



**FUNDAÇÃO EDSON QUEIROZ  
UNIVERSIDADE DE FORTALEZA - UNIFOR  
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS – CCJ  
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO CONSTITUCIONAL**

**A PRESTAÇÃO JURISDICIONAL EFETIVA E EM TEMPO  
RAZOÁVEL COMO GARANTIA CONSTITUCIONAL NO  
ESTADO BRASILEIRO**

Cid Peixoto do Amaral Netto

Fortaleza - CE  
Março, 2010

CID PEIXOTO DO AMARAL NETTO

**A PRESTAÇÃO JURISDICIONAL EFETIVA E EM TEMPO  
RAZOÁVEL COMO GARANTIA CONSTITUCIONAL NO  
ESTADO BRASILEIRO**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito como requisito parcial para a obtenção do título de Mestre em Direito Constitucional, sob a orientação do Prof. Dr. Francisco Luciano Lima Rodrigues.

Fortaleza - CE  
2010

---

A485p Amaral Netto, Cid Peixoto do.

A prestação jurisdicional efetiva e em tempo razoável como garantia constitucional no estado brasileiro / Cid Peixoto do Amaral Netto. - 2010.  
101 f.

Dissertação (mestrado) – Universidade de Fortaleza, 2010.  
“Orientação: Prof. Dr. Francisco Luciano Lima Rodrigues.”

1. Poder Judiciário. 2. Direitos fundamentais. 3. Prestação judiciária.  
I. Título.

CDU 342.56

---

CID PEIXOTO DO AMARAL NETTO

**A PRESTAÇÃO JURISDICIONAL EFETIVA E EM TEMPO  
RAZOÁVEL COMO GARANTIA CONSTITUCIONAL NO  
ESTADO BRASILEIRO**

BANCA EXAMINADORA

---

Prof. Dr. Francisco Luciano Lima Rodrigues  
UNIFOR

---

Prof. Dr. Martônio Monte"Alverne Barreto Lima  
UNIFOR

---

Prof. Dr. Hugo de Brito Machado Segundo  
CHRISTUS

Dissertação aprovada em 30/03/2010

À minha companheira Marília,  
pelo incentivo, sempre presente,  
cheio de ternura, compreensão  
e apoio.

Às minhas filhas, Priscilla, Ingrid,  
Catharine e Maria Fernanda,  
razão de minha existência.

## AGRADECIMENTOS

A todo corpo docente e dos servidores do mestrado da Universidade de Fortaleza, pelo acolhimento e dedicação, bem como a todos os colegas por me permitirem uma convivência tão bela e proveitosa.

Aos meus amigos servidores da 3ª Vara Cível de Fortaleza, por me permitirem, todos os dias, um aprendizado em conjunto.

Ao meu orientador, Prof. Dr. Francisco Luciano Lima Rodrigues, pela aceitação do encargo e pelo engrandecimento que, penso, imprimiu a este trabalho.

Aos membros da banca examinadora pela disponibilidade do tempo empregado e dedicação espontânea.

## RESUMO

Esta pesquisa objetiva analisar a prestação jurisdicional efetiva, dentro de período razoável, tudo em razão de sua previsão constitucional. O trabalho recorre a adoção dos princípios e regras em uma visão de sua aplicabilidade positiva, avalia a desenvoltura do Poder Judiciário, em tudo observando uma interpretação especificamente constitucional. A análise dos direitos fundamentais é feita como instrumento constitucional para a obtenção de uma resposta rápida e segura do Poder Judiciário. A escola do ativismo judiciário como forma para a duração razoável do processo também é tratada, bem como as transformações legais e extra-legais necessárias para o alcance desses direitos fundamentais. Os métodos e inovações já introduzidas, inclusive com abordagem de mecanismos de ordem subjetiva também fazem parte do contexto.

Palavras-chave: Prestação jurisdicional. Poder Judiciário. Ativismo judiciário. Razoável duração do processo. Direitos fundamentais.

## ABSTRACT

This research objective is to assess the effective judicial rendering, within a reasonable period of time, according to its constitutional forecast. This thesis resorts to the adoption of principles and rules under the view of its positive applicability, appraises the resourcefulness of the Judicial Branch, in everything observing a specifically constitutional interpretation. The review of the fundamental rights is performed as a constitutional instrument for the attainment of a rapid and safe response from the Judicial Branch. The school of the judicial activism as a way of the reasonable duration is also examined as well as the legal and extralegal transformations needed to the achievement of such fundamental rights. Methods and innovations introduced before, including with the approach of mechanisms of subjective order are also discussed.

Keywords: Effective judicial rendering. Judicial Branch. Judicial activism. Reasonable duration. Fundamental rights.



# SUMÁRIO

INTRODUÇÃO .....	10
1 Dos princípios e regras .....	12
1.1 Da visão positivista acerca do conhecimento .....	12
1.2 Do papel tradicional do Poder Judiciário .....	14
1.3 Da distinção entre princípios e regras .....	18
1.4 Da interpretação especificamente constitucional.....	19
2 DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS.....	23
2.1 Da reserva do possível .....	31
2.3 Do mínimo essencial dos direitos fundamentais.....	35
2.4 Da duração razoável do processo como <i>status positivus libertatis</i> .....	39
3 DA DURAÇÃO RAZOÁVEL DO PROCESSO.....	48
3.2 Do ativismo judiciário como meio extralegal para a consecução da duração razoável do processo .....	57
3.2.1 A teoria de Alexy como limite ao ativismo judiciário.....	61
3.3 Métodos de defesa da duração razoável do processo .....	68
3.3.1 Informatização do processo judicial (Lei nº 11.419/2006) .....	69
3.3.2 Julgamento Antecipado da Lide – Art. 330 do Código de Processo Civil .....	71
3.3.3 Sentença Liminar de Mérito – Art. 285-A do Código de Processo Civil.....	72
3.3.4 Súmulas de Efeito Vinculante .....	74
3.3.5 Repercussão geral nos recursos extraordinários .....	77
3.3.6 Recursos especiais repetitivos .....	81
3.3.7 O Conselho Nacional de Justiça (CNJ) .....	83
3.3.8 Súmula impeditiva de recursos.....	84
3.3.9 Da audiência preliminar.....	85

3.3.10 Do princípio da cooperação como meio de proporcionar a solução do litígio.....	86
3.3.11 Reformas no Código de Processo Civil .....	91
CONSIDERAÇÕES FINAIS .....	93
REFERÊNCIAS.....	96

## INTRODUÇÃO

A escolha do tema deveu-se em razão da extrema importância que vem suscitando, nos últimos tempos, a questão da Razoável Duração do Processo, içada à categoria de direito e garantia fundamentais, no ano de 2004, com a Emenda Constitucional de nº 45.

O assunto, certamente polêmico, foi analisado de acordo com a Constituição Federal, bem como com a evolução jurisprudencial sobre a matéria, abordando, também, os aspectos mais relevantes sobre o tema no cenário internacional.

Recentemente, com a estipulação, por parte do Conselho Nacional de Justiça-CNJ, da Meta 2, que visava a identificar os processos judiciais mais antigos e a adotar medidas concretas para o julgamento deles, o assunto ganhou ainda mais notoriedade no meio acadêmico e no âmbito do Poder Judiciário, ressaltando sua importância e a necessidade de que seja mais bem debatido.

Decerto que são muitos os percalços que devem ser percorridos, a fim de que se tenha um processo em que se possa dizer que teve uma “duração razoável”. Isso decorre do fato de que até mesmo esse conceito é indefinido, sendo carregado de subjetivismo, como se analisará no presente trabalho.

Antes, contudo, faz-se necessário o estudo acerca do conhecimento científico, abordando questões essenciais ao correto trilhar do estudo que aqui se propôs, não se devendo ultrapassar etapas aligeiramente, sob pena do comprometimento da conclusão a que se deseja alcançar.

Superada essa etapa de prolegômenos, passa-se ao estudo do Direito Constitucional, abordando questões relativas aos princípios e regras, bem como aos direitos e garantias fundamentais propriamente ditos, concluindo-se ser a duração razoável do processo um dos direitos insertos nessa categoria.

Por fim, passa-se ao objeto específico desta pesquisa, avaliando questões afeitas à aplicação de princípios da Constituição Federal ao Processo Civil, abordando os meios de defesa a essa propalada duração razoável do processo.

A fim de obter-se uma pesquisa conclusiva, nos moldes aqui delineados, faz-se necessária a utilização de diversos meios de consulta, tendo como base a doutrina especializada no assunto, incluindo aí bibliografia internacional, tendo em vista a grande necessidade de descer na matéria, isso sem menosprezar as outras fontes de estudo, como o ordenamento jurídico pátrio e de outras nações, bem como a jurisprudência, tanto nacional quanto alienígena.

# 1 DOS PRINCÍPIOS E REGRAS

## 1.1 Da visão positivista acerca do conhecimento

Para o positivismo, as teorias científicas não contêm, explícita ou implicitamente, qualquer traço de ideologia.<sup>1</sup> Assim, a ciência, tanto no seu processo de construção quanto em sua aplicação prática, seria um sistema completamente neutro de captação e de descrição. – mas não de explicitação e muito menos de crítica. Segundo essa corrente de pensamento, portanto, “o melhor cientista seria a máquina, incapaz de pensar, mas com ótimo desempenho técnico, e tanto mais quanto mais sofisticados forem os seus instrumentos de formalização, das lógicas à linguagem matemática.”<sup>2</sup> Em síntese, esse é o mito positivista da neutralidade científica absoluta.

Apesar de sua aparente pureza e objetividade, o positivismo “é uma doutrina impregnada de juízos de valor e forte carga ideológica que se traduz na crença de que a ciência é o único caminho eficaz para a solução dos problemas humanos<sup>3</sup>”. Agostinho Ramalho Marques Neto, ainda criticando essa corrente filosófica, conclui que, conquanto se pretenda romper com toda metafísica, “o positivismo, ao privilegiar o objeto em detrimento do sujeito, separa o que não pode ser separado na relação cognitiva, e assume, dessa maneira, uma posição essencialmente metafísica.”<sup>4</sup>

Trazendo o positivismo para o âmbito jurídico, a ciência de Hans Kelsen

---

<sup>1</sup> Em um sentido mais geral, pode-se entender ideologia como o “sistema de idéias (crenças, tradições, princípios e mitos) interdependentes, sustentadas por um grupo social de qualquer natureza ou dimensão, as quais refletem, racionalizam e defendem os próprios interesses e compromissos institucionais, sejam estes morais, religiosos, políticos ou econômicos”. HOUAISS, Antônio *et al.* (Ed.). **Dicionário eletrônico Houaiss da língua portuguesa**. Rio de Janeiro: Objetiva, 2002, CD-ROM.

<sup>2</sup> CARDOZO, Miriam Limoeiro. **O mito do método**. Rio de Janeiro: PUC, 1971, mimeografado, p. 21 apud MARQUES NETO, Agostinho Ramalho. **A ciência do direito: conceito, objeto e método**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 56-57.

<sup>3</sup> *Ibid.*, 2001, p. 57.

<sup>4</sup> *Ibid.*, 2001, p. 57-58. Sobre a relação sujeito/objeto, cf. item 2 do presente trabalho.

pretendeu ser neutra aos valores, constituindo a sua posição uma das mais radicais. A Teoria Pura do Direito, segundo ele,

Quando a si própria se designa como 'pura' teoria do Direito, isto significa que ela se propõe garantir um conhecimento apenas dirigido ao Direito e excluir deste conhecimento tudo quanto não pertença ao seu objeto, tudo quando não se possa, rigorosamente, determinar como Direito. Quer isto dizer que ela pretende libertar a ciência jurídica de todos os elementos que lhe são estranhos. Esse é o seu princípio metodológico fundamental.<sup>5</sup>

Em contrapartida, Arnaldo Vasconcelos faz duras críticas à pretensão de neutralidade de Hans Kelsen, quando este, renegando a justiça, afirma ser ela um valor completamente relativo e subjetivo:

A outra versão do positivismo [...], a teoria pura do Direito, padece de uma falha insanável, decorrente de seu exacerbado formalismo, que a compromete definitivamente tocante à sua configuração político-ideológica. [...] A resposta do que seja justiça, que nos oferece Kelsen, é tanto mais decepcionante quanto proveniente de um jurista de seu porte intelectual, cujo saber enciclopédico o alçou a condição de figura representativa de todo um século. Ao visualizar a justiça por um ângulo estritamente pessoal e, a esse nível, degradá-la à condição de guardião de sua pessoa liberdade científica, Kelsen desmerece seu prestígio de jurista e a si próprio.<sup>6</sup>

Igualmente contrário à pretensão de neutralidade na ciência, Agostinho Ramalho Marques Neto leciona que “o conhecimento científico, por ser produto de um trabalho de construção ao nível de teoria, não pode deixar de ser condicionado pelos valores e pela ideologia dominantes no momento histórico concreto em que é elaborado.”<sup>7</sup> Karl Popper “[...] qualifica de praticamente impossível a preocupação de banir valores extracientíficos da pesquisa da ciência.”<sup>8</sup>

Dessa maneira, não se deve olvidar de que as ciências são produzidas dentro de condições socioculturais concretas, das quais nem mesmo o cientista consegue alienar-se, e cujo sistema de valores necessariamente influi na elaboração do conhecimento científico. Ademais, como lembra Agostinho Ramalho Marques Neto,

fazer ciência implica numa imensa responsabilidade social, pois o cientista não deve ser indiferente às conseqüências que seu trabalho intelectual

<sup>5</sup> KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Tradução de João Baptista Machado. 6. ed. São Paulo: 1998, p. 1.

<sup>6</sup> VASCONCELOS, Arnaldo. Notas dialéticas sobre direito e justiça. **Pensar**: Revista do. Curso de Direito da Unifor, Fortaleza, v. 6, p. 33-46, fev. 2001, p. 39-40.

<sup>7</sup> MARQUES NETO, Agostinho Ramalho. **A ciência do direito**: conceito, objeto e método. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 58.

<sup>8</sup> PAUPÉRIO, Artur Machado. **Introdução axiológica ao direito**: apêndice à Introdução à ciência do direito. Rio de Janeiro: Forense, 1977, p. 22.

possa trazer para a sociedade. Tudo isso nos autoriza a afirmar que o cientista não é, não pode ser e não deve ser absolutamente neutro, pois a neutralidade absoluta é incompatível com o trabalho científico.<sup>9</sup>

Aliás, apontando para as ciências humanas, Machado Paupério afirma que “Nos campos em que o valor se impõe, adquirem importância ímpar a Moral, a Política e o Direito, que são disciplinas tipicamente axiológicas.”<sup>10</sup> Para esse autor, entre as ciências do ser e do dever ser, “há um salto intransponível que faz com que seja impossível obter conclusões diretivas de premissas meramente descritivas. E a Moral, a Política e o Direito não podem prescindir de uma direção prática.”<sup>11</sup>

Machado Paupério infere, desse modo, que “o cientista não pode ser neutro aos valores. O amor à verdade não pode ser simples metáfora. Sem paixão a ciência não progride.”<sup>12</sup> Para arrematar, Theodor Adorno bem explica a impossibilidade de uma ciência sem a influência dos valores: “a *objetividade e a neutralidade axiológica constituem em si valores*. E como a neutralidade axiológica é em si mesma um valor, a exigência de uma total ausência de valores, de uma completa neutralidade valorativa é paradoxal.”<sup>13</sup> Assim, fica evidente que o enfoque positivista não é suficiente para a solução das questões atuais que se apresentam aos operadores do Direito, de forte cunho principiológico, muitas vezes sem normas-regras a elas atinentes, demandando uma visão principiológica do Direito.

## 1.2 Do papel tradicional do Poder Judiciário

Não obstante ter sido demonstrado acima que a neutralidade positivista não é adequada para o estágio atual da Ciência Jurídica, insta, para aperfeiçoamento do raciocínio jurídico, demonstrar-se o papel tradicional do Judiciário, o que permitiria entender-se a grande importância que hoje assume o princípio da duração razoável do processo.

Durante a Idade Média, havia uma pluralidade de ordenamentos sociais, dado que, havendo grupos sociais diversos, cada qual possuía seu próprio ordenamento jurídico, de modo que o Direito não era obra da atuação estatal, mas exsurgia do

<sup>9</sup> MARQUES NETO, Agostinho Ramalho, op. cit., 2001, p. 59.

<sup>10</sup> PAUPÉRIO, Artur Machado, op. cit., 1977, p. 17.

<sup>11</sup> PAUPÉRIO, Artur Machado, op. cit., 1977, p. 17.

<sup>12</sup> Ibid., 1977, p. 22.

<sup>13</sup> ADORNO, Theodor. *La disputa del positivismo en la sociología alemana*. Barcelona: Grijalbo, 1973, p. 111 apud Ibid., 1977, p. 22.

próprio seio social, de modo que o juiz, quando da solução das controvérsias, podia se valer de critérios os mais variados, como o costume, a equidade e o próprio caso em comento.<sup>14</sup> Claramente, sem a existência de uma regra clara a ser seguida, a saber, a lei, o arbítrio do magistrado desempenhava papel proeminente em seu mister decisório.

Com o surgimento do Estado moderno, entretanto, arvorou-se este como centro principal de produção das normas jurídicas, pretendendo-se, aliás, ser o único ente do qual emanariam normas jurídicas, desconsiderando-se, inclusive, os costumes. Aí, pois, as origens do fetichismo legal: o processo de consolidação da autoridade estatal, que atuou em todas as direções possíveis. A concepção positivista, que considera como Direito apenas aquele emanado pelo Estado, diga-se, por oportuno, ao defender tal situação, confunde os critérios de Direito e Estado. De todo modo, com o fenômeno estatal, o Juiz se reveste da qualidade de titular de uma das funções do poder, a Judiciária, e se vincula, inicialmente, à literalidade da lei.

A aplicação, pelo magistrado, nesse momento histórico, de outras fontes do Direito que não a lei, se encontrava subordinada à própria vontade da lei. Quer dizer, aplicavam-se os costumes e a equidade por estas estarem expressamente previstas na legislação. Como bem pontua Norberto Bobbio,

com a formação do Estado moderno é subtraída ao juiz a faculdade de obter as normas a aplicar na resolução das controvérsias por normas sociais e se lhe impõe a obrigação de aplicar apenas as normas postas pelo Estado, que se torna, assim, o único criador do direito.<sup>15</sup>

Repita-se, pois, que na concepção positivista dominante após o surgimento do Estado moderno, ao magistrado era dada apenas a possibilidade de aplicação da lei, sem poder legislar. Assim se manifestou Montesquieu:

Também não haverá liberdade se o poder de julgar não estiver separado do poder legislativo e do executivo. Se o poder executivo estiver unido ao poder legislativo, o poder sobre a vida e a liberdade dos cidadãos seria arbitrário, pois o juiz seria o legislador. E se estiver ligado ao poder executivo, o juiz poderia ter a força de um opressor. Tudo então estaria perdido se o mesmo homem, ou o mesmo corpo dos principais, ou dos nobres, ou do povo, exercesse estes três poderes: o de

<sup>14</sup> BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico**: lições de Filosofia do Direito. São Paulo: Ícone, 1995, p. 27-28.

<sup>15</sup> Ibid., 1995, p. 29.



criar as leis, o de executar as resoluções públicas e o de julgar os crimes e as querelas dos particulares.<sup>16</sup>

Essa visão de Montesquieu foi adotada pela Revolução Francesa, que impregnada do liberalismo e de um racionalismo exacerbado, elevou a lei a uma situação, em que era tida como perfeita e acabada, por emanar do Poder Legislativo, de forma que só deveria ser interpretada literalmente. Assim, “em torno da lei, então acolhida como a norma jurídica por excelência, erigem-se altares, onde nem sempre, é bem verdade, se entroniza a justiça ou se incensa a real liberdade. Até o sentido é, ali, sacrificado à sua letra.”<sup>17</sup>

Essa interpretação denomina-se literal, sendo aplicada pela escola da exegese, que envolve em um fetichismo legal extremado, com base em uma interpretação rígida da separação de poderes, restringia de forma absoluta a atividade do juiz-intérprete.

Já o sistema histórico-evolutivo considerava “a lei como uma realidade histórica, e não como a projeção de uma regra da razão pura. Assim, a lei deveria seguir o fluxo do tempo”<sup>18</sup>, sendo atualizadora da vontade da lei. Todavia, esta encontra limites, especialmente, na necessidade de segurança jurídica.

François Géný<sup>19</sup>, na França, desenvolveu o sistema da livre investigação científica do Direito, segundo o qual o juiz deve buscar a vontade da lei. Não se encontrando a solução na lei, haveria a lacuna, que deveria ser preenchida pela analogia e, depois, pelo costume. Sem encontrar a solução, o magistrado, então, deveria criar, a partir de uma livre investigação científica do Direito, a norma a ser aplicada no caso concreto, sem comprometer, todavia, a coerência do ordenamento jurídico. A lei se mantinha como a grande baliza a ser seguida.

Quanto à Escola do Direito Livre, defendia Erlich que, em havendo uma lacuna na lei, o magistrado poderia “criar a norma concreta sem recorrer necessariamente à interpretação extensiva ou à analogia”<sup>20</sup>, representando a ala moderada. Representando a ala radical, dizia Hermann Kantarowicz, que se apresentava como

---

<sup>16</sup>MONSTESQUIEU. **Do espírito das leis**. São Paulo: Martin Claret, 2004, p. 166.

<sup>17</sup>FALCÃO, Raimundo Bezerra. **Hermenêutica**. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 156.

<sup>18</sup>MAGALHÃES FILHO, Glauco Barreira. **Hermenêutica jurídica clássica**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002, p. 65.

<sup>19</sup>GÉNY, François. *Méthode d'Interprétation* *apud* MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e aplicação do direito**. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995, p. 185.

<sup>20</sup>MAGALHÃES FILHO, Glauco Barreira, op. cit., 2002, p. 69.

Gnaeus Flavius, que a lei deveria ser aplicada pelo magistrado apenas se justa;

se a lei fosse, em sentido mais evidente, injusta, o aplicador procuraria uma interpretação que pudesse conciliá-la com o socialmente justo. Se isso não fosse possível, o juiz afastaria a lei e construiria para o caso uma norma entendida como justa, segundo critérios da consciência e da ciência.<sup>21</sup>

Essa ala de Kantorowicz é conhecida como Escola do Direito Justo e, embora suas boas intenções, ela abre espaço para o domínio do arbítrio judicial, já que a lei pode ser afastada consoante as convicções pessoais do intérprete do que venha a ser justo. A inexistência de critérios outros que não a subjetividade do Magistrado relega à lei papel secundário na solução de uma lide, sendo perigoso critério hermenêutico, o qual, inclusive, serviu de fundamento ao nazismo.

Desafortunadamente, o método hermenêutico clássico não se ocupa das questões constitucionais, mesmo porque não tratam da distinção entre regras e princípios, sem enfrentar as questões especificamente constitucionais sob uma ótica distinta daquela aplicada às leis em geral. Nisto, avulta a importância da Tópica, que, como método de solução de problemas (e não tanto de interpretação), demonstrou a possibilidade de mais de uma solução possível para um determinado caso.

A Tópica, sistematizada por Viehweg, e conhecida como Jurisprudência Problemática, parte do fato de que em uma discussão acerca de um caso concreto, cada parte apresenta um *topos*, que são os pontos de partida teóricos, e, conforme o poder persuasivo de cada um, eleger-se-ia a parte vencedora. Ocorre que os *topoi* eram de escolha livre dos intérpretes, que assim punham o problema em primeiro lugar, tornando a norma e o sistema meros pontos de vista (*topoi*), assim como o faz com os métodos hermenêuticos clássicos. A Constituição é, assim, o campo ideal da Tópica, na medida em que se constitui em uma estrutura aberta e seus valores pluralistas implicam um teor de indeterminação.<sup>22</sup> Nisto, importa dizer que:

A invasão da Constituição formal pelos topoi e a conversão dos princípios constitucionais e das próprias bases da Constituição em pontos de vista à livre disposição do intérprete, de certo modo enfraquece o caráter normativo dos sobreditos princípios, ou seja, a sua juridicidade. A Constituição, que já é parcialmente política, se torna por natureza politizada ao máximo com a

---

<sup>21</sup>Ibid., 2002, p. 69.

<sup>22</sup>BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 1999, p. 452.

metodologia dos problemas concretos, decorrentes da aplicação da hermenêutica tópica.<sup>23</sup>

Apoiando-se no consenso e partindo de uma compreensão prévia do problema e da Constituição<sup>24</sup>, a Tópica serve de base para os métodos de interpretação especificamente constitucional, que, de uma forma ou outra, a utilizam. Essa possibilidade de existência de mais de uma solução possível em um caso determinado torna possível justificar a solução do conflito entre princípios de modo diverso do que ocorreria no conflito entre regras.

### 1.3 Da distinção entre princípios e regras

A expansão do objeto de estudo da Teoria do Direito da norma para o ordenamento jurídico acarretou a inclusão no conceito de norma dos princípios, nos quais se incluem os direitos fundamentais<sup>25</sup>, e, entre estes, o da duração razoável do processo.

A adequada compreensão do papel dos direitos fundamentais, da forma particular pela qual se resolvem conflitos em que há colisão entre os mesmos e seus limites, não poderia ser feita através da concepção clássica de normas-regras, sendo fundamental a distinção entre princípios e regras para a Teoria dos Direitos Fundamentais.<sup>26</sup>

Impõe-se, portanto, que se proceda a uma distinção entre o que venham a ser as normas-regras e as normas-princípio, do que se socorrerá da lição de Canotilho,<sup>27</sup> a partir da qual se podem distinguir os princípios das regras a partir de critérios bem definidos, a saber: o grau de abstração; o grau de determinabilidade; o caráter de fundamentalidade; a proximidade da ideia de direito; e a natureza normogénica.

Consoante o primeiro dos critérios elencados, os princípios seriam dotados de um grau de abstração elevado, ainda que relativamente, ao passo que as regras seriam normas de um jaez mais concreto. É evidente, de *per si*, que apenas este

---

<sup>23</sup>Ibid., 1999, p. 453.

<sup>24</sup>Ibid., 1999, p. 453.

<sup>25</sup>GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Processo constitucional**. São Paulo: RCS, 2005, p. 54.

<sup>26</sup>ALEXY, Robert. **Teoria de los derechos fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Políticos e Constitucionales, 2002, p. 81.

<sup>27</sup>CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 3. ed. Coimbra: Almedina, 1999, p. 1086-1087.

critério seria insuficiente para distinguir as espécies de normas, tendo em vista a possibilidade de regras genéricas. Já o grau de determinabilidade implica dizer que os princípios não são aplicáveis diretamente, dependendo da atuação do juiz ou do legislador, que exercem, assim, o papel de mediação concretizadora; as regras, por sua vez, são diretamente aplicáveis.

O caráter de fundamentalidade diz respeito ao fato de que os princípios se encontram em uma posição hierárquica superior à das regras no ordenamento jurídico, tendo ainda importância estruturante. Já quanto à proximidade da ideia de direito, “os *princípio* são <<standards>> juridicamente vinculante radicados nas exigências de <<justiça>> (Dworkin) ou na <<ideia de direito>> (Larenz); as regras podem ser normas vinculativas com um conteúdo meramente funcional.”<sup>28</sup> Finalmente, os princípios, por constituírem a razão das regras jurídicas, sendo-lhes o fundamento, possuem uma função normogênica.

Há, ainda, uma importante distinção entre normas-regras e normas-princípios, no que atine ao conflito entre normas da mesma espécie. É que as regras atendem a uma lógica de tudo ou nada: havendo conflito entre regras, em um dado caso concreto, uma delas é afastada para que outra possa ser aplicada, prevalecendo. Já os princípios, na qualidade de *standards* (mandados de otimização, para Alexy), atendem a uma lógica de harmonização, segundo a qual, em caso de conflito, deve-se procurar a interpretação que prestigie o máximo possível ambos os princípios. Evidentemente, neste caso, um deles haverá que prevalecer; o outro, porém, não restará aniquilado naquele caso, mas será aproveitado o máximo possível. Em outras palavras, as regras operam em uma relação de tudo ou nada: ou a regra é aplicável a determinados fatos, ou não é. Já os princípios comportam a ponderação em um determinado caso concreto, evitando a relação de tudo ou nada.

