

Direito Fundamental à Tutela Jurisdicional Tempestiva à Luz do Inciso LXXVIII do Artigo 5º da Constituição Federal Inserido pela Emenda Constitucional Nº 45/2004

Alessandra Mendes Spalding*

Resumo: Ao tratar do inciso LXXVIII acrescentado pela Emenda Constitucional nº 45/2004, que incorporou expressamente no texto da Constituição a garantia da "razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação" o presente artigo teve como objetivo demonstrar a relevância da caracterização do direito à tutela jurisdicional tempestiva como direito fundamental de aplicação imediata. Tratou ainda da eficácia do direito à tutela jurisdicional tempestiva não apenas em face do autor, mas também perante o réu, pois este também tem interesse em fazer desaparecer a incerteza e a insegurança gerada pelo conflito de interesses. Tentou-se demonstrar que o direito processual moderno não se contenta simplesmente com a concessão do provimento jurisdicional, hodiernamente se faz necessário que tal provimento seja capaz de legitimamente proporcionar a tutela pleiteada, e isso o jurisdicionado somente conseguirá alcançar se a tutela for tempestiva. Logo após, o presente artigo enfrentou o desafio de definir razoável duração do processo, partindo da soma dos prazos de cada fase do procedimento ordinário, desde o ajuizamento da inicial até a prolação da sentença de primeiro grau jurisdicional. Finalmente, tratamos de investigar meios que garantam a celeridade da tramitação do processo, analisando fatores institucionais, fatores de ordem técnica e subjetiva, e ainda fatores derivados da insuficiência material.

Abstract: By dealing with the subparagraph LXXVIII added by the Constitutional Amendment n. 45/2004, which clearly incorporated in the Constitution the guarantee of the "reasonable duration of the process and the means that guarantee the celerity of its proceeding", the present article had as a goal to demonstrate the relevance of the characterization of the right to the timely jurisdictional guardianship as a fundamental right of immediate application. It still dealt with the effectiveness of the right to the timely jurisdictional guardianship not only in view of the author, but also before the defendant, for the latter is also interested in making the uncertainty and insecurity caused by the conflict of interests disappear. It was tried to demonstrate that the modern processual law is not pleased at all with the concession of the jurisdictional granting of a petition; nowadays it is necessary that such a granting is able to provide legitimately the pleaded guardianship, and that, the person under jurisdiction will be able to get only in case of the guardianship is timely. Right after, the present article faced the challenge of defining "reasonable duration of the process", from the sum of the terms of each phase of the ordinary procedure, from the filing of the initial to the rendering of the jurisdictional first degree sentence. Finally, it was sought to investigate the means that guarantee the celerity of the process proceeding, analysing institutional factors, factors of technical and subjective order, and still factors derived from the material insufficiency.

Palavras-Chaves: Direito Constitucional. Direito Processual. Tutela Jurisdicional. Direito Fundamental. Celeridade Processual.

* Mestre em Direito Negocial com área de concentração em Processo Civil pela Universidade Estadual de Londrina - UEL, Especialista em Direito Civil e Direito Processual Civil pelo Instituto Brasileiro de Estudos e Pesquisa Sócio-Econômicas - INBRAPE, Professora de Direito Processual Civil da UNIBRASIL, Curitiba-PR e Advogada.

DIREITO FUNDAMENTAL À TUTELA JURISDICIONAL TEMPESTIVA À LUZ DO INCISO LXXVIII DO ARTIGO 5º DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL INSERIDO PELA EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 45/2004

Key Words: Constitutional Law, Processual Law, Jurisdictional Guardianship, Fundamental Right, Processual Celerity.

Sumário: 1. Conceito de tutela jurisdicional; 2. Relevância da caracterização do direito à tutela jurisdicional tempestiva como direito fundamental; 3. A eficácia do direito à tutela jurisdicional tempestiva perante o réu; 4. Razoável duração do processo; 5. Meios que garantam a celeridade do processo; 6. Bibliografia.

Summary: 1. Concept of jurisdictional guardianship; 2. Relevance of the characterization of the right to the timely jurisdictional guardianship as a fundamental right; 3. The effectiveness of the right to the timely jurisdictional guardianship before the defendant; 4. Reasonable duration of the process; 5. Means that guarantee the celerity of the process. 6. Bibliography.

I Conceito de Tutela Jurisdicional

Antes mesmo da inserção do inciso LXXVIII¹ ao 5º da Constituição Federal, dada pela Emenda Constitucional 45 de 8 de dezembro de 2004, a melhor doutrina já defendia a garantia constitucional da tutela jurisdicional tempestiva decorrente do inciso XXXV² do mesmo artigo.

Assim sendo, o princípio da inafastabilidade do Poder Judiciário consagrado no inciso XXXV do artigo 5º já vinha sendo interpretado de forma a garantir ao jurisdicionado não apenas o acesso ao Poder Judiciário, mas também que tal acesso se desse de forma efetiva, adequada e *tempestiva*.³

¹ LXXVII - a todos, no âmbito judicial ou administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação.

² LXXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder judiciário lesão ou ameaça a direito;

³ Nesse sentido Luiz Guilherme Marinoni aduz: "Uma leitura mais moderna, no entanto, faz surgir a idéia de que essa norma constitucional garante não só o direito de ação, mas a possibilidade de uma acesso efetivo à justiça e, assim, um direito à tutela jurisdicional adequada, efetiva e tempestiva. Não teria cabimento entender, com efeito, que a Constituição da República garante ao cidadão que pode afirmar uma lesão ou uma ameaça a direito apenas e tão-somente uma resposta, independentemente de ser ela efetiva e tempestiva. Ora se o direito de acesso à justiça é um direito fundamental, porque garantidor de todos os demais, não há como imaginar que a Constituição da República proclama apenas que todos têm o direito a uma mera resposta do juiz. O direito a uma mera resposta dos juiz não é suficiente para garantir os demais direitos e, portanto, não pode ser pensando como uma garantia fundamental de justiça." (Luiz Guilherme Marinoni, *Garantias Constitucionais do Processo Civil*, 1ª edição, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p.218); José Rogério Cruz e Tucci: "impede reconhecer que a garantia da ampla defesa e o correspondente direito à tempestividade da tutela jurisdicional são constitucionalmente assegurados. É até currial que o direito de acesso à ordem jurídica justa, consagrado no artigo 5º, XXXV, da Constituição Federal, não exprima apenas que todos podem ir à juízo; mas também, que todos têm direito à adequada tutela jurisdicional, ou melhor, 'a tutela jurisdicional efetiva, adequada e tempestiva'". (José Rogério Cruz e Tucci, *Garantia do processo sem dilações indevidas*, in *Garantias Constitucionais do Processo Civil*, 1ª edição, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 237).

Mas qual é o conceito de tutela jurisdicional? A doutrina revela que tal conceito não goza de uniformidade.

Para José Roberto dos Santos Bedaque a tutela jurisdicional relaciona-se com o direito material. Assim, para este jurista a tutela jurisdicional *"tem o significado de proteção de um direito ou de uma situação jurídica, pela via jurisdicional. Implica prestação jurisdicional em favor do titular de uma situação substancial amparada pela norma, caracterizando a atuação do direito em casos concretos trazidos à apreciação do Poder Judiciário."*⁴

Cândido Rangel Dinamarco ao se referir sobre o tema, conceitua tutela jurisdicional como sendo *"o amparo que por obra dos juizes, o Estado ministra quem tem razão num processo."*⁵

Entendemos que a tutela jurisdicional tem como finalidade manter a paz jurídica, o que pode ser alcançado com atribuição a cada uma das partes daquilo que é seu. Desta sorte, ela garante aos cidadãos que, em caso de violação ao direito objetivo, os mesmos tenham a seu dispor meios de fazer valer a vontade da lei e, acima de tudo, a aplicação do respectivo preceito sancionatório.

Mas como mencionado acima, com a inserção do inciso LXXVII ao artigo 5º dado pela Emenda Constitucional 45/2004, todos os indivíduos passam a ter constitucionalmente assegurado, de maneira expressa, que a prestação da *tutela jurisdicional seja tempestiva*.

Não restam dúvidas de que o dispositivo constitucional ora em análise veio apenas a explicitar o que implícito já estava na Constituição, conforme a doutrina pátria já vinha há tempos defendendo, ou seja, que não basta apenas garantir o acesso ao Poder Judiciário e os meios adequados para defesa, pois para satisfazer o jurisdicionado é preciso ainda que a tutela pleiteada seja conferida dentro de um razoável prazo, sob pena de se tornar totalmente inútil.

Nesse sentido o citado autor, Cândido Rangel Dinamarco aduz:

*"O direito moderno não se satisfaz com a garantia da ação como tal e por isso é que procura extrair da formal garantia desta algo de substancial e mais profundo. O que importa não é oferecer ingresso em juízo, ou mesmo julgamento de mérito. Indispensável é que, além de reduzir os resíduos de conflitos não-jurisdicionalizáveis, possa o sistema processual oferecer aos litigantes resultados justos e efetivos, capazes de reverter situações injustas desfavoráveis, ou de estabilizar situações injustas. Tal é a idéia de efetividade da tutela jurisdicional, coincidente com a plenitude do acesso à justiça e a do processo civil de resultados."*⁶

Vale a pena transcrever também os ensinamentos de José Carlos Barbosa Moreira, no sentido de que *"toma-se consciência cada vez mais clara da função*

⁴ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Direito e Processo*, 2ª edição, São Paulo: Malheiros, 2001, p. 26.

⁵ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Fundamentos do Processo Civil Moderno*, 4ª edição, São Paulo: Malheiros Editora, tomo II, p. 807.

⁶ *Op.cit.* p. 798.

**DIREITO FUNDAMENTAL À TUTELA JURISDICCIONAL TEMPESTIVA À LUZ DO
INCISO LXXVIII DO ARTIGO 5º DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL INSERIDO PELA
EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 45/2004**

instrumental do processo e da necessidade de fazê-lo desempenhar de maneira efetiva o papel que lhe toca."⁷

Com efeito, ainda que o Poder Judiciário profira uma decisão de mérito desfavorável, ou seja, mesmo que se reconheça que a parte não tem o direito discutido na ação, essa parte derrotada tem a si assegurada o direito de não ter seu processo prolongado durante muito tempo, sob pena de ofensa à garantia da tutela jurisdiccional tempestiva, princípio hoje expressamente consagrado pela Constituição.

