

UNIVERSIDADE CATÓLICA DE PERNAMBUCO
CENTRO DE TEOLOGIA E CIÊNCIAS HUMANAS
DEPARTAMENTO DE DIREITO
CURSO DE MESTRADO EM DIREITO PROCESSUAL

O Direito Fundamental à Duração Razoável do Processo Judicial

DENISE TEIXEIRA DE OLIVEIRA

RECIFE - 2007

DENISE TEIXEIRA DE OLIVEIRA

O Direito Fundamental à Duração Razoável do Processo Judicial

Dissertação apresentada como requisito parcial à obtenção do título de mestre em Direito, pela Universidade Católica de Pernambuco, sob a orientação do Prof. Dr. Gustavo Ferreira Santos.

RECIFE - 2007

O48d

Oliveira, Denise Teixeira de

O direito fundamental à duração razoável do processo judicial / Denise Teixeira de Oliveira; Orientador Gustavo Ferreira Santos, 2007

181 f.

Dissertação (Mestrado) – Universidade Católica de Pernambuco. Pró-reitoria Acadêmica – Curso de Mestrado em Direito Processual, 2007.

1. Processo civil. 2. Direito fundamental. 3. Responsabilidade (Direito). 4. Juiz – Decisões. I. Título.

CDU 347.9

DENISE TEIXEIRA DE OLIVEIRA

O Direito Fundamental à Duração Razoável do Processo Judicial

Dissertação aprovada como requisito parcial à obtenção do título de mestre em Direito, pela Universidade Católica de Pernambuco, por uma comissão examinadora formada pelos seguintes professores:

Prof. Dr. Gustavo Ferreira Santos - UNICAP

Prof. Dr. Alexandre Freire Pimentel - UNICAP

Prof. Dr. Bruno César Machado Torres Galindo - UFPE

RECIFE – 2007

Agradeço à Prof^a.Dr^a. Vera Regina Cravo Della Santa por me incentivar a iniciar este trabalho e ao Prof. Dr. Manoel Severo Neto que me propiciou as condições para que eu o continuasse. Agradeço ao meu orientador, Prof. Dr. Gustavo Ferreira Santos, que me conduziu para o final da jornada.

Também agradeço ao Prof. Dr. José Elias Dubard de Moura Rocha por me ampliar muitíssimo os horizontes no estudo da Ciência Jurídica e à Prof^a. Dr^a. Fabiana Santos Dantas, cuja preciosa amizade me permitiu acessar muitos dos livros aqui utilizados.

Agradeço, ainda, à amizade de Laurent e Lana, inesperadamente surgidas durante o curso de mestrado, que me fez parecer menores as minhas angústias de estudante.

RESUMO

A proposta desta dissertação é a análise teórica do artigo 5º, inciso LXXVIII, da Constituição Federal de 1988, conhecido como Direito Fundamental à Duração Razoável do Processo, ou Direito ao Processo sem Dilações Indevidas. O estudo é construído sob método hermenêutico-dialético, com enfoque no Direito Processual que tem assento constitucional. A problemática é centrada historicamente e desenvolvida no cenário da *Reforma* do Poder Judiciário implementada pela Emenda Constitucional nº45/04, bem como, dentro do contexto de confronto entre os paradigmas procedimentalista e substancialista que definem, segundo os discursos de aplicação e justificação, o papel da magistratura no Estado constitucional e democrático de direito. A hipótese é a de que a inserção do direito à Duração Razoável do Processo no núcleo fundamental do texto constitucional dá a ele, tanto do ponto de vista formal quanto material, natureza jurídica de Direito Fundamental, com eficácia plena e imediata, embora não tenha a aptidão para interferir na marcha dos processos, abreviando-lhe o tempo de duração. Este trabalho demonstra, ainda, que algumas das premissas sobre as quais o tema da morosidade da prestação jurisdicional se desenvolve na atualidade são falsas, porquanto não se prestem a uma abordagem científica e, principalmente, por se mostrarem inócuas a solucionar o problema. Reconhecendo a relatividade e abstração conceitual dos direitos fundamentais em geral, esta dissertação estabelece uma definição operacional dos termos Duração Razoável do Processo, levando em consideração e discutindo as diversas óticas dos atores da relação processual. Com sua *jusfundamentalidade*, a Duração Razoável do Processo vem, em uma abordagem interdisciplinar, colocar-se em cotejo com outros temas da Ciência Jurídica, questionando acerca de sua judiciabilidade, reacendendo a problemática dos critérios de legitimação para o exercício do Poder jurisdicional no direito brasileiro, do papel do magistrado na concretização dos direitos materiais e, por conseguinte, a conscientização acerca dos efeitos concretos das decisões judiciais. Visa, também, fazer o Direito Fundamental à Duração Razoável do Processo iluminar o tema da Teoria geral da responsabilidade civil do Estado e do magistrado em decorrência da dilação indevida do tempo de duração dos processos judiciais, analisando as hipóteses em que tal fato se dá por negligência ou desídia na condução do processo, tendo em vista o texto que resultou na Proposta de Emenda Constitucional *paralela* após a promulgação da Emenda Constitucional nº45/04. Também serão estudadas as titularidades ativa e passiva do Direito Fundamental à Duração Razoável do Processo, como consequência de sua eficácia vertical, contra o Estado e, horizontal, referente à eficácia dos direitos fundamentais entre particulares - que se operam, no caso do direito em estudo, entre as partes da relação processual - quando litigam em processo que se desenvolveu em lapso de tempo além do que razoavelmente se esperava.

Palavras-chave: Processo. Duração razoável. Dilação indevida. Direito fundamental. Legitimação da Jurisdição. Decisão judicial. Estado democrático. Responsabilidade Civil.

RÉSUMÉ

Le propos de cet essai est l'analyse théorique du 5^{ème} article, alinea LXXVIII, de la Constitution Fédérale brésilienne de 1988, également appelée Droit Fondamental à la Durée Raisonnable du Procès, ou Droit au Procès sans Délai Indu. L'étude est construite selon une méthode herméneutique et dialectique, et en particulier dans le Droit Processuel au sein de la Constitution. La problématique est centrée historiquement et développée suivant la *Réforme* du Pouvoir Judiciaire commencée à partir de l'Amendement Constitutionnel n°45/04, ainsi que dans le contexte de la confrontation entre les modèles procédimentaliste et substantialiste qui définissent, selon le discours d'application et de justification, le rôle de la magistrature dans l'État de droit constitutionnel et démocratique. L'hypothèse est que l'insertion du droit à la Durée Raisonnable du Procès dans la partie principale du texte constitutionnel qui traite du droit fondamental lui donne, tant du point de vue formel que matériel, la nature juridique de droit fondamental, avec efficacité pleine et immédiate; malgré cela, il n'est pas capable d'interférer sur le déroulement du procès en abrégant la durée. Par ailleurs, ce travail démontre que nombreux des approches actuelles dont ayant pour thème les lenteurs des prestations juridiques sont erronées, pour n'être pas basées sur une méthode scientifique et, la plupart du temps, elles se sont montrées incapables de résoudre le problème. En gardant à l'esprit la relativité et l'abstraction du concept des droits fondamentaux, cet essai propose une définition opérationnelle des termes de l'expression Durée Raisonnable du Procès, en tenant compte des divers points de vue des acteurs de la relation processuelle. Dans sa *jusfundamentalité*, la Durée Raisonnable du Procès, par un abord interdisciplinaire, est comparable à d'autres thèmes de la Science Juridique, posant des questions sur son aptitude à être judiciaire, relançant la problématique des critères de légitimation du pouvoir juridictionnel en droit brésilien, le rôle du magistrat dans la concrétisation des droits et ce, en corrélation avec la prise de conscience des effets matériels des décisions judiciaires. Il vise également à ce que le Droit Fondamental à la Durée Raisonnable du Procès apporte un éclairage sur la Théorie générale de la responsabilité civile de l'État et du magistrat induite par le délai indu de la durée des actions en justice, par négligence ou laisser aller dans la conduite du procès, et ce en gardant à l'esprit le texte qui résulte de la Proposition d'Amendement *parallèle* après la promulgation de l'Amendement Constitutionnel n°45/04. De même, seront étudiées les responsabilités en terme de droit et de devoir du Droit Fondamental à la Durée Raisonnable du Procès, comme conséquence de son efficacité verticale, contre l'État, et horizontale, en référence à l'efficacité des droits fondamentaux entre les particuliers quand ils entrent en conflit dans un procès dont le déroulement excède une durée raisonnable.

Mots clés: Procès. Durée raisonnable. Délai indu. Droit fondamental. Légitimation de la Juridiction. Décision judiciaire. État démocratique. Responsabilité civile.

ABSTRACT

The purpose of this dissertation is to theoretically analyze article 5º, LXXVIII of the Brazilian Federal Constitution of 1988, known as the Fundamental Right to the Reasonable Duration of the Lawsuit, or the right to a lawsuit without unneeded dilations. This study is constructed through a dialectic hermeneutical process, aiming Procedural Law which has constitutional foundation. The problematic is centered historically and is developed during the 45th Constitutional Amendment scenario, within the procedimentalist and substantialist paradigmatic conflict, who define the part that should be played by the magistrate in the Constitutional State of Law. The hypothesis is of which the insertion of the Fundamental Right to the Reasonable Duration of the Lawsuit in the hard core of constitutional text gives it, through a material and formal points of view, legal characteristics of fundamental right, with immediate and complete efficacy, even though it does not have aptitude to interfere in the procedural march, reducing their time span. It also demonstrates that many assumptions under which the jurisdictional response delay problem are untrue, because they are not scientific approaches of the problem or have shown themselves unable to solve the problem. Recognizing the relativity of its concept and theoretical abstractions of the Fundamental Right, firm a concept of the terms Right to the Reasonable Duration of the Lawsuit are made, taking into consideration the many view points of the actors in its relation. With its *iusfundamentalitatis*, the Right to the Reasonable Duration of the Lawsuit puts itself through an interdisciplinary approach with other themes of the legal science, questioning the doubts of its judiciality, bringing back to focus the problem of the criteria of legitimation of the jurisdictional power in Brazilian law, the role of the magistrate in the realization of rights, and the realization of the material effects of the judicial decisions. Also as an objective, making the Fundamental Right to the Reasonable Duration of the Lawsuit shine its theme of the civil responsibility of the state and magistrate due to the unlawful time dilation of the judicial lawsuits, due to negligence or disdain in the conduction of the lawsuit, having in mind the text that resulted from the parallel amendment after the promulgation of the 45th amendment to the Constitution of Brazil. The active and passive entitlement of the Fundamental Right to the Reasonable Duration of the Lawsuit will also be studied, as will be the consequences of its vertical efficiency against the state, and horizontally, as a reflection of the fundamental rights between particulars- which operates, in the case of the right studied, between the poles of the procedural relationship whose time gap has grown beyond what is reasonably expected.

Key words: Process. Reasonable Duration. Unneeded dilations. Fundamental Right. Jurisdictional legitimacy. Judicial decisions. Constitutional State of Law. Civil responsibility.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	12
1 O DIREITO FUNDAMENTAL À DURAÇÃO RAZOÁVEL DO PROCESSO NO CONTEXTO DAS REFORMAS DO PODER JUDICIÁRIO E DA LEGISLAÇÃO INFRACONSTITUCIONAL PROCESSUAL	22
1.1 Considerações histórico-historiográficas sobre o Processo e o Direito Processual Civil brasileiro	24
1.2 A morosidade na tramitação dos processos e a inclusão do inciso LXXVIII, no artigo 5º, da Constituição Federal por meio da Emenda Constitucional nº 45/04	31
1.2.1 A Duração Razoável do Processo antes da Emenda Constitucional nº45/04 e os Princípios da Celeridade Processual e do Devido Processo Legal	33
1.2.2 A harmonização da compreensão do Direito Fundamental à Duração Razoável do Processo com os demais Direitos Fundamentais previstos na Constituição Federal de 1988	35
1.3 A Duração Razoável do Processo no contexto da Reforma do Poder Judiciário e da legislação processual	37
1.4 Sobre a dificuldade de se apontar soluções para a abreviação do tempo de duração do processo e redução da morosidade da prestação jurisdicional	39
2 UMA PROPOSTA DE COMPREENSÃO ADEQUADA DO DIREITO FUNDAMENTAL À DURAÇÃO RAZOÁVEL DOS PROCESSOS JUDICIAIS.	42
2.1 A relatividade da compreensão sobre a Duração Razoável do Processo para os atores da relação processual	42
2.2 Uma compreensão hermenêutica da Duração Razoável do Processo	45
2.2.1 Breve apresentação dos fundamentos teóricos e os cânones hermenêuticos propostos por Emilio Betti	49
2.2.2 Uma ponderação de hermenêutica sobre a Duração Razoável do Processo	51
2.3 Uma delimitação operacional da expressão Duração Razoável do Processo	60
3 A NATUREZA JURÍDICA DE DIREITO FUNDAMENTAL DA DURAÇÃO RAZOÁVEL DO PROCESSO	67
3.1 Considerações introdutórias	67

3.1.1 Nota introdutória da Teoria da Constituição e os Direito Fundamentais	69
3.2 Da natureza jurídica de Direito Fundamental da Duração Razoável do Processo	71
3.3 Sobre as características dos Direitos e Garantias Fundamentais em geral	74
3.3.1 Características relevantes à configuração da Duração Razoável do Processo como Direito Fundamental	75
3.3.3.1 Relatividade	78
3.3.3.2 Universalidade	78
3.3.3.3. Abstração e generalidade	79
3.3.3.4 Historicidade	80
3.4 Da eficácia e efetividade do Direito Fundamental à Duração Razoável do Processo	81
3.5 A judiciabilidade do Direito Fundamental à Duração Razoável do Processo e os custos dos direitos	88
4 O DIREITO FUNDAMENTAL À DURAÇÃO RAZOÁVEL DO PROCESSO JUDICIAL COMO CRITÉRIO DE LEGITIMAÇÃO: A CRISE PARADIGMÁTICA DA CIÊNCIA DO DIREITO E O PAPEL DO PODER JUDICIÁRIO NO ESTADO DEMOCRÁTICO	91
4.1 A decisão judicial e a aferição de legitimidade por meio da compreensão do artigo 1º, parágrafo único, da Constituição Federal	93
4.2 O processo judicial, a crise paradigmática da Ciência Jurídica e a morosidade do Poder Judiciário	98
4.3 O Direito Fundamental à Duração Razoável do Processo como critério de legitimação das decisões judiciais em geral	100
5 A DURAÇÃO RAZOÁVEL DO PROCESSO NO CONFRONTO ENTRE OS PARADIGMAS PROCEDIMENTALISTA E SUBSTANCIALISTA: A JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL E AS DECISÕES JUDICIAIS NO ESTADO DEMOCRÁTICO	106
5.1 Da Jurisdição Constitucional no Estado democrático e a morosidade do Poder Judiciário	109
5.2 A Jurisdição Constitucional no confronto entre os paradigmas procedimentalista e	

substancialista que orientam o papel da magistratura no Estado democrático	112
5.3 O Poder Judiciário no Estado democrático e a crise de paradigmas para o controle do conteúdo e legitimação das decisões judiciais	115
5.4 A Jurisdição Constitucional e o Direito Fundamental à Duração Razoável do Processo: retorno ao tema de legitimidade e aos paradigmas procedimentalista e substancialista	117
5.5 Utilização da Teoria do discurso de aplicação e de justificação nas decisões judiciais e os paradigmas procedimentalistas e substancialistas	124
6 A DURAÇÃO RAZOÁVEL DO PROCESSO NA TEORIA DA RESPONSABILIDADE CIVIL AQUILIANA E A PROPOSTA DE EMENDA CONSTITUCIONAL “PARALELA” DEFINIDORA DE RESPONSABILIDADE DO JUIZ PELA NEGLIGÊNCIA OU DESÍDIA NO PROCESSO	130
6.1 O Direito Fundamental à Duração Razoável do Processo na reforma da legislação infraconstitucional para se adequar aos preceitos da Emenda Constitucional nº45/04	134
6.2 Aspectos gerais da Teoria da Responsabilidade Civil Aquiliana e da Teoria da Responsabilidade do Estado pela demora na entrega da prestação jurisdicional	136
6.2.1 Elementos comuns ao tema da Teoria Geral da Responsabilidade civil extracontratual ou aquiliana	137
6.3 Identificação dos titulares do dever de indenizar e do direito a ser indenizado em decorrência do descumprimento do Direito Fundamental à Duração Razoável do Processo	139
6.4 Da fundamentação legal existente no direito brasileiro sobre o tema da responsabilidade civil aquiliana e sua possível aplicação aos casos de descumprimento do Direito Fundamental à Duração Razoável do Processo	142
6.5 A responsabilidade civil do magistrado no texto da Proposta de Emenda Constitucional ‘paralela’: breve estudo do texto não convertido na Emenda Constitucional nº45/04 que introduziu o Direito à Duração Razoável do Processo	149
6.6 Do tratamento jurisprudencial da responsabilidade civil por danos decorrentes da atividade jurisdicional e o Direito Fundamental à Duração Razoável do Processo	151
6.6.1 Breve análise de um caso paradigmático em matéria de responsabilidade civil do Estado italiano em razão de demora na entrega da prestação jurisdicional e o exemplo brasileiro	154
6.6.1.1 Breve apresentação dos fatos juridicamente relevantes no caso em estudo	156
6.6.1.2 Sistematização dos critérios de aferição da duração razoável no caso estudado	157

CONSIDERAÇÕES FINAIS	162
REFERÊNCIAS	170
ANEXO 1 - Estatísticas do Conselho Nacional de Justiça sobre a relação entre a quantidade e tempo de duração das Representações por Excesso de Prazo	180

INTRODUÇÃO

Tempo e processo constituem duas vertentes que estão em constante confronto. Em muitas ocasiões o tempo age em prol da verdade e da justiça. Na maioria das vezes, contudo, o fator temporal conspira contra o processo. Chiovenda falava do processo como fonte autônoma de bens; poder-se-ia, com maior realismo, falar do processo contemporâneo como fonte autônoma de males! (TUCCI, Rogério)¹

Em um tempo onde o tema da cientificidade do Direito volta a receber severas críticas da Comunidade jurídica; quando é forçoso reconhecer que as soluções apresentadas pelo Sistema jurídico já não são suficientes para a dinâmica dos complexos problemas da sociedade contemporânea, como os questionamentos acerca da validação e legitimação do exercício da atividade jurisdicional, discussão agravada pela morosidade com que opera o Poder Judiciário; justamente nesses tempos de crise do próprio Direito, uma Emenda insere no texto da Constituição pátria um direito novo, o *direito a um tempo de duração do processo*, tempo esse que, se analisado dissociado do contexto histórico em que foi publicado, não precisaria ser excelente, porquanto, diz o texto constitucional, bastaria que fosse razoável.

A crise de que falamos acrescenta ao trabalho do intérprete do novo inciso LXXVIII, do artigo 5º, da Constituição Federal de 1988, particular dificuldade: a de estabelecer compreensões acerca do fenômeno estudado em meandros instáveis de cientificidade, sem paradigmas ainda consolidados².

¹ TUCCI, Rogério Cruz e. *Tempo e processo: uma análise empírica das repercussões do tempo na fenomenologia processual (civil e penal)*. São Paulo: RT, 1997. p.11.

² Sobre a crise de paradigmas nas Ciências Sociais vide: ALVES-MAZZOTTI, Alda Judith. *O método nas Ciências Naturais e Sociais*. p. 111- 128. Diz a autora, que *hoje, a maioria dos cientistas admite que o conhecimento nunca é inteiramente objetivo, que os valores do cientista podem interferir no seu trabalho, que os conhecimentos gerados pela ciência não são infalíveis e que mesmo os critérios para distinguir o que é e o que não é ciência variam ao longo da história* (sic. p. 111). Nesse mesmo sentido, ver: VASCONCELLOS, Maria José Esteves. *Pensamento sistêmico: o novo paradigma da ciência*. São Paulo: Papyrus, 2002. Essa autora aprofunda a problemática da ausência de paradigmas para as ciências contemporâneas, propondo o pensamento sistêmico como o novo paradigma, com as características de complexidade, instabilidade e intersubjetividade do cientista (em oposição ao conceito de cientificidade anteriormente estabelecido, cujas características eram a simplicidade, estabilidade e objetividade da ciência). p. 147-184. Vide, ainda, notas 23, 80 e 84.

Em razão dessa chamada crise do Direito na pós-modernidade³, optamos por compreender o objeto dessa dissertação de forma sistêmica, desenvolvendo-o segundo uma metodologia hermenêutica⁴, hipotético-dedutiva⁵.

Por isso que uma advertência inicial se impõe: a presente dissertação, que tem como tema central o Direito Fundamental à Duração Razoável do Processo, embora reconheça a estreita relação com o tempo de duração do processo, não se propõe à análise quantitativa ou estatística,⁶ tão pouco estabelecer um relato historiográfico do instituto⁷.

A proposta deste trabalho acadêmico não é usar argumentos matemáticos para contar o tempo e sim desenvolver, dentro da área de concentração do Direito Processual, e da linha de pesquisa da Procedimentalização do Direito e Instrumentalidade do Processo, uma abordagem hermenêutica do Direito Fundamental à Duração Razoável do Processo.

³ Estamos aqui nos referindo ao paradigma da complexidade para o conceito de ciência na pós-modernidade, conceitos estes que ainda estão em construção pela epistemologia jurídica. Sobre a ciência do direito na pós-modernidade vide BARROSO, Luis Roberto. *O Direito na pós-modernidade*. In: Temas de Direito Constitucional. Tomo I. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p.30-45. Vide nota anterior e nota 23.

⁴ Nesse sentido ver BLEICHER, Joseph. *Hermenêutica contemporânea*. Lisboa: Edições 70, 1980. Segundo estudo apresentado por esse autor a respeito da obra de Emilio Betti, o problema da hermenêutica contemporânea é o distanciamento da consciência histórica do intérprete de sua experiência vivida, o que faz com que a procura da verdade teórica se distancie, de modo indesejável, do conhecimento das civilizações anteriores e da humanidade como um todo, p.15-21. Daí entendermos que a hermenêutica enquanto método é pertinente e útil a abordagem que é construída nessa dissertação, pois o Direito Fundamental à Duração Razoável do Processo foi inserido no texto constitucional mais de 15 anos após sua promulgação, em um contexto de reforma de vários dispositivos pertinentes ao Poder Judiciário e, portanto, sua adequada compreensão em conteúdo e extensão não deve prescindir desse elemento contextual, sob pena de se incorrer em anacronismo ou presentismo. Vide, ainda, notas 14, 70 e 72.

⁵ MARCONI, Marina de Andrade. *Metodologia científica para o Curso de Direito*. São Paulo: Atlas, 2001. p.20-24. Informa esta autora que o método hipotético-dedutivo consiste na construção de idéias que devem ser submetidas ao pensamento crítico intersubjetivo, e ao controle mútuo pela discussão e ao confronto dos fatos. Esse procedimento permite verificar quais as hipóteses que sobrevivem, e quais as mais aptas a resistir à tentativas de refutamento e de falseamento. Explicação nesse sentido, esclarecendo que o cientista não precisa necessariamente partir dos fatos e dele retirar uma hipótese capaz de explicá-los, mas, em processo inverso, pode acontecer que ele já tenha uma hipótese antes de ter experiência dos fenômenos que vai estudar, ou, quando a formulação da hipótese lhe venha depois dos fatos, sem que um processo de indução a tenha gerado. Vide: FREIRE-MAIA, Newton. *A ciência por dentro*. Rio de Janeiro: Editora Vozes, 1990.

⁶ A jurismetria, ou jusmetria, encarrega-se daquela tarefa. Tem-se notícia de estudos ainda incipientes nesse que pode vir a ser um novo ramo do Direito. Como nos ensina Renato Galvão Flôres Júnior *de modo análogo à econometria, no tocante à economia, a jurismetria visa, mediante o uso de métodos quantitativos, aplicados a dados e informações empíricas, analisar aspectos e questões de interesse das ciências jurídicas: chegando, eventualmente, à realização de testes seja de hipóteses, seja de procedimentos*. Flôres Júnior, Renato Galvão. *Os desafios da interação legal*. Brasília, 2004. Disponível em: <<http://epge.fgv.br/portal/arquivo/1758.pdf>>. Nesse discurso, proferido no Congresso Brasiliense de Direito Constitucional, o autor apresenta a jurismetria como uma disciplina apta a promover o que ele chama de ‘integração legal’, ou seja, a uniformização jurídica decorrente da globalização. Ele apresenta quadros quantitativos desse fenômeno internacional, inclusive no caso brasileiro.

⁷ Um dos melhores levantamentos historiográficos sobre a origem do direito à duração razoável do processo em língua portuguesa é feito na excelente obra de ARRURA, Samuel Miranda. *O direito fundamental à razoável duração do processo*. Brasília: Brasília Jurídica, 2006. p. 25-45. Relata o autor desde os antecedentes mais remotos dos direitos humanos de raiz sofista, passando pelas origens anglo-saxônicas, pelo *speedy trial* do direito norte-americano, e pelas cartas européias que tornaram expresso o direito fundamental à duração razoável do processo, até chegar, no Brasil, com referência à promulgação da Emenda Constitucional nº45/04.

