que todos têm direito não a um resultado qualquer, mas a um resultado útil no

<sup>17</sup> DINAMARCO, Op. Cit. pp. 297-298.

<sup>18</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela antecipatória, julgamento antecipado e execução imediata da sentença*. 3. ed. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1999. pp. 182-183.

tocante à satisfatividade do direito lesado ou ameaçado. Mas também se inclui nesse contexto o direito à cognição adequada a assegurar o contraditório e a ampla defesa.

(...)

Entre os direitos fundamentais da pessoa encontra-se, sem dúvida, o direito à efetividade do processo, também denominado direito de acesso à justiça ou direito à ordem jurídica justa, expressões que pretendem representar o direito que todos têm à tutela jurisdicional do Estado. Essa proteção estatal deve ser apta a conferir tempestiva e adequada satisfação de um interesse juridicamente protegido, em favor de seu titular, nas situações em que isso não se verificou de forma natural e espontânea<sup>19</sup>.

Embora o exercício do contraditório e das outras garantias constitucionais inerentes ao devido processo legal demandem tempo, ele é fonte natural de danos, que devem ser mitigados a fim de alcançar uma justiça lídima.

Com isso, não se quer suprimir as referidas garantias pertinentes à defesa, mas a jurisdição deve ser prestada em temp razoável.

Este é o objeto do trabalho, razão pela qual lhe serão dedicados os próximos capítulos.

#### **4. Direito fundamental a um processo com duração razoável: uma nova roupa para um velho conhecido.**

Atento ao entendimento doutrinário mais moderno, que estatui que o *acesso à justiça* não se restringe à garantia de levar ao conhecimento do Judiciário as alegações de ameaça ou de lesão a direito, mas de ver os conflitos resolvidos, através de uma prestação jurisdicional qualificada pela especificidade da tutela e pela duração razoável do processo, o legislador emendou a Constituição de 1988, acrescentando ao seu art. 5º o inciso LXXVIII.<sup>20</sup>

O dispositivo, portanto, explicita o direito fundamental a um processo com duração razoável, nos âmbitos judicial e administrativo, bem como os meios que garantam esta sua qualidade.

Não é irrelevante o acréscimo feito pela Emenda Constitucional n.º 45, publicada no Diário Oficial da União em 31 de dezembro de 2004, mas também não podemos concordar que se cuide de um *direito novo*, surgido só aí.

---

<sup>19</sup> BEDAQUE, José Roberto dos Santos. In: MARCATO, Antonio Carlos (org.). *Código de Processo Civil Interpretado*. São Paulo, Atlas, 2004. p. 791.

<sup>20</sup> Art. 5º (...). LXXVIII – a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação.

Antes disso, a doutrina já era tranqüila ao afirmar que o conteúdo do inc. XXXV, do art. 5º, não encerrava somente o direito de acessar os órgãos judiciários<sup>21</sup>.

Neste contexto, Luiz Guilherme Marinoni já advogava a idéia de que o direito à tutela jurisdicional efetiva e tempestiva consistia um direito fundamental, então previsto pelo art. 5º, XXXV, da Constituição de 1988:

A sua importância [do art. 5º, XXXV, da CF/88], dentro da estrutura do Estado Democrático de Direito, é de fácil assimilação. É sabido que o Estado, após proibir a autotutela, assumiu o monopólio da jurisdição. Como contrapartida dessa proibição, conferiu aos particulares o direito de ação, até bem pouco tempo compreendido como direito à solução do mérito

A concepção de direito de ação como direito a sentença de mérito não poderia ter vida muito longa, uma vez que o julgamento do mérito somente tem importância – como deveria ser óbvio – se o direito material envolvido no litígio for realizado - além de reconhecido pelo Estado-Juiz. Nesse sentido, o direito à sentença deve ser visto como direito ao provimento e aos meios executivos capazes de dar efetividade ao direito substancial, o que significa direito à efetividade em sentido estrito.

Mas, não há como esquecer, quando se pensa no direito à efetividade em sentido lato, de que a tutela jurisdicional deve ser tempestiva e, em alguns casos, ter a possibilidade de ser preventiva. Antigamente, questionava-se sobre a existência de direito constitucional à tutela preventiva. Dizia-se, simplesmente, que o direito de ir ao Poder Judiciário não incluía o direito à "liminar", desde que o jurisdicionado pudesse afirmar lesão ao direito e vê-la apreciada pelo juiz.

Atualmente, diante da inclusão da locução "ameaça a direito" na verbalização do denominado princípio da inafastabilidade, não há mais qualquer dúvida sobre o direito à tutela jurisdicional capaz de impedir a violação do direito.

Na verdade, essa conclusão é pouco mais do que óbvia, especialmente em face dos direitos ditos invioláveis, alguns erigidos a direitos fundamentais pela própria Constituição. Em outros termos, o direito à tutela inibitória está contido na própria estrutura da norma que institui algumas espécies de direitos, pois não há como conceber a existência de norma que outorgue direito inviolável sem conferir direito à inibição do ilícito.

Como se vê, o direito à inibição do ilícito está no plano do direito material, pois decorre da sanção que compõe a própria norma que outorga o direito, e não na esfera do direito processual. O processo é somente técnica para a prestação da tutela inibitória, pois essa última já é garantida pelo direito material. Porém, se o processo, diante da natureza de algumas situações de direito substancial, não estiver disposto de modo a viabilizar a outorga da tutela inibitória àquele que a ela tem direito, certamente estará negando o direito fundamental à tutela jurisdicional preventiva.

