

DURAÇÃO RAZOÁVEL DO PROCESSO: ANÁLISE NORMATIVA

Beclaute Oliveira Silva*

Sumário: Introdução. 1. Inserção constitucional da categoria: mais do mesmo? 2. Garantia à duração razoável do processo, nova cláusula pétrea? 3. Destinatários da garantia enquanto norma de estrutura e norma de conduta. 3.1. Enquanto norma de estrutura. 3.2. Enquanto norma de conduta. 3.2.1. Indenização e o problema da competência. 3.2.2. Inibição do ilícito e o problema da competência. 3.2.3. Fazenda pública e a garantia da tempestividade da jurisdição. 4. Repercussão normativa da tempestividade da jurisdição no direito pátrio. 4.1. Coordenação. 4.2. Subordinação. 5. Notas conclusivas. 6. Referências.

“O tempo, o tempo é versátil, o tempo faz diabruras, o tempo brincava comigo, o tempo se espreguiçava provocadoramente, era um tempo só de esperas, me guardando na casa velha por dias inteiros; era um tempo também de sobressaltos, me embaralhando ruídos, confundindo minhas antenas, me levando a ouvir claramente acenos imaginários, me despertando com a gravidade de um julgamento mais áspero.”

Raduan Nassar¹

* Professor Adjunto de Direito Processual Civil da FDA/UFAL (Mestrado e Graduação). Doutor em Direito (UFPE). Mestre em Direito (UFAL). Membro do IBDP e da ABDPC. Sócio fundador da ANNEP.

¹ NASSAR, Raduan. *Lavoura arcaica*. 3ª ed., 9ª reimp. São Paulo: Companhia das Letras, 1989, p. 95.



INTRODUÇÃO

A duração razoável do processo ou tempestividade da jurisdição tem sido o grande desafio dos estudiosos do processo que tem, na morosidade da justiça, o calcanhar de Aquiles, no que tange à efetividade dos direitos. Realmente, “o tempo faz diabruras”!²

A busca por soluções para este grave problema tem sido o centro de preocupação de inúmeros estudiosos das diversas áreas do direito.

A estipulação constitucional da garantia da duração razoável do processo foi um dos modos de se atender aos reclames da sociedade e dos operadores do direito.

O aludido preceito tem implicações fáticas e normativas. Enquanto o campo fático diz respeito à efetividade do comando sob análise, o normativo enfatiza as relações intrassistêmicas que o instituto produz no arcabouço jurídico. Ambas as abordagens têm coloração jurídica, mas se destacará neste texto, como anunciado no título, a versão normativa. É uma opção metodológica. O fio condutor deste trabalho deita raízes na concepção kelseniana do direito.³

Para tanto, pretende-se adotar o seguinte *iter*. Inicialmente, uma questão que se levanta é sobre o papel inovador ou não da EC nº 45/2004 quanto à instituição da cláusula da duração razoável do processo.

Outro ponto que se discutirá é se a norma que estipula a garantia acima aludida tem o *status* de cláusula pétrea. A resposta a essa questão terá consequências na atuação do Poder

² NASSAR, Raduan. *Lavoura arcaica*. *Op. cit.*, p. 95.

³ KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Trad. João Baptista Machado. 4ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 1995, p. 1-2

Constituinte Derivado.

Aspecto relevante que será tratado diz respeito aos destinatários do aludido preceito. Aqui se demonstrará a destinação do comando enquanto norma de estrutura e enquanto norma de conduta. Tratar-se-á no aludido ponto sobre a difícil questão de operacionalização das ações judiciais que possuem a morosidade como causa de pedir.

Por fim, tecer-se-ão considerações acerca da forma como o aludido preceito repercute na órbita constitucional e infraconstitucional.

O trabalho pretende lançar dúvidas, não no intuito de desacreditar o instituto, mas de buscar, mediante a discussão acadêmica, formas de aprimorar a garantia constitucional da duração razoável do processo.

1- INSERÇÃO CONSTITUCIONAL DA CATEGORIA: MAIS DO MESMO?

A reforma constitucional capitaneada pela Emenda nº 45/2004 fez introduzir no capítulo reservado aos direitos e garantias fundamentais o que hoje se denomina duração razoável do processo, nos seguintes termos: “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, da CF/88).

Algumas questões se levantam. A primeira consiste em saber se este dispositivo é consequência natural do devido processo legal, como, por exemplo, infere-se do pensamento de José Rogério Cruz e Tucci,⁴ ou até mesmo decorrente do direito de ação, como é o caso de Luiz Guilherme Marinoni, no seguinte excerto: “como demonstrado, o art. 5º, XXXV, da

⁴ TUCCI, José Rogério Cruz e. *Tempo e processo*. São Paulo: RT, 1998, p. 86-87. TUCCI, José Rogério Cruz e. A garantia da prestação jurisdicional sem dilações indevidas como corolário do devido processo legal. *Revista de Processo*, n. 66, São Paulo, 1992, p. 76.

Constituição Federal, embora afirme que a lei não pode excluir da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito, garante a tempestividade da jurisdição.”⁵

Analisar-se-á a duração razoável do processo sob os dois primas acima lançados, muito embora se entenda que a tempestividade da jurisdição se ajusta melhor ao devido processo legal, já que este se dirige tanto ao processo judicial como ao processo administrativo, e que se a garantia ora analisada derivasse do direito de ação, haveria um problema com relação ao processo administrativo, pois o direito de ação se dirige ao Judiciário e não à administração, como decorre da prescrição estipulada no art. 5º, XXXV, da CF/88.⁶

Se se partir das ideias de que a tempestividade da jurisdição decorre das garantias indicadas acima, poder-se-ia levar a crer que em nada inova a prescrição constitucional referente à duração razoável do processo. Entretanto, não se pode pensar dessa forma. Explica-se.

Embora a aludida estipulação se refira ao processo, não é possível inferir que a duração razoável esteja totalmente inserida na cláusula “devido processo legal” ou na garantia “acesso ao Judiciário”, sob pena de, por exemplo, considerar-se inconstitucional a Emenda constitucional nº 30/2000, que introduziu o art. 78 no ADCT da CF/88⁷, possibilitando o parcelamento do precatório judicial, já que o aludido

⁵ MARINONI, Luiz Guilherme. *Teoria Geral do Processo*. São Paulo: RT, 2006, p. 221.

⁶ “Art. 5º, XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito.”

⁷ “Art. 78. Ressalvados os créditos definidos em lei como de pequeno valor, os de natureza alimentícia, os de que trata o art. 33 deste Ato das Disposições Constitucionais Transitórias e suas complementações e os que já tiverem os seus respectivos recursos liberados ou depositados em juízo, os precatórios pendentes na data de promulgação desta Emenda e os que decorram de ações iniciais ajuizadas até 31 de dezembro de 1999 serão liquidados pelo seu valor real, em moeda corrente, acrescido de juros legais, em prestações anuais, iguais e sucessivas, no prazo máximo de dez anos, permitida a cessão dos créditos. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 30, de 2000).”

dispositivo estaria a ferir o devido processo legal ou o direito de ação, criando dilação desproporcional ao processo, ferindo assim cláusula pétrea. Essa interpretação, apesar de possível, não se coaduna com a aplicação da Constituição feita pelo STF, como se vê, por exemplo, na ADI-MC nº 2535-MT, que emprega o aludido dispositivo.