Apresentamos o dispositivo constitucional do inciso LXXVIII, do artigo 5º, da Constituição Federal como objeto deste estudo.⁸

A compreensão desse dispositivo é aqui desenvolvida segundo o contexto histórico em que foi inserido no texto constitucional, qual seja, o da *Reforma* do Poder Judiciário implementada pela Emenda Constitucional nº 45, de 8 de dezembro, de 2004.

Tem o seguinte teor, o texto objeto deste estudo:

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

A problemática reside no fato de que a morosidade da marcha processual, como de resto da atividade do Poder Judiciário, e os múltiplos fatores que influenciam o tempo de duração dos processos, vêm sendo atacados com alterações legislativas, ora constitucionais, ora infraconstitucionais, como é o caso da Emenda Constitucional nº45, de 8 de dezembro de 2004 e das diversas reformas que vêm sendo feitas na legislação consolidada – Código de Processo Civil, Lei nº5.869, de 11 de janeiro de 1973, porém, tal meio não tem se mostrado apto a solucionar o problema da morosidade.

A hipótese central é a de que não haverá solução satisfatória com aquela providência, ainda que o constituinte reformador crie o texto do inciso LXXVIII, do artigo 5º, da Constituição Federal de 1988 - Direito à Duração Razoável do Processo -, ainda que o faça dessa forma na intenção de lhe dar natureza jurídica de Direito Fundamental, ao inseri-lo no núcleo básico dos Direitos Fundamentais da Constituição Federal de 1988.

Desenvolvendo a hipótese acima, verificaremos que o acréscimo do inciso LXXVIII ao núcleo de Direitos Fundamentais da Constituição não promove, por si só, alteração fática em busca de abreviação do tempo de duração dos processos judiciais⁹,

⁸ A expressão 'objeto de estudo científico' aqui é entendida no sentido utilizado por Umberto Eco: *Definir o objeto significa então definir as condições sob as quais podemos falar, com base em certas regras que estabelecemos ou que outros estabeleceram antes de nós.* ECO, Umberto. *Como se faz uma tese.* Tradução Gilson Cesar Cardoso de Souza. São Paulo: Perspectiva, 2000. p.21.

⁹ A idéia de que alteração legal não é solução contra a obstrução da marcha dos processos é levantada na doutrina quase sempre quando há publicação de nova lei processual que aparentemente a isso se dispõe. Exemplo disso, os comentários à Lei nº9.245 que em 1995 alterou o texto do Código de Processo Civil no tocante ao rito sumário, até então denominado sumaríssimo. Por todos, vide: CARNEIRO, Athos Gusmão. *Do Rito Sumário na Reforma do CPC: Lei nº9.245, de 26-12-1995.* São Paulo: Saraiva, 1997. p.12-19. MOREIRA, José Carlos Barbosa. *O problema da duração dos processos: premissas para uma discussão séria.* In: Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil. Porto Alegre: Magister, maio/jun. 2006.

embora dê ensejo à produção de eficácia jurídica¹⁰ meta-processual, o que será também analisado no presente trabalho.

O objetivo é estabelecer uma compreensão teórica adequada do dispositivo do artigo 5º, inciso LXXVIII, da Constituição Federal de 1988, demonstrando a possibilidade de se extrair dele, além de uma diretriz legislativa inicial de abreviação da marcha processual, outro conteúdo¹¹, um que transcenda as fronteiras do processo judicial entendido como mero procedimento destinado a realizar o direito material, servindo de fundamento teórico a uma visão procedimentalista¹² do Direito contemporâneo, situado sob o paradigma do Estado democrático de direito, e permitindo, com isso, um enfoque diferenciado da eficácia vertical e horizontal dos Direitos Fundamentais e da Teoria da Responsabilidade Civil aquiliana.

Portanto, não estão entre os objetivos específicos deste estudo a verificação incidental do que é a duração razoável de um processo judicial, nem o estudo estritamente sintático ou semântico dos termos, muito embora o Capítulo 2 se ocupará de estabelecer uma compreensão operacional dos termos: tempo de duração razoável do processo para que,

¹⁰ Nesse sentido, Cf. SILVA, José Afonso. *Comentário contextual à Constituição*. São Paulo: Malheiros, 2006. p.176. Afirma esse autor que a razoabilidade e a celeridade *parecem não casar muito bem. A razoável duração do processo como que delimita a celeridade de sua tramitação. (...) Corre-se, assim, o risco da previsão de mais uma garantia individual sujeita à ineficácia, já que ela vai depender de providências ulteriores*. Ainda há autores que dizem ser inócua a expressão desse direito no texto da Constituição Federal, porquanto já reconhecido como implícito no princípio da celeridade e instrumentalidade do processo. TUCCI, Rogério Cruz e. *Tempo e processo: uma análise empírica das repercussões do tempo na fenomenologia processual (civil e penal)*. São Paulo: RT, 1997. p. 87-88. Vide, ainda, nota 49.

¹¹ A idéia de que a duração do tempo se relaciona com a instituição de direitos é bem difundida no Ordenamento jurídico, a exemplo das prescrições aquisitivas do Direito Civil. As relações entre tempo e direito são bem representadas nas palavras de François Ors: *O tempo não permanece exterior à matéria jurídica, como um simples quadro cronológico em cujo seio desenrolaria sua ação; do mesmo modo o direito não se limita a impor ao calendário alguns prazos normativos, deixando para o restante que o tempo desenrole seu fio. Antes, é muito mais desde o interior que direito e tempo se trabalham mutuamente. Contra a visão positivista que não fez mais que exteriorizar o tempo, nós mostraremos que não é possível “dizer o direito” senão “dando tempo”; longe de se voltar à medida formal de seu desenrolar cronológico, o tempo é um dos maiores desafios da capacidade instituinte do direito*. ORS, François. *O tempo do direito*. Tradução Élcio Fernandes. São Paulo: EDUSC, 2005. p.14.

¹² A idéia traduzida por essa teoria vem da expressão de Habermas. Para esse autor, *atualmente existem ‘três candidatos sérios’ para assumir a autoria de tal teoria procedimentalista da justiça. Oriundos da tradição kantiana, eles se distinguem de acordo com o modelo que tomam para explicar o processo da formação imparcial da vontade*. O autor mencionará esses nomes, explicando as linhas de pensamento de cada autor. São eles: John Rawls, Lawrence Kohlberg e Kal-Otto Apel, concordando com este último ao sugerir *tomar a própria argumentação moral como processo adequado para a formação racional da vontade*. É curioso notar que Habermas faz tal afirmação em aula do ano de 1986, tendo mais tarde discordado expressamente de Apel, ao afirmar, em prefácio à edição de *Direito e democracia: entre que facticidade e validade*, de 1997, que não determinava mais a relação complementar entre moral e direito seguindo a linha traçada nas *Tanner Lectures* e que, no seu entender, *o acesso escolhido por K. O. Apel é por demais normativista*. Cf. HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Rio de Janeiro: Tempo brasileiro, 1997. p. 10 do Vol. I e p. 214-216, do Vol.II. Sobre tal abordagem, vide mais no Capítulo 5.

oportunamente, possamos utilizar exemplos concretos de julgados como fundamentação das idéias que aqui se desenvolvem.

Para os fins traçados nesta dissertação, estão construídos nos capítulos que se seguem uma contextualização histórica do tema, uma definição operacional útil a sua compreensão, a delimitação de sua natureza jurídica de Direito Fundamental, bem como, sua aptidão para gerar direito subjetivo indenizável quando o processo se protrair no tempo além do que razoavelmente se espera, analisando a titularidade do direito material, tanto no plano vertical – contra o Estado-juiz -, quanto no plano horizontal, da eficácia entre particulares que os direitos fundamentais adquiriram na atualidade, que no exemplo do nosso objeto de estudo se apresenta contra o adversário na relação processual.

Este estudo está alicerçado dentro do âmbito do Direito Processual que tem assento na Constituição Federal de 1988¹³ e na Teoria Geral do Processo. O tema é delimitado pela singularidade do objeto de pesquisa, e os fundamentos teóricos para sua adequada compreensão são oportunamente tratados de modo interdisciplinar,¹⁴ a fim de possibilitar o diálogo entre os ramos da Ciência Jurídica.

É oportuno fazer uma anotação preliminar sobre a relevância do tema na atualidade, pois ele ultrapassa o âmbito espacial brasileiro onde foi construído, pois em diversos outros países hodiernamente, muito se tem debatido a respeito da duração do processo judicial e sua duração no tempo além do devido. Mesmo países que, diferentemente do Brasil, não enfrentam problemas sociais, econômicos e políticos similares aos nossos¹⁵, a morosidade da tramitação dos processos judiciais tem sido uma preocupação recorrente¹⁶.

¹³ Aquele novo inciso consagra o que vamos denominar de ‘Direito Fundamental à Duração Razoável dos Processos Judiciais’. Em razão da natureza jurídica de Direito Fundamental que o direito a uma duração razoável do processo tem, entendemos que seus efeitos vão irradiar em outros ramos do Direito e, por isso, a fundamentação teórica desse trabalho vai encontrar amparo interdisciplinar, na Teoria da Constituição, no Direito Constitucional Processual, na Hermenêutica Constitucional e na Teoria da Responsabilidade Civil por danos causados pela entrega tardia da prestação jurisdicional. Vide, ainda, nota abaixo.

¹⁴ Sobre a abordagem interdisciplinar do Direito Processual na Ciência Jurídica contemporânea, conferir as palavras de Jônatas Luiz Moreira de Paula: *Partindo-se da idéia da dilação epistemológica da ciência processual brasileira, a fim de examinar sua formação e desenvolvimento, mister se faz tecer algumas considerações acerca da Interdisciplinariedade. Entendida por Norberto J. Etwes como elemento teórico-metodológico da diferença e da criatividade científica, a Interdisciplinariedade surge como o princípio da máxima exploração das potencialidades de cada ciência, da compreensão dos seus limites e, acima de tudo, o princípio da diversidade e da criatividade. Nessa linha, reafirma Norberto J. Etwes que a Interdisciplinariedade é uma ação de transposição do saber posto na exterioridade para as estruturas internas do indivíduo, constituindo o conhecimento.* PAULA, Jônatas Luiz Moreira de. *História do Direito Processual Brasileiro: das origens lusas à Escola Crítica do Processo*. São Paulo: Manole, 2002. p.16. Vide, ainda, nota acima.

¹⁵ Ainda não conhecemos muitos estudos estatísticos sobre o tempo de duração dos processos que tenham abrangência em todo o território nacional e todos níveis do Judiciário. O que vem sendo feito hoje, por exemplo, pelo Conselho Nacional de Justiça, ainda em fase de levantamento de dados, é um dos poucos dados oficialmente produzidos pelo próprio Poder Judiciário no Brasil, até porque não existia antes da Emenda Constitucional nº45/04 um órgão único que concentrasse tal tarefa abarcando os diversos níveis e matérias em

Ao início da pesquisa que deu origem a esta dissertação, apresentaram-se muitas abordagens possíveis para o tema da Duração Razoável do Processo, como não podia deixar de ser no caso de um tema atual e relevante para a Ciência do Direito e para a sociedade. Excluídos os enfoques especulativos que todo tema polêmico pode gerar, porquanto não sejam próprios a uma abordagem acadêmica, bem como, outros focos que seriam inexecutáveis ou impróprios nesse momento, ou por sua grande amplitude ou por serem pertinentes a outros campos da Ciência, elegemos os pontos que nos pareceram mais relevantes ao estudo da Duração Razoável do Processo no cenário contemporâneo de reforma do Direito Processual brasileiro e do Poder Judiciário considerando-se o paradigma constitucional do Estado democrático de direito¹⁷.

A partir dessa (e com base nessa) opção teórica foram construídos os Capítulos que compõem o presente trabalho.

que está estruturada a jurisdição. É possível conferir, também, estudos disponibilizados pelo Supremo Tribunal Federal, chamado 'Justiça em números', onde se publicam relatórios a esse respeito. Consultar: <<http://www.stf.gov.br/seminario/>>. Vide, também, nota 94 e Anexo 1. Não obstante, o tema sempre foi preocupação dos debates acadêmicos e doutrinários, no Brasil e no exterior. Um exemplo destes, vide também GOMES, Conceição. *O tempo dos tribunais: um estudo sobre a morosidade da Justiça*. Coimbra: Coimbra Editora, 2003. Essa autora apresenta um estudo, encomendado pelo Ministério da Justiça e do Centro de Estudos Jurídicos dentro do Observatório Permanente da Justiça Portuguesa, sobre a lentidão judicial, apontando-a como um dos mais relevantes sintomas da crise da Justiça. Analisa as reformas legislativas do Judiciário português e três casos paradigmas de morosidade-celeridade em que perscruta o tempo de duração de cada fase do processo e a postura das partes, do Estado-juiz e demais intervenientes no processo. Sobre, vide, ainda, referências às notas 179 e 181 e Anexo 1.

¹⁶ A busca por dados sobre o tempo de duração dos processos é preocupação de diversos países que compõe a Comunidade Européia. Sobre o assunto, vide edição de 2006 do relatório da CEPEJ (Comissão Européia Pela Eficácia da Justiça – tradução livre) sobre estudo realizado em diversos países da Europa analisando seus respectivos Sistemas Judiciais, disponível em <http://www.coe.int/t/dg1/legalcooperation/cepej/evaluation/2006/CEPEJ_2006_Fr.pdf>. No Brasil não conhecemos relatório estatístico minucioso acerca do desempenho do Poder Judiciário antes de 2005 quando foi publicado pelo Conselho Nacional de Justiça o anual de suas atividades. Atualmente, sobre o tema, é possível consultar: <<http://www.cnj.gov.br/arquivos/downloads/RelatorioAnualCNJ.pdf>>. Vide Anexo 1.

¹⁷ Essa espécie de abordagem da Ciência do Direito tem tido larga aceitação da comunidade jurídica atualmente. Uma síntese da opção teórica por uma abordagem do Direito Processual abalizado no Estado democrático de direito, as palavras de Rosemiro Leal: *A partir de Popper, com a elaboração de uma nova lógica para a conceituação do que seja científico numa perspectiva de falibilidade das afirmações (dogmatizações) do discurso do conhecimento, é possível, no campo do direito, para considerá-lo científico, conjecturar que o discurso legal só serviria à ciência moderna numa visão falibilista na qual o direito haveria de se oferecer expressamente a possibilidade de fiscalização (correição) continuada, como quer Habermas, desde o ponto decisório de sua criação até o momento de aplicação*. LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria processual da decisão jurídica: ato de decisão e legitimidade decisória; hermenêutica decisional na teoria discursiva; legitimidade decisória e devido processo constitucional*. São Paulo: Landy Editora, 2002. p.159. Não se deve, contudo, esquecer a confrontação às idéias de Popper, bem resumidas nas seguintes palavras de Fernando Aguillar: *A desmontagem da teoria popperiana da ciência é feita de modo a preservar a validade do Historicismo Anti-Naturalista, que rejeita a unificação dos métodos científicos. Entendo que a crítica de Popper não poderia alcançar aquele historicista que não pretende extrair leis de validade universal a partir da observação dos fatos históricos. Popper parte do pressuposto de que somente há ciência na busca de respostas de validade universal. Mas não pode provar que não há espaço para outras concepções de ciência, especialmente para as ciências sociais, cuja realidade e propósitos divergem em muito das ciências da natureza*. AGUILLAR, Fernando Herren. *Metodologia da ciência do direito*. São Paulo: Max Limonade, 1999. p.71.

Reconhecendo a problemática da delimitação operacional dos termos Direito Fundamental à Duração Razoável do Processo¹⁸, aplicamos como método de estudo o diálogo entre ramos diferentes do Direito, internalizando a discussão da morosidade da prestação jurisdicional em outros campos disciplinares¹⁹, porque demonstraremos que o problema da demora do processo judicial não deve ser imputada como restrito à disciplina do Direito Processual. É forçoso o desenvolvimento do tema além da perspectiva formalista-positivista²⁰, já há muito considerada insuficiente como método de investigação da Ciência do Direito, dado o hermetismo de que se revestiu em meados do século passado²¹.

Posto não se possa aceitar que o constituinte reformador andou na contramão das soluções apresentadas pelo nosso Ordenamento para o problema da morosidade do Poder Judiciário, uma vez que, na verdade, espera-se que o processo judicial seja célere (e não apenas razoavelmente demorado), o texto do artigo 5º, inciso LXXVIII, da Constituição Federal de 1988, poderia nos conduzir, à primeira vista, a tal compreensão.

Não obstante essa exegese literal, que peca ora por ver ali um retrocesso na almejada abreviação do tempo de duração dos processos, ora por apontar ser ele mais um, entre vários, dispositivos 'garantistas' que fazem recair sobre o texto da Constituição a pecha de *mera carta de intenções*²², tal compreensão será levada em consideração nesta dissertação como elemento antitético do diálogo que se estabeleceu aqui como método de pesquisa²³.

¹⁸ Optamos por utilizar a expressão *duração razoável do processo*, por entendermos que a palavra *razoável* aqui está adjetivando a expressão *tempo de duração*. É este, o *tempo*, que deverá ser *razoável*, embora a maioria dos textos consultados tenham optado, sem se deter a esse ponto, pela expressão *razoável duração do processo*, e levado a debate sobre o tema para o campo de discussão do conceito de razoabilidade do direito material discutido no processo. Se essa idéia é pertinente, é importante deixar dito que a abordagem que aqui é desenvolvida está centrada no estudo do tempo de duração do processo. Vide, ainda, Capítulo 2 sobre a delimitação operacional e uma compreensão hermenêutica dos termos *duração razoável do processo*.

¹⁹ Prova da necessidade desse tratamento interdisciplinar e dialogal aqui proposto, podemos mencionar, aprioristicamente, que no ramo do Direito Constitucional o discurso em torno do tempo de duração do processo tende no sentido da auto-aplicabilidade do *novel* dispositivo do inciso LXXVIII, art. 5º, Constituição Federal de 1988, como de resto se pensa - com fulcro no artigo 5º, inciso 1º, Constituição Federal de 1988 - das demais normas constitucionais delineadoras de Direitos e Garantias Fundamentais. Também se pode dizer que tais normas, uma vez expressas no texto da Carta, são vetores determinantes e limitadores da produção e da interpretação legislativa infraconstitucional, pois essas também são funções que se extraem das regras de interpretação próprias das normas constitucionais.

²⁰ Utilizamos as expressões formalismo e positivismo - os dois principais lastros metodológicos legados à Ciência do Direito no século XX - no sentido de CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema da Ciência do Direito*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1996. p. IX-XXIV. Vide nota abaixo.

²¹ Síntese dessa idéia é feita na parte introdutória em CANARIS, ob.cit. p. XXVIII, com as seguintes palavras: *Tal o dilema da Ciência do Direito no final do século vinte: perante problemas novos, ou se intensifica um metadiscorso metodológico irreal, inaplicável a questões concretas e logo indiferente ao Direito, ou se pratica um formalismo ou um positivismo de recurso. Em qualquer dos casos, as soluções são ora inadequadas ora assentes em fundamentações aparentes, escapando do controle da Ciência do Direito*. Vide nota acima.

²² Cf. SILVA, José Afonso. *Comentário contextual à Constituição*. São Paulo: Malheiros, 2006. Afirma esse autor que a razoabilidade e a celeridade “parecem não casar muito bem. A razoável duração do processo como

Assim, cada capítulo vai ambientar o Direito Fundamental à Duração Razoável do Processo em um campo temático. Embora alguns deles não sejam inéditos à Ciência jurídica, agora se apresentam sob uma perspectiva renovada, porquanto enfocados sob a luz de um direito expresso, com natureza jurídica de Direito Fundamental, o da Duração Razoável do Processo.

Dispostas nessas idéias introdutórias as premissas desta dissertação, propomos compreender o objeto deste estudo e os reflexos jurídicos que sua inclusão textual na Carta provocou consoante a seguinte estrutura: No Capítulo 1, foi construída uma contextualização do objeto da pesquisa, situando-o historicamente. Essa compreensão útil e necessária para o desenvolvimento do tema, partiu de sua contextualização no cenário de *Reforma do Judiciário* e da reforma do texto constitucional pela Emenda Constitucional nº45/04, e são aspectos importantes a serem previamente discutidos e delineados como ponto de partida da discussão teórica que aqui se firmará, a fim de evitar anacronismos que tal tema pode provocar.

No Capítulo 2, serão questionadas a relatividade da compreensão dos termos componentes do tema em estudo, bem como, construídas algumas definições operacionais para os termos trabalhados: *Direito Fundamental à Duração Razoável do Processo*. Para tanto, serão válidos, entre outras regras de interpretação e fundamentação, os cânones hermenêuticos da Deontologia Hermenêutica de Emilio Betti para a interpretação jurídica como método de investigação das possíveis compreensões sobre os termos trabalhados ao longo da Dissertação, já lançando as primeiras idéias sobre a natureza jurídica de Direito Fundamental da Duração Razoável do Processo, que será construída no Capítulo seguinte.

Questionando a natureza jurídica do dispositivo constitucional do artigo 5º, inciso LXXVIII, da Constituição Federal de 1988, o Capítulo 3 cuida da construção de sua natureza jurídica de Direito Fundamental, ou seja, da *jusfundamentalidade* do Direito à Duração Razoável do Processo. Discutindo a partir daí, o Direito Fundamental à Duração Razoável do Processo é cotejado dialeticamente com a teoria do Direito Constitucional, possibilitando extrair dele um conteúdo pleno de eficácia jurídica, tanto vertical como horizontalmente, deixando espaço para a discussão que se seguirá no capítulo seguinte.

que delimita a celeridade de sua tramitação. (...) Corre-se, assim, o risco da previsão de mais uma garantia individual sujeita à ineficácia, já que ela vai depender de providências ulteriores”. Vide nota 175.

²³ Se faz presente, mais uma vez, a advertência de Umberto Eco sobre os trabalhos acadêmicos que se pretendem científicos: *O estudo deve fornecer elementos para a verificação e a contestação das hipóteses apresentadas e, portanto, para uma continuidade pública*. ECO, H. *Como se faz uma tese*. Tradução Gilson Cesar Cardoso de Souza. São Paulo: Perspectiva, 2000. p.23.

Os Capítulos 4 e 5 que se seguem são construídos sobre os pilares teóricos dos Capítulos anteriores e completarão o círculo de discussão para o Capítulo final. Assim é que o Capítulo 4 reacende o tema da identificação de critérios para aferição de legitimidade do exercício da atividade jurisdicional, agora inovado sob o enfoque do texto expresso na Constituição que criou um Direito Fundamental à Duração Razoável do Processo, questionando o binômio morosidade-celeridade do processo como fator de legitimação pelo critério da qualidade da prestação jurisdicional e das decisões judiciais.

Estabelecendo uma confrontação dialética entre os paradigmas procedimentalista e substancialista do Direito, o Capítulo 5 trata do modo como aquela opção teórico-política do Poder Constituinte de eleger critérios diferentes de legitimação para acesso e permanência no Poder se reflete na Jurisdição em um Estado constitucional democrático de direito e como a expressão no texto constitucional de um Direito Fundamental à Duração Razoável do Processo influencia nessa compreensão.

Por fim, e em razão da contextualização do tema dentro do cenário da *Reforma do Judiciário*, bem como, daqueles debates acerca dos critérios de legitimação da atividade jurisdicional e daquela aptidão imediata e ampla para produzir eficácia jurídica desenvolvidas nos Capítulos anteriores, o Direito Fundamental objeto desse estudo é chamado a dialogar com a Teoria Geral da Responsabilidade Civil extracontratual no Capítulo 6²⁴. Nele, os titulares do direito subjetivo a que o processo judicial dure apenas o tempo razoável, ou ao menos não contenha dilações indevidas, são identificados no seu pólo ativo e passivo, permitindo uma integração das idéias lançadas nos dois Capítulos anteriores no que tange à eficácia vertical e horizontal dos Direitos Fundamentais e do papel da atividade jurisdicional que se legitima pela qualidade com que opera o Poder Judiciário.

Na última parte serão tecidas as considerações finais acerca do Direito Fundamental à Duração Razoável do Processo, tema inserido no texto da Constituição Federal de 1988 pela Emenda Constitucional nº45/04, confirmando-se as premissas levantadas durante a construção das partes do presente trabalho, demonstrando as hipóteses propostas para o problema e ratificando as conclusões parciais que se optou fazer ao final de cada Capítulo, ao longo da construção desta Dissertação.

²⁴ É sabido que as diversas teorias acerca da (ir)responsabilidade civil do Estado ou do juiz por atos jurisdicionais são amplamente debatidas na doutrina jurídica e, embora não sejam inéditas, aqui se apresentam com esse enfoque renovado da inserção no texto constitucional do Direito Fundamental à Duração Razoável do Processo. A opção pela elaboração do mencionado capítulo segue as recomendações sempre lúcidas e pertinentes de Umberto Eco: *O estudo deve dizer do objeto algo que ainda não foi dito ou rever sob uma óptica diferente o que já se disse*. ECO, Umberto. *Como se faz uma tese*. Tradução Gilson Cesar Cardoso de Souza. São Paulo: Perspectiva, 2000. p.22. Sobre essa discussão vide, ainda, Capítulo 6.