Importa, ainda, o direito à tempestividade da tutela jurisdicional. O direito à tempestividade não só tem a ver com a tutela antecipatória, como também com a compreensão da duração do processo de acordo com o uso racional do tempo processual por parte do réu e do juiz<sup>22</sup>.

<sup>21</sup> DIDIER JUNIOR, Fredie. "O conteúdo desta garantia [de acesso à justiça] era entendido, durante muito tempo, apenas como a estipulação do direito de ação e do juiz natural. Sucede que a mera afirmação destes direitos em nada garante a sua efetiva concretização. É necessário ir-se além. Surge, assim, a noção de tutela jurisdicional qualificada. Não basta a simples garantia formal do dever do Estado de prestar a Justiça; é necessário adjetivar esta prestação estatal, que há de ser rápida, efetiva e adequada" (*Notas sobre a garantia constitucional do acesso à justiça: o princípio do direito de ação ou da inafastabilidade do Poder Judiciário*. In: *Revista de Processo*. Ano 27. n.º 108. São Paulo, Revista dos Tribunais, out-dez/2002. p. 28).

<sup>22</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. *O direito à tutela jurisdicional efetiva na perspectiva da teoria dos direitos fundamentais*. Jus Navigandi, Teresina, a. 8, n. 378, 20 jul. 2004a. Disponível em: <<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=5281>>. Acesso em: 09 jan. 2005.

Não é demais lembrar que o direito a um processo com duração razoável é consequência direta do devido processo legal, que já estava expressamente previsto no art. 5º, LIV, da Carta Constitucional de 1988, como explica José Rogério Cruz e Tucci, em texto anterior à EC n.º 45/2004:

Desdobram-se estas [as garantias do devido processo legal] nas garantias: a) de acesso à justiça; b) do juiz natural ou pré-constituído; c) de tratamento paritário dos sujeitos parciais do processo; d) da plenitude da defesa, com todos os meios e recursos a ela inerentes; e) da publicidade dos atos processuais e da motivação das decisões jurisdicionais; e f) da tutela jurisdicional dentro de um lapso temporal razoável.

Conclui-se, portanto, que, também em nosso país, o direito ao processo sem dilações indevidas, como corolário do devido processo legal, vem expressamente assegurado ao membro da comunidade social por norma de aplicação imediata (art. 5º, § 1º, CF)<sup>23</sup>.

Neste mesmo sentido, leciona Luiz Guilherme Marinoni:

É claro que este princípio [do acesso à justiça] não mais apenas significa que todos podem ir ao Poder Judiciário em caso de lesão ou ameaça a direito, mas sim que todos têm o direito a uma tutela jurisdicional adequada, tempestiva e efetiva.

*A garantia constitucional de uma tutela tempestiva e efetiva obviamente incide sobre a estruturação técnica do processo, seja “de iure condendo” seja “de iure condito”.*

O legislador infraconstitucional tem o dever de estruturar o processo de modo a atender a esse princípio, estabelecendo regras que conduzam à tempestividade da tutela jurisdicional.<sup>24</sup>

Além de consectário do devido processo legal, o direito sob comento já era norma de observância obrigatória no ordenamento jurídico brasileiro por força do que dispunha o art. 8º, 1, da Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), do qual o Brasil é signatário, tendo vigência em nosso ordenamento desde 1992, com a promulgação do Decreto 678, de 06/11/1992.<sup>25</sup>

Trata-se de norma de aplicação imediata, por força do que dispõe o art. 5º, §§ 1º e 2º, da Constituição Federal.

Também era tranqüilo o entendimento de que, antes da Emenda Constitucional, já existia o direito a um processo com duração razoável no âmbito administrativo.

<sup>23</sup> TUCCI, José Rogério Cruz e. *Garantia do processo sem dilações indevidas*. In: TUCCI, José Rogério Cruz e. *Garantias constitucionais do processo civil – Homenagem aos 10 anos da Constituição Federal de 1988*. São Paulo, RT, 1999. pp. 259-260.

<sup>24</sup> MARINONI, Op. Cit. 1999a. p. 152.

<sup>25</sup> Artigo 8º - Garantias Judiciais. 1. Toda pessoa tem o direito a ser ouvida com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido com antecedência pela lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou na determinação de seus direitos e obrigações de ordem civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outro caráter.

Trata-se de uma conseqüência direta do princípio da eficiência administrativa, que já estava previsto no art. 37, *caput*, da Constituição Federal de 1988.

Nos termos deste princípio, deve a Administração Pública atuar de forma eficiente, alcançando o fim a que se propõe (o bem comum) com as maiores qualidade e celeridade possíveis.

Para a aferição deste conceito (eficiência), necessária se faz uma avaliação de custo-benefício acerca da atuação administrativa, vale dizer: o Poder Público deve atuar de forma a atingir seus objetivos, visando, de um lado, a qualidade e a celeridade e, de outro, tentando minimizar os custos (ônus) para o alcance de tais fins.

Era o que dizia Nagib Slaibi Filho, escrevendo sobre a então Proposta de Emenda Constitucional (PEC) n.º 29/2000, que tramitava perante o Senado Federal, e que, em 2004, originou a EC n.º 45:

Inerente ao Estado Democrático de Direito, como instituído no art. 1º, *caput*, da Lei Maior, tal valor já era tutelado em diversos outros dispositivos:

- no art. 5º, LIV, ao estabelecer a garantia do devido processo legal;
- no art. 5º, XXXIV, "a", inerente ao direito de petição aos Poderes Públicos (o que adianta o direito de requerer sem que se receba resposta?);
- no art. 5º, XXXV, do qual se extrai o denominado direito de acesso à jurisdição;
- no art. 37, *caput*, por inclusão da Emenda Constitucional no 19/98, da eficiência como princípio geral da Administração Pública, em todos os Poderes e esferas governamentais;
- no art. 70, quanto à fiscalização dos Poderes Públicos, ao se referir ao princípio da economicidade, ou seja, da relação custo-benefício, como objeto do controle.