#### **1.4 Da interpretação especificamente constitucional**

Partindo da ideia de Gadamer, de que é particular aos profanos imaginar ser a aplicação da lei a um determinado caso um processo lógico de subsunção do geral ao particular<sup>29</sup>, mera reprodução da vontade do legislador, faz-se preciso uma

---

<sup>28</sup>Ibid., 1999, p. 1086.

<sup>29</sup>SILVA, Kelly Susane Alfien da. **Hermenêutica jurídica e concretização judicial**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2000, p. 350.

interpretação que atenda às exigências de uma ordem jurídica dinâmica, que se molda aos fatos concretos que vão se descortinando com o passar do tempo, exigindo assim uma interpretação mais afeita à valorização dos princípios, especialmente os constitucionais, base de todo o sistema jurídico, sem o que não seria possível um correto entendimento do princípio da duração razoável do processo.

Evidentemente, tal modalidade de interpretação só se faz necessária quando são insuficientes os cânones da hermenêutica clássica, já abordados. Em matéria de cunho constitucional, mormente direitos fundamentais, em que as decisões de um determinado caso concreto podem ter grande repercussão, ainda que como precedentes, os critérios tradicionais normalmente se mostram insuficientes, dado que os mesmos, segundo a opinião de Fábio Konder Comparato<sup>30</sup>, assentam-se em bases privatísticas e, assim, é possível que não se obtenha uma interpretação conforme a Constituição, “que é uma interpretação de acordo com as opções valorativas básicas, expressas no texto constitucional.”<sup>31</sup> Aliás, o próprio reconhecimento dos princípios, enquanto espécies normativas próprias, torna evidente a superação do paradigma meramente privatístico.

Daí, faz-se preciso observar a questão da concretização desse tipo de normas constitucionais, dado que “estas somente ganham um conteúdo básico ou princípio fundamental por uma das decisões jurisdicionais”<sup>32</sup>, do que se deve destacar a posição hermenêutica concretizadora de Konrad Hesse, sendo usados os critérios hermenêuticos por ele expostos em larga escala pelos estudiosos brasileiros e lusitanos.

Hesse, em seu método hermenêutico, prevê a resolução dos problemas interpretativos a partir daquilo que denominou de princípios da interpretação constitucional, sendo o primeiro deles o da unidade da Constituição. De acordo com este critério, as normas constitucionais devem ser interpretadas de tal forma que se evitem contradições umas com as outras, pois “somente uma tal resolução do problema corresponde a esse princípio, que se mantém em consonância com as decisões fundamentais da Constituição e se preserva da restrição unilateral a

---

<sup>30</sup>COMPARATO, Fábio Konder. **Direito público** - Estudos e pareceres. São Paulo: Saraiva, 1996.

<sup>31</sup>Ibid., 1996, p. 74.

<sup>32</sup>SILVA, Kelly Susane Alfien da, op. cit., 2000, p. 355.

aspectos parciais.”<sup>33</sup> Toda norma constitucional, pois, deve ser interpretada como parte de um sistema unitário, coeso e coerente.

Na sequência, Hesse aponta o princípio da concordância prática, que se traduz na necessidade de que, em caso de colisão, bens jurídicos constitucionalmente protegidos não devem ser sacrificados uns em detrimento de outros, e sim coordenados, de forma a terem eficácia ótima. Para tanto, são traçados limites a cada um deles, devendo ser proporcionais e limitados ao necessário para haver concordância entre os bens jurídicos. Evidentemente, algum (ou alguns) dos bens deve ser sacrificado, porém, ele não pode o ser de tal forma que desapareça, havendo que manter um mínimo de eficácia, a qual, na situação dada, deve ser a maior possível, pelo que o acerto da referência à eficácia “ótima”.

Hesse se refere, também, ao princípio da exatidão funcional, pelo qual o intérprete não pode exceder de suas funções constitucionalmente atribuídas, se pelo modo ou resultado de sua interpretação. Tratando especificamente da Corte Constitucional alemã, defende que a função de controle que este possui perante o Legislativo não pode redundar em uma interpretação que conduzisse “a uma limitação da liberdade conformadora do legislador mais além dos limites traçados pela Constituição ou a uma configuração por meio do tribunal mesmo.”<sup>34</sup> A interpretação constitucional, portanto, não pode subverter a separação de poderes previamente estabelecida no texto constitucional.

Quanto ao princípio do efeito integrador, diz este respeito à busca de uma solução que prestigie a unidade política da Constituição, ao passo que o da força normativa da Constituição, em atenção à atualização desta conforme o contexto histórico, prima pela interpretação que confira uma força de efeito ótima às normas constitucionais a partir desta perspectiva.

O método de Hesse é diametralmente oposto ao método tópico, já que a hermenêutica concretizadora parte da norma constitucional para a solução do problema, tendo aquela em primazia, pois “a interpretação jurídica tem caráter criador: o conteúdo da norma interpretada conclui-se primeiro na interpretação;

---

<sup>33</sup> HESSE, Konrad. **Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha**. Tradução de Luis Afonso Heck. 20. ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1998, p. 65.

<sup>34</sup> *Ibid.*, 1998, p. 67.

naturalmente, ela tem também somente nesse aspecto caráter criador: a atividade interpretativa permanece vinculada à norma”,<sup>35</sup> na Tópica, contudo, o intérprete parte do problema em direção à norma, o que poderia gerar um casuísmo sem limites.<sup>36</sup> Esses casuísmos, aliás, encontram-se na base de um dos grandes problemas a atingir hoje a hermenêutica jurídica: a questão de impor limites ao poder do Juiz de interpretar a Constituição, sob pena de desnaturar a separação de poderes, convertendo o Judiciário em espécie de Legislativo.

De todo modo, os novos métodos hermenêuticos se distinguem bastante da hermenêutica clássica, na medida em que se apoiam na ideia da supremacia dos princípios sobre as regras, enquanto as antigas concepções teóricas se utilizavam apenas da ideia de regra.

---

<sup>35</sup>Ibid., 1998, p. 61.

<sup>36</sup>CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 3. ed. Coimbra: Almedina, 1999, p. 1137.

## 2 DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Para se saber o que vêm a ser direitos fundamentais, deve-se buscar entender o que leva certos direitos a obterem tal classificação. Esta questão é recorrente, atingindo inclusive a doutrina estrangeira. Chegando à resposta, pode-se dizer com elevado grau de certeza que se estará diante do próprio conceito que se busca.

As respostas a tal questionamento são as mais variadas possíveis, passando desde a noção de serem direitos de maior importância, até simplesmente a alegação de serem aqueles assim elencados em determinado ordenamento jurídico. Em ambos os casos, nada explica o motivo de terem esta importância nem de serem positivados em determinada Constituição.

Os primeiros direitos fundamentais são aqueles que limitam a própria potestade estatal, conformando-a, de modo que devem ser observados pelo Estado. Assim, por exemplo, o direito fundamental à liberdade impede que o Estado detenha arbitrariamente as pessoas, e o direito fundamental à saúde exige que o Estado atue neste campo, sendo os exemplos os mais variados.

Por serem um limitador do Estado, os direitos fundamentais não precisam, necessariamente, vir positivados, bastando que possam ser percebidos pela própria estrutura estatal. Aliás, considerando-se que a busca do bem comum é um caracterizador do Estado, tem-se que os Estados que não se encontram conformados por direitos fundamentais não são merecedores, a rigor, desta nomenclatura. Sobre este conceito de direitos fundamentais, a doutrina norte-americana assim se manifesta:

Assim, a própria idéia de revisão judicial tem suas origens e bases na doutrina de que há certos direitos fundamentais os quais nenhuma lei pode propor ou tentar contrariar. Antes da Declaração de Direitos ser aplicável como limites aos Estados, a Suprema Corte usava conceitos de direito natural ou a idéia de uma 'lei maior' como depositária de direitos fundamentais os quais limitava o poder dos Estados. Assim, por exemplo, a Corte disse, em 1874, em *Loan Association v. Topeka*: Deve-se afirmar que



há... direitos em todo governo livre além do controle do Estado. Há limitações sobre poder [governamental] que surgem da natureza essencial de todos os governos livres. Reservas implícitas de direitos individuais, sem os quais o pacto social não existiria, e as quais são respeitadas por todos os governos dignos do nome.

Ainda que estas limitações possam não ser encontradas em constituições escritas, não deixam de estar existindo, vinculando todos os ramos do governo, e serem aplicáveis pelas cortes.<sup>1</sup>

Essa ideia de direitos fundamentais como limitadores do poder estatal tem suas origens no constitucionalismo liberal do século XVIII, cujo receituário trazia em seu bojo a necessidade de impor limites ao Estado. A rigor, tratava-se de uma luta contra o absolutismo que emergira do surgimento dos Estados nacionais, os quais não tinham quaisquer limites que não a vontade do soberano. Junto àquela ideia, defendiam os liberais o dogma da separação de poderes; ambas, em conjunto, compunham o conceito ideal de Constituição do Estado burguês de Direito.

Se se admitir como correto o que se expôs em *Loan Association v Topeka*, os direitos fundamentais pré-existiriam ao Estado, e que devem ser reconhecidos e protegidos por este, de forma que atuam como limite externo ao seu poder. A doutrina inclusive chegou a afirmar que

no Estado burguês de Direito são direitos fundamentais somente aqueles que podem valer como anteriores e superiores ao Estado, aqueles que o Estado, não é que os outorgue com base em suas leis, senão que reconhece e protege como dados antes que ele, e não os que apenas cabe penetrar em uma quantia mensurável em princípio, e somente dentro de um procedimento regulado.<sup>2</sup>

<sup>1</sup> "Thus, the very idea of judicial review has its origin and basis in the doctrine that there are certain fundamental rights which no law may purport or attempt to contravene. Before the Bill of Rights was held applicable as limitation on the States, the Supreme Court used natural law concepts or the idea of a "higher law" as depositary of fundamental rights which limited the powers of States. Thus, e.g., the Court in 1874 in *Loan Association v. Topeka* said: It must be conceded that there are... rights in every free government beyond the control of the State. there are limitations on [governmental] power which grow out of the essential nature of all free governments. Implied reservations of individual rights, without which the social compact could not exist, and which are respected by all governments entitled to the name. "Though the limitations may not be found in written constitutions, they are nonetheless in existence, are binding upon all branches of government, and are enforceable by the courts.) p. 145, Konvitz, Milton R. *Fundamental Rights: History of a Constitutional Doctrine*. New Brunswick: Transaction Publishers, 2001, p. 145."

<sup>2</sup> SCHMITT, Carl. **Teoría de la constitución**. Presentación de Francisco Ayala. Epílogo de Manuel García-Pelayo. Versión española de Francisco Ayala. [S.l.]: Alianza Editorial, [s.d.], p. 169: "[...] en el Estado burgués de Derecho son derechos fundamentales sólo aquellos que pueden valer como anteriores y superiores al Estado, aquellos que el Estado, no es que otorgue con arreglo a sus leyes, sino que reconoce y protege como dados antes que él, y en los que sólo cabe penetrar en una cuantía mensurable en principio, y sólo dentro de un procedimiento regulado."

Como limite interno ao poder estatal, pode-se identificar a separação de poderes,

a qual está intrinsecamente ligada aos direitos fundamentais, porque a separação de poderes é a garantia orgânica dos direitos fundamentais. Onde não há separação de poderes, não há garantia de que o exercício dos direitos fundamentais será respeitado e protegido pelo Estado.<sup>3</sup>

Esse modelo de Estado, orientado pela limitação interna da separação dos poderes e externa dos direitos fundamentais, convencionou-se denominar de Estado de Direito, expressão de origem alemã que designa o típico Estado continental europeu do século XIX. Em que pese essa designação genérica, Canotilho oferece quatro espécies particulares, bem definidas, de Estados de Direito, a saber, o inglês, o norte-americano, o francês e o alemão.<sup>4</sup>

O modelo de Estado de Direito britânico se assenta na ideia do *rule of the law*, que abrange quatro ideias distintas. A primeira seria “a obrigatoriedade de um *processo justo* legalmente regulado quando se torna necessário julgar e punir os cidadãos, privando-os da sua liberdade ou propriedade.”<sup>5</sup> A segunda ideia está na supremacia da lei e dos costumes à discricionariedade do poder real, sendo a terceira a sujeição dos atos do Executivo ao Parlamento. A última ideia está no direito e igualdade que desfruta qualquer indivíduo para acessar as Cortes de Justiça no intuito de defender direitos seus, consoante o direito comum, perante qualquer ente público ou privado.

No caso dos Estados Unidos, acresceram-se outras noções à ideia inglesa de *rule of the law*. Pressupunha-se no Estado constitucional o poder constituinte do povo, que através deste criaria uma lei superior - a Constituição -, que traz em seu seio o esquema básico de governo e seus limites. Importa, no esquema norte-americano, que o poder seja legitimado, sendo insuficiente se dizer que este é representativo, de modo a ser preciso fazer com que sejam claras as razões do governo. Portanto, “o <<governo que se aceita>> ou <<está justificado>> será apenas o *governo subordinado a leis* transportadoras de princípios e regras do direito, de natureza duradoura e vinculativa, explicitados na constituição.”<sup>6</sup> A fórmula

<sup>3</sup>STEINMETZ, Wilson. **A vinculação dos particulares a direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 68-69.

<sup>4</sup>CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Estado de direito**. Lisboa: Fundação Mário Soares, [s.d.], p. 24.

<sup>5</sup>Ibid., [s.d.], p. 24.

<sup>6</sup>Ibid., [s.d.], p. 25.

norte-americana contempla ainda a noção de que os tribunais exercem a justiça em nome do povo, podendo acessar diretamente a Constituição, considerando nulas as leis que entendam contrárias a esta.

A França, com seu *État légal*, assentou a ideia da necessidade de feitura da constituição pela Nação, através de seus representantes, para que haja um Estado de Direito. Consoante o ideário francês, era preciso que a lei constitucional superior dispusesse sobre a separação de poderes, organizando o poder político, e contivesse uma declaração de direitos, sem o qual aquela sociedade não teria verdadeiramente uma Constituição. Esta noção tornou-se dominante, de modo que todo Estado constitucional traz em sua lei maior regras atinentes à separação de poderes e a direitos fundamentais.

Por fim, Canotilho expõe o *Rechtsstaat* alemão, que popularizou a expressão “Estado de Direito”. A fórmula germânica traz elementos das formas anteriormente expostas, porém acrescentando a ideia de vinculação jurídica do Estado à autonomia individual. Nesse sentido, o Estado de Direito deve ser liberal, possuindo limites, sem regular todas as esferas da vida dos súditos, buscando apenas a defesa da ordem e segurança públicas. Sobre o *Rechtsstaat*, Canotilho ainda pontua que

os direitos fundamentais liberais - a liberdade e a propriedade - decorriam do respeito de uma *esfera de liberdade individual* e não de uma declaração de limites fixada pela vontade política da nação. Compreende-se, assim, que qualquer intervenção autoritária sobre os dois direitos básicos - liberdade e propriedade - estivesse submetida à existência de uma lei do parlamento.<sup>7</sup>

Bastante perceptível, pois, que além da separação de poderes e dos direitos fundamentais, outro traço característico do Estado de Direito (como gênero, e não apenas como a espécie alemã) era o princípio da legalidade. Este, sim, era o principal caracterizador do Estado de Direito, na medida em que a supremacia da Lei sobre a Administração implicava que tanto a separação de poderes quanto os direitos fundamentais ficavam dependentes do comando normativo expedido pelo Legislativo. Quer dizer,

no marco do Estado de Direito, a lei era concebida como instrumento de garantia dos direitos individuais. Os direitos inclusos nos documentos constitucionais, como limites ao poder do Estado, não operava direta e

---

<sup>7</sup> Ibid., [s.d.], p. 27.

imediatamente; não se lhes atribuía consistência jurídica autônoma; eram concebidos mais como diretrizes ou pauta políticas e menos como normas jurídicas vinculantes. Os direitos fundamentais produziam eficácia jurídica mediante lei.<sup>8</sup>

Discorrendo acerca dos Estados Unidos, Canotilho lembra que tanto na Declaração de Direitos da Virgínia, de 1776, quanto na Declaração de Independência, os norte-americanos colocaram os direitos e liberdades individuais antes e sobre o direito legislado. Desta maneira, “na qualidade de patrimônio subjetivo indisponível pelo poder, são os direitos e liberdades que limitam a lei, não é a lei que cria e dispõe dos direitos fundamentais”<sup>9</sup>, com os tribunais desaplicando as leis que violem aqueles direitos fundamentais constitucionalmente garantidos.

Nos Estados europeus continentais, porém, as declarações de direito ficaram relegadas ao plano de exortações filosóficas, muitas vezes de elevadíssima abstração, muito embora se dissesse que só havia verdadeiramente Constituição onde houvesse tais declarações. Efetivamente, estas precisavam ser concretizadas pelo legislador, não valendo de *per si*. Quer dizer, os direitos fundamentais elencados em tais declarações não poderiam ser invocados por um indivíduo, do ponto de vista jurídico, enquanto não fossem regulamentados por leis. Desta forma, o Estado de Direito nos moldes da Europa continental reduzia os direitos fundamentais a direitos criados por leis, o que levou, por muito tempo, a que os direitos fundamentais não atinentes aos interesses capitalistas imediatos (propriedade, segurança jurídica, etc.) fossem por muito tempo relegados a meras exortações.

A rigor, a constitucionalização dos direitos fundamentais deve ser encarada no sentido de sua fundamentalidade para a ordem jurídica, de modo que devem ser respeitados pelo legislador na sua tarefa de produzir leis, sob pena de estas serem inconstitucionais. O fato de serem positivados deve ser encarado no sentido de não serem meras exortações, mas posições juridicamente garantidas, hábeis a serem defendidas pelos instrumentos processuais correlatos. Aliás, os meios de garantir os direitos fundamentais são essenciais, justamente para evitar que possam vir a ser relegados como meros programas de ação.

---

<sup>8</sup> STEINMETZ, Wilson. **A vinculação dos particulares a direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 73.

<sup>9</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Estado de direito**. Lisboa: Fundação Mário Soares, [s.d.], p. 54.

É bastante evidente, de forma empírica, que os direitos fundamentais costumam ser desprestigiados em Estados totalitários, que, assim fazendo, perdem o sentido ocidental-democrático caracterizador do Estado. Aliás, estabelecida uma ditadura, é evidente que o governo não é de direito, mas *de facto*, evidenciando a efetiva perda do epíteto “de Direito” por parte daquele Estado. Assim é que o Brasil, quando da promulgação da Carta de 1988, avançou significativamente em matéria de Direitos Fundamentais, de modo a fazer jus, conforme a observação do *Justice Miller*, à designação de “Estado”, ainda que sob o ponto de vista teórico, já que, passados vinte anos da promulgação da Constituição, os direitos fundamentais nela inseridos são violados sistematicamente. De toda forma, em relação a essa mudança de paradigma constitucional, cabível a lição de Piovesan:

Note-se que as Constituições anteriores primeiramente tratavam do Estado, para, somente então, disciplinarem os direitos. Ademais, eram petrificados temas afetos ao Estado e não a direitos, destacando-se, por exemplo, a Constituição de 1967, ao consagrar como cláusulas pétreas a Federação e a República. A nova topografia constitucional inaugurada pela Carta de 1988 reflete a mudança paradigmática da lente *ex parte princeps* para a lente *ex parte populi*. Isto é, de um Direito inspirado pela ótica do Estado, radicado nos deveres dos súditos, transita-se a um Direito inspirado pela ótica da cidadania, radicado nos direitos dos cidadãos. A Constituição de 1988 assume como ponto de partida a gramática dos direitos, que condiciona o constitucionalismo por ela invocado. Assim, é sob a perspectiva do Estado que se afirma os direitos. Há, assim, um Direito brasileiro pré e pós-88 no campo dos direitos humanos. O Texto Constitucional propicia a reinvenção do marco jurídico dos direitos humanos, fomentando extraordinários avanços nos âmbitos da normatividade interna e internacional.<sup>10</sup>

Essa nomenclatura, “direitos fundamentais”, tem suas origens na França na década de 1770, ocasião em que se mencionavam os *droit fondamentaux*, tendo sido retomada pela doutrina alemã, pelo que a Constituição de Weimar a adotou (*grundrechte*) e a Lei Fundamental de Bonn a manteve, servindo como norte para as relações entre os indivíduos e o Estado e fundamento da ordem jurídico-política deste.<sup>11</sup>

Em que pese o que se disse acerca da desnecessidade de positivação dos direitos fundamentais em um determinado ordenamento jurídico para que os mesmos existam ali, cumpre observar que este é um dos critérios usualmente aplicados pela doutrina para se diferenciar direitos fundamentais de direitos

<sup>10</sup> PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 8. ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 33.

<sup>11</sup> VALLE, Rubén Hernández. **La tutela de los derechos fundamentales**. San José: Juricentro, 1990, p. 12.

humanos, entre tantos que se propõe. Consoante este, os direitos humanos não são direitos autênticos, posto não gozarem de proteção processual, servindo como pautas morais para a convivência entre as pessoas. Entretanto, “uma vez que os direitos humanos ou, melhor dito, determinados direitos humanos, positivam-se, adquirindo a categoria de verdadeiros direitos protegidos processualmente, passam a ser ‘direitos fundamentais’ em um determinado ordenamento jurídico”<sup>12</sup>, modificando mesmo o caráter pré-positivo do direito humano positivado, agora convertido em um direito subjetivo privilegiado. Esta concepção também é partilhada por Schmitt, ao defender que “direitos fundamentais em sentido próprio são tão somente os direitos liberais da pessoa humana individual.”<sup>13</sup>

Sob o ponto de vista do direito internacional, se o direito do tipo fundamental estiver positivado no ordenamento jurídico pátrio, ele é, efetivamente, direito fundamental; se estiver positivado em tratados internacionais, é direito humano. Entende-se que essa regra é demasiado simplista, pois nada impede que um determinado direito seja extraído por indução ou dedução, tanto do ordenamento interno, quanto do ordenamento internacional. Assim, melhor dizer que se um determinado direito fundamental tem guarida no ordenamento pátrio, ele é, efetivamente, direito fundamental; se tem no ordenamento internacional, é direito humano, nada impedindo que seja ambos ao mesmo tempo, o que, aliás, ocorre costumeiramente.

Esta posição que se adota, de que os direitos fundamentais, bem como os humanos, nem sempre estão positivados, é a mais coerente, já que eles “tem uma conotação mais axiológica que jurídica pois se referem a todas aquelas exigências relacionadas com as necessidades básicas da vida humana.”<sup>14</sup> Isto não significa, porém, que a positivação não tenha efeitos práticos, pois, como já se disse, isto garante o papel dos direitos fundamentais como posições juridicamente garantidas. Evidentemente, ainda que não positivados, também são os direitos fundamentais

---

<sup>12</sup>ROBLES, Gregório. **Los derechos fundamentales y la ética en la sociedad actual**. Madrid: Civitas, 1995, p. 20: “*una vez que los derechos humanos, o mejor dicho, determinados derechos humanos, se positiva, adquiriendo categoría de verdaderos derechos protegidos procesalmente, pasan a ser <<derechos fundamentales>> en un determinado ordenamiento jurídico.*”

<sup>13</sup>SCHMITT, Carl. **Teoría de la constitución**. Presentación de Francisco Ayala. Epílogo de Manuel García-Pelayo. Versión española de Francisco Ayala. [S.l.]: Alianza Editorial, [s.d.], p. 170: “*Derechos individuales en sentido propio son tan sólo los derechos liberales de la persona humana individual.*”

<sup>14</sup>VALLE, Rubén Hernández. **La tutela de los derechos fundamentales**. San José: Juricentro, 1990, p. 12.

posições juridicamente garantidas, mas, neste caso, isto demanda uma justificação teórica mais acurada do que a necessária quando positivados.

Por fim, cumpre apenas trazer alguns ensinamentos básicos acerca das gerações de direitos fundamentais. Certo é que, na doutrina constitucional mais abalizada, encontram-se quatro gerações de direitos fundamentais.<sup>15</sup> Frise-se que a palavra “geração” tem o condão de referir-se a cada momento histórico de surgimento dos novos direitos adiante observados.

A Primeira Geração diz respeito aos direitos individuais, sendo direitos da pessoa em relação ao Estado. Caracterizam-se pelas liberdades políticas clássicas, aí se incluindo a liberdade, a propriedade, a vida e a segurança. Por meio dessa geração, almeja-se dar guarida ao indivíduo frente às arbitrariedades estatais.

Na Segunda Geração têm-se os direitos sociais, dentre os quais se podem incluir as questões relativas aos direitos culturais, econômicos e sociais. Percebe-se, dessarte, que eles se relacionam com a ideia de igualdade, a qual deve ser interpretada em seu sentido. De forma diversa dos direitos de Primeira Geração, aqui, requer-se uma postura positiva do Estado, já que eles estão relacionados a questões que dizem respeito à justiça social.

Os Direitos de Terceira Geração são os chamados direitos coletivos, abrangendo a solidariedade e a fraternidade. Apresenta-se o Estado como obrigado a oferecer proteção às pessoas consideradas em sua coletividade, e não a um ente isolado. Eles são frutos da organização da sociedade em si, surgindo a partir dele a concepção do ‘todo social’, que deve ser considerado como a harmônica composição das individualidades daqueles que formam o corpo estatal.

Por fim, os Direitos de Quarta Geração são o que alguns nominaram de Direito das Minorias. Eles são decorrência do processo de globalização por que o mundo vem passando. São direitos que dizem respeito às questões genéticas,

---

<sup>15</sup>Cumpre informar, entretanto, que já há doutrinadores que fazem alusão a 6 gerações de direitos fundamentais. Os que assim o fazem incluem as questões relativas à Informática como de quinta geração e o direito à democracia, à informação correta e ao pluralismo como os de sexta geração. Sobre o tema, recomenda-se, por todos: FURTADO, Emmanuel Teófilo; MENDES, Ana Stela Vieira. Os direitos humanos de 5ª geração enquanto direito à paz e seus reflexos no mundo do trabalho – Inércia, avanços e retrocessos na Constituição Federal e na legislação. In: CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI, XVII, 2008. **Anais...** Brasília, 2008, p. 6.970-6.989.

biotecnológicas, debates sobre a partir de qual momento se considera um ser como vivo ou morto. Já se começa, assim, a evidenciar uma ligação dos Direitos Fundamentais com as questões relacionadas à tecnologia, que são mais bem exploradas na quinta e sexta gerações.

## 2.1 Da reserva do possível

Procedida à distinção entre direitos à prestação por parte do Estado e direitos a que este se abstenha, isto é, entre direitos de primeira e de segunda geração, cabe expor o problema do custeio destas prestações, já que as mesmas devem ser financiadas de alguma maneira. Considerando-se a realidade orçamentária do Estado brasileiro e a grande gama de direitos fundamentais elencados na Constituição Federal, percebe-se facilmente a validade do argumento de ser impossível se arcar com todos, pois não é possível se extrair recursos da sociedade além de certo ponto. É nesse sentido que Canotilho recorda que

logo nos começos da década de 70, P. Härbele<sup>16</sup> formula a ideia da <<reserva das caixas financeiras>>, para exprimir a ideia de que os direitos econômicos, sociais e culturais estão sob reserva das capacidades financeiras do Estado, se e na medida em que eles consistirem em direitos a prestações financiadas pelos cofres públicos.<sup>17</sup>

A partir das observações acerca da limitação material ao desenvolvimento dos direitos fundamentais, desenvolveu a noção da reserva do possível, segundo a qual o Estado deve realizar os direitos fundamentais na medida em que isto é possível, de acordo com os recursos que possui, já que o orçamento é limitado e as despesas devem ser nele previstas. No caso do princípio da duração razoável do processo, a reserva do possível se manifesta no limite orçamentário à contratação de mais magistrados e de novos servidores, exigindo outras providências, a serem analisadas em momento oportuno.

As origens da noção de reserva do possível estão no caso *Numerus Clausus I*, julgado pelo Tribunal Constitucional Federal da Alemanha. Essa questão tem a ver com a limitação feita pelo governo da Alemanha Ocidental ao número de estudantes em certos cursos superiores, por conta da elevada procura, sendo proposta por

---

<sup>16</sup>HÄBERLE, Peter. Grundrecht im Leistungsstaat. *VVDSTRL*, n. 30, 1972.