1 O DIREITO FUNDAMENTAL À DURAÇÃO RAZOÁVEL DO PROCESSO NO CONTEXTO DAS REFORMAS DO PODER JUDICIÁRIO E DA LEGISLAÇÃO INFRACONSTITUCIONAL PROCESSUAL

Lamentavelmente, em nosso país, não se tem qualquer perspectiva de solução a médio prazo para a alarmante demora do processo. Enquanto persistir a falta de obstinação política para minimizar esse gravíssimo inconveniente, só nos resta aguardar os resultados advindos do “movimento instrumentalista” materializados nas recentes reformas que tendem a modernizar o direito processual. (TUCCI, Rogério Cruz e)²⁵

As primeiras notícias que temos de um direito processual no Brasil começaram a ser escritas, provavelmente, a partir das Ordenações Manuelinas, outorgada em Portugal nos idos de 1.521, com base na qual foram condenados muitos daqueles que vieram às costas brasileiras para extração de pau-brasil sem autorização portuguesa.²⁶

Não é possível definir um marco historiográfico para o problema da morosidade na tramitação dos processos, ao revés, é forçoso reconhecer que a demora dos processos judiciais vem sendo sedimentada ao longo das décadas – talvez séculos - e, somente muito tempo depois, quando se passou a reconhecer que ela representa um problema grave para o exercício jurisdicional e para a sociedade, o direito a uma duração razoável do processo veio a ser consagrado expressamente em nível constitucional.

Como nos informa José Carlos Barbosa Moreira o problema da morosidade na tramitação dos processos tem origem remota. Diz o autor ser um equívoco pensar que o problema da excessiva duração dos processos é peculiar ao nosso tempo e que:

Na verdade ele é multiseccular. Para não ir mais longe – e sem esquecer a extrema diversidade das circunstâncias históricas que tornam arriscado qualquer confronto com a situação atual -, recordarei que no início do século XIV as reiteradas queixas sobre a lentidão do

²⁵ TUCCI, Rogério Cruz e. *Tempo e processo: uma análise empírica das repercussões do tempo na fenomenologia processual (civil e penal)*. São Paulo: RT, 1997. p. 12.

²⁶ PAULA, Jônatas Luiz Moreira de. *História do direito processual civil brasileiro: das origens lusas à Escola Crítica do processo*. São Paulo: Manole, 2002. p. 195-196. Informa-nos esse autor: *Destaca-se da segunda expedição de Cristovão Jacques em 1526, a notícia de seu fiel desempenho que o rei Dom João III lhe confiara: livrar a costa brasileira dos contrabandistas, com o incendiamento de suas naus estrangeiras e o aprisionamento ou enforcamento dos contrabandistas franceses. Embora não haja um registro histórico preciso, tal ato pode ser o primeiro exercício de jurisdição penal em terras brasileiras, tendo por fonte as Ordenações Manuelinas e as cartas régias*. p.196.

processo canônico levaram o Papa Clemente V a criar, mediante a bula conhecida pela denominação de *Clementina Saepe*, um rito simplificado, sem muitas formalidades, que os historiadores do direito incluem entre os antecedentes dos atuais procedimentos sumários e sumaríssimos.

O que se pode e deve reconhecer é que o problema assume hoje em dia mais vultosas proporções, ou é percebido como mais grave.²⁷

Em que pese essa origem remota da morosidade na tramitação do processo judicial, o estudo do tema do Direito Fundamental à Duração Razoável do Processo será aqui delimitado dentro do contexto histórico em que ele foi inserido expressamente no texto constitucional: o da *Reforma do Judiciário*.

É inegável que o tema da duração dos processos judiciais é relevante para o Direito, mas a tradução dessa idéia em um Direito Fundamental expresso no texto da Constituição Federal – ocorrida com a Emenda Constitucional nº45, de 8 de dezembro de 2004 - impõe uma abordagem historicamente contextualizada desse texto constitucional, uma vez que a mencionada Emenda também inseriu várias outras alterações no Capítulo III, do Título IV, da Constituição Federal, que cuida do Poder Judiciário (e não foi por outra razão que a denominaram *Emenda da Reforma do Judiciário*).

Indicando o sentido da importância de se ver expresso no texto constitucional o Direito à Duração Razoável do Processo, opina Antônio Edílio Magalhães Teixeira:

O novo direito implica manifestações aperfeiçoadas do direito básico de proteção judicial eficaz dos direitos, ou direito de jurisdição adequada, e resulta, ainda, da noção abrangente e universalizante de *direitos do homem*. Nos países que adotam o constitucionalismo moderno, em que as normas estruturais do Estado e a garantia de direitos básicos do homem constituem o alicerce de suas Constituições, e que têm problemas em atender satisfatoriamente às demandas por proteção judicial, como é o caso do Brasil, essa questão – a duração razoável do processo – certamente está incluída no catálogo de *direitos fundamentais*, ou, pelo menos, caminha nesse sentido.²⁸

Além disso, a mencionada Emenda deu azo a várias alterações na legislação infraconstitucional no que tange à compreensão do sistema processual do Código de Processo

²⁷ MOREIRA, José Carlos Barbosa. *O problema da duração dos processos: premissas para uma discussão séria*. In: Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil. Porto Alegre: Magister, maio/jun 2006. p.29.

²⁸ TEIXEIRA, Antônio Edílio Magalhães. *A razoável duração do processo ambiental*. Dissertação de mestrado defendida e aprovada em 11 de novembro de 2006, pela Universidade Federal de Pernambuco, sob a linha de pesquisa Direitos Fundamentais e democracia. Ainda não publicada. p.16.

Civil, o que ficou conhecido como Pacto de Estado para um Judiciário mais rápido e republicano.

Sobre aquele cenário de *Reforma* do Poder Judiciário e das leis infraconstitucionais referentes ao processo é pertinente trazer as palavras do então Ministro da Justiça à época da promulgação da Emenda Constitucional nº45/04, Márcio Tomaz Bastos, proferidas quando da apresentação da exposição de motivos do Projeto de Lei que deu origem as modificações no procedimento dos recursos de agravo retido e por instrumento, no texto do Código de Processo Civil:

Sob a perspectiva das diretrizes para a reforma da Justiça, faz-se necessária a alteração do sistema processual brasileiro com o escopo de conferir racionalidade e celeridade ao serviço de prestação jurisdicional, sem, contudo, ferir o direito ao contraditório e à ampla defesa.

De há muito surgem propostas e sugestões, nos mais variados âmbitos e setores, de reforma do processo civil. Manifestações de entidades representativas, como o Instituto Brasileiro de Direito Processual, a Associação dos Magistrados Brasileiros, a Associação dos Juizes Federais do Brasil, de órgãos do Poder Judiciário, do Poder Legislativo e do próprio Poder Executivo são acordes em afirmar a necessidade de alteração de dispositivos do Código de Processo Civil e da lei de juizados especiais, para conferir eficiência à tramitação de feitos e evitar a morosidade que atualmente caracteriza a atividade em questão.²⁹

Por tudo isso, e mais pelas razões que adiante se verá, essa dissertação se inicia com uma compreensão historicamente situada do objeto de estudo: Direito Fundamental à Duração Razoável do Processo.

1.1 Considerações histórico-historiográficas sobre o Processo e o Direito Processual Civil brasileiro

²⁹ BASTOS, Márcio Tomaz. *Exposição de motivos da Lei nº11.187, de 19 de outubro de 2005*. In: Jornada de atualização em Direito: As novas reformas do Processo Civil. Caderno das novas leis de reforma do CPC. Recife: ESMape - Escola Superior da Magistratura de Pernambuco, 2006. p.3.

A consolidação da idéia de que o Direito Processual seria ramo autônomo³⁰⁻³¹ da Ciência do Direito³² – o que se deu na segunda metade do Século XX, embora durante muito tempo discutida³³ - trouxe, de um lado, um salto qualitativo na construção dos conceitos dos institutos processuais e da própria linguagem jurídico-processual, com as então modernas teorias sobre a autonomia da ação em relação ao processo, mas, de outro, apresentou também novos problemas a serem solucionados pelo Sistema Processual³⁴ que, sob os paradigmas de cientificidade até então assentados (da simplicidade, objetividade e universalidade³⁵), ainda não encontraram nos dias de hoje uma solução satisfatória.

No campo da Ciência do Direito, especificamente do ramo do Direito Processual, exemplo da complexidade dos problemas que surgem e não encontram resposta sob aquele enfoque da ciência tradicional a necessidade de conciliar a almejada abreviação do tempo de

³⁰ Sobre os dois modelos de concepção da autonomia do processo – o de justiça material e o de legitimidade procedimental que, partindo de pressupostos diferentes, estavam impregnados de desejo de autonomia – Luiz Guilherme Marinoni comenta: *Não há mais que se pensar em autonomia de um ou de outro desses modelos. A obviedade está em que o direito material e o processo não podem mais ser tratados separadamente. Assim como o processo não é somente mero meio para a realização do direito, o direito não apenas o resultado do processo.* MARINONI, Luiz Guilherme. *Técnica processual e tutela dos direitos*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004. p.27.

³¹ *Solo com los procesalistas se llegó a la elaboración de una rama autónoma dentro la ciencia jurídica, y ello mediante la consideración en profundidad de algunos conceptos fundamentales, con lo que se produjo la separación del Derecho material.* AROCA, Juan Montero. *El Derecho procesal en el siglo XX*. Valencia: Tirant lo blanch, 2000. p.32.

³² Houve tempo em que as discussões doutrinárias defendendo a autonomia de determinados ramos do direito dominou o cenário acadêmico. Hoje, porém, com a idéia de tratamento interdisciplinar e, por vezes, transdisciplinar da Ciência Jurídica, a discussão perde força doutrinária e ganha como registro histórico-historiográfico. Apesar disso, adverte Luiz Guilherme Marinoni que: (...) *a doutrina que entendeu que o processo poderia prestar tutela jurisdicional sem estruturar-se de acordo com o direito material atualmente deve ser vista como história do direito. Mas não se pense que essa doutrina, por dignificar história, não tenha mais importância.* Ob.cit. p.28. Vale notar que em alguns países que não provieram da mesma tradição do Direito brasileiro, essa discussão sobre a autonomia dos ramos do Direito nunca teve muita relevância. É o que nos adverte o FISS, OWEN. *Um novo processo civil: estudos norte-americanos sobre jurisdição, constituição e sociedade*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 5-15.

³³ Aliada à autonomia do processo em relação ao direito material, uma nota fundamental da doutrina do Direito Processual que se firmou durante o século XX foi a de suas bases de Direito Público. A chamada publicização do processo, contudo, tem uma origem anterior, como anota Juan Montero Aroca: *A lo largo de todo el Siglo se há venido haciendo referencia a la llamada publicización del proceso, estimándose que esta concepción arranca de Klein y de la ZPO austríaca de 1895, constituyendo su libro de referencia el de los Materialien publicado em 1897. Las bases ideológicas del legislador austríaco, enraizadas en el autoritarismo propio del imperio austro-hungaro de la época y con extraños injertos como el del socialismo jurídico de Menger, pueden resumirse, como han destacado Sprung y Cipriani, em estos dos postulados: 1) El proceso es un mal, dado que supone una pérdida de tiempo y de dinero, aparte de llevar a las partes a enfrentamientos con repercusiones en la sociedad, y 2) El proceso afecta a la economía nacional, pues impide la rentabilidad de los bienes paralizados mientras se debate judicialmente sobre su pertenencia. Estos postulados llevan a la necesidad de resolver de modo rápido el conflicto entre las partes, y para ello el mejor sistema es que el juez no se limite a juzgar sino que se convierta en verdadero gestor del proceso, dotado de grandes poderes discrecionales, que han de estar al servicio de garantizar, no solo los derechos de las partes, sino principalmente los valores e intereses de la sociedad.* AROCA, Juan Montero. *El Derecho Procesal en el siglo XX*. Valencia: Tirant lo blanch, 2000. p.71.

³⁴ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instrumentalidade do processo*. São Paulo: Malheiros, 2005.

³⁵ VASCONCELLOS, Maria José Esteves. *Pensamento sistêmico: o novo paradigma da ciência*. São Paulo: Papirus, 2002. p.101-184.

duração de um processo com outros problemas que afligem o Judiciário e que, não raro, colocam em xeque a qualidade da prestação jurisdicional, e por via de consequência a própria legitimidade para o exercício da *juris dictio*, tal qual o tempo necessário à formação da convicção judicial acerca do objeto do pedido deduzido no processo e a ponderação dos diversos Direitos Fundamentais igualmente consagrados no texto constitucional³⁶, ou o que Canotilho chama de concorrência de direitos fundamentais³⁷.

Isso nos leva a indagar (e desejar) que as decisões judiciais cada vez mais venham abrir oportunidade para que as partes colaborem na sua formação de forma dialogal e para que, ao fim do curso do processo, seja realizada a vocação de dar efetividade ao direito material e seja garantido o devido processo legal.

As alterações promovidas no texto do Código de Processo Civil ao longo de seus mais de trinta anos de vigência não foram casuísticas, embora tenham sido fragmentadas em diversas leis. Podemos verificar que elas contêm uma linha mestra sintetizada na idéia de abreviar o tempo de duração dos processos judiciais. Assim, não houve aleatoriedade legislativa.

Porém, se de um lado se admite que a *ratio legis* guarda coerência e se mostra consciente da tarefa de criar instrumentos processuais na busca da celeridade na tramitação dos processos, com a supressão de formalismos inúteis à efetivação do direito material discutido no processo, parte da hoje insuficiente premissa cartesiana de que os fenômenos podem ser reduzidos a uma parte mínima que conforme a inteligência do intérprete.

Em outras palavras, para cada causa da morosidade do processo e do Poder Judiciário, uma nova lei surge apresentando uma solução. Ao fim, vemos desfilar um elenco de diversas leis e a manutenção do problema.

³⁶ Há mais de 40 anos, em relação ao futuro dos direitos do Homem, Bobbio já registrava o surgimento e conquistas de um grande número de direitos ao longo da história, alertando para o excessivo acréscimo de direitos fundamentais no texto constitucional, chamando ao debate o tema, então, o tema da efetivação desses direitos; a expressão *era dos direitos* para tal autor é uma referência qualitativa e indício revelador de progresso moral da humanidade. BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Tradução Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992. p.25-47. Sobre essa questão da falta de eficácia da norma instituidora de direito, em publicação mais recente daquela mesma obra, Celso Lafer, faz comentários iniciais nos quais lembra que, para Bobbio, Direito e Poder são duas faces da mesma moeda pois têm em comum a exigência da eficácia e se complementam mutuamente com o paralelismo entre os requisitos da norma jurídica – justiça e validade – e os do poder – legitimidade e legalidade. Cf. apresentação de Celso Lafer à obra: BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Rio de Janeiro: ELSEVIER, 2004. Páginas de apresentação não numeradas.

³⁷ Dá-se a concorrência entre direitos fundamentais, segundo aquele autor, quando: *a mesma pretensão subjectiva ou o mesmo comportamento individual, apresentando-se enquanto procedimentos de vida unitários, são simultaneamente subsumíveis em duas ou mais normas de direitos fundamentais, na medida em que, na sua totalidade ou em algum de seus seguimentos, preenchem, indiferentemente, os pressupostos das respectivas previsões normativas*. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. Coimbra: Almedina, 2003. p.1268.

É por isso que o conceito de processo na atualidade deve ser entendido segundo um pensamento sistêmico, levando em consideração a complexidade que o envolve.

O conceito de processo hoje, permeado das idéias discutidas no campo de novo Direito Constitucional - ou como querem alguns autores: o neoconstitucionalismo da pós-positivismo – merecem ser confrontado com o paradigma do Estado democrático de direito, e, por isso, sua compreensão não se limita mais, como no passado, a uma resposta do Estado-juiz ao pedido da parte autora a partir da aplicação da letra da lei ao caso concreto.

Como reflexo disso, é importante entender o Direito Processual que tem assento no texto constitucional dentro desse contexto de discussões propostas pela doutrina do neoconstitucionalismo e de uma hermenêutica jurídica comprometida com o resultado e conseqüências da atividade do intérprete.

As palavras a seguir, de Luís Roberto Barroso nos mostram uma visão dessas idéias:

O pós-positivismo identifica um conjunto de idéias difusas que ultrapassam o legalismo estrito do positivismo normativista, sem recorrer às categorias da razão subjetiva do jusnaturalismo. Sua marca é a ascensão de valores, o reconhecimento da normatividade dos princípios e a essencialidade dos direitos fundamentais. Com ele, a discussão ética volta ao Direito. O pluralismo político e jurídico, a nova hermenêutica e a ponderação de interesses são componentes dessa reelaboração teórica, filosófica e prática que fez a travessia de um milênio para o outro³⁸.

E continua aquele autor, em conclusão às idéias sobre o direito constitucional contemporâneo:

O novo direito constitucional brasileiro, cujo desenvolvimento coincide com o processo de redemocratização e reconstitucionalização do país, foi fruto de duas mudanças de paradigmas: a) a busca da efetividade das normas constitucionais, fundada na premissa da força normativa da Constituição; b) o desenvolvimento de uma dogmática da interpretação constitucional, baseada em novos métodos hermenêuticos e na sistematização de princípios específicos de interpretação constitucional. A ascensão política e científica do direito constitucional brasileiro conduziram-se ao centro do sistema jurídico, onde desempenha uma função de *filtragem constitucional* de todo o

³⁸ BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*. São Paulo: Saraiva, 2003. p.343.

direito infraconstitucional, significando a interpretação e leitura de seus institutos à luz da Constituição.³⁹

Assim, uma concepção constitucionalmente adequada de processo, e opção teórica em torno da qual é construída esta dissertação, permeia-se das idéias de uma decisão judicial participada e de uma construção dialógica do direito.

Uma concepção de processo judicial assim entendida não deixa escapar a complexidade dos temas com que está relacionada. Bem resumida essa idéia nas palavras de Rosemiro Leal, abaixo transcritas:

É o PROCESSO, na democracia, instituição constitucionalizada de presentificação (possibilidade de atualização corretiva e preventiva do esquecimento) da produtividade, compreensão e refazimento normativos instituintes do ordenamento jurídico. Em sendo o Estado condição jurídico-espacial da Jurisdição, e não do *processo* que a ambos rege, é claro que, no Estado democrático de direito, a jurisdição só pode atuar a serviço do discurso teórico-processual da procedimentalidade como único meio de se legitimar. (grifos no original)⁴⁰

Obviamente que se falar em uma concepção constitucionalmente adequada de processo não prescinde da compreensão do papel que exerce o magistrado no Estado democrático de direito. Portanto é necessário, também, entender que papel exerce o magistrado nesse contexto contemporâneo do Estado democrático de direito para, assim, entendermos a relação que atividade judicante tem com o tema do Direito Fundamental à Duração Razoável do Processo e da morosidade do Poder Judiciário.

Atualmente, vêm ganhando força teorias ampliativas da atuação do magistrado na condução do processo, teorias estas fundadas, sobretudo, a partir de uma concepção de que o juiz deve atuar, no processo, em busca de uma tutela jurisdicional efetiva (no sentido de dar efetividade ao direito material deduzido no processo). Tal enfoque surge como negativa das idéias fundadas sob os paradigmas (anteriores) do Estado Liberal clássico que, como era de se esperar, refletiram-se na atuação de um juiz com tarefas meramente declaratórias do direito, e por isso, não se sustentou.

³⁹ LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria processual da decisão jurídica: ato de decisão e legitimidade decisória; hermenêutica decisional na teoria discursiva; legitimidade decisória e devido processo constitucional*. São Paulo: Landy Editora, 2002. p.343.

⁴⁰ Idem ob. cit. p.125.

Dar efetividade ao direito material como escopo do processo judicial é uma das vertentes doutrinárias mais difundidas na atualidade. Bem resumem essa constatação as palavras de Gustavo Guerra, abaixo transcritas:

Tema bastante difundido na moderna processualística diz respeito à busca da *efetividade do processo*, que constitui etapa posterior da Teoria Geral do Processo, ou seja, a ponderação de que o Direito Processual, porquanto instrumento de concretização dos direitos (*rights*), deve satisfazer, inexoravelmente, os anseios de pacificação social preconizados em seu espectro de aplicabilidade. Em apertada síntese, trata-se de tendência perene de busca por mecanismos eficazes, garantidores do cumprimento integral – ou bem próximo a isso, dos direitos tutelados pela ordem normativa instrumentalizada, salientando-se a máxima de Chiovenda, assim declamada por Pinto Ferreira: “na medida do que for praticamente possível o processo deve proporcionar a quem tem um direito tudo aquilo que ele tenha o direito de obter.”⁴¹

Aquela posição doutrinária, que dá sentido ao papel do juiz na busca da efetivação do direito material, por meio do processo judicial, tem muitos representantes na doutrina brasileira. Por todos, Luiz Guilherme Marinoni sintetiza a idéia, com as seguintes palavras:

Lembre-se que o direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva, segundo o art. 5º, §1º da CF, tem aplicabilidade imediata, e assim vincula imediatamente o Poder Público, isto é, o legislador – obrigado a traçar técnicas processuais adequadas à tutela dos direitos – e o juiz – que tem o dever de prestar a tutela jurisdicional efetiva. Na verdade, esse direito fundamental incide de forma objetiva, ou como valor, sobre o juiz. Melhor dizendo, o juiz, diante desse direito fundamental, deve se perguntar sobre as necessidades do direito material, vale dizer, sobre a tutela do direito que deve ser outorgada pelo processo, para então buscar na norma processual a técnica processual idônea à sua efetiva prestação, outorgando-lhe a máxima efetividade.⁴²

Ocorre que tal concepção, embora encontre êxito entre os doutrinadores de direito processual brasileiro, não apresenta respostas para as indagações que se impõem ante a presença de limitadores fáticos intransponíveis contra a atividade jurisdicional, como por exemplo, o tempo de duração do processo.

⁴¹ GUERRA, Gustavo Rabay. *Direito processual de resultados práticos: da percepção à realização da completude do processo*. In: Revista Parahyba Judiciária. n.3. out. 2002. p. 145-160. Disponível em: <http://www.trf5.gov.br/gabinete_revistaphp/Parahyba/Parahyba_Judici%Elria_vol03.pdf>. p.146-147.

⁴² MARINONI, Luiz Guilherme. *Técnica processual e tutela dos direitos*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004. p.28.

É inegável que a duração no tempo é inerente à existência do processo. Mas o problema da morosidade do processo e a fixação de uma duração de tempo razoável para a atividade judicante não se resolve com a fixação de regras processuais que autorizam o magistrado a antecipar em favor de uma das partes o efeito de uma futura tutela favorável, ou permitir que o magistrado seja um efetivador do direito material, independente do fato de que o processo onde o direito material está sendo discutido finde.

Sobre o tempo de duração que necessariamente devem ter os processos, confira-se as palavras de Rogério Nunes Oliveira:

O fator tempo é um elemento essencial ao processo. E o é porque, para a coordenação desse complexo conjunto de atos processuais dirigidos à busca da prestação jurisdicional, é necessária a observação de uma série de prazos e solenidades formais que dependem de um certo tempo para a sua conclusão, que são reflexos da cláusula constitucional do *due process law* e das garantias da bilateralidade da audiência e da exaustão dos meios e oportunidades de defesa. Dito de outro modo, isso significa que o fator tempo é um mal necessário para o desenrolar válido do processo judicial, porque visa a assegurar àquele em face de quem se pede uma providência jurisdicional a efetivação do direito ao devido processo legal e às demais garantias a ele inerentes.⁴³

As técnicas adequadas de que fala aquele autor é a palavra de ordem dos manuais acadêmicos na atualidade. As tutelas de urgência, da qual são espécies a tutela antecipatória dos efeitos da sentença e a tutela específica das obrigações de fazer, não-fazer e dar coisa certa, embora sejam instrumentos muitas vezes capazes de antecipar para uma das partes no processo os efeitos de uma futura decisão judicial que lhe seja favorável – tutelas satisfativas, portanto – não têm o condão de influir no tempo de duração do processo em que são deduzidas.

Após tantas reformas no texto do Código de Processo Civil, se algo se ganhou em termos de efetividade do direito material (do ponto de vista de quem se beneficia da antecipação) foi quase imperceptível o avanço no tempo de duração da marcha processual, talvez mesmo inexistentes, quando ponderamos as novas demandas que surgiram no âmbito

⁴³ OLIVEIRA, Rogério Nunes. *A morosidade da entrega da jurisdição e o direito à razoável duração do processo judicial*. In: Revista da Faculdade de Direito de Campos, Ano V, nº5 – 2004. p.610

do Conselho Nacional de Justiça e nas que podem estar por vir em decorrência da judiciabilidade do Direito à Duração Razoável do Processo.⁴⁴

Daí que o problema da efetividade do direito material deduzido no processo ainda carece, a nosso ver, de técnicas processuais adequadas sim à abreviação do tempo de duração do processo, ou, dentro da idéia do papel do magistrado na busca pela efetivação de direitos, que se busque a efetivação, então, do Direito Fundamental à Duração Razoável do Processo, hoje expresso no texto constitucional.