(...)

O cidadão tem direito à decisão do Poder Público, em qualquer nível hierárquico ou esfera governamental, pois o Estado democrático está a serviço do indivíduo, não este a serviço daquele.

Serviços públicos, ainda que executados por delegação a pessoas privadas, destinam-se ao cidadão, pois, se assim não fosse, não seriam públicos...

Decisão tardia é ineficiente, desserve aos seus propósitos.

A Emenda Constitucional no 19/98 destacou do princípio da legalidade o princípio da eficiência, inscrevendo-o autonomamente no *caput* do art. 37 como diretriz fundamental da Administração Pública.

Os processualistas extraem do disposto no art. 5º, XXXV, não só o direito de amplo acesso à jurisdição como deste o conseqüente direito à pronta resposta do juiz às demandas; até mesmo, neste dispositivo, se incluiu, na Carta de 1988, a proteção judicial contra as ameaças ao direito.<sup>26</sup>

A violação ao princípio da eficiência implica mora/omissão administrativa, ofendendo também o princípio da razoabilidade, corolário do devido processo legal.

O entendimento pretoriano anterior à EC n.º 45 também já dispunha que a mora/omissão administrativa importa em violação aos princípios da eficiência e da razoabilidade<sup>27</sup>.

Neste sentido, constatamos que o direito à duração razoável do processo já existia anteriormente à EC 45/2004.

Novo é somente o dispositivo, que vem evidenciar um direito já existente antes de 2004. A importância da Emenda, neste particular, está na explicitação do conteúdo, que agora reside em comando próprio e autônomo.

---

<sup>26</sup> SLAIBI FILHO, Nagib. *Direito fundamental à razoável duração do processo*. Jus Navigandi, Teresina, a. 6, n. 59, out. 2002. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=3348>>. Acesso em: 21 jul. 2005.

<sup>27</sup> ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. ANISTIA POLÍTICA. ATO OMISSIVO DO MINISTRO DE ESTADO ANTE A AUSÊNCIA DE EDIÇÃO DA PORTARIA PREVISTA NO § 2º DO ART. 3º DA LEI 10.559/2002. PRAZO DE SESENTA DIAS. PRECEDENTE DO STJ. CONCESSÃO DA ORDEM. (...) **Entretanto, em face do princípio da eficiência (art. 37, caput, da Constituição Federal), não se pode permitir que a Administração Pública postergue, indefinidamente, a conclusão de procedimento administrativo, sendo necessário resgatar a devida celeridade**, característica de processos urgentes, ajuizados com a finalidade de reparar injustiça outrora perpetrada. Na hipótese, já decorrido tempo suficiente para o cumprimento das providências pertinentes – quase dois anos do parecer da Comissão de Anistia –, tem-se como razoável a fixação do prazo de 60 (sessenta) dias para que o Ministro de Estado da Justiça profira decisão final no Processo Administrativo, como entender de direito. Precedente desta Corte. 4. Ordem parcialmente concedida. (MS 9420/DF, Rel. Ministra LAURITA VAZ, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 25.08.2004, DJ 06.09.2004 p. 163) (grifou-se).

ADMINISTRATIVO. RÁDIO COMUNITÁRIA. **PROCESSO ADMINISTRATIVO. PEDIDO DE AUTORIZAÇÃO. MORA DA ADMINISTRAÇÃO. ESPERA DE CINCO ANOS DA RÁDIO REQUERENTE. VIOLAÇÃO AOS PRINCÍPIOS DA EFICIÊNCIA E DA RAZOABILIDADE. INEXISTÊNCIA. VULNERAÇÃO AO ARTIGO 535, II DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. AUSÊNCIA DE INGERÊNCIA DO PODER JUDICIÁRIO NA SEARA DO PODER EXECUTIVO. RECURSO ESPECIAL CONHECIDO PELA ALEGATIVA DE VIOLAÇÃO AOS ARTIGOS 6º DA LEI 9612/98 E 9º, INCISO II, DO DECRETO 2615/98 EM FACE DA AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO DOS DEMAIS ARTIGOS ELENCADOS PELA RECORRENTE. DESPROVIMENTO. (...) A Lei 9.784/99 foi promulgada justamente para introduzir no nosso ordenamento jurídico o instituto da Mora Administrativa como forma de reprimir o arbítrio administrativo, pois não obstante a discricionariedade que reveste o ato da autorização, não se pode conceber que o cidadão fique sujeito à uma espera abusiva que não deve ser tolerada e que está sujeita, sim, ao controle do Judiciário a quem incumbe a preservação dos direitos, posto que visa a efetiva observância da lei em cada caso concreto. 4. "O Poder Concedente deve observar prazos razoáveis para instrução e conclusão dos processos de outorga de autorização para funcionamento, não podendo estes prolongar-se por tempo indeterminado", sob pena de violação aos princípios da eficiência e da razoabilidade. 5. Recurso especial parcialmente conhecido e desprovido. (RESP 531349/RS, Rel. Ministro JOSÉ DELGADO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 03.06.2004, DJ 09.08.2004 p. 174) (grifo acrescentado).**

## 5. Direito fundamental a um processo com duração razoável: saindo da redoma.

Apesar da criação do novo dispositivo e da sua importância para o ordenamento jurídico, verifica-se uma insuficiência das reformas das leis processuais para resolver o problema do *acesso à justiça*, tomada a expressão na sua acepção mais ampla e profunda.