Ressalta-se a importância dada ao tema pelo constituinte derivado que, pela primeira vez em mais de dezesseis anos de vigência da atual Constituição, fez inserir um inciso aos setenta e sete que originariamente integravam o art. 5º, mais importante rol de princípios que expressam os direitos fundamentais de todo brasileiro e cuja importância estudar-se-á logo a seguir.

**2 Relevância da Caracterização do Direito
à Tutela Jurisdiccional Tempestiva como Direito Fundamental**

Antes da legislação brasileira erigir o direito a tutela jurisdiccional tempestiva a um direito fundamental de forma expressa, J.J. Gomes Canotilho já defendia tal idéia sob o argumento de que "*não bastaria apenas garantir o acesso aos tribunais mas sim e principalmente possibilitar aos cidadãos a defesa de direitos e interesses legalmente protegidos através de um acto de jurisdictio*".⁸

No mesmo sentido, José Carlos Vieira de Andrade explicita seu entendimento no que se refere à importância da defesa dos direitos fundamentais ao aduzir que "*esses direitos (pelo menos, esses) devem ser considerados patrimônio espiritual comum da humanidade e não admitem, hoje, nem mais de uma leitura, nem pretextos econômicos ou políticos para a violação de seu conteúdo essencial*".⁹

Ao que parece, a grande importância de o direito à tutela jurisdiccional tempestiva ser caracterizado como direito fundamental reside na possibilidade de sua aplicação imediata. Apesar de ainda existir discussão na doutrina nacional e estrangeira¹⁰ sobre a aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais, a redação do artigo 5º, § 1º da Constituição Federal Brasileira não deixa dúvidas ao estabelecer que "as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata".

⁷ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Tendências contemporâneas do direito. Temas de direito processual*. 3ª série, São Paulo: Saraiva, 1984, p. 3.

⁸ CANOTILHO, J.J.Gomes. *Direito Constitucional*. Coimbra Editora, 3ª edição, 2000, p. 423.

⁹ VIERA ANDRADE, José Carlos. *Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. 2ª edição, Coimbra: Editora Almedina, p. 34.

¹⁰ Veja Claus-Wilhelm Canaris: "Na verdade, em tempos menos recentes, não raro era defendida a posição segundo a qual a teoria da 'eficácia mediata em relação a terceiros' valia também para o legislador no campo do direito privado. Assim, o principal representante desta teoria, Günther

Nesse sentido vejamos os ensinamentos de Ingo Wolfgang Sarlet:

"(...) se portanto, todas as normas constitucionais sempre são dotadas de um mínimo de eficácia, no caso dos direitos fundamentais, à luz do significado outorgado ao art. 5º, parágrafo 1º, da nossa Lei Fundamental, pode afirmar-se que aos poderes públicos incumbe a tarefa e o dever de extrair das normas que os consagram (os direitos fundamentais) a maior eficácia possível, outorgando-lhes, neste sentido, efeitos reforçados relativamente às demais normas constitucionais, já que não há como desconsiderar a circunstância de que a presunção de aplicabilidade imediata e plena eficácia que milita em favor dos direitos fundamentais constitui, em verdade, um dos esteios de sua fundamentalidade formal no âmbito da Constituição."¹¹

No direito português existe regra constitucional semelhante disciplinando que os preceitos constitucionais respeitantes aos direitos, liberdades e garantias são diretamente aplicáveis.

Ao analisar tal dispositivo, João Pedro Gebran Neto, citando J.J. Gomes Canotilho e Vital Moreira, diz ser desnecessária mediação legislativa para colmatação do direito fundamental, que deve ser aplicado mesmo na ausência da lei. Apesar de admitir que existam dificuldades decorrentes da expressa requisição constitucional de complemento e, principalmente, de matérias relativas a direitos a prestação, o supracitado jurista entende que é preciso reconhecer certa margem de opção e concretização ao Poder Judiciário perante a inércia dos demais Poderes.¹²

Parece que esta mesma orientação deve ser seguida em relação ao ordenamento jurídico brasileiro, que também prevê a aplicação imediata dos direitos e garantias individuais, em consonância com o princípio da máxima efetividade das regras constitucionais, conforme lição de Luiz Roberto Barroso:

"Por certo, a competência para aplicá-las, se descumpridas por seus destinatários, há de ser do Poder Judiciário. E mais, a ausência de lei integradora, quando não inviabilize integralmente a aplicação do preceito constitucional, não é empecilho à sua concretização pelo juiz, mesmo à luz do direito positivo vigente, consoante se extrai do artigo 4º da Lei de Introdução ao Código Civil: 'Art. 4º. Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais do direito'".¹³

Dürig, falou mesmo de uma "influência apenas mediata dos direitos fundamentais sobre o direito privado, e de tão-só 'mediata aplicação dos direitos fundamentais sobre o direito privado.'" (Claus-Wilhelm Canaris. *Direitos Fundamentais e Direito Privado*. Tradução: Ingo Wolfgang Sarlet e Paulo Mota Pinto, Coimbra: Almedina, 2003, p. 29).

¹¹ SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. 3ª edição, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

¹² GEBRAN NETO, João Pedro. *A Aplicação Imediata dos Direitos e Garantias Individuais – a busca de uma exegese emancipatória*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 159.

¹³ BARROSO, Luiz Roberto in GEBRAN NETO, João Pedro, *A Aplicação Imediata dos Direitos e Garantias Individuais – a busca de uma exegese emancipatória*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 162.