<sup>17</sup>CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Estudos sobre direitos fundamentais**. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2008, p. 106.



estudantes que não foram admitidos nas faculdades de medicina de Hamburgo e Munique, com fundamento no direito de livre escolha da profissão garantido pela Lei Fundamental alemã de 1949. Neste caso, o Tribunal entende que se há de distinguir o direito de participar das universidades e o direito de criar novas vagas; quando do segundo caso acerca do mesmo problema, põs a Corte o problema sob a luz da reserva do possível:

O assunto se torna mais interessante quando se trata do direito a criação de novas vagas de estudos. Em seu caso de 8.2.1977, o Tribunal distingue, mais claramente que no primeiro caso sobre o *numerus clausus*, entre 'o direito constitucionalmente garantido do cidadão que satisfaz as condições subjetivas de admissão (bacharelado) a ser admitido no estudo universitário de sua escolha', que se encontra 'sob a reserva do possível, no sentido de aquilo que o indivíduo pode esperar razoavelmente da sociedade' e uma concreta 'pretensão individual, demandável judicialmente por parte do cidadão, à ampliação das possibilidades de formação'.<sup>18</sup>

Quando o Tribunal se refere ao que o indivíduo pode esperar razoavelmente da sociedade, fica patente que os direitos sociais têm aplicabilidade imediata, no sentido de "que o indivíduo alcança um direito definitivo caso os outros direitos fundamentais, em colisão com o direito fundamental social que lhe assiste, não tenham peso suficientemente alto para restringir o seu direito fundamental."<sup>19</sup> Quer dizer, a aplicabilidade imediata de um direito social não fica subordinada a uma lei que o garanta, mas ao conflito com outros direitos fundamentais, a ser resolvido pelos métodos hermenêuticos típicos de conflitos de direitos fundamentais.

A partir da indagação do que seria a reserva do possível, Canotilho chega a quatro conclusões distintas, que o próprio faz questão de relativizar:

1. <<Reserva do possível>> significa a total desvinculação jurídica do legislador quanto à dinamização dos direitos sociais constitucionalmente consagrados.
2. Reserva do possível significa a <<tendência para zero>> da eficácia jurídica das normas constitucionais consagradoras de direitos sociais.
3. Reserva do possível significa *gradualidade* com dimensão lógica e

<sup>18</sup>ALEX Y, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993, p. 425: "El asunto se vuelve más interesante cuando se trata del derecho a la creación de nuevas plazas de estudios. En su fallo del 8.2.1977, el Tribunal distingue, más claramente que en el primer fallo sobre el *numerus clausus*, entre 'el derecho constitucionalmente garantizado del ciudadano que satisface las condiciones subjetivas de admisión ('bachillerato') a ser admitido en ele estudio universitario de su elección', que se encuentra 'bajo la reserva de lo posible, en el sentido de aquello que el individuo puede esperar razonablemente de la sociedad' y una concreta 'pretensión individual, demandable judicialmente por parte del ciudadano, a la ampliación de las posibilidades de formación'."

<sup>19</sup>LEIVAS, Paulo Gilberto Cogos. **Teoria dos direitos fundamentais sociais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 99.

necessária da concretização dos direitos sociais, tendo sobretudo em conta os limites financeiros.

4. Reserva do possível significa *insindicabilidade* jurisdicional das opções legislativas quanto a desinificação legislativa das normas constitucionais reconhecedoras de direitos sociais.<sup>20</sup>

Essa relativização encontra esteio no fato de que aparenta não haver dúvidas relativamente à efetivação dos direitos econômicos, sociais e culturais, que se caracterizam basicamente pela: *gradualidade* da realização; *dependência financeira* relativamente ao orçamento do Estado; tendencial *liberdade de conformação do legislador* quanto às políticas de realização destes direitos; e pela *insusceptibilidade de controle jurisdicional* dos programas político-legislativos.<sup>21</sup>

Ora, o caráter de um direito, sua essência, não deve se confundir com a questão de seu financiamento. Isto significa que a concessão de um direito social não deve ser obstada em função da consideração das dificuldades em concretizá-lo monetariamente. O direito fundamental a uma prestação existe, independentemente de seu financiamento; este apenas obsta a sua efetividade, cuja exigência ante o Estado deve variar conforme a capacidade deste em materializá-lo.

Nesse sentido, os direitos fundamentais a prestações podem ser realizados de forma gradual, o que encontra subsídio na “ditadura dos cofres vazios”, a qual “significa a realização dos direitos sociais em conformidade com o equilíbrio econômico-financeiro do Estado.”<sup>22</sup> Esta situação, porém, deve ter como limite o mínimo existencial dos direitos fundamentais, a saber, aquela quantidade mínima do direito que deve vigor sempre, sob pena de este se reduzir à inutilidade e se converter em mera programática, o que não mais se admite.

Ricardo Lobo Torres sustenta que o mínimo existencial são as “condições mínimas de existência humana digna que não pode ser objeto de intervenção do Estado e que ainda exige prestações estatais positivas.”<sup>23</sup> De forma mais completa, tem-se que

<sup>20</sup>CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Estudos sobre direitos fundamentais**. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2008, p. 107.

<sup>21</sup>Ibid., 2008, p. 107.

<sup>22</sup>Ibid., 2008, p. 109.

<sup>23</sup>TORRES, Ricardo Lobo. A cidadania multidimensional na era dos direitos. In: TORRES, Ricardo Lobo (Org.). **Teoria dos direitos fundamentais**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

o mínimo existencial é a parte do consumo corrente de cada ser humano, seja criança ou adulto, que é necessário para a conservação de uma vida humana digna, o que compreende a necessidade de vida física, como a alimentação, vestuário, moradia, assistência de saúde, etc. (mínimo existencial físico) e a necessidade espiritual-cultural, como educação, sociabilidade, etc. Compreende a definição do mínimo existencial tanto a necessidade física como também cultural-espiritual, então se fale de um mínimo existencial cultural.<sup>24</sup>

É interessante observar que o direito a prestações do Estado está ligado ao *status positivus libertatis*, de Jellinek, pondo-se a questão de se saber qual seria esse mínimo de prestações exigíveis.

Dentro da noção do mínimo existencial devem ser incluídos, de pronto, os direitos de liberdade, bem como as prestações que assegurem o exercício deles. Entretanto, não é possível precisar com exatidão o mínimo essencial dos direitos fundamentais, já que o mínimo a ser assegurado em cada direito não é algo que se possa determinar aprioristicamente. A doutrina, porém, aponta algumas prestações como compondo o mínimo existencial estabelecido pela Constituição brasileira, a exemplo da educação fundamental, da saúde básica, das atividades de assistência social aos desamparados e do acesso à justiça, esta de forma instrumental<sup>25</sup>, sendo direitos subjetivos judicialmente exigíveis.

A questão da reserva do possível ainda deve ser enfrentada em face da proibição do retrocesso, ou proibição da evolução reacionária, segundo a qual a concessão ou regulamentação de um direito fundamental não pode, de modo algum, implicar na supressão de outro ou diminuição do próprio. A vedação do retrocesso social significa que, após densificado o conteúdo de um direito social por meio de lei, não poderá o Estado, através da legislação, reduzir o alcance dessa densificação, surgindo o direito subjetivo de combater qualquer ato nesse sentido.

A vedação do retrocesso social implica que o legislador fica condicionado em sua atuação primordial, a de fazer leis. Embora isto pareça, *prima facie*, uma situação absurda, por impedir que norma de mesma hierarquia modifique outra, o que se passa é que a norma densificadora de um direito social na verdade está complementando esse direito, e, por isto, passa a gozar da mesma proteção

---

<sup>24</sup>TREISCH, Corinna *apud* LEIVAS, Paulo Gilberto Cogos. **Teoria dos direitos fundamentais sociais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 135.

<sup>25</sup>BARCELLOS, Ana Paula. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 258.

constitucional. Isto, porém, só tem sentido na medida em que a densificação normativa esteja ligada a um consenso social básico sobre sua força normativa, o que demanda o transcurso de razoável período de tempo. Neste caso, a norma que viesse a impor um retrocesso ao direito fundamental acarretaria uma situação de inconstitucionalidade por omissão, como por exemplo a hipotética revogação do direito ao trabalhador em aviso prévio ter sua jornada diminuída em duas horas ou se ausentar do serviço por sete dias corridos<sup>26</sup>, já que estes direitos estão arraigados na consciência jurídica geral no que pertine ao aviso prévio.

Aqui, há de discordar de Canotilho, que reconhece a possibilidade de a reserva do possível afetar o princípio da vedação do retrocesso, que denomina princípio da não reversibilidade social, o que faz ante questões sociais importantes, como o desemprego duradouro e a bancarrota da previdência social.<sup>27</sup> Assim, a utilização do orçamento para atender a determinado direito fundamental não autoriza que o Estado diminua o alcance daquele ou de outro direito fundamental, seja ele de prestação, seja ele de abstenção, caso em que se vedam os recuos nas prestações auxiliares. Admitir esta possibilidade significa fazer com que o direito fundamental fique privado da proteção que normalmente goza contra as mudanças legislativas e fáticas, tornando-os fluidos em função de situações, como crises econômicas, etc.

Não obstante a vedação ao retrocesso, a reserva do possível afeta a efetivação dos direitos sociais, na medida em que obsta esta aos limites do que razoavelmente se pode esperar da sociedade, mas, repete-se, não poderá fazê-lo de tal maneira que implique em retrocesso, até mesmo porque diversos direitos fundamentais podem ter maior peso que a competência legislativa para elaborar o orçamento, no que podem conformá-la, mesmo indiretamente.

### **2.3 Do mínimo essencial dos direitos fundamentais**

Estabelecido, então, que as restrições a direitos fundamentais não podem afetar o seu conteúdo essencial, bem como deve preservar o mínimo existencial, importa verificar o que vem a ser este conteúdo essencial. Para tanto, devem-se

---

<sup>26</sup> DERBLI, Felipe. **O princípio da proibição de retrocesso social na Constituição de 1988**. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 212 e ss.

<sup>27</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Estudos sobre direitos fundamentais**. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2008, p. 111.

analisar as teorias relativa e absoluta e objetiva e subjetiva acerca do conteúdo essencial dos direitos fundamentais.

Consoante a teoria relativa, não existe um núcleo essencial de direitos fundamentais bem delimitados. É a análise de cada caso concreto que determinará, neste caso específico, qual o núcleo essencial do direito fundamental. Para tanto, há que se buscar verificar a finalidade da norma restritiva do direito fundamental, a fim de se perquirir por seu núcleo essencial. Assim, obter-se-á o núcleo essencial através da ponderação a ser feita entre meios e fins, destacando-se nesta operação o princípio da proporcionalidade. Daí concordar-se com Cláudia Biagi, quando afirma que, “segundo a teoria relativa, o conteúdo essencial de um direito fundamental é afetado quando há uma restrição inadequada, desnecessária e desproporcional em sentido estrito.”<sup>28</sup>

Em que pese a aplicabilidade do princípio da proporcionalidade ao conflito entre direitos fundamentais, qualquer que seja a teoria adotada, é na teoria relativa que ele aparenta ter uma significação ainda maior, na medida em que evidencia de forma explícita a dependência para com este princípio, a fim de se determinar, em um dado caso concreto, o que vem a ser o núcleo essencial de um direito fundamental. Nada impediria, consoante esta visão, que um determinado direito fundamental sucumba perante outro de maior importância constitucional, a depender do caso concreto.

Ocorre que se não há um núcleo essencial definível em abstrato, a rigor não há núcleo essencial algum. Quer dizer, o que haveria seria simplesmente o resultado da operação do princípio da proporcionalidade, o que converteria o núcleo essencial em mera concretização da operação da proporcionalidade. O direito fundamental, em si mesmo, seria totalmente dependente desta operação, o que esvazia, de certo modo, sua natureza principiológica, reduzindo-o a uma relação de custo-benefício.

Ao discorrer sobre a garantia do conteúdo essencial do Art. 19, alínea 2, da Lei Fundamental de Bonn, Konrad Hesse lembra que são excedidas as barreiras da limitação de direitos fundamentais quando “um direito fundamental é limitado com

---

<sup>28</sup>BIAGI, Cláudia Perotto. **A garantia do conteúdo essencial dos direitos fundamentais na jurisprudência constitucional brasileira**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2005, p. 78.

motivo insuficiente, porque uma tal limitação não pode ser proporcional.”<sup>29</sup> Neste caso, estas barreiras estariam sendo desprezadas, pois o direito fundamental aí limitado estaria impossibilitado de ser eficaz na vida da coletividade.

A teoria absoluta entende que o núcleo essencial de um dado direito fundamental é constante, pelo que ele seria composto deste núcleo e de uma parcela variável. O conteúdo essencial não poderia ser afetado de modo algum, quer pela lei ou pela atuação dos tribunais, mesmo que isto se mostrasse em consonância com o princípio da proporcionalidade. Conquanto isto não impeça a restrição à porção variável do direito fundamental, entende-se que esta só poderá ocorrer se devidamente fundamentada.

Quer dizer, conforme a teoria absoluta, que o direito fundamental apresenta um núcleo passível de determinação abstrata, a par de um caso concreto, que seria imutável, e sempre subsistiria, mesmo no choque com outro direito fundamental de maior relevância, sendo afetada apenas a sua porção variável, e conforme um critério que atenda às etapas estabelecidas pelo princípio da proporcionalidade para o choque de direitos fundamentais. Entretanto, tem-se que observar que o fato de a porção variável, periférica, do direito fundamental não gozar de proteção, permite que possa o direito “ser lesionado em a ‘necessidade’ de ter afetado o seu núcleo duro.”<sup>30</sup>

A teoria absoluta apresenta o problema de determinar qual vem a ser esse núcleo essencial, já que o mesmo, teoricamente, deve poder ser demonstrado de forma abstrata. Então, põe-se a pergunta de se saber quais critérios devem ser utilizados para se determinar o núcleo essencial de um direito fundamental, mais especificamente “se decorre diretamente da norma objetiva, ou do direito subjetivo nela contido?”<sup>31</sup>

Se se adotar o primeiro critério, deve-se ter em conta que dispositivo normativo que encerrar determinado direito fundamental faz parte do ordenamento jurídico, de modo que um determinado direito fundamental pode vir a não ser aplicável a uma

---

<sup>29</sup> HESSE, Konrad. **Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha**. Tradução de Luis Afonso Heck. 20. ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1998, p. 266.

<sup>30</sup> LOPES, Ana Maria D’Ávila. **Os direitos fundamentais como limites ao poder de legislar**. Porto Alegre: Fabris, 2001, p. 190.

<sup>31</sup> *Ibid.*, 2001, p. 175.

pessoa determinada, sem que se afete seu conteúdo particular, pois ele continuará vigendo para as demais pessoas. Adotando a teoria subjetiva, critério utilizado pela maior parte dos doutrinadores, por estar concorde com a noção de proteção do particular frente ao Estado, “há que se examinar a gravidade de sua limitação em relação ao indivíduo afetado, pois é ele, e não a coletividade, o sujeito desse direito fundamental.”<sup>32</sup> Além disso, a proteção de um determinado direito fundamental em um caso concreto pode implicar em ferimento ao núcleo essencial de outro, pelo que a excessiva rigidez da teoria absoluta deve ser abrandada, especialmente pela proteção a que se referiu à parte não nuclear do direito fundamental.

Konrad Hesse, ainda a partir do Art. 19, alínea 2, da Lei Fundamental, defende uma concepção que busca evitar a fragilidade das teorias relativa e absoluta, pelo que se repete a sua lição:

Na discussão sobre a interpretação indicada do artigo 19, alínea 2, da Lei Fundamental, é sustentada tanto a concepção, que a prescrição proíbe limitações desproporcionais como esta, que a determinação subtrai o ‘núcleo essencial absoluto’ dos direitos fundamentais da disposição do legislador. A partir do ponto de vista aqui defendido, a proibição de limitações desproporcionais efetua também uma proteção absoluta do ‘núcleo essencial’ dos direitos fundamentais, naturalmente, sob o pressuposto, que proporcionalidade seja entendida não só no sentido de uma mera perseguição de uma finalidade econômica, mas que a admissibilidade de tal perseguição de uma finalidade, exatamente, também seja aferida ao direito fundamental a ser limitado. Desse modo, são evitadas as debilidades de ambas as concepções, ou seja, por um lado, uma relativização do artigo 19, alínea 2, da Lei Fundamental, por outro, o abandono dos direitos fundamentais, que estão sob reserva legal, à disposição discricional do legislador, que só não deve violar o ‘núcleo essencial absoluto’ a ser determinado não facilmente.<sup>33</sup>

Esta solução intermediária aproveita o que de melhor as teorias objetiva e subjetiva têm a oferecer, contribuindo para a defesa da efetividade dos direitos fundamentais. Quer parecer, outrossim, também serem acertadas as conclusões a que chega Ana Maria D’Ávila Lopes, a partir da jurisprudência do Tribunal constitucional espanhol e da doutrina de Prieto Sanchis:

- a) o conteúdo de um direito está constituído por aqueles elementos mínimos, que o tornam recognoscível e que impedem sua transformação em outra coisa;
- b) para determiná-lo não é suficiente ter em conta o disposto no texto

<sup>32</sup> LOPES, Ana Maria D’Ávila. **Os direitos fundamentais como limites ao poder de legislar**. Porto Alegre: Fabris, 2001, p. 176.

<sup>33</sup> HESSE, Konrad. **Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha**. Tradução de Luis Afonso Heck. 20. ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1998, p. 167.

constitucional, senão que é preciso ter presentes outros conceitos jurídicos e as convicções geralmente admitidas pelos juristas;  
 c) trata-se do conceito de um valor absoluto e não relativo, pois sempre vai conservar seus traços essenciais, qualquer que seja a circunstância;  
 d) existe um conteúdo essencial próprio e diferente de cada um dos direitos fundamentais, ou seja, sobre seus alcances não pode efetuar-se uma afirmação geral.<sup>34</sup>

Sobre a classificação das teorias do conteúdo essencial em objetiva e subjetiva, tem a distinção fulcro em se saber se o núcleo essencial do direito fundamental está relacionado a ele enquanto norma ou como direito subjetivo, respectivamente. Consoante a primeira teoria, admitem-se restrições aos direitos fundamentais a ponto de importar em seu sacrifício individualizado, o que não é admitido pela teoria subjetiva, na medida em que esta entende os direitos fundamentais como uma proteção contra os abusos do Estado. Evidentemente, as teorias não devem ser aplicadas de forma excludente, mas de forma complementar, conforme a situação particular exigir.

## 2.4 Da duração razoável do processo como *status positivus libertatis*

A noção inicial de direitos fundamentais consolidada na Europa continental a partir da Revolução Francesa tem por fundamento o chamado princípio de distribuição, sobre o qual se assenta o próprio Estado liberal burguês. De acordo com este, “a esfera de liberdade do indivíduo é *ilimitada* em princípio, ainda que as faculdades do Estado sejam *limitadas* em princípio.”<sup>35</sup>

Esta noção conduz seguramente a ideia de direitos fundamentais como aspectos da liberdade, servindo como meio de defesa à atuação estatal. Uma vez que no Estado antigo inexistia a ideia de liberdade individual, pois o indivíduo só era livre na medida em que era cidadão, exercendo apenas o papel de membro da comunidade, não havia que se falar em direitos de liberdade e, assim, o conceito de direitos fundamentais jamais foi cultivado entre os antigos.

A noção de universalidade que dominou o Império Romano se manteve na Idade Média em função do papel desempenhado pelo Imperador e pelo Papa, que

<sup>34</sup> LOPES, Ana Maria D’Ávila. **Os direitos fundamentais como limites ao poder de legislar**. Porto. Alegre: Fabris, 2001, p. 178.

<sup>35</sup> SCHMITT, Carl. **Teoría de la constitución**. Presentación de Francisco Ayala. Epílogo de Manuel García-Pelayo. Versión española de Francisco Ayala. [S.l.]: Alianza Editorial, [s.d.], p.165. “[...] la esfera de libertad del individuo es ilimitada en principio, mientras que las facultades del Estado son limitadas en principio.”



simbolizavam a unidade do Universo. Com o reconhecimento da soberania dos Estados nacionais frente ao Império, e o surgimento de Igrejas nacionais, tanto o Estado quanto a Igreja perdem seu caráter universal, implicando em uma desvalorização da vida pública e uma valorização correlata da vida privada. Assim, “a religião, como coisa suprema e absoluta, converte-se em assunto próprio do indivíduo, e todo o mais, toda espécie de formações sociais, tanto Igreja como Estado, converte-se em algo relativo que somente pode derivar seu valor como meio auxiliar daquele único valor absoluto”<sup>36</sup>, do que a liberdade de religião é o primeiro de todos os direitos fundamentais.

Em que pese a opinião de Schmitt, insta lembrar que “os direitos não surgiram todos ao mesmo tempo, nem foram resultado de um *big bang* jurídico que esteja a impedir a vista de alcançar o que havia antes da grande explosão”<sup>37</sup>, pelo que é possível vislumbrar como matrizes dos direitos fundamentais, além da liberdade de religião, o garantismo processual e o direito de propriedade. Considerando, porém, o papel correlato desempenhado pela liberdade religiosa na formação dos Estados nacionais europeus, e a partir desse estado de coisas, a valorização do indivíduo que abriu espaço à concepção teórica dos direitos fundamentais, prefere-se opinar por estar na liberdade religiosa a principal matriz do surgimento dos direitos fundamentais.

Evidentemente, não foi a simples criação dos Estados nacionais europeus que importou no surgimento imediato dos direitos fundamentais. Isto apenas permitiu a visão individualista do homem que lançou as bases necessárias à doutrina dos direitos individuais. Estes são consequência dos escritos iluministas contrários ao absolutismo estatal, justificando as pretensões burguesas de mudança dos privilégios da nobreza.

Em atenção a essa realidade histórica na qual se formularam suas bases teóricas, de combate ao Absolutismo, os primeiros direitos fundamentais reconhecidos enquanto tais realmente não poderiam deixar de ser direitos à abstenção da atuação estatal, pelo que são também denominados de direitos de

---

<sup>36</sup> Ibid., [s.d.], p. 165: “*La religión, como cosa suprema y absoluta, se convierte en asunto propio del individuo, y todo lo demás toda especie de formaciones sociales, tanto Iglesia como Estado, se convierte en algo relativo que sólo puede derivar su valor como medio auxiliar de aquel único valor absoluto.*”

<sup>37</sup> SAMPAIO, José Adércio Leite. **Direitos fundamentais**: retórica e historicidade. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 142.

liberdade. Isto não impede, porém, que o Estado venha a limitar os direitos fundamentais (no caso, os direitos fundamentais de liberdade), o que pode fazer excepcionalmente, por meio de lei. Aliás, "no plano jurídico-positivo, é intuitivo que a ampla gama de direitos consagrada nos textos constitucionais induz à necessidade de harmonizá-los entre si e com outros valores ou bens protegidos pela ordem pública",<sup>38</sup> sem o que se poderia chegar a uma situação de ineficácia generalizada dos direitos fundamentais.

A possibilidade de se efetivar restrições aos direitos fundamentais encontra fulcro em sua universalidade e no fato de serem constitucionalizados como um conjunto. Sobre a primeira justificativa, uma vez que os direitos fundamentais são atribuídos a todas as pessoas, que assim deles podem usufruir, "não há como conceber sua fruição permanente e simultânea sem que haja uma disciplina ordenadora a viabilizar que estes coexistam",<sup>39</sup> pelo que esses direitos devem ser harmonizados através da imposição de limites. Quanto à segunda, a colocação dos direitos fundamentais no texto constitucional deve levar em conta os demais direitos e bens constitucionalmente protegidos no momento de se determinar sua esfera de incidência.

Esses direitos fundamentais reconhecidos pelo liberalismo compõem a primeira geração de direitos fundamentais, especificamente direitos civis e políticos. Uma melhor compreensão do que vem a ser esses direitos de liberdade, assim como qualquer classificação dos direitos fundamentais, inclusive em gerações, exige o conhecimento da teoria do *status* de Jellinek, na qual estuda as relações entre o Estado e o indivíduo. Isto porque "a partir dessa teoria, que foi recebendo depurações ao longo do tempo podem-se decalcar as espécies de direitos fundamentais mais freqüentemente assinaladas - direitos de defesa (ou direitos de liberdade) e direitos a prestações (ou direitos cívicos)."<sup>40</sup>

O primeiro desses *status* é o passivo ou *subjectionis*, e trata da situação de sujeição do indivíduo ao Estado, que assim pode impor ordens e proibições a ele, e somente cessa quando não mais existir nenhum destes sobre o indivíduo nem for o

---

<sup>38</sup> PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. **Interpretação constitucional e direitos fundamentais**: uma contribuição ao estudo das restrições aos direitos fundamentais na perspectiva da teoria dos princípios. Rio de Janeiro; São Paulo; Recife: Renovar, 2006, p. 133.

<sup>39</sup> Ibid., 2006, p.133.

<sup>40</sup> MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais**. Brasília: Brasília Jurídica, 2000, p. 140.

Estado competente para tanto.<sup>41</sup> O segundo é o *status* negativo, ou *libertatis*, tendo Jellinek afirmado que

ao membro do Estado lhe corresponde, pois, um status no qual é senhor, uma esfera livre do Estado, que nega o *Imperium*. É o da esfera individual da liberdade, do *status negativus*, do *status libertatis*, no qual os fins estritamente individuais encontram sua satisfação através do ato livre do indivíduo.<sup>42</sup>

Esse *status* implica na esfera de liberdade que tem o indivíduo, tendo ele posições livres às quais o Estado deve reconhecer e não deve perturbar. Quer dizer, pertence a esse *status* tudo aquilo que não for ordenado nem proibido ao indivíduo. Fica claro que esses dois *status* são opostos entre si.

É na categoria de *status negativus* que se encontram os direitos de primeira geração, o que não se altera mesmo diante da necessidade que vários deles podem apresentar de prestações positivas para serem garantidos, já que fica mantido o dever de abstenção do Estado. Nessa qualidade, fica mais evidente que os direitos fundamentais de primeira geração são autoaplicáveis.

O terceiro *status* a que se refere Jellinek é o positivo, ou *civitatis*, que seria um reflexo do *status* negativo. Nesse *status* o indivíduo tem um direito a algo e pode impor esse direito perante o Estado, através de um procedimento. O quarto e último *status* é o ativo, que tem a ver com a outorga de competências ao indivíduo para participar da formação da vontade estatal.

Ricardo Lobo Torres entende que a relação entre a cidadania e o Estado abrange quatro *status*: *negativus*, *positivus libertatis*, *positivus socialis* e *ativus processualis*.<sup>43</sup>

No *status negativus* se encontram os direitos fundamentais de liberdade, no que não há diferença para a visão de Jellinek. Essas liberdades demandam prestações que as assegurem, bem como ter garantia jurisdicional, a qual serve como *status positivus* da liberdade. Isto significa que “existe uma categoria dos

<sup>41</sup> ALEXY, Robert. **Teoria da argumentação jurídica**. São Paulo: Landy, 2001, p. 249.

<sup>42</sup> JELLINEK *apud* Ibid., 2001, p. 251: "Al miembro del Estado le corresponde, pues, un status en cual es señor, una esfera libre del Estado, que niega el Imperium. Es el de la esfera individual de la libertad, del status negativo, del status libertatis, en cual los fines estrictamente individuales encuentran su satisfacción a través del acto libre del individuo."

<sup>43</sup> TORRES, Ricardo Lobo. **Os direitos humanos e a tributação**: imunidades e isonomia. Rio de Janeiro: Renovar, 1995, p. 256.

direitos fundamentais que se liga ao *status positivus libertatis*, porquanto demanda prestações mínimas do Estado que possam garantir o pleno exercício das liberdades por todos os indivíduos.”<sup>44</sup> Também se inclui na categoria de *status positivus libertatis* o mínimo existencial, na medida em que forma o conjunto de prestações mínimas que o Estado deve garantir como forma de assegurar a cidadania, protegendo-se uma condição mínima da existência humana.

Por sua vez, o *status positivus socialis* não se confunde com o *status positivus libertatis*, pois, ao contrário deste, típico do mínimo existencial, aquele “se afirma de acordo com a situação econômica conjuntural, isto é, sob a ‘reserva do possível’ ou na conformidade da autorização orçamentária.”<sup>45</sup> Ele tem a ver com as prestações típicas da realização do Estado social, como os direitos sociais, econômicos e a seguridade social.