É certo que o inciso LXXVIII, do art. 5º, veio ao texto constitucional acompanhado de outros comandos que visam imprimir celeridade à prestação jurisdicional<sup>28</sup>.

Também é verdade que, para propiciar um alcance da população a uma *ordem jurídica justa*, é necessário imprimir uma série de modificações normativas no que tange ao direito processual.

Não podemos olvidar, de outro lado, que estas reformas, por si só, não são capazes de resolver o problema da realidade judiciária, que vem provocando uma insatisfação social quanto à atuação dos respectivos órgãos.

É o que expõe Flávia Piovesan, comentando o relatório da ONU acerca do Judiciário brasileiro:

No relatório a respeito da Justiça brasileira, apresentado pelo relator especial da ONU para a independência do Poder Judiciário destaca seus principais problemas e traz diversas recomendações. Quatro merecem destaque.

(...)

Dentre as recomendações feitas, quatro merecem destaque: a) ampliar o acesso ao Poder Judiciário; b) assegurar o direito à prestação jurisdicional efetiva; c) democratizar os órgãos do Poder Judiciário e fortalecer o controle social quanto à composição de seus órgãos de cúpula; e d) encorajar a aplicação dos instrumentos internacionais de proteção dos direitos humanos. Segundo dados oficiais, produzidos pela Fundação IBGE, apenas 30% dos indivíduos envolvidos em disputas procuram a Justiça estatal. Diversos são os fatores a explicar o reduzido percentual,

<sup>28</sup> DINAMARCO, Cândido Rangel. “Os reformadores estiveram conscientes de que a maior debilidade do Poder Judiciário brasileiro em sua realidade atual reside em sua inaptidão a oferecer uma *justiça em tempo razoável*, sendo sumamente injusta e antidemocrática a outorga de decisões tardas, depois de angustiosas esperas e quando, em muitos casos, sua utilidade já se encontra reduzida ou mesmo neutralizada por inteiro. De nada tem valido a Convenção Americana de Direitos Humanos, em vigor neste país desde 1978, incorporada que foi à ordem jurídica brasileira em 1992 (dec. n. 678, de 6.11.92); e foi talvez por isso que agora a Constituição quis, ela própria, reiterar essa promessa mal cumprida, fazendo-o em primeiro lugar ao estabelecer que “a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação” (art. 5º, inc. LXXVIII, red. EC n. 45, de 8.12.04). E, passando da palavra à ação, a emenda n.º 45 trouxe também três disposições de caráter eminentemente pragmático e destinadas a acelerar, que são: (a) a que suprime *férias coletivas* em todas as Justças e em todos seus graus jurisdicionais e (b) a que consagra em nível constitucional o *automatismo judiciário* e (c) a que determina a *distribuição imediata* em todos os juízos e tribunais” (*O processo civil na reforma constitucional do Poder Judiciário*. Disponível em <[http://www.revistajuridicaunicoc.com.br/midia/arquivos/ArquivoID\\_48.pdf](http://www.revistajuridicaunicoc.com.br/midia/arquivos/ArquivoID_48.pdf)>. Acesso em 09 ago 2005).

compreendendo desde a descrença na lei e nas instituições, a banalização da violência, a baixa conscientização da população sobre seus direitos, bem como sobre os canais institucionais disponíveis para a solução de conflitos, como explica Maria Teresa Sadek.<sup>29</sup>

Em sua *Evolução do Processo Civil Brasileiro*, José da Silva Pacheco já havia concluído que o estudo do direito processual não deve dar-se somente no plano puramente científico, mas também deve estar atento ao processo como *fato social*<sup>30</sup>.

Sobre o assunto, Humberto Theodoro Júnior<sup>31</sup> também assevera a referida insuficiência das reformas legislativas. Para ele, é necessário realizar uma remodelação da máquina judiciária, com o apoio de órgãos auxiliares e específicos de estatística e planejamento, firmando sua assertiva nas lições de Ada Pellegrini Grinover:

Além disso, pensar-se em reformar a lei sem se preocupar com a reforma simultânea ou sucessiva dos agentes que irão operar as normas renovadas, chega a ser uma utopia, para não dizer uma temeridade.

(...)

O certo é que sem órgãos adequados de estatística e de planejamento, o que a visão empírica do grave problema da justiça brasileira evidencia para os pensadores do direito processual é a realidade de “um grande descompasso entre a doutrina e a legislação de um lado; e a prática judiciária, de outro. Ao extraordinário progresso científico da disciplina processual não correspondeu o aperfeiçoamento do aparelho judiciário e da administração da justiça”<sup>32</sup>.

E arremata, valendo-se dos dizeres de Edson Prata:

O drama envolve, é certo, algumas complicações de ordem normativa, como v.g., o excesso de recursos permitidos pela lei processual brasileira. Todavia, seu núcleo, seu ponto crítico, situa-se no plano administrativo, ou de organização e gerenciamento dos serviços forenses, já que “são as etapas mortas e não os prazos previstos em lei que retardam a marcha dos processos a ponto de exasperarem partes, advogados, interessados, com graves prejuízos para o bom nome da justiça e do próprio Estado”.<sup>33</sup>

No mesmo sentido, Moniz de Aragão afirma inexistir, no Brasil, preocupação “com duas questões de suma importância para localizar a dificuldade no funcionamento do aparelho judiciário e tentar resolvê-las com dados reais e concretos, ao invés de ensaiar experiências fundadas em dados empíricos. Uma dessas questões é a da *estatística judicial*, que permitirá

<sup>29</sup> PIOVESAN, Flávia. *Por uma Justiça acessível, efetiva e democrática*. Disponível em: <<http://www.sindadvogados-rj.com.br/19042005justica.htm>>. Acesso em 04/09/2005.