1.2 A morosidade na tramitação dos processos e a inclusão do inciso LXXVIII, no artigo 5º, da Constituição Federal por meio da Emenda Constitucional nº 45/04:

A dificuldade de se abreviar o tempo de duração do processo judicial é uma constante nos debates jurídicos contemporaneamente. Sua demora é imputada de forma recorrente, porém, a nosso ver, equivocada, como um problema situado no âmbito da marcha processual, em razão de se atribuir ao caráter formal do procedimento a causa da lentidão na tramitação dos processos⁴⁵.

Mas a nosso ver, isso só se apresentaria verdadeiro se o tema da morosidade do processo judicial se esgotasse em um estudo simplista de causa-efeito dentro de uma realidade estática. Se fosse assim, a assertiva seria: o processo judicial é moroso pelo excesso de formalidade no seu rito e, suprimida a causa (solenidade) acabaria o problema.

Isso não é verdade. Vejamos em socorro a tal assertiva os argumentos de José Carlos Barbosa Moreira, que outra vez se faz presente por suas lúcidas afirmações:

⁴⁴ Vide notas n. sobre as estatísticas do Conselho Nacional de Justiça em relação à Representação por excesso de prazo. Vide, também, itens 3. sobre a judiciabilidade e custos dos direitos fundamentais e 6.6 sobre o excesso de demandas no Estado italiano em decorrência da publicação de lei que admite a indenização por danos materiais e morais em caso de demora da prestação jurisdicional.

⁴⁵ Embora discordemos das conclusões apresentadas, é de se citar, sobre o tema da morosidade da atividade judicial, o interessante estudo feito por Francisco Fernandes Araújo, publicado antes da Emenda Constitucional nº45/04, fala sobre a responsabilidade objetiva do Estado pela morosidade do Poder Judiciário. Em tal obra são apontadas as causas da morosidade da Justiça e propostos critérios para aferição da agilidade-demora na tramitação dos processos, nos seguintes termos, resumidamente: como causas imediatas, o excesso de serviço, a insuficiência de juízes e pessoal auxiliar, equipamentos e estruturas físicas inadequadas. Como causas mediatas: o despreparo do magistrado e demais operadores do direito, abuso e negligência das cúpulas administrativas, ensino jurídico deficiente para a formação dos magistrados, legislação processual complexa e inadequada, ausência de uma política judiciário nacional, fatores de natureza histórico-cultural e ausência de interesse do governo. ARAÚJO, Francisco Fernandes. *Responsabilidade objetiva do Estado pela morosidade da Justiça*. São Paulo: Copola, 1999. p. 61-83. Faremos novamente referência a essa obra no capítulo desta dissertação destinado à análise da Teoria da Responsabilidade Civil aplicada ao caso de descumprimento do Direito Fundamental à Duração Razoável do Processo.

A chave para abreviar a duração dos processos consiste exclusivamente, ou principalmente, em mudanças na legislação processual. Semelhante ilusão responde pela espantosa catadupa (sic) de reformas legislativas, no Brasil e noutros países, ao longo dos últimos tempos, com resultados às vezes melancolicamente decepcionantes. É certo que o malogro de muitas tentativas pode decorrer, ao menos em parte, de causas variáveis e acidentais: equívoco na identificação dos tópicos mais relevantes (conseqüência lógica da já apontada falta de dados estatísticos), qualidade tecnicamente ruim da legislação editada, insuficiente utilização, pelos órgãos judiciais, de instrumentos colocados à disposição, e assim por diante. Nunca será demais insistir, contudo, em que é enganosa a idéia mesma de uma solução satisfatória via legislativa.⁴⁶

Prova disso é que a Lei nº9.099, de 26 de setembro de 1995, que instituiu o procedimento para os Juizados Especiais Cíveis e Criminais em nível estadual, completou mais de dez anos e o que se vê no cotidiano dos Juizados é, ainda hoje, a reprodução do cenário de morosidade do processo, apesar do rito simplificado e da informalidade dos atos processuais lá praticados.

Some-se a isso o fato de que após a promulgação da Emenda Constitucional n. 45/04, que também instituiu o Conselho Nacional Justiça – pretensamente no intuito de promover um controle externo do Poder Judiciário – foi estabelecida a possibilidade de se reclamar junto a tal órgão pela duração excessiva de processos em curso, por meio da chamada Representação por Excesso de Prazo, o que, em verdade, acabou por sobrecarregar de processos administrativos, também o órgão responsável por esse controle.⁴⁷

Apesar dessa constatação, é forçoso reconhecer que a opção do legislador em trazer para o texto constitucional o direito a uma Duração Razoável do Processo de modo expresso e localizar tal texto justamente no núcleo constitucional de Direitos e Garantias Fundamentais não foi aleatório e não pode restar, por isso mesmo, carente de significação teórica e hermenêutica.

⁴⁶ MOREIRA, José Carlos Barbosa. *O problema da duração dos processos: premissas para uma discussão séria*. In: Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil. Porto Alegre: Magister, maio/jun. 2006. p.32.

⁴⁷ Mais de 60 reclamações dessa natureza foram propostas no período dos primeiros quatro meses de vigência da Emenda Constitucional nº45/04. Esse número chegou a 782 processos no ano seguinte de 2006. Encontrando-se no primeiro semestre de 2007, até relatório publicado em junho, em um total de 919 Representações por Excesso de prazo. Vide o inteiro teor de cada relatório no site do Conselho Nacional de Justiça, in: <http://www.cnj.gov.br/images/stories/docs_cnj/estatistica/QUADRO_DE_DISTRIBUICAO_DOS_PROCESSOS_NO_CONSELHO_OUTUBRO.pdf><http://www.cnj.gov.br/images/stories/docs_cnj/estatistica/20061219.pdf> <http://www.cnj.gov.br/images/stories/docs_cnj/estatistica/20070611.pdf>

É por isso que defendemos a possibilidade, e mesmo a exigência, de se enfrentar o tema da morosidade na tramitação do processo judicial em suas várias e complexas facetas, e isso será enfrentado ao longo dos Capítulos desta dissertação.

1.2.1 A Duração Razoável do Processo antes da Emenda Constitucional nº45/04 e os Princípios da Celeridade Processual e do Devido Processo Legal

Antes da promulgação da Emenda Constitucional nº 45/04, já havia autores que afirmavam a existência do direito a uma Duração Razoável do Processo como um princípio implícito no Ordenamento jurídico.

Para alguns, o direito a uma duração razoável do processo seria um desdobramento do direito fundamental à tutela jurisdicional. Para outros, ele estaria contido no conteúdo do princípio da celeridade processual e no princípio do devido processo legal, que orienta o intérprete do direito no sentido da duração razoável do processo judicial uma vez que, o direito de ação insculpido no artigo 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal de 1988, só será efetivado se o Estado prestar uma tutela jurisdicional efetiva, adequada, tempestiva.

Há quem diga, por todos André Luiz Nicolitt, que o Direito à Duração Razoável do Processo é um direito subjetivo, correlato e inerente ao próprio devido processo legal, tendo como titular o lesado ou, em legitimidade extraordinária, do Ministério Público, exigível contra o particular ou o Estado a depender de quem deu causa ao retardamento indevido do tempo de duração do processo.⁴⁸

O posicionamento de Rogério Cruz e Tucci é que o direito a um processo judicial no tempo justo é corolário do devido processo legal. Diz esse autor:

A partir da concepção formulada por Häberle, de um *status activus processualis*, passou-se a reconhecer nos direitos fundamentais um “prisma processual”, cuja realização prática é condição de efetividade da respectiva proteção constitucional à tutela jurisdicional.

(...)

Não basta, pois, que se assegure o acesso aos tribunais, e, conseqüentemente, o *direito ao processo*. Delineia-se inafastável, também, a absoluta *regularidade* deste (*direito ao processo*), com a verificação efetiva de todas as garantias resguardadas ao consumidor da justiça, *em um breve prazo de tempo*, isto é, dentro de um tempo *justo*, para a consecução do escopo que lhe é reservado.

⁴⁸ NICOLITT, André Luiz. *A duração razoável do processo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p.61.

Em síntese, a garantia constitucional do *devido processo legal* deve ser uma realidade durante as múltiplas etapas do processo judicial, de sorte que ninguém seja privado de seus direitos, a não ser que no procedimento em que este se materializa se constatem todas as formalidades e exigências em lei previstas.

Desdobram-se estas nas garantias: a) de acesso à justiça; b) do juiz natural ou préconstituído; c) de tratamento paritário dos sujeitos parciais do processo; d) da plenitude da defesa, com todos os meios e recursos a ela inerentes; e) da publicidade dos atos processuais e da motivação das decisões jurisdicionais; e f) da tutela jurisdicional dentro de um lapso temporal razoável.⁴⁹

Aquele mencionado trinômio – tutela efetiva, adequada e tempestiva - que caracteriza o exercício da Jurisdição ficou conhecido e firmado doutrinariamente no Brasil pela moderna doutrina de Luiz Guilherme Marinoni, segundo quem, a resposta do Estado ao exercício de direito de ação deve proporcionar o bem da vida pleiteado dentro de uma distribuição racional do tempo do processo.⁵⁰

Outros autores já identificavam o Direito à Duração Razoável do Processo em nível constitucional, argumentando que a Duração Razoável do Processo judicial seria o princípio implícito que se traduziu na de ritos especiais dos Juizados, inspiração decorrente do artigo 98, inciso I, da Constituição Federal de 1988. Ou seja, ao criar dispositivo programático do que posteriormente veio a se denominar Juizados Especiais (hoje regulamentados pelas Leis nº9.099/95 e 10.259/01, respectivamente Juizados Especiais Estaduais e Federais), o legislador constituinte originário teria determinado procedimentos judiciais mais céleres para apreciação das matérias ali especificadas.

Outros havia que afirmavam que o Direito à Duração Razoável do Processo estaria implícito no texto constitucional, com apoio no princípio da legalidade, por entender que o Estado deve suportar a lei que ele próprio elaborou, no caso, os dispositivos do Código de Processo Civil que dizem que o processo se desenvolve por impulso oficial e que o juiz deve zelar pela rápida solução do litígio.⁵¹

Há ainda quem evoque a assinatura do Pacto de San José da Costa Rica como precedente histórico das idéias que restaram consubstanciadas no Direito Fundamental à Duração Razoável do Processo, uma vez que após a adesão do Brasil a tal acordo

⁴⁹ TUCCI, Rogério Cruz. *Tempo e processo: uma análise empírica das repercussões do tempo na fenomenologia do processo (civil e penal)*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. p.87-88.

⁵⁰ MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela antecipatória, julgamento antecipado e execução imediata da sentença*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 18.

⁵¹ DERGINT, Augusto do Amaral. *Responsabilidade do Estado por atos judiciais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994. p.194.

internacional, passou a ser signatário das normas ali previstas, dentre as quais, o dever de garantir um processo sem dilações indevidas.⁵²

É o caso de Rogério Cruz e Tucci que afirma, em relação ao mencionado acordo internacional, subscrito em Roma, no dia 14 de novembro de 1950:

Foi, sem dúvida, a partir da edição desse diploma legal supranacional, que o *direito ao processo sem dilações indevidas* passou a ser concebido como um direito subjetivo constitucional, de caráter autônomo, de todos os membros da coletividade (incluindo as pessoas jurídicas) à *tutela jurisdicional dentro de um prazo razoável*, decorrente da proibição do *non liquet*, vale dizer, do dever que têm os agentes do Poder Judiciário de julgar as causas com a estrita observância das normas de direito positivo.⁵³

Dito de forma resumida, e em outras palavras, antes da Emenda Constitucional nº45/04, para parte da doutrina brasileira, já existiria implicitamente no Ordenamento jurídico brasileiro o direito que veio a ser textualizado no inciso LXXVIII, do artigo 5º, da Constituição Federal de 1988, qual seja, o direito à Duração Razoável do Processo.

1.2.2 A harmonização da compreensão do Direito Fundamental à Duração Razoável do Processo com os demais Direitos Fundamentais previstos na Constituição Federal de 1988

Se for certo, como mencionado antes, que o princípio da celeridade existente no Ordenamento comporta, em seu conteúdo, o da Duração Razoável do Processo, uma vez que não há duração razoável sem processo célere, qual seria, então, a razão de expressá-lo textualmente na Constituição Federal de 1988 na roupagem de um novo Direito Fundamental?

Ao voltarmos o foco de estudo, por exemplo, para as tipologias das tutelas de urgência (cautelares e antecipações de tutela), sobretudo as chamadas tutelas da evidência que prescindem de contraditório - ou pelo menos o tratam de forma diferida -, para sua efetivação por parte do juiz, pode-se extrair importante elemento para compreensão dos efeitos da inclusão, agora textual, daquele instituto.

⁵² É a opinião de COSTA, Flávio Dino de Castro (et. al.). *A Reforma do Judiciário: comentários à emenda n.45/2004*. Niterói: Impetus, 2005. p.2. Vide abaixo, também, a nota no item 6.1, com inteiro teor do artigo 6.1 do Pacto de San José da Costa Rica.

⁵³ TUCCI, Rogério Cruz. *Tempo e processo: uma análise empírica das repercussões do tempo na fenomenologia processual (civil e penal)*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. p.67.

Uma vez que o Direito Fundamental à Duração Razoável do Processo é chamado ao cotejo com as demais espécies de Direitos e Garantias Fundamentais aplicáveis ao processo, encontram-se ele, assim, em igualdade hierárquica com esses demais direitos e garantias fundamentais, não dando margem, portanto, a prevalência de um em detrimento de outro.

Em outras palavras, os instrumentos processuais que visam dar celeridade ao processo judicial por meio de abreviações ou supressões de atos ou de fases processuais poderiam ser considerados inconstitucionais à luz das garantias fundamentais, por exemplo, do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa. Na medida em que se torna texto expresso, em nível constitucional, também o direito a uma Duração Razoável do Processo, o que se impõe é a busca da máxima efetividade e a da ponderação dos interesses e princípios em aparente antinomia, fator determinante, então, da compatibilidade constitucional dessa inovação legislativa com as preexistentes no texto constitucional.

Veja-se ainda em confirmação da idéia lançada acima, o fundamento de validade do instituto processual de antecipação dos efeitos da tutela jurisdicional no Processo de Conhecimento e o procedimento nas Tutelas Específicas.

No primeiro exemplo, onde se busca em última análise dirimir lides de certeza jurídica, poder-se-ia alegar ser inconstitucional que se antecipasse em favor de qualquer das partes aquilo que ela só obteria em uma futura sentença que lhe fosse favorável, do contrário, haveria de se defender que foram feridos a garantia ao devido processo legal e *paridade de armas* no processo.

Ocorre que o norteamento do instituto da antecipação dos efeitos da tutela se dá pela necessidade de uma equânime distribuição do ônus do tempo de duração do processo entre o pólo ativo e passivo da demanda, consoante já afirmado acima, sendo sob o esse ponto de vista hermenêutico uma verdadeira confirmação do devido processo legal. Como na maior parte dos processos se constata evidências no sentido de que é a parte autora quem lhe suporta, com maior ônus, a prolongada duração, o instrumento da antecipação dos efeitos da tutela jurisdicional visa inverter tal situação fática e desse modo vem corresponder ao que seria demora razoável para a parte que movimenta a atividade jurisdicional.

Disso tudo decorre do sopesamento do Direito Fundamental à Duração Razoável do Processo e da Garantia do Devido Processo Legal, vez que o que se antecipa são apenas os efeitos da sentença e não o próprio provimento jurisdicional feito em cognição exauriente ao final da ação.

Além disso, as abreviações feitas na legislação também se justificam porque o processo judicial, reconhecidamente moroso, não raro apresenta excesso de formalismos que se cristalizaram sob o manto do princípio do devido processo legal. Essa desconcertante constatação representou desproporcional benefício em nome da parte demandada, sendo possível a partir da reforma do artigo 273, do Código de Processo Civil, que tal situação processual fosse invertida, autorizando o juiz, desde que presentes os requisitos ali informados, antecipar *initio litis* os efeitos favoráveis que advirão à parte autora com uma futura sentença, forçando a parte ré a colaborar ativamente com o rápido deslinde do processo, o que, sem isso, não seria de seu interesse. Dizia-se isso porque vários daqueles atos formais acima mencionados eram considerados indispensáveis à configuração da garantia constitucional ao devido processo legal, como o direito de ser previamente informado e de poder participar da formação das decisões judiciais (o chamado contraditório em sentido jurídico), mas hoje vêm sendo objeto de mitigações, porquanto se mostraram como pontos de estrangulamento do fluxo da atividade jurisdicional, pesando somente em favor da dilação temporal do termo final do processo, sem representar nenhuma contrapartida benéfica no que tange à qualidade da prestação jurisdicional ou de sua eficiência.

No segundo exemplo, das Tutelas Específicas em que se busca o próprio bem da vida almejado - quando, por exemplo, o pedido deduzido no Processo versa sobre obrigações de fazer ou de dar coisa diferente de dinheiro - o mesmo pode ser dito. Aliás, somente admitido o conceito de Direito sob o paradigma de complexidade é que podemos abandonar o ponto de partida individual e patrimonialista sob o qual se erigiu a tradição jurídica de reconhecer direito a indenização por perdas e danos quando o réu obstasse o cumprimento daquele tipo de obrigação. Então antes, sob o paradigma tradicional da autonomia da vontade, impunha-se ao autor que se conformasse bem diverso mesmo quando seu pedido fosse procedente.

1.3 A Duração Razoável do Processo no contexto da Reforma do Poder Judiciário e da legislação processual

A partir da Emenda Constitucional nº45/04, e visando a implementação das modificações feitas no texto constitucional quando da mencionada *Reforma do Judiciário*, a busca da abreviação do tempo de duração dos processos deu origem a um conjunto de Projetos de Leis denominado *Pacto de Estado para um Judiciário mais rápido e republicano*. Dentre eles, até agosto de 2007, nove já haviam sido aprovadas, publicadas e convertidas em

leis, reformando o Código de Processo Civil.⁵⁴ Mas o discurso sobre a morosidade dos processos judiciais e correlatas tentativas legais de abreviação do seu tempo de duração não é novo.

Antes disso, podemos afirmar que já eram conhecidas no micro sistema processual, as tentativas de se abreviar o tempo de duração do processo promovendo alterações no texto do Código de Processo Civil, porquanto essa vem sendo a tônica de todas as reformas legislativas por que vem passando o Código de Processo Civil (Lei nº5.869/73) desde sua publicação, a exemplo da simplificação do procedimento nas causas que tenham por objeto obrigação de fazer ou não-fazer (conhecidas como tutela específica, de fundamento nos artigos 461, do Código de Processo Civil)⁵⁵.

Um dos arquitetos das reformas do Código de Processo Civil, com idéias presentes em alguns dos Projetos de Leis já aprovados é o jurista Athos Gusmão Carneiro. São dele as palavras que acompanham a exposição de motivos do Projeto de Lei que deu origem ao Capítulo do Cumprimento de Sentença do Código de Processo Civil, originalmente apresentadas com o anteprojeto elaborado pelo Instituto Brasileiro de Direito Processual do qual é vice-presidente.

As várias reformas setoriais efetivadas no CPC sob a iniciativa da Escola Nacional da Magistratura e do Instituto Brasileiro de Direito Processual, já lograram, em termos gerais, bons resultados. Basta, por exemplo, considerar o progresso, não só pragmático mas também em nível teórico, trazido pelo instituto da antecipação dos efeitos da tutela ('novo' apenas em termos de sua generalização), pela celeridade sistemática do agravo de instrumento (que inclusive muitíssimo reduziu o uso anômalo e atécnico do mandado de segurança), pela maior eficiência dada à ação de consignação em pagamento, pela

⁵⁴ A mais recente publicada em 4 de janeiro de 2007 - Lei nº 11.441/07, que altera os artigos 982, 983 e 1.031, e acresce o artigo 1.124-A e revoga parágrafo único do artigo 983. Vide, também, comentários das notas 215 e 236.

⁵⁵ Sobre a tentativa insatisfatória de se abreviar o tempo de duração do processo por meio de meras alterações no procedimento, podemos citar uma pesquisa realizada no ano de 2001 no Tribunal Federal da 5ª Região, que mais tarde foi publicada em forma de artigos na Revista da ESMAFE - Escola Superior da Magistratura Federal da 5ª Região, na qual o desembargador federal Ubaldo Ataíde Cavalcante se perguntava, a respeito da opção pelo rito ordinário nas ações previdenciárias, ao invés do rito sumaríssimo previsto em lei: *Por que o pouco interesse dos advogados, no caso, para a propositura dessas ações, pelo rito sumaríssimo?! A resposta é que, na verdade, muito embora no rito sumaríssimo previsto para este tipo de ações, se tirasse a ilação de que a entrega da prestação jurisdicional fosse em tese muito mais rápida do que no rito ordinário, na prática era tão demorada quanto este. Diante de tal circunstância, a escolha do rito ordinário se impunha ao advogado, pela possibilidade de provarse (sic) com mais robustez o direito do seu constituinte. Numa ação proposta pelo rito ordinário, poderá transcorrer o prazo para a entrega definitiva da prestação jurisdicional com a respectiva execução e pagamento do precatório, caso necessário, não menos de 16 anos e quatro meses.* CAVALCANTI, Ubaldo Ataíde. *Por uma Justiça mais célere e humana*. In: Revista da Escola Superior da Magistratura Federal, 2002, p. 25. Disponível em: <http://www.trf5.gov.br/esmafe/rev_esmafe/documentos/rev03.pdf>.

introdução da ação monitória, pela ampliação do elenco dos títulos executivos extrajudiciais, pela eficácia potencializada das sentenças voltadas ao cumprimento das obrigações de fazer e também das obrigações de entregar coisa, e assim por diante.⁵⁶

É bem verdade, nas palavras otimistas de Athos Gusmão Carneiro, acima esposadas, que muitas das alterações infraconstitucionais de natureza procedimental e, sobretudo, aquelas destinadas a alterar o corpo da legislação codificada, mostraram-se relativamente eficazes no desiderato de abreviação do tempo de duração do processo. Porém a morosidade do processo ainda se faz sentir fortemente no cotidiano forense.

Em razão disso afirmamos que ocorreu, na maior parte das vezes em que a legislação infraconstitucional foi alterada em matéria de procedimento, uma inversão do pólo da ação que suporta o ônus do tempo de duração do processo. Em outras palavras: o processo judicial continua sendo excessivamente moroso, apesar das reformas na lei processual, porém, haveria uma distribuição equânime entre o autor e o réu, com a introdução de instrumentos como o da antecipação dos efeitos da tutela, fundada no artigo 273, do Código de Processo Civil, do ônus do tempo de duração do processo, a medida que em se introduziu no Ordenamento processual mecanismos por meio dos quais o juiz pode antecipar, para um deles, em tutela de natureza satisfativa, os efeitos de uma futura tutela favorável.

1.4 Sobre a dificuldade de se apontar soluções para a abreviação do tempo de duração do processo e redução da morosidade da prestação jurisdicional

Sendo certo que múltiplos são os fatores que concorrem para a morosidade da prestação jurisdicional, o apontamento de soluções contra ela, não é tarefa fácil, muitas vezes, soluções legislativas se apresentam inócuas. Exige-se então, como ponto de partida para todo estudo desse tema, que se leve em conta a complexidade e intersubjetividade dos fenômenos sociais, bem como, a instabilidade fática e teórica dos conceitos jurídicos no tempo e espaço. Daí que entendemos ser necessária essa contextualização histórica para desenvolver essa dissertação, até mesmo para criar bases teóricas para que o tema tenha um desenvolvimento

⁵⁶ CARNEIRO, Athos Gusmão. *Exposição de motivos do Anteprojeto de Lei do Instituto Brasileiro de Direito Processual*. In: *Exposição de motivos do Projeto de Lei*, apresentado pelo então Ministro da Justiça Márcio Thomaz Bastos, que deu origem à Lei nº11.232, de 22 de dezembro de 2005, extraído do Caderno das novas leis de reforma do CPC, em Jornada de Atualização em Direito promovida pela Escola da Magistratura de Pernambuco. Recife: ESMape, 2006. p.5-6

científico satisfatório, e que não se repita erros do passado com apontamento de soluções inócuas, pouco proveitosas ou inexecutáveis.

As soluções legislativas como as que estamos conhecendo ao longo dos mais de trinta anos de vigência do Código de Processo Civil, e que lhe provocou diversas reformas no texto, apresentaram-se como um paliativo contra a morosidade. A abreviação do tempo de duração dos processos encontra óbice na necessidade de se compatibilizar outros Direitos e Garantias erigidos ao plano constitucional, quando da promulgação da Carta de 1988, todos aplicáveis simultaneamente no processo, a exemplo do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa⁵⁷.