Se o Estado de Direito é a forma de organização típica a consagrar os direitos fundamentais de primeira geração, cabe ao Estado social pugnar pelos direitos de segunda geração. Aqueles são direitos de liberdade, estes, de igualdade, de modo que “o centro medular do Estado social e de todos os direitos de sua ordem jurídica é indubitavelmente o princípio da igualdade.”<sup>46</sup> A Constituição brasileira de 1988 consagra um Estado social democrático de direito, na medida em que confere aos direitos sociais o caráter de direitos fundamentais, o que faz tanto do ponto de vista formal, ao incluí-los (em sua maioria) no tópico pertinente aos direitos e garantias fundamentais, quanto do ponto de vista material, já que remetem às decisões políticas fundamentais, por albergarem a justiça e a dignidade humana.<sup>47</sup>

Embora já houvesse previsão em documentos liberais de deveres impostos ao Estado,

os direitos sociais, econômicos e culturais resultam da superação do individualismo possessivo e do darwinismo social, decorrente das transformações econômicas e sociais ocorridas no final do Século XIX e início do Século XX, especialmente pela crise das relações sociais oriundas dos modos liberais de

<sup>44</sup> DERBLI, Felipe. **O princípio da proibição de retrocesso social na Constituição de 1988**. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 90.

<sup>45</sup> TORRES, Silvia Faber. Direitos prestacionais, reserva do possível e ponderação: breves considerações e críticas. In: SARMENTO, Daniel; GALDINO, Flavio (Org). *Direitos fundamentais: estudos em homenagem ao professor Ricardo Lobo Torres*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 297.

<sup>46</sup> BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 1999, p. 340.

<sup>47</sup> DERBLI, Felipe, op. cit., 2007, p.101-102.

produção, acelerada pelas novas formas trazidas pela Revolução industrial,<sup>48</sup>

além da organização dos trabalhadores sob a égide de ideias marxistas. Essa situação conduziu à necessidade de se acrescentar à liberdade a igualdade, tendo sido as Constituições do México, de 1917, e a de Weimar, de 1919, pioneiras nesse sentido. A partir daí, "modifica-se o paradigma da fundamentação dos direitos humanos, que têm seu *status negativus* esmaecido e passam a requerer também prestações estatais positivas necessárias ao desenvolvimento pleno do indivíduo."<sup>49</sup>

Embora se costume apresentar os direitos de segunda geração sob a denominação genérica de direitos sociais, a doutrina costuma apresentá-los sob as vertentes social, cultural e econômica. De toda forma, sua finalidade é corrigir as distorções da mera igualdade jurídica, de modo que

o Estado social é enfim Estado produtor de igualdade fática. Trata-se de um conceito que deve iluminar sempre toda a hermenêutica constitucional, em se tratando de estabelecer equivalência de direitos. Obriga o Estado, se for o caso, a prestação positiva; a prover meios, se necessário, para concretizar comandos normativos de isonomia.<sup>50</sup>

Uma vez que já se estabeleceu o referencial teórico do Estado de direito, importa fazer o mesmo quanto ao Estado social, não bastando apenas dizer ser esta aquele Estado organizado em função da defesa dos direitos sociais. O Estado social é, por sua natureza, um Estado que intervém na sociedade, na intenção de atingir uma dimensão social da liberdade, a qual gere uma transformação da sociedade em direção de mais justiça e igualdade.<sup>51</sup>

A partir desta noção, é possível se chegar a traços identificadores do Estado social<sup>52</sup>. O primeiro deles se relaciona com a igualdade material, que supera a simples igualdade formal, ou jurídica, no sentido de obrigar o poder público a praticar ações que diminuam as desigualdades existentes na sociedade. Assim é que o Estado deve atuar no sentido de repartir a riqueza social e criar oportunidades para

<sup>48</sup> SAMPAIO, José Adércio Leite. **Direitos fundamentais**: retórica e historicidade. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 261.

<sup>49</sup> TORRES, Silvia Faber. Direitos prestacionais, reserva do possível e ponderação: breves considerações e críticas. In: SARMENTO, Daniel; GALDINO, Flavio (Org.). **Direitos fundamentais**: estudos em homenagem ao professor Ricardo Lobo Torres. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 774.

<sup>50</sup> BONAVIDES, Paulo, op. cit., 1999, p. 343.

<sup>51</sup> SEGADO, Francisco Fernandez. **El sistema constitucional español**. Madrid: Dykinson, 1992, p. 121.

<sup>52</sup> Ibid., 1992, p. 121-126

os menos favorecidos ascenderem socialmente.

A segunda das características é o reconhecimento de direitos de caráter econômico e social, que faz com que as Constituições tragam diversas disposições a eles pertinentes em seu texto, o que também conduz a uma transcendência social no exercício dos direitos, tal como no caso da propriedade.

A última dessas características é a existência de uma Constituição econômica, a qual “configura a índole das relações que o Estado deve manter com o mundo da economia e o âmbito de liberdade e finalidades que se colocam para os componentes da estrutura econômica do país.”<sup>53</sup>

Estas características não impediram que inicialmente os direitos sociais fossem dotados de baixa normatividade, sendo relegados ao plano de meras normas programáticas, de modo a que não fosse possível exigí-los sem que houvesse interposição legislativa. A explicação seria bastante simples. Os direitos de primeira geração antecedem o Estado, e, por este motivo, são plenamente exigíveis; os direitos sociais são posteriores, precisando de uma atuação estatal positiva, de um agir, pelo que carecem de normatização que os regulamente e os torne direitos subjetivos exigíveis, além de se subordinarem às exigências da reserva do possível. Por fim, a justiciabilidade dos direitos sociais iria invadir a esfera de competência normativa, ferindo o dogma da separação dos poderes.

A rigor, o debate deve se centrar no fato de serem ou não os direitos sociais direitos fundamentais. Se se considerar que são, o que se entende correto, pelo grau de fundamentalidade que os mesmos devem gozar, “então eles têm aplicabilidade imediata, uma vez que os direitos fundamentais são posições tão importantes que sua outorga ou não-outorga não pode ficar em mãos da simples maioria parlamentar,”<sup>54</sup> do que

quem defende a programaticidade dos direitos fundamentais sociais necessitará defender a inexistência de direitos fundamentais sociais na Constituição brasileira e argumentar contra a própria literalidade do texto

---

<sup>53</sup> Ibid., 1992, p. 125: “[...] configura la índole de las relaciones que el Estado debe mantener con el mundo de la economía y el ámbito de libertad y finalidades que se plantean para los componentes de la estructura económica del país.”

<sup>54</sup> LEIVAS, Paulo Gilberto Cogos. **Teoria dos direitos fundamentais sociais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 94.

constitucional, que inclui o Capítulo II - Dos Direitos Sociais - no Título II - Dos Direitos e Garantias Fundamentais.<sup>55</sup>

Os direitos fundamentais sociais, portanto, são exigíveis, até porque a sua não concretização legislativa é uma inconstitucionalidade por omissão do legislador. Aplica-se a eles tudo quanto se disse acerca do respeito ao núcleo essencial dos direitos fundamentais. Por isto, concorda-se

que os direitos fundamentais da segunda geração tendem a tornar-se tão justiciáveis quanto os da primeira; pelo menos esta é a regra que já não poderá ser descumprida ou ter sua eficácia recusada com aquela facilidade de argumentação arrimada no caráter programático da norma.<sup>56</sup>

Há que rechaçar as ideias de Gregório Robles<sup>57</sup> sobre os direitos econômicos e sociais, tendo em vista que este autor defende que tais direitos não são fundamentais, por não gozarem na Constituição espanhola da condição de direitos subjetivos privilegiados, pelo que seriam princípios de política legislativa e não direitos fundamentais. Esta visão, além de extremamente positivista, também é restritiva, desconsiderando-se as gerações de direitos fundamentais enquanto tal. Da mesma maneira, permite que na Constituição haja meras exortações, desprovidas de força vinculante.

Schmitt, que também incorre nessa visão reducionista, afirma sobre os direitos sociais, a partir de um comentário ao direito ao trabalho, que, “segundo sua estrutura lógica e jurídica, tal direito se encontra em contraposição com os autênticos direitos fundamentais e de liberdade, sendo por isto errôneo o falar indistintamente de 'direitos fundamentais.’”<sup>58</sup>

Robles e Schmitt se encontram presos à concepção embasadora dos direitos fundamentais de primeira geração, anteriores ao Estado, impondo a esta uma restrição em função do princípio de distribuição, do que não reconhece às demais gerações de direitos o caráter de direitos fundamentais, o que é compreensível ante a pureza do argumento, pois elas são posteriores ao Estado. No caso dos direitos

<sup>55</sup> Ibid., 2006, p. 94-95.

<sup>56</sup> BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 1999, p. 518.

<sup>57</sup> ROBLES, Gregório. **Los derechos fundamentales y la ética en la sociedad actual**. Madrid: Civitas, 1995, p. 22.

<sup>58</sup> SCHMITT, Carl, op. cit., [s.d.], p. 174: "*Según su estructura lógica y jurídica, tal derecho se encuentra en contraposición con los auténticos derechos fundamentales y de libertad, siendo por eso erróneo el hablar indistintamente de <<derechos fundamentales>>*".

sociais, que são direitos a prestações estatais, eles não podem ser ilimitados, pois é certo que não se podem exigir prestações alheias ilimitadamente, ainda que o destinatário da exigência seja o Estado. Impõe-se aí a observância da reserva do possível, tratada em tópico próprio, e dos direitos sociais positivados pela ordem jurídica ou intuíveis a partir do ordenamento jurídico.

A defesa da posição de que um direito social requer a edição de lei para sua exigibilidade não tem o condão de lhe retirar o caráter de direito fundamental, mesmo que o direito social em questão esteja além do mínimo existencial, ingressando na esfera do *status positivus socialis*. É que mesmo direitos fundamentais de primeira geração podem exigir a edição de leis, como demonstra a previsão constitucional do mandado de injunção. Alguns autores, porém, têm uma visão mais restritiva dos direitos fundamentais, negando seu caráter aos direitos sociais ou limitando-o aos direitos sociais que componham o mínimo existencial. A partir da concepção do Estado social, deve-se entender que o caráter de fundamentalidade dos direitos sociais trespassa a questão da simples exigência processual imediata dos mesmos, já que esta possibilidade é variável caso a caso, conforme a opção nesse sentido feita pelo constituinte.

A negativa de justiciabilidade aos direitos sociais parece decorrer de uma visão estreita sobre a separação dos poderes, negando ao Judiciário papel ativo no reconhecimento de sua autoaplicabilidade. Verdadeiramente, “é puramente ideológica, e não científica, a resistência que ainda hoje se opõe à efetivação, por via coercitiva, dos chamados direitos sociais.”<sup>59</sup>

Efetivamente, o que se pode perceber é que a duração razoável do processo é um direito fundamental que se liga ao *status positivus libertatis*, demandando prestações concretas do Estado para a sua consecução. Nesse sentido, é imperativa a modificação da legislação infraconstitucional, adequando-a à necessidade de uma justiça célere, efetiva.

---

<sup>59</sup> BARROSO, Luís Roberto. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição brasileira**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1993, p. 100.



### 3 DA DURAÇÃO RAZOÁVEL DO PROCESSO

As críticas em relação à morosidade do Poder Judiciário vêm se avolumando, e estas decorrem ou do arcabouço legal do sistema processual brasileiro ou da reduzida verba de que dispõem os tribunais para a contratação de funcionários, aquisição de equipamentos e treinamento de seu corpo funcional.

Isso tem levado a que as autoridades nacionais estudem mecanismos que garantam maior efetivação da tutela estatal, por meio do menor dispêndio financeiro e pessoal (facilitando inclusive o acesso à Justiça<sup>1</sup>); e maior celeridade processual (melhor entendida como razoável duração do processo), cerne maior deste estudo.

Nesse trilhar, é de fundamental importância a leitura exegética dos dispositivos alterados pela Emenda Constitucional nº 45, de 31 de dezembro de 2004, que içou a questão atinente à agilidade da tramitação processual à classe de direito fundamental, consoante se estudará mais abaixo, positivando entendimento há muito perfilhado em convenções e em tratados internacionais. Frise-se que essa Emenda, quando de sua publicação, recebeu encômios de vários estudiosos do Direito:

Independentemente do resultado prático que venha a ser efetivamente alcançado, não se pode minimizar a relevância e a importância da EC n. 45, aprovada pelo Congresso Nacional. Trata-se de um verdadeiro marco na história recente do Judiciário que, apesar das dificuldades iniciais de implementação e das críticas que se possa fazer à emenda, deve colaborar para o aprimoramento do sistema como um todo.<sup>2</sup>

Na seara dos processos administrativos, já se havia demonstrado preocupação

---

<sup>1</sup> “o conceito teórico de acesso à justiça evoluiu seguindo caminho paralelo ao da própria evolução dos direitos fundamentais. No Estado liberal burguês, quando prevaleciam os direitos de defesa e de liberdade, o acesso à Justiça era “limitado ao direito formal do indivíduo agravado de propor ou contestar uma ação”. Atualmente, exige-se também uma prestação positiva do Estado no sentido não só de tornar indiscriminado o acesso à jurisdição, mas também assegurar um padrão mínimo de qualidade e efetividade da prestação jurisdicional”. ARRUDA, Samuel Miranda. **Direito fundamental à razoável duração do processo**. Brasília: Brasília Jurídica, 2006, p. 68.

<sup>2</sup> HOTE, Rejane Soares. A garantia da razoável duração do processo como direito fundamental do indivíduo. **Revista da Faculdade de Direito de Campos**, Campos dos Goytacazes, RJ, ano VIII, n. 10, jun. 2007.

com a demora no andamento dos processos, conforme se pode observar da leitura do art. 49 da Lei nº 9.784, de janeiro de 1999.<sup>3</sup>

Na Constituição Federal, dispositivo semelhante se encontra agora no inciso LXXVIII do artigo 5º.<sup>4</sup> Não restam dúvidas de que uma duração excessivamente dilargada de um processo judicial tem consequências nefandas não apenas às partes diretamente interessadas no caminhar do processo em apreço, mas, também, comprometendo de forma profunda a dignidade da pessoa humana, postulado essencial da ordem constitucional (art. 1º, III da CF/88).<sup>5</sup> Certo é que “a intolerável duração do processo [...] constitui um enorme obstáculo para que ele cumpra, de forma efetiva, seus compromissos institucionais.”<sup>6</sup>

Essa preocupação com a celeridade no que diz respeito à prestação jurisdicional não representa questão nova. Fundamental observar que o mero acesso aos tribunais não representa garantia efetiva dos direitos e dos interesses de ordem individual, mas mera prestação formal. Nesse sentido, ainda no século XVIII, antecipava Rui Barbosa que “justiça tardia não é justiça, senão injustiça qualificada e manifesta.”

Bem anteriormente a isso, interessante observar as palavras constantes da Capitular de Carlos Magno, por volta de meados do século VIII: “Quando o Juiz demorar a proferir a sentença, o litigante deverá instalar-se em casa dele e aí viverá, de cama e mesa à custa dele.”<sup>7</sup>

A análise dessa temática constitui, em verdade, árdua missão, tendo-se em conta ser sobremaneira subjetiva a interpretação que se pode dar ao conceito de justiça. Buscando o melhor escólio sobre o verbete, utiliza-se da sabedoria do célebre jurisconsulto romano Ulpiano, que se expressou no sentido de que “os preceitos do

---

<sup>3</sup> “Art. 49. Concluída a instrução de processo administrativo, a Administração tem o prazo de até trinta dias para decidir, salvo prorrogação por igual período expressamente motivada.”

<sup>4</sup> “Art. 5º. A todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação.”

<sup>5</sup> “Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: [...] III - a dignidade da pessoa humana.”

<sup>6</sup> ARRUDA, Samuel Miranda. **Direito fundamental à razoável duração do processo**. Brasília: Brasília Jurídica, 2006, p. 81.

<sup>7</sup> Recomenda-se a leitura do discurso do Presidente do Conselho Distrital de Coimbra, Daniel Andrade, proferido na Sessão Solene dos 80 anos da Ordem dos Advogados de Portugal. Disponível em: <[http://www.oa.pt/conteudos/artigos/detalhe\\_artigo.aspx?idc=31559&idsc=49090&ida=49100#>](http://www.oa.pt/conteudos/artigos/detalhe_artigo.aspx?idc=31559&idsc=49090&ida=49100#>). Acesso em: 20 jan. 2010.

Direito são estes: viver honestamente, não lesar ninguém, dar a cada um o que é seu.”<sup>8</sup>

Vê-se, pois, que tal conceituação é revestida de traços poéticos, sendo de entendimento excessivamente pessoal, o que apenas colabora para a indefinição do que se deve entender por justiça. É certa, contudo, a conclusão no sentido de que se deve tentar, a todo custo, aproximar-se de um ideal de justiça, devendo-se, para tanto, dar atenção à questão atinente à duração dos processos judiciais.

Em verdade, talvez essa dificuldade seja decorrência do distanciamento excessivo entre o Poder Judiciário e os cidadãos. Nesse sentido, interessante observar as palavras de Dalmo de Abreu Dallari:

Segundo informação contida em ‘O Príncipe’, de MAQUIAVEL, no começo do século XVI já se encontravam na França três poderes distintos: o legislativo (Parlamento), o executivo (o rei) e um judiciário independente. É curioso notar que MAQUIAVEL louva essa organização porque dava mais liberdade e segurança ao rei. Agindo em nome próprio o judiciário poderia proteger os mais fracos, vítimas de ambições e das insolências dos poderosos, poupando o rei da necessidade de interferir nas disputas e de, em consequência, enfrentar o desagrado dos que não tivessem suas razões acolhidas.<sup>9</sup>

E essa preocupação, como já se relatou, não é recente, havendo outras referências à temática em outros diplomas legais, no cenário internacional. Nesse diapasão, estabelecem os artigos 8º e 25 da Convenção Americana de Direitos Humanos, o Pacto de São José da Costa Rica, a cujos termos o Brasil é signatário:<sup>10</sup>

Art. 8º - Garantias Judiciais

Toda pessoa tem direito a ser ouvida com as garantias e dentro de um prazo razoável por um juiz ou tribunal competente, independente e imparcial, instituído por lei anterior, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou para que se determinem seus direitos ou obrigações de natureza civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza.

Art. 25

Toda pessoa tem direito a um recurso simples e rápido ou a qualquer outro recurso efetivo, perante os juízos ou Tribunais competentes, que a projeta contra atos que violem seus direitos fundamentais reconhecidos pela Constituição, pela lei ou pela presente Convenção, mesmo quando tal violação seja cometida por pessoas que estejam atuando no exercício de suas funções oficiais.

<sup>8</sup> Digesto, 1.1.10.1, Institutiones 1.1.3 (Ulpiano): "*Iuris praecepta sunt haec: honeste vivere, alterum non laedere, suum cuique tribuere*".

<sup>9</sup> DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de teoria geral do Estado**. 28. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 285.

<sup>10</sup> Para um estudo mais aprofundado sobre a temática, recomenda-se a leitura de: RESENDE, Ranieri Lima. O prazo razoável do processo à luz da convenção americana sobre direitos humanos (Pacto de San José da Costa Rica/1969). **Revista do Instituto Brasileiro de Direitos Humanos**, ano 6, v. 6, n. 6, p. 174-189, 2005.

Tais ideias foram reproduzidas, com a mesma essência, nas Constituições espanhola, de 1978,<sup>11</sup> e canadense de 1982.<sup>12</sup>

Relativamente à disposição da Carta espanhola, Bartolomes, o Tribunal Constitucional da Espanha, no início do ano de 1985, manifestou-se no seguinte sentido:

O artigo 24.2 não constitucionalizou o direito aos prazos, na verdade, constitucionalizou, configurado como um direito fundamental, o direito de toda pessoa a que sua causa seja resolvida dentro de um prazo razoável... Este conceito (o do processo sem dilações indevidas ou em um tempo razoável) é indeterminado ou aberto, e deve ser dotado de um conteúdo concreto em cada caso, atendendo a critérios objetivos congruentes com seu enunciado genérico, como já ficou deliberado na precedente sentença de 14 de março de 1984.<sup>13</sup>

Sobre a Convenção Americana, importa salientar que ela foi ratificada pelo Brasil e integrada ao ordenamento jurídico pelo Decreto nº 678, de 6 de novembro de 1992, incluindo-se no rol dos direitos e garantias fundamentais previstos no art. 5º da Constituição pátria, por meio do disposto em seu § 2º: “Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.”

Nos últimos tempos, efetivamente, o princípio da razoável duração do processo foi crescendo de importância, com esse congestionamento processual susomencionado. Tal reconhecimento deu-se de forma paulatina, passando precipuamente à condição de princípio informador do Direito Processual para, em pós, finalmente ser reconhecido como um direito fundamental, constitucionalmente previsto.

Como bem pontua José Carlos Barbosa Moreira, no entanto, essa preocupação de jurisdição célere nem sempre é comum a ambas as partes:

<sup>11</sup> “Artículo 24: 1. Todas las personas tienen derecho a obtener tutela efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión. 2. Asimismo, todos tienen derecho al Juez ordinario predeterminado por la ley, a la defensa y a la asistencia de letrado, a ser informados de la acusación formulada contra ellos, a un proceso público sin dilaciones indebidas y con todas las garantías, a utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa, a no declarar contra sí mismos, a no confesarse culpables y a la presunción de inocencia. La ley regulará los casos en que, por razón de parentesco o de secreto profesional, no se estará obligado a declarar sobre hechos presuntamente delictivos.”

<sup>12</sup> “11. Any person charged with an offence has the right: [...] (b) to be tried within a reasonable time”;

<sup>13</sup> BARTOLOMES, Fernandez-Viagas. **El derecho a un proceso sin dilaciones indebidas**. Madrid: Civitas, 1994 apud TUCCI, José Rogério Cruz e (Coord.). **Garantias constitucionais do processo civil**. São Paulo: RT, 1999.

Ambas as partes de qualquer processo aspiram fortemente a um desfecho rápido e se sentem frustradas pelo retardamento. Trata-se de uma das ideias mais falsa dentre as quais circulam sobre o assunto. Há boas razões para antes supor coisa diferente: pelo menos um dos litigantes prefere ver demorar o resultado do pleito. Isso é óbvio no processo penal, quanto ao réu que se sabe culpado; mas também ocorre no campo civil, principalmente se a conjuntura econômica torna menos gravoso com o decorrer do tempo, para o devedor em mora, o desembolso da importância devida.<sup>14</sup>

Nesse ponto, de fundamental importância frisar-se a questão de que essa prestação jurisdicional deve ser célere, mas ao mesmo tempo, também, deve ter qualidade. Isto é, a lide deve ser solucionada, mas desde que sejam atendidas todas as premissas preliminares de colheita de provas, análise documental, tentativa de conciliação, dentre outros.

De pouco adianta simplesmente solucionar uma demanda em um curto espaço de tempo, se a decisão judicial for de pouca eficácia ou não corresponder à melhor maneira de encerrar o caso, sendo, na maioria das vezes, mais prejudicial do que uma dilação no prazo, a fim de que melhor se investiguem os fatos da demanda. Corroborando o que se relatou, segue o que o jurista e filósofo François Ost expôs:

[...] a função principal do jurídico é contribuir para a instituição do social: mais do que interditos e sanções, como outrora se pensava, ou cálculo e gestão, como frequentemente se acredita hoje, o direito é um discurso performativo, um tecido de ficções operatórias que exprimem o sentido e o valor da vida em sociedade. Instituir quer aqui dizer estreitar o elo social e oferecer aos indivíduos os pontos de referência necessários à sua identidade e autonomia. É sob o ângulo do seu contributo para a subtração ao estado de natureza e a sua violência sempre ameaçadora, sob o ângulo da sua capacidade de instituição, que o direito será, pois, interrogado.<sup>15</sup>

Arrematando a questão, transcreve-se o entendimento do Magistrado André Luiz Nicolitt:

[...] Falar em fixação do prazo dá margem a entendimentos inadmissíveis de que o direito fundamental previsto na Constituição e nos documentos internacionais não seria autoaplicável e deveria ficar no aguardo da boa vontade do legislador, sendo certo que se trata de norma com aplicação imediata que deve ser efetivada pelo Judiciário.  
[...] Pensemos na hipótese de o legislador fixar um prazo. Findo este a defesa ainda necessita de diligências probatórias que não se realizaram em tempo e são tidas como imprescindíveis. Seria impensável pôr fim ao

<sup>14</sup> MOREIRA, José Carlos Barbosa. O problema da duração dos processos: premissas para uma discussão séria. **Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil**, Porto Alegre: Magister, maio/jun. 2006, p.31.

<sup>15</sup> OST, François. **O tempo do direito**. Tradução de Maria Fernanda Oliveira. Lisboa: Instituto Piaget, 1999.

processo em prejuízo da defesa, ou mesmo pôr-se em atropelos a fim de 'cumprir a meta'<sup>16</sup>

Apesar disso, não se pode identificar antagonismo entre qualidade de julgamento e celeridade. Faz parte do senso comum que decisões rapidamente proferidas nem sempre são acompanhadas de esmero e correção. É mister, pois, que se encontre o ideal equacionamento entre tempo e acerto da decisão.

Isso porque a demora excessiva acarreta sérios prejuízos não só para as partes em litígio naquele processo em específico. Isto é, esse crescimento excessivo de demandas judiciais sem solução termina por representar elevação de despesas para o Estado-juiz, o que termina respingando em toda a população, que passa a não receber um atendimento jurisdicional digno.

É certo, no entanto, que casos há em que a demora é o caminho natural, uma vez que, em razão das dificuldades processuais enfrentadas (muitas partes, questões conflituosas, ausência de jurisprudência dominante, dentre outras), um maior tempo se faz necessário para que o Magistrado prolate sua decisão final.

Feita essa análise proemial, passa-se a exame mais detido do que se deve entender por “razoável duração do processo”, âmago do estudo aqui realizado, analisando a evolução desse conceito ao longo dos tempos, incluindo o estudo da questão no cenário internacional.

Primeiramente, interessante observar que se trata de conceito cuja análise não comporta interpretação única, tendo-se em conta que depende de análise em cada caso concreto. Isto é, não existe um valor temporal ideal. Pode ser que para um processo sejam necessários poucos dias para que seu bom termo seja alcançado, enquanto para outros, isso pode se dar com meses ou até anos. Deve-se sempre aliar qualidade e tempo:

Uma correta compreensão da celeridade faz com o que o *tempo das partes* e o *tempo do juiz*, aparentemente inconciliáveis, possam ser compatibilizados. [...]. Uma decisão que prime pela qualidade será aquela que leve em consideração o tempo necessário para que o juiz analise as provas produzidas e forme o seu convencimento de forma madura. Daí

---

<sup>16</sup> NICOLITT, André Luiz. **A duração razoável do processo**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 31.

resulta a credibilidade da decisão, que se legitimou a partir de um procedimento justo (legitimação pelo procedimento).<sup>17</sup>

Isso porque cada ação ajuizada apresenta características individualizadoras, que a tornam única no mundo jurídico. Assim, por exemplo, ainda que se esteja diante de uma demanda com o mesmo *nomen juris*, a depender de diversas características pontuais (número de partes, dificuldades para chamá-las ao processo, se haverá enfrentamento de período de recesso, maior ou menor necessidade de dilação probatória, quantidade de testemunhas escolhidas, surgimento *a posteriori* de documento de juntada essencial ao deslinde do caso, interposição de recursos, pedido de suspensão processual, dentre vários outros aspectos), uma ação pode vir a demandar, naturalmente, um tempo sobremaneira superior do que outras correlatas. Isto é,

A razoável duração do processo (CF, art. 5º, LXXVIII), logicamente, deve ser harmonizada com outros princípios e valores constitucionalmente adotados no Direito brasileiro, não podendo ser considerada de maneira isolada e descontextualizada do caso relacionado [...] (HC 99936, Relatora: Ministra Ellen Gracie, Segunda Turma, julgado em 24/11/2009).