<sup>30</sup> PACHECO, José da Silva. “ao estudá-lo [o direito processual civil], forçoso é reconhecer: a) as leis processuais ou o sistema de lei processual civil; b) o processo civil, como fato social, como instituição, como relação entre as partes (ação) e o juiz (jurisdição), com a interveniência instrumental de diversos órgãos auxiliares” (*Evolução do Processo Civil Brasileiro*. 2. ed. Rio de Janeiro, Renovar, 1999, p. 350).

<sup>31</sup> THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Celeridade e efetividade da prestação jurisdicional. Insuficiência da reforma das leis processuais*. In: Revista de Processo. Ano 30, n. 125. São Paulo, RT, jul. 2005. pp. 70-74.

<sup>32</sup> *Apud* THEODORO JÚNIOR. Op. Cit. pp. 70-71.

<sup>33</sup> *Apud* THEODORO JÚNIOR. Op. Cit. p. 73.



radiografar e diagnosticar os males que afligem e entavam a justiça; outra é a dos rendimentos que é lícito esperar dos magistrados, pois há os que produzem mais e os que produzem menos, sem que jamais se tenha tentado apurar qual a produção que se deve esperar de cada um e quais os meios de obter que ela seja alcançada”.<sup>34</sup>

Diz Flávia Piovesan, nos já mencionados comentários ao relatório apresentado pela ONU (em que pese não concordemos que o direito fundamental à razoável duração do processo seja uma inovação jurídica, mas apenas legislativa, como já exposto anteriormente)<sup>35</sup>.

Neste passo, não há como chegar a outro entendimento senão o de que, embora a ciência processual venha se desenvolvendo, o seu progresso e as reformas legislativas, por si só, não são capazes de alterar a realidade judiciária, propiciando um efetivo acesso à *ordem jurídica justa*. Não basta *abrir as portas do Judiciário*, é necessário planejá-lo, projetando o modelo que se pretende alcançar a curto, médio e longo prazos<sup>36</sup>.

Não se quer dizer, com isso, que uma reestruturação judiciária significará um enfraquecimento do Poder Judiciário diante dos outros poderes e da sociedade, sobretudo se consideramos a vigência de um Estado Democrático de Direito, em que é o Judiciário “que, enquanto poder desarmado, tem a última palavra”<sup>37</sup>. Também não concordamos com um *ativismo judicial*. Tampouco pode se usar tal argumento como artifício político para reformas açodadas e despidas de seriedade.

Mas não há como negar que o direito fundamental à *ordem jurídica justa* está sendo desatendido, como obvia o congestionamento de processos no Judiciário brasileiro. Segundo os dados do STF, a taxa de congestionamento estava em 59,26%, no ano de 2003<sup>38</sup>. A

<sup>34</sup> MONIZ DE ARAGÃO, Egas Diniz. *As tendências do processo civil contemporâneo*. In: Gênesis – Revista de Direito Processual Civil. V. 11. Curitiba, Gênesis, jan-maço/1999. Também in: Revista Forense. Ano 95. V. 346. Rio de Janeiro, Forense, abril-junho/1999. p. 155.

<sup>35</sup> PIOVESAN. “Quanto à efetividade da prestação jurisdicional, cabe atentar à inovação introduzida pela reforma do Judiciário, ao incluir dentre os direitos fundamentais o direito à razoável duração do processo. A preocupação com a maior celeridade processual demanda maior racionalização e planejamento do aparato jurisdicional, sendo essencial a elaboração de indicadores para avaliar o funcionamento da justiça e a eficácia da prestação jurisdicional, bem como a adoção de metodologia adequada para a coleta de dados estatísticos, como sugere o relator da ONU. Neste ponto, a própria ONU dispõe-se a prestar assistência técnica e organizar iniciativas de cooperação internacional, abrangendo a identificação de experiências exitosas suscetíveis de serem aqui reproduzidas” (Op. Cit. 2005).

<sup>36</sup> O problema não é só brasileiro, mas mundial, como afirmam Humberto Theodoro Júnior (2005), no texto aqui referido, e Paulo Hoffman (2005), no interessante texto intitulado *O direito à razoável duração do processo e a experiência italiana*.

<sup>37</sup> PIOVESAN. Op. Cit. 2005.

<sup>38</sup> SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *A justiça em números: indicadores estatísticos do Poder Judiciário – 2003*. Disponível em: <[http://www.stf.gov.br/seminario/pdf/a\\_justica\\_em\\_numeros.pdf](http://www.stf.gov.br/seminario/pdf/a_justica_em_numeros.pdf)>. Acesso em 07 set. 2005.

mesma fonte ainda demonstra que, naquele período, o congestionamento na Justiça Federal de 1º Grau era de 81,37%, enquanto na Justiça Estadual de 1ª Instância era de 75,45%.

O momento histórico exige uma tomada de posição. É indispensável que se proceda uma efetiva reestruturação do Poder Judiciário, porque o modelo que temos atualmente não é adequado para propiciar um desenvolvimento social digno. Esta reforma não passa somente por tecnicismos, estatísticas e administração de tempo e de recursos humanos e logísticos, mas envolve um pensar político.

Além disso, a doutrina sustenta o alcance da *justiça efetiva* pela institucionalização, cultural e estrutural, adequada e responsável, dos chamados *meios alternativos de solução de conflitos*, não em substituição, mas em complementação à atividade jurisdicional estatal.

