

OS DIREITOS FUNDAMENTAIS À EFETIVIDADE DA ATIVIDADE JURISDICIONAL E À RAZOÁVEL DURAÇÃO DO PROCESSO

Ricardo Fioreze

Juiz do Trabalho – RS

SUMÁRIO

1. Introdução
2. Direitos fundamentais
3. Atividade jurisdicional sob a perspectiva dos direitos fundamentais
4. Direito fundamental à efetividade da atividade jurisdicional
5. Direito fundamental à razoável duração do processo
6. Conclusões
7. Referências

1. INTRODUÇÃO

A capacidade de solucionar conflitos não só mediante a oferta de resultados úteis como também em tempo hábil define o desejo da sociedade moderna em relação ao Poder Judiciário.

O desejo de efetividade e tempestividade da atividade jurisdicional, além de decorrência natural de uma sociedade cada vez mais exigente e consciente dos direitos que lhe são reconhecidos, é de tal envergadura que, em âmbito interno, acabou elevado a patamar constitucional. Em plano geral, a efetividade e a tempestividade da atividade jurisdicional são impostas pela necessidade de obediência ao princípio da eficiência (Constituição da República, art. 37, *caput*) e, em plano especial, aos princípios da inafastabilidade do controle jurisdicional (Constituição da República, art. 5º, inc. XXXV) e da razoável duração do processo (Constituição da República, art. 5º, inc. LXXVIII).

A Constituição da República, ao estabelecer que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito” (art. 5º, inc. XXXV) e “a todos, no âmbito judicial [...], são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação” (art. 5º, inc. LXXVIII), adota o sistema judicial como idôneo à proteção de todos os direitos e arrola o acesso a esse sistema e, bem assim, os mecanismos disciplinadores do seu funcionamento pronto e eficaz entre os direitos fundamentais.

E, ao assim fazê-lo, a Constituição pátria confirma a indissociável vinculação existente entre a proteção dos direitos, a atividade jurisdicional e o processo, e, paralelamente, comanda que o exercício da atividade jurisdicional e a utilização do processo se orientem segundo as diretrizes traçadas pelos direitos fundamentais, segundo as perspectivas reveladas pelos direitos fundamentais.

2. DIREITOS FUNDAMENTAIS

Os direitos fundamentais correspondem aos direitos do ser humano reconhecidos e positivados na esfera do direito constitucional de determinado Estado. São, na conceituação de Ingo Wolfgang Sarlet,

[...] 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).¹

A considerar o seu conteúdo, os direitos fundamentais expressam os valores tidos como principais da cultura de uma determinada nação e buscam significar a própria dignidade da pessoa humana.² Correspondem ao conjunto de direitos capazes de assegurar condições mínimas de existência humana digna, que não podem ser objeto de intervenção do Estado e, paralelamente, demandam prestações positivas em face do Estado.³

Ao mesmo tempo em que se enquadram como direitos subjetivos, os direitos fundamentais expressam os princípios objetivos da ordem constitucional e democrática de determinado Estado. Sob essa perspectiva, os direitos fundamentais cumprem o papel de legitimação do poder estatal.

Os direitos fundamentais são, a um só tempo, direitos subjetivos e elementos fundamentais da ordem constitucional objetiva. Enquanto direitos subjetivos, os direitos fundamentais outorgam aos titulares a possibilidade de impor os seus interesses em face dos órgãos obrigados. Na sua dimensão como elemento fundamental da ordem constitucional objetiva, os direitos fundamentais – tanto aqueles que não asseguram, primariamente, um direito subjetivo, quanto aqueles outros, concebidos como garantias individuais – formam a base do ordenamento jurídico de um Estado de Direito democrático.⁴

Em uma síntese conceitual, os direitos fundamentais são normas jurídicas legitimadoras da ordem constitucional e de sublevação de direitos subjetivos, cujo escopo maior é a preservação da dignidade humana.⁵

¹ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 89.

² SALGADO, Joaquim Carlos. Princípios hermenêuticos dos direitos fundamentais. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais*, Belo Horizonte, n. 39, p. 246, jan.-jun. 2001.

³ TORRES, Ricardo Lobo. O mínimo existencial e os direitos fundamentais. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 177, p. 29, 1989.

⁴ MENDES, Gilmar Ferreira. Os direitos fundamentais e seus múltiplos significados na ordem constitucional. *Revista Jurídica Virtual*, Brasília, v. 2, n° 13, jun. 1999. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/Rev_14/direitos_fund.htm>. Acesso em: 10 nov. 2008.

⁵ LOPES, Ana Maria D'Ávila. *Os direitos fundamentais como limites ao poder de legislar*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2001, p. 46.

Da perspectiva objetivo-valorativa resultam, como desdobramentos, a eficácia dirigente que os direitos fundamentais desencadeiam em relação aos órgãos estatais, por conterem uma ordem dirigida ao Estado para que atue permanentemente visando à sua concretização,⁶ e a função outorgada aos direitos fundamentais, de estabelecer parâmetros para a criação e constituição de organizações ou instituições estatais e para o procedimento, e, como consequência, para a aplicação e a interpretação de normas procedimentais e para a formatação do direito organizacional e procedimental que auxiliem na efetivação da proteção aos próprios direitos fundamentais, de modo a evitar riscos de uma redução de significado do seu conteúdo material.⁷

Ainda, à noção de direitos fundamentais é intrínseca a característica da fundamentalidade, revelada pela especial dignidade e proteção de que eles são merecedores, num sentido formal e num sentido material.⁸

Os direitos fundamentais formais são as posições jurídicas subjetivas protegidas pela Constituição Formal, por estarem nela inscritos.⁹ A fundamentalidade formal, portanto, resulta da mera circunstância de determinados direitos serem eleitos pelo Poder Constituinte como direitos fundamentais e, nessa condição, inscritos na Constituição. No ordenamento pátrio, a Constituição vigente enuncia, em seu Título II, um extenso catálogo de disposições definidoras de direitos e garantias fundamentais, sistematizado em cinco capítulos: I – Dos Direitos e Deveres Individuais e Coletivos; II – Dos Direitos Sociais; III – Da Nacionalidade; IV – Dos Direitos Políticos; e V – Dos Partidos Políticos. Os direitos fundamentais encontrados nesse catálogo, por estarem assim expressos, identificam-se como direitos fundamentais formais.

A fundamentalidade material, por sua vez, emerge da circunstância de os direitos fundamentais serem elemento constitutivo da Constituição material, por conterem decisões fundamentais sobre a estrutura básica de organização do Estado e da sociedade. O contorno material dos direitos fundamentais resulta da essência do seu conteúdo substancial normativo e, para identificar a sua materialidade, é indispensável investigar qual o conteúdo normativo necessário para caracterizar um direito como fundamental,¹⁰ de modo que não necessariamente do sentido formal atribuído aos direitos fundamentais resulta um sentido material.¹¹

Em tema de classificação, é da tradição do direito constitucional pátrio a distinção entre os direitos e as garantias constitucionais: as garantias exibem um papel instrumental em relação aos direitos, pois servem como meios de efetivação dos direitos por elas protegidos e, paralelamente, legitimam as ações estatais voltadas à defesa dos direitos fundamentais. Tal distinção foi assumida pelo texto constitucional pátrio, já que o seu Título II faz referência a “Direitos e Garantias Fundamentais”, a confirmar não

⁶ SARLET. *Op. cit.*, p. 161.

⁷ SARLET. *Op. cit.*, p. 164-165.

⁸ SARLET. *Op. cit.*, p. 86.

⁹ MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*. 3. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2000, p. 9, t. IV.

¹⁰ ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os direitos fundamentais na constituição portuguesa de 1976*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2004, p. 77.

¹¹ Em sentido contrário, Jorge Miranda sustenta que todos os direitos fundamentais em sentido formal também se constituem em direitos fundamentais em sentido material (*op. cit.*, p. 9, t. IV).

só a existência das duas categorias como um mesmo grau de importância jurídica conferida a ambas.