Sobre essa necessidade de compatibilização do Direito Fundamental à Duração Razoável do Processo com os demais Direitos e Garantias Fundamentais constitucionais inerentes ao processo, as palavras de Nunes Oliveira:

Segue-se que a autonomia do processo, outrora tão apregoada e defendida, deve ser repensada de maneira a se harmonizar as regras instrumentais de atuação da vontade da Lei – em que estão inseridas as noções de devido processo legal, de contraditório e da ampla defesa – com a idéia de tempestividade e efetividade na entrega da jurisdição, para não se fazer o que a sabedoria popular conhece como “despir um santo para cobrir outro”. Entre esses dois extremos dialéticos é que o processo deve caminhar, sob pena de se engessar o plano da realização de nosso ordenamento jurídico com a precedência das formas sacramentais ou com o alastramento de um espírito absenteísta, gélido e apartado da gritante realidade social que, dia após dia, esmurra as portas do Poder Judiciário⁵⁸.

Algumas outras soluções encontram óbices na impossibilidade fática de serem implementadas, como aquelas que sugerem um aumento absurdo no número de magistrados.

Daí que, ao contrário do que se poderia pensar, reduzir prazos, suprimir fases processuais, aumentar os poderes do juiz no processo, aplicar súmulas vinculantes ou impeditivas de recursos, entre outras alterações da lei processual, não superam o obstáculo da necessidade de conciliar uma duração breve com o respeito aos bens jurídicos protegidos nos diversos outros Direitos e Garantias Fundamentais.

⁵⁷ É necessário advertir, também a título introdutório, que nas secções que compõe este trabalho serão utilizadas interpretações do texto legal com base no método dedutivo, pois é necessário compreender que ainda está incutida no intérprete do Direito, sobretudo na praxe forense, o resultado do sucesso que os paradigmas cartesianos e a lógica do silogismo obtiveram ao longo da história da Ciência jurídica.

⁵⁸ OLIVEIRA, Rogério Nunes. *A morosidade da entrega da jurisdição e o direito à razoável duração do processo judicial*. In: Revista da Faculdade de Direito de Campos, Ano V, nº5 – 2004. p.612.

Não são disponíveis muitos dados quantitativos acerca da duração dos processos judiciais. Como ilustração dessa demora podemos mencionar, a fim de lançar uma idéia comparativa, reportagem veiculada no dia 5 de outubro de 2006 no jornal francês *Le Monde* que nos informa dados extraídos do relatório do ano de 2006 da Comissão Européia para eficácia da justiça em relação a alguns países europeus. Nele, casos como um divórcio litigioso, têm duração média em dias⁵⁹, situação que no Brasil, como é notório para a grande maioria dos processos litigiosos, qualquer que seja a matéria, apresenta-se em anos.⁶⁰

É curioso notar que no ano de 1997, quando Rogério Cruz e Tucci publica seu livro intitulado *Tempo e processo* ele dá notícia de outro livro publicado naquele mesmo ano na França baseado em vários dados estatísticos que o autor traduz e repete em seu livro. Se compararmos com os dados acima mencionados, daquele mesmo país, agora, 8 anos depois, a situação da duração dos processos não é melhor.⁶¹

⁵⁹ Informa aquele periódico que um divórcio litigioso chega a durar, aproximadamente, 100 dias na Dinamarca, 200 a 250 dias na Polônia, Finlândia e Espanha, 300 dias em Portugal, 400 dias na França e 580 na Itália. Vide: <<http://www.lemonde.fr/web/infog/0,47-0@2-3214,54-820472,0.html>>

⁶⁰ Consoante nos informa Gajardoni, o Superior Tribunal de Justiça recebe mais de 200.000 processos por ano, ou seja, mais de 6.000 processos para cada um de seus 33 ministros. Já o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, junto ao qual o autor é vinculado como magistrado, tem uma estimativa para julgamento de recurso de apelação de 5 anos. Cf. GAJARDONI, Fernando da Fonseca. *O princípio constitucional da tutela jurisdicional sem dilações indevidas e o julgamento antecipadíssimo da lide*. In: Revista IOB de Direito Civil e Processual Civil, n°45, jan-fev, 2007. Porto Alegre: Síntese, 2007. p. 106.

⁶¹ A menção é feita ao livro *Victime - Les oubliés de la justice*, de Jehanne Collard. Vários excertos são transcritos em TUCCI, Rogério Cruz. *Tempo e processo: uma análise empírica das repercussões do tempo na fenomenologia processual (civil e penal)*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. p.89-96.

2 UMA PROPOSTA DE COMPREENSÃO ADEQUADA DO DIREITO FUNDAMENTAL À DURAÇÃO RAZOÁVEL DOS PROCESSOS JUDICIAIS.

Para examinar a verdade é necessário, pelo menos uma vez na vida, pôr todas as coisas em dúvida, tanto quanto se puder.

Há noções tão claras por si próprias que ficam obscurecidas quando queremos defini-las de forma escolar; e que não podem ser adquiridas pelo estudo, mas nascem conosco.

(DESCARTES, René)⁶²

A questão que ora se propõe no presente Capítulo é, analisando a relatividade conceitual do Direito Fundamental à Duração Razoável do Processo, sua extensão e alcance, verificar as controvertidas compreensões que surgem em sua aplicação ao processo judicial e como a situação na relação processual de contraposição dos interesses das partes e da imparcialidade e pretendida equidistância do Estado-juiz daí decorrentes pode gerar compreensões divergentes ao Direito Fundamental à Duração Razoável do Processo.

Serão aqui estabelecidas as bases teóricas para o desenvolvimento das idéias que mais adiante, nos Capítulos 4 e 5, serão desenvolvidas sobre o controle do conteúdo e legitimidade das decisões judiciais no Estado democrático.

2.1 A relatividade da compreensão sobre a Duração Razoável do Processo para os atores da relação processual

A conciliação das óticas das partes e do juiz sobre qual duração do processo é entendida como razoável é conseguida, basicamente ao se contrapor dois aspectos: o tempo necessário à formação da convicção do magistrado e o tempo que, subjetivamente, as partes entendem poder suportar.

Daí poderíamos falar que a idéia de um processo que dure apenas o tempo razoável é relativa, na medida em que, a depender do ponto de vista dos sujeitos que atuam na relação processual, pode-se entendê-la mais próxima ou mais distante do tempo suportável.

É em razão disso que se mostra forçoso reconhecer que o tempo de duração do processo, sob a ótica do juiz, não converge para um grau ótimo de celeridade. O processo

⁶² DESCARTES, René. *Princípios da filosofia: Dos princípios do conhecimento humano*. Tradução: Heloisa da Graça Burati. São Paulo: Riddel, 2005. p.24-27.

judicial é formal e é a partir de uma forma, muitas vezes solene, traduzida na modalidade escrita dos atos, que se torna possível a formação da chamada convicção judicial acerca do objeto do processo.

De outro lado, em cotejo com a ótica do magistrado sobre o tempo de duração dos processos, está a concomitante verificação da ótica das partes que integram a lide e que vai nos mostrar foco diverso do acima mencionado.

É que para as partes, autora ou ré, a dilação temporal de um processo só se justificaria na medida suficiente para a formação da convicção judicial favorável às suas respectivas alegações. Assim é que à parte autora urge uma sentença que reconheça a procedência de seu pedido e, à ré, uma de outro teor, que reconheça suas alegações de oposição à pretensão da parte autora.

Nem sempre se pode dizer que ambas têm pressa. Admite-se que pode acontecer uma situação em que o réu gostaria de ver o deslinde do processo, para não permanecer na condição desconfortável de réu. Não fosse o risco de decisão desfavorável o réu poderia aprovar, em tese, qualquer instrumento para dar celeridade ao processo desde que, do ponto de vista da parte autora, fosse-lhe retirada a resistência à sua pretensão e, do ponto de vista dele réu, que se lhe fosse retida da desconfortável posição de ré.

Mas não se pode esquecer que apesar dessa consideração acima, para o réu que se sabe culpado a demora é, na maior parte das vezes, um conforto.

A divergência entre os pontos de vista de autor e réu sobre a duração razoável do processo foi marcada por José Carlos Barbosa Moreira, nas seguintes palavras, ao elencar um dos equívocos comuns na discussão sobre a morosidade do processo. Diz ele ser um equívoco pensar que:

Ambas as partes de qualquer processo aspiram fortemente a um desfecho rápido e se sentem frustradas pelo retardamento. Trata-se de uma das idéias mais falsas dentre as que 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 obvio 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 correr do tempo, para o devedor em mora, o desembolso da importância devida.⁶³

⁶³ MOREIRA, José Carlos Barbosa. *O problema da duração dos processos: premissas para uma discussão séria*. In: Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil. Porto Alegre: Magister, maio/jun. 2006. p.31.

Por outro lado, é de se reconhecer o importante papel do magistrado na condução do processo, o que ficou consagrado pelo princípio do impulso oficial. O Direito Processual vem se mostrando, por meio das reformas ocorridas na legislação processual infraconstitucional, tendente a aumentar os poderes do juiz no processo. Isso, concomitantemente, o coloca como principal administrador do tempo de duração do processo.

Idéia similar já era publicada por Rogério Cruz e Tucci antes da Emenda Constitucional nº45/04 que acrescentou o Direito Fundamental à Duração Razoável do Processo na Constituição Federal de 1988. A respeito do que o autor chama de tempo dos protagonistas do processo e, em especial, do papel do magistrado na administração do tempo do processo, diz:

A atividade processual do juiz é fundamental para o andamento célere do processo. Dispõe, com efeito, o art. 262, do Código de Processo Civil: “O processo civil começa por iniciativa da parte, mas se desenvolve por impulso oficial”.

O juiz, pois, como principal protagonista do processo, tem o poder-dever de assegurar a trajetória regular do processo, já que é investido de amplas prerrogativas para, de um lado, organizar a seqüência de atos, e, de outro, reprimir o comportamento abusivo dos litigantes⁶⁴.

Dando destaque ao papel do magistrado como um protagonista na administração do tempo de duração dos processos, aquele autor coloca ao seu lado o papel de outros atores também responsáveis por esse tempo, fazendo-o mais ou menos abreviado, tais como os litigantes e seus advogados, não deixando de mencionar também as atribuições dos serventuários do Judiciário. Diz ele, ainda:

Além do juiz, das partes e seus respectivos advogados, os demais participantes do processo também são obrigados a envidar esforço em prol da celeridade processual.

Como auxiliares da justiça, o escrivão e o oficial de justiça, a teor do art. 144 do Código de Processo Civil, poderão responder pelos danos causados aos litigantes quando, sem motivo relevante, desobedecerem o lapso temporal destinado à prática dos atos que lhes incumbe.^{65 66}

⁶⁴ TUCCI, Rogério Cruz e. *Tempo e processo: uma análise empírica das repercussões do tempo na fenomenologia processual (civil e penal)*. São Paulo, RT, 1997. p.35

⁶⁵ TUCCI, Rogério Cruz e. *Tempo e processo: uma análise empírica das repercussões do tempo na fenomenologia processual (civil e penal)*. São Paulo: RT, 1997. p.41.

⁶⁶ A questão da existência ou inexistência de responsabilidade e os possíveis titulares do direito a uma indenização em caso de dilação indevida do processo será tratada no último capítulo desta dissertação.

Como se vê, a compreensão acerca do que pode ou não ser considerado uma demora razoável do processo – vez que forçoso admitir que o processo deva demorar no tempo, pois isso é de sua essência – é um conceito relativo que dependerá, para sua adequada compreensão, de se levar em conta diversos fatores, não só no que tange ao comportamento daqueles que compõe a relação processual, mas também do que cada um espera e almeja como um tempo razoável.

2.2 Uma compreensão hermenêutica da Duração Razoável do Processo

Interpretar e integrar a norma ao Ordenamento são duas tarefas que não devem ser dissociadas, sob pena de se chegar a indesejáveis resultados descontextualizados da realidade na qual a norma foi criada e ou na qual será aplicada. É essa tarefa que pretendemos fazer aqui com a expressão Direito Fundamental à Duração Razoável do Processo.

Nesse ponto estamos com as lições de Cristina Queiroz que nos ensina, ao tratar da interpretação da norma constitucional como meio de concretização, que:

Aplicar uma norma significa “pensar conjuntamente o caso e a lei”, a união da norma não unívoca com a realidade a ordenar. É nesse pensar conjuntamente que se descobre o significado da norma constitucional, posto que “o sentido geral, de uma norma jurídica, só pode ser fundamentado e determinado na sua concretização e através dela. O ponto de partida é sempre um “problema”, dando lugar a uma estrutura circular entre a realidade existencial e o texto a interpretar (: “circulo hermenêutico”).

Com isso assinala-se que o produto da interpretação se revê num significado, a que poderíamos chamar de “norma-produto”, em oposição e crítica à chamada teoria “descritiva” ou “intelectual” da interpretação jurídica, segundo a qual “a verdadeira interpretação corresponde a uma operação intelectual que há-de poder realizar-se do mesmo modo e com os mesmos resultados (...) seja pelo juiz, seja por qualquer outra autoridade, seja pelos sujeitos privados”, que “não corresponde a um acto de vontade, mas a uma cognição do Direito vigente.”⁶⁷ (sic)

Sintetizando as próprias idéias em tom de uma conclusão preliminar, a autora segue afirmando:

⁶⁷ QUEIROZ, Cristina. *Interpretação constitucional e Poder Judicial: sobre a epistemologia da construção constitucional*. Coimbra: Coimbra Editora, 2000. p. 121-122. Para a afirmação aqui transcrita, a autora cita expressamente que suas idéias se fundam em Hans-Georg Gadamer, opositor intelectual de Betti na teoria da interpretação. Sobre esta divergência teórica, vide mais sobre essa divergência doutrinária na nota 78 e comentários na página 50.

À margens destas disputas metodológicas, trata-se, essencialmente, de uma questão de grau. Nenhum caso será tão fácil que o significado “autêntico” de uma norma “apareça” perante os olhos do intérprete, nem tão difícil que lhe permita “marginalizar” os textos normativos, passando este, livremente, a desenvolver o seu sentimento jurídico ou a sua idéia de moralidade.⁶⁸

Concordando com as idéias acima lançadas, aplicamos os cânones hermenêuticos propostos pela Teoria Geral da Hermenêutica Jurídica de Emilio Betti ao artigo 5º, inciso LXXVIII, da Constituição Federal, para estabelecer a compreensão adequada do instituto que vem sendo denominado Direito Fundamental à Duração Razoável do Processo e, levando-se em conta sua contextualização do tema dentro do cenário de *Reforma do Judiciário*, cujo marco é a Emenda Constitucional nº45/04, compreende-se sua natureza jurídica de Direito Fundamental daquele novo inciso acrescentado no texto da Constituição, bem como, verifica-se algumas das repercussões jurídicas daí decorrentes.

A obra de Betti e os cânones hermenêuticos por ele propostos para a interpretação da lei e do ato jurídico sempre ocuparam um lugar de destaque na comunidade jurídica, pois permitem uma exegese controlável, porquanto previsível ou, ao menos, dedutível, do objeto estudado.

Sobre tal obra, apresentada em confrontação com outros autores que também tratavam de teoria da hermenêutica, perguntou-se, certa vez, Nelson Saldanha, sobre o sentido da presença do movimento hermenêutico no século XX. Disse ele:

O aparecimento, em 1955, da extensa obra de Betti sobre interpretação, oferece à teoria do Direito nos países do Ocidente um vasto panorama da problemática do interpretar, nas diversas esferas em que pode ocorrer. Certos autores mencionam o grande livro de Betti como “convencional” ou “tradicional”, mas na verdade ele reconstruiu com enorme erudição uma série de problemas cuja articulação se devem em parte a ele. O fato de faltarem nas reflexões de Betti certos componentes teóricos, como o conceito de pré-compreensão ou de “círculo-hermenêutico”, pode decorrer do fato de ter sido Betti muito mais um jurista do que um filósofo (ao menos um filósofo “geral”), mas provém igualmente do fato de ser, a sua, uma posição mais eclética e menos “difundida”, o que constitui afinal um direito dele.⁶⁹

⁶⁸ Ob. cit. p. 122.

⁶⁹ SALDANHA, Nelson. *Ordem e hermenêutica. Sobre as relações entre as formas de organização e o pensamento interpretativo, principalmente no Direito*. Rio de Janeiro: Renovar, 1992. p.290.

Para que a abordagem do tema da Duração Razoável do Processo não caminhe em digressões indesejáveis a uma abordagem científica, são necessários tanto a delimitação conceitual e operacional do conceito de ciência quanto a eleição de um método adequado para seu estudo.

Diz-se tudo isso a justificar que a opção teórica pelos cânones hermenêuticos da Teoria da Hermenêutica Jurídica de Emílio Betti para alcançar a compreensão do Direito Fundamental à Duração Razoável dos Processos foi pensada (e não foi aleatória) com o fim de fundamentar o estudo que aqui se desenvolve, acerca da compreensão e alcance daquele instituto.

Em primeiro lugar, tal opção se deu porque aquele renomado autor italiano propôs uma Teoria Geral da Hermenêutica voltada – na segunda parte da obra que nos serve de base para este estudo –, para a análise da lei e do fato jurídico, ou seja, uma hermenêutica pensada especificamente para a Ciência do Direito que, ainda permanece atual e amplamente utilizada (ainda que, por vezes, não explicitamente). Além disso, e ainda com mais razão, Betti, em sua Teoria da Hermenêutica Jurídica pensa, a interpretação da lei e do fato jurídico não somente alertando para o problema cognoscitivo, mas, sobretudo, visando sua aplicação, diferentemente de outros teóricos que, embora tenham alcançado importante papel no desenvolvimento da Teoria da Hermenêutica, pensaram a tarefa do interprete como residente no plano da précompreensão, não necessariamente voltada para um agir⁷⁰.

Conseqüentemente, a proposta de Betti é lançar bases teóricas principiológicas mediante as quais é possível alcançar uma interpretação adequada, ou seja, somente por meio de um método adequado à interpretação de lei e do ato jurídico é que se alcança uma interpretação correta ou, pelo menos, mais adequada ao objeto da interpretação.

Some-se a isso uma outra razão igualmente importante para eleição dos cânones hermenêuticos propostos por Betti na interpretação do Direito Fundamental à Duração Razoável dos Processos: é que o tema da morosidade da atividade judicante, embora não seja um tema novo, está hoje expresso no texto constitucional por meio do Direito Fundamental à Duração Razoável dos Processos, acrescentado ao artigo 5º, como o novo inciso LXXVIII,

⁷⁰ Daí se dizer que a Teoria da Hermenêutica de Betti, Emílio se orienta no sentido de uma compreensão para agir, é uma hermenêutica de orientação epistemológica, ao passo que a Teoria da Hermenêutica de Hans-Georg Gadamer, principal opositor das idéias de Betti, estaria situada no plano de tratamento ontológico, uma vez que “vê a hermenêutica como uma exploração filosófica das características necessárias a toda compreensão”. Cf. SPAREMBERG, Raquel Fabiana Lopes. *Betti X Gadamer: da hermenêutica objetivista à hermenêutica criativa*. In: <http://calvados.c3sl.ufpr.br/ojs2/index.php/direito/article/viewPDFInterstitial/1753/1450>. Também situada no plano da précompreensão, a difundida doutrina de Karl Larenz. Vide, ainda, notas 4, 14 e 17.

pela Emenda Constitucional nº45/04, gerando com isso uma nova abordagem a exigir uma compreensão contextualizada, o que se identifica com o cânone da totalidade.

Com essa natureza jurídica de Direito Fundamental e origem em texto legal expresso, a compreensão do dispositivo constitucional deve ter base em regras e princípios hermenêuticos peculiares à Ciência do Direito, porquanto se trate agora de interpretação de lei em sentido estrito.

Além disso, como bem adverte Luís Roberto Barroso:

Toda interpretação é produto de uma época, de uma conjuntura que abrange os fatos, as circunstâncias do intérprete e, evidentemente, o imaginário de cada um.

(...)

A interpretação não é um fenômeno absoluto ou atemporal. Ela espelha o nível de conhecimento e a realidade de cada época, bem como as crenças e valores do intérprete, sejam os do contexto social em que esteja inserido, sejam os de sua própria individualidade⁷¹.

Daí que entendemos necessário atrelar a tarefa do intérprete a critérios senão objetivos, ao menos previsíveis, bem como, e por isso mesmo, passíveis de controle dessa tarefa interpretativa e, principalmente, eventual correção do resultado da interpretação, sob pena de, assim não o fazendo, colocar em risco a Segurança jurídica.

Por isso, consoante a proposta aqui lançada, os cânones hermenêuticos da Teoria da Hermenêutica Jurídica de Betti tornam possível, senão o controle do caminho do raciocínio do intérprete, a fim de provocar contínuas verificações, mas, ao menos, e isso é muito importante, uma previsibilidade do resultado de sua tarefa que, em última análise, tem o escopo indicado pelo próprio Betti, qual seja, de concreção da lei e do ato jurídico.

Vale ressaltar que tal previsibilidade é desejável na comunidade científica e evita que se experimente retorno à jurisprudência dos interesses, bem como, eventual anarquismo metodológico ou insegurança jurídica⁷².

⁷¹ BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*. São Paulo: Saraiva, 2003. p.1-3.

⁷² Muito embora defendamos a idéia de que o acesso interpretativo ao texto jurídico deve ser ampliado, no sentido proposto por Häberle, P., sobretudo por se tratar de norma inserida no texto da Constituição Federal de um Estado Democrático de Direito. Vide nota 70. A expressão ‘sociedade aberta dos intérpretes’, cunhada por Häberle, traduz a idéia de que o Direito deve ser interpretado por todos aqueles que compartilham do texto jurídico, ou seja, a interpretação jurídica é legítima se feita dentro de uma comunidade jurídica aberta em razão das (múltiplas) implicações decorrente do discurso jurídico, daí propor Häberle uma ‘relativização’ da interpretação jurídica, dizendo que “a sociedade torna-se aberta e livre, porque todos estão potencial e atualmente aptos a oferecer alternativas para a interpretação constitucional.” Reporta-se a origem dessa expressão à obra traduzida para o português pelo Ministro do Supremo Tribunal Federal brasileiro Gilmar

Valendo-se daqueles cânones e da compreensão dos termos em estudo aqui estabelecida, quais sejam, os da expressão *Duração Razoável do Processo*, ainda se propõe, consoante se verá no Capítulo 5, verificarmos como, na Ciência do Direito, o discurso da razoabilidade se deslocou do conteúdo da decisão judicial para compor o campo da marcha processual, segundo o fundamento procedimentalista da construção participada das decisões.

2.2.1 Breve apresentação dos fundamentos teóricos e os cânones hermenêuticos propostos por Emilio Betti

A seguir apresentaremos um breve panorama da obra de Betti⁷³ a qual fazemos aqui referência direta e, no decorrer deste trabalho, algumas referências indiretas, por meio de outros autores que estudaram a obra.

Betti enquadra a Teoria da Interpretação jurídica dentro da Teoria Geral da Interpretação e, assim, desenvolve a idéias dos *cânones hermenêuticos* dentro do estudo que chamou de Deontologia Hermenêutica. Com isso, Betti propõe princípios interpretativos, cuja observância garante, segundo ele, o êxito epistemológico da interpretação.

Em apertada síntese, a matéria é assim disposta: de um lado os cânones hermenêuticos atinentes ao objeto, quais sejam, da autonomia e imanência do critério (ou norma) hermenêutico; totalidade e coerência da consideração hermenêutica. De outro lado, os cânones atinentes ao sujeito: cânone da atualidade do entendimento e cânone da adequação do entendimento (ou correspondência e concordância hermenêutica)⁷⁴.

Em um momento posterior, mas ainda dentro da Teoria Geral, Betti propõe uma classificação geral dos tipos de interpretação segundo a diferença da função respectiva e, com isso, separa a interpretação *para (meramente) conhecer* – onde ele enquadra a interpretação histórica, tal qual a interpretação pela fonte histórica e a interpretação com interesse histórico na vida do indivíduo ou da coletividade; ressalta a importância da consciência histórica do intérprete e a valoração da questão histórica no âmbito da totalidade – diferenciando-a daquela para *fazer entender* (que ele chama de interpretação em função reprodutiva ou

Ferreira Mendes. Vide HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica Constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: uma contribuição para a interpretação pluralista e 'procedimental' da constituição*. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 1997.p.11-18, 41-44

⁷³ BETTI, Emilio. *Interpretazione della legge e degli atti giuridici: Teoria generale e dogmatica*. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 1971. Livre tradução para fins de exibir o panorama da obra, especialmente a segunda parte que versa sobre a Teoria Geral da Interpretação Jurídica utilizada no presente trabalho.

⁷⁴ Essa é uma tradução livre extraída diretamente da Teoria Geral de Betti. Vide na página seguinte a tradução feita por Bleicher para os mesmo enunciados.

representativa) – onde o autor levanta o problema do pensamento em geral (problema cognoscitivo), do entender e fazer entender, distinguindo a tradução da interpretação -, bem como, aquela interpretação que leva a um *entender para agir* (interpretação com função normativa).