Como salienta Hans Kelsen, os possíveis sentidos do texto normativo é construído pelo intérprete⁸ e, no ato de aplicação, um deles é escolhido para se construir a norma.⁹ Nestes termos, apesar de ser possível afirmar, mediante interpretação, que a demora não se amolda ao devido processo legal ou ao direito de ação, outras construções também eram possíveis, tanto que o Legislador Reformador e o Ordinário lançaram mão de expedientes que tornavam o processo pouco célere, como, por exemplo, a forma de pagamento dos débitos judiciais, como já assinalado, ou a estipulação de intimação pessoal para a fazenda pública federal, dentre outras medidas. Construções desse gênero ganharam coloração vinculante na ADC nº 4¹⁰, que restringe a aplicação da técnica da tutela de

⁸ KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. *Op. cit.*, p. 395.

⁹ KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. *Op. cit.*, p. 390.

¹⁰ “EMENTA: AÇÃO DIRETA DE CONSTITUCIONALIDADE DO ART. 1º DA LEI Nº 9.494, DE 10.09.1997, QUE DISCIPLINA A APLICAÇÃO DA TUTELA ANTECIPADA CONTRA A FAZENDA PÚBLICA. MEDIDA CAUTELAR: CABIMENTO E ESPÉCIE, NA A.D.C. REQUISITOS PARA SUA CONCESSÃO. 1. Dispõe o art. 1º da Lei nº 9.494, de 10.09.1997: ‘Art. 1º. Aplica-se à tutela antecipada prevista nos arts. 273 e 461 do Código de Processo Civil, o disposto nos arts. 5º e seu parágrafo único e art. 7º da Lei nº 4.348, de 26 de junho de 1964, no art. 1º e seu § 4º da Lei nº 5.021, de 09 de junho de 1966, e nos arts. 1º, 3º e 4º da Lei nº 8.437, de 30 de junho de 1992.’ 2. Algumas instâncias ordinárias da Justiça Federal têm deferido tutela antecipada contra a Fazenda Pública, argumentando com a inconstitucionalidade de tal norma. Outras instâncias igualmente ordinárias e até uma Superior - o STJ. - a têm indeferido, reputando constitucional o dispositivo em questão. 3. Diante desse quadro, é admissível Ação Direta de Constitucionalidade, de que trata a 2ª parte do inciso I do art. 102 da C.F., para que o Supremo Tribunal Federal dirima a controvérsia sobre a questão prejudicial constitucional. Precedente: A.D.C. n. 1. Art. 265, IV, do Código de Processo Civil. 4. As decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, nas Ações Declaratórias de Constitucionalidade de lei ou ato normativo federal, produzem eficácia contra todos

urgência contra a fazenda pública. Esta ADC inclusive serve de baliza para a Súmula do STF nº 729.¹¹ Por essas razões não se pode afirmar de forma uníssona que o devido processo legal e o direito de ação engendraram totalmente o direito à tutela jurisdicional tempestiva. Se isso fosse verdade, as estipulações que travavam o processo seriam eivadas de inconstitucionalidade. Não foi assim que o STF, o legislador reformador e o legislador ordinário compreenderam, em muitos casos, a Constituição, como já assentado. Isso porque, antes do advento da EC 45/2004, tratava-se de categoria infraconstitucional inserta no Pacto de São José da Costa Rica.¹²

Desta feita, o surgimento da garantia a uma tutela tempestiva não tem o papel de mero esclarecimento, mas se trata de estipulação, pois prescritiva, de novo mandamento normativo constitucional.

e até efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e ao Poder Executivo, nos termos do art. 102, § 2º, da C.F. 5. Em Ação dessa natureza, pode a Corte conceder medida cautelar que assegure, temporariamente, tal força e eficácia à futura decisão de mérito. E assim é, mesmo sem expressa previsão constitucional de medida cautelar na A.D.C., pois o poder de acautelar é imanente ao de julgar. Precedente do STF: RTJ-76/342. 6. Há plausibilidade jurídica na arguição de constitucionalidade, constante da inicial ("fumus boni iuris"). Precedente: ADIMC - 1.576-1. 7. Está igualmente atendido o requisito do "periculum in mora", em face da alta conveniência da Administração Pública, pressionada por liminares que, apesar do disposto na norma impugnada, determinam a incorporação imediata de acréscimos de vencimentos, na folha de pagamento de grande número de servidores e até o pagamento imediato de diferenças atrasadas. E tudo sem o precatório exigido pelo art. 100 da Constituição Federal, e, ainda, sob as ameaças noticiadas na inicial e demonstradas com os documentos que a instruíram. 8. Medida cautelar deferida, em parte, por maioria de votos, para se suspender, "ex nunc", e com efeito vinculante, até o julgamento final da ação, a concessão de tutela antecipada contra a Fazenda Pública, que tenha por pressuposto a constitucionalidade ou inconstitucionalidade do art. 1º da Lei nº 9.494, de 10.09.97, sustando-se, igualmente "ex nunc", os efeitos futuros das decisões já proferidas, nesse sentido."(Relator Ministro Sidney Sanches, DJ 21.05.1999, p. 2).

¹¹ Súmula nº 729: A decisão na ação direta de constitucionalidade 4 não se aplica à antecipação de tutela em causa de natureza previdenciária.

¹² BUENO, Cassio Scarpinella. *Curso sistematizado de direito processual civil: teoria geral do processo civil*. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 142.

A mudança de paradigma orquestrada com a introdução da nova garantia possivelmente terá o condão de extirpar construções interpretativas veiculadas no ato de aplicação legislativa e no ato de aplicação judicial, como se explanará no correr deste trabalho.

Ademais, fica evidente que a introdução do aludido inciso acaba por criar uma nova moldura interpretativa e aplicativa tanto para o devido processo legal como para o direito de ação. Reduz-se assim o aspecto semântico das aludidas prescrições ao restringir ou mesmo retirar, é o que se espera, a possibilidade de estipular que as delongas do processo não ferem o comando do devido processo legal e a garantia do acesso ao judiciário.

As presentes ilações prestam-se para demonstrar que a nova garantia não é “mais do mesmo”. Trata-se de prescrição deôntica que assegura, garante, uma prestação jurisdicional efetiva. Este foi, inclusive, o espírito da reforma do Judiciário, capitaneada pela EC 45/2004, como salienta Sílvio Luís Ferreira da Rocha, no seguinte excerto:

A razoável duração do processo parece ter sido o cerne da reforma do Judiciário, pois a reforma contemplou diversos institutos ou mecanismos próprios a contribuir com a duração razoável do processo, entre eles a necessidade de demonstração da repercussão geral das questões constitucionais discutidas no caso para o conhecimento do recurso extraordinário (CF, art. 102, §4º); a súmula vinculante (CF, art. 103-A); a atividade jurisdicional ininterrupta (CF, art. 93, XII); a exigência que o órgão jurisdicional tenha número de juízes proporcional à efetiva demanda judicial e à respectiva população (CF, art. 93, XIII);

a distribuição imediata de processos nos tribunais.¹³

Não se quer negar que a garantia à duração razoável ao processo não possui vínculo com o devido processo legal, o direito de ação ou outra garantia constitucional. Apenas se pretende demonstrar que a relação não é de gênero e espécie, mas de referibilidade. Noutros termos, a tempestividade delimita deonticamente a prestação jurisdicional que é impulsionada pelo direito de ação, mas exercida no processo. Não se trata de realce estilístico.

Além disso, a conclusão de que o novo dispositivo não é redundante, mas confere nova feição ao ordenamento pátrio, remete a outro problema, ei-lo: a emenda constitucional que estabeleceu a garantia à duração razoável do processo inseriu no sistema nova cláusula pétrea? Essa questão será objeto de análise no próximo item.

2. GARANTIA À DURAÇÃO RAZOÁVEL DO PROCESSO, NOVA CLÁUSULA PÉTREA?

Como é cediço, o legislador constituinte originário estipulou no então art. 5º, § 2º, da CF/88 que: “os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”.