A despeito da distinção existente entre as duas categorias, reconhece-se às garantias fundamentais a condição de típicos direitos subjetivos, porque são vinculadas umbilicalmente aos direitos fundamentais e porque asseguram aos indivíduos a possibilidade de exigir dos Poderes Públicos o respeito e a efetivação dos direitos fundamentais. Daí a adoção da expressão direitos-garantia, pois, além de conterem garantias, normas de competência ou regras para uma atuação estatal voltada à proteção de outros direitos, podem, simultaneamente, fundamentar posições jurídicas subjetivas individuais e autônomas.¹²

Ainda em âmbito classificatório, formulações pautadas por critério funcional, amparadas nas diversas funções que os direitos fundamentais desempenham na ordem jurídica, tendo em conta a dupla perspectiva que lhes é própria – subjetiva e objetiva –, identificam dois grandes grupos de direitos fundamentais: direitos de defesa e direitos a prestações (ou prestacionais).¹³

No primeiro grupo se encontram os direitos contra ingerências do Estado nas esferas de liberdade pessoal e propriedade do indivíduo. Visam a limitar o poder estatal, a assegurar uma esfera de liberdade ao indivíduo e a outorgar ao indivíduo um direito subjetivo que permita evitar interferências indevidas no âmbito de proteção dos direitos fundamentais, ou mesmo a eliminar agressões em sua esfera de autonomia pessoal.¹⁴

Os direitos fundamentais a prestações guardam proximidade com os direitos de segunda dimensão e, assim, importam na adoção de postura ativa por parte do Estado, direcionada a disponibilizar aos indivíduos prestações que viabilizem o efetivo exercício dos direitos, e se dividem em dois subgrupos: direitos a prestações em sentido amplo, os quais englobam os direitos de proteção e os direitos à participação na organização e procedimento; e direitos a prestações em sentido estrito, que consistem em direitos a prestações materiais (fáticas) sociais.¹⁵

O direito de proteção, que decorre da perspectiva objetiva própria aos direitos fundamentais, sinaliza a noção de que ao Estado incumbe, também, garantir os direitos fundamentais contra agressões promovidas por terceiros. Nele se incluem deveres, por parte do Estado, de proibição, que consiste no dever de proibir determinadas condutas; segurança, que consiste no dever de proteger o indivíduo contra ataques de terceiros, mediante medidas diversas; e evitar riscos, que autoriza o Estado a atuar com o objetivo de evitar riscos para o cidadão em geral, mediante medidas de proteção ou prevenção.¹⁶

Já os direitos à organização e ao procedimento buscam designar os direitos fundamentais que dependem, para a sua realização, de providências estatais tendentes à criação e conformação de órgãos, setores ou repartições (direito à organização), e

¹² SARLET. *Op. cit.*, p. 198-199.

¹³ SARLET. *Op. cit.*, p. 185-186.

¹⁴ SARLET. *Op. cit.*, p. 185-186.

¹⁵ SARLET. *Op. cit.*, p. 184-185.

¹⁶ MENDES. *Op. cit.*

providências outras, normalmente de índole normativa, destinadas a ordenar a fruição de determinados direitos ou garantias. Embora seja difícil a identificação do seu objeto, estes direitos podem ser considerados direitos à emissão de determinadas normas procedimentais e, também, direitos à determinada interpretação e aplicação de normas sobre procedimento,¹⁷ e incluem, entre outras, as garantias processuais-constitucionais (direito de acesso à justiça; direito de proteção judiciária; direito de defesa).¹⁸

A propósito da eficácia das normas que dispõem sobre direitos fundamentais, a Constituição da República estabelece que “As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata” (art. 5º, § 1º), com o que lhes “confere dignidade e proteção especiais”.¹⁹ A abrangência dessa norma, embora possa oferecer dúvida quando se cogita da totalidade dos direitos fundamentais,²⁰ é indiscutível quando se trata dos direitos individuais e coletivos arrolados no mesmo art. 5º da Constituição da República.

Vinculada ao mesmo tema, a definição do sentido e alcance da norma contida no § 1º do art. 5º da Constituição da República atrai a necessária consideração das diferentes funções exercidas pelos direitos fundamentais. A partir dos dois grandes grupos em que os direitos fundamentais podem ser classificados segundo as funções que exercem, não há qualquer dificuldade em admitir eficácia imediata aos direitos de defesa, cujo exercício pressupõe a não-intervenção do Estado. O mesmo tratamento, contudo, revela-se espinhoso quando envolve direitos a prestações, cujo exercício pressupõe ativa participação do Estado tendente a concretizá-los, mas, a despeito dessa dificuldade, é fora de dúvida que a norma impõe aos órgãos estatais a tarefa de maximizar a eficácia dos direitos fundamentais e exibe caráter dirigente e vinculante, porque, além de assegurar a força vinculante desses direitos, objetivando torná-los diretamente aplicáveis pelos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, investe esses Poderes na atribuição constitucional de promover as condições para que os direitos e garantias fundamentais sejam reais e efetivos, e, segundo alguns, com prevalência para o Poder Judiciário, a quem incumbe não apenas o poder-dever de assegurar a sua plena eficácia como também remover lacunas oriundas da falta de concretização, utilizando-se, para tanto, do norte indicado pelo art. 4º da Lei de Introdução ao Código Civil.²¹

¹⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos fundamentais e processo – algumas notas sobre a assim designada dimensão organizatória e procedimental dos direitos fundamentais. In: CALDEIRA, Adriano; FREIRE, Rodrigo da Cunha Lima (Org.). *Terceira etapa da reforma do Código de Processo Civil*. Salvador: Jus Podivm, 2007, p. 230.

¹⁸ MENDES. *Op. cit.*

¹⁹ MARINONI, Luiz Guilhermo. *Teoria geral do processo*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 71-72.

²⁰ Em relação a algumas normas definidoras de direitos sociais, os quais se enquadram entre os direitos fundamentais, a própria Constituição prevê que a sua aplicabilidade depende de legislação ulterior, bastando citar, a título exemplificativo, a proteção contra a despedida arbitrária ou sem justa causa do empregado, cuja eficácia depende de lei complementar (art. 7º, inc. I). Entretanto, há quem defenda, como Eros Roberto Grau, que mesmo as normas programáticas conduzem ao surgimento de direitos subjetivos individuais, independentemente de intervenção legislativa, em razão de sua imediata aplicabilidade (*A ordem econômica na Constituição de 1988: interpretação e crítica*, 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1997, p. 322-325).

²¹ SARLET. *Op. cit.*, p. 268.

[...] já não se discute mais na doutrina do direito constitucional o papel dos direitos fundamentais e das normas de princípio – mesmo daquelas consideradas meramente programáticas – como diretivas materiais permanentes, vinculando positivamente todos os órgãos concretizadores, inclusive aqueles encarregados da jurisdição, devendo estes tomá-las em consideração em qualquer dos momentos da atividade concretizadora.²²

No mínimo, se trata de norma de cunho principiológico, espécie de mandado de otimização ou maximização, que estabelece aos órgãos estatais a tarefa de reconhecer a maior eficácia possível aos direitos fundamentais²³ e projeta presunção favorável à aplicabilidade imediata das suas normas definidoras, de modo que possível negativa de sua aplicação, por força da ausência de ato concretizador, submete-se à necessária fundamentação e justificação.²⁴ Comparativamente a outras normas jurídicas, as que instituem direitos fundamentais são merecedoras de maior aplicabilidade e idôneas a produzir mais efeitos.

Entre as cargas eficaciais próprias a todas as normas definidoras de direitos fundamentais, mesmo que dependentes de atuação do legislador, a doutrina majoritária destaca que nos direitos fundamentais prestacionais se incluem princípios, diretrizes e fins que condicionam a atuação dos órgãos estatais e, de modo mais específico, a atividade discricionária da Administração e do Poder Judiciário na aplicação, interpretação e concretização das normas que os contemplam e das demais normas jurídicas.²⁵

3. ATIVIDADE JURISDICIONAL SOB A PERSPECTIVA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Entre os sistemas adotados com a finalidade de conferir proteção aos direitos fundamentais, o mais clássico corresponde ao judicial, o qual, em síntese, consiste em um conjunto de órgãos perante os quais aqueles cujo direito fundamental tenha sido violado ou esteja ameaçado de violação podem postular a adoção de providências visando à correspondente reparação ou prevenção.²⁶

A tais órgãos é atribuído o exercício da atividade jurisdicional, cuja possibilidade de provocação igualmente se insere entre os direitos e garantias fundamentais e é viabilizada por uma série de instrumentos (processuais), aos quais igualmente se reconhece a condição de direitos e garantias fundamentais. Nesse sentido, a Constituição da República, ao arrolar, entre os direitos e garantias fundamentais, os direitos e deveres individuais e coletivos (art. 5º), prevê que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito” (inc. XXXV) e, ao mesmo tempo,

²² OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. O processo civil na perspectiva dos direitos fundamentais. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Coord.). *Jurisdição e direitos fundamentais: anuário 2004/2005 / Escola Superior da Magistratura do Rio Grande do Sul – AJURIS*. Porto Alegre: Escola Superior da Magistratura: Livraria do Advogado, 2006, v. 1, t. 2, p. 254.