Após todas essas considerações e classificações da interpretação e do pensamento do intérprete, Betti passa a tratar da interpretação da lei e do ato jurídico, sem perder de vistas as linhas gerais traçadas na primeira parte do livro. Essa segunda parte da obra interessa diretamente, por óbvio, ao tema aqui proposto. O autor apresenta primeiramente, a sua maneira, os já conhecidos métodos da interpretação e integração⁷⁵; da interpretação analógica⁷⁶; da autêntica⁷⁷ para, após, apresentar sua proposta de uma Dogmática da Interpretação jurídica.

Atemo-nos nesse ponto da obra de Betti a fim de demonstrar que, ao tratar do objeto passível de interpretação jurídica – a lei e o ato jurídico - Betti reafirma-se na atualidade com verdadeira utilidade, daí a escolha de sua obra como método de orientação do presente estudo.

A doutrina aponta críticas à hermenêutica de Betti, sobretudo a partir das idéias de Gadamer, um paradigma na chamada hermenêutica contemporânea⁷⁸, mas a opção teórica por essa obra não é arbitrária, consoante demonstrado no Capítulo III.

Considerando essa visão geral da obra de Betti que nos serve de norte para o presente trabalho, elencarmos, a seguir, aqueles que são os princípios hermenêuticos que Betti denomina de ‘canones’, por meio dos quais, ou em respeito aos quais, a atividade de interpretar deve ser realizada para construir resultados adequados. A partir desse ponto, adotaremos a tradução de Josef Bleicher,⁷⁹ que assim indica os cânones hermenêuticos na obra de Betti. Quatro são eles:

Os quatro cânones são divididos em dois grupos de dois, que se inserem (a) no objecto, e (b) no sujeito da interpretação:

a1. Cânone da autonomia hermenêutica do objeto e imanência da norma hermenêutica;

⁷⁵ BETTI, Emilio. *Interpretazione della legge e degli atti giuridici: Teoria generale e dogmatica*. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 1971. p. 129.

⁷⁶ Idem. p.163.

⁷⁷ Ibidem. p.189.

⁷⁸ SPAREMBERG, Raquel Fabiana Lopes. *Betti e Gadamer: da hermenêutica objetivista à hermenêutica criativa*. In: <<http://calvados.c3sl.ufpr.br/ojs2/index.php/direito/article/viewPDFInterstitial/1753/1450>>. Vide nota 67 na página 45.

⁷⁹ BLEICHER, Josef. *Hermenêutica Contemporânea*. Lisboa: Edições 70, 2002. p. 58.

- a2. Cãnone da totalidade e coerência da avaliação hermenêutica;
- b1. Cãnone da compreensão efetiva;
- b2. Cãnone da harmonização da compreensão (correspondência e concordância hermenêutica).

Explica Bleicher cada um dos cânones acima mencionados, dizendo ele que tais cânones expressam uma mesma dificuldade que está contida na origem da teoria de Betti, qual seja, a preocupação de conciliar a subjetividade e a objetividade durante a atividade hermenêutica, o que é alcançado por meio do que ele chama de ‘intersecção entre os cânones da autonomia e o da compreensão efetiva’, porquanto o primeiro se refira ao objeto e aquilo a ele é imanente mas, ao mesmo tempo, a atividade do intérprete não está dissociada de sua subjetividade. Agindo de acordo com a aplicação concomitante dos cânones, seria possível alcançar uma compreensão adequada, porquanto, nem objetividade nem subjetividade deve prevalecer, mas sim, estariam a se completar e a se vigiar mutuamente na atividade hermenêutica⁸⁰, oferecendo-se recíprocos contrapesos.

2.2.2 Uma ponderação de hermenêutica sobre a Duração Razoável do Processo

Com o inciso LXXVIII, introduzido no artigo 5º, da Constituição Federal, pela Emenda Constitucional nº45/04, quando da denominada *Reforma do Judiciário* promulgada em dezembro do ano de 2004, o Direito pátrio experimentou o primeiro acréscimo ao núcleo constitucional de Direitos e Garantias Fundamentais feito no texto original da Carta Magna desde sua promulgação, em 1988. Daí que, no campo das diversas disciplinas jurídicas, o tema apresenta ao investigador múltiplas óticas de estudo, ainda em construção, que vêm sendo chamados a dialogar entre si.

Com base nos cânones hermenêuticos acima indicados, sobretudo o da totalidade e coerência na avaliação hermenêutica, podemos afirmar que o legislador constituinte

⁸⁰ O problema sobre a conciliação da subjetividade do intérprete com a desejável objetividade do pensamento dito por científico, construído a partir das ciências naturais, fez parte de uma época em que o conceito de ciência exigia neutralidade do sujeito cognoscente. Não é tão recente a advertência de Capra a esse respeito e, em certa medida, aplica-se também às ciências do espírito: *A característica fundamental sobre a teoria quântica é que o observador é imprescindível não só para que as propriedades de um fenômeno atômico sejam observadas, mas também para ocasionar essas propriedades. Minha decisão consciente acerca de como observar, digamos, um elétron, determinará, em certa medida, as propriedades desse elétron. Se formulo uma pergunta sobre a partícula, ele me dará uma resposta sobre a partícula; se faço uma pergunta sobre a onda, ele me dará uma resposta sobre a onda. O elétron não possui propriedades objetivas independentes a minha mente. Na física atômica, não se pode mais ser mantida a nítida divisão cartesiana entre matéria e mente, entre o observado e o observador. Nunca podemos falar sobre sem, ao mesmo tempo, falarmos sobre nós mesmos.* CAPRA, Fritjof. *O ponto de mutação*. Tradução Álvaro Cabral. São Paulo: Cultrix, 1982. p. 447.

reformador, ao introduzir a Duração Razoável do Processo no rol de incisos do artigo 5º, da Constituição Federal de 1988, fez uma opção legislativa que não só criou novo Direito Fundamental, como se deduz de sua posição formal dentro do texto constitucional, como também, do ponto de vista material, fez nascer um novo direito subjetivo e um novo princípio de interpretação das leis, capaz mesmo de iluminar uma nova exegese de normas e institutos do Ordenamento jurídico.

Tal afirmação tem fundamento também na doutrina Constitucional, que dispõe sobre regras próprias de Hermenêutica Constitucional e de Teoria da Constituição, cujo estudo se dá sob o prisma formal e material. Daí que não só o fato do novo inciso agora constar do rol do artigo 5º, Constituição Federal de 1988, dá a ele a natureza jurídica de Direito Fundamental, mas também pelo fato de fazer surgir direito subjetivo aos seus titulares, como é o caso da reparação civil pelos danos causados no caso de seu descumprimento.

É nesse sentido que se manifesta Luís Roberto Barroso, ao tratar da efetividade nas normas constitucionais que instituem direitos fundamentais:

As normas constitucionais definidoras de direitos, investem o jurisdicionado no poder de exigir do Estado – ou de outro eventual destinatário da regra – prestações positivas ou negativas, que proporcionem o desfrute dos bens jurídicos nelas consagrados. A Constituição contempla direitos das seguintes categorias: políticos, individuais, sociais e difusos.

A Constituição deve reservar o termo *direito* para identificar as situações jurídicas caracterizáveis como direito subjetivo, isto é, que facultam ao jurisdicionado a pronta exigibilidade de um determinado bem jurídico. Aos direito constitucionais correspondem um dever jurídico por parte do Estado (ou de qualquer outro sujeito) e, na hipótese de sua violação, nasce para o titular uma pretensão, exercitável por meio de uma ação judicial.⁸¹

Diz-se isso porque, segundo orientação do cânone da harmonização da compreensão, não seria coerente afirmar que o texto constitucional expressou um direito subjetivo que não encontre correspondente dever jurídico. Além disso, orientado pelo cânone hermenêutico da totalidade, não se deve interpretar o dispositivo do inciso LXXVIII, do artigo 5º, Constituição Federal de 1988, isoladamente, por isso, embora o texto específico sobre responsabilidade por demora na entrega da prestação jurisdicional ainda não tenha completado os trâmites do processo legislativo (hoje objeto de Proposta de Emenda

⁸¹ BARROSO, Luís Roberto. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição brasileira*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p.280.

Constitucional), é correto que aquele dispositivo irradie para além das margens de sua posição formal no texto constitucional.

É também por essa razão, que é correto afirmar que o inciso LXXVIII, em comento, caracteriza-se como um princípio interpretativo das normas constitucionais e infraconstitucionais, em razão do cânone da autonomia hermenêutica desse dispositivo constitucional. Outra não pode ser a interpretação, sob pena de ferimentos dos cânones hermenêuticos apontados acima, pois, na compreensão do que seja Duração Razoável do Processo, leva-se em conta os demais dispositivos da Constituição, buscando-se compreendê-los concomitantemente, com uma máxima eficácia.

Daí não ser demais lembrar, com fins de comprovação do que aqui se afirma, que a matéria da responsabilidade civil constava da Proposta de Emenda Constitucional que deu origem à Emenda Constitucional nº45/04 – chamada de ‘Reforma do Judiciário’ -, porém, por ser tema controvertido e que gerou muitos debates nas Casas do Congresso, foi deixada para ser apreciada em uma PEC ‘paralela’⁸².

Esses debates nos reportam à idéia de que a tarefa do intérprete deve ser concebida segundo uma perspectiva subjetiva – cânone da compreensão efetiva, segundo o sujeito – e que, por isso mesmo, não prescinde da contextualização historicamente situada em que a interpretação é formulada⁸³. Não se quer dizer com isso que a hermenêutica é determinada pela história, mas sim que o momento histórico (que, *in casu*, é de reforma no

⁸² Enuncia a Proposta de Emenda Constitucional ‘paralela’, já aprovada em primeiro turno, dispositivo oportuno ao estudo do tema. Veja-se abaixo a transcrição: "Art. 95 (...). § 4º A União e os Estados respondem pelos danos que os respectivos juízes causarem no exercício de suas funções jurisdicionais, assegurado o direito de regresso nos casos de dolo." "Art. 95. (...) § 2º O juiz perderá também o cargo por decisão do Conselho Nacional de Justiça, tomada pelo voto de três quintos de seus membros, nos casos de: *II – negligência e desídia* reiteradas no cumprimento dos deveres do cargo, arbitrariedade ou abuso de poder. (grifo nosso).

⁸³ A advertência a respeito da hermenêutica dever estar historicamente situada é feita por muitos autores, sobretudo a partir da problematização do conceito de Ciência introduzido por Kuhn, T. e o decorrente problema metodológico que daí se originou para a investigação científica. No que tange às ciências jurídicas, a advertência é mais veemente, porquanto a atividade do intérprete é resultado de uma complexidade de fatores. Sobre, vide: NEVES, Castanheira. *O actual problema metodológico da interpretação jurídica*. Coimbra: Coimbra editora. 2003. Afirma esse autor: *Com efeito, historicamente o pensamento jurídico, no ponto que nos importa, sempre tendeu a assumir um cariz hermenêutico desde as escolas medievais e já de modo explícito no humanismo. E se uma intenção hermenêutica em sentido estrito lhe seria também expressamente defendida por Saviny, ao assimilar a hermenêutica de Schleiermacher, e havia de persistir com maior ou menor consciência crítica desde então, no nosso tempo de novo essa intenção se postulou metodologicamente com E. Betti, H. Coing, Hassemer, além de outros, e como que se viu corroborada pela restauração da hermenêutica no pensamento filosófico – até porque essa restauração igualmente se projectou no pensamento jurídico filosófico e crítico-metodológico.* p. 13-29, 45-47. E, ainda: KUHN, Thomas. *A estrutura das revoluções científicas*. Tradução de Beatriz Viana Boeira e Nelson Boeira. São Paulo: Editora perspectiva, 2000. A origem dessa obra por ser traduzida na seguinte assertiva do autor: *Tanto a História como meus conhecimentos fizeram-me duvidar de que os praticantes das ciências naturais possuam respostas mais firmes ou mais permanentes para tais questões (número e extensão dos desacordos expressos existentes entre os cientistas sociais no que tange à natureza dos métodos e problemas científicos legítimos) do que seus colegas das ciências sociais.* Sic p. 12-13.

texto constitucional conhecido como *Reforma do Judiciário*, e pelo conjunto de Projetos de Lei que ficou conhecido como *Pacto de Estado para um Judiciário mais célere e republicano*), deve ser levado em consideração durante a interpretação e no seu resultado final.

O respeito a essa proposta de uma hermenêutica historicamente situada, leva-nos a reafirmar o compromisso científico de não buscar verdades atemporais e estáticas (o que, afinal, é próprio de um conceito contemporâneo de ciência). É nesse sentido que nos orienta Fernando Aguillar a respeito do que ele chama de direito crítico como um direito consciente de sua história, ou seja, uma visão mais ampla da tarefa do investigador, que não deve, segundo sugere, estreitar sua compreensão aos limites tradicionais funcionais, ideológicos, epistemológicos, fáticos e disciplinares.⁸⁴

Daí que os debates jurídicos acerca do tema da razoabilidade, por exemplo, ganharam uma nova perspectiva com a inserção do inciso LXXVIII, ao artigo 5º, Constituição Federal de 1988. Antes, o tema era colocado de forma recorrente como um problema no âmbito do conteúdo das decisões judiciais, no campo do justo ou injusto. Agora, associado ao tempo de duração e à marcha dos processos, o enfoque é deslocado para um discurso procedimental, e não propriamente substancialista⁸⁵.

Assim, o reconhecimento da sua condição histórica, traz ao intérprete do Direito, inclusive no campo da Hermenêutica Constitucional, a seguinte conclusão, muito pertinentemente, resumida nas palavras do excerto abaixo transcrito:

E nesse sentido temos o fardo e o privilégio de sabermos-nos históricos: a descoberta do fim das certezas e dos direitos fundamentais um desafio de todos nós. Tais direitos, como conquistas históricas, são o resultado de um processo de aprendizagem. Em tempos difíceis, em que se proclama a morte da Constituição, falar em uma compreensão constitucionalmente adequada dos direitos fundamentais é aceitar, de bom grado, este desafio de torná-los concretos, reconhecendo acima de tudo a sua força normativa, e superando a concepção da existência dissociada e inconciliável de uma realidade constitucional ideal e de uma inevitável realidade social.⁸⁶

⁸⁴ AGUILLAR, Fernando Herren. *Metodologia da ciência do direito*. São Paulo: Max Limonade, 1999. p.156-165.

⁸⁵ Essa idéia é desenvolvida nos Capítulos 4 e 5 deste trabalho.

⁸⁶ ROCHA, Heloisa Helena Nascimento. Elementos para uma compreensão constitucionalmente adequada dos Direitos Fundamentais. In *Jurisdição e hermenêutica constitucional*. Marcelo Andrade Cattoni Oliveira (coordenador). Belo Horizonte: Mandamentos, 2004. p.229-230

Aplicando agora o cânone da imanência, podemos trazer à baila a conhecida divisão didática entre Constituição em sentido formal e material advém da idéia de que existe um conteúdo mínimo sobre o qual deve versar um texto constitucional, a saber: as decisões políticas fundamentais acerca da forma de Estado e de Governo; de distribuição de Poder e fixação de direitos e garantias fundamentais. Senão vejamos:

O expoente do decisionismo político aponta que a constituição é o produto da decisão política fundamental a estabelecer a forma de Estado, de governo, a distribuição orgânica do poder e os direitos e garantias fundamentais. Tudo o mais, muito embora possa estar presente na constituição, somente pode ser considerado de compostura constitucional porque nele se encontra, formalmente⁸⁷.

Nesse sentido que se empresta à Constituição no sentido material, o dispositivo de que trata o inciso LXXVIII, do art. 5º, Constituição Federal de 1988, aqui estudado, é um Direito Fundamental, porquanto verse sobre matéria constitucional. Também o é do ponto de vista formal, pelo tão só fato de estar contido no texto, e também por estar localizado na parte especificamente destinada a um elenco de Direitos Fundamentais, como ocorre na experiência brasileira, com o artigo 5º, Constituição Federal de 1988, onde a Duração Razoável dos Processos foi inserido em 2004.

Ainda em respeito ao cânone da totalidade e imanência, não podemos deixar de lembrar que o legislador infraconstitucional, por meio das reformas que estão sendo acrescentadas ao Código de Processo Civil ao longo de seus mais de trinta anos de vigência, vem desenvolvendo instrumentos processuais que visam dar celeridade ao processo judicial por meio de abreviações do procedimento, ou mesmo, supressão de atos processuais. Isso, a primeira vista, poderia ser considerado inconstitucional à luz dos demais direitos garantias fundamentais, pois estaria suprimindo a garantia do devido processo legal. À medida que se expressa em nível constitucional também o Direito Fundamental a uma Duração Razoável do Processo, o cânone da totalidade e da harmonização, aplicado ao texto constitucional é fator determinante para interpretar adequadamente essa inovação legislativa. Daí que um processo que dure apenas o razoável não pode ser excessivamente célere a ponto de suprimir o contraditório ou a ampla defesa.

Vale registrar, por oportuno, opinião esposada por Fernando da Fonseca Gajardoni, que lança um ponto de vista diferente sobre o inciso LXXVIII, do artigo 5, da

⁸⁷ SILVA NETO, Manoel Jorge e. *Curso Básico de Direito Constitucional*. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2004. p.175.

Constituição Federal de 1988. Diz o autor que esse inciso consagra um princípio constitucional que pode ser interpretado em uma dupla dimensão, ora objetiva, ora subjetiva e, explica:

Na dimensão subjetiva, é certo afirmar que a garantia da tutela jurisdicional tempestiva concede a todo e qualquer jurisdicionado o direito de ver seu processo se desenvolver em tempo razoável, assegurados, ainda, os meios necessários para que tal desiderato seja alcançado. Além de medidas correicionais contra os violadores da garantia (art. 198 do Código de Processo Civil), já tive oportunidade de sustentar o cabimento de mandado de segurança contra a letárgica omissão institucional, sem prejuízo, por óbvio, de eventual reparação a ser obtida contra o Estado pelo mau funcionamento de seu sistema judicial.

Já na dimensão objetiva, tem-se que a garantia do processo sem dilações indevidas não é uma mera declaração de intenções dirigida ao Judiciário, mas sim uma autêntica norma programática, cujo mandamento deve ser cumprido por todos os Poderes do Estado. Ao Poder Legislativo é exigida uma especial atenção ao elemento temporal, no memento de elaborar a estrutura orgânica e material necessária para a função jurisdicional e dar apoio completo na execução dos julgados. E, finalmente, ao Poder Judiciário incumbe utilizar, de forma eficiente, os meios postos à sua disposição, bem como cumprir rigorosamente os prazos processuais.⁸⁸

Aliado a esses cânones hermenêuticos, outros métodos de interpretação das normas constitucionais podem ser extraídos da doutrina para auxiliar o sujeito cognoscente. Da lavra de Daniel Sarmiento são as lições acerca dos métodos hermenêuticos mais adequados à interpretação do texto constitucional. Sobre isso, assim leciona:

Uma das polêmicas hoje mais acessas no campo constitucional consiste na disputa entre os diversos métodos de interpretação da Constituição (...). Dentre estes, interessa mais de perto o método hermenêutico-concretizador, dada a coincidência dos seus pressupostos com o método da ponderação.⁸⁹

Ainda sobre o assunto e a necessidade de se enfrentar o problema da escolha de métodos interpretativos, a doutrina do Direito Constitucional aponta alguns princípios

⁸⁸ GAJARDONI, Fernando da Fonseca. *O Princípio constitucional da tutela jurisdicional sem dilações indevidas e o julgamento antecipadíssimo da lide*. In: Revista IOB de Direito Civil e Processual Civil, nº45, jan./fev. Porto Alegre: Síntese, 2007. p.109.

⁸⁹ SARMENTO, Daniel. *Os princípios constitucionais e a ponderação de bens*. In: Teoria dos direitos fundamentais. Organizadores Celso de Albuquerque Melo e Ricardo Lobo Torres – 2ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. p.35.

próprios da hermenêutica constitucional que, naquele sentido de dar concretização aos direitos e garantias fundamentais, pode apresentar situação de tensão entre o alcance de um princípio e a invasão de proteção de outro. O chamado princípio da máxima efetividade se apresenta para pronta ajuda do intérprete. Sobre o princípio hermenêutico da máxima efetividade, trazemos à baila a lição de Gustavo Ferreira dos Santos:

Esse princípio resume o dever do intérprete/aplicador de, dentre os diversos possíveis sentidos da norma a ser interpretada, optar pelo sentido que lhe empresta maior eficácia ou efetividade. Obviamente, em relação com outras normas, a possibilidade de ampliação da eficácia da norma estará comprometida, o que não invalida um esforço de, em meio a tantas amarras, utilizar o máximo de eficácia que ali a norma possa apresentar.⁹⁰

Esse chamado método concretizador está intrinsecamente relacionado com as idéias de Betti na sua Teoria da Hermenêutica Jurídica, especificamente ao cânone da imanência da norma e totalidade hermenêutica, pois, consoante afirmado acima, a adequação da teoria de Betti reside não só no fato de ser pensada para a Ciência Jurídica, mas, sobretudo, porque não se afasta do fato de que a interpretação jurídica está voltada para sua aplicação, ou concreção da norma, o que ele chamou de *entender para agir*.

Para que não parem dúvidas acerca do método de interpretação segundo o qual podemos extrair do inciso LXXVIII, um novo Direito Fundamental, vale transcrever a doutrina de Konrad Hesse, coerente com o mencionado cânone da imanência da norma hermenêutica de Betti e da idéia de *entender para agir*, consoante a seguir se vê:

Interpretação constitucional é concretização. Exatamente aquilo que, como conteúdo da Constituição, ainda não é unívoco, deve ser determinado sob inclusão da “realidade” a ser ordenada. Nesse aspecto, interpretação jurídica tem caráter criador: o conteúdo da norma interpretada conclui-se primeiro na interpretação; naturalmente, ela tem também somente nesse aspecto caráter criador: a atividade interpretativa permanece vinculada à norma.⁹¹

Admitida a problemática criada na escolha do método interpretativo e eventuais equívocos que podem surgir no resultado da atividade do intérprete, preferimos, por isso, falar

⁹⁰ SANTOS, Gustavo Ferreira. *O Princípio da Proporcionalidade na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. Limites e possibilidades*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004. p.32/33.

⁹¹ HESSE, Konrad. *Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha*. Tradução Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1998. p.61.

em ‘método mais adequado’ de interpretação das normas da Constituição. Não se pode perder de vista, porém, aquilo que ficou consagrado sob a expressão ‘sociedade aberta dos intérpretes’, já acima mencionada, que se traduz em verdadeira convocação para adesão ao debate da hermenêutica constitucional. Daí que a proposta aqui apresenta parte da premissa que o objeto de estudo do intérprete é complexo e multívoco, exigindo do intérprete uma decisão consciente dos métodos hermenêuticos de que se valerá, e, de que sua tarefa pressupõe conflitos decorrentes de diversos outros métodos de interpretação, mas deve ele ter o compromisso de, em respeito ao cânone compreensão efetiva e harmonização da compreensão, relevar o contexto histórico da interpretação na busca de uma compreensão adequada.

A perspectiva histórica – desenvolvida no Capítulo 2 - nos leva a admitir a aplicação do cânone da totalidade também sob uma ótica do direito comparado. É, em razão disso, que vale a pena lembrar que o Direito Fundamental à Duração Razoável dos Processos encontra institutos similares em outros Ordenamentos jurídicos. O contexto internacional nos mostra que a morosidade da marcha processual é um problema de vários países. Difundida é a idéia de expressar em texto de lei um Direito à Duração Razoável do Processo, ou, como também denominado em alguns ordenamentos: *direito ao processo sem dilações indevidas*.⁹²

Os países que compõe a União Européia, por exemplo, que vêm, aos poucos, adequando suas respectivas legislações internas ao que se vê do artigo 6.1, da Convenção Européia dos Direitos do Homem⁹³, onde está fundamentado o direito a um processo judicial sem dilações indevidas.⁹⁴

⁹² À guisa de exemplo, a Constituição Espanhola, de 1978, em seu artigo *artículo 24.1* preceitua – *Todas las personas tienen derecho a obtener la tutela efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión. 24.2 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.* Disponível em: <<http://www.tribunalconstitucional.es/CONSTITUICION.html>>.

⁹³ O art. 6.1, 1, da Convenção Européia para a Salvaguarda dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais, subscrita em Roma no dia 4 de novembro de 1950, prescreve: *Toda pessoa tem direito a que sua causa seja examinada equitativa e publicamente num processo razoável, por um tribunal independente e imparcial instituído por lei, que decidirá sobre seus direitos e obrigações civis ou sobre o fundamento de qualquer acusação em matéria penal contra ela dirigida.* TUCCI, Rogério Cruz e. *Tempo e processo: uma análise empírica das repercussões do tempo na fenomenologia processual (civil e penal)*. São Paulo: RT, 1997. Informa-nos este autor, ainda, que foi a partir da edição desse diploma legal supranacional que o direito ao processo sem dilações indevidas passou a ser concebido como direito subjetivo constitucional, decorrente do princípio da proibição do *non liquet*, tendo caráter autônomo, e titulares todos os membros da coletividade, inclusive pessoas jurídicas. Cf. ob. cit. p.66-67.