Malgrado haja entendimento diverso, que defende serem norma constitucional os aludidos tratados internacionais,¹⁴ aqui se toma outro caminho. O STF, majoritariamente, com relação ao Pacto de São José da Costa Rica¹⁵, no RE 466343/SP, tratado que versa sobre direitos humanos, definiu-o como

¹³ ROCHA, Sílvio Luís Ferreira. Duração razoável dos processos judiciais e administrativos. *Interesse público*: Revista Bimestral de Direito Público, nº 39/2006, p. 74.

¹⁴ TUCCI, José Rogério Cruz e. *Tempo e processo*. *Op. cit.*, p. 86-87.

¹⁵ Decreto nº 678, de 6 de novembro de 1992.

supralegal, e, por derogar as normas infraconstitucionais a respeito da prisão do depositário infiel, por exemplo, tornou ineficaz a estipulação que permitia extraordinariamente esse tipo de prisão (art. 5º, LXVII, da CF/88). Não se trata, desta forma, de norma constitucional.

Além disso, atualmente, graças à emenda constitucional nº 45/2004, há a expressa previsão de como o tratado internacional sobre direitos humanos pode vir a ser entronizado como texto constitucional (art. 5º, §3º, da CF/88)¹⁶, sob a forma de emenda, ou seja, com os limites que as emendas possuem, como é o caso da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, aprovado mediante o Decreto Legislativo nº 186, de 09/07/2008.

Deflui do exposto que as garantias contidas nos tratados, para ganhar a cunha de preceito constitucional, necessitam submeter-se aos regimes das emendas constitucionais. Mais. Embora no Pacto de São José da Costa Rica haja previsão de processo tempestivo (art. 8º, 1),¹⁷ não se trata de categoria de *status* constitucional.

Outra ilação importante é que o art. 5º, §2º, da CF/88, c/c o art. 60, §4º, IV da CF/88,¹⁸ tornam imunizados pela cláusula pétrea outros direitos e garantias que decorram dos princípios por ela adotados, como é o caso da anterioridade tributária, anualidade da eleição, mandado de injunção coletivo, fundamentação da decisão judicial¹⁹ etc. No caso, serão

¹⁶ Art. 5º. § 3º, da CF/88: “Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004).”

¹⁷ “Toda pessoa tem direito de ser ouvida com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável...”

¹⁸ Art. 60, § 4º CF/88: “Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: (...) IV - os direitos e garantias individuais.”

¹⁹ Com relação a este tópico, conferir meu trabalho: *A garantida fundamental à motivação da decisão judicial*. Salvador, Juspodivm, 2007. No aludido estudo demonstrou-se lógica e normativamente porque a fundamentação da decisão judicial é cláusula pétrea.

cláusulas pétreas as garantias fundamentais expressas e implícitas, impostas pelo constituinte originário.

E por que essas ilações são relevantes? Como já visto, a garantia da duração razoável do processo, antes infraconstitucional (Pacto de São José da Costa Rica), fora constitucionalizada pela EC nº 45/2004 e, apesar de se vincular ao devido processo legal e ao direito de ação, ela não decorre do regime e dos princípios por ela adotados, tanto que o STF, como já assinalado, vinha considerando constitucionais medidas que não aproveitava a tempestividade da jurisdição, como é o caso da ADC nº 4, já citada.

Por não ser mandamento posto pelo constituinte originário seria possível o Poder Constituinte Derivado estender o alcance das cláusulas pétreas?

Em primeiro lugar, não se pode aplicar ao dispositivo o disposto no art. 5º, §2º do CF/88, até porque a relação da duração razoável do processo e o direito de ação, bem como o devido processo legal, são de referibilidade e não de decorrência – originado, derivado. Noutros termos, o devido processo legal e a garantia ao direito de ação não são causas da duração razoável do processo, todavia esta lhe servem de contorno.

Outro argumento que se levanta é que o Poder Constituinte Originário estabeleceu em nossa Constituição o que, quem, quando, onde poderia ser objeto de reforma. O artigo que estabelece as cláusulas pétreas são as normas básicas de nosso sistema jurídico. Como salienta Alf Ross, a norma básica de um sistema não pode ser juridicamente modificada. A mudança dela só pode ocorrer por um poder de fato e não de direito.²⁰

A partir da premissa lançada por Ross, pode-se afirmar

²⁰ ROSS, Alf. Sobre la auto-referencia y um difícil problema de derecho constitucional. In *El concepto de validez y otros ensayos*. Trad. Eugenio Bulygin y Ernesto Garzón Valdés. 3ª ed. México: Fontamara, 1997, p. 67.

que não possui competência o poder constituído de se reformular, ou seja, de criar novos limites ao poder de reforma, construindo novas cláusulas pétreas. Nas palavras de Ross, “una competencia derivada que no destruye la competencia de la cual se deriva, sino que funciona dentro de ella”.²¹

Admitir o contrário criaria outro problema, a possibilidade de o Poder Constituinte Derivado se autolimitar, gerando clausuras ao exercício da competência derivada conferida pelo Poder Constituinte Originário ao Poder Legislativo. Gilmar Ferreira Mendes irá denominar essa impossibilidade como cláusula pétrea implícita, pois intangíveis ao Poder de Revisão: “as normas que disciplinam o próprio procedimento de emenda, já que o poder delegado não pode alterar as condições da delegação que recebeu”.²²

Ora, ampliar o rol de cláusulas pétreas implica modificar as condições da delegação, no caso analisado, suprimindo-a parcialmente. Tal prerrogativa extrapola a delegação conferida pelo Poder Constituinte Originário ao Legislativo Federal. A ADI nº 3685-DF, que definiu o princípio da anualidade da eleição como cláusula pétrea, reforça o argumento ao reputar a EC nº 4/93 não como inovação, mas como mero aperfeiçoamento do dispositivo criado pelo Poder Constituinte Originário, como se lê do seguinte excerto do acórdão da ADI acima referida: “6. A modificação no texto do art. 16 pela EC 4/93 em nada alterou seu conteúdo principiológico fundamental. Tratou-se de mero aperfeiçoamento técnico levado a efeito para facilitar a regulamentação do processo eleitoral.”

Por isso, a garantia à duração razoável do processo, malgrado se encontre no bojo das garantias fundamentais, como fora introduzida por meio de emenda, submete-se aos

²¹ ROSS, Alf. Sobre la auto-referencia y um difícil problema de derecho constitucional. In *El concepto de validez y otros ensayos*. Op. cit., p. 68.

²² MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 219.

limites que o Poder Constituinte Originário instituiu para o aludido modelo normativo.

Logo essa garantia pode ser objeto de emenda, inclusive revogada.²³ Além disso, nada impede que o Poder Reformador crie novos preceitos que excetuem a tempestividade da jurisdição. Se fosse cláusula pétrea, tais alterações não seriam possíveis.

Noutros termos, o Poder Constituinte Reformador pode criar novos direitos e novas garantias fundamentais, mas não nova cláusula pétrea.

No próximo item, avaliar-se-á quem são os destinatários da norma que institui a duração razoável do processo.

3. DESTINATÁRIOS DA GARANTIA ENQUANTO NORMA DE ESTRUTURA E NORMA DE CONDUTA

A norma que veicula a duração razoável do processo funciona como norma de estrutura (ou de competência ou gramática jurídica) – aquela que estabelece as condições e os procedimentos para produzir normas válidas –²⁴ ou como norma de conduta – aquela que regula de modo direto o comportamento das pessoas em seus vínculos intersubjetivos, proibindo, permitindo ou obrigando.²⁵

3.1. ENQUANTO NORMA DE ESTRUTURA

Na hipótese da norma de estrutura, tem-se que ela vincula o Poder Legislativo impondo para ele a confecção de

²³ Aqui não se adota o chamado “princípio da proibição de retrocesso”, categoria ideológica política de matriz comtiana (basta ler a chamada “lei dos três estados”) que hoje tem-se apresentado como “novidade”. Como diria Cazuza, em “o tempo não pára”: “Eu vejo o futuro repetir o passado. Eu vejo um museu de grandes novidades.”