Trilhando esse exato entendimento, traz-se à colação entendimento do Tribunal Constitucional da Espanha de que *“nem toda infração dos prazos processuais constitui uma evidência de dilação processual indevida.”*<sup>18</sup>

De igual modo, os ensinamentos do processualista José Rogério Cruz e Tucci, em sua obra:<sup>19</sup>

O reconhecimento desses critérios traz como imediata consequência a visualização das *dilações indevidas* como um conceito indeterminado e aberto, que impede de considerá-las como simples inobservância dos prazos processuais prefixados.

[...]

Também não poderão ser tachadas de ‘indevidas’ as dilações proporcionadas pela atuação dolosa da defesa, que, em algumas ocasiões, dá azo a incidentes processuais totalmente impertinentes e irrelevantes.<sup>20</sup>

<sup>17</sup> RAMOS, Carlos Henrique. **Processo Civil e o Princípio da Duração Razoável do Processo**. Curitiba: Juruá, 2008, p. 63.

<sup>18</sup> Tradução livre do original em Espanhol: *“no toda infracción de los prazos procesales constituye un supuesto de dilación procesal indebida”*

<sup>19</sup> TUCCI, José Rogério Cruz e. **Tempo e processo: uma análise empírica das repercussões do tempo na fenomenologia processual (civil e penal)**. São Paulo: RT, 1997, p. 68.

<sup>20</sup> Conforme se observa em: KOEHLER, Frederico Augusto Leopoldino. **A razoável duração do processo**. Salvador: JusPODIVM, 2009.

Apesar disso, no entanto, há doutrinadores de escol que tentam chegar a um prazo máximo para que um dado processo tenha seu termo. Nesse ponto, o Juiz de Direito do Estado de São Paulo, Fernando da Fonseca Gajardoni, se manifesta no sentido de que em um sistema processual com prazos peremptórios, uma boa estimativa de prazo ideal para o deslinde de um caso se dá pela soma dos prazos indicados no *codex* Processual Civil, adicionando-se o tempo necessário ao trânsito em julgado da decisão final. Em igual sentido, posiciona-se Carlos Henrique Haddad.<sup>21</sup>

Apenas à guisa de ilustração, convém ilustrar a situação com o fato de que, anteriormente, havia previsão, no art. 281 do Código de Processo Civil, no sentido de que “no procedimento sumaríssimo, todos os atos, desde a propositura da ação até a sentença, deverão realizar-se dentro de noventa (90) dias.” Tal redação foi alterada pela Lei nº 9.245/1995, passando a constar simplesmente que “findos a instrução e os debates orais, o juiz proferirá sentença na própria audiência ou no prazo de dez dias”, ante a total inaplicabilidade da redação anterior.<sup>22</sup>

E essa dificuldade de conceituação objetiva é ainda mais expressiva quando se confirma que o objeto em apreço representa cunho constitucional, havendo múltiplas maneiras e possibilidades de integração, consoante se observa.

Desse modo, fazendo-se um cotejo conclusivo, pode-se entender o instituto em comento como sendo a duração temporal necessária e suficiente para que seja conferida a mais justa solução a uma dada lide no caso concreto, não havendo que se falar em um prazo único, já que inúmeros são os fatores que podem influenciar nessa variação temporal, sempre em respeito ao máximo ideal propugnado pelo devido processo legal.

Relativamente ao *due process of law*, fundamental observar que, em razão dele, há entendimentos no sentido de que, apesar de só ter vindo a constar explicitamente no ordenamento pátrio tal questão recentemente, desde há muito já estaria implícito na legislação nacional.

---

<sup>21</sup> Nesse sentido, conferir a obra HADDAD, Carlos Henrique Borlido. **Fatores de produtividade:** proposta de avaliação do desempenho do magistrado federal. Administração da Justiça Federal – Concurso de Monografias – 2004. Série Monografias do CEJ, v. 10. Brasília: CJF, 2005, p.37-38.

<sup>22</sup> Para aprofundamento do tema recomenda-se a leitura de: VIANA, Juvêncio Vasconcelos. Da duração razoável do processo. **Revista Dialética de Direito Processual**, local, n.34, jan. 2006, p. 65.



E esse princípio remonta à venerável *Magna Charta Libertatum*, de 1215, do Rei João Sem Terra, que, em seu artigo 39, dispunha que:<sup>23</sup>

39. Nenhum homem livre será preso, aprisionado ou privado de uma propriedade, ou tornado fora da lei, ou exilado, ou de maneira alguma destruído, nem agiremos contra ele ou mandaremos alguém contra ele, a não ser por julgamento legal dos seus pares, ou pela lei da terra.<sup>24</sup>

Constata-se, pois, que a base desse princípio remonta aos idos do século XI, havendo entendimento mesmo no sentido de que ele seria o princípio sobre qual repousam todos os demais do processo civil.<sup>25 26</sup>

Vê-se, pois, que o princípio da razoável duração do processo encontra-se em profunda consonância com o disposto na legislação nacional, estando em plena harmonia também com o princípio da eficiência, erigido à Constituição Federal pela Emenda Constitucional nº 19, nos idos de 1998:

A todos é assegurada a razoável duração do processo, segundo o princípio da eficiência, agora erigido ao status de garantia constitucional, não se podendo permitir que a Administração Pública postergue, indefinidamente, a conclusão de procedimento administrativo.  
(MS 12847 DF, Relator: Ministro Hamilton Carvalhido, Terceira Seção, julgado em 05/08/2008).

Ademais, íntima também a correlação entre este conceito em estudo relativamente ao acesso à justiça. Decerto que a demora na prestação jurisdicional representa sério entrave à perfectibilização da possibilidade de ter uma demanda apreciada pelo Judiciário:

O direito fundamental à efetividade do processo – que se denomina também, genericamente, direito de acesso à justiça ou direito à ordem jurídica justa – compreende, em suma, não apenas o direito de provocar a atuação do Estado, mas também e principalmente o de obter, em prazo

<sup>23</sup> Recomenda-se a leitura do texto: COELHO JÚNIOR, Sérgio. O processo justo e a Constituição de 1988: breve reflexão sobre a cláusula do *devido processo legal*. In: GRECO, Leonardo; MIRANDA NETTO, Fernando Gama (Org.). **Direito processual e direitos fundamentais**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

<sup>24</sup> Tradução livre do original em Inglês: “39. No freeman shall be captured or imprisoned or disseised or outlawed or exiled or in any way destroyed, nor will we go against him or send against him, except by the lawful judgment of his peers or [36] by the law of the land.”

<sup>25</sup> Nesse sentido, NERY JÚNIOR, Nelson. **Princípios do processo civil na Constituição Federal**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996, p. 31.

<sup>26</sup> Em igual caminhar, CRUZ e TUCCI, José Rogério. Garantia do processo sem dilações indevidas. **Revista Jurídica**, São Paulo, nº 227, p. 22-23, 2000. “O devido processo legal é considerado ‘gênero’ do qual todos os demais princípios constitucionais do processo são espécies.”

adequado, uma decisão justa e com potencial de atuar eficazmente no plano dos fatos.<sup>27</sup>

Destarte, clara a percepção de que não se deve tentar estipular um prazo máximo para a duração de um dado processo. Isso decorre do fato de que, ao se provocar o ente estatal para que apresente a solução a uma dada lide, espera-se, consubstanciado em todos os princípios acima referidos<sup>28</sup>, a melhor solução à demanda.

E essa solução, decerto, apresentará prazos variáveis para cada demanda *in concreto*, tendo-se em conta que a melhor prestação jurisdicional está consubstanciada em uma decisão célere, mas, ao mesmo tempo, de qualidade, sob pena de levar ao descrédito do Poder Judiciário, já de certa forma combalido, em razão de sua morosidade.

### **3.2 Do ativismo judiciário como meio extralegal para a consecução da duração razoável do processo**

É bem verdade que a lei muitas vezes pode ser injusta, não sendo razoável exigir que todos sigam o exemplo de Sócrates, e concordem com a submissão a ela, sob o argumento de que se a lei está errada, ela deve ser mudada, e não descumprida. Rigorosamente, a lei injusta não deve ser descumprida, mas afastada no caso concreto, o que, na prática, tem os mesmos efeitos. De toda forma, cabe ao Judiciário, aplicador da lei, esse papel, bem como de fazê-lo abstratamente, para a generalidade de situações, em controle concentrado de constitucionalidade.

Assim é que o legislador deve buscar, ao aplicar a lei, atingir uma solução justa. Aliás, a própria ideia de Poder Judiciário é intimamente vinculada à de Justiça, pois é a função que deve, precipuamente, buscar realizar o ideal de justiça, no melhor sentido da acepção de Ulpiano, de dar a cada um aquilo que é devido. Como bem pontuou Karl Larenz, "a globalidade da ordem jurídica está submetida à exigência obrigatória de justiça, a partir da qual, apenas, é capaz de justificar em última instância a sua pretensão de validade (em sentido normativo)"<sup>29</sup>, do que a persecução do justo deve ser finalidade precípua da Justiça.

<sup>27</sup> ZAVASCKI, Teori Albino. **Antecipação da tutela**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 64.

<sup>28</sup> A referência aqui não é exaustiva, tendo-se em conta que outros princípios, como o da garantia do direito de ação, o da inafastabilidade do controle jurisdicional, o da tutela jurisdicional adequada, dentre outros, também dizem respeito diretamente ao conceito maior em análise.

<sup>29</sup> LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do direito**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997, p. 492.

A partir desse estado de coisas, é que tem o Poder Judiciário, cada vez mais, afastado a aplicação da lei, por entendê-la injusta em determinados casos concretos, e aplicado diretamente princípios inseridos na Constituição. Essa forma de atuação dos magistrados é denominada ativismo judiciário. Alhures, notadamente nos Estados Unidos da América, o ativismo judiciário, também centrado em interpretações pessoais da Constituição, mostrou-se tema crucial na questão dos limites do Poder Judiciário, passando, apenas agora, a ocupar o centro dos debates jurídicos no Brasil.

As origens do ativismo judiciário se encontram nas decisões da Suprema Corte dos Estados Unidos em seus primeiros anos, notadamente em *Marbury v. Madison*, quando John Marshall estabelece, definitivamente, o controle difuso de constitucionalidade das leis - denominado então de *judicial review* -, não obstante o mesmo não fosse previsto na Constituição ou em qualquer diploma legal, derivando da interpretação que entendia adequada ao conflito de normas de hierarquias distintas.

O caso é de fácil resumo: ao final da administração Adams, foram criados diversos cargos de magistrados, todos nomeados ao apagar das luzes de seu mandato, inclusive Marbury, no cargo de Juiz de Paz do Distrito de Colúmbia. Porém, não foi possível concluir as formalidades necessárias a que todos assumissem seus cargos antes da posse do Presidente Thomas Jefferson, o qual determinou que as nomeações não fossem levadas a cabo. Desta feita, Marbury impetrou um *writ of mandamus* junto à Suprema Corte para obrigar o Secretário de Estado, Madison, a lhe dar posse.<sup>30</sup> Na qualidade de *Chief Justice*, Marshall asseverou que Marbury tinha direito à comissão e que Madison era obrigado a entregá-la. O reclamante, todavia, não tinha direito a impetrar o *writ of mandamus* diretamente junto à Suprema Corte, pois o *Judicial Act*, de 1789, modificava a competência originária e recursal da Suprema Corte estabelecida pela Constituição norte-americana, pelo que seria inconstitucional.

Estava estabelecido, mesmo sem qualquer previsão constitucional ou legal, por meio de atividade interpretativa, o controle de constitucionalidade das leis. Consideração interessante sobre a influência norte-americana relativamente ao controle de constitucionalidade pode ser observada no escólio de Francisco Luciano

---

<sup>30</sup> BEARD, Charles. **A Suprema Corte e a Constituição**. Rio de Janeiro: Forense, [s.d.], p. 113.

Lima Rodrigues:

É pacífica a influência norte-americana na formação do controle de constitucionalidade centrado no poder judiciário com competência para negar a aplicação de normas consideradas inconstitucionais, sendo emblemático o caso *Marbury x Madison*, julgado pela Suprema Corte americana.<sup>31</sup>

Marshall, que curiosamente fora o secretário de Estado que nomeara Marbury, fornece o mais famoso exemplo das consequências do Ativismo Judiciário, neste caso, benéfica. Aqui, a segurança jurídica foi reforçada, pois a decisão da Suprema Corte forneceu os subsídios para a superioridade concreta da Constituição. Note-se Hamilton já expusera ideias no sentido de o Judiciário poder desconsiderar estatutos inconstitucionais, ao dizer que

muito diferente é o caso, quando se trata dos atos contraditórios de uma autoridade superior e de uma autoridade subordinada - de um poder primitivo e de outro poder delegado. O que, nesse caso, a razão manda é que o ato antecedente de uma autoridade suprema seja preferido ao subsequente da autoridade subalterna; e que, por consequência, os juízes obedeçam à Constituição e desprezem qualquer estatuto que seja contrário ao que ela diz.<sup>32</sup>

O Ativismo Judiciário também é defendido por Dworkin, na medida em que prega a possibilidade de os Tribunais alterarem as políticas públicas em prol da defesa dos direitos individuais. Entretanto, o Ativismo em Dworkin é um tanto quanto limitado, na medida em que estabelece que a aplicação de princípios significa a aplicação de direito preexistente, cabendo ao Magistrado descobri-lo, bem como quando afirma que, sobre os juízes, "é enganoso o conhecido pressuposto de que eles estão legislando quando vão além de decisões políticas já tomadas por outras pessoas"<sup>33</sup>, já que isto não levaria em consideração a distinção entre argumentos de princípio e argumentos de política. De forma simplificada, os argumentos de princípio servem para justificar uma decisão política que atinge um direito de um indivíduo ou de um grupo, ao passo que os argumentos de política justificam decisão política fomentadora ou protetora de objetivo coletivo da comunidade como um todo.<sup>34</sup>

<sup>31</sup> RODRIGUES, Francisco Luciano Lima. Reflexões sobre o controle difuso da constitucionalidade no Brasil: Passado, presente e os desafios para o futuro. **Nomos** - Revista do Curso de Mestrado em Direito da UFC, Fortaleza, v. 27, 2007, p.

<sup>32</sup> HAMILTON, Madison e Jay. **O federalista**. Tradução de Hiltomar Martins Oliveira. Belo Horizonte: Líder, 2003, p. 460.

<sup>33</sup> DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 129.

<sup>34</sup> *Ibid.*, 2002, p. 129.

A rigor, melhor dizer que o juiz pode vir a legislar, ainda que de forma negativa, quando afasta a lei, para aplicar a sua própria interpretação da Constituição, criando para o caso concreto uma norma que não existia anteriormente.

O problema de alcançar a Justiça em um determinado caso prático atinge todos os julgadores e, até hoje, jamais alguém conseguiu estabelecer um conceito do que fosse justo passível de aplicação universal e que servisse como referência ideal e absoluta a uma decisão judicial. Sempre que se deixa ao juiz decidir conforme o que seja justo, a decisão será aquela que o intérprete entender justa, de modo que se cairá naquele casuísmo mencionado por Canotilho, podendo a decisão variar radicalmente conforme seja o magistrado a solucionar a lide.

Exemplificativamente, a partir de conceitos ideais, um juiz católico decidiria sempre contrariamente ao direito de uma jovem abortar, ainda que a gravidez seja fruto de um estupro, por entender que a proibição absoluta seria justa; o juiz liberal, por sua vez, consentiria sempre com o aborto, por entender ser direito da mulher dispor de seu próprio corpo conforme melhor lhe aprouver.

Estas situações também são consideradas como ativismo judiciário, desde que a decisão judicial se afaste de parâmetros razoáveis de interpretação legal, o que normalmente encontra guarida na interpretação dos princípios constitucionais, dado seu elevado grau de abstração, ferindo, claramente, o princípio da exatidão funcional proposto por Konrad Hesse. O problema, aliás, é bem exposto por Dworkin:

A Constituição é a lei fundamental dos Estados Unidos, e os juízes devem aplicar a lei. Sobre esse argumento simples e forte, John Marshal construiu a instituição da revisão judicial da legislação, uma instituição que é, simultaneamente, o orgulho e o enigma da doutrina jurídica norte-americana. O enigma reside nisto. Todos concordam em que a Constituição proíbe certas formas de legislação ao Congresso e aos legislativos estaduais. Mas nem juízes do Supremo Tribunal nem especialistas em Direito constitucional nem cidadãos comuns conseguem concordar quanto ao que ela proíbe exatamente, e a discordância é mais grave quando a legislação em questão é politicamente mais controversa e criadora de divergência. Portanto, parece que esses juízes exercem um poder de veto sobre a política da nação, proibindo as pessoas de chegar a decisões que eles, um número ínfimo de nomeados vitalícios, acham erradas.<sup>35</sup>

Importa dizer que também é falaciosa a alegação de que o Ativismo Judiciário, sobretudo no campo dos direitos fundamentais e sociais, implica em quebra da

---

<sup>35</sup> DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípios**. São Paulo: Martins Fontes, 2001, p. 42.

democracia e da separação de poderes, por permitir que um corpo não eleito de funcionários públicos, os juízes, legisle para a coletividade, perante a qual normalmente não são responsáveis, já que não costumam ser eleitos. A separação dos poderes não deve ser vista como um fim em si mesmo, e sim como uma forma de evitar a concentração de poderes conducente ao despotismo, enquanto a democracia meramente formal, sob a lógica do Estado Social, deve ceder espaço à democracia substantiva, de forma que a atuação legislativa do Judiciário, no sentido de consecução dos direitos fundamentais e sociais, na verdade prestigia a separação de poderes e o princípio democrático, já que torna concretos tais direitos, suprimindo o vácuo legislativo.

O magistrado, diante da inércia do legislador em tornar concreto o princípio da duração razoável do processo, pode, confrontando com o volume de feitos para julgar e com os dramas a eles subjacentes, optar pelo caminho do Ativismo, buscando saídas extralegais para o arcabouço legislativo que o engessa. Assim o faria ao interpretar o princípio da duração razoável do processo, afastando determinadas regras de processo, tal como a do prazo em dobro para a Fazenda, o que se diz a título de exemplo. O ativismo, pois, pode representar uma solução criativa do Judiciário para a concretização do princípio da duração razoável do processo.

### *3.2.1 A teoria de Alexy como limite ao ativismo judiciário*

A atividade interpretativa do magistrado que conduz ao Ativismo Judiciário não pode mais ser refreada, especialmente diante da inércia legislativa, havendo, porém, que ser justificada em bases racionais, que assim lhe servirão de limites. Nesse ponto, Crê-se que a Teoria do Discurso de Alexy desempenha papel de relevo, oferecendo solução adequadamente fundamentada e que impede o retrocesso hermenêutico, permitindo que a Teoria dos Direitos Fundamentais mantenha seu papel proeminente. Esta não foi a finalidade inicial do professor alemão, que apenas buscava demonstrar como deve ser feita a argumentação jurídica em qualquer situação. Seus critérios, porém, são aplicáveis a toda e qualquer discussão jurídica, dado que estabelece parâmetros coerentes e racionais para esta, assentados no consenso social, pelo que elegemos sua Teoria como hábil a conformar a atividade interpretativa judicante, mesmo diante de situações de Ativismo Judiciário.

Alexy principia sua teoria da argumentação jurídica propriamente dita demonstrando que o discurso jurídico é um caso especial do discurso prático geral, alegando que

(1) as discussões jurídicas se preocupam com questões práticas, isto é, com o que deve ou não ser feito ou deixado de fazer e (2) essas questões são discutidas com a exigência de correção. É questão de 'caso especial' porque as discussões jurídicas (3) acontecem sob limites do tipo descrito.<sup>36</sup>

Isto, aliás, é facilmente perceptível no Juízo cível, em que as partes não procuram convencer uma a outra, e sim expor suas ideias de tal modo que convenceriam qualquer pessoa de seu direito. Isto, que Alexy expôs sob o ponto de vista teórico, é o que se percebe na prática, pretendem as partes: convencer o juiz de seu direito.<sup>37</sup>

De forma simplificada, pode-se afirmar, então, que o magistrado, diante de seu dever de fundamentar as decisões judiciais, deve buscar fazê-lo de tal forma que convenceria qualquer pessoa racional da correção de seus argumentos. Assim, quando o magistrado despreza a lei, afastando-a para criar norma em um determinado caso concreto, contribuindo, pois, para o ativismo judicial, deve fazê-lo de tal forma que seja capaz de persuadir racionalmente a coletividade de que agiu da forma correta. É nesse ponto que a Teoria do Discurso de Alexy demonstra ser o meio hábil para a satisfação da necessidade de o ativismo judiciário contar com critérios racionais que o conformem, pois os destinatários da norma também são as mesmas pessoas que podem modificá-la. Se elas estão convencidas de que a decisão do magistrado, que afastou a norma, está correta, porque se haveria de questionar a validade de tal decisão? A norma é elaborada em benefício da sociedade, de forma que se o sentimento social está contra a norma, e o magistrado decide conforme o referido sentimento, o afastamento da norma é válido.

Evidentemente, tal como exposto acima, isto não pode ficar à margem da livre determinação do juiz. Daí a importância da Teoria do Discurso Jurídico: é preciso que haja consenso social para que o ativismo judiciário seja válido. Sem isto, estar-se-á diante de uma quebra pura e simples do princípio da separação dos poderes e diante do arbítrio, subvertendo a sublime função do magistrado de pacificador social,

---

<sup>36</sup> ALEXY, Robert. **Teoria da argumentação jurídica**. São Paulo: Landy, 2001, p. 212.

<sup>37</sup> *Ibid.*, 2001, p. 217.

que assim seria uma mera fonte de insegurança jurídica. Quanto a esta, não há insegurança jurídica se as regras forem afastadas em função do sentimento coletivo, pois este é o desejo popular.

Apenas conceituar o discurso jurídico como caso particular do discurso em geral não oferece os balizamentos necessários à adequada compreensão do tema, sendo necessário tratar da questão da justificação dos discursos jurídicos, que pode ser interna ou externa. A justificação interna tem a ver com saber “se uma opinião segue logicamente das premissas aduzidas para justificá-la. A correção dessas premissas é o assunto tema da justificação externa.”<sup>38</sup>

A rigor, a justificação interna tem a ver com a questão dos silogismos, e pode ser resumida da seguinte maneira:

(J.2.1) Ao menos uma norma universal precisa ser aduzida na justificação de um julgamento jurídico.

(J.2.2) Um julgamento jurídico precisa seguir logicamente de ao menos uma norma universal juntamente com outras afirmações.<sup>39</sup>

Essas duas regras não implicam em formulação do conteúdo da norma universal e não impedem que este seja modificada, mesmo pela via de exceções. Estas, porém, têm de ser universais. O fato é que se o julgador abre uma exceção em determinado caso, a referida exceção deve se aplicar a todos os casos similares. Daí que, se o Supremo Tribunal Federal concordou com a quebra de instância para atender ao *habeas corpus* de Daniel Dantas, deverá admitir a mesma quebra em todos os casos similares, sob pena de casuísmo. Deste singelo exemplo, avulta a importância de regras argumentativas para a quebra da lei pelo Judiciário.

No âmbito da justificação externa, Alexy identifica três tipos de premissas a serem justificadas: as regras da lei positiva, as afirmações empíricas e as premissas que não são nem afirmações empíricas nem regras da lei positiva. O primeiro deles, as regras da lei positiva, deve ser justificado pela demonstração de que a referida vale conforme os critérios pertinentes à validade da ordem jurídica; o segundo, os enunciados empíricos, é justificado a partir de métodos das ciências empíricas, máximas de presunção racional e regras processuais pertinentes às provas; finalmente, a terceira premissa é justificada a partir da argumentação jurídica,

---

<sup>38</sup> Ibid., 2001, p. 218.

<sup>39</sup> Ibid., 2001, p. 219.



utilizando-se, aí, um grupo de regras e formas da justificação externa. Deve-se ter em mente, todavia, que essas formas de justificação não são estanques, de modo que sua individualização serve demasiadamente para se conhecer adequadamente os métodos de justificação.

Alexy distingue seis grupos de regras de justificação externa, aos quais já se referiu à palavra por ele utilizada para caracterizá-los: (1) interpretação (sendo o estatuto a palavra correspondente), (2) argumentação dogmática (dogmática), (3) uso de precedentes (precedente), (4) argumentação geral prática (razão), (5) argumentação empírica (fatos), e formas especiais de argumentos jurídicos (formas especiais de argumentos jurídicos).<sup>40</sup>

A argumentação prática geral é o próprio fundamento da argumentação jurídica, enquanto que a argumentação empírica não elabora regras e formas específicas, embora seja de grande relevância para as argumentações prática geral e jurídica, podendo se passar, a qual momento, da argumentação a um discurso empírico.<sup>41</sup>

A importância da argumentação empírica é muitas vezes constatada na circunstância de que não há dúvidas sobre a norma a ser aplicada, havendo discussão somente quanto aos fatos. O Juiz, especialmente o da seara criminal, muitas vezes se restringe a verificar se os fatos ocorreram ou não, para aplicar um comando normativo que, naquele caso, é inquestionável. Daí que, em um furto, importa, sobretudo, verificar se foi ou não praticado pelo acusado, e, apenas a partir daí, verificar se há causas de aumento ou diminuição da pena, exclusão da punibilidade, etc.; de todo modo, são os fatos o determinante em situações como esta. A redução da questão apenas aos fatos não pode, frise-se, ser aceita; embora eles possam ser a regra de justificação externa dominante em certa situação, a redução aos fatos implica, novamente, na problemática de se deixar a questão ao livre arbítrio do Magistrado, já que o mesmo aprecia os fatos conforme sua percepção da realidade, que é subjetiva. Por isto, tão necessários são os outros critérios.

Quanto à interpretação, Alexy se vale da noção de cânones da interpretação,

---

<sup>40</sup> Ibid., 2001, p. 225.

<sup>41</sup> ATIENZA, Manuel. **As razões do direito**: Teorias da argumentação jurídica. São Paulo: Landy, 2006, p. 174.

sobre cujo número, formulação precisa, ordem hierárquica e valor, não há ainda acordo<sup>42</sup>. De todo modo, Alexy propõe que se refere a alguns cânones, como os argumentos semântico, genético, histórico, comparativo sistemático e teleológico. Ora, se há diversos cânones que o intérprete pode se valer, a questão de hierarquizá-los ou, pelo menos, de se estabelecer critérios de precedência de uns sobre os outros, torna-se central na sua aplicação. Essa impossibilidade de hierarquia foi reconhecida pelo próprio Alexy, que, porém, definiu critérios para a precedência:

J.7) Os argumentos que exprimem uma ligação com o teor literal da lei ou com a vontade do legislador histórico prevalecem sobre os demais, a não ser que se possam apresentar outros motivos racionais que concedam prioridade a outros argumentos.

J.8) A determinação do peso de argumentos de formas diferentes deve ocorrer segundo regras de ponderação.

J.9) É preciso levar em consideração todos os argumentos que for possível propor, e que possam ser incluídos, pela sua forma, entre os cânones da interpretação.<sup>43</sup>

Esse último item, J.9), diz respeito à exigência de saturação, que é resumida ao fato de que "um argumento de uma forma particular só é completo se contiver todas as premissas que pertencem a esta forma."<sup>44</sup> Quer dizer, o Juiz, ao aplicar os cânones da hermenêutica, que, notadamente, são aqueles tipos de interpretação mencionados no tópico anterior, deve atentar primeiramente para a letra da lei e depois para a *mens legislatoris*, e, obrigatoriamente, aplicá-los com a utilização de todas as premissas pertinentes, sob pena de a aplicação se dar de forma errônea. Nem todas as operações se sujeitam ao princípio comutativo, de modo que a ordem em que elas são aplicadas pode interferir no resultado, do que a Teoria do Discurso, ao estabelecer a ordem de precedência, busca estabelecer resultados coerentes, frutos da mesma lógica argumentativa.

Quanto à argumentação dogmática, nela se distinguem três dimensões: descritivo-empírica, lógico-analítica e normativo-prática, que correspondem à descrição da lei, a sujeição dela à análise conceitual e sistemática e a elaboração de propostas sobre a solução do problema jurídico. A dogmática tem por tarefa a análise lógica dos conceitos jurídicos, a unificação desta em um sistema e a aplicação de seus resultados na justificação de decisões judiciais.