Lastreado na literatura estrangeira, Humberto Theodoro Júnior afirma que estes meios não visam somente melhores resultados quantitativos, mas também qualitativos:

Mas, não só para desafogar a justiça ordinária que se reconhece importância à *justiça coexistencial* (ou *conciliatória*). Esta, muitas vezes, chega não só a resultados mais rápidos e menos onerosos que a justiça comum, como a resultados *melhores*, até mesmo em *qualidade*, do que os produzidos pelo processo contencioso.

(...)

Para a doutrina Argentina, espelhada nas experiências já realizadas em outros países, a implementação de formas alternativas de resolução dos conflitos produz duplo e relevante efeito:

a) a curto prazo, tende a aliviar a sobrecarga de trabalho dos juízes; e

b) a longo prazo, se pode esperar uma mudança de mentalidade da sociedade, especialmente dos operadores do direito, por meio da qual, a um só tempo, será possível “um maior acesso à justiça” conjugado com “uma baixa no índice de litigiosidade, ou seja, redução do ingresso de causas no sistema jurisdicional”.<sup>39</sup>

Sobre o assunto, a doutrina<sup>40</sup> já demonstrou a valia e as vantagens dos *meios alternativos de solução de conflitos*, para solver litígios, a exemplo da arbitragem, que se aplica a conflitos

<sup>39</sup> THEODORO JÚNIOR, Op. Cit. pp. 75-77.

<sup>40</sup> Consulte-se, por exemplo, J. E. Carreira Alvim (*Teoria geral do processo*. Forense, Rio de Janeiro, 2005) e Humberto Theodoro Júnior (*Celeridade e efetividade da prestação jurisdicional. Insuficiência da reforma das leis processuais*. In: Revista de Processo. Ano 30, n. 125. São Paulo, RT, jul. 2005), além de texto de nossa autoria, especificamente sobre *A arbitragem no direito coletivo do trabalho* In: Revista Ciência Jurídica do Trabalho. Ano I, Vol. 6. Belo Horizonte, Nova Alvorada, junho/1998. pp. 116-127. E também In: Revista da Fundação Orlando Gomes – Prêmio Luiz Tarquínio – Direito do Trabalho e Previdência Social. Salvador, RCJ Edições Jurídicas, 2001. pp. 23-41). Além disso, tive a recente oportunidade de voltar a debater sobre os *meios alternativos de solução de conflitos* no I Encontro Baiano de Professores de Direito Processual, ocorrido em Salvador/BA, nos dias 25 e 26 de agosto de 2005.

que recaiam sobre direitos disponíveis, como já acontece em diversos ordenamentos estrangeiros e no direito internacional, inclusive em caráter endoprocessual<sup>41</sup>.

Visando fortalecer o juízo arbitral, entendido com um destes *meios alternativos de solução de litígios*, a PEC n.º 29/2000 sugeria o acréscimo do inc. XVI ao art. 93, indicando a seguinte redação:

Art. 93 (...)

XVI – Ressalvadas as entidades de direito público, os interessados em resolver seus conflitos de interesse poderão valer-se de juízo arbitral, na forma da lei. (AC)

A PEC n.º 96/92 (da Câmara dos Deputados) também apontava o juízo arbitral comum como objeto da EC n.º 45/2004. De igual modo, a OAB aprovava a sua inclusão no texto constitucional. É o que consta na Sistematização das Propostas para Discussão sobre as *Funções Essenciais e Acesso à Justiça*, do Ministério da Justiça, datada de junho de 2003<sup>42</sup>:

### 3 - JURISDIÇÃO ALTERNATIVA

#### 3.1 - Instrumentos extra judiciais

##### 3.1.1 - Juízo Arbitral comum

- CF 88 – nada consta
- PEC 96/92 – ressalvadas as entidades de direito público, os interessados em resolver seus conflitos de interesse poderão valer-se de juízo arbitral, na forma da lei (art. 98, §4º)
- PEC 29/00 - ressalvadas as entidades de direito público, os interessados em resolver seus conflitos de interesse poderão valer-se de juízo arbitral, na forma da lei (art.93, XVI)
- OAB – fica assegurado o direito às pessoas, ressalvadas as de direito público e as que componham a Administração Pública Direta ou Indireta da União, dos Estados, do DF e dos Municípios, optarem pelo juízo arbitral, instituído em lei e organizado no âmbito nacional, para a solução de seus litígios (art. 92 §2º)

A inclusão do dispositivo encerraria qualquer reminiscência do hoje esqualido debate acerca da constitucionalidade da Lei n.º 9.307/96, que regula o juízo arbitral em nosso ordenamento.

É pesaroso, portanto, que o legislador não tenha acolhido a Proposta de Emenda neste particular, embora a sua inclusão não fosse, por si só, suficiente para sedimentar o instituto

<sup>41</sup> Sobre o assunto, vide o artigo de J. S. Fagundes Cunha, intitulado *Da mediação e da arbitragem endoprocessual*. Ponta Grossa, UEPG, 1997.

<sup>42</sup> MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. *Funções essenciais e acesso à justiça – sistematização de propostas para discussão – temas centrais*. Disponível em: <[http://www.mj.gov.br/reforma/pdf/funcoes\\_essenciais.pdf](http://www.mj.gov.br/reforma/pdf/funcoes_essenciais.pdf)>. Acesso em 04 set. 2005.

na sociedade brasileira, como já se disse antes acerca da insuficiência das reformas legislativas.

## 6. Conclusão.

Como se viu ao longo do texto, o direito fundamental à duração razoável do processo, agora positivado no art. 5º, LXXVIII, da Constituição Federal, não consiste inovação jurídica, mas apenas legislativa.