²⁴ BOBBIO, Norberto. *Teoria Geral do Direito*. Trad. Denise Agostinetti. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 186 e 196-197.

²⁵ BOBBIO, Norberto. *Teoria Geral do Direito*. *Op. cit.*, p. 196.

leis aptas a realizar a aludida garantia. A omissão legislativa desafia tanto mandado de injunção,²⁶ como ADIN por omissão, por conta do modal deôntico obrigatório.

Além disso, impede que o Legislativo produza leis infraconstitucionais que impeçam ou dificultem a efetividade do processo. Neste diapasão, fica impedido o Legislativo de revogar normas que objetivam a celeridade, como, por exemplo, a que permite a tutela antecipada.

Ademais, toda reforma legislativa processual deve levar em conta realizar este novo vetor constitucional; se não o fizer, pode ser passível de controle jurisdicional difuso e/ou concentrado.

Com relação ao orçamento deve o legislativo dotar o Poder Judiciário de numerário necessário para que este órgão possa prestar com eficiência a jurisdição. Neste contexto é possível syndicar judicialmente eventual corte orçamentário, máxime com relação às verbas destinadas a aprimorar a prestação de serviço judicial. O corte, uma vez efetivado deve ser fundamentado e não discricionário.

A norma de competência aludida não vincula, entretanto, o Poder Constituinte Reformador, nos moldes do direito brasileiro vigente, pois aí vigora o modal deôntico permitido (facultativo ou permissão bilateral – permitido fazer e permitido não fazer). Dito de outro modo, permite-se ao Poder Legislativo Federal reformar, sem entretanto obrigá-lo. Assim, não se pode obrigar o Poder Reformador a acabar com o sistema de pagamento de precatório parcelado, como já citado.

Outro destinatário é o Poder Judiciário, que deve emoldurar a prestação jurisdicional com a mencionada garantia. Este novo quadro impõe ao Judiciário a obrigação de produzir uma tutela eficiente e tempestiva. Ademais, deve

²⁶ “Art. 5º, LXXI - conceder-se-á 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.”

rechaçar, por inconstitucionais, as normas infraconstitucionais que venham a impedir a realização efetiva da prestação jurisdicional. Isso inclui tanto a fiscalização de sua atividade, dos serventuários, dos auxiliares da justiça, como a fiscalização dos atores do processo, utilizando medidas para impedir as delongas desnecessárias tanto das partes como do fiscal da lei. Trata-se de norma de estrutura, pois determina a maneira como as regras procedimentais deverão se encaminhar.

As considerações veiculadas para o Poder Judiciário aplicam-se à atividade administrativa, no que tange ao processo administrativo, por expressa previsão constitucional.

3.2. ENQUANTO NORMA DE CONDUTA

Partindo-se da análise sob o prisma da norma de conduta, a aludida estipulação consagra para o indivíduo um direito exigível que possui o Estado como seu sujeito passivo. Ele é que está obrigado a prestar a jurisdição tempestiva.

O descumprimento de uma norma cujo modal é o obrigatório é um ato ilícito, que reclamaria indenização pelo dano moral ou material, caso esse fosse gerado.²⁷ Mais. Em tese, a conduta morosa, por ser continuada, exigiria tutela inibitória. Será que isso é possível? Como?

É bem verdade que há dificuldades de ordem prática e jurídica para implementação²⁸ dos dois provimentos jurisdicionais. Passa-se a expor:

3.2.1- INDENIZAÇÃO E O PROBLEMA DA COMPETÊNCIA

Com relação a essa categoria, alguns critérios são

²⁷ HOFFMAN, Paulo. *Razoável duração do processo*. São Paulo: Quatier Latin, 2006, p. 98.

²⁸ HOFFMAN, Paulo. *Razoável duração do processo*. *Op. cit.*, p. 109.

mencionados, como o da Corte Europeia dos Direitos do Homem, conforme relatado por Paulo Hoffman: “a) complexidade do caso; b) comportamento das partes; c) atuação dos juízes, dos auxiliares da jurisdição.”²⁹ Entretanto, alguns problemas de ordem de competência é que mais dificultam a implementação do aludido preceito, já que, do ponto de vista da responsabilidade, ela é objetiva, com base no risco administrativo³⁰, nos termos do art. 37, §6º, da CF/88, porque a prestação jurisdicional é serviço público, como assinala Cássio Scarpinella Bueno.³¹ Paulo Hoffman entende que aqui a hipótese seria de risco integral³² e não só administrativo.³³ Não se acata aqui essa postura, pois implicaria admitir dever de indenizar mesmo quando o atraso fosse imputado à conduta exclusiva da parte que reclama prestação jurisdicional célere. Estar-se-ia dando respaldo à má-fé. Mais. Ocorrendo a destruição do Fórum por conta de um incêndio ou inundação ou vendaval ou outro evento natural estaria o Estado obrigado a indenizar a todos os litigantes? Por se reputar negativa a resposta, opta-se pela doutrina do risco administrativo. Saliente-se que há quem defenda a irresponsabilidade do Estado, como é o caso de Vicente Greco Filho, ao argumento de que o juiz, por não ser funcionário

²⁹ HOFFMAN, Paulo. *Razoável duração do processo*. *Op.cit.*, p. 109.

³⁰ “Com efeito, a teoria do risco administrativo, embora dispense a prova da culpa da administração, permite ao Estado afastar a sua responsabilidade nos casos de exclusão do nexos causal – fato exclusivo da vítima, caso fortuito e força maior e fato exclusivo de terceiro.” CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de Responsabilidade Civil*. 6ª ed., rev. e aum. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 253.

³¹ BUENO, Cassio Scarpinella. *Curso sistematizado de direito processual civil*. *Op. cit.*, p. 143.

³² “A teoria do risco integral, como já enfatizamos, é modalidade extremada da doutrina do risco para justificar o dever de indenizar mesmo nos casos de culpa exclusiva da vítima, fato de terceiro, caso fortuito ou de força maior. É o que ocorre, por exemplo, no caso de acidente do trabalho, em que a indenização é devida mesmo que o acidente tenha ocorrido de culpa exclusiva da vítima ou caso fortuito.” CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de Responsabilidade Civil*. *Op. cit.*, p. 253-254.

³³ HOFFMAN, Paulo. *Razoável duração do processo*. *Op. cit.*, p. 104.

público em sentido estrito, não estaria abrangido pela estipulação do art. 37, §6º, da CF/88 e, via de conseqüência, o Estado estaria isento de responsabilidade, já que este é punido em face da conduta de seu funcionário e, na opinião do aludido autor, o magistrado não é funcionário.³⁴

Em uma lide desse quilate duas questões devem ser resolvidas: a) houve demora desarrazoada do processo? b) houve dano?

Ambas as questões demandam dilação probatória.

Como é cediço, a pretensão indenizatória é movida contra o Estado, mas tem por pano de fundo a conduta morosa – ilícita – de um órgão jurisdicional, seja ele de mesma hierarquia ou de hierarquia superior. Eis a causa de pedir.