⁹⁴ Constata-se isso do relatório de junho de 2006 da CEPEJ (Comissão Européia Pela Eficácia da Justiça – tradução livre) sobre estudo realizado em diversos países da Europa analisando seus respectivos Sistemas Judiciais, disponível em:

Em auxílio do intérprete na busca de uma solução coerente, extraímos duas importantes lições do mencionado doutrinador - Peter Häberle: de um lado, o reconhecimento de que são vários os participantes do processo de interpretação e, de outro, que tal diversidade gera a possibilidade de utilização de diversos métodos de interpretação⁹⁵. Senão vejamos:

A pergunta em relação aos participantes da interpretação constitucional deve ser formulada no sentido puramente sociológico da ciência da experiência. Deve-se indagar, realisticamente, que interpretação foi adotada, a forma ou maneira como ela se desenvolveu e que contribuição da ciência influenciou decisivamente o juiz constitucional no seu afazer hermenêutico. Essa questão configura um enriquecimento e uma complementação da teoria da Constituição, que indaga sobre os objetivos e métodos (indagando, assim, sobre a “boa” interpretação)⁹⁶. Grifo no original.

Essa teoria constitucional não deve ser, todavia, simplificada e (mal) entendida como uma concepção simplesmente harmonizadora. Consenso resulta de conflitos e compromissos entre participantes que sustentam diferentes opiniões e defendem os próprios interesses. Direito Constitucional é, assim, um direito de conflito e compromisso (*Konflikt – und Kompromissrecht*). Afigura-se evidente que requerentes e requeridos perseguem objetivos diversos no processo constitucional e, por isso, hão de eleger métodos diferenciados de interpretação, procurando abrigar o conteúdo da controvérsia dentro desses diferentes métodos ou modelos.⁹⁷

Consoante se verá nos Capítulos 4 e 5 desta Dissertação, esta abordagem inicial de hermenêutica, especialmente nesse viés proposto por Häberle, é um embasamento necessário para o desenvolvimento do tema da Duração Razoável do Processo, sobretudo para fins de

<http://www.coe.int/t/dg1/legalcooperation/cepej/evaluation/2006/CEPEJ_2006_Fr.pdf>. Vide, ainda, <http://www.cnj.gov.br/arquivos/downloads/RelatorioAnualCNJ.pdf>. À guisa de exemplo destes, vide também GOMES, Conceição. *O tempo dos tribunais: um estudo sobre a morosidade da Justiça*. Coimbra: Coimbra Editora, 2003. E, como referência de obras brasileiras: CRUZ E TUCCI, Rogério. *Tempo e processo: uma análise empírica das repercussões do tempo na fenomenologia processual (civil e penal)*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. E, mais recentemente: HOFFMAN, Paulo. *Razoável Duração do Processo*. São Paulo: Quartier Latin, 2006. Vide comentários na nota 15.

⁹⁵ Em comentários sobre a obra e a visão procedimentalista de Häberle, diz Peter Häberle, professor titular de Direito Público e de Filosofia do Direito da Universidade de Ausburg, produziu provocante estudo de hermenêutica constitucional sobre a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição. Nesse texto, o professor Häberle procura mostrar que o Juiz não é o único intérprete da Constituição porque os cidadãos e todos aqueles que participam da sociedade, indivíduos e grupos, a opinião pública, são forças vigorosas de interpretação, partindo do pressuposto de que não existe norma jurídica, senão norma jurídica interpretada. DIREITO, Carlos Alberto Menezes. *A decisão judicial*. In: Revista da EMERJ. Rio de Janeiro: v.3, n.11, 2000. p.26. Disponível em: <http://bdjur.stj.gov.br/dspace/bitstream/2011/8245/1/A_Decis%C3%A3o_Judicial.pdf>

⁹⁶ HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica Constitucional. A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição*. Tradução Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1997 (reimpressão - 2002). p.19/20.

⁹⁷ Idem. p.52/51.

construir os pilares sobre os quais se assentarão as idéias desenvolvidas mais adiante que o correlaciona ao papel do Poder Judiciário em um Estado Democrático de Direito e a legitimação das decisões judiciais.

Antes, porém, podemos adiantar, por oportuno, um posicionamento sobre a correlação desses temas de que falamos, o que se faz nas palavras de Marcelo Cattoni, a seguir transcritas:

É fundamental a relação que se estabelece entre *sociedade aberta de intérpretes da Constituição e Estado Democrático de Direito*. Como já avançado, sob o Estado Democrático de Direito, a jurisdição constitucional, no exercício do controle jurisdicional de constitucionalidade, deve voltar sua atuação para a garantia das condições procedimentais do exercício da autonomia por parte dos cidadãos e, com isso, garantir as condições para a realização do processo democrático, mas sem assumir a postura de um *guardião da virtude*, com base em fundamentos ético-culturais ou em fundamentos meramente políticos-pragmáticos.⁹⁸

2.3 Uma delimitação operacional da expressão *Tempo de Duração Razoável do Processo*

Consoante a proposta lançada na introdução deste trabalho, após apontar de que modo os cânones da Teoria da Hermenêutica Jurídica de Betti nos levam a compreender a Duração Razoável dos Processos como um Direito Fundamental, passamos agora, a partir da aplicação daqueles cânones, a uma compreensão efetiva e harmônica (nos dizeres de Betti), do nosso objeto de estudo.⁹⁹

O termo *duração* de que se valeu o legislador constituinte ao elaborar o Direito à Duração Razoável dos Processos traduz a idéia de um tempo que tem começo e fim. Assim é que duração *exprime o tempo em que um fato ou uma coisa tem existência*¹⁰⁰.

É inexorável constatar que o termo *tempo*, que é objeto de estudo da filosofia, é parte implícita ao conceito que buscamos para exprimir o que seria duração razoável do

⁹⁸ CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. *Jurisdição Constitucional: Poder Constituinte permanente?* In: *Hermenêutica e Jurisdição Constitucional: Estudos em homenagem ao prof. José Alfredo Oliveira Baracho*. Coordenação José Adércio Leite Sampaio e Álvaro Ricardo de Souza Cruz. Belo Horizonte: Del Rey, 2001. p.88.

⁹⁹ Vide nota 18.

¹⁰⁰ FERRATER MORA, *Dicionário de filosofia*. Tomo IV. São Paulo: Ed. Loyola, 2000. p.781-2

processo. Sendo assim, *tempo* aqui será considerado como a duração que tem começo e fim, fazendo uma intersecção com o conceito de *duração* acima exposto.

Como se pode perceber da delimitação exposta acima, para a expressão *duração*, o termo *tempo* aparece em seu conteúdo conceitual como elemento indissociável. Não se diga que por isso o raciocínio seja tautológico¹⁰¹, porquanto sejam ambos os termos associados. Assim é que, a expressão *duração* é indissociável do termo *tempo* em diversas de suas acepções. Do Dicionário de Filosofia de Abbagnano extraímos as seguintes idéias:

Podemos distinguir três concepções fundamentais: 1º o *tempo* como ordem mensurável do movimento; 2º o *tempo* como movimento intuitivo; 3º o *tempo* como estrutura de possibilidades.¹⁰²

No estudo do *tempo*, conhecido destaque da literatura mundial, considerada na filosofia como a melhor expressão e difusão da doutrina do tempo como consciência, é a obra de Santo Agostinho. Para esse autor, *o tempo é a própria vida da alma*, sobretudo por meio da intrigante constatação que nos chega pela célebre pergunta do autor:

De que modo diminui e consuma-se o futuro que ainda não existe? E de que modo cresce o passado que já não é mais, senão porque na alma existem as três coisas, presente, passado e futuro? (...) A alma de fato espera, presta atenção, de tal modo que aquilo que ela espera passa, através daquilo a que ela presta atenção, para aquilo que ela recorda. Ninguém nega que o futuro ainda não exista, mas na alma já existe a espera do futuro; ninguém nega que o passado já não exista, mas na alma ainda existe a memória do passado. E ninguém nega que o presente careça de duração, porque logo incide o passado, mas a dura atenção por meio da qual aquilo que será passado, afasta-se em direção do passado.

A rigor não existem três tempos, passado, presente e futuro, mas somente três presentes: o presente do passado, o presente do presente e o presente do futuro.¹⁰³

Como se vê na delimitação conceitual aqui traçadas, os termos *tempo* e *duração* são de fato indissociáveis, mesmo na acepção que originalmente se traçou para eles na

¹⁰¹ Utilizamos o termo tautologia aqui no sentido de ABBAGNANO, Nicola. *Dicionário de Filosofia*. São Paulo: Martins Fontes, 2003: “Significa genericamente um discurso (em especial, uma definição) vicioso porquanto inútil, visto repetir na consequência, no predicado ou no *definiens* o conceito já contido no primeiro membro.”

¹⁰² ABBAGNANO, Nicola. *Dicionário de Filosofia*. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p. 944.

¹⁰³ SANTO AGOSTINHO *apud* ABBAGNANO, Nicola. *Dicionário de Filosofia*. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p. 947.

filosofia. É inegável, portanto, que o mesmo se pode afirmar em relação à utilização desses termos para definir a expressão *tempo de duração* dos processos.

É útil trazer à baila tais definições a fim de mostrar o quão complexo é a sensação do decurso do tempo (de duração de um processo) na *alma* (para utilizar a expressão de Santo Agostinho), daqueles que litigam no processo, como também para o Estado-juiz, situações que se apresentam, às vezes, diametralmente opostos em seus conteúdos. Isso ocorre porque, uma das maiores dificuldades enfrentadas no estudo do tema é a existência de interesses contrapostos na relação processual.

É inegável que sob a ótica de cada um desses atores da relação processual, o conceito do que seria razoável esperar quanto ao tempo de duração do processo, não será uníssono.

Não obstante, entendemos possível um denominador comum que conciliasse os pontos de vista das partes e do magistrado em relação ao tempo razoável de tramitação de um processo, desde que, para tanto, o conteúdo desse conceito estivesse atrelado a uma compreensão do termo *processo* que harmonizasse o resultado do entendimento acerca do que é ou não *razoável duração*.

Para o julgador, o tempo necessário de duração de um processo, é o tempo sem o qual seu convencimento não seria formado; é o exato termo necessário para a formação de sua convicção acerca do objeto do pedido.

Já para as partes, seja autora ou réu, o tempo de duração razoável não é normalmente entendido como razoável, considerando que o que lhe interessa é o acolhimento de suas razões - sendo que, para o autor, o interesse é a sentença de procedência de seu pedido e, para o réu, a de improcedência do pedido do autor - ou seja, o entendimento de uma razoável duração se mostrará vinculado ao momento final do processo.

Em outras palavras, para as partes, a duração razoável de um processo é aquela que seja suficiente para reconhecimento do direito que cada um alega ter.

O que acontece, em verdade, é que *razoável* é um termo que apresenta versatilidade semântica e isso impõe uma dificuldade particular na compreensão do Direito Fundamental objeto deste estudo. Sua abrangência e alcance torna tal definição complexa, mas antes de considerar isso um obstáculo, apresenta-se aqui, a nosso ver, como um elemento a justificar a aplicação dos cânones hermenêuticos mencionados nos itens anteriores deste Capítulo.

Aplicando o cânone da totalidade e coerência, bem como da harmonização da compreensão e da compreensão efetiva, devemos delimitar o estudo da razoabilidade como

vinculada ao tempo de duração do processo. Não se refere, portanto, à razoabilidade do conteúdo das decisões extraídas daquele processo. Diz-se isso para que não se confunda a difundida idéia de que o processo judicial tem por fim a busca de uma decisão justa. Razoabilidade do tempo de duração não é garantia de justiça, muito embora não se negue que, por via reflexa, a demora do processo além do que razoavelmente dele se espera, gera o sentimento de injustiça para as partes e para a sociedade.

Tal qual se disse anteriormente na delimitação do tempo de duração, um ponto de partida e um termo final são úteis também à definição operacional da *razoabilidade*. Entendemos que o início da definição deve ser extraído com base no cânone da imanência da norma hermenêutica (artigo 5º, inciso LXXVIII, Constituição Federal de 1988) e o termo final para sua compreensão a partir dos cânones relativos ao sujeito – compreensão efetiva e harmonização, fora dos quais a definição se torna casuística e, portanto, indesejável, a uma compreensão adequada.

Explica-se. Sendo fato inegável que o processo perdura no tempo, porquanto é composto de atos praticados por seus diversos atores, temos que o conceito de tempo é inerente à existência do processo judicial e dele indissociável e, por essa razão, é intuitivo dizer que todo processo deve perdurar no tempo, seu início se dá com a propositura da petição inicial e seu fim, com o trânsito em julgado da sentença.

A questão que se coloca é determinar o que seria uma demora razoável, ou até quando se aceitar, no tempo, um termo final de um processo judicial. Ficamos, assim, com uma idéia traduzida pela expressão *razoável*. Razoável é, sob o enfoque do tempo de duração, a qualidade daquilo que não é excelente. Se assim não fosse, idealizaria apenas o ponto de vista de um dos atores da relação mínima processual (pólo ativo, passivo e Estado-juiz), óticas em princípio inconciliáveis, como dito anteriormente.

Diz-se que não é excelente, pois não é possível estabelecer um consenso entre o tempo de duração razoável para cada uma das partes em litígio, porquanto para aquele que alega ter o direito, razoável seria tê-lo respeitado sem necessitar acionar a Jurisdição e, para aquele contra quem se pede, razoável seria o tempo de duração de um processo que lhe assegurasse um estado de coisas favorável, ainda quando não fosse seu o melhor direito. Do ponto de vista do Estado-juiz, que também participa da relação processual, a duração do processo se impõe sob a ótica do tempo de que necessita para a formação de sua convicção.

Socorrendo-nos, mais uma vez, do Dicionário de Filosofia de Abbagnano, a fim de não pecar pela versatilidade e variadas utilidades do termo *razoável*, transcrevemos: *Razoável*:

Aquilo que está em conformidade com a razão ou com as regras que ela prescreve em determinado campo de pesquisa ou em geral.

(...)

Como correlativo da *racionalidade*, o termo razoável implica uma conotação limitativa que, em primeiro lugar, inclui a consideração dos limites e das circunstâncias em que a razão vem a agir. Portanto, ser Razoável significa, na língua comum, dar-se conta das circunstâncias e das limitações que elas comportam, renunciando-se a atitudes absolutas, sejam elas teóricas ou práticas”¹⁰⁴

É por isso que, consoante afirmado acima, a expressão *razoável* no texto do Direito Fundamental à Duração Razoável do Processo, não é utilizada no sentido de *razoável* conhecido na construção pretoriana que, em verdade, trata do princípio da proporcionalidade (e com ele, muitas vezes se confunde), que se refere à matéria objeto do processo e não ao lapso temporal de sua duração.

Essa identificação equivocada da razoabilidade¹⁰⁵ com o princípio da proporcionalidade ainda vem sendo utilizada com frequência, sobretudo com o caráter doutrinário que se tem dado às decisões do Supremo Tribunal Federal. Entendemos pertinente pontuar a discussão sobre isso, e encerrá-la em seguida, para evitar equívocos. Para tanto, extraímos excerto de Gustavo Ferreira dos Santos, que diz acerca do que chama de “usos” (grifo original) do Princípio da Proporcionalidade na Jurisprudência do Supremo e sua diferenciação do Princípio da Razoabilidade:

O princípio da proporcionalidade aparece em diversos sentidos na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. (...) Exemplos de decisões que adotam uma idéia geral de proporcionalidade, nada tendo a ver com o princípio da proporcionalidade abundam. (...) Esses usos, porém, apenas se aproximam do conceito de princípio da proporcionalidade, sendo manifestações daquela já referida noção geral de proporcionalidade, decorrente do conceito matemático que o termo possui.¹⁰⁶

E conclui, o mencionado autor, com as seguintes linhas:

¹⁰⁴ ABBAGNANO, Nicola. *Dicionário de filosofia*. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p.830.

¹⁰⁵ Tal equívoco pode ter origem na tradução inadequada da doutrina norte-americana, pois “nos Estados Unidos, onde é denominado Princípio da Razoabilidade, o Princípio da Proporcionalidade foi fruto da grande liberdade de criação do Direito que o sistema federal-republicano norte-americano concede, até hoje, aos seus juizes. BUCHELE, Paulo Armínio Tavares. *O Princípio da Proporcionalidade e a Interpretação da Constituição*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. p.137.

¹⁰⁶ SANTOS, Gustavo Ferreira. *O princípio da proporcionalidade na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal: Limites e possibilidades*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004. p. 161.

Não se confunde o princípio da proporcionalidade com o princípio da razoabilidade. Originários de tradições diversas, tais instrumentos podem ser definidos, indicando-se espaços de atuação diferenciados. Enquanto o princípio da razoabilidade é norma jurídico-material, que serve de controle da legitimidade dos fins que guiam a adoção de medidas pelo Estado, o princípio da proporcionalidade é princípio de interpretação, que permite a tomada de decisões em situações de tensão entre direitos¹⁰⁷.

No oposto sentido de diferenciar razoabilidade de proporcionalidade, transcrevemos abaixo um excerto de Daniel Sarmiento. Para ele, razoável e proporcional são conceitos similares e constituem princípios. Senão vejamos:

O princípio da proporcionalidade apresenta ostensiva semelhança com o princípio da razoabilidade das leis, cuja matriz histórica radica na compreensão substantiva que a Suprema Corte norte-americana adota de cláusula do *due process of law*. As semelhanças são tão intensas que Luis Roberto Barroso chega a sustentar a existência de relação de fungibilidade entre ambos os princípios¹⁰⁸.

Já para J.J. Gomes Canotilho, o princípio da proporcionalidade, em sentido amplo, é método de controle do princípio da igualdade utilizado na atualidade pelos tribunais. Diz esse autor que:

O controle metódico da desigualdade de tratamento terá de testar: 1) a legitimidade do fim do tratamento desigualitário; 2) a adequação e a necessidade deste tratamento para a prossecução do fim; 3) a proporcionalidade do tratamento desigual relativamente aos fins obtidos (ou a obter).¹⁰⁹

Em razão dessas considerações, adota-se o termo *razoável* como um adjetivo oposto à excelência, ou seja, a qualidade daquilo que não é excelente e, em se tratando do tempo de duração de um processo, dado que sua exata compreensão não prescinde do subjetivismo dos figurantes da relação processual, restou demonstrado que a aplicação dos cânones hermenêuticos é de grande valia.

¹⁰⁷ Idem p.204.

¹⁰⁸ SARMENTO, Daniel. *Os princípios constitucionais e a ponderação de bens*. In: Teoria dos direitos fundamentais. Org. Ricardo Lobo Torres – 2ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. p.57.

¹⁰⁹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. Coimbra: Almedina, 2003. p. 1297-1298.

Podemos com tudo isso concluir que o Direito Fundamental à Duração Razoável dos Processos não acelera, por si só, a marcha processual, tanto porque a alteração na lei não tem força para tanto, quanto porque a compreensão adequada de tal dispositivo não nega que o desenvolvimento do processo se prolonga no tempo, e essa dilação é necessária ao respeito dos demais Direitos e Garantias Fundamentais expressos na Constituição e que com eles deve ser harmonizado.

Essa conclusão pontual é o nosso ponto de vista para pertinente a pergunta lançada por Samuel Miranda Arruda: *contempla o conceito de tempo razoável apenas a idéia de rapidez ou aceleração processual, ou, ao contrário, aqui estará também contida a noção de tempo necessário à preservação das demais garantias processuais?*¹¹⁰

¹¹⁰ ARRUDA, Samuel Miranda. *O direito fundamental à razoável duração do processo*. Brasília: Brasília Jurídica, 2006. p. 19.

3 A NATUREZA JURÍDICA DE DIREITO FUNDAMENTAL À DURAÇÃO RAZOÁVEL DO PROCESSO

Encabeçando a lista dos direitos subjetivos figuram, sem dúvida, os direitos fundamentais, consagrados pelas Constituições e tratados internacionais, cada vez mais numerosos. (OST, François)¹¹¹

3.1 Considerações introdutórias

Nesta seção, pretendemos desenvolver a idéia de que o legislador constituinte reformador, ao introduzir a Duração Razoável do Processo no rol de incisos do artigo 5º, da Constituição Federal de 1988, fez uma opção legislativa que não só criou novo Direito Fundamental, como se deduz de sua posição formal dentro do texto constitucional, como também, do ponto de vista material, fez nascer conseqüências jurídicas irradiantes por todo Ordenamento Jurídico - como de resto é peculiar a todo direito fundamental em razão de seu cunho principiológico -, capaz mesmo de iluminar uma nova exegese de normas e institutos do Direito Processual, em especial aqueles que têm assento constitucional.

Tal afirmação é feita com base na interpretação que se deve extrair dos dispositivos constitucionais instituidores de Direitos e Garantias fundamentais, segundo orientação da doutrina que dispõe sobre regras próprias de hermenêutica constitucional e de Teoria da Constituição cujo estudo se dá sob o prisma formal e material, trazendo a nota do que se convencionou chamar de novo constitucionalismo.

Devemos esclarecer, desde logo, que o ponto de partida dessa abordagem nos fez optar pela expressão *direitos fundamentais*, em detrimento de outras que a doutrina discute se seriam mais, ou menos, adequadas a expressar aquele conteúdo teórico de origem nos chamados direitos humanos,¹¹² lembrado sempre da advertência de que a dificuldade dessa

¹¹¹ OST, François. *O tempo do direito*. Tradução Elcio Fernandes. São Paulo: EDUSC, 2005. p.112.

¹¹² A opção pela expressão 'direito fundamental' utilizada nessa dissertação (e não direitos naturais, morais, humanos, direitos subjetivos públicos ou liberdades públicas) foi escolhida em razão dos argumentos discutidos em PECES-BARBA, Gregório. *Aproximación lingüística*. In: *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Universidad Carlos III, 1999. p.21-38. Diz o autor: *Desde que inicié, entonces casi en solitario, el estudio de estos temas, tengo preferencia por 'derechos fundamentales', como forma lingüística más precisa y procedente. Las razones que entonces motivaron esta decisión y que hoy no sólo permanecen, sino que se han fortalecido ante el panorama lingüístico que acabo de apresentar, son las siguientes: a) Es más precisa que la expresión derechos humanos y carece del lastre de la ambigüedad que ésta supone; b) Puede abarcar las dos dimensiones en las que aparecen los derechos humanos, sin incurrir em los reduccionismos iusnaturalista o positivista.* p.36-

conceituação é decorrência da própria variação no tempo e no espaço o que impõe advertir, contudo, que os limites aqui foram fixados dentro da perspectiva jurídico-constitucional da expressão ‘direitos fundamentais’¹¹³.

Como delimitado na Introdução desta Dissertação, o tema será desenvolvido dentro de uma abordagem histórica e sistêmica, sob o paradigma do pensamento sistêmico, onde se busca estudar o objeto não mais buscando verdades universais, estáticas e simplistas, mas sim, vale repetir, multiversais, dinâmicas e complexas.

O respeito a essa proposta de uma hermenêutica histórica e sistêmica nos leva a firmar o compromisso científico de não buscar verdades universais, reconhecendo como árdua, mas necessária, tarefa. O reconhecimento da condição histórica da nossa existência traz ao intérprete do Direito, inclusive no campo da Hermenêutica Constitucional, a seguinte consideração preliminar, muito pertinentemente resumida nas palavras do excerto abaixo transcrito:

E nesse sentido temos o fardo e o privilégio de sabermos-nos históricos: a descoberta do fim das certezas e dos direitos fundamentais um desafio de todos nós. Tais direitos, como conquistas históricas, são o resultado de um processo de aprendizagem. Em tempos difíceis, em que se proclama a morte da Constituição, falar em uma compreensão constitucionalmente adequada dos direitos fundamentais é aceitar, de bom grado, este desafio de torná-los concretos, reconhecendo acima de tudo a sua força normativa, e superando a concepção da existência dissociada e inconciliável de uma realidade constitucional ideal e de uma inevitável realidade social.¹¹⁴

É nesse viés do pensamento sistêmico que demonstraremos a natureza jurídica de direito fundamental do disposto no artigo 5º, inciso LXXVIII, da Constituição Federal de 1988, lembrando sempre, com fala Gustavo Ferreira Santos que os direitos fundamentais são

37. No mesmo sentido, discutindo a expressão ‘direitos fundamentais’, para designar uma compreensão constitucionalmente adequada da teoria geral dos direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988: SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2006. p. 33-42. E, ainda, mas não menos importante, o conceito de direito fundamental de CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. Coimbra: Almedina, 2003. p.377-378.

¹¹³ Sobre esses aspectos das diferentes conceituações da expressão direito fundamental vide SANTOS, Gustavo Ferreira dos. *O princípio da proporcionalidade na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal: limites e possibilidades*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004. p. 58-62.