O referido direito já estava garantido no ordenamento jurídico brasileiro, através do art. 5º, XXXV, da Carta Magna de 1988, além de constar expressamente no art. 8º, 1, da Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), assinado pelo Brasil e em vigor no País desde 1992.

Inobstante tal circunstância, o acréscimo do dispositivo ao texto constitucional é de grande relevância, porquanto deixe claro que o legislador quis evidenciar o direito ali descrito. Numa concepção moderna acerca do direito de ação, entendido como direito à ordem jurídica justa, não se pode mais conceber que o *acesso à justiça* corresponda somente ao *ingresso em juízo*.

O problema que se põe atualmente é o de obter uma prestação jurisdicional qualificada, seja quanto ao *tempo*, seja no que toca à sua *diferenciação/especificidade*. Removidos os obstáculos que outrora obstavam o *ingresso em juízo* (agora amplo e irrestrito), a preocupação passou a residir na *saída do conflito* do Judiciário.

Estas considerações têm o objetivo de estimular os operadores do direito, especialmente os que militam em sede acadêmica, a buscar novos rumos para o acesso à Justiça, *surfando* nessa terceira onda, que, de todas, é a que melhores condições oferece de superar os obstáculos a uma justiça rápida e eficaz.

Como disse, o problema do acesso à Justiça não é uma questão de "entrada", pois, pela porta gigantesca desse templo chamado Justiça, entra quem quer, seja através de advogado pago, seja de advogado mantido pelo Poder Público, seja de advogado escolhido pela própria parte, sob os auspícios da assistência judiciária, não havendo, sob esse prisma, nenhuma dificuldade de acesso. O problema é de "saída", pois todos entram, mas poucos conseguem sair num prazo razoável, e os que saem, fazem-no pelas "portas de emergência", representadas pelas tutelas antecipatórias, pois a grande maioria fica lá dentro, rezando, para conseguir sair com vida.

Este é o grande problema e o grande obstáculo que enfrentamos, cabendo à doutrina, através de concepções voltadas para a realidade brasileira, sem copiar modelos estrangeiros, contribuir para

a formação de uma onda de "*descenso*" (saída) da Justiça, para que o sistema judiciário se torne mais racional na *entrada*, mas, também, mais racional e *humano* na *saída*.<sup>43</sup>

Ocorre que a efetivação do direito à *ordem jurídica justa* extrapola os limites científicos do direito processual (ou o estudo do direito processual somente enquanto sistema), envolvendo uma análise do processo enquanto *fato social*.

As reformas legislativas e o progresso da ciência processual, portanto, mostram-se insuficientes para remover os entraves à prestação jurisdicional em tempo razoável, sendo necessário repensar o modelo judiciário, projetando-o, institucional e culturalmente, a curto, médio e longo prazo. Cuida-se aí de um *pensar político*.

Aliado a ele, é indispensável que se desenvolvam atividades administrativas e estatísticas profissionais, diagnosticando a situação atual dos órgãos judiciários e acompanhando a implementação de um modelo satisfatório para o atendimento das demandas, solucionando, com efetividade, os conflitos surgidos na sociedade.

Além disso, os *meios alternativos de solução de conflitos* surgem como possíveis vias de realização e de complementação do labor jurisdicional e de pacificação social, não para substituir o Poder Estatal por completo, mas para atuar em certas áreas, de modo a liberá-lo para cumprir adequadamente o seu desiderato, nas contendas que lhe forem vertidas.

## **7. Bibliografia.**

ASSIS, Araken de. *Cumulação de ações*. 4. ed. São Paulo, RT, 2002.

BASTOS, Antonio Adonias Aguiar. *A arbitragem no direito coletivo do trabalho*. In: Revista Ciência Jurídica do Trabalho. Ano I, Vol. 6. Belo Horizonte, Nova Alvorada, junho/1998. pp. 116-127. Também in: Revista da Fundação Orlando Gomes – Prêmio Luiz Tarquínio – Direito do Trabalho e Previdência Social. Salvador, RCJ Edições Jurídicas, 2001. pp. 23-41.

\_\_\_\_\_. *Uma análise fenomenológica dos pressupostos comuns para a antecipação dos efeitos da tutela jurídica*. Salvador, 2004. Inédita.

CARREIRA ALVIM, José Eduardo. *Tutela específica das obrigações de fazer, não fazer e entregar coisa*. 3. ed. Rio de Janeiro, Forense, 2003.

<sup>43</sup> CARREIRA ALVIM, José Eduardo. *Justiça: acesso e descenso*. Jus Navigandi, Teresina, a. 7, n. 65, mai. 2003. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=4078>>. Acesso em: 10 ago. 2005.

\_\_\_\_\_. *Justiça: acesso e descesso*. Jus Navigandi, Teresina, a. 7, n. 65, mai. 2003. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=4078>>. Acesso em: 10 ago. 2005.

\_\_\_\_\_. *Teoria Geral do Processo*. 10. ed. Rio de Janeiro, Forense, 2005.

CALMON DE PASSOS, José Joaquim. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Vol. III. 8. ed.. Rio de Janeiro, Forense, 2001.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. 13. ed. São Paulo, Malheiros, 1997.

CUNHA, J. S. Fagundes. *Da mediação e da arbitragem endoprocessual*. In: *Revista Jurídica da UEPG*. v. 1, n. 1, Ponta Grossa, UEPG, 1997. pp. 229-257. Também disponível em: <<http://www.uepg.br/rj/a1v1at16.htm>>. Acesso em 07 ago. 2005.