²³ SARLET. *Op. cit.*, p. 270.

²⁴ SARLET. *Op. cit.*, p. 271.

²⁵ SARLET. *Op. cit.*, p. 296-298.

²⁶ Em realidade, o acesso ao sistema judicial, como sistema de assegurar proteção a direitos, normalmente não distingue entre direitos fundamentais e direitos de outra natureza.

assegura, por exemplo: que “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal” (inc. LIV); “aos litigantes, em processo judicial [...] o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes” (inc. LV); que “são que inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos” (inc. LVI); a utilização de *habeas-corpus* “sempre que alguém sofrer ou se achar ameaçado de sofrer violência ou coação em sua liberdade de locomoção, por ilegalidade ou abuso de poder” (inc. LXVIII), de 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” (inc. LXIX) e de mandado de injunção “sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania” (inc. LXXI); e “a todos, no âmbito judicial [...] a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação” (inc. LXXVIII).

A Constituição pátria não só adota o sistema judicial como hábil à proteção dos direitos fundamentais – além, obviamente, de todos os demais direitos –, como inclui o próprio acesso ao sistema e os mecanismos disciplinadores do seu funcionamento pronto e eficaz no catálogo dos direitos fundamentais, e, ao assim dispor, confirma a vinculação existente entre a proteção dos direitos fundamentais, a atividade jurisdicional e o processo, instrumento do qual se vale o Estado para empreender essa atividade.

Por força do sistema de proteção adotado e – em significativa medida – disciplinado pela Constituição pátria, os direitos fundamentais incidem verticalmente sobre os órgãos jurisdicionais de duas maneiras distintas: por uma, a proteção aos direitos fundamentais passa a compreender o próprio objeto da sua atividade; e, por outra, os direitos fundamentais consistentes em instrumentos capazes de viabilizar a proteção judicial dos demais direitos (direitos fundamentais processuais) passam a conformar o próprio modo de exercício da sua atividade.

Para além de direitos subjetivos, os direitos fundamentais processuais incidem sobre o juiz, vinculando o seu modo de atuação, a maneira como deve proceder para viabilizar a efetiva proteção dos direitos.²⁷ Não são direitos que exigem do juiz atuação voltada a protegê-los, e sim exercício da função jurisdicional de maneira adequada ou de forma a permitir a proteção efetiva de todos os direitos.²⁸ E, porque também se incluem entre os direitos fundamentais, são merecedores de interpretação idêntica à conferida aos demais direitos fundamentais, especialmente aquela voltada a outorgar-lhes a máxima eficácia.

Sendo certo, ademais, que ao juiz se atribui um dever de proteção dos direitos fundamentais, a consideração da sua dimensão organizatória e procedimental pressupõe também promover uma adequada interpretação e formatação do processo, dos procedimentos e das técnicas processuais de tutela dos direitos,²⁹ objetivando,

²⁷ MARINONI. *Op. cit.*, p. 210.

²⁸ MARINONI. *Op. cit.*, p. 210-211.

²⁹ SARLET. *Op. cit.*, p. 233.

sempre, ganhos em termos de eficiência e eficácia da atividade empreendida. Para que possam desempenhar a sua função na realidade social, os direitos fundamentais necessitam “não só de normatização intrinsecamente densificadora como também de formas de organização e regulamentação procedimentais apropriadas”.³⁰

Nesse ambiente, ganham importância dois entre os direitos fundamentais processuais: o da efetividade da atividade jurisdicional e o da razoável duração do processo.

4. DIREITO FUNDAMENTAL À EFETIVIDADE DA ATIVIDADE JURISDICIONAL

À Constituição da República, adotando o sistema judicial como hábil à proteção de todos os direitos – inclusive os direitos fundamentais – e arrolando o acesso a esse sistema e, bem assim, os mecanismos disciplinadores do seu funcionamento pronto e eficaz entre os direitos fundamentais, estabelece que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito” (art. 5º, inc. XXXV).

O preceito abriga o princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional e expressa o direito de acesso à Justiça, ao permitir ao cidadão, em contrapartida ao monopólio da atividade jurisdicional que o Estado reserva para si, provocar o seu exercício com a finalidade de proteger direitos ou interesses, de natureza substancial ou meramente processual, quando violados ou ameaçados de violação. Na observação de Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery, “todos têm acesso à justiça para postular tutela jurisdicional preventiva ou reparatória de um direito individual, coletivo ou difuso. Ter direito constitucional de ação significa poder deduzir pretensão em juízo e também poder dela defender-se”.³¹

Mediante o exercício do direito de ação é provocado o exercício da atividade jurisdicional. O direito de ação, então, assegura a reivindicação de tutela a todos os direitos ou interesses lesados ou ameaçados de lesão, em especial aos direitos fundamentais.

O direito de ação cobre a multifuncionalidade dos direitos fundamentais, ou seja, pode ser utilizado conforme as necessidades funcionais dos direitos fundamentais. Portanto, é um direito que se coloca sobre todas essas funções e, na verdade, sobre todos os direitos fundamentais materiais. É que os direitos fundamentais materiais dependem, em termos de efetividade, do direito de ação.³²

O direito de acesso à Justiça é, assim, o direito de assegurar o respeito e a realização dos demais direitos quando, por qualquer razão, eles não sejam respeitados ou realizados espontaneamente. Com esses contornos, o direito de acesso à Justiça pode ser considerado o direito mais importante, pois dele depende a viabilização dos demais direitos.³³

³⁰ OLIVEIRA. *Op. cit.*, p. 259.

³¹ NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de Processo Civil comentado e legislação processual civil extravagante em vigor*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 20.

³² MARINONI. *Op. cit.*, p. 208.

³³ GRINOVER, Ada Pellegrini. *Novas tendências do Direito Processual*. São Paulo: Forense Universitária, 1990, p. 244.

O direito de ação é um direito fundamental processual, e não um direito fundamental material, como são os direitos de liberdade, à educação e ao meio ambiente. Portanto, ele pode ser dito o mais fundamental de todos os direitos, já que imprescindível à efetiva concreção de todos eles.

[...] é um direito fundamental não apenas à tutela dos direitos fundamentais, mas sim à proteção de todos os direitos [...].³⁴

A partir da lição da doutrina constitucional pátria, que, distinguindo entre direitos e garantias fundamentais, confere, às últimas, papel instrumental em relação aos primeiros, porque servem como mecanismos de efetivação dos direitos por elas protegidos e, mais, legitimam ações estatais tendentes à defesa dos direitos fundamentais, pode-se enquadrar o acesso à Justiça como autêntico direito-garantia fundamental.

Como ocorreu com os direitos fundamentais, o significado inicial do direito de acesso à Justiça sofreu profunda evolução, retratada nesses termos por Mauro Cappelletti e Bryant Garth:

O conceito de acesso à justiça tem sofrido uma transformação importante, correspondente a uma mudança equivalente no estudo e ensino do processo civil. Nos estados liberais "burgueses" dos séculos dezoito e dezenove, os procedimentos adotados para solução dos litígios civis refletiam a filosofia essencialmente individualista dos direitos, então vigente. 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. Esses direitos eram considerados anteriores ao Estado; sua preservação exigia apenas que o Estado não permitisse que eles fossem infringidos por outros. O Estado, portanto, permanecia passivo, com relação a problemas tais como a aptidão de uma pessoa para reconhecer seus direitos e defendê-los adequadamente, na prática.

[...]