¹¹⁴ ROCHA, Heloisa Helena Nascimento. Elementos para uma compreensão constitucionalmente adequada dos Direitos Fundamentais. In *Jurisdição e hermenêutica constitucional*. Marcelo Andrade Cattoni Oliveira (coordenador). Belo Horizonte: Mandamentos, 2004. p.229-230

direitos com um estatuto especial; *trata-se de uma verdadeira nota de fundamentalidade, que consiste em uma especial colocação de tais direitos no conjunto mais amplo de direitos.*¹¹⁵

3.1.1 Nota introdutória da Teoria da Constituição e dos Direitos Fundamentais

A concepção teórica dos direitos fundamentais se desenvolveu, na modernidade, juntamente com a teoria da constituição, embora se possa constatar origens remotas de direitos reconhecíveis a todos os homens e a ele inatos.¹¹⁶

Sobre a origem dos direitos fundamentais em geral, em que pese não haver propriamente um marco histórico único, é corrente na doutrina situá-la na modernidade, porquanto sua existência se dê paralela a outros conceitos dessa mesma época.¹¹⁷

Mas para situar essa nossa abordagem na atualidade, primeiramente devemos lembrar sobre o conteúdo de todo texto constitucional, ou seja, quais matérias devem estar contidas em um texto para que o Estado seja considerado regido por uma constituição.

J.J. Gomes Canotilho nos traz a relação entre Teoria da Constituição e Teoria dos Direitos Fundamentais fundada no pensamento habermasiano. Diz o autor, sobre o que chamou de ‘fundação dos direitos fundamentais’, as seguintes palavras:

J. Habermas, numa obra fundamental, enuncia a seguinte tese: a gênese lógica dos direitos fundamentais constitui um processo circular no qual o código do direito e o mecanismo dirigido a constituir direito legítimo, ou seja, o princípio democrático, se constituem co-

¹¹⁵ SANTOS, Gustavo Ferreira. *O princípio da proporcionalidade na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal: Limites e possibilidades*. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2004. p. 59.

¹¹⁶ Cf. SANTOS, Gustavo. *O princípio da proporcionalidade na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal: Limites e possibilidades*. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2004. p. 62-66. Confira-se, também, a seguinte passagem, às fls. 58: *Antes mesmo de se traduzir em efetivos instrumentos jurídicos, as idéias em torno de direitos fundamentais já se desenvolviam. Dos estóicos ao cristianismo, a idéia de dignidade humana já assentava a crença de que havia conteúdos mínimos de direitos que, aos homens, era preciso reconhecer. Porém, é com a idade moderna que se fala propriamente em direitos fundamentais como objeto das relações entre as nações.*

¹¹⁷ Segundo nos informa Bjarne Melkevik, a relação feita por Habermas entre os direitos fundamentais e o conceito moderno de democracia, diz que a teoria dos direitos fundamentais surge com o conceito de democracia como um processo participativo dos indivíduos destinatários das leis, ou seja, não se poderia falar em uma teoria dos direitos fundamentais antes de um conceito procedimentalista de democracia, ou, sem se falar em um processo de construção participada das leis e normas. Conferir o seguinte excerto: *Il n’y a pas de droits fondamentaux antérieurs au processus démocratique chez Habermas. Il n’y a en fait rien avant le principe démocratique par lequel les individus doivent pouvoir se concevoir réciproquement comme des auteurs et des destinataires de leurs droits. Ce qui nous amène à la question de savoir comment assurer le processus démocratique à l’intérieur du droit et assurer également la participation démocratique comme droit. Habermas se sert du paradigme de l’auto-legislation pour introduire une théorie des droits fondamentaux pouvant mettre le projet juridique à l’abri des forces hétérogènes et l’assurer normativement.* MELKEVIK, Bjarne. *Habermas et la conception démocratique du droit*. p.3. Disponível a partir de: <<http://www.reds.msh-paris.fr/communication/textes/mel5.html>> Vide também nota n.184.

originariamente. Algumas categorias de direitos são mesmo princípios “vinculativos” do poder constituinte.¹¹⁸

Paralelamente, acrescenta-se ao debate a conhecida divisão didática entre Constituição em sentido formal e material advém da idéia de que existe um conteúdo mínimo sobre o qual deve versar um texto constitucional, a saber: decisão política fundamental acerca da forma de Estado, de Governo, distribuição de Poder e fixação de direitos e garantias fundamentais. Senão vejamos:

O expoente do decisionismo político aponta que a constituição é o produto da decisão política fundamental a estabelecer a forma de Estado, de governo, a distribuição orgânica do poder e os direitos e garantias fundamentais. Tudo o mais, muito embora possa estar presente na constituição, somente pode ser considerado de compostura constitucional porque nele se encontra, formalmente¹¹⁹.

Nesse sentido que se empresta à Constituição em sentido material, o dispositivo de que trata o inciso LXXVIII, do art. 5º, Constituição Federal de 1988, aqui estudado, é um Direito Fundamental constitucional, porquanto verse sobre conteúdo próprio de uma constituição. Por outro lado também o é do ponto de vista formal, pelo tão só fato de estar contido no texto e, com mais razão, na parte especificamente destinada a um elenco de direitos e garantias fundamentais, como ocorre na experiência brasileira, com o artigo 5º, Constituição Federal de 1988, onde o direito a duração razoável dos processos foi inserido em 2004, pela Emenda Constitucional nº45/04.

Podemos afirmar, agora com mais razão, que a menção expressa, em nível constitucional, de uma garantia à razoável duração dos processos, dá às reformas legislativas que o Código de Processo Civil recebeu ao longo de seus mais de trinta anos de vigência não são casuísticas, uma linha mestra sintetizada na idéia de abreviar o tempo de duração dos processos judiciais, ainda que sejamos forçados a reconhecer que o caráter fragmentado dessas reformas suscitem alguns questionamentos acerca da coerência do legislador reformador.

¹¹⁸ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. Coimbra: Almedina, 2003. p.1404. As idéias lançadas por Canotilho nesse item do livro são fundamentadas em Direito e Democracia: entre facticidade e validade, que ele usou no original em alemão (*Faktizität und Geltung*) que nos servirá de base (a tradução em português) para a construção do Capítulo 5 desta Dissertação, onde será abordado o tema do Direito Fundamental sob a visão procedimentalista de Habermas, estabelecendo um paralelo com o paradigma substancialista.

¹¹⁹ Cf. SILVA NETO, Manoel Jorge e. *Curso Básico de Direito Constitucional*. Rio de Janeiro: Lúmen Iuris, 2004. p.175.

Mas a prova contundente de que não houve aleatoriedade na construção das leis que reformaram o Código de Processo Civil é que o legislador guardou coerência e se mostrou sempre consciente da tarefa de criar instrumentos processuais na busca da celeridade da prestação jurisdicional com a supressão de formalismos inúteis à efetivação do direito material visado no pedido¹²⁰.

Desse ponto de vista, é mister dizer expressamente, a fim de afastar opiniões no sentido de que a elevação ao nível constitucional é inócua ou infrutífera na efetivação de direitos fundamentais, que o legislador constituinte derivado inseriu importante dispositivo no texto constitucional.

3.2 Da natureza jurídica de Direito Fundamental da Duração Razoável do Processo

Por certo que para problemas complexos, com múltiplas causas, como o da morosidade da atividade judiciária, a apresentação de soluções simplistas serão tão fáceis quanto equivocadas. Seria ingênuo, contudo, considerar que, por serem inócuas no combate ao problema, são de todo dispensáveis à sua compreensão.

Nesse item, é estabelecida uma compreensão acerca da natureza jurídica do inciso LXXVIII, do artigo 5º, da Constituição Federal e, para tanto, leva-se em consideração a sua posição formal dentro do texto constitucional, qual seja, dentro do núcleo central de Direitos e Garantias Fundamentais na Carta Magna.

Analisar a diferença entre a fundamentalidade formal e material do direito fundamental não pode se completar sem as lições de J.J. Gomes Canotilho, que diz:

A fundamentalidade formal, geralmente associada à constitucionalização, assinala quatro dimensões relevantes: 1) as normas consagradoras de direitos fundamentais, enquanto normas fundamentais, são colocadas no grau superior da ordem jurídica; 2)

¹²⁰ Como a redistribuição do ônus do tempo de duração dos processos sempre foi ponta apontado como justificativa para revisão de determinados posicionamentos doutrinários e para as alterações legais do texto do Código de Processo Civil de 1973, nunca se pôde afastar a reconhecida morosidade do processo, o que ocorre devido, em grande parte, ao excesso de formalismos que se cristalizaram sob o manto do princípio do devido processo legal. A característica da formalidade dos atos que compõe o processo, sempre representou desproporcional benefício em nome da parte demandada, sendo possível somente a partir da reforma do artigo 273, do Código de Processo Civil de 1973, que tal situação processual fosse invertida, autorizando o juiz, desde que presentes os requisitos ali informados, antecipar *initio litis* os efeitos favoráveis que advirão à parte autora com uma futura sentença, forçando a parte ré a colaborar com o rápido deslinde do processo, o que, sem isso, não era de seu interesse.

como normas constitucionais encontram-se submetidas aos procedimentos agravados de revisão; 3) como normas incorporadoras de direitos fundamentais passam, muitas vezes, a constituir limites materiais da própria revisão e; 4) como normas dotadas de vinculatividade imediata dos poderes públicos constituem parâmetros materiais de escolha, decisões, acções e controlo, dos órgãos legislativos, administrativos e judiciais.¹²¹

Obviamente não se extrai a natureza jurídica tão somente pela posição formal dentro do texto constitucional, sendo tão, ou mais importante, verificar a natureza jurídica do instituto pelo seu conteúdo.

Daí que aquele mesmo autor, Canotilho, apresentada a nota de fundamentalidade dos direitos, por meio da materialidade nele contida. Diz autor que:

A idéia de fundamentalidade material insinua que o conteúdo dos direitos fundamentais é decisivamente constitutivo das estruturas básicas do Estado e da sociedade. *Prima facie*, a fundamentalidade material poderá parecer desnecessária perante a constitucionalização e a fundamentalidade formal a ela associada. Mas não é assim. Por um lado, a fundamentalização pode não estar associada à constituição escrita e à idéia de fundamentalidade formal como demonstra a tradição inglesa da *Common-Law Liberties*. Por outro lado, só a idéia de fundamentalidade material pode fornecer suporte para: 1) a abertura da constituição a outros direitos, também fundamentais, mas não constitucionalizados, isto é, direitos materialmente mas não formalmente fundamentais; 2) a aplicação a esses direitos só materialmente constitucionais de alguns aspectos do regime jurídico inerente à fundamentalidade formal; 3) a abertura a novos direitos fundamentais.¹²²

Ocorre que no caso da Duração Razoável do Processo, tanto o critério formal quanto o material não são suficientes para identificar se o dispositivo em comento é um Direito ou é uma Garantia Fundamental.

A distinção entre direitos e garantias fundamentais pode ter conseqüências relevantes quando de sua aplicação. Pelo seu conteúdo, tal distinção determinará seu carácter principiológico ou instrumental, respectivamente e, em conseqüência disso, sua aptidão para produzir eficácia mais ou menos abrangente, dentro ou fora do processo.

¹²¹ CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. Coimbra: Almedina, 2003. p.379.

¹²² CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. Coimbra: Almedina, 2003. p.379-380.

Se considerado um Direito Fundamental, por exemplo, será possível afirmar que gera direito subjetivo e, assim acrescenta para o intérprete a tarefa de identificar os seus titulares, tanto no pólo ativo quanto passivo. Poder-se-ia afirmar a partir daí, que aquele que sofreu prejuízo em razão de um processo que se dilatou no tempo além do razoável poderia pleitear indenização por esse dano contra aquele que lhe causou tal perda, fosse esse a parte adversa na relação processual, o Estado ou o próprio juiz.

Se considerado como uma Garantia Fundamental¹²³, sua natureza apenas instrumental não permitiria o mesmo raciocínio, contudo conduziria o intérprete a verificar como a aplicação dessas regras se dá dentro da relação processual e de que modo deve atuar o Estado a fim de assegurar seu cumprimento. Nesse caso, funcionaria ao lado das demais garantias processuais e com elas deveria ser compatibilizada, como é o caso, a da ampla defesa e do contraditório.

Em outras palavras, a duração do processo não poderia ser abreviada a ponto de suprimir a aplicação dessas outras garantias, igualmente fundamentais.

É oportuna a diferenciação apresentada por Manoel Gonçalves Ferreira Filho acerca das declarações de direito e das declarações de direitos e garantias previstas nos texto de uma constituição. Pergunta o autor:

Que são essas garantias?

É mister, antes de mais nada não confundi-las com os remédios, isto é, com medidas ou processos especiais, previstos na Constituição, para a defesa de direitos violados. As garantias, ao contrário dos remédios, buscam prevenir, não corrigir.

As garantias consistem nas prescrições que vedam determinadas ações do Poder Público que violariam direito reconhecido. São barreiras erigidas para a proteção dos direitos consagrados.¹²⁴

Interessante notar que alguns autores que escrevem sobre o tema, tratam indistintamente as expressões direito e garantia à duração razoável do processo. É o caso de Paulo Hoffman, em seu livro *Duração Razoável do Processo* em cujo capítulo 6, item três, intitulado *O direito à razoável duração do processo como garantia constitucional* mostra, já

¹²³ Um conceito consagrado doutrinariamente para a expressão Garantias Fundamentais pode ser reproduzido nas palavras de Paulo Bonavides que diz, *in verbis*: As garantias fundamentais são pressupostos e bases do exercício e tutela dos direitos fundamentais, ao mesmo tempo que regem, com proteção adequada, nos limites da constituição, o funcionamento de todas as instituições existentes no Estado. BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 493.

¹²⁴ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2001. p.287.

no título, que não há preocupação de sua parte na diferenciação da natureza jurídica do instituto.¹²⁵

Como se vê, é necessário enfrentar o tema da natureza jurídica do dispositivo que inseriu a Duração Razoável do Processo no texto constitucional, não sendo aceitável do ponto de vista científico, diante da importância das consequências que daí advirão, tratar um instituto pelo outro ou fugir ao debate sob o argumento de que a distinção entre Direito e Garantias Fundamentais não tem relevância jurídica.

Considerando esse início de questionamento, podemos afirmar que, partindo da teoria geral dos Direitos e Garantias Fundamentais, sua evolução histórica e características, encontramos um elo de intersecção com o Direito Fundamental à Duração Razoável do Processo o que nos permitirá definir sua natureza jurídica.

É interessante notar, *primo ictu oculi*, que não foi sem razão que o legislador constituinte reformador, que aprovou o texto da Emenda Constitucional nº45/04, optou pela inserção do Direito Fundamental à Duração Razoável do Processo, dentro do núcleo fundamental do artigo 5º, da Constituição Federal de 1988.

3.3 Sobre as características dos Direitos e Garantias Fundamentais em geral

Podemos afirmar que a Teoria Geral dos Direitos Fundamentais foi construída ao longo da história na medida em que, historicamente, foram aumentando a complexidade das relações sociais, das relações entre o Estado e os indivíduos, e destes entre si¹²⁶.

Foi assim que se conheceu, a partir do reconhecimento do *status* constitucional dos Direitos Fundamentais, o marco teórico do surgimento das chamadas dimensões desses direitos que, ao longo do tempo, foram se identificando com os marcos históricos do Estado Liberal para o moderno Estado Social e Democrático de direito¹²⁷.

Por conta desse gradativo aumento do rol de Direitos Fundamentais, tanto do ponto de vista quantitativo quanto qualitativo, alguns autores classificam os Direitos

¹²⁵ HOFFMAN, Paulo. *Razoável duração do processo*. São Paulo: Quartier Latin, 2006. p.97-98.

¹²⁶ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2006. p.43-53. No mesmo sentido FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 282.

¹²⁷ SILVA, José Afonso. *Comentário contextual à Constituição*. São Paulo: Malheiros, 2006. Ainda sobre o aspecto da historicidade com que se construiu a doutrina dos Direitos Fundamentais: SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2006. p.44.

Fundamentais em *dimensões*¹²⁸, a fim de identificar o tempo em que surgiram no Direito e, principalmente, delinear as suas características básicas.

A teoria dos direitos fundamentais surge na Idade Moderna. Há autores, contudo, que fixam o surgimento dos direitos fundamentais em momento histórico anterior, pois admitem uma origem remota desses direitos ligada aos precedentes históricos que marcaram algumas das feições que cada direito fundamental veio a adquirir ao longo de sua existência. Com as lições de Manoel Gonçalves Ferreira Filho, vemos que:

Os direitos fundamentais nascem da teoria grega de que existe uma ordem jurídica, um Direito, que não é nem criado nem deliberado pelo Homem, seja rei, tirano ou povo.

(...)

Ou seja, baseia-se no próprio conceito do justo. É a Lei Suprema que nasce com o Homem.

(...)

Embora sejam reconhecidos por Lei, não são criados por ela, vez que derivam da própria natureza humana e preexistem ao Estado e a qualquer autoridade.¹²⁹

O mais acertado, porém, parece identificar a origem da teoria dos direitos fundamentais surge na Idade Moderna.

3.3.1 Características relevantes à configuração da Duração Razoável do Processo como Direito Fundamental

A consagração doutrinária de um direito como fundamental passa, basicamente, pela sua análise sob os pontos de vista formal e material/substancial. A partir dessas idéias, tenta-se traçar aquelas que seriam as características gerais dos Direitos

¹²⁸ A expressão inicialmente cunhada pela doutrina para designar a as etapas pelas quais, historicamente, os direitos fundamentais foram surgindo é ‘gerações’. Posteriormente firmou-se a expressão ‘dimensões’ dos direitos fundamentais para evitar o equívoco que poderia causar a expressão ‘gerações que se sucedem’, uma dando lugar à outra, quando, no tocante ao nascimento de novos direitos considerados fundamentais, estes coexistem com os anteriormente criados. Assim, a expressão ‘dimensões’ seria a mais adequada para designar, os direitos de primeira dimensão, identificados como os direitos em face do Estado, direitos de autonomia individual em face desse poder, tais como o direito à vida, à liberdade, à propriedade e à igualdade perante a lei; de segunda dimensão, surgidos no século XIX, de caráter positivo e mais as chamadas liberdades sociais, estão os direitos sociais, econômicos, culturais e os direitos fundamentais dos trabalhadores; já os de terceira dimensão são os direitos de solidariedade e fraternidade, cuja principal característica é se desprender da idéia individuo e se ligar à idéia de grupos humanos. Sobre vide: SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado: 2006. p. 54-68

¹²⁹ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *A cultura dos direitos fundamentais*. In: *Jurisdição constitucional e direitos fundamentais*. In: Teoria dos direitos fundamentais. Organizador Ricardo Lobo Torres. Belo Horizonte: Del Rey, 2001. p.

Fundamentais. Daí que a Duração Razoável do Processo entra em cotejo com as características que os Direitos Fundamentais em geral possuem como mais uma maneira de demonstrar adequação das assertivas que definem sua natureza jurídica como de Direito Fundamental.

Essa idéia é pautada na chamada jusfundamentalidade que é um fenômeno teórico descrito por Robert Alexy no clássico livro sobre o tema *Teoría de los Derechos Fundamentales*, onde o autor deduz os seguintes argumentos:

A importância das normas jusfundamentais para o sistema jurídico resulta de duas coisas: de sua fundamentalidade formal e de sua fundamentalidade material.

A fundamentalidade formal das normas jusfundamentais resulta de sua posição na estrutura escalonada da ordem jurídica no direito diretamente vinculante para a legislação, o poder executivo e o poder judicial. O que ele significa mostra a contraposição de dois modelos constitucionais extremos, o puramente procedimental e o puramente material.

No modelo puramente procedimental, a Constituição contém exclusivamente normas de organização e procedimento. Referindo à legislação, isso significa que a Constituição não exclui diretamente nada como conteúdo possível de direito positivo. Tudo que é criado de acordo com o procedimento e as normas previstas é direito positivo.¹³⁰

Muitas são as características apontadas pela doutrina na teoria dos direitos fundamentais. Entre elas estão as características da historicidade, da inalienabilidade, da imprescritibilidade, a irrenunciabilidade, a generalidade e universalidade, a abstração e, ainda, a relatividade¹³¹. Dentre estas diversas características apontadas tanto pela doutrina do Direito Constitucional e dos Direitos Fundamentais, podemos dizer que algumas delas se apresentam pertinentes no delineamento da Duração Razoável do Processo como Direito Fundamental sob o ponto de vista dogmático¹³² e, por isso, serão aqui delineadas mais detidamente.

¹³⁰ ALEXY, Robert. *Teoría de los Derechos Fundamentales*. Madrid: CEPC, 2002. p.503-504. Livre tradução para o excerto: *La importancia de las normas iusfundamentales para el sistema jurídico resulta de dos cosas: de su fundamentalidad formal y de su fundamentalidad material. La fundamentalidad formal de las normas iusfundamentales resulta de su posición en la cúspide de la estructura escalonada del orden jurídico en tanto derecho directamente vinculante para la legislación, el poder ejecutivo y el poder judicial. Lo que ello significa lo muestra la contraposición de dos modelos constitucionales extremos, el puramente procedimental y el puramente material. En el modelo puramente procedimental, la Constitución contiene exclusivamente normas de organización y procedimiento. Referido a la legislación, esto significa que la Constitución no excluye directamente nada como contenido posible del derecho positivo.*

¹³¹ SILVA, José Afonso. *Comentários contextuais à Constituição*. São Paulo: Malheiros, 2006. p.57-58. No mesmo sentido: FERREIRA FILHO, M.G. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2001. p.282.

¹³² Diz-se isso porque as características dos Direitos Fundamentais apontadas pela doutrina constitucionalista por vezes não dissocia a origem histórica da formação desses direitos que se encontra na doutrina dos Direitos

Para optar quais, dentre as características acima apontadas poderiam ser pertinentes para essa proposta, extraímos da lição de Gustavo Ferreira dos Santos que a definição combinada de alguns critérios doutrinários identificadores dos Direitos Fundamentais são importantes para a compreensão de seu conteúdo, em razão disso, consoante se vê do excerto abaixo transcrito, aprendemos que:

As características de tais direitos devem ser levadas em conta para se compreender o seu conteúdo. Muitas dessas características decorrem da natureza de princípios das normas de direitos fundamentais. Diferentemente das regras, os princípios não têm o conteúdo determinado em abstrato, devendo relacionar-se a um caso concreto, o que aumenta a importância da compreensão teórica das características dos direitos fundamentais¹³³.

Como se vê, não há um elenco pacífico sobre quais são as características gerais dos direitos fundamentais. Sob o ponto de vista daquele autor, por exemplo, são outras as características dos direitos fundamentais. Ele continua o raciocínio elencando o que seriam as características básicas dos direitos fundamentais em geral:

Combinando elementos dos diversos conceitos adotados na doutrina, podemos indicar como características dos direitos fundamentais as seguintes marcas distintivas: (i) a historicidade, (ii) a universalidade, (iii) a limitabilidade, (iv) a relatividade, (v) a concorrência, (vi) a eficácia direta e (vii) irrenunciabilidade¹³⁴.

Diante de todas as características acima evidenciadas, podemos afirmar que a Duração Razoável do Processo, inserida no texto constitucional com a Emenda Constitucional nº45/04, como Direito Fundamental que é, aproxima-se e se reveste das características que em geral são apontadas pela doutrina para direito desse *status*, e, diante da ausência de um rol pacífico, optamos por fazer essa abordagem levando em conta as características da relatividade, universabilidade, generalidade, abstração e historicidade.

Naturais e, por isso, mantém a idéia de caráter absoluto desses direitos, o que é um anacronismo. Uma vez admitida a diferenciação entre as expressões Direitos Fundamentais e Direitos Naturais, Morais ou Humanos, compre guardar coerência também no momento de definir-lhes as características. Por isso, aqui, a proposta é dogmática. Nesse sentido, vide: SILVA, José Afonso. *Comentários contextuais à Constituição*. São Paulo: Malheiros, 2006. p.58.

¹³³ SANTOS, Gustavo Ferreira. *O Princípio da proporcionalidade na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal*. p.71

¹³⁴ Idem p.71

3.3.3.1 Relatividade

Originariamente, a expressão da relatividade de um direito, diz respeito à impossibilidade de se lhe atribuir uma aplicação categórica, ou seja, diz respeito à idéia de que nenhum direito, mesmo os ditos fundamentais, não tem caráter absoluto, porquanto convive no ordenamento com diversos outros direitos consagrados constitucionalmente.

Daí que a relatividade conceitual do Direito Fundamental constitucional à Duração Razoável do Processo, antes de necessitar de uma legislação infraconstitucional que a regulamente, pede que seus contornos teóricos sejam acolhidos no seio da teoria geral dos direitos e garantias fundamentais, reconhecendo-se-lhe o caráter da relatividade.

3.3.3.2 Universalidade

O caráter universal e amplo sempre foi apontado como inerente aos direitos e garantias fundamentais, desde a origem das diversas teorias sobre o tema que se derivaram do jusnaturalismo, porquanto se refira à aptidão de abranger o maior número de destinatários sob a proteção de seu manto.

Nesse esteio, a citação de Manoel Gonçalves Ferreira Filho de que “os direitos fundamentais nascem da teoria grega de que existe uma ordem jurídica superior, um Direito, que não é nem criado nem deliberado pelo Homem, em que pese a doutrina majoritária atribuir a teoria dos direitos fundamentais como uma criação da modernidade, é possível reconhecer uma origem remota, ou seja, de que os direitos fundamentais também se baseiam em uma idéia de justo. Naquela passagem fica clara a opinião do autor pela origem jusnaturalista