DEPARTAMENTO INTERSINDICAL DE ASSESSORIA PARLAMENTAR. *Parecer da Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania, sobre a Proposta de Emenda à Constituição n.º 29, de 2000, que introduz modificações na estrutura do Poder Judiciário*. Disponível em: <[http://www.diap.org.br/agencia/Anexos/PEC\\_29\\_00RefJudParecerJos%E9JorgeCCJ.doc](http://www.diap.org.br/agencia/Anexos/PEC_29_00RefJudParecerJos%E9JorgeCCJ.doc)>. Acesso em 04 set. 2005

DIDIER JUNIOR, Fredie. *Notas sobre a garantia constitucional do acesso à justiça: o princípio do direito de ação ou da inafastabilidade do Poder Judiciário*. In: *Revista de Processo*. Ano 27. n.º 108. São Paulo, Revista dos Tribunais, out-dez/2002.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 7. ed. São Paulo, Malheiros, 1999.

\_\_\_\_\_. *O processo civil na reforma constitucional do Poder Judiciário*. Disponível em <[http://www.revistajuridicaunicoc.com.br/midia/arquivos/ArquivoID\\_48.pdf](http://www.revistajuridicaunicoc.com.br/midia/arquivos/ArquivoID_48.pdf)>. Acesso em 09 ago 2005.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*. São Paulo, Atlas, 1994.

GRINOVER, Ada Pellegrini. *Os princípios constitucionais e o código de processo civil*. São Paulo, Bushatsky, 1975.

HOFFMAN, Paulo. *O direito à razoável duração do processo e a experiência italiana*. Jus Navigandi, Teresina, a. 9, n. 782, 24 ago. 2005. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7179>>. Acesso em: 05 set. 2005.

LUHMANN, Niklas. *Legitimação pelo procedimento*. Brasília, UnB, 1980.

MARCATO, Antonio Carlos (org.). *Código de Processo Civil Interpretado*. São Paulo, Atlas, 2004.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela antecipatória, julgamento antecipado e execução imediata da sentença*. 3. ed. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1999.

\_\_\_\_\_. *A antecipação da tutela*. 5. ed. São Paulo, Malheiros, 1999a.

\_\_\_\_\_. *Do processo civil clássico à noção de direito à tutela adequada ao direito material e à realidade social*. Jus Navigandi, Teresina, a. 8, n. 335, 7 jun. 2004. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=5046>>. Acesso em: 09 jan. 2005.

\_\_\_\_\_. *O direito à tutela jurisdicional efetiva na perspectiva da teoria dos direitos fundamentais*. Jus Navigandi, Teresina, a. 8, n. 378, 20 jul. 2004a. Disponível em: <<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=5281>>. Acesso em: 09 jan. 2005.

\_\_\_\_\_. *O custo e o tempo do Processo Civil brasileiro*. Jus Navigandi, Teresina, a. 8, n. 441, 21 set. 2004b. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=5717>>. Acesso em: 09 jan. 2005.

MELO, Gustavo de Medeiros. *A tutela adequada na reforma constitucional de 2004*. In: Revista de Processo. Ano 30, n. 124. São Paulo, RT, jun. 2005. pp. 76-110.

MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. *Funções essenciais e acesso à justiça – sistematização de propostas para discussão – temas centrais*. Disponível em: <[http://www.mj.gov.br/reforma/pdf/funcoes\\_essenciais.pdf](http://www.mj.gov.br/reforma/pdf/funcoes_essenciais.pdf)>. Acesso em 04 set. 2005.

\_\_\_\_\_. *Eficiência e celeridade no poder judiciário - sistematização de propostas para discussão - temas centrais*. Disponível em: <[http://www.mj.gov.br/reforma/pdf/eficiencia\\_e\\_celeridade.pdf](http://www.mj.gov.br/reforma/pdf/eficiencia_e_celeridade.pdf)>. Acesso em 04 set. 2005a.

MONIZ DE ARAGÃO, Egas Diniz. *As tendências do processo civil contemporâneo*. In: Gênese – Revista de Direito Processual Civil. V. 11. Curitiba, Gênese, jan-maço/1999. Também in: Revista Forense. Ano 95. V. 346. Rio de Janeiro, Forense, abril-junho/1999.

MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 7. ed. São Paulo, Atlas, 2000.

PACHECO, José da Silva. *Evolução do Processo Civil Brasileiro*. 2. ed. Rio de Janeiro, Renovar, 1999.

PIOVESAN, Flávia. *Por uma Justiça acessível, efetiva e democrática*. Disponível em: <<http://www.sindadvogados-rj.com.br/19042005justica.htm>>. Acesso em 04/09/2005.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 13. ed. São Paulo, Malheiros, 1997.

SLAIBI FILHO, Nagib. *Direito fundamental à razoável duração do processo*. Jus Navigandi, Teresina, a. 6, n. 59, out. 2002. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=3348>>. Acesso em: 21 jul. 2005.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *A justiça em números: indicadores estatísticos do Poder Judiciário – 2003*. Disponível em: <[http://www.stf.gov.br/seminario/pdf/a\\_justica\\_em\\_numeros.pdf](http://www.stf.gov.br/seminario/pdf/a_justica_em_numeros.pdf)>. Acesso em 07 set. 2005.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Celeridade e efetividade da prestação jurisdicional. Insuficiência da reforma das leis processuais*. In: Revista de Processo. Ano 30, n. 125. São Paulo, RT, jul. 2005.

TUCCI, José Rogério Cruz e. *Garantia do processo sem dilações indevidas*. In: TUCCI, José Rogério Cruz e. *Garantias constitucionais do processo civil – Homenagem aos 10 anos da Constituição Federal de 1988*. São Paulo, RT, 1999.