<sup>42</sup> ALEXY, Robert. **Teoria da argumentação jurídica**. São Paulo: Landy, 2001, p. 227.

<sup>43</sup> ATIENZA, Manuel. **As razões do direito**: Teorias da argumentação jurídica. São Paulo: Landy, 2006, p. 176.

<sup>44</sup> ALEXY, Robert, op. cit., 2001, p. 236.

A dogmática jurídica assume um papel muito importante quanto à fundamentação da argumentação jurídica, pelos diversos papéis que desempenha. Conforme Alexy<sup>45</sup>, a dogmática desempenha as seguintes funções:

- 1) de estabilização: as soluções podem ser retidas e reproduzidas, por conta das proposições dogmáticas, de modo que as formas de decidir podem ser fixadas por períodos longos. Isto não implica em imutabilidade, mas que há necessidade de mudar uma forma de decidir precisa ser tal que justifique a nova decisão e o rompimento com a decisão anterior. Isto contribui sobremaneira para a segurança jurídica.
- 2) de desenvolvimento: institucionalizando-se a dogmática permite a expansão da discussão jurídica, no que pertine a tempo, tópicos e pessoas, desenvolvendo a própria dogmática. Claramente, esta função se relaciona com a anterior.
- 3) redutora de encargo: uma vez que é possível se adotar ideias que já foram debatidas e aceitas anteriormente, permitindo a dispensa de parte do processo justificativo, salvo a presença de alguma necessidade especial. Isto é de grande relevância para a atividade judicial, já que o volume de processos é gigantesco e o quadro pessoal bastante reduzido, tornando-se completamente inviável que a cada processo se tivesse que discutir toda a dogmática jurídica novamente. A própria discussão jurídica ficaria prejudicada, pois o debate não avançaria nunca se houvesse que se partir do princípio a cada vez.
- 4) técnica: considerando-se que a formulação de conceitos, afirmações, instituições, etc., facilita o aprendizado jurídico, já que a matéria é apresentada de forma unificada e sistemática.
- 5) controladora: a dogmática permite que ao se decidir um caso, seja possível fazê-lo não de forma isolada, mas tomando em conta os casos anteriormente decididos, e aqueles que ainda serão decididos. Efetivamente, os Magistrados procuram se fundamentar em decisões anteriores, e se preocupam com o impacto de suas decisões, já que, para casos seguintes, ela poderá servir como parâmetro.
- 6) heurística: a dogmática fornece diversos modelos para resolver problemas, que ainda que não sirvam a um determinado caso, servem como ajuda efetiva para tanto, atuando de forma sistemática.

Os precedentes não são desprezados por Alexy, especialmente em função do princípio da universalizabilidade, "a exigência de que tratemos casos iguais de modo semelhante, o que está por trás da justiça como qualidade formal."<sup>46</sup> A questão é que raramente o magistrado está diante de dois casos perfeitamente idênticos, pois cada qual sempre possui suas peculiaridades. Deve-se ter em mente, ainda, que no intervalo da decisão entre um caso e outro que lhe seja fundamentalmente similar, é possível que o Julgador tenha mudado sua opinião, de forma que o precedente poderá não vir a ser aplicado, o que, a princípio, contrariaria a ideia de universalizabilidade. Por este motivo, é possível se concluir que os precedentes, sempre que possível, devem ser utilizados - e este é um expediente comumente

---

<sup>45</sup> ALEXY, Robert, op. cit., 2001, p. 253-257.

<sup>46</sup> ALEXY, Robert, op. cit., 2001, p. 259.

utilizado pela judicatura brasileira com vistas a atender a necessidade de fundamentação das decisões judiciais. Havendo a opção de se afastar do precedente, o magistrado deverá expor, argumentativamente, seus motivos. Quer dizer, o precedente não pode ser totalmente vinculativo, pois, do contrário, não seria possível a que qualquer pessoa discutisse qualquer afirmação, invalidando a ideia do discurso jurídico como caso particular do discurso em geral.

Finalmente, as formas especiais de argumento jurídico dizem respeito ao *argumentum a contrario*, *argumentum a fortiori* e *argumentum ad absurdum*, i.e., argumento *a contrario sensu*, analogia e a redução ao absurdo. O primeiro permite uma inferência lógica, o segundo atende à necessidade de que casos iguais sejam tratados de modo semelhante e o terceiro auxilia a fundamentação jurídica com base nas consequências do raciocínio expendido.

O fato de a Teoria do Discurso oferecer critérios fortes para a argumentação jurídica não implica, necessariamente, que a jurisprudência a ser criada daí tenha caráter de certeza, de infalibilidade. O seu caráter racional não deriva da certeza, a qual sequer é absoluta. O que dá azo a essa racionalidade é, sobretudo, a conformidade da jurisprudência "a essas condições, critérios ou regras que constituem o caráter racional da argumentação jurídica."<sup>47</sup>

Por este motivo, a Teoria do Discurso se apresenta como sendo um método para a correção das decisões judiciais, a qual sempre poderá ser contestada, dado o caráter do discurso jurídico de caso particular do discurso em geral, e não para a certeza da jurisprudência.

Os critérios expostos por Alexy, extremamente racionais, são aplicáveis indistintamente, quer se cuidem de questões triviais, quer de decisões judiciais que envolvam consequências de grande repercussão social. Muito de sua importância tem a ver com a busca pelo consenso, o que é especialmente importante na solução das 'questões difíceis', dado seu grande alcance social. Isto não significa, porém, que todas são possíveis e corretas. Daí Alexy ter manifestado que

a idéia reguladora da única resposta correta não pressupõe que exista, para cada caso, uma única resposta correta. Só pressupõe que, em alguns casos, se pode dar uma única resposta correta e que não se sabe em que

---

<sup>47</sup> ALEXY, Robert, op. cit., 2001, p. 272.

casos é assim, de maneira que vale a pena procurar encontrar, em cada caso, a única resposta correta.<sup>48</sup>

### 3.3 Métodos de defesa da duração razoável do processo

Como já se aludiu, com a Emenda Constitucional nº 45, inúmeras foram as modificações efetivadas: distribuição imediata dos processos (art. 93, XV/CF); a atividade ininterrupta nos juízos e tribunais de segundo grau – fim das férias coletivas (art. 93, XII/CF); extinção dos tribunais de alçada (art. 4º da EC nº 45/2004<sup>49</sup>); ampliação da competência da Justiça do Trabalho (art. 114/CF); possibilidade, pelo STJ, de homologação de sentenças estrangeiras e de concessão do *exequatur* às cartas rogatórias (art. 105/CF); instituição do conceito de Repercussão Geral para admissão dos Recursos Extraordinários (art. 102, III/CF); criação do instituto das Súmulas Vinculantes (art. 103-A/CF), dentre várias outras, cuja análise foge ao escopo maior deste trabalho.

O certo é que, no entanto, em inúmeros casos, o maior fator limitante do correto tramitar de um processo decorre da atitude das próprias partes. Quase sempre, o derrotado recorre da decisão que, a seu ver, não é justa, apenas para que não se opere o trânsito em julgado, concretizando o *decisum*. Nesse ponto, cabe firme atuação do Poder Judiciário na punição daqueles que não respeitarem os mínimos deveres de lealdade e de boa-fé.<sup>50</sup>

A seguir faz-se análise acerca dos principais mecanismos, por meio dos quais se visa a alcançar a tão propalada duração razoável do processo. Consoante se verá, muitos são os mecanismos que já foram postos em prática, razão pela qual se acredita estar-se trilhando um caminho em direção a um Judiciário mais eficiente<sup>51</sup> e célere.

---

<sup>48</sup> ALEXY *apud* ATIENZA, Manuel. **As razões do direito**: Teorias da argumentação jurídica. São Paulo: Landy, 2006, p. 183.

<sup>49</sup> “Art. 4º Ficam extintos os tribunais de Alçada, onde houver, passando os seus membros a integrar os Tribunais de Justiça dos respectivos Estados, respeitadas a antigüidade e classe de origem.”

<sup>50</sup> “[...] imperiosidade do agente do Poder Judiciário lançar mãos das sanções previstas na legislação específica”. TUCCI, José Rogério Cruz e. **Tempo e processo**: uma análise empírica das repercussões do tempo na fenomenologia processual (civil e penal). São Paulo: RT, 1997, p. 124.

<sup>51</sup> Nesse ponto, fundamental as observações de Arruda, ao aduzir que: “pode-se dizer, em resumo, que no papel de detentor do monopólio da Jurisdição e em atenção ao princípio do Estado de Direito, compete ao Estado organizar um sistema judicial amplamente acessível à população e apto à prestação da tutela efetiva. Por efetividade da tutela, compreenda-se também uma prestação jurisdicional em tempo útil, uma prestação judicial temporalmente eficaz”. ARRUDA, Samuel Miranda. **Direito fundamental à razoável duração do processo**. Brasília: Brasília Jurídica, 2006, p. 95.

### 3.3.1 Informatização do processo judicial (Lei nº 11.419/2006)

No final do ano de 2006, editou-se a Lei nº 11.419, também conhecida como Lei do Processo Eletrônico, por meio da qual se estipularam os principais marcos acerca da informatização do processo judicial, acrescentando e alterando alguns dos artigos do Diploma Processual Civil, o qual, publicado em 1973, evidentemente, não apresentava, em seu texto original, qualquer referência ao uso dos engenhos de Tecnologia da Informação, quase que totalmente inexistentes, ou pelo menos bastante restritos, à época de sua elaboração.

A referida Lei não representa solução decisiva aos entraves encarados por aqueles que têm de apelar ao Judiciário. Ambiciona-se, no entanto, impulsionar o trâmite processual, uma vez que diversas das fases do processo<sup>52</sup> passarão a ser realizadas automaticamente pelas máquinas, dotadas de inteligência artificial, havendo mesmo quem chegue a afirmar que os computadores terão “fé pública”, algo até então privativo de algumas poucas autoridades pátrias, vez que realizarão atividades fundamentais para o desenvolvimento das demandas judiciais antes desempenhadas tão somente por seres humanos de alta confiança.

Apenas à guisa de ilustração do afirmado, convém transcrever trecho do discurso da Ministra do Supremo Tribunal Federal, Ellen Gracie Northfleet, proferido no dia 1º de fevereiro de 2007, na abertura do respectivo Ano Judiciário:

[...] As duas primeiras leis a que me referi [Leis nº 11.417 e 11.418] dizem de perto com a atuação deste Supremo Tribunal Federal, mas repercutem sobre a totalidade da estrutura judiciária. A terceira [Lei Nº 11.419], porém, representa mudança de paradigma para toda a Justiça brasileira. A possibilidade de utilização de procedimento eletrônico abre ao Poder Judiciário a oportunidade de livrar-se daquele que é reconhecidamente o seu problema básico, a morosidade.

[...] Tive ocasião de demonstrar, no já longínquo ano de 1992, com base em pesquisa sobre processos do arquivo da Justiça Federal, que não menos que 70% do tempo total de um processo correspondem a essa repetição de juntadas, carimbos, certidões e movimentações físicas dos autos. Assim, a utilização dos recursos tecnológicos significará racionalização e redução drástica de tais tarefas, permitindo aos magistrados dedicarem-se,

---

<sup>52</sup> Dentre essas etapas processuais que passarão a ser realizadas com o auxílio da Tecnologia da Informação, destaca-se: numeração de páginas, elaboração das citações e intimações, certificação de prazos, emissão de certidões corridas, dentre outras.

verdadeiramente, às criativas tarefas de construção das soluções para os litígios que lhes são submetidos.<sup>53</sup>

Hodiernamente, o Processo Judicial Digital, realidade encampada pelo Conselho Nacional de Justiça, já está sendo utilizado na quase totalidade dos Juizados Especiais estaduais do Brasil, já apresentando inúmeros resultados positivos, ampliando as questões atinentes à utilização da documentação eletrônica.

Ocorre que, infelizmente, no Brasil, poucos, mesmo dentro do universo dos Advogados, são os que ainda têm conhecimento suficiente para manusear um computador e ajuizar sem maiores delongas uma demanda, utilizando-se da Internet. Isto é, constatou-se que “há parcela da sociedade que possui acesso à Internet, mas somente a utiliza para jogos etc.”<sup>54</sup> Em sendo assim, deve-se atentar para que a informatização do processo judicial não termine por representar exclusão daqueles digitalmente menos favorecidos, restringindo o acesso deles ao Judiciário.

Ademais, sobre o tema, fundamental a nova doutrina que vem se firmando dando nova interpretação à tradicional Teoria Tridimensional do Direito de Miguel Reale<sup>55</sup>, incluindo, além dos já conhecidos elementos Fato, Valor e Norma, o item “Tempo”:

A aplicação, portanto, da fórmula tridimensional do direito adicionada do elemento Tempo resulta do Direito Digital. Este quarto elemento é determinante para estabelecer obrigações e limites de responsabilidade entre as partes, quer seja no aspecto de contratos, serviços, direitos autorais, quer seja na proteção da própria credibilidade jurídica quanto à sua capacidade em dar solução a conflitos.<sup>56</sup>

Ademais, convém fazer alusão às Leis nº 11.280<sup>57</sup> e nº 11.341<sup>58</sup>, ambas do ano de 2006, que, de modo geral, serviram para sedimentar a utilização da Tecnologia da

<sup>53</sup> [1] NORTHFLEET, Ellen Gracie. Sessão solene de instalação do ano judiciário de 2007. Disponível em: <[http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/publicacaoPublicacaoInstitucionalAberturaAno/anexo/Abertura\\_Ano\\_Judiciario\\_2007.pdf](http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/publicacaoPublicacaoInstitucionalAberturaAno/anexo/Abertura_Ano_Judiciario_2007.pdf)>. Acesso em: 27 jun. 2009.

<sup>54</sup> ALMEIDA FILHO, José Carlos de Araújo. **Processo eletrônico e teoria geral do processo eletrônico**: A informatização judicial no Brasil. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 43-46.

<sup>55</sup> Para explicação completa sobre o tempo, v., por todos: REALE, Miguel. **Teoria tridimensional do direito**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1994.

<sup>56</sup> PINHEIRO, Patrícia Peck. **Direito digital**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 37.

<sup>57</sup> Altera os arts. 112, 114, 154, 219, 253, 305, 322, 338, 489 e 555 da Lei no 5.869, de 11 de janeiro de 1973 - Código de Processo Civil, relativos à incompetência relativa, meios eletrônicos, prescrição, distribuição por dependência, exceção de incompetência, revelia, carta precatória e rogatória, ação rescisória e vista dos autos; e revoga o art. 194 da Lei no 10.406, de 10 de janeiro de 2002 - Código Civil.

<sup>58</sup> Altera o parágrafo único do art. 541 do Código de Processo Civil - Lei no 5.869, de 11 de janeiro de 1973, para admitir as decisões disponíveis em mídia eletrônica, inclusive na Internet, entre as suscetíveis de prova de divergência jurisprudencial.

Informação por parte do Poder Judiciário. Com essas alterações, procurou-se firmar a utilização do computador como mecanismo para acelerar o trâmite processual.

Vê-se, pois, que a Tecnologia da Informação pode representar um mecanismo a ser utilizado para reduzir a morosidade do Poder Judiciário, garantindo um tramitar dos processos com maior celeridade, tendo em vista que atuará reduzindo o tempo gasto com questões de menor importância, possibilitando que os servidores dediquem-se às questões de real necessidade.

### 3.3.2 *Julgamento Antecipado da Lide – Art. 330 do Código de Processo Civil*

O Código de Processo Civil, em seu art. 330, disciplina o referente ao julgamento antecipado da lide, ao se reportar no sentido de que:

Art. 330. O juiz conhecerá diretamente do pedido, proferindo sentença:  
I – quando a questão de mérito for unicamente de direito, ou, sendo de direito e de fato, não houver necessidade de produzir prova em audiência;  
II – quando ocorrer a revelia (art. 319).

Tal instituto figura grande avanço para o Processo Civil brasileiro, tendo por fito extinguir, em alguns casos, os protocolos supérfluos e descomedidos do legislador, que, em certos casos, prevê uma série de passos anteriores à tomada final de uma decisão judicial.

Isso decorre como consequência do fato de que casos há em que a dilação probatória, quer em audiência, quer por meio de perícia, faz-se totalmente irrelevante para o desfecho final de uma determinada demanda, representando apenas prejuízo de tempo esse alongamento desnecessário.

Em termos procedimentais, esse dispositivo deve ser utilizado quando houver possibilidade de extinção da demanda mediante quaisquer das hipóteses previstas nos arts. 267<sup>59</sup> e 269, II a V<sup>60</sup>, do Código de Processo Civil, já que, em se confirmando quaisquer desses casos, a decisão expedida não examinará o *meritum causae* propriamente dito, a despeito da possibilidade de tal decisão dar-se através da prolação de sentença definitiva. Observe-se:

---

<sup>59</sup> “Art. 267. Extingue-se o processo, sem resolução de mérito: [...]”

<sup>60</sup> “Art. 269. Haverá resolução de mérito [na extinção do processo: [...]”



Assim, o julgamento antecipado da ação representa uma forma anormal de decisão, tendo em vista que é ultrapassada a fase instrutória do processo, ou seja, pelo fato de tratar-se de questão unicamente de direito ou que prescindida de produção de provas, por já se ter todos os fatos alegados devidamente comprovados por meio de documentos, o Magistrado deverá conhecer diretamente do pedido e exarar, desde logo, sentença de mérito, recorrível através de recurso de apelação, apesar de ser proferida fora de sua rota regular.<sup>61</sup>

Tal construção foi prevista, primeiramente, no parágrafo único do art. 350 do antigo diploma processual civil de 1939, que assim estabelecia:

Parágrafo único: o juiz conhecerá, entretanto, diretamente do pedido, proferindo sentença definitiva, quando a questão de mérito for unicamente de direito, ou, sendo de direito e de fato, não houver de produzir prova em audiência.

Vislumbrada, pois, a possibilidade de o juiz adentrar o mérito da demanda, podendo, de forma definitiva, sobre ela posicionar-se, evidente, que a correta utilização desse instrumento servirá como poderoso meio apto a reduzir a quantidade de ações a serem julgadas. Isto é,

O estudo acerca do tema visa o aprofundamento acerca da matéria com o escopo de auxiliar uma nova mentalidade da magistratura no sentido de que o julgamento antecipado da lide figura como um dos instrumentos mais eficazes para o combate à morosidade do Judiciário.<sup>62</sup>

Reduzindo o número de ações a serem apreciadas, há, inclusive, um aumento do tempo que o magistrado poderá dedicar-se ao restante dos processos pendentes de julgamento, o que também funciona como meio de favorecer julgamentos mais correspondentes à realidade, aumentando, sobremaneira, a segurança jurídica.

### 3.3.3 Sentença Liminar de Mérito – Art. 285-A do Código de Processo Civil

Além dos métodos acima já relatados, com a Lei nº 11.277, de 2006, introduziu-se o art. 285-A ao Código de Processo Civil, o que, também, contribuiu para a diminuição do tempo de tramitação dos processos, *verbatim*:

Art. 285-A. Quando a matéria controvertida for unicamente de direito e no juízo já houver sido proferida sentença de total improcedência em outros casos idênticos, poderá ser dispensada a citação e proferida sentença,

<sup>61</sup> MACEDO JR., Alberto Republicano de. **Julgamento antecipado da lide como forma de evitar a morosidade judicial.** Disponível em: <[http://www.tjrj.jus.br/institucional/dir\\_gerais/dgcon/pdf/artigos/direi\\_pro\\_civil/julgamento\\_antecipado\\_lide\\_forma\\_evitar\\_morosidade\\_judicial\\_2.pdf](http://www.tjrj.jus.br/institucional/dir_gerais/dgcon/pdf/artigos/direi_pro_civil/julgamento_antecipado_lide_forma_evitar_morosidade_judicial_2.pdf)>. Acesso em: 22 jan. 2010.

<sup>62</sup> Ibid., 2010, on-line.

reproduzindo-se o teor da anteriormente prolatada. (Incluído pela Lei nº 11.277, de 2006).

§ 1º Se o autor apelar, é facultado ao juiz decidir, no prazo de 5 (cinco) dias, não manter a sentença e determinar o prosseguimento da ação.

§ 2º Caso seja mantida a sentença, será ordenada a citação do réu para responder ao recurso.

Observa-se, dessarte, que, com tal modificação, há clara autorização legal para que o juiz, em se deparando com processos idênticos<sup>63</sup>, profira decisão extinguindo-o, sem que nem mesmo se faça necessária a citação da parte demandada. Assim se procedendo, evita-se que o demandado tenha sua quietude atrapalhada.

Com essa alteração do Código, fica clara a intenção do legislador de dar, também, mais importância à uniformização da jurisprudência, evitando-se a repetição excessiva de lides semelhantes, cuja consequência representa o prolongamento do processo de balde.

Tal instituto, no entanto, só pode ser utilizado caso o Magistrado esteja diante de matéria unicamente de direito. Se estiver em querela alguma tese que abranja questão de fato, não será lícita a utilização deste dispositivo. Neste sentido:

**CONTRATO BANCÁRIO. AÇÃO DE REVISÃO. JULGAMENTO DE PLANO, COM BASE NA RÉGRA DO ARTIGO 285-A DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL, NÃO CABIMENTO. CASO QUE NÃO ENVOLVE APENAS MATÉRIA DE DIREITO, MAS TAMBÉM E PRINCIPALMENTE MATÉRIA DE FATO. RECURSO PROVIDO.**

Se o caso não envolve apenas matéria de direito, mas também e principalmente matéria de fato, desde que nele são discutidas questões específicas dos negócios realizados, ou que destes emergem, inviável a sua improcedência de plano. Aos propósitos da lei é evidente que 'casos idênticos' não são os relativos a uma mesma tese jurídica, que pode genericamente ser aplicada a uma variedade de casos, mas só aqueles em que se repitam as mesmas circunstâncias fáticas e jurídicas, que em nada se diferem numa e noutra ação.

(Apelação com Revisão Nº 7.111.185-4, Relator: Desembargador Gilberto dos Santos, 11ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, julgado em 11/01/2007).

Sobre o tema, suscitou discussão o fato de que, quando o juiz profere sentença liminar de mérito, com esteio no aqui analisado art. 285-A, não se procede sequer à citação do demandado, não se formando a tão aludida 'tríade processual', autor-juiz-réu.

<sup>63</sup> Como bem explicam Luiz Rodrigues Wambier, Tereza Wambier e José Miguel Garcia Medina, "por casos idênticos haver-se-á de entender aqueles em que se repitam as mesmas circunstâncias fáticas e jurídicas, que em nada se diferem numa e noutra ação." WAMBIER, Luiz Rodrigues; WAMBIER, Tereza; MEDINA, José Miguel Garcia. **Breves comentários à nova sistemática processual civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 68.

Ocorre que, na realidade, a demanda é julgada *in totum* a favor do promovido, não havendo que se falar em nenhum prejuízo para ele ante a ausência de defesa. Desse modo, de todo desnecessária a formação do contraditório. Só haveria dispêndio de tempo e de material com a expedição da respectiva citação e a posterior abertura de prazo para oferecimento de contestação, sendo que todo esse procedimento em nada alteraria o julgamento que o Magistrado ofereceria.

Encontra-se pendente de julgamento, no Supremo Tribunal Federal, a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 3695, ajuizada pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB), por meio da qual se discute a constitucionalidade do dispositivo sob comento. Na exordial dessa ADI sinaliza-se que se

‘institui entre nós uma sentença vinculante, impeditiva do curso do processo em primeiro grau’, bem como que ‘[...] o diploma normativo permite que processos debatendo o mesmo tema, mas distribuídos a diferentes magistrados, tenham curso normal ou abreviado, conforme tenha sido proferida ou não sentença relativa ao mesmo assunto no juízo’.<sup>64</sup>

Hodiernamente, o processo encontra-se concluso ao Relator, o Excelentíssimo Ministro Cezar Peluso, desde o dia 22 de abril de 2009.

Assim, a utilização da novel previsão da sentença liminar de mérito, desde que cercada dos devidos cuidados, certamente, terá fundamental importância para, pelo menos, mitigar a quantidade de ações em trâmite no Judiciário, levando a uma redução na espera por soluções das demandas.

### 3.3.4 *Súmulas de Efeito Vinculante*

Outro mecanismo que se apresenta como forma de defesa da razoável duração do processo são as Súmulas<sup>65</sup> Vinculantes<sup>66</sup>, introduzidas no ordenamento

<sup>64</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Excertos retirados da petição inicial da ADI nº 3695.** Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/geral/verPdfPaginado.asp?id=335580&tipo=TP&descricao=ADI%2F3695>>. Acesso em: 24 jan. 2010.

<sup>65</sup> As súmulas são concisos enunciados que, de maneira objetiva, explicitam a interpretação de tribunal superior a respeito de determinada matéria. As súmulas podem ser enquadradas em quatro tipos: 1) *súmulas tautológicas*, que dizem exatamente o que diz a lei ou apresentam afirmação óbvia; 2) *súmulas intra legem*, que firmam uma interpretação compatível com o texto legal; 3) *súmulas extra legem*, que têm por finalidade restringir as possibilidades recursais; 4) *súmulas inconstitucionais* ou *contra legem*, que firmam interpretação flagrantemente incompatível com a Constituição ou com o texto legal. CARVALHO, Kildare Gonçalves de. **Direito constitucional – Teoria do Estado e da Constituição – Direito Constitucional Positivo.** 14. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2008, p. 522.

jurídico pátrio através, também, da Emenda Constitucional nº 45, que adicionou o art. 103-A à Magna Carta. Esse dispositivo foi posteriormente regulamentado, no ano de 2006, pela Lei nº 11.417.

Em sendo assim, constata-se que se está diante de instituto sobremaneira recente, de tal sorte que ainda não se pode avaliar, com bastante propriedade, a sua concreta eficácia, já se vislumbrando, no entanto, melhorias significativas.

Consoante se depreende da leitura do §1º do art. 103-A, o instituto da Súmula Vinculante foi idealizado com o fito de “evitar grave insegurança jurídica e relevante multiplicação de processos sobre questões idênticas”. Isto é, ao mesmo tempo em que representa fator que servirá como forma de acelerar o trâmite processual, ao restringir a propagação de processos repetitivos, também atuará no sentido de ampliar a segurança jurídica.<sup>67</sup>

No tocante à multiplicação dos processos, fundamental a observação de que essa questão é tão relevante que um dos fundamentos necessários para a edição de uma súmula diz respeito à multiplicação de causas a respeito do tema que a criação do Judiciário versará. Relativamente à segurança jurídica, ela está calcada no fundamento de que, com a unidade de ideias a serem dispostas na sentença, haverá a prolação de sentenças semelhantes a respeito daquele mesmo tema.

Ademais, mister observar que a própria essência da súmula requer a prévia existência de uma lei, que emana do Poder Legislativo. Isto é, em verdade, a súmula, originada no Poder Judiciário, representa interpretação de lei.

Frise-se questão fundamental, no sentido de que resquício desse instituto pode ser encontrado nas ações declaratórias de constitucionalidade e de

---

<sup>66</sup> Até o presente momento, o Supremo Tribunal Federal (STF) já editou 27 súmulas diferentes, consoante se observa do *site* da Corte: BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaSumulaVinculante>>. Acesso em: 30 jan. 2010.

<sup>67</sup> “[...] o artigo 103A da Constituição outorga poderes ao Supremo para formular súmulas vinculantes tendo por objeto a validade, a interpretação e a eficácia de normas, acerca das quais haja controvérsia atual entre órgãos judiciários ou entre esses e a administração pública que acarrete grave insegurança jurídica e relevante multiplicação de processos sobre questão idêntica. Como se vê, trata-se de um texto constitucional cujo sentido é o de conceder poderes ao Supremo para a emissão de súmulas vinculantes”. ROCHA, José de Albuquerque. Súmula vinculante e democracia na Constituição. In: ENCONTRO PREPARATÓRIO PARA O CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI, XVII. **Anais...** Salvador, 2008, p. 2643-2659.

inconstitucionalidade (ADC e ADIn), quando em sede de controle concentrado. Isso porque os efeitos das sentenças proferidas nesses processos atrelam os órgãos da Administração Pública e do Poder Judiciário ao seu cumprimento. Tal força, contudo, decerto, não se apresenta com a mesma intensidade do que agora se observa com esse instituto em estudo.