À medida que as sociedades do *laissez-faire* cresceram em tamanho e complexidade, o conceito de direitos humanos começou a sofrer uma transformação radical. A partir do momento em que as ações e relacionamentos assumiram, cada vez mais, caráter mais coletivo que individual, as sociedades modernas necessariamente deixaram para trás a visão individualista de direitos, refletida nas "declarações de direitos", típicas dos séculos dezoito e dezenove. O movimento fez-se no sentido de reconhecer os *direitos e deveres sociais* dos governos, comunidades, associações e indivíduos. Esses novos direitos humanos, exemplificados pelo preâmbulo da Constituição Francesa de 1946, são, antes de tudo, os necessários para tornar *efetivos, quer dizer, realmente acessíveis a todos*, os direitos antes proclamados. Entre esses direitos garantidos nas modernas constituições estão os direitos ao trabalho, à saúde, à segurança material e à educação. Tornou-se lugar comum observar que a *atuação positiva* do Estado é necessária para assegurar o gozo de todos esses direitos sociais básicos. Não é surpreendente, portanto, que o direito ao acesso efetivo à justiça tenha ganho

³⁴ MARINONI. *Op. cit.*, p. 209.

particular atenção na medida em que as reformas do *welfare state* têm procurado armar os indivíduos de novos direitos substantivos em sua qualidade de consumidores, locatários, empregados e, mesmo, cidadãos. De fato, o direito ao acesso efetivo tem sido progressivamente reconhecido como sendo de importância capital entre os novos direitos individuais e sociais, uma vez que a titularidade de direitos é destituída de sentido, na ausência de mecanismos para sua efetiva reivindicação. O acesso à justiça pode, portanto, ser encarado como o 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.³⁵

Ainda no aspecto, os mesmos autores alertam:

Uma tarefa básica dos processualistas modernos é expor o impacto substantivo dos vários mecanismos de processamento de litígios. Eles precisam, conseqüentemente, ampliar sua pesquisa para mais além dos tribunais e utilizar os métodos de análise da sociologia, da política, da psicologia e da economia, e ademais, aprender através de outras culturas. O “acesso” não é apenas um direito social 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.³⁶

O direito de acesso à Justiça assegura ao cidadão, portanto, não somente a possibilidade de provocação dos órgãos jurisdicionais, mediante o exercício do direito de ação, mas também, ainda em um primeiro momento, a exigibilidade da resposta correspondente, mediante processamento e julgamento da ação. Ele assegura ao cidadão, em um primeiro momento, (i) levar a conhecimento do órgão jurisdicional competente a situação que conforma a lesão ou ameaça de lesão a direito; (ii) ver formalizada e processada essa iniciativa; (iii) acompanhar e participar desse processamento; e, ainda, (iv) obter um pronunciamento acerca da situação levada a conhecimento do órgão jurisdicional. Enfim, o direito de acesso à Justiça assegura ao cidadão, em um momento inicial, livre trânsito perante o órgão jurisdicional, compreensivo de ingresso, percurso e saída do sistema judicial.

Contudo, o direito de acesso à Justiça não se satisfaz com o mero trânsito formal perante os órgãos integrantes do Poder Judiciário. Na observação de Kazuo Watanabe, “A problemática do acesso à justiça não pode ser estudada nos acanhados limites do acesso aos órgãos judiciais já existentes”, já que “Não se trata apenas de possibilitar o acesso à Justiça, enquanto instituição estatal, e sim de viabilizar o acesso à ordem jurídica justa”.³⁷

³⁵ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à Justiça*. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1988, p. 9-10.

³⁶ CAPPELLETTI. *Op. cit.*, p. 13.

³⁷ WATANABE, Kazuo. Acesso à Justiça e sociedade moderna. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel; WATANABE, Kazuo (Org.). *Participação e processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988, p. 128.

Ao direito de acesso à Justiça se reconhecem, atualmente, contornos bem mais amplos. Além da possibilidade de provocar o órgão jurisdicional e exigir a resposta correspondente, o direito de acesso à Justiça assegura ao cidadão, primordialmente, o direito à participação adequada no desenvolvimento do processo – como decorrência do direito ao contraditório, outorgado tanto ao autor quanto ao réu – e, especialmente, a efetividade da resposta jurisdicional, por meio de atividade capaz de produzir resultados práticos equivalentes àqueles verificáveis em razão de respeito ou adimplemento espontâneo dos direitos. O direito de acesso à Justiça, “erigido à dignidade de garantia constitucional, quer dizer bem mais do que a possibilidade de se obterem provimentos ‘formais’, isto é, decisões judiciais dotadas apenas potencialmente da aptidão de operar transformações no mundo real”,³⁸ quer significar

[...] uma tutela qualificada contra qualquer forma de denegação da justiça, abrangente tanto das situações processuais como das substanciais. Essa conclusão fundamental tem servido de apoio à concepção de um sistema processual que efetivamente tutele todos os direitos, seja pelo esforço interpretativo que procure suprir as eventuais imperfeições, seja pela atribuição a certos institutos processuais, como o mandado de segurança, de notável função de cobrir as falhas existentes no sistema de instrumentos processuais organizados pelo legislador ordinário.³⁹

O direito de acesso à Justiça assegura ao cidadão a obtenção de uma tutela jurisdicional adequada, e esta não se restringe à mera resposta jurisdicional, ou seja, a simples ditado do juiz que dá razão a uma das partes. Tutela jurisdicional adequada é a proteção que permite às partes participarem de maneira adequada do processo – levando ao juiz o conhecimento das suas razões – e ao autor a utilização das técnicas processuais que outorguem à ação efetividade para a proteção do seu direito.⁴⁰ A resposta jurisdicional somente apresenta importância se o direito material envolvido no litígio, além de reconhecido pelo Estado-juiz, for realizado. Por extensão, o direito à resposta jurisdicional deve ser entendido como direito ao provimento e aos meios executivos capazes de dar efetividade ao direito substancial, o que significa direito à efetividade em sentido estrito.⁴¹

Portanto, a norma constitucional que afirma que a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito (art. 5º, XXXV, da CF) significa, de uma só vez, que: (i) o autor tem o direito de *afirmar* lesão ou ameaça a direito; (ii) o autor tem o direito de ver essa *afirmação apreciada* pelo juiz quando presentes os requisitos chamados de condições da ação pelo

³⁸ WAMBIER, Luiz Rodrigues; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Anotações sobre a efetividade do processo. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, n. 814, p. 63-70, ago. 2003.

³⁹ WATANABE, Kazuo. *Da cognição no processo civil*. 2. ed. São Paulo: Central de Publicações Jurídicas: Centro Brasileiro de Estudos e Pesquisas Judiciais, 1999, p. 27.

⁴⁰ MARINONI. *Op. cit.*, p. 214.

⁴¹ MARINONI, Luiz Guilherme. *O direito à efetividade da tutela jurisdicional na perspectiva da teoria dos direitos fundamentais*. Disponível em: <<http://www.professormarinoni.com.br/principal/pub/anexos/2007081011372022.pdf>>. Acesso em: 12 jun. 2009.

art. 267, VI, do Código de Processo Civil; (iii) o autor tem o direito de pedir a apreciação dessa afirmação, ainda que um desses requisitos esteja ausente; (iv) a sentença que declara a ausência de uma condição da ação não nega que o direito de pedir a apreciação da afirmação de lesão ou de ameaça foi exercido ou que a ação foi proposta e se desenvolveu ou for exercitada; (v) o autor tem o direito de *influir* sobre o convencimento do juízo mediante alegações, provas e, se for o caso, recurso; (vi) o autor tem o direito à *sentença e ao meio executivo* capaz de dar plena efetividade à tutela jurisdicional por ela concedido; (vii) o autor tem o direito à antecipação e à segurança da tutela jurisdicional; e (viii) o autor tem o direito ao *procedimento* adequado à situação de direito substancial carente de proteção.⁴²

Mais do que o direito de acesso à Justiça, na disposição contida no inc. XXXV do art. 5º da Constituição da República reside o direito fundamental à efetividade da atividade jurisdicional, o qual, para Cândido Rangel Dinamarco – embora aludindo ao processo –, revela quatro facetas fundamentais – admissão em juízo; modo-de-ser do processo; critérios de julgamento (ou justiça nas decisões); e efetivação dos direitos (ou utilidade das decisões) –⁴³ e “significa a sua almejada aptidão a eliminar insatisfações, com justiça e fazendo cumprir o direito, além de valer como meio de educação geral para o exercício e respeito aos direitos e canal de participação dos indivíduos nos destinos da sociedade e assegurar-lhes a liberdade”.⁴⁴