**DIREITO FUNDAMENTAL À TUTELA JURISDICIONAL TEMPESTIVA À LUZ DO
INCISO LXXVIII DO ARTIGO 5º DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL INSERIDO PELA
EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 45/2004**

Vale ressaltar que a doutrina, de forma geral, tem accito a idéia de que as normas de direitos fundamentais emanariam efeito não só contra o Estado, mas também perante terceiros. A esse efeito a doutrina atribuiu o nome de efeito horizontal, ou efeito contra terceiros. Outrossim, como adverte Robert Alexy,¹⁴ o maior problema não está em aceitar a eficácia horizontal, mas sim em fixar como e em que medida se daria esta influência sobre terceiros.

No direito constitucional português a questão foi resolvida pela redação do artigo 18, item I, da Constituição Portuguesa, que expressamente estabelece a vinculação das entidades privadas aos direitos, garantias e liberdades ali positivadas.

Segundo Luiz Guilherme Marinoni, em alguns casos, ainda que os direitos fundamentais digam respeito a exigências do particular em face do Estado, pode ocorrer de tais exigências repercutirem perante as esferas jurídicas de outros particulares. E explica:

"Quando o Poder Público edita determinada proibição para proteger os direitos do consumidor ou o meio ambiente, a norma resulta da eficácia do direito fundamental sobre o dever de proteção do Estado. O mesmo ocorre diante de normas conformadoras de procedimentos, provimentos ou meios executivos. Tais normas incidem sobre as relações entre particulares. A sua aplicação pode exigir o confronto do direito fundamental protegido pela lei com outro direito fundamental, ou mesmo a análise da legitimação da restrição por ela eventualmente imposta. Assim, quando um particular pede a aplicação dessa lei contra outro, o problema será de confrontação, ou melhor, harmonização".¹⁵

Assim, mesmo que o litígio envolva dois particulares, o direito à utilização do procedimento mais adequado e célere, ou seja, a prestação da tutela jurisdicional efetiva e tempestiva será sempre em face do Estado, pois conforme lição de Luiz Guilherme Marinoni, é necessário perceber que o Estado, além de obrigado a não agredir os direitos fundamentais, tem o dever de fazer com que os particulares os respeitem.¹⁶

Desta sorte, se há um procedimento legal estabelecendo prazos no ordenamento jurídico vigente, o Estado tem o dever de zelar pelo seu cumprimento. É importante frisar que, ainda que a lei não estabeleça especificamente um prazo certo do procedimento a ser seguido, o Estado, ao coibir a autotutela e ao tomar para si a responsabilidade exclusiva de dirimir eventuais conflitos, sem dúvida alguma está obrigado a conferir a esses particulares em conflito uma tutela jurisdicional em um prazo razoável.

¹⁴ ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997, p. 515.

¹⁵ MARINONI, Luiz Guilherme. *O direito à efetividade da tutela jurisdicional na perspectiva da teoria dos direitos fundamentais*. Revista de Direito Processual Civil, v.28, p. 324.

¹⁶ *Idem, Ibidem*, p. 325.

Neste contexto, em caso de omissão do legislador em estabelecer prazos, caberá ao juiz, atendendo a regra do princípio da proporcionalidade, assegurar o respeito ao princípio constitucional ora em análise.

Como já exaustivamente exposto, o direito processual moderno não se contenta simplesmente com a concessão do provimento jurisdicional; mister se faz que tal provimento seja capaz de legitimamente proporcionar a tutela pleiteada, e isso o jurisdicionado somente conseguirá alcançar se a tutela for tempestiva.

É para se chegar a uma decisão adequada e idônea ao caso concreto quando se estiver em jogo a prestação da tutela jurisdicional tempestiva, espera-se, no plano prático, uma aplicação rigorosa do preceito constitucional por parte dos juízes, primeiramente nos feitos em que atuam e, com o mesmo empenho, nos procedimentos administrativos perante os demais Poderes.

Em caso de omissão do magistrado em atender ao princípio constitucional que garante o julgamento de um processo em tempo razoável, capaz de tornar a tutela intempestiva e, portanto, inconstitucional, Luís Carlos Moro manifestou-se no sentido de admitir a impetração de mandado de segurança, *in verbis*:

*"Na hipótese do não atendimento ou eventual insensibilidade ao apelo formulado diretamente ao magistrado a quem incumbe o feito, fica patente a possibilidade de impetração de mandado de segurança para amparar o direito líquido, certo e exigível da razoável duração do processo. E aqui, somente à advocacia é a quem incumbe orientar a clientela, peticionar com respeito, mas com altivez e, se tudo frustrado, levar o caso aos tribunais, por meio de mandado de segurança, impondo a razoável duração do processo por meio de um duro processamento da razoabilidade."*¹⁷

A tese do jurista acima citado parece ser plenamente defensável, mas além da possibilidade de utilização do mandado de segurança, o próprio Código de Processo Civil prevê, em seu artigo 198, a possibilidade de se representar o magistrado intempestivo perante o Presidente do Tribunal ao qual estiver vinculado, podendo o relator do procedimento designar outro juiz para decidir a causa.

É bem verdade que os advogados fazem pouco uso da representação de magistrados aos Tribunais, muitas vezes por receio de posteriores retaliações ou pelos desgastes políticos que tal atitude certamente ocasionaria. Mas se antes do advento do inciso LXXVIII, do artigo 5º da Constituição já se poderia exigir o cumprimento dos prazos excedidos imotivadamente pelo Poder Judiciário, agora com muita mais razão é necessário que haja constante fiscalização das partes e de seus procuradores para dar plena aplicabilidade ao seu direito fundamental de ver a tutela jurisdicional ser prestada de forma tempestiva.