Ocorre que, decerto, descumprimentos há em relação aos casos que já se encontram sumulados. Quando se verificar hipótese em que a decisão judicial contrarie ou aplique indevidamente uma súmula, deve-se recorrer ao Supremo Tribunal Federal, consoante se depreende do que declara o §3º do artigo 103-A:

§ 3º Do ato administrativo ou decisão judicial que contrariar a súmula aplicável ou que indevidamente a aplicar, caberá reclamação ao Supremo Tribunal Federal que, julgando-a procedente, anulará o ato administrativo ou cassará a decisão judicial reclamada, e determinará que outra seja proferida com ou sem a aplicação da súmula, conforme o caso.<sup>68</sup>

A já referida Lei que regulamentou o artigo 103-A da Constituição Federal, em seu artigo 7º, desceu a mais detalhes em relação ao aspecto acima referido, adicionando, entre as hipóteses de cabimento da propositura da reclamação estudada, quando se vislumbrar ato que negue vigência a qualquer súmula vinculante:

Art. 7º Da decisão judicial ou do ato administrativo que contrariar enunciado de súmula vinculante, negar-lhe vigência ou aplicá-lo indevidamente caberá reclamação ao Supremo Tribunal Federal, sem prejuízo dos recursos ou outros meios admissíveis de impugnação.

E nesse ponto há crítica se posicionando no sentido de que pode ser temerária a aplicação desse instituto, na medida em que há possibilidade de sobrecarregar-se o trabalho dos Ministros, a depender do número de reclamações protocolizadas em razão do não cumprimento de preceitos das súmulas vinculantes, podendo, eventualmente, desvirtuar o STF de sua função primordial.

Observa-se, pois, que, apesar de ser fator a sinalizar no sentido de que poderá impulsionar a tramitação dos processos, necessário se faz melhor tratamento ao instituto, na medida em que, caso não respeitada a *ratio legis* de sua criação, pode,

<sup>68</sup> Dessa previsão, pois, constata-se ainda haver liberdade para que o Magistrado, quer seja de primeiro grau, ou de tribunal, não aplique uma certa Súmula Vinculante, não havendo cogência estrita direta. Sobre o tema, recomenda-se a leitura do artigo do Juiz Federal SORMANI, Alexandre. **Súmula vinculante não suprime liberdade de convicção do juiz**. Disponível em: <[http://www.conjur.com.br/2005-mar-16/dispositivo\\_ nao\\_suprime\\_liberdade\\_conviccao\\_juiz](http://www.conjur.com.br/2005-mar-16/dispositivo_ nao_suprime_liberdade_conviccao_juiz)>. Acesso em: 26 jan. 2010.

em verdade, atuar em sentido contrário, desvirtuando o Supremo Tribunal Federal de seu mister específico, gerando insegurança jurídica.

### 3.3.5 *Repercussão geral nos recursos extraordinários*

No mesmo diapasão dos demais institutos analisados, tomando em conta a necessidade de atenuar a quantidade de processos, bem como acelerar o ritmo de julgamento deles nas instâncias superior, a já aqui tão propalada Emenda Constitucional de nº 45 trouxe, no §3º do seu artigo 102, referência a mais um requisito de admissibilidade dos Recursos Extraordinários, requisitando a demonstração de Repercussão Geral<sup>69</sup> das questões de fundo constitucional debatidas:

§ 3º No recurso extraordinário o recorrente deverá demonstrar a repercussão geral das questões constitucionais discutidas no caso, nos termos da lei, a fim de que o Tribunal examine a admissão do recurso, somente podendo recusá-lo pela manifestação de dois terços de seus membros.

Nesse sentido, segue o magistral escólio de Francisco Luciano Rodrigues Lima:

A Emenda Constitucional Nº 45/2004 alterou o artigo 102, §3º da Constituição Federal para exigir, como condição de apreciação do recurso extraordinário, a repercussão geral das questões constitucionais discutidas no caso a ser objeto de seu julgamento, podendo recusá-lo pela manifestação de 2/3 dos seus membros.

A necessidade deste quorum para a recusa em apreciar o recurso extraordinário faz crer que o constituinte derivado teve a cautela necessária para mesclar um mecanismo que pudesse racionalizar a quantidade de processos submetidos ao julgamento daquele tribunal, sem, no entanto, permitir seu uso indiscriminado, retirando do relator o poder de rejeitar recurso, dividindo este ônus dentre os membros do colegiado.<sup>70</sup>

Tentou-se, sempre, a melhor forma de ajuizamento desta demanda, alterando-se, sucessivas vezes, as condições objetivas mínimas necessárias ao recebimento dos recursos desse estilo, tentando-se reduzir a quantidade de demandas pendentes de julgamento na Corte Máxima. Com o advento da Constituição Republicana de 1988, havia forte expectativa de que, ante a criação do Superior Tribunal de Justiça, o Supremo Tribunal passasse a mais rapidamente julgar as demandas nele suscitadas. Ocorre que tal não se confirmou. Em razão disso, tem-se

<sup>69</sup> Diz-se que uma demanda apresenta repercussão geral quando se vislumbra importância geral relativamente à sua conclusão. Isto é, suplanta-se o mero interesse dos envolvidos no litígio, passando-se a verificar a existência de interesse público.

<sup>70</sup> RODRIGUES, Francisco Luciano Lima. Reflexões sobre o controle difuso da constitucionalidade no Brasil: Passado, presente e os desafios para o futuro. **Nomos** - Revista do Curso de Mestrado em Direito da UFC, Fortaleza, v. 27, 2007.

tentado, de diversos modos, apresentar mecanismos que viabilizem essa malograda esperança.

Nesse diapasão, cunhou-se espécie de peneira, a fim de que se permitisse que apenas os processos de efetiva relevância social fossem apreciados pelos Ministros do Supremo, tentando retornar a Corte à sua precípua função, razão pela qual foi gerada.

Deve-se mencionar, também, a Lei nº 11.418, a qual, sancionada no período final do ano de 2006, foi responsável por acrescentar os dispositivos constantes dos artigos 543-A e 543-B do Código de Processo Civil (CPC), regulamentando o dispositivo acima trazido à colação.

Tentando-se uma definição do instituto em apreço, deve-se tomar mão do que proclama o §1º do art. 543-A do CPC: “§ 1º Para efeito da repercussão geral, será considerada a existência, ou não, de questões relevantes do ponto de vista econômico, político, social ou jurídico, que ultrapassem os interesses subjetivos da causa.”

Desse modo, percebe-se a flagrante necessidade de que haja, no tema em estudo, questão relevante de acordo com os pontos de vista econômico, político, social ou jurídico, que extrapolem o mero interesse particular das partes processuais.

Complementando esse comando aludido, o §2º do mesmo dispositivo exige que a repercussão geral do tema a ser analisado pela Corte seja demonstrada, ainda em sede de preliminar. Importante presunção de atendimento a esse novo requisito, aqui analisado, decorre da leitura do parágrafo 3º do artigo 543-A do CPC, que declara haver “repercussão geral sempre que o recurso impugnar decisão contrária a súmula ou jurisprudência dominante do Tribunal.”<sup>71 72</sup>

Esse mesmo dispositivo deixa límpida, também, a confirmação de que esse juízo de análise de presença, ou não, da repercussão geral é exclusividade dos Ministros do Supremo Tribunal Federal, não podendo o tribunal *a quo* sobre esse tema se manifestar, consoante já elucidado acima, na transcrição do §3º do art. 102

---

<sup>71</sup> O “Tribunal” referido, decerto, é o Supremo Tribunal Federal (STF).

<sup>72</sup> Em verdade, diante de caso de violação de súmula do STF, deve-se, na verdade, deixar incontestado, a prova de que, efetivamente, não se observou a jurisprudência dominante da Corte, a qual deve ser, relativamente, recente e estar visceralmente vinculada às razões embasadoras do recurso.

da Constituição Federal. Assim, conclui-se ser o julgamento do pré-requisito da repercussão geral ato do plenário ou da turma do STF.

Relativamente a esse último aspecto apontado, o §4º do art. 543-A do CPC se posiciona que “se a Turma decidir pela existência da repercussão geral por, no mínimo, 4 (quatro) votos, ficará dispensada a remessa do recurso ao Plenário”. Desse modo, está-se diante de mais um mecanismo que visa a conferir certa celeridade à tramitação processual. Veja-se o entendimento do constitucionalista Luciano Rodrigues:

Um aspecto interessante na mencionada Lei nº 11.418/2006 diz respeito ao quorum necessário para a apreciação da existência de repercussão geral por órgão fracionado, no caso, a manifestação de 4 (quatro) dos membros da turma, ficando, neste caso, dispensada a remessa do recurso ao plenário do Supremo Tribunal Federal, uma vez que sendo o plenário composto de 11 (onze) ministros e já tendo 4 (quatro) deles se manifestado pela existência da repercussão geral, a manifestação dos demais, no caso 7 (sete) ministros, não seria suficiente para a rejeição da mencionada repercussão que necessita de, pelo menos, 8 (oito) votos favoráveis.<sup>73</sup>

Assim, apenas em não se confirmando esse número de quatro votos, no âmbito de uma turma, é que o Extraordinário deve ser submetido ao pleno, tendo-se em conta o mínimo de 8 (oito) votos para o não conhecimento do recurso, em razão da ausência de repercussão geral. Isto é, se oito ou mais dos Ministros se posicionarem contrariamente à repercussão geral, o recurso não será conhecido.<sup>74 e 75</sup> Ato contrário, admite-se o recurso, seguindo os autos para o Relator proceder ao exame do *meritum causae*.

Passando-se ao estudo do *caput* e dos §§ 1º e 2º do artigo 543-B do CPC, observa-se que, ao se constatar a existência de repetição de recursos acerca do mesmo tema, os tribunais de piso têm a missão de escolher, dentre esses, um ou

<sup>73</sup> RODRIGUES, Francisco Luciano Lima. Reflexões sobre o controle difuso da constitucionalidade no Brasil: Passado, presente e os desafios para o futuro. **Nomos** - Revista do Curso de Mestrado em Direito da UFC, Fortaleza, v. 27, 2007.

<sup>74</sup> Nesse ponto, fundamental frisar a previsão do art. 543-A do CPC, no sentido de que a decisão do STF que não conhecer de um dado Recurso Extraordinário é irrecorrível: “O Supremo Tribunal Federal, em decisão irrecorrível, não conhecerá do recurso extraordinário, quando a questão constitucional nele versada não oferecer repercussão geral, nos termos deste artigo.”

<sup>75</sup> Pode-se afirmar que há uma presunção favorável à presença da repercussão geral no Recurso Extraordinário, que só pode ser inadmitido, por esse fundamento, pelo voto de dois terços dos membros do STF (*i. e.* oito Ministros), um quórum bastante significativo. O procedimento interno de avaliação da repercussão geral no STF é bastante simplificado e racionalizado, tanto pela Lei 11.418/2006 quanto pela Emenda Regimental nº 21/2007 ao RI-STF, que não exigem a manifestação do Plenário da Corte em todos os Recursos Extraordinários interpostos. Entretanto, deve-se ter cautela para que a exigência constitucional de publicidade da decisão seja respeitada. AZAR FILHO, Celso Martins; FONSECA, Maria Guadalupe Pirangibe da. **Constituição, Estado e Direito** – Reflexões contemporâneas. Rio de Janeiro: Qualitymark, 2009, p. 42.



mais processos, e encaminhá-los ao Supremo, ficando os demais sobrestados até deliberação decisiva da Corte. Acaso seja decidido pela ausência de repercussão geral relativamente àquela questão em debate, os Extraordinários sobrestados são, de imediato, não admitidos:

Art. 543-B Quando houver multiplicidade de recursos com fundamento em idêntica controvérsia, a análise da repercussão geral será processada nos termos do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, observado o disposto neste artigo.

§ 1º Caberá ao Tribunal de origem selecionar um ou mais recursos representativos da controvérsia e encaminhá-los ao Supremo Tribunal Federal, sobrestando os demais até o pronunciamento definitivo da Corte.

§ 2º Negada a existência de repercussão geral, os recursos sobrestados considerar-se-ão automaticamente não admitidos.

De outra mão, conhecendo-se o recurso, após o julgamento do seu mérito, todas as demais insurgências, que tiveram o correto trilhar sobrestado, deverão ser contempladas pelos tribunais de origem, *“que poderão declarar-las prejudicadas ou retratar-se”*, nos termos do §3º do art. 543-B do CPC.

Por fim, conforme expressamente previsto no §4º do art. 543-B do CPC, em não se constatando quaisquer dessas hipóteses, a Suprema Corte terá livre arbítrio para *“cassar ou reformar, liminarmente, o acórdão contrário à orientação firmada”*.

Arrematando o assunto, traz-se à colação definição do instituto, retirada do Glossário Jurídico, constante do *site* do próprio Supremo Tribunal Federal:

A Repercussão Geral é um instrumento processual inserido na Constituição Federal de 1988, por meio da Emenda Constitucional 45, conhecida como a 'Reforma do Judiciário'. O objetivo desta ferramenta é possibilitar que o Supremo Tribunal Federal selecione os Recursos Extraordinários que irá analisar, de acordo com critérios de relevância jurídica, política, social ou econômica. O uso desse filtro recursal resulta numa diminuição do número de processos encaminhados à Suprema Corte. Uma vez constatada a existência de repercussão geral, o STF analisa o mérito da questão e a decisão proveniente dessa análise será aplicada posteriormente pelas instâncias inferiores, em casos idênticos. A preliminar de Repercussão Geral é analisada pelo Plenário do STF, através de um sistema informatizado, com votação eletrônica, ou seja, sem necessidade de reunião física dos membros do Tribunal. Para recusar a análise de um RE são necessários pelo menos 8 votos, caso contrário, o tema deverá ser julgado pela Corte. Após o relator do recurso lançar no sistema sua manifestação sobre a relevância do tema, os demais ministros têm 20 dias para votar. As abstenções nessa votação são consideradas como favoráveis à ocorrência de repercussão geral na matéria.<sup>76</sup>

<sup>76</sup> BRASIL Supremo Tribunal Federal. **Glossário Jurídico**. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/porta/glossario/verVerbete.asp?letra=R&id=451>>. Acesso em: 24 jan. 2010.

Vê-se, assim, que o Supremo Tribunal vem, desde a Emenda Constitucional Nº 45, adotando uma postura que tem o propósito de valorizar suas decisões, visando a passar uma aura de maior estabilidade da Instituição, que reflete em uma maior segurança jurídica. Pode-se observar, pois, um caráter híbrido do STF, na medida em que ele vem vinculando todos os demais tribunais às suas deliberações no que diz respeito às Ações Direta de Inconstitucionalidade, Constitucionalidade e Declaratória de Preceito Fundamental, bem assim como nos institutos da Repercussão Geral e da Súmula Vinculante. E isso está sendo efetivado, contudo, com a preocupação de se manterem íntegras todas as mínimas garantias processualmente deferidas, o que tem deixado o Supremo com uma feição de Corte Constitucional, como arqueiro da Magna Carta, devendo ser seguidos os entendimentos lá originados.

Dessarte, restam esclarecidas algumas questões atinentes à Repercussão Geral nos Recurso Extraordinários, no sentido de forma de defender a razoável duração do processo, não havendo dúvidas de que análise minuciosa do instituto não representa o mister primordial desse estudo.

### *3.3.6 Recursos especiais repetitivos*

Em meados de 2008, a Lei nº 11.672 foi responsável por trazer importante mudança, no sentido de tentar aliviar a excessiva demanda processual junto ao Poder Judiciário, interferindo, diretamente, na celeridade processual. Está-se diante do instituto do julgamento uniforme dos recursos repetitivos ajuizados perante o Superior Tribunal de Justiça (STJ).

Evidente que inúmeros são os processos diariamente remetidos ao STJ que apresentam as questões de fato e de direito absolutamente idênticas, principalmente as que têm como parte ente da Administração Pública, quer direta ou indireta.

A lei acima aludida adicionou ao CPC o art. 543-C, passando a dispor acerca do *iter* procedimental dos julgamentos em lote de recursos perante o STJ, o que vem insuflando, decerto, novo sopro à Corte e aos Tribunais, tornando mais célere e mais segura a prestação jurisdicional:

A Justiça chegando mais rápido à sociedade. Esse é o resultado de quase seis meses de vigência da Lei dos Recursos Repetitivos no âmbito do

Superior Tribunal de Justiça (STJ). A nova lei já está agilizando o trâmite de recursos especiais sobre questões repetitivas pacificadas no Tribunal. Ao todo, 72 recursos foram indicados para julgamento pelo novo rito. Quase 53% deles são da Primeira Seção, que, sozinha, indicou 38 recursos – oito deles já concluídos e outros dois com julgamento iniciado.

Na Segunda Seção, 14 processos foram designados pelos ministros como repetitivos. Seis deles já foram concluídos. A Terceira Seção apontou 18 casos em que há teses com reiterados recursos e já julgou mais de 17% deles. Na Corte Especial, dois casos aguardam julgamento pelos 15 ministros que a compõem. No cômputo geral, 23,61% do total já foram apreciados pelo Tribunal.

Para se ter uma idéia do benefício da lei, no segundo semestre de 2008, o Tribunal recebeu 19.990 recursos especiais, volume bem menor do que o registrado no mesmo período do ano passado, que foi de 32.202. A queda é de 37,92%.<sup>77</sup>

Dito isso, passa-se à análise do *caput* do art. 543-C do CPC, que se posiciona no seguinte sentido: “Art. 543-C. Quando houver multiplicidade de recursos com fundamento em idêntica questão de direito, o recurso especial será processado nos termos deste artigo.”

Exsurge, pois, a conclusão de que não se trata de mera deliberalidade do Relator do Recurso processá-lo nos termos do art. 543-C, em estando evidenciada a abundância de insurgências repetidas. O §1º desse dispositivo diz que:

§ 1o Caberá ao presidente do tribunal de origem admitir um ou mais recursos representativos da controvérsia, os quais serão encaminhados ao Superior Tribunal de Justiça, ficando suspensos os demais recursos especiais até o pronunciamento definitivo do Superior Tribunal de Justiça.

Isto é, tal qual referido no §1º do art. 543-B analisado anteriormente, os presidentes dos tribunais, ao verificarem a existência de demandas de massa, separarão amostras dentro do universo disponível, a fim de que o STJ se manifeste sobre o tema, ficando os demais processos paralisados até definitiva deliberação da Corte. Dessarte, a primeira decisão sobre um dado tema servirá como paradigma para as demais a serem proferidas em relação a ele.

Infere-se, também, que, caso o tema já tenha sido discutido, ou se encontre em debate na Corte, haverá a possibilidade de o Relator determinar a suspensão da tramitação dos recursos também em sede de Tribunais Regionais Federais e Tribunais de Justiça, até o deslinde final.

---

<sup>77</sup> Notícia extraída do site do STJ: BRASIL. Superior Tribunal. **Lei dos Recursos Repetitivos dá rapidez ao andamento dos processos no STJ.** Disponível em: <[http://www.stj.gov.br/portal\\_stj/publicacao/engine.wsp?tmp.area=398&tmp.texto=90944](http://www.stj.gov.br/portal_stj/publicacao/engine.wsp?tmp.area=398&tmp.texto=90944)>. Acesso em: 27 jan. 2010.

Por fim, importa mencionar o §6º do art. 543-C da Lei nº 11.672, por meio do qual se tem a confirmação da extrema importância que resolveu atribuir-se ao instituto, na medida em que ele detém máxima prioridade de julgamento, inclusive relativamente aos mandados de segurança, sendo superado em ordem de preferência apenas pelos *habeas corpus*:

§ 6º Transcorrido o prazo para o Ministério Público e remetida cópia do relatório aos demais Ministros, o processo será incluído em pauta na seção ou na Corte Especial, devendo ser julgado com preferência sobre os demais feitos, ressalvados os que envolvam réu preso e os pedidos de **habeas corpus**. (grifos do original)

Sintetizando o exposto, convém registrar que se objetiva, através dessa sistemática, evitar que inúmeros Recursos Especiais, que sejam bastante semelhantes em suas razões. Desse modo, o Presidente do respectivo Tribunal de origem fará a admissão de apenas um recurso, ficando os demais com seu andamento sobrestado até que o Superior Tribunal de Justiça se manifeste sobre o processo paradigma.<sup>78</sup>

### 3.3.7 O Conselho Nacional de Justiça (CNJ)

Apesar de olvidado em algumas oportunidades, dúvidas não restam de que o Conselho Nacional de Justiça (CNJ), criado pela Emenda Constitucional nº 45, também apresenta relevante função na questão atinente à duração razoável do processo.

Nesse tom, importante mencionar a recentemente encerrada “Meta 2”,<sup>79</sup> idealizada por este Conselho, que visava a: “identificar os processos judiciais mais antigos e adotar medidas concretas para o julgamento de todos os distribuídos até 31.12.2005 (em 1º, 2º grau ou tribunais superiores).”

Fica, claro, pois, que “o objetivo é assegurar o direito constitucional à “razoável duração do processo judicial”, o fortalecimento da democracia, além de eliminar os

<sup>78</sup> Por meio do *site*: <<http://www.stj.jus.br/webstj/Processo/Repetitivo/>> é possível verificar os Recursos Especiais repetitivos que já foram julgados, bem como os que estão em pauta de julgamento perante o Superior Tribunal de Justiça (STJ).

<sup>79</sup> Para informações completas sobre a campanha, recomenda-se a leitura das informações dispostas no site do CNJ: **Meta 2**. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/index.php?Itemid=963>>. Acesso em: 27 jan. 2010. Em 2010, o CNJ reeditou a Meta 2, chamando-a de “Nova Meta 2” que passou a contemplar o julgamento das ações judiciais protocoladas até 31/12/2006. Nesse sentido, v. “Nova Meta 2 prevê julgamento de processos distribuídos até 2006”. Disponível em: <[http://www.cnj.jus.br/index.php?option=com\\_content&view=article&id=10155:nova-meta-2-preve-julgamento-de-processos-distribuidos-ate-2006&catid=1:notas&Itemid=675](http://www.cnj.jus.br/index.php?option=com_content&view=article&id=10155:nova-meta-2-preve-julgamento-de-processos-distribuidos-ate-2006&catid=1:notas&Itemid=675)>. Acesso em: 12 mar. 2010.

estoques de processos responsáveis pelas altas taxas de congestionamento”.

O Conselho atua, portanto, como mais um meio de defender a razoável duração do processo, rechaçando a morosidade injustificada. Tanto o é que, em seu Regimento Interno<sup>80</sup>, instituiu mecanismos por meio dos quais o cidadão pode buscar atendimento jurisdicional mais eficaz, tais como a Representação por Excesso de Prazo (art. 78), o Pedido de Providências (arts. 98 a 100), Reclamação para Garantia das Decisões (art. 101), dentre outros aspectos espreitados no texto de seu documento balizador.

Vê-se, pois, que o CNJ tem atuação no sentido de buscar maior celeridade processual e efetividade das decisões judiciais, devendo atuar, primordialmente, de forma preventiva. Isto é, deve estar sempre vigilante, em conjunto com todas as instâncias do Poder Judiciário nacional, para que, tempestivamente, consiga dar vazão a eventuais problemas enfrentados pelos jurisdicionados.

### 3.3.8 *Súmula impeditiva de recursos*

A Súmula Impeditiva de Recursos foi trazida ao ordenamento jurídico nacional pela Lei nº 11.276, no ano de 2006. A partir dela, não há que se falar mais em admissibilidade de recurso contra decisão de Magistrado, que esteja de conformidade com Súmula do Superior Tribunal de Justiça ou do Supremo Tribunal Federal. Nesse diapasão é explícita a determinação do §1º do artigo 518 do CPC: “§ 1o O juiz não receberá o recurso de apelação quando a sentença estiver em conformidade com súmula do Superior Tribunal de Justiça ou do Supremo Tribunal Federal.”

Ocorre que, apesar da boa intenção do legislador, o dispositivo não inovou sobremaneira, repetindo, em verdade, o que já dispunha o artigo 557 *caput* e §1º-A do CPC.<sup>81</sup>

Importante relatar que, a despeito de o artigo 518 nominalmente referir-se à

<sup>80</sup> REGIMENTO INTERNO DO CNJ. Disponível em: <[http://www.cnj.jus.br/index.php?option=com\\_content&view=article&id=5110](http://www.cnj.jus.br/index.php?option=com_content&view=article&id=5110)>. Acesso em: 27 jan. 2010.

<sup>81</sup> “Art. 557. O relator negará seguimento a recurso manifestamente inadmissível, improcedente, prejudicado ou em confronto com súmula ou com jurisprudência dominante do respectivo tribunal, do Supremo Tribunal Federal, ou de Tribunal Superior. § 1o-A Se a decisão recorrida estiver em manifesto confronto com súmula ou com jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal, ou de Tribunal Superior, o relator poderá dar provimento ao recurso.”

apelação, qualquer dos recursos dentre os previstos no Código de Processo Civil<sup>82</sup> pode ter seu processamento restrito, com supedâneo neste dispositivo sob comento.

Fundamental observar que esse instituto não retira do Magistrado a sua liberdade de julgamento, que pode, sim, decidir diversamente dos posicionamentos anteriores do STJ ou do STF.<sup>83</sup> O que se altera é o fato de que, em estando a decisão no mesmo diapasão do que as Máximas Cortes já decidiram, eventual recurso interposto não será conhecido pelo juiz da instância inferior.

Isto é, o instituto em estudo representa mecanismo que visa a evitar o acúmulo de recursos no STJ e no STF, acerca de questões sobre as quais esses tribunais já tenham se manifestado de forma contrária. Quando se estiver, pois, diante de situação dessa natureza, é de bom alvitre que o Juiz de piso, liminarmente, ao receber o recurso, digne-se em não o conhecer.

Justamente em razão disso, argumentos há no sentido de que tal Súmula representa violação do duplo grau de jurisdição. Cumpre esclarecer, no entanto, que nenhuma eficácia teria um recurso para o STJ, por exemplo, se a decisão guerreada encontra-se de acordo com o entendimento da Corte. Apenas se aumentaria a quantidade de processos sem utilidade prática alguma.

Assim, em se determinando, de pronto, o não conhecimento de um recurso, certamente, o tramitar dos demais processos poderá seguir uma celeridade maior, sendo o mecanismo aqui em comento mais um utilizado para a defesa da razoável duração do processo.

### 3.3.9 *Da audiência preliminar*

Outro aspecto fundamental para que se faça cumprir com a rápida solução do

---

<sup>82</sup> “Artigo 496 do Código de Processo Civil: Art. 496. São cabíveis os seguintes recursos: I - apelação; II - agravo; III - embargos infringentes; IV - embargos de declaração; V - recurso ordinário; VI - recurso especial; VII - recurso extraordinário; VIII - embargos de divergência em recurso especial e em recurso extraordinário.”

<sup>83</sup> Há um outro tipo de súmula que não a vinculante [acima já analisada], denominada de súmula impeditiva de recursos, que é expedida por Tribunal Superior e se constitui em impedimento à interposição de quaisquer recursos contra decisão que a houver aplicado. Essa súmula tem por objetivo, de modo geral, a validade, a interpretação e a eficácia de normas determinadas, acerca das quais haja controvérsia atual entre órgãos judiciários ou entre esses e a administração pública que acarrete grave insegurança jurídica e relevante multiplicação de processos sobre questão idêntica. CARVALHO, Kildare Gonçalves de. **Direito constitucional** – Teoria do Estado e da Constituição – Direito constitucional positivo. 14. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2008, p. 523-524.

litígio nos processos de conhecimento ordinário, onde subsiste a maior demanda, é justamente a correta aplicação do art. 331 do Código de Processo Civil, que trata justamente da AUDIÊNCIA PRELIMINAR, senão veja-se:

Se não ocorrer qualquer das hipóteses previstas nas seções precedentes, e versar a causa sobre direitos que admitem transação, o juiz designará audiência preliminar a realizar-se no prazo de 30 (trinta) dias, para a qual serão as partes intimadas a comparecer, podendo fazer-se representar por procurador ou preposto com poderes para transigir.

Pois bem, referido instituto possui diversas características que proporcionam a rápida e segura solução do litígio.

As referidas seções precedentes tratam justamente do julgamento antecipado da lide, o que, em sendo possível, é o mais eficaz.