A efetividade da atividade jurisdicional expressa a idéia da máxima coincidência possível cogitada por Giuseppe Chiovenda, a significar que “o processo deve dar, quanto for possível praticamente, a quem tenha um direito, tudo aquilo e exatamente aquilo que ele tenha direito de conseguir”.⁴⁵

Na lição de José Carlos Barbosa Moreira, “em toda a extensão da possibilidade prática, o resultado do processo há de ser tal que assegure à parte vitoriosa o *gozo pleno da específica utilidade a que faz jus segundo o ordenamento*”, além do que “cumpre que se possa atingir semelhante resultado com o mínimo de dispêndio de tempo e energias”.⁴⁶

A efetividade da atividade jurisdicional é atingida quando a tutela jurisdicional prestada se mostra adequada, ou seja, na definição de Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart, “quando, para determinado caso concreto, há procedimento que pode ser dito adequado, porque hábil para atender determinada situação concreta, que é peculiar ou não a uma situação de direito material”.⁴⁷ Somente se pode pensar em atividade jurisdicional efetiva quando capaz de produzir resultado dotado de utilidade em relação à situação fática concreta levada a conhecimento do órgão jurisdicional.

⁴² MARINONI. *Op. cit.*, p. 224.

⁴³ DINAMARCO, Cândido Rangel. *A Instrumentalidade do processo*, 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 334-335.

⁴⁴ DINAMARCO. *Op. cit.*, p. 331.

⁴⁵ CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil*. Campinas: Boockseller, 1998, p. 67, v. 1.

⁴⁶ MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Temas de Direito Processual: terceira série*. São Paulo: Suraiva, 1984, p. 27-28.

⁴⁷ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Manual do processo de conhecimento*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 50.

Atividade jurisdicional despida de utilidade deixa de ser meio de proteção e concretização de direitos, para se tornar fim em si mesma.

A efetividade do processo mostra-se ainda particularmente sensível através da capacidade, que todo o sistema tenha, de produzir realmente as situações de justiça desejadas pela ordem social, política e jurídica. A tutela específica dos direitos, execução em espécie, obtenção de resultados mediante sentenças constitutivas e eliminação de óbices à plena satisfação dos direitos (v.g., mediante as medidas cautelares), são fatores para a efetividade do processo. A tendência do direito processual moderno é também no sentido de conferir *maior utilidade aos provimentos jurisdicionais*.⁴⁸

5. DIREITO FUNDAMENTAL À RAZOÁVEL DURAÇÃO DO PROCESSO

A Constituição da República, ao prever, entre os direitos fundamentais, mecanismos disciplinadores do funcionamento pronto e eficaz do sistema judicial, estabelece que “a todos, no âmbito judicial [...], são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação” (art. 5º, inc. LXXVIII).

O preceito abriga o princípio da razoável duração do processo e expressa o direito de obtenção, a partir do exercício do direito de acesso à Justiça, de uma resposta jurisdicional que, além de efetiva, se mostre tempestiva.

Embora tenha sido introduzido no texto constitucional pela Emenda 45/2004, o desejo de tempestividade da atividade jurisdicional já integrava o ordenamento jurídico pátrio, seja por força de disposições infraconstitucionais – a título exemplificativo: Código de Processo Civil, art. 125: “O juiz dirigirá o processo conforme as disposições deste Código, competindo-lhe: [...] II - velar pela rápida solução do litígio”; e Consolidação das Leis do Trabalho, art. 765: “Os juízos e Tribunais do Trabalho terão ampla liberdade na direção do processo e velarão pelo andamento rápido das causas, podendo determinar qualquer diligência necessária ao esclarecimento delas” –, seja em razão da promulgação e incorporação da Convenção Americana de Direitos Humanos – Pacto de San Jose da Costa Rica –, que, em seu art. 8, nº 1, prevê que “Toda a pessoa tem 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 formulada contra ela, ou para que se determinem os seus direitos ou obrigações de natureza civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza”.⁴⁹ Ademais, o princípio já se encontrava implicitamente abrigado no inc. XXXV do art. 5º da Constituição da República, norma que, como visto, contém o princípio da inafastabilidade da jurisdição e expressa o direito à efetividade da atividade jurisdicional.

Também não representa novidade a preocupação da doutrina contemporânea em incluir o tema que envolve o tempo de tramitação do processo na primeira ordem

⁴⁸ DINAMARCO. *Op. cit.*, p. 393.

⁴⁹ O Brasil é signatário dessa Convenção. Por meio do Decreto 27, de 26.05.1992, o Congresso Nacional aprovou o seu texto. Em 25.09.1992, o Brasil depositou a Carta de Adesão à convenção. E, com a posterior publicação do Decreto nº 678, de 09.11.1992, a convenção foi promulgada e incorporada ao ordenamento jurídico brasileiro.

dos problemas relacionados ao exercício da atividade jurisdicional. Na observação de Cândido Rangel Dinamarco,

no direito moderno, a realidade dos pleitos judiciais e a angústia das longas esperas são fatores de desprestígio do Poder Judiciário e de sofrimento pessoal dos que necessitam da tutela jurisdicional. Fala-se no binômio custo-duração como o eixo em torno do qual gravitam todos os males da justiça contemporânea [...]. Acelerar os resultados do processo é quase uma obsessão, nas modernas especulações sobre a tutela jurisdicional.⁵⁰

A recente explicitação do princípio no texto constitucional confirma essa tendência e aponta a necessidade de tratamento particular a um dos principais problemas verificados no exercício da atividade jurisdicional, qual seja, a sua crônica morosidade, capaz, por si só, de frustrar totalmente o exercício do direito de acesso à Justiça.

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. nº 678, de 6.11.1992); 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, LXXVIII, red. EC nº 45, de 8.12.2004).⁵¹

Além disso, é notória a finalidade de substituição do modelo que caracterizou o processo no Estado Liberal, em que o apreço pela garantia de liberdade do cidadão, homenageando excessivamente a segurança, impunha regras procedimentais rígidas e revelava total despreocupação com o tempo de sua tramitação.⁵²

É bastante usual, ainda, a alusão à *segurança jurídica* que se obtém mediante os pronunciamentos jurisdicionais, a saber, a segurança quanto à existência, inexistência ou modo de ser das relações jurídicas. É inegável o grande valor social desse serviço que o Estado presta através do processo e do exercício da jurisdição. Sucede, porém, que segurança, ou certeza jurídica, é em si mesma fator de pacificação: a experiência mostra que as pessoas mais sofrem

⁵⁰ DINAMARCO, Cândido Rangel. *A reforma do Código de Processo Civil*. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 140.

⁵¹ DINAMARCO, Cândido Rangel. O processo civil na reforma constitucional do Poder Judiciário. In: RENAULT, Sergio Rubello Tamm; BOTTINI, Pierpaolo (Coord.). *Reforma do judiciário*. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 302.

⁵² MARINONI, Luiz Guilherme. *Do processo civil clássico à noção de direito a tutela adequada ao direito material e à realidade social*. Disponível em: <http://www.professormarinoni.com.br/principal/pub/anexos/20080320041348DO_PROCESSO_CIVIL_CLASSICO.pdf>. Acesso em: 12 jan. 2009.

as angústias da insatisfação antes de tomarem qualquer iniciativa processual ou mesmo durante a litispendência, experimentando uma sensação de alívio quando o processo termina, ainda que com solução desfavorável.⁵³

A norma, no que exhibe de conteúdo programático, orienta, sem dúvida, a necessidade de reformulação da estrutura judicial e processual brasileira.