¹⁷ MORO, Luiz Carlos. *Como se pode definir a "razoável duração do processo"*, site: www.conjur.uol.com.br. pesquisado em 28 de janeiro de 2005.

**DIREITO FUNDAMENTAL À TUTELA JURISDICIONAL TEMPESTIVA À LUZ DO
INCISO LXXVIII DO ARTIGO 5º DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL INSERIDO PELA
EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 45/2004**

Como já mencionado anteriormente, o Estado, ao coibir a autotutela, tomou para si a responsabilidade de garantir a todos os cidadãos o direito à tutela jurisdicional efetiva, o que significa também dizer, tutela *tempestiva*.

Neste contexto, cabe também ao legislador a responsabilidade de editar leis que possam viabilizar uma adequada tutela jurisdicional, e ao magistrado o dever de aplicá-las para garantir sua efetivação diante do caso concreto.

Vale enfatizar, como dito acima que, na falta de uma legislação que permita o alcance à tutela jurisdicional tempestiva é dever do Poder Judiciário colmatar as lacunas, concretizar a norma e preencher o conteúdo das normas vagas pela via hermenêutica, já que como se disse alhures, referido princípio tem aplicação imediata.

3 A Eficácia do Direito à Tutela Jurisdicional Tempestiva Perante o Réu

Questiona-se na doutrina se a tutela jurisdicional seria também um direito do Réu.

Entende-se que ao contestar um pedido formulado em seu desfavor, o réu também está buscando o provimento jurisdicional, ainda que no sentido contrário àquele demandado pelo autor contra o Estado-juiz.

Esta é a lição de Humberto Theodoro Junior,¹⁸ citando Enrico Tulio Liebman:

"Na lição de Liebman: 'A ação é, portanto, o direito subjetivo que consiste no poder de produzir o evento a que está condicionado o efetivo exercício da função jurisdicional. Exerce-a, na verdade, não apenas o autor, mas igualmente o réu, ao se opor à pretensão do primeiro e postular do Estado um provimento contrário ao procurado por parte daquele que propôs a causa, isto é, a declaração de ausência do direito subjetivo invocado pelo autor. Assim, como é lícito ao autor propor uma ação declaratória negativa, e isto reconhecivelmente é exercício do direito de ação, que é autônomo e abstrato, o mesmo passa quanto ao réu, que ao contestar requer uma sentença declaratória negativa. E é, justamente, isto que obtém quanto do pedido do autor é declarado improcedente."

Este também é o entendimento de Ovídio Baptista:¹⁹

"Ambos, porém, tanto o autor que age, quanto o réu que se defende, têm igual pretensão de tutela jurídica, e portanto, idêntico direito de obter uma sentença de mérito. Diz-se pretensão de tutela jurídica a este poder atribuído a qualquer pessoa que exigir do Estado a prestação da atividade jurisdicional, consistente não no auxílio que o juiz possa dar àquele em favor de quem ele haja reconhecido a existência de direito e julgado procedente o pedido, mas na simples atividade jurisdicional, mesmo que esta

¹⁸ THEODORO JUNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual*. vol 1, 18ª edição, Rio de Janeiro: Forense, 1996.

¹⁹ BAPTISTA SILVA, Ovídio Araújo. *Curso de Direito Civil*. Vol 1., 4ª edição, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, p. 103.

conclua por negar ao interessado a proteção que o juiz daria se a situação que o autor descreve no processo fosse verdadeira e não infirmada pela prova. Têm, pois direito a jurisdição tanto o autor que põe em movimento com sua "ação" quanto o réu que apenas se defende e, mesmo sem agir, com sua presença em juízo, reagindo à ação contrária do autor, exige também ele que o Estado, assim provocado pela ação, preste-lhe idêntica tutela, decidindo a controvérsia e recusando-se a realizar a ação de direito material de que o autor falsamente se dissera titular, julgando a ação improcedente."

Em nossa legislação o art. 267, § 4º do Código de Processo Civil comprova a tese doutrinária acima defendida, ao preceituar que "depois de decorrido o prazo para a resposta, o autor não poderá, sem o consentimento do réu, desistir da ação". Desse dispositivo extrai-se, sem grandes dificuldades, a regra segundo a qual, depois de citado o réu, nasce para ele o direito de exigir do Estado a prestação da tutela jurisdicional.

Logo, tanto para o autor como para o réu, a ação é o direito a um pronunciamento estatal que solucione o litígio, ainda que desfavorável ao seu postulante, fazendo desaparecer a incerteza ou a insegurança gerada pelo conflito de interesses em constante busca da pacificação social.

Em outras palavras, há situações em que uma tutela desfavorável ao autor, porém tempestiva, tem muito mais aptidão de garantir a pacificação social como resultado buscado pelo processo do que uma tutela favorável, proferida após anos e anos de embate judicial pelas partes, acabando por tornar-se inútil em virtude do longo lapso temporal transcorrido sem a efetivação do direito reconhecido na sentença proferida.

Disso decorre que, no caso concreto, em situações nas quais o magistrado for se valer da hermenêutica para dar eficácia e plena aplicabilidade à norma constitucional que prevê a tutela jurisdicional tempestiva, deverá observar não só os interesses do autor na rápida solução do litígio como também o mesmo direito do réu.