Na hipótese negativa, o juiz designa o ato preliminar, daí tem-se o inicial conflito, que é o fato de tal ato ser denominado de “audiência de conciliação”, o que não é. A tentativa de conciliação é apenas um ato inicial, na verdade a ausência a esta audiência, como muitos fazem apenas pelo fato de não desejar conciliar, implica em preclusão de direito à fase subsequente.

Trata-se justamente do saneamento em audiência, onde o juiz, ouvindo as partes, verificando minuciosamente os autos, decide naquele instante:

- a) Não necessidade de produção de qualquer outra prova, entendendo que o processo possa ser julgado no estado em que se encontra, chamando o feito à ordem.
- b) Na hipótese de instrução, decidir, em conjunto com as partes, quais, por que, para que, como, prazo, forma, deferindo exatamente o que se necessita para instruir o processo.

Estabelecer realização de provas desnecessárias, descabidas, é preparar o processo para uma decisão distante e colaborando para uma má prestação jurisdicional.

### *3.3.10 Do princípio da cooperação como meio de proporcionar a solução do litígio*

Decidido em sede de audiência preliminar, nos casos do procedimento ordinário, no sentido de se promover a produção de prova oral, em nível de instrução, enfrenta-se outra circunstância bastante nociva à efetividade processual, que é justamente a dificuldade para o comparecimento das partes e de suas

testemunhas, requerendo que as Secretarias de Vara, já abarrotadas do grande volume processual, tenham que proceder a uma série de expedientes intimatórios, tais como mandados, cartas e publicações.

Não obstante, impende dizer que este meio de prova, assim como as demais, bem como o processo em si, acaba por dilatar o tempo em que o feito se desenrola sem que se tenha a decisão final, isto é, até uma decisão de mérito que aprecie o caso, dando a solução concreta aplicando-se a Justiça em todos os seus termos, ocorrente seja no processo civil ou criminal.

Estando, pois, o processo neste estado, isto é, com a imprescindível produção de prova oral, o magistrado determinará a realização de audiência de instrução, para, só após, chegar ao momento crucial do processo, que é a decisão de mérito.

Decididamente, sabe-se que muitas vezes, no que atine à prova testemunhal, esta é por demais demorada, mormente pela dificuldade de intimação das testemunhas, o seu não comparecimento em juízo, enfim, acabando por protelar não só aquele ato, como também o processo, causando uma crucial paralisação, que chega, por exemplo, a violar o direito constitucional do jurisdicionado para, vencedor ou não na causa, ter a resposta quanto a sua prestação jurisdicional por lhe ser direito esculpido na Constituição Federal da República, em seu inciso LXXLIII do art. 5º, *in verbis*: “a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação.”

Desta forma, apontam-se as possíveis soluções. A efetividade, por exigência da Constituição, por exigência da sociedade em si, e mais ainda por exigência da própria obrigação inerente ao julgador, olvida-se por uma reavaliação de uma visão substantiva/processual ao feito.

Nesse diapasão é que, hodiernamente, vem sendo muito utilizado pelos juristas nacionais e estrangeiros o Princípio da Cooperação. Tal princípio, de origem alemã<sup>84</sup>, retrata o dever de cooperação das partes para o deslinde da questão.

Alguns ordenamentos jurídicos estrangeiros, como é o caso de Portugal, em

---

<sup>84</sup> Nesse sentido ver GOUVEIA, Lucio Grassi de. O dever de cooperação dos juízes e Tribunais com as partes - Uma análise sob a ótica do direito comparado. **Revista da ESMape**, Recife v.5, n. 11, p. 248.



seu Código de Processo Civil português, no art. 266, consagra de forma expressa o postulado em epígrafe, trazendo em seu texto o exato conceito deste princípio, *in verbis*: “Na condução e intervenção no processo, devem os magistrados, os mandatários judiciais e as próprias partes cooperar entre si, concorrendo para se obter, com brevidade e eficácia, a justa composição do litígio”.

O princípio da cooperação processual está hoje consagrado como princípio angular e exponencial do processo, de forma a propiciar que juízes e mandatários cooperem entre si, de modo a alcançar-se, de uma feição ágil e eficaz, a justiça do caso concreto.

Ensina o professor Fredie Diddier Júnior<sup>85</sup> que o princípio da cooperação “*orienta o magistrado a tomar uma posição de agente-colaborador do processo, de participante ativo do contraditório e não mais de um mero fiscal de regras*”. E ainda ressalta com lhaneza:

Essa participação não se resumiria à ampliação dos seus poderes instrutórios ou de efetivação das decisões judiciais (arts. 131 e 461, § 5º, CPC). O magistrado deve adotar uma postura de diálogo com as partes e com os demais sujeitos do processo: esclarecendo suas dúvidas, pedindo esclarecimentos quando estiver com dúvidas e, ainda, dando orientações necessárias, quando for o caso. Encara-se o processo como produto de atividade cooperativa: cada qual com as suas funções, mas todos com o objetivo comum, que é a prolação do ato final (decisão do magistrado sobre o objeto litigioso).

[...]

Atualmente, prestigia-se no Direito estrangeiro – mais precisamente na Alemanha, França e em Portugal – e, já com algumas repercussões na doutrina brasileira o chamado princípio da cooperação, que orienta o magistrado a tomar uma posição de agente-colaborador do processo, de participante ativo do contraditório e não mais a de um mero fiscal de regras. É o que se pede nesse caso e não se obtém resposta, uma vez que todos os aparatos doutrinários, jurisprudenciais e legais estão sendo fornecidos ao juiz a quo e este continua a manter-se inerte, e ‘incooperativo’, vez que sequer manifesta-se de forma a propiciar eficazmente a justiça.

Não se deve olvidar, ainda que caminham, lado a lado com o princípio da cooperação, outros princípios, tais como: a) o princípio constitucional da proporcionalidade - art. 5º, caput, e V, da CF; b) o princípio constitucional da solidariedade - art. 3º, I, da CF; c) o princípio da economia processual; e, por fim, d) o princípio da celeridade processual. Este último já acima referido.

---

<sup>85</sup> DIDIER JÚNIOR, Fredie. O princípio da cooperação: uma apresentação. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 30, n. 127, p. 75-79, set. 2005, p. 75.

Assim, a cooperação em discussão materializa-se no sentido de guiar os membros do processo a um caminho regrado pela colaboração mútua e pelo equilíbrio entre o que deve ser demandado e o que pode ser acordado.

Por todos esses motivos, as partes, inclusive o julgador, devem colaborar para o deslinde do processo de modo que todos saiam satisfeitos com a prestação jurisdicional.

Nesse contexto, dentre outras alternativas de cooperação, entende-se que as partes, no afã de resolver a questão posta em juízo, devem se incumbir de conduzir suas testemunhas para deporem em juízo, uma vez que assim agindo estarão cooperando para a rápida solução do conflito entre elas instalado, pois esta postura cooperativa deve ser adotada pelos que trabalham com o processo e deve operar desde o recebimento da petição inicial até a entrega da completa tutela jurisdicional.

Dessa forma, enquanto existir a controvérsia sob apreciação do Poder Judiciário, os sujeitos envolvidos devem agir de maneira colaboradora com os ideais da justiça. Todos, sem exceção, serventuários, partes, advogados, juízes, peritos, testemunhas, entre outros.

Com efeito, é batido e rebatido que a atual fase metodológica do processo civil – instrumentalista – exige uma postura ativa do órgão judicante – e *acrescenta-se, não só deste, mas de todos os operadores do direito* –, no sentido de conduzir a atividade dialética e colaboradora dos sujeitos processuais. Proclama-se a transformação do processo num espaço de trabalho cooperativo, com o objetivo de concretizar o direito fundamental de acesso à justiça.

A relevância desse ponto de vista é tão grande, que é afirmado por José Lebre de Freitas, que o princípio da cooperação tornou-se a “*trave mestra do processo civil moderno*.”<sup>86</sup>

Na doutrina brasileira, afirma José Carlos Barbosa Moreira que “o lema do processo social não é o da contraposição entre juiz e partes, e menos ainda da

---

<sup>86</sup> FREITAS, José Lebre de. **Introdução ao processo civil**: conceitos e princípios gerais. 2. ed. Coimbra: Coimbra, 2006, p. 168.

opressão destas por aquele; apenas pode ser o da colaboração entre um e outras.”<sup>87</sup>

Nesse sentido, a análise da aplicabilidade do princípio da cooperação no sistema processual brasileiro deve partir, em primeiro lugar, dos deveres de esclarecimento, prevenção, consulta e auxílio às partes.

Da leitura, *e.g.*, dos artigos 340, inciso I, e 342 do CPC, percebe-se o fundamento da observância do dever de esclarecimento no processo civil brasileiro, conforme o pensamento de Lúcio Grassi de Gouveia.<sup>88</sup> O primeiro enumera como obrigação da parte comparecer em juízo, a fim de explicar o que lhe for perguntado. Já o segundo estabelece que o órgão judicial tem a faculdade de determinar o comparecimento das partes, quando houver necessidade de elucidar melhor os fatos controvertidos. Ora, daí a indagação: por que não determinar que as partes, ao comparecerem, tragam suas testemunhas?

Vale lembrar que o artigo 440 do CPC também estabelece que o magistrado pode, a qualquer momento do processo, inspecionar pessoas ou coisas, a fim de obter complementos e esclarecimentos sobre fatos relevantes ao julgamento da causa.

Além de enumerar os artigos 130, 131 e 339 do CPC, ao lado dos dispositivos supracitados, com o objetivo de fundamentar a observância do dever de esclarecimento no processo civil brasileiro, afirma Lúcio Grassi de Gouveia que:

Não podem ter outro desiderato tais dispositivos senão propiciar ao juiz obter esclarecimentos junto às partes para julgar adequadamente o processo, até porque o juiz não pode recusar-se a esclarecer-se e decidir, propositalmente, com base na dúvida e incerteza.<sup>89</sup>

Trata-se de medida relevante e expressiva na contextualização da real operacionalidade da prestação jurisdicional, uma vez que inserida no cotidiano forense geraria, como consequência, a utilização da estrutura judiciária dentro do seu principal objetivo: julgar.

---

<sup>87</sup> MOREIRA, José Carlos Barbosa. A função social do processo civil moderno e o papel do juiz e das partes na direção do processo. **Revista Brasileira de Direito Processual**, Rio de Janeiro, v. 49, p. 51-68, jan./mar. 1986, p. 64.

<sup>88</sup> GOUVEIA, Lúcio Grassi de. **Cognição processual civil**: atividade dialética e cooperação intersubjetiva na busca da verdade real. In: LEITURAS Complementares de Processo Civil. Salvador: JusPODIVM, 2005, p. 289.

<sup>89</sup> *Ibid.*, 2005.

### 3.3.11 Reformas no Código de Processo Civil

Merece destaque, por fim, a novel reforma que vem sendo debatida acerca do Código de Processo Civil. A comissão de juristas, capitaneada pelo Ministro do STJ Luiz Fux, deve apresentar a redação final do projeto no primeiro semestre do ano de 2010.

Nesse ponto, interessante a análise da doutrina italiana e da jurisprudência da Corte de Estrasburgo (caso Buchholz *versus* Alemanha)<sup>90</sup>, nas quais está assentado que, para se alcançar uma razoável duração do processo, deve-se alterar os mecanismos de intervenções instrumentais, bem como também proceder-se a alterações legislativas.<sup>91</sup>

Relativamente às mudanças a serem operadas na legislação processual civil brasileira, ressalte-se que o grande mote dessa reforma é a busca de uma prestação jurisdicional mais célere, tendo-se em conta o atual estágio de morosidade que atinge o Poder Judiciário, como já discorrido ao longo de todo este estudo.

Dentre as principais ideias da Reforma, destaca-se a questão da “coletivização de demandas”. Isto é, dar-se-á mais atenção ao fato da massificação das demandas. Em sendo assim, evitar-se-á que milhões de ações que tratam do mesmo assunto sejam ajuizadas, devendo ser protocolizada apenas uma demanda coletiva, cujo julgamento produzirá efeitos em todo o território nacional.

Nos casos em que diversas ações já tenham sido ajuizadas versando sobre o mesmo tema, pode-se também proceder-se de modo semelhante ao que já acontece com os Recursos Especiais Repetitivos. Isto é, julga-se uma demanda, enquanto todas as demais restam sobrestadas. Em havendo decisão, ela seria válida para todos os processos que tivessem as mesmas razões de fato e de direito.

Pretende-se, com essas alterações, também, restringir ao máximo o número de recursos, podendo-se extinguir o Agravo de Instrumento e os Embargos Infringentes, bem como limitar-se bastante a possibilidade de cabimento dos Embargos de

<sup>90</sup> CORTE EUROPÉIA DE DIREITOS HUMANOS. Caso Buchholz *versus* República Federal da Alemanha. Sentença deliberada nas sessões de 28 de janeiro e 22 de abril de 1981. Lida na audiência pública de 6 de maio de 1981, em Estrasburgo. Série A, n. 42, §63.

<sup>91</sup> COMOGLIO, Luigi Paolo. Il ‘Giusto Processo’ Civile in Italia e in Europa. **Revista de Processo**, São Paulo, ano 29, n. 116, p. 149-150, jul./ago. 2004 *apud* KOEHLER, Frederico Augusto Leopoldino. As conseqüências da inclusão do princípio da razoável duração do processo na Constituição Federal de 1988. **Revista Dialética de Direito Processual**, São Paulo, n. 73, p. 55-46, abr. 2009.

Declaração, o que colaborará para o mais rápido fim das demandas judiciais.

Por fim, a Comissão deseja também trazer ao corpo do texto do Diploma Processual Civil a obrigatoriedade de realização de audiências de conciliação, tendo-se em vista a ideia de que isso acarretará a redução do número de demandas, na medida em que haverá a realização de mais acordos, com a consequente extinção das ações judiciais.

Vê-se, portanto, que o cerne das alterações a serem realizadas no Código de Processo Civil diz respeito à questão da celeridade processual, objetivo perseguido arduamente nos últimos anos, pelo Poder Judiciário.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Por meio do presente trabalho, visou-se a demonstrar a importância da prestação jurisdicional efetiva e em tempo razoável como garantia constitucional no Estado brasileiro.

Para se conseguir alcançar esse trabalho, em primeiro plano, fez-se necessário traçar informações provisórias acerca dos princípios e das regras, abordando, além da visão positivista acerca do conhecimento e do papel do Judiciário, aquilo que também diz respeito à interpretação constitucional. Isso com o objetivo de fundamentar o que se estudaria relativamente aos Direitos Fundamentais.

A análise dessas garantias básicas dos cidadãos partiu de um conceito acerca do instituto, abordando o que diz respeito à reserva do possível. Superada essa fase, passou-se à análise do que se entende ser o mínimo essencial dos direitos fundamentais, sendo certo que a duração razoável do processo aí se inclui.

E isso se justifica, na medida em que fazer justiça não representa tão somente apresentar uma resposta a uma lide ajuizada por qualquer cidadão. Deve-se, em verdade, fazê-lo do modo mais rápido possível, desde que os primados da responsabilidade e da efetividade sejam mantidos.

Isto é, como se afirmou, não se defende que seja feita uma tabela com a duração ideal de cada ação protocolizada. Pelo contrário. Em razão das vicissitudes de cada jurisdicionado que chega com sua questão, deve cada processo ser encarado em sua individualidade, buscando-se a melhor solução, individualmente, em cada caso concreto.

E em razão disso, com a edição da Emenda Constitucional de nº 45, em dezembro do ano de 2004, içou-se a questão da celeridade processual à categoria de direitos fundamentais, o que reforça ainda mais a importância do debate aqui trazido.

Foram apresentados também conceitos relativos ao ativismo judiciário, como forma extralegal de se atingir a razoável duração do processo. Nessa passagem sobre o tema, fez-se alusão à teoria de Alexy, como uma forma de limite a esse ativismo.

Fez-se, também, sucinta apresentação de mecanismos que podem ser utilizados para defender-se a razoável duração do processo, havendo extensa relação deles. Observe-se, por oportuno, que não se pretendeu exaurir cada um dos meios citados, em razão de tal não ser o foco do presente estudo.

A inclusão da duração razoável do processo como garantia constitucional, no que diz respeito à realidade brasileira, é extremamente recente, o que colide diretamente com a mentalidade dos operadores do direito, motivados essencialmente dentro das diretrizes da norma infraconstitucional.

Afastados de uma visão magna, deixam a desejar nos petítórios, pareceres e decisórios, normalmente limitados pelo procedimento ou do alcance da norma material. Somam-se o acúmulo de demandas e a crescente insatisfação dos interesses sociais ou individuais diante da inexistência de uma visão sob o ângulo mais elevado.

Somente com uma profunda transformação de dentro para fora, ou seja, da aceitabilidade e da postura dos operadores do direito, é que efetivamente se passará a auferir as conquistas do direito sob comento.

As decisões devem ser rápidas e seguras. Ser rápida não significa ser insegura. Na verdade, deve-se investir mais ainda nos julgadores com maior poder de assimilação e capacidade para que a rapidez não influencie, e sim seja captada com naturalidade.

Acusa-se também como fator preponderante para uma prestação jurisdicional ineficaz a doutrina pouco especializada e seus seguidores, que conseguem complicar o óbvio, visando tão somente à obtenção de lucros financeiros e à satisfação da vaidade pessoal.

Dessa forma, devem prevalecer o compromisso do operador do direito, sua aspiração vocacional, sua inclinação para o correto, o justo, o bom, pois somente assim se tem capacidade plena para compreender aquilo de que se dispôs no

presente trabalho, requisitos maiores e indispensáveis para a questão da Razoável Duração do Processo.

Observa-se, assim, a necessidade de aprofundamento dos conceitos elencados, em razão da ampla importância do objeto estudado, principalmente levando-se em conta o fato de que a população em geral é diretamente afetada nos casos de demora injustificada da prestação jurisdicional, sendo necessária a busca de formas de melhor se garantir esse direito fundamental do cidadão.



## REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria de los derechos fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993.

\_\_\_\_\_. \_\_\_\_\_. Madrid: Centro de Estudios Políticos e Constitucionales, 2002.

\_\_\_\_\_. **Teoria da argumentação jurídica**. São Paulo: Landy, 2001.

ALMEIDA FILHO, José Carlos de Araújo. **Processo eletrônico e teoria geral do processo eletrônico**: A informatização judicial no Brasil. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

ARRUDA, Samuel Miranda. **Direito fundamental à razoável duração do processo**. Brasília: Brasília Jurídica, 2006.

ATIENZA, Manuel. **As razões do direito**: Teorias da argumentação jurídica. São Paulo: Landy, 2006.

AZAR FILHO, Celso Martins; FONSECA, Maria Guadalupe Pirangibe da. **Constituição, Estado e Direito** – Reflexões contemporâneas. Rio de Janeiro: Qualitymark, 2009.

BARCELLOS, Ana Paula. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais**: o princípio da dignidade da pessoa humana. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

BEARD, Charles. **A Suprema Corte e a Constituição**. Rio de Janeiro: Forense, [s.d.].

BIAGI, Cláudia Perotto. **A garantia do conteúdo essencial dos direitos fundamentais na jurisprudência constitucional brasileira**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2005.

BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico**: lições de Filosofia do Direito. São Paulo: Ícone, 1995.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Estado de direito**. Lisboa: Fundação Mário Soares, [s.d.].

\_\_\_\_\_. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 3. ed. Coimbra: Almedina, 1999.

\_\_\_\_\_. **Estudos sobre direitos fundamentais**. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2008.

CARVALHO, Kildare Gonçalves de. **Direito constitucional** – Teoria do Estado e da Constituição – Direito constitucional positivo. 14. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

COELHO JÚNIOR, Sérgio. O processo justo e a Constituição de 1988: breve reflexão sobre a cláusula do devido processo legal. In: GRECO, Leonardo; MIRANDA NETTO, Fernando Gama (Org.). **Direito processual e direitos fundamentais**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

COMOGLIO, Luigi Paolo. Il 'Giusto Processo' Civile in Italia e in Europa. **Revista de Processo**, São Paulo, ano 29, n. 116, p. 149-150, jul./ago. 2004.

COMPARATO, Fábio Konder. **Direito público** - Estudos e pareceres. São Paulo: Saraiva, 1996.

CORTE EUROPÉIA DE DIREITOS HUMANOS. Caso Buchholz *versus* República Federal da Alemanha. Sentença deliberada nas sessões de 28 de janeiro e 22 de abril de 1981. Lida na audiência pública de 6 de maio de 1981, em Estrasburgo. Série A, n. 42, §63.

CRUZ e TUCCI, José Rogério (Coord.). **Garantias constitucionais do processo civil**. São Paulo: RT, 1999.

\_\_\_\_\_. **Tempo e processo**: uma análise empírica das repercussões do tempo na fenomenologia processual (civil e penal). São Paulo: RT, 1997.

\_\_\_\_\_. Garantia do processo sem dilações indevidas. **Revista Jurídica**, São Paulo, n. 227, 2000.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de teoria geral do Estado**. 28. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

DANTAS, Paulo Roberto de Figueiredo. **Direito processual constitucional**. São Paulo: Atlas, 2009.

DERBLI, Felipe. **O princípio da proibição de retrocesso social na Constituição de 1988**. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípios**. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

\_\_\_\_\_. **Levando os direitos a sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

FALCÃO, Raimundo Bezerra. **Hermenêutica**. São Paulo: Malheiros, 2004.

FURTADO, Emmanuel Teófilo; MENDES, Ana Stela Vieira. Os direitos humanos de 5ª geração enquanto direito à paz e seus reflexos no mundo do trabalho – Inércia, avanços e retrocessos na constituição federal e na legislação. In: CONGRESSO

NACIONAL DO CONPEDI, XVII, **Anais do XVII Congresso Nacional do CONPEDI**. Brasília, 2008.

GAJARDONI, Fernando da Fonseca. **Técnicas de aceleração do processo**. São Paulo: Lemos & Cruz, 2003.

GOUVEIA, Lúcio Grassi de. Cognição processual civil: atividade dialética e cooperação intersubjetiva na busca da verdade real. In: LEITURAS Complementares de Processo Civil. Salvador: JusPODIVM, 2005. p. 289

GRECO, Leonardo; MIRANDA NETTO, Fernando Gama de. **Direito processual e direitos fundamentais**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Processo constitucional**. São Paulo: RCS, 2005.

HÄBERLE, Peter. Grundrecht im Leistungsstaat. **VVDSTRL**, n. 30, 1972.

HADDAD, Carlos Henrique Borlido. **Fatores de produtividade**: proposta de avaliação do desempenho do magistrado federal. Administração da Justiça Federal – Concurso de Monografias – 2004. Série Monografias do CEJ, v. 10. Brasília: CJF, 2005.

HAMILTON, Madison e Jay. **O federalista**. Tradução de Hiltomar Martins Oliveira. Belo Horizonte: Líder, 2003.

HESSE, Konrad. **Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1998.

HOTE, Rejane Soares. A garantia da razoável duração do processo como direito fundamental do indivíduo. **Revista da Faculdade de Direito de Campos**, Campos dos Goytacazes, Rio de Janeiro, ano VIII, n. 10, jun. 2007.

HOUAISS, Antônio et al. (Ed.). **Dicionário eletrônico Houaiss da língua portuguesa**. Rio de Janeiro: Objetiva, 2002, CD-ROM.

IAMARINO, Monnalise Gimenes Cesca; PIERI, Sueli Aparecida de, CHAMILETTE, Patricia Persona; IAMARINO, Mauro Cerajoli. **Breve análise do artigo 285-A do Código de Processo Civil**. Disponível em: <[http://www.conpedi.org/manaus/arquivos/anais/salvador/monnalise\\_gimenes\\_cesca\\_iamarino.pdf](http://www.conpedi.org/manaus/arquivos/anais/salvador/monnalise_gimenes_cesca_iamarino.pdf)>. Acesso em: 24 jan. 2010.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Tradução de João Baptista Machado. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

KOEHLER, Frederico Augusto Leopoldino. **A razoável duração do processo**. Salvador: JusPODIVM, 2009.

KOEHLER, Frederico Augusto Leopoldino. As conseqüências da inclusão do princípio da razoável duração do processo na Constituição Federal de 1988. **Revista Dialética de Direito Processual**, São Paulo, n. 73, abr. 2009.

KOLM, Serge-Cristophe. **Teorias modernas da justiça**. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do direito**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.

LEIVAS, Paulo Gilberto Cogos. **Teoria dos direitos fundamentais sociais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

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

LUÑO, Antonio E. Perez. **Los derechos fundamentales**. Madrid: Tecnos, 1988.

MAGALHÃES FILHO, Glauco Barreira. **Hermenêutica jurídica clássica**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.

MARQUES NETO, Agostinho Ramalho. **A ciência do direito: conceito, objeto e método**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e aplicação do direito**. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais**. Brasília: Brasília Jurídica, 2000.

MONSTESQUIEU. **Do espírito das leis**. São Paulo: Martin Claret, 2004.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. O problema da duração dos processos: premissas para uma discussão séria. **Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil**, Porto Alegre: Magister, maio/jun. 2006.

NERY JÚNIOR, Nelson. **Princípios do processo civil na constituição federal**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996.

NICOLITT, André Luiz. **A duração razoável do processo**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

OST, François. **O tempo do direito**. Tradução de Maria Fernanda Oliveira. Lisboa: Instituto Piaget, 1999.

PAUPÉRIO, Artur Machado. **Introdução axiológica ao direito**: apêndice à Introdução à ciência do direito. Rio de Janeiro: Forense, 1977.

PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. **Interpretação constitucional e direitos fundamentais**: uma contribuição ao estudo das restrições aos direitos fundamentais na perspectiva da teoria dos princípios. Rio de Janeiro: São Paulo: Recife: Renovar, 2006.

PINHEIRO, Patrícia Peck. **Direito digital**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 8. ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007.

RAMOS, Carlos Henrique. **Processo civil e o princípio da duração razoável do processo**. Curitiba: Juruá, 2008.

REALE, Miguel. **Teoria tridimensional do direito**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1994.

ROBLES, Gregório. **Los derechos fundamentales y la ética en la sociedad actual**. Madrid: Civitas, 1995.

ROCHA, José de Albuquerque. Súmula vinculante e democracia na constituição. In: ENCONTRO PREPARATÓRIO PARA O CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI, XVII. **Anais...** Salvador, 2008.

RODRIGUES, Francisco Luciano Lima. Reflexões sobre o controle difuso da constitucionalidade no Brasil: Passado, presente e os desafios para o futuro. **Nomos** - Revista do Curso de Mestrado em Direito da UFC, Fortaleza, v. 27, 2007.

SAMPAIO, José Adércio Leite. **Direitos fundamentais: retórica e historicidade**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

SARMENTO, Daniel; GALDINO, Flavio. **Direitos fundamentais: Estudos em homenagem ao Professor Ricardo Lobo Torres**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

SCHMITT, Carl. **Teoria de la constitución**. Presentación de Francisco Ayala. Epílogo de Manuel García-Pelayo. Versión española de Francisco Ayala. [S.l.]: Alianza Editorial, [s.d.].

SEGADO, Francisco Fernandez. **El sistema constitucional español**. Madrid: Dykinson, 1992.

SILVA, Kelly Susane Alflen da. **Hermenêutica jurídica e concretização judicial**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2000.

STEINMETZ, Wilson. **A vinculação dos particulares a direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2004.

TORRES, Silvia Faber. Direitos prestacionais, reserva do possível e ponderação: breves considerações e críticas. In: SARMENTO, Daniel; GALDINO, Flavio (Org). **Direitos fundamentais: estudos em homenagem ao professor Ricardo Lobo Torres**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

TORRES, Ricardo Lobo. **Os direitos humanos e a tributação: imunidades e isonomia**. Rio de Janeiro: Renovar, 1995.

VALLE, Rubén Hernández. **La tutela de los derechos fundamentales**. San José: Juricentro, 1990.

VASCONCELOS, Arnaldo. Notas dialéticas sobre direito e justiça. **Pensar**: Revista do Curso de Direito da Unifor, Fortaleza, v. 6, fev. 2001.

WAMBIER, Luiz Rodrigues; WAMBIER, Tereza; MEDINA, José Miguel Garcia. **Breves comentários à nova sistemática processual civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

ZAVASCKI, Teori Albino. **Antecipação da tutela**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2000.