Em última análise, um magistrado será compelido a apreciar a conduta de seu par, ou de seu superior. Pode-se alegar que na *querela nullitatis* (art. 475-L, I, do CPC) ou na hipótese do art. 475-L, §1º, do CPC, estar-se em situação semelhante, todavia há uma diferença enorme, no que pese ser uma questão extremamente delicada, um magistrado reputar uma decisão sua ou de outro juiz ineficaz. Embora nas duas hipóteses lançadas – *querela nullitatis* e art. 475-L, §1º, do CPC – o que se aprecia é a decisão de primeira instância ou de outra, imputando-lhe a pecha de inexigível. No caso da morosidade, o objeto de análise é a demora indevida do magistrado na prestação jurisdicional, gerando decisão de conteúdo condenatório e/ou mandamental. Como dito, é a conduta danosa do magistrado, em sua atividade que será avaliada, máxime quando se adota a teoria do risco administrativo. Ela entraria com causa de pedir. Mesmo quando a morosidade é por conta da conduta do serventuário ou de um dos sujeitos da relação jurídica processual, que não o requerente da indenização, aprecia-se a atuação do magistrado,

³⁴ GRECO FILHO, Vicente. *Direito Processual Civil Brasileiro*. 20ª ed., atualizada até a Lei nº 11.441/2007. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 240.

já que este deve velar pela rápida solução do litígio, além de reprimir atos atentatórios à dignidade da Justiça (art. 125 do CPC).

Outras complicações ocorrerão no caso de o mesmo processo haver sido moroso tanto na esfera estadual como na fase recursal, no STJ ou no STF. No caso, teríamos duas ações. Uma contra o Estado, na Justiça Estadual, e outra na Justiça Federal, contra a União. Aqui, outro problema se levanta. O magistrado federal de primeira instância estará a julgar a conduta morosa do STF e/ou do STJ.

Fica evidente que os aludidos magistrados, máxime os de primeira instância, quando fossem julgar condutas de seus superiores estariam com sérios problemas de isenção. Ora, não é a isenção componente do princípio do juiz natural³⁵, cláusula pétrea?

Desta feita, a autoridade competente nunca poderia ser o magistrado de primeira instância. Quem seria? Bem, a competência não se presume, é estipulada. Vigem com relação a ela as seguintes características: tipicidade e indisponibilidade.³⁶

A melhor solução para o caso seria uma emenda constitucional estipulando, neste caso, a competência do tribunal para dirimir esse tipo de litígio, similar ao que já ocorre no caso de mandado de segurança, quando a autoridade coatora é o magistrado federal (art. 107, I, c, da CF/88). Enquanto a emenda não vier, há seriíssimos problemas na utilização da aludida via.

Há quem sustente a via do mandado de segurança, como é o caso de Frederico Liserre Barruffini,³⁷ mas isso implicaria

³⁵ NERY JÚNIOR, Nelson. *Princípios do processo civil na Constituição Federal*. 5ª ed., 3ª tir. São Paulo: RT, 1999, p. 68.

³⁶ DIDIER JÚNIOR, Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*. 9ª ed. Salvador: Podivm, 2008, T. I, p. 94.

³⁷ BARRUFFINI, Frederico Liserre. Possibilidade de efetivação do direito à razoável duração do processo. *Revista de Processo – REPRO*, nº 139, ano 31, setembro de 2006, p. 277.

superação da Súmula nº 269 do STF, que afirma não ser o mandado de segurança ação de cobrança. A autoridade coatora seria o agente do Poder Judiciário em mora. É uma saída, malgrado os limites que a via heróica possui, como por exemplo, a aferição do dano, que muitas vezes demanda dilação probatória não permitida no rito do mandado de segurança. Por esta razão se faz necessária a instituição de ação de rito comum, cuja competência originária pertença ao tribunal.

Se a morosidade ocorresse em um tribunal superior, a competência neste diapasão, deveria ser do aludido tribunal, mas tudo isso pode vir a reclamar reforma constitucional. A mudança também deveria ser veiculada nos órgãos da Justiça do Trabalho, Eleitoral, Militar e Comum. Enquanto isso não for veiculado, o problema permanece. Todas essas soluções, entretanto, são, claro, de *lege ferenda*, e, no caso, não há como obrigar o Poder Constituinte Derivado a reformar a Constituição.

Caso mais da metade dos membros do tribunal de origem estiverem impedidos ou forem diretamente interessados, a competência, para a aludida ação, é do STF, conforme estipulação do art. 102, I, n, *in fine*, da CF/88. Aqui, há solução expressamente positivada.

Uma forma de contornar o aludido problema, mas que dependerá do casuísmo jurisprudencial, seria a adoção da tese das competências implícitas desenvolvida no direito constitucional americano, como explicita Canotilho:

- (1) “poderes decorrentes” ou “emergentes” (*resulting powers*): os poderes que derivam de uma leitura conjunta de todos ou alguns dos poderes conferidos especificamente pela constituição; (2) “poderes implícitos (*implied powers*): poderes não expressamente mencionados na constituição, mas adequados à prossecução dos fins e tarefas

constitucionalmente atribuídos aos órgãos de soberania; (3) “poderes inerentes ou essenciais” (*inherent or essential powers*), poderes pertinentes e indispensáveis ao exercício de funções políticas soberanas.³⁸

O aludido autor rechaça as competências implícitas, mas admite a complementação da competência mediante interpretação teleológica ou sistemática nas seguintes hipóteses:

(1) *competências implícitas complementares*, enquadráveis no programa-normativo-constitucional de uma competência explícitas e justificáveis porque não se trata tanto de alargar competência mas de aprofundar competências (ex.: quem tem competência para tomar uma decisão deve, em princípio, ter competência para a preparação e formação de decisão); (2) *competências implícitas complementares*, necessárias para preencher lacunas constitucionais patentes através de leitura sistemática e analógica dos preceitos constitucionais.³⁹

A hipótese sob análise poderia se enquadrar no item (2), já que existe possibilidade, via mandado de segurança, para se apreciar conduta do magistrado. A aludida solução dependerá, claro, de como os tribunais irão analisar tal hipótese, principalmente se levar em consideração o princípio hermenêutico constitucional da máxima efetividade do preceito constitucional.⁴⁰ Deve-se salientar, ainda, em abono à tese das competência implícitas complementares o fato de não ter

³⁸ CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7ª ed. 5ª reimp. Coimbra: Almedina, 2003, p. 548.

³⁹ CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. *Op. cit.*, p. 549.

⁴⁰ CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. *Op. cit.*, p. 1224.

sentido o legislador constituinte reformador criar uma garantia fundamental que não pode ser exigida. Alerta-se, porém, que no caso do mandado de injunção, até bem pouco tempo, havia tal situação – uma garantia constitucional criada pelo constituinte originário tornada praticamente inócua pelo STF. O problema está posto e só o tempo irá estipular qual a solução será adotada. Assim, teríamos as seguintes competências:

a- morosidade na primeira instância: competência do tribunal;

b- morosidade em órgão fracionário do tribunal: competência do pleno do tribunal;

c- morosidade do tribunal: competência do tribunal superior correspondente;

d- morosidade de órgão fracionário do tribunal superior: competência do pleno do respectivo tribunal;

e- morosidade do tribunal superior: competência do STF

f- morosidade do STF: competência do próprio STF.

Estas são questões totalmente abertas que só o tempo irá revelar qual a solução a ser adotada, já que a legislação é omissa com relação ao quadro que se abriu com o advento da adoção da garantia da tempestade da jurisdição.

3.2.2- INIBIÇÃO DO ILÍCITO E O PROBLEMA DA COMPETÊNCIA

Neste tópico se levanta outra questão. A demora é algo que perdura no tempo. Neste caso, caberia, em tese, a tutela inibitória, que tem por intuito impedir a prática de um ilícito ou, como é o caso, a sua continuação, já que a demora é um ilícito continuado.⁴¹ Pode um magistrado, mediante prestação jurisdicional, determinar que outro magistrado julgue, sob pena de multa ou outra medida coercitiva do art. 461, §5º, do CPC?