4 Razoável Duração do Processo

O artigo 5º, inciso LXXVII da Constituição Federal aqui analisado traz em sua redação que o processo deve ter uma "razoável duração" para que a tutela seja considerada tempestiva.

Mas qual seria o tempo razoável de um processo?

Realmente a indagação acima não é muito fácil de ser respondida, pois há tempos que os operadores de direito, bem como os demais integrantes da sociedade, vêm se manifestando no sentido de que a duração em média de um processo no Brasil extrapola o limite do razoável e gera aos jurisdicionados flagrante sensação de injustiça e descrença. Ademais, o termo *razoável* inegavelmente pode ser considerado um conceito indeterminado e aberto.

A preocupação com a demora na prestação jurisdicional não é exclusividade de nosso país. Outros sistemas jurídicos estrangeiros também vêm se mostrando

**DIREITO FUNDAMENTAL À TUTELA JURISDICIONAL TEMPESTIVA À LUZ DO
INCISO LXXVIII DO ARTIGO 5º DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL INSERIDO PELA
EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 45/2004**

preocupados com esse problema, introduzindo em seus ordenamentos jurídicos normas para tentar garantir que um processo tramite durante um *razoável* tempo.

José Roberto Cruz e Tucci²⁰ analisou algumas legislações estrangeiras que se preocuparam com a prestação da tutela jurisdicional tempestiva, dentre as quais destacou o estudo realizado pela *American Bar Association* nos Estados Unidos. De acordo com o sobredito autor, a *American Bar Association* publicou uma tabela constando o tempo tolerável de duração dos processos na justiça norte-americana. Segundo tal tabela, 90% dos casos cíveis deveriam ser iniciados, processados e concluídos dentro de 12 meses, e os outros 10% restantes, devido a situações excepcionais, poderiam levar até 24 meses; os casos cíveis sumários processados perante os juizados de pequenas causas deveriam levar no máximo 30 dias; e 90% das relações domésticas também no prazo de 30 dias.

O direito norte-americano prevê a prestação da tutela jurisdicional tempestiva em sua 6ª Emenda à Constituição, denominada pela doutrina americana de *speedy trial clause*, ou seja, “cláusula do julgamento rápido”.

No âmbito internacional não podemos esquecer de citar a Convenção Americana de Direitos Humanos, que ficou conhecida como Pacto de San José da Costa Rica, que tem o Brasil como um de seus signatários e que estabelece, em seu artigo 8º, que “toda pessoa tem direito a ser ouvida com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável por um juiz ou tribunal competente, independente e imparcial, instituído por lei anterior...”

Na tentativa de responder à indagação sobre o prazo razoável de um processo, Fernando da Fonseca Gajardoni, em sua obra intitulada *Técnicas de Aceleração do Processo* revela:

“Apesar de correremos o risco de ser tachados de ortodoxos, a nosso ver, em sistemas processuais preclusivos e de prazos majoritariamente peremptórios como o nosso, o tempo ideal do processo é aquele resultante do somatório dos prazos fixados no Código de Processo Civil para cumprimento de todos os atos que compõem o procedimento, mais o tempo de trânsito em julgado dos autos. Eventuais razões que levem a uma duração que exceda o prazo fixado previamente pelo legislador, com base no direito a ser protegido, deve se fundar em um interesse jurídico superior, que permita justificar o quebramento da previsão contida na norma processual, no qual se inclui a alegação de excesso de demanda.”²¹

No mesmo sentido Caio Márcio Loureiro²² adverte que o processo não pode ter um fim em si mesmo e com isso ficar alheio a um resultado útil, nem muito menos

²⁰ CRUZ E TUCCI, José Rogério. *Garantias constitucionais do processo civil*. 1ª edição, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999, p. 249.

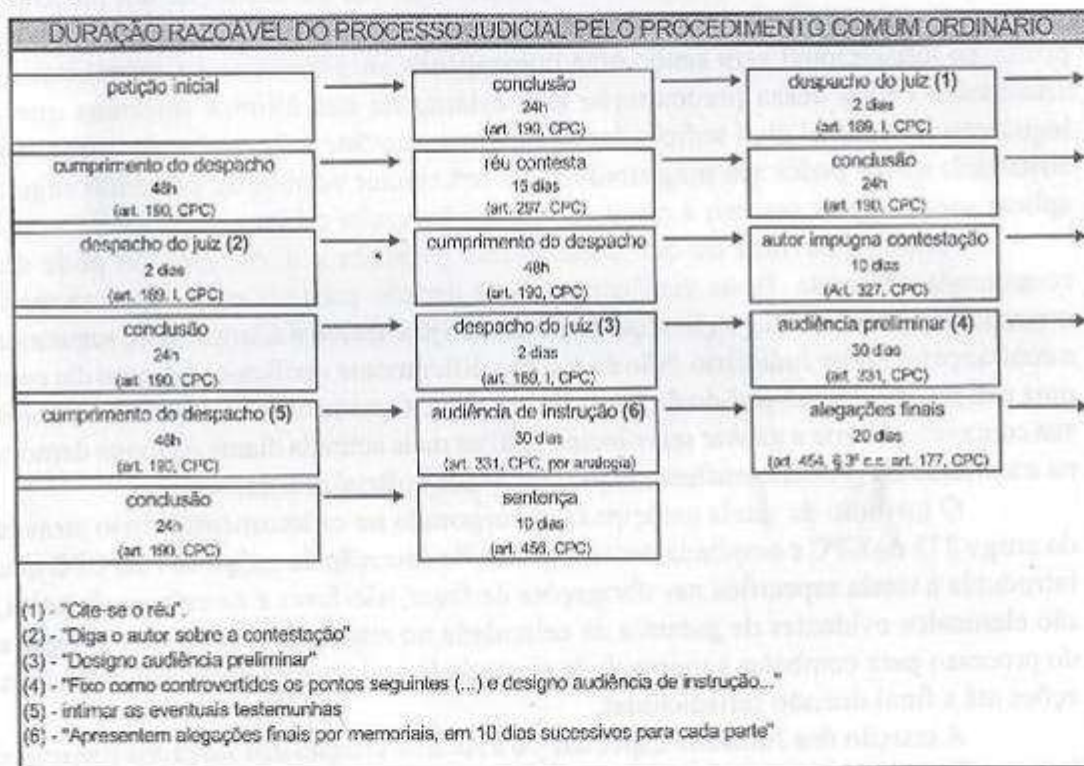
²¹ GAJARDONI, Fernando da Fonseca. *Técnicas de Aceleração do Processo*. São Paulo: Lemos & cruz, 2003, p. 59.