Não há como negar que o tempo do processo prejudica o autor que tem razão, beneficiando na mesma proporção o réu que não a tem. Dessa forma é eliminada a crença na neutralidade do tempo do processo. Mas, a partir do momento em que o tempo do processo passa a ser admitido como ônus, surge a consequência lógica de que ele não pode ser suportado pelo autor, pois isso seria o mesmo do que aceitar que o direito de ação constitui um ônus que recai sobre aquele que procura o Poder Judiciário.⁵⁴

A considerar as classificações mencionadas em item anterior, o direito fundamental à razoável duração do processo apresenta dupla dimensão:

Na dimensão subjetiva, é certo afirmar que a garantia da tutela jurisdicional tempestiva concede a todo e qualquer jurisdicionado o direito de ver seu processo se desenvolver em tempo razoável, assegurado, ainda, os meios necessários para que tal desiderato seja alcançado. [...]

Já na dimensão objetiva, tem-se que a garantia do processo sem dilações indevidas não é uma mera declaração de intenções dirigida ao Judiciário, mas sim uma autêntica norma programática, cujo mandamento deve ser cumprido por todos os Poderes do Estado. Ao Poder Legislativo, é exigida uma especial atenção ao elemento temporal, no momento de elaborar a legislação processual aplicável. Ao Poder Executivo, a tarefa de articular a estrutura orgânica e material necessária para a função jurisdicional e dar apoio completo na execução dos julgados. E, finalmente, ao Poder Judiciário incumbe utilizar, de forma eficiente, os meios postos à sua disposição, bem como cumprir rigorosamente os prazos processuais.⁵⁵

Mesmo que não traduza inovação concreta, a explicitação da norma no texto constitucional reforça o desejo de celeridade da atividade jurisdicional, e a sua natureza, como qualquer norma instituidora de direito fundamental – que, como visto, é dotada de eficácia imediata (Constituição da República, art. 5º, § 1º) –, ostenta conteúdo pedagógico, impondo aos operadores jurídicos, no mínimo, conferir-lhe atenção redobrada e, quiçá, interpretação mais crítica. Como adverte Luiz Guilherme Marinoni, é necessário que:

⁵³ DINAMARCO. *Op. cit.*, p. 196.

⁵⁴ MARINONI. *Op. cit.*

⁵⁵ GAJARDONI, Fernando da Fonseca. O princípio constitucional da tutela jurisdicional sem dilações indevidas e o julgamento antecipadíssimo da lide. In: CALDEIRA, Adriano; FREIRE, Rodrigo da Cunha Lima (Org.). *Terceira etapa da reforma do Código de Processo Civil*. Salvador: Jus Podivm, 2007, p. 154-155.

ao tempo do processo seja dado o seu devido valor, já que, no seu escopo básico de tutela dos direitos, o processo será mais efetivo, ou terá maior capacidade de eliminar com justiça as situações de conflito, quanto mais prontamente tutelar o direito do autor que tem razão. De nada adianta a doutrina continuar afirmando retoricamente que a justiça atrasada é uma injustiça, se ela não tem a mínima sensibilidade para perceber que o processo sempre beneficia o réu que não tem razão.⁵⁶

Segundo a dimensão objetiva, o direito fundamental à razoável duração do processo exerce função ordenadora do sistema judicial, orientando o seu desenvolvimento a partir de técnicas que conduzam à celeridade da atividade jurisdicional. Na esteira dessa função, os operadores jurídicos e, de modo particular, o juiz, a partir de uma interpretação que confira à norma maior eficácia e utilidade, devem adotar nova postura diante do problema da morosidade da atividade jurisdicional.

Ao incidir sobre o Poder Judiciário, o direito fundamental à duração razoável do processo o obriga a organizar adequadamente a distribuição da justiça, a equipar de modo efetivo os órgãos judiciários, a compreender e a adotar as técnicas processuais idealizadas para permitir a tempestividade da tutela jurisdicional, e a evitar a prática de atos omissivos ou comissivos que retardem de maneira injustificada a tramitação do processo.⁵⁷ Impõe aos Tribunais, de modo especial, atuação mais incisiva diante de eventuais membros desidiosos.⁵⁸ Enfim, obriga o Poder Judiciário a instituir meios capazes de tornar mais célere a tramitação do processo e deles – e, também, dos meios já disponíveis – fazer uso mais eficiente.

Não mais convence o argumento de que o invencível acúmulo de serviço ou a deficiência estrutural do Poder Judiciário não permite o tempestivo exercício da atividade jurisdicional. Ainda que não possa ser imputado somente ao juiz, não se concebe que o problema da morosidade seja agravado pela persistência de postura de indiferença diante das expectativas atuais da sociedade. É dever do juiz, assim, organizar a sua forma de trabalho, distribuindo de modo mais adequado o tempo e utilizando de maneira mais eficiente os recursos, harmonizado-a com o anseio de rápida entrega da prestação jurisdicional.

É certo, por outro lado, que a norma em questão, seja porque se vale de conceitos vagos, seja porque não há parâmetros seguros que permitam quantificar o tempo de tramitação do processo que seja razoável nem precisar os meios que possam ser utilizados para alcançar a sua almejada celeridade, oferece dificuldade em definir o seu alcance.⁵⁹ Todavia, essa dificuldade, igualmente, não pode servir de argumento para que a aplicação da norma seja relegada a segundo plano.

⁵⁶ MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela antecipatória, julgamento antecipado e execução imediata da sentença*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 17.

⁵⁷ MARINONI. *Op. cit.*, p. 210-211.

⁵⁸ SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 433.

⁵⁹ A própria Emenda Constitucional 45/2004 se encarregou de instituir alguns meios aptos a garantir a celeridade da tramitação do processo. Nesse sentido, o art. 93 da Constituição da República passou a prever que: a atividade jurisdicional será ininterrupta, sendo vedado férias coletivas nos juízos e tribunais

O exame do dispositivo revela, para logo, o emprego de um conceito jurídico indeterminado (*razoável duração do processo*) o que poderia autorizar, 'prima facie', a conclusão de que não seria auto-aplicável, por depender de explicitação posterior.

Entretanto, a técnica adotada tem por escopo, justamente, permitir interpretação flexível pelo juiz, ajustada à natureza e circunstâncias de cada processo. Não é o caso, por isso, de se esperar por eventual relação ou tabela de prazos considerados razoáveis pelo legislador ordinário.⁶⁰

Ao revés, a norma deve ser interpretada como norma aberta, que outorga ao juiz o poder de conformar a atividade jurisdicional, em termos de tempo e meios a serem utilizados no seu exercício, segundo as circunstâncias do caso concreto. Ao não especificar os meios, a norma invoca "a criatividade dos operadores, para que estabeleçam instrumentos hábeis a conferir presteza à burocracia dos fluxos processuais".⁶¹

O grau de abertura propiciado pela norma encontra justificativa na necessidade de conferir ao juiz poderes para, caso a caso, identificar e utilizar os meios aptos ao tratamento das mais variadas situações concretas levadas ao seu conhecimento. A aplicação da norma, então, deve considerar os anseios do direito material subjacente ao processo e, também, orientar-se, sempre, pelo direito fundamental à efetividade da atividade jurisdicional.

Além disso, em contextos em que as circunstâncias do caso concreto não dispensam a utilização de meios não previstos em lei, a norma autoriza o juiz a suprir omissões que obstem a concretização do direito fundamental à tempestividade da atividade jurisdicional. Conforme lembra Luiz Guilherme Marinoni, o direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva, ao incidir sobre o juiz, opera sobre "a estruturação legal do processo e sobre a conformação dessa estrutura pela jurisdição".⁶²

Diante da dificuldade com que se depara o legislador, de prever todas as circunstâncias do caso concreto, notadamente numa época em que as necessidades do direito substancial se modificam rapidamente, é natural atribuir ao juiz o poder de identificar os meios aptos à efetiva e tempestiva tutela dos direitos, sob pena de vedar-lhe a concessão de tutela em certas situações concretas que reclamam a utilização de meios não tipificados em lei. Alinhado a essa tendência, Carlos Alberto Alvaro de Oliveira sugere:

de segundo grau, funcionando, nos dias em que não houver expediente forense normal, juízes em plantão permanente (inc. XII); o número de juízes na unidade jurisdicional será proporcional à efetiva demanda judicial e à respectiva população (inc. XIII); os servidores receberão delegação para a prática de atos de administração e atos de mero expediente sem caráter decisório (inc. XIV); e a distribuição de processos será imediata, em todos os graus de jurisdição (inc. XV).