⁴¹ MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela inibitória* (individual e coletiva). 3ª ed., rev., atual. RT: São Paulo, 2003, p. 153.

Pior, imagine-se a situação de se veicular ação contra o Estado que tenha por objeto determinar que o tribunal a que o magistrado de primeira instância está vinculado decida.

Outra situação inquietante decorre do fato de um juiz federal de primeira instância, em ação contra a União, determinar que o STF ou o STJ, em um processo oriundo da Justiça Estadual ou mesmo Federal, venha a decidir.

Interessante é se o problema da morosidade for da Justiça do Trabalho. No caso, um juiz federal ordenar que o juiz do trabalho, uma Turma do TRT, o TRT ou próprio TST decida. A mesma questão se coloca se a morosidade for com relação à Justiça Militar Federal ou à Justiça Eleitoral.

Saliente-se, por fim, que a saída da correição parcial, por não ser ação, não resolve o problema. Poder-se-ia usar o mandado de segurança, mas aqui permaneceria o problema de se obrigar que um órgão jurisdicional decida.

Bem. Essas são algumas das consequências advindas do fato de reputar a duração razoável do processo um direito subjetivo exigível. Em tese sua veiculação é possível, mas ela é carregada de entraves operacionais, já expostas no item anterior, como a possibilidade de se exigir reforma constitucional para sua efetivação. Estas reformas não podem ser exigidas pela via jurisdicional – mandado de injunção ou ADIN por omissão. Sendo assim, fica a questão: se esta garantia gera direito material exigível, como operacionalizar, na grande maioria dos casos?

Um fato é certo, se para efetivar a tutela indenizatória ou inibitória for necessário a elaboração de emenda constitucional, o pleito não poderá ser acolhido pelo Judiciário, mediante mandado de injunção ou ADIN por omissão. Pensar o contrário seria o mesmo que conferir ao Poder Judiciário a capacidade de ordenar um fazer ao Poder Reformador, que não tem, a não ser que se arvore Poder Constituinte Originário perene, o que seria um absurdo dentro de uma ordem constitucional rígida, como a

atual.

A saída seria, como já estipulado, a adoção da tese das competências implícitas complementares, como já assentado acima.

Por fim, deve-se salientar que tanto o particular como o poder público podem exigir a prestação jurisdicional efetiva. Isso se dá porque a exigência de tempestividade da jurisdição estabelece novos contornos ao devido processo legal e ao acesso ao Judiciário.

3.2.3. FAZENDA PÚBLICA E A GARANTIA DA TEMPESTIVIDADE DA JURISDIÇÃO

As garantias fundamentais referentes ao processo se dirigem para todos os litigantes, inclusive à Fazenda Pública autora. Assim, o Estado teria direito a uma prestação jurisdicional tempestiva tanto na tutela ressarcitória como na tutela inibitória. Um problema, entretanto se levanta: há confusão, nos termos do art. 267, X, do CPC, quando a fazenda pública é quem pleiteia em juízo a duração razoável do processo em demanda cujo réu é a própria fazenda pública que representa?

A necessária bilateralidade do direito não tolera a confusão, tanto que quando ela se interpõe, a relação jurídica se extingue. A alteridade no direito se impõe. Noutra termos, não é possível uma relação jurídica minha comigo mesmo, já que esta deve ser intersubjetiva, sob pena de extinção, por conta da confusão. Trata-se de algo que interfere até na formulação lógica do próprio direito, como pontua Lourival Vilanova:

Sob o estrito ponto de vista lógico-formal, um mesmo termo de uma relação qualquer R pode ocupar duas posições na estrutura relacional: $x R x$ (assim nas *relações reflexivas* de identidade, de igualdade). No direito, porém, formalizando a

estrutura relacional da norma teremos que um *sujeito qualquer S'* mantém uma *relação qualquer R* em face de outro sujeito qualquer *S''*. Podemos formular o deôntico da norma com os esquemas “*S', R S''*”, ou “*R(S' S'')*”.⁴² (Grifos no original)

Com isso, poder-se-ia chegar à conclusão de que a fazenda pública não poderia ser sujeito ativo da aludida garantia.

No caso, a solução jurídica poderá ser construída da seguinte forma. Se a fazenda pública é autora da demanda cuja causa de pedir seja a intempestividade da jurisdição, mas o réu é outro ente da federação não há confusão, pois tratam-se de fazendas distintas. A título de exemplo, fazenda municipal autora em todas as hipóteses; fazenda estadual autora frente à morosidade do judiciário federal etc.

Quando a fazenda atua contra a morosidade do próprio judiciário, a confusão se impõe, no caso de tutela pretensão indenizatória, já que em caso de procedência a fazenda pública estaria obrigada a se pagar. A saída é que nestes casos, a ação deverá ser movida diretamente contra o magistrado, sem as restrições do art. 133 do CPC, porque o exercício de garantia constitucional não pode ser podado por legislação infraconstitucional. A questão que ainda persiste é referente à responsabilidade. Ela é objetiva ou subjetiva? A melhor solução seria a responsabilização subjetiva, nos moldes do art. 37, §6º da CF/88, uma vez que se trata de responsabilidade do agente. Com isso dar-se-ia efetividade à garantia da duração razoável do processo nesta hipótese.

A solução proposta para tutela indenizatória se mostra aplicável à tutela inibitória, bem como no caso de processo administrativo. Assim, deverá a fazenda pública mover ação diretamente contra o agente moroso ou contra ele e/ou o

⁴² VILANOVA, Lourival. *As estruturas lógicas e o sistema do direito positivo*. 2ª ed. São Paulo: Max Limonad, 1997, p.76.

Estado, caso se trate de entes federativos distintos.

Abordar-se-ão, no próximo item, algumas das possíveis consequências da entronização da garantia duração razoável do processo no sistema jurídico pátrio então vigente.

4. REPERCUSSÃO NORMATIVA DA TEMPESTIVIDADE DA JURISDIÇÃO NO DIREITO PÁTRIO

Neste ponto pode-se ler sob dois prismas. O da coordenação e o da subordinação.

4.1. COORDENAÇÃO

Neste aspecto se verifica a interação entre o preceito que estabelece a duração razoável do processo e as demais prescrições constitucionais.

Como já relatado, há uma relação de referibilidade com o devido processo legal e o de acesso ao Judiciário fixando novos contornos para a prestação jurisdicional.

Além disso, não se pode deixar de mencionar a questão atinente à segurança jurídica que a decisão tempestiva acaba por realizar, ao sepultar, de forma célere, as incertezas com relação ao direito e com relação à própria eficiência do Estado enquanto agente prestador de um serviço.