²² LOUREIRO, Caio Márcio. *Ação Civil Pública e Acesso à Justiça*. São Paulo: Editora Método, 2004, p. 87.

deixar que o tempo o corra, trazendo para seu conteúdo a inutilidade, e por fim, uma tutela inadequada.

Parece ser flagrantemente razoável exigir, tanto do Poder Judiciário como dos demais Poderes ao julgar pedidos em procedimentos administrativos, que os mesmos cumpram os prazos estabelecidos no próprio ordenamento jurídico. Mesmo sendo tido pela doutrina como prazos impróprios, ou seja, que não admitem preclusão, é o mínimo que se exige para que a tutela seja considerada tempestiva.

Pensando dessa forma, para se saber qual o prazo razoável para a duração de um processo que tramitasse pelo rito ordinário, por exemplo, teríamos que somar os prazos de cada fase do procedimento, desde o seu ajuizamento até a prolação de sentença de primeiro grau jurisdicional. A tabela abaixo procura demonstrar esse prazo, a saber:



Assim sendo, o prazo razoável para o julgamento de um processo que tramite pelo procedimento comum ordinário seria, em princípio, de 131 dias.

Logicamente que, diante do caso concreto, inúmeras variáveis externas podem contribuir para que tal prazo seja estendido, como por exemplo, a demora na publicação das intimações pela imprensa oficial, a necessidade de produção de prova pericial, oitiva de diversas testemunhas domiciliadas em Comarcas distintas daquela onde tramita o feito, a arguição de incidentes processuais com efeito suspensivo, a ocorrência de outras causas suspensivas do processo, a presença de mais de um réu com procuradores distintos, a presença num dos pólos da ação da Fazenda Pública, etc..

**DIREITO FUNDAMENTAL À TUTELA JURISDICIONAL TEMPESTIVA À LUZ DO
INCISO LXXVIII DO ARTIGO 5º DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL INSERIDO PELA
EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 45/2004**

Apesar dessas situações que tratamos como excepcionais e capazes de validamente e inevitavelmente prolongar a duração do processo até a prestação da tutela jurisdicional pelo juízo de primeira instância, numa situação normal e ordinária o processo deveria ser julgado monocraticamente em menos de um semestre, como demonstrado acima, para que fosse considerado tempestivo e, portanto, constitucional.

5 Meios que Garantam a Celeridade do Processo

A redação do inciso LXXVIII do artigo 5º da Constituição também preceitua que são assegurados os “*meios que garantam a celeridade*” da tramitação de um processo.

A tentativa de facilitar o acesso à Justiça e de tornar cada vez mais efetiva a prestação jurisdicional vem sendo uma preocupação unânime dos processualistas da atualidade. Prova dessa preocupação está estampada nas últimas reformas que a legislação processual civil sofreu, dando bastante relevância às tutelas de urgência e atribuindo maior poder aos magistrados para interpretar normas de conteúdo vago e aplicar sanções para garantir a pronta e rápida efetivação de suas decisões.²³

Não há dúvidas de que uma decisão prestada a destempo não pode ser considerada adequada. Basta verificar que uma decisão prestada em tempo razoável, mesmo que pautada em cognição superficial, gera ao jurisdicional a sensação de segurança e confiança no Poder Judiciário. Não é a toa que dificilmente verifica-se hoje em dia com uma petição inicial sem pedido de tutela de urgência. O *periculum in mora* necessário à sua concessão passou a ganhar relevância e análise mais acurada diante da longa demora na tramitação do processo enfrentada pela realidade judicial brasileira.

O instituto da tutela antecipada, incorporado no ordenamento pátrio através do artigo 273 do CPC e ampliada por recente lei,²⁴ a inserção do artigo 461 do CPC que introduziu a tutela específica nas obrigações de fazer, não fazer e de entrega de coisa, são elementos evidentes de garantia da celeridade no resultado prático que se espera do processo para combater a morosidade vivenciada no longo caminho trilhado pelas ações até a final decisão jurisdicional.