⁶⁰ LOPES, João Batista. Reforma do Judiciário, acesso à Justiça e efetividade do processo. In: SILVA, Bruno Freire; MAZZEI, Rodrigo (Coord.). *Reforma do Judiciário: análise interdisciplinar e estrutural do primeiro ano de vigência*. Curitiba: Juruá, 2008, p. 481.

⁶¹ NALINI, José Renato. A reforma do Judiciário e a formação dos juízes. In: SILVA, Bruno Freire; MAZZEI, Rodrigo (Coord.). *Reforma do Judiciário: análise interdisciplinar e estrutural do primeiro ano de vigência*. Curitiba: Juruá, 2008, p. 354.

⁶² MARINONI, Luiz Guilherme. *A legitimidade da atuação do juiz a partir do direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva*. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=8846>>. Acesso em: 05 jan. 2009.

O estabelecimento, como princípio geral do processo, do princípio da adequação formal, facultando ao juiz, obtido o acordo das partes, e sempre que a tramitação processual prevista na lei não se adapte perfeitamente às exigências da demanda aforada, a possibilidade de amoldar o procedimento à especificidade da causa, por meio da prática de atos que melhor se prestem à apuração da verdade e acerto da decisão, prescindindo dos que se revelem inidôneos para o fim do processo.⁶³

Afora esse aspecto, a norma deseja, num primeiro momento, que a atividade jurisdicional evite as dilações que retardam injustificadamente a entrega da prestação jurisdicional, as chamadas etapas mortas do processo. Conforme José Rogério Cruz e Tucci, o prazo razoável do processo consiste na “ausência de dilações indevidas”, as quais compreendem os “atrasos ou delongas que se produzem no processo por inobservância dos prazos estabelecidos, por injustificados prolongamentos das etapas mortas que separam a realização de um ato processual de outro, sem subordinação a um lapso temporal previamente fixado, e, sempre, sem que aludidas dilações dependem da vontade das partes ou de seus mandatários”.⁶⁴

Para a Corte Europeia de Direitos Humanos, três parâmetros devem orientar a verificação de ocorrência, em situações concretas, de dilações indevidas na duração do processo: (i) a complexidade do caso, cuja avaliação não prescinde da consideração do princípio da ampla defesa; (ii) o comportamento das partes, tendo em conta, especialmente, a possível prática de atos caracterizadores de litigância de má-fé; e (iii) a atuação do órgão jurisdicional.⁶⁵

O tempo de duração do processo tido por razoável é o que resulta da soma dos períodos indispensáveis ao atendimento de prazos, pelas partes, à prolação de decisões, pelo juiz, e ao cumprimento de decisões e demais tarefas inerentes ao processamento dos feitos, pelos auxiliares do juiz. É o aqui denominado tempo necessário de duração do processo.

É notório, no entanto, que o tempo de duração do processo não se deve somente a esses períodos, mas também (i) aos períodos em que a sua tramitação é paralisada pelo simples fato de não ser praticado de imediato o ato necessário à sua continuidade, no aguardo da adoção da providência subsequente – como a certificação do decurso de prazos e a confecção de expedientes necessários ao cumprimento de decisões; (ii) aos períodos em que, embora a sua tramitação não seja paralisada, é necessário aguardar que o ato por último praticado produza os efeitos concretos esperados – como o interregno entre a designação da audiência e a sua realização, e o lapso entre o encaminhamento da intimação para publicação e a sua efetiva publicação; e (iii) aos períodos em que, embora a sua tramitação não seja paralisada, aparentando situação de normalidade, em realidade são consumidos com

⁶³ OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro. *Efetividade e processo de conhecimento*. Disponível em: <http://www.mundojuridico.adv.br/sis_artigos/artigos.asp?codigo=534>. Acesso em: 04 jan. 2009.

⁶⁴ CRUZ E TUCCI, José Rogério. *Tempo e Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, p. 67.

⁶⁵ HOFFMAN, Paulo. *O direito à razoável duração do processo e a experiência italiana*. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7179>>. Acesso em: 22 jan. 2009.

a promoção de diligências inúteis, como a produção de provas desnecessárias, o excesso de contraditório, a desnecessária conclusão dos autos ao juiz e a prática de pequenos atos prescindíveis a certas rotinas, não raro fundamentadas em praxes viciosas e injustificáveis, perpetuadas por mero apego à tradição.

Que adianta fixar a lei processual um prazo de três ou cinco dias para determinado ato da parte, se, na prática a secretaria do juízo gastará um mês ou dois (e até mais) para promover a respectiva publicação no diário oficial? Que adianta a lei prever o prazo de noventa dias para encerramento do feito de rito sumário se a audiência só vem a ser designada para seis meses após o aforamento da causa, e se interposto o recurso de apelação, só nos atos burocráticos que antecedem a distribuição ao relator serão consumidos vários meses ou até anos?

O retardamento dos processos, impende reconhecer, quase nunca decorre das diligências e prazos determinados pela lei, mas, em regra, é o resultado justamente do desrespeito ao sistema legal pelos agentes da Justiça. [...]

O que retarda intoleravelmente a solução dos processos são as etapas mortas, isto é, o tempo consumido pelos agentes do Judiciário para resolver a praticar os atos que lhes competem. O processo demora é pela inércia e não pela exigência legal de longas diligências.⁶⁶ (original grifado)

É sobre essas três últimas espécies, reveladoras das chamadas etapas mortas do processo, que, iluminado pela norma em questão, o juiz deve, num primeiro momento, concentrar esforços no sentido de identificá-las e evitá-las ou, no mínimo, reduzir a sua incidência. E, entre elas, a mais nociva, sem desmerecer a gravidade das outras, indubitavelmente corresponde à última, porque a sua ocorrência causa duplo prejuízo à atividade jurisdicional: primeiro, porque, tal como as outras, prolonga injustificadamente a duração do processo ao qual se refere o ato praticado desnecessariamente; e segundo, porque a prática desnecessária do ato importa em dispêndio de recursos que poderiam ser aproveitados para a prática de outro ato realmente indispensável, normalmente relacionado a processo distinto.

Num segundo momento, a norma deseja, ainda, que o juiz maximize a tramitação do processo também no que diz com os atos indispensáveis, envidando esforços para que sejam praticados em atenção aos respectivos prazos e a níveis satisfatórios de eficiência e eficácia, tomando mínimo, igualmente, o tempo necessário de duração do processo.

6. CONCLUSÕES

Os direitos fundamentais são direitos titularizados pelo ser humano, reconhecidos e positivados na esfera do direito constitucional, e, paralelamente à condição de direitos subjetivos, expressam os princípios objetivos da ordem constitucional e democrática de determinado Estado.

Os direitos fundamentais podem ser visualizados tanto como direitos subjetivos individuais, ou seja, direitos de defesa, que impõem ao Poder Público respeito ao núcleo

⁶⁶ THEODORO JUNIOR, Humberto. Celeridade e efetividade da prestação jurisdicional: insuficiência da reforma das leis processuais. *Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil*, Porto Alegre, Síntese, v. 6, nº 36, p. 19-37, jul./ago. 2005.

de liberdade constitucionalmente assegurado, quanto como elementos objetivos fundamentais da comunidade, consagrando direitos a prestações de ordem positiva e gerando para o Estado um dever de proteção do cidadão. E entre os desdobramentos inerentes a essa perspectiva objetiva se reconhece a função atribuída aos direitos fundamentais, de estabelecer parâmetros que disponham sobre procedimento administrativo ou judicial e criação de órgãos incumbidos de tutela e promoção dos direitos.

É intrínseca à noção de direitos fundamentais a característica da fundamentalidade, tanto em sentido formal, como resultado de serem assim inscritos na Constituição, como material, por conterem decisões fundamentais sobre a estrutura básica de organização do Estado e da sociedade.

Conforme as funções que desempenham, os direitos fundamentais se classificam em direitos de defesa, consistentes em direitos contra ingerências do Estado nas esferas de liberdade pessoal e propriedade dos indivíduos, e direitos a prestações, consistentes em direitos a uma atuação ativa do Estado, voltada a disponibilizar aos indivíduos prestações que viabilizem o efetivo exercício dos direitos.