Não se pode perder de mira, entretanto, que o surgimento da aludida garantia não tem o condão de criar o processo instantâneo, pois este, por ser um marcha, pressupõe o tempo e, muito embora o contraditório necessário, a produção de prova e os recursos demandem tempo, estes não podem ser negligenciados sob pena de, em nome da celeridade, criar-se a instantaneidade, como a execução sumária.⁴³

A garantia da duração razoável do processo atua para dar

⁴³ DIDIER JÚNIOR, Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*. 9ª ed. Salvador: Podivm, 2008, T. I, p. 44.

contorno às regras constitucionais já existentes que se referem à prestação jurisdicional. Ela não pode ser causa de atuação Judicial apta a inovar a Constituição. Desta forma, pode-se afirmar que a tempestividade da jurisdição é, mas de acordo com contornos estabelecidos pela própria Constituição.⁴⁴

4.2. SUBORDINAÇÃO

A criação da nova garantia constitucional teve o condão de revogar tacitamente os dispositivos que lhes são incompatíveis.⁴⁵

Toma-se revogação tácita no sentido construído por Gabriel Ivo:

Quando falamos de revogação tácita estamos nos referindo a uma norma de estrutura, dirigida aos aplicadores do direito, que estipula a solução do conflito que se instaura ante um caso específico. Mas isso não significa revogação.⁴⁶

Deve-se salientar que, para o referido autor, aqui acompanhado, o termo revogação deveria ser utilizado apenas para a forma expressa, pois esta atua no plano da expressão, retirando-a do sistema, e não apenas a significação incompatível, como faz a modalidade tácita.⁴⁷ A adoção dessa postura se dá pois aqui se distingue texto normativo – enunciado prescritivo – e norma jurídica – significação construída pelo intérprete a partir dos textos de direito positivo.⁴⁸ A revogação expressa atua diretamente sobre o

⁴⁴ BUENO, Cassio Scarpinella. *Curso sistematizado de direito processual civil*. Op. cit., p. 146.

⁴⁵ IVO, Gabriel. *Norma jurídica: produção e controle*. São Paulo: Noeses, 2006, p. 173-174. MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. Op. cit., p. 969.

⁴⁶ IVO, Gabriel. *Norma jurídica: produção e controle*. Op. cit., p. 181.

⁴⁷ IVO, Gabriel. *Norma jurídica: produção e controle*. Op. cit., p. 175.

⁴⁸ CARVALHO, Paulo de Barros. *Direito tributário: fundamentos jurídicos da incidência*. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 22.

enunciado prescritivo. A tática atua sobre a significação, que é construída pelo intérprete caso a caso, a partir dos enunciados prescritivos.

Enquanto o enunciado permanece no sistema, pode ser utilizado criando evidentemente graves transtornos, como é o caso da prisão civil do depositário infiel que, segundo o STF, recentemente, conforme já assinalado, desde 1992, com a recepção do Pacto de São José da Costa Rica, não poderia mais ser usada como meio coercitivo, embora fosse largamente utilizada, inclusive com a chancela do STF.⁴⁹

Esses problemas diminuem com a revogação expressa, já que quem estipula a revogação é o Legislativo, de forma geral, e não o aplicador, no caso concreto, que pode, em caso similar, mudar de ideia, já que a questão se dá no plano da significação.

A utilização da ADPF é um salutar instrumento, pois serve para conferir eficácia geral à decisão do STF que versa sobre revogação tácita – art. 1º, P.U., I, da Lei nº 9.882/99.⁵⁰ Atua sobre o plano da significação.

A mudança assinalada pela duração razoável do processo se emaranha sobre as regras de produção judicial do direito, produzindo, no ato de aplicação, incompatibilidades, ou seja, hipóteses que implicarão a necessidade de se utilizar o instrumento da revogação tácita. A existência ou não de incompatibilidade irá depender, evidentemente, de como o aplicador irá analisar o caso.

Quando se introduz um novo dispositivo normativo, três situações semânticas surgem. Uma consiste em identificar o que se coaduna com ele; a outra, o que não se coaduna e, por

⁴⁹ “Ementa: *Habeas corpus* preventivo. Prisão civil. Depositário infiel. Não restituição do bem depositado aos seus cuidados. Constitucionalidade da prisão civil. Precedentes. *Habeas* indeferido. Ministro Revisor Nelson Jobim, HC nº 78344-PR, DJ 23.04.2004, p. 39. No mesmo sentido, HC nº 71197-RJ, DJ 03.06.1994; HC nº 73497-SP, DJ 14.11.96; HC nº 74473-PR, DJ 27.06.97; HC nº 75977-SP, DJ 03.03.2000; HC nº 75687-PR, DJ 20.04.01; HC nº 72131-RJ, DJ 01.08.03 etc.

⁵⁰ IVO, Gabriel. *Norma jurídica: produção e controle*. *Op. cit.*, p. 175-176.

fim, a zona de incerteza – aquela que não se sabe determinar *a priori*, com segurança, se é hipótese de coadunação ou não.⁵¹ A denominada zona de incerteza necessita de determinação, no caso concreto. Exige-se a necessária ponderação. Cabe a apreciação de se a duração é ou não razoável.

As demais hipóteses – certeza⁵² positiva e certeza negativa – podem ser analisadas no campo da abstração. Toma-se neste texto a análise daquilo que possivelmente não se coaduna com uma prestação jurisdicional célere. Trata-se de mera indicação, porque não se tem a pretensão de aprofundar a discussão nas quadras de um artigo, já que demandaria análise mais acurada. Lançam-se as hipóteses para servir de lastro para a discussão. Eis algumas situações que podem ser reputadas como revogadas tacitamente:

a- a manutenção de prazos impróprios para os magistrados, os membros do Ministério Público como *custos legis*, os serventuários da Justiça e os auxiliares da Justiça implica morosidade, já que seu descumprimento não gera, em regra, sanção processual e tem sido apontado como causa do atraso no andamento dos feitos.

b- a intimação pessoal para a Fazenda Pública Federal, a intimação por remessa dos autos para o Ministério Público, o prazo diferenciado para a Fazenda Pública e o Ministério Público criam uma distorção no processo, pois impõem ao particular o ônus da ineficiência do Estado. Tais prerrogativas acabam por gerar delongas injustificadas ao processo, já que muitas vezes impedem ou dificultam a utilização da técnica do prazo comum, demanda intimação por oficial de justiça etc.

c- as férias de sessenta dias para magistrados e para membros do Ministério Público além de serem uma situação

⁵¹ WARAT, Luis Alberto. *O direito e sua linguagem*. 2ª versão. 2ª ed. Porto Alegre: Fabris, 1995, p. 76-77.

⁵² O termo certeza é aqui utilizado não como verdade inquestionável, mas como aquilo que os gregos antigos denominavam verossímil, ou seja, aceito como correto em um discurso.

excepcional, inexistente para as demais categorias do serviço público, contribuem para aumentar a insuficiência de número de magistrados, um dos argumentos da morosidade. A questão se dilata quando se associa a isso o fato de o Ministério Público, que atua como *custos legis*, possuir a mesma prerrogativa. Se a falta de magistrados e de membros do Ministério Público é um dos argumentos que fundamentam a demora na prestação jurisdicional, não se pode admitir que a mencionada prerrogativa tenha albergue em face da garantia da tempestividade da jurisdição.

d- a estipulação da eficácia suspensiva para apelação, como regra geral, também trava o processo e constitui um desprestígio ao magistrado de primeira instância, além de tornar pouco célere a prestação jurisdicional.

e- o duplo grau de jurisdição obrigatório não pode se coadunar com a duração razoável do processo, máxime quando o próprio poder público sucumbente não apresentou recurso.

f- os limites à concessão de tutela de urgência, como aquela referendada pela ADC nº 4, já citada são um entrave à prestação efetiva da jurisdição.

g- a manutenção dos embargos infringentes (art. 530-534 do CPC) constitui um desprestígio à decisão colegiada e gera para o vencedor um atraso na prestação jurisdicional.

h- o caráter facultativo do incidente de uniformização de jurisprudência possibilita que o tribunal não unifique suas decisões e implica desrespeito tanto à celeridade como à segurança jurídica. Para a efetivação da garantia da duração razoável do processo, o modal deve mudar de facultativo para obrigatório.

O rol é apenas exemplificativo, como já mencionado.