A criação dos Juizados Especiais²⁵ e a recente criação dos Juizados Especiais Federais²⁶ também demonstram indubitáveis tentativas de se alcançar a tutela jurisdicional tempestiva.

Isso sem falar nos inúmeros projetos que tramitam no Congresso Nacional, dentre os quais destaca-se aqueles que pretendem alterar o procedimento de execução de forma a torná-lo mais célere e eficaz.

²³ Vide artigos 14, parágrafo único e artigo 461 do Código de Processo Civil.

²⁴ Lei 10.444 de 7 de maio de 2002.

²⁵ Lei nº 9.099/95.

²⁶ Lei nº 10.259/01.

Mas inúmeras são as mazelas que afetam a celeridade dos andamentos processuais, sendo que nem todas elas estão ligadas a eventual ineficiência dos procedimentos previstos na legislação, mas sim à própria estrutura precária do sistema judiciário.

Ao tratar do tema José Rogério Cruz e Tucci indica três fatores que estariam relacionados ao tempo e o processo: a) fatores institucionais; b) fatores de ordem técnica e subjetiva; e c) fatores derivados da insuficiência material.²⁷

Fernando da Fonseca Gajordoni²⁸ acrescenta ainda o fator cultural, pois segundo o jurista os operadores de direito teriam excelente aptidão para as lides forenses, no entanto, estariam despreparados para exercer uma advocacia preventiva e fazer uso de práticas conciliatórias, atitudes estas que por certo seriam capazes de desafogar o Poder Judiciário e, conseqüentemente, dar mais celeridades aos feitos em andamento.

O mesmo jurista propõe, com bastante propriedade, algumas técnicas²⁹ e mecanismos de aceleração do processo, conforme transcreve-se a seguir:

- a. técnica extraprocessual: reorganização judiciária, investimentos tecnológicos e materiais no Judiciário, mudança do perfil do operador jurídico e alteração no regime de custas processuais;
- b. técnica extrajudicial: autocomposição extrajudicial, heterocomposição extrajudicial e autotutela;
- c. técnica judicial: autocomposição judicial, desformalização do processo, diferenciação da tutela jurisdicional, sumarização procedimental, tutela jurisdicional coletiva, julgamento antecipado do mérito, abreviação do procedimento recursal, limitação de acesso aos tribunais, execução por título executivo extrajudicial, execução provisória da sentença, manipulação do fator despesas processuais e honorários advocatícios e sanções processuais ao protelador.

Donde se conclui que a garantia de um processo mais célere, o que significa dizer, de uma tutela tempestiva, envolve não apenas questões procedimentais, mas também um maior comprometimento por parte dos Poderes Públicos em estruturar o Poder Judiciário e maior conscientização de todos os operadores de direito da importância de suas atitudes para contribuir para a sua obtenção.

²⁷ CRUZ E TUCCI, José Rogério. Tempo e Processo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 99.

²⁸ *Op. cit.*, p. 69.

²⁹ *Op. cit.*, pp. 76-77.

DIREITO FUNDAMENTAL À TUTELA JURISDICIONAL TEMPESTIVA À LUZ DO
INCISO LXXVIII DO ARTIGO 5º DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL INSERIDO PELA
EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 45/2004

6 Referências Bibliográficas

- ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997.
- ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa*. 2ª edição, Coimbra: Almedina, 2001.
- BATISTA SILVA, Ovídio Araújo. *Curso de Direito Civil*. Vol. I, 4ª edição, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais.
- BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Tendências contemporâneas do direito. Temas de direito processual*. 3ª série, São Paulo: Saraiva, 1984.
- BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Direito e Processo*. 2ª edição, São Paulo: Malheiros, 2001.
- CANARIS, Claus-Wilhelm. *Direitos Fundamentais e Direito Privado*. Tradução: Ingo Wolfgang Sarlet e Paulo Mota Pinto, Coimbra: Almedina, 2003.
- CANOTILHO, J.J.Gomes. *Direito Constitucional*. Coimbra Editora, 3ª edição, 2000.
- CRUZ E TUCCI, José Rogério. *Garantias constitucionais do processo civil*, 1ª edição, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999.
- _____. *Tempo e Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.
- DINAMARCO. Cândido Rangel. *Fundamentos do Processo Civil Moderno*. 4ª ed., São Paulo: Malheiros Editora, tomo II, 2001.
- GAJARDONI, Fernando da Fonseca. *Técnicas de Aceleração do Processo*. São Paulo: Lemos & cruz, 2003.
- GEBRAN NETO, João Pedro. *A Aplicação Imediata dos Direitos e Garantias Individuais – a busca de uma exegese emancipatória*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.
- LOUREIRO, Caio Márcio. *Ação Civil Pública e Acesso à Justiça*. São Paulo: Editora Método, 2004.
- THEODORO JUNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual*, vol. 1, 18ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 1996.
- MARINONI, Luiz Guilherme. “O direito à efetividade da tutela jurisdicional na perspectiva da teoria dos direitos fundamentais”. *Revista de Direito Processual Civil*, v. 28.
- MORO, Luiz Carlos. *Como se pode definir a “razoável duração do processo”*, site: www.conjur.uol.com.br. Pesquisado em 28 de janeiro de 2005.
- SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*, 3ª edição, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.
- IERA ANDRADE, José Carlos. *Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. 2ª edição, Coimbra: Editora Almedina.