A Constituição da República, ao estabelecer que as suas normas sobre direitos fundamentais se aplicam imediatamente, abrange, indubitavelmente, os direitos individuais e coletivos arrolados no art. 5º do seu texto. Essa eficácia, quanto aos direitos de defesa, é imediata e, quanto aos direitos a prestações, no mínimo vincula os Poderes públicos, obrigando-os a respeitar o âmbito de proteção dos direitos fundamentais e, simultaneamente, tudo fazer para concretizá-los.

O reconhecimento da existência de direitos fundamentais não prescinde da instituição e implementação de sistemas aptos a assegurar o seu respeito e a sua realização no plano fático. Entre os sistemas adotados com a essa finalidade, o mais clássico corresponde ao judicial, acolhido pela Constituição pátria, que, ao mesmo tempo, inclui o acesso ao sistema e os mecanismos disciplinadores do seu funcionamento pronto e eficaz entre os próprios direitos fundamentais que cataloga.

O exercício da atividade jurisdicional e a utilização do processo devem orientar-se segundo as diretrizes traçadas pelos direitos fundamentais. Assim, a proteção aos direitos fundamentais compreende o objeto da atividade do juiz, enquanto, entre os próprios direitos fundamentais, os de natureza processual, consistentes em instrumentos capazes de viabilizar aquela proteção – e, também, a todos os demais direitos –, passam a conformar o modo de exercício da atividade do juiz.

A Constituição da República, ao estabelecer que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito” (art. 5º, inc. XXXV), abriga o princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional e expressa o direito de acesso à Justiça, o qual assegura ao cidadão levar a conhecimento do órgão jurisdicional competente a situação que conforma a lesão ou ameaça de lesão a direito; ver formalizada e processada essa iniciativa; acompanhar e participar desse processamento; e obter um pronunciamento acerca dessa situação. E, além disso, na mesma disposição reside o direito fundamental à efetividade da atividade jurisdicional, o qual assegura o direito à obtenção de um pronunciamento capaz de produzir resultado útil em relação à situação fática concreta levada a conhecimento do órgão jurisdicional.

Ao estabelecer que “a todos, no âmbito judicial [...], são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação” (art. 5º, inc. LXXVIII), a Constituição da República abriga o princípio da razoável duração do processo e expressa o direito à obtenção de uma resposta jurisdicional, além de efetiva, tempestiva. A norma outorga ao juiz o poder de conformar a atividade jurisdicional, em termos de tempo e meios a serem utilizados no seu exercício, segundo as circunstâncias do caso concreto, e deseja, num primeiro momento, que a atividade do juiz se concentre sobre as dilações que retardam injustificadamente a entrega da prestação jurisdicional, evitando as chamadas etapas mortas do processo, e, num segundo momento, que o juiz maximize a tramitação do processo também no que diz com os atos processuais indispensáveis, tornando mínimo o tempo necessário de duração do processo.

7. REFERÊNCIAS

- ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os direitos fundamentais na constituição portuguesa de 1976*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2004.
- CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à Justiça*. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1988.
- CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil*. Campinas: Boockseller, 1998, v. 1.
- CRUZ E TUCCI, José Rogério. Garantia do processo sem dilações indevidas. In: CRUZ E TUCCI, José Rogério. *Garantias constitucionais no Processo Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.
- _____. *A reforma do Código de Processo Civil*. São Paulo: Malheiros, 2001.
- _____. O processo civil na reforma constitucional do Poder Judiciário. In: RENAULT, Sergio Rabello Tamm; BOTTINI, Pierpaolo (Coord.). *Reforma do judiciário*. São Paulo: Saraiva, 2005.
- GAJARDONI, Fernando da Fonseca. O princípio constitucional da tutela jurisdicional sem dilações indevidas e o julgamento antecipadíssimo da lide. In: CALDEIRA, Adriano; FREIRE, Rodrigo da Cunha Lima (Org.). *Terceira etapa da reforma do Código de Processo Civil*. Salvador: Jus Podivm, 2007.
- GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988: interpretação e crítica*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1997.
- GRINOVER, Ada Pellegrini. *Novas tendências do direito processual*. São Paulo: Forense Universitária, 1990.
- HOFFMAN, Paulo. *O direito à razoável duração do processo e a experiência italiana*. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7179>>. Acesso em: 22 jan. 2009.
- LOPES, Ana Maria D'Ávilla. *Os direitos fundamentais como limites ao poder de legislar*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2001.
- LOPES, João Batista. Reforma do Judiciário, acesso à Justiça e efetividade do processo. In: SILVA, Bruno Freire; MAZZEI, Rodrigo (Coord.). *Reforma do Judiciário: análise interdisciplinar e estrutural do primeiro ano de vigência*. Curitiba: Juruá, 2008.
- MARINONI, Luiz Guilherme. *A legitimidade da atuação do juiz a partir do direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva*. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=8846>>. Acesso em: 05 jan. 2009.

_____. *Do processo civil clássico à noção de direito a tutela adequada ao direito material e à realidade social*. Disponível em: <http://www.professormarinoni.com.br/principal/pub/anexos/20080320041348DO_PROCESSO_CIVIL_CLASSICO.pdf>. Acesso em: 12 jan. 2009.

_____. *O direito à efetividade da tutela jurisdicional na perspectiva da teoria dos direitos fundamentais*. Disponível em: <<http://www.professormarinoni.com.br/principal/pub/anexos/2007081011372022.pdf>>. Acesso em: 12 jan. 2009.

_____. *Teoria geral do processo*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

_____. *Tutela antecipatória, julgamento antecipado e execução imediata da sentença*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

_____; ARENHART, Sérgio Cruz. *Manual do processo de conhecimento*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

MENDES, Gilmar Ferreira. Os direitos fundamentais e seus múltiplos significados na ordem constitucional. *Revista Jurídica Virtual*, Brasília, v. 2, n. 13, jun. 1999. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/Rev_14/direitos_fund.htm>. Acesso em: 10 nov. 2008.

MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*. 3. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2000, t. IV.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Temas de direito processual: terceira série*. São Paulo: Saraiva, 1984.

NALINI, José Renato. A reforma do Judiciário e a formação dos juízes. In: SILVA, Bruno Freire; MAZZEI, Rodrigo (Coord.). *Reforma do Judiciário: análise interdisciplinar e estrutural do primeiro ano de vigência*. Curitiba: Juruá, 2008.

NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de Processo Civil comentado e legislação processual civil extravagante em vigor*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *Efetividade e processo de conhecimento*. Disponível em: <http://www.mundojuridico.adv.br/sis_artigos/artigos.asp?codigo=534>. Acesso em: 04 jan. 2009.

_____. O processo civil na perspectiva dos direitos fundamentais. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Coord.). *Jurisdição e direitos fundamentais: anuário 2004/2005 / Escola Superior da Magistratura do Rio Grande do Sul – AJURIS*. Porto Alegre: Escola Superior da Magistratura: Livraria do Advogado, 2006, v. 1, t. 2.

_____. Os direitos fundamentais à efetividade e à segurança em perspectiva dinâmica. *Revista de Processo*, São Paulo, n. 155, jan. 2008.

SALGADO, Joaquim Carlos. Princípios hermenêuticos dos direitos fundamentais. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais*, Belo Horizonte, n. 39, jan.-jun. 2001.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

_____. Direitos fundamentais e processo – algumas notas sobre a assim designada dimensão organizatória e procedimental dos direitos fundamentais. In: CALDEIRA, Adriano; FREIRE, Rodrigo da Cunha Lima (Org.). *Terceira etapa da reforma do Código de Processo Civil*. Salvador: Jus Podivm, 2007.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. Celeridade e efetividade da prestação jurisdicional: insuficiência da reforma das leis processuais. *Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil*, Porto Alegre, Síntese, v. 6, n. 36, jul.-ago. 2005.

TORRES, Ricardo Lobo. O mínimo existencial e os direitos fundamentais. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 177, 1989.

WAMBIER, Luiz Rodrigues; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Anotações sobre a efetividade do processo. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, n. 814, ago. 2003.

WATANABE, Kazuo. *Da cognição no processo civil*. 2. ed. São Paulo: Central de Publicações Jurídicas: Centro Brasileiro de Estudos e Pesquisas Judiciais, 1999.

_____. Acesso à Justiça e sociedade moderna. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel; WATANABE, Kazuo (Org.). *Participação e processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988.