O ideal é que haja a revogação expressa das prescrições que tornam o processo moroso, porque assim o enunciado prescritivo não poderá mais regular situações futuras, já que a norma é construída a partir dos enunciados prescritivos. Se eles

são suprimidos, não é possível a construção de norma jurídica, e esta é que regula as condutas ou, como é o caso, a produção deôntica de novos enunciados prescritivos. Outra saída seria a utilização da ADPF. Entretanto, enquanto o ideal não vem, cabe ao órgão jurisdicional dar máxima efetividade à Constituição, rechaçando as regras que causam morosidade ao processo.

5. NOTAS CONCLUSIVAS

A discussão travada nestas páginas teve o condão de tecer considerações sobre o aspecto normativo da garantia da duração razoável do processo e fomentar o debate sobre os problemas que a aludida inserção trouxe. Os avanços são inegáveis. A operacionalização de algumas facetas da aludida prescrição, como visto, pode necessitar de mudança constitucional, infraconstitucional e jurisprudencial. Enfatizar os problemas é necessário no intuito de se buscar, na medida do possível, formas de solução, sejam de ordem jurisdicional ou de ordem política.

Não se perde de mira, entretanto, que toda vez que se coloca um dispositivo para se resolver um problema, gera-se “n-1” novos questionamentos, já que o ser humano é prenhe de dúvida. Isso o faz evoluir. Ademais, como estabeleceu Descartes, a dúvida é constitutiva do sujeito cognoscente.

Não com o intuito de fechar, mas de lançar novos questionamentos, apresenta-se aqui algumas considerações que sintetizam as ponderações construídas no presente texto. Ei-las:

5.1- A garantia da duração razoável do processo não decorre do direito de ação e do devido processo legal, muito embora a eles se refira fixando novo contorno à forma de prestação jurisdicional.

5.2- Muito embora o Pacto de São José da Costa Rica, adotado pelo Brasil em 1992, já consubstanciasse o direito à

tempestividade da jurisdição, este, apenas com a EC nº 45/2004 ingressou no altiplano constitucional.

5.3- A emenda constitucional não tem o poder de inserir nova cláusula pétrea, pois isso implicaria alteração no poder de reforma que, no Brasil, é juridicamente imutável.

5.4- A duração razoável do processo, por ter sido inserta mediante emenda, não goza do *status* de cláusula pétrea, sendo possível ao Poder Reformador inserir na Constituição medidas que afetem a tempestividade da jurisdição.

5.5- O preceito sob análise tem por destinatário o legislador ordinário, no sentido de impedir que crie leis que dificultem o andamento célere do processo, revogue as leis que otimizam a prestação jurisdicional, obrigando-o a produzir institutos normativos aptos a realizar a duração razoável do processo. Sua conduta omissiva pode ser objeto de ADIN por omissão ou de mandado de injunção. A atuação visando criar leis que embarquem ou revoguem as leis que impulsionam a celeridade processual pode ser atacada judicialmente pela via incidental ou concentrada.

5.6- O Judiciário e a Administração Pública também são destinatárias da norma que estabelece a duração razoável do processo.

5.7- A morosidade é um ilícito continuado e, em tese, poderia ser inibido. Caso ela venha a causar dano, é passível de indenização.

5.8- O uso da tutela indenizatória possui graves problemas quanto à questão da competência. Ocorre problema similar com relação à inibitória. As questões que se põem têm por cerne o fato de, em última análise, o magistrado estar apreciando a atividade de seu par ou, pior, de autoridade hierarquicamente superior, ou mesmo de outro órgão jurisdicional, como no caso de um juiz federal analisar a morosidade na esfera trabalhista ou militar federal.

5.9- Uma saída para resolver a questão da competência

seria a adoção da tese da competência implícita complementar.

5.10- O uso da tutela inibitória e indenizatória que tenha por lastro a morosidade judicial fica inviabilizado caso haja necessidade de veiculação de emenda constitucional, já que não se pode obrigar o Poder Constituinte Derivado a reformar a Constituição.

5.11- A prestação jurisdicional tempestiva não pode estar dissociada dos demais comandos constitucionais referentes ao processo, como o devido processo legal, acesso ao Judiciário, contraditório, segurança jurídica etc.

5.12. Para evitar o fenômeno da confusão, a fazenda pública, titular da garantia da duração razoável do processo, deve ajuizar demanda contra o agente causador da demora, sem as restrições do art. 133 do CPC, salvo se se tratarem de fazendas públicas distintas. Neste caso, pode acionar diretamente o outro ente federativo.

5.13- O advento do referido instituto fez surgir incompatibilidades entre o direito constitucional e o infraconstitucional vigente que possibilitam o uso da técnica da revogação tácita. Entretanto, o ideal é que a revogação fosse expressa, já que nada impede que o aplicador utilize preceito já revogado, como ocorreu, inclusive no STF, no caso da prisão de depositário infiel.



6. REFERÊNCIAS

BARRUFFINI, Frederico Liserre. Possibilidade de efetivação do direito à razoável duração do processo. *Revista de Processo* – REPRO, nº 139, ano 31, setembro de 2006, p. 265-279.

- BUENO, Cássio Scarpinela. *Curso sistematizado de direito processual civil: teoria geral do direito processual civil*. São Paulo: Saraiva, 2007, T. I.
- BOBBIO, Norberto. *Teoria Geral do Direito*. Trad. Denise Agostinetti. São Paulo: Martins Fontes, 2007.
- CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7ª ed. 5ª reimp. Coimbra: Almedina, 2003.
- CARVALHO, Paulo de Barros. *Direito tributário: fundamentos jurídicos da incidência*. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2006.
- CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de Responsabilidade Civil*. 6ª ed., rev. e aum. São Paulo: Malheiros, 2005.
- DIDIER JÚNIOR, Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*. 9ª ed. Salvador: Podivm, 2008, T. I.
- HOFFMAN, Paulo. *Razoável duração do processo*. São Paulo: Quartier Latin, 2006.
- IVO, Gabriel. *Norma jurídica: produção e controle*. São Paulo: Noeses, 2006.
- KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Trad. João Baptista Machado. 4ª ed., 1ª reimp. São Paulo: Martins Fortes, 1995.
- MARINONI, Luiz Guilherme. *Teoria geral do processo*. São Paulo: RT, 2006.
- _____. *Tutela inibitória (individual e coletiva)*. 3ª ed., rev., atual. RT: São Paulo, 2003.
- MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007.
- NASSAR, Raduan. *Lavoura Arcaica*. 3ª ed., 9ª reimp. São Paulo: Companhia das Letras, 1989.
- NERY JÚNIOR, Nelson. *Princípios do processo civil na Constituição Federal*. 5ª ed., 3ª tir. São Paulo: RT, 1999.
- ROCHA, Sílvio Luís Ferreira. *Duração razoável dos processos judiciais e administrativos*. *Interesse público*: revista

bimestral de direito público, nº 39/2006, p. 73-80.

ROSS, Alf. Sobre la auto-referencia y um difícil problema de derecho constitucional. In *El concepto de validez y otros ensayos*. Trad. Eugenio Bulygin y Ernesto Garzón Valdés. 3ª ed. México: Fontamara, 1997.

SILVA, Beclaute Oliveira. *A garantida fundamental à motivação da decisão judicial*. Salvador, Juspodivm, 2007.

TUCCI, José Rogério Cruz e. *Tempo e processo*. São Paulo: RT, 1997.

_____. A garantia da prestação jurisdicional sem dilações indevidas como corolário do devido processo legal. *Revista de Processo*, n. 66, São Paulo, 1992, p. 72-78.

VILANOVA, Lourival. *As estruturas lógicas e o sistema do direito positivo*. 2ª ed. São Paulo: Max Limonad, 1997.

WARAT, Luis Alberto. *O direito e sua linguagem*. 2ª versão. 2ª ed. Porto Alegre: Fabris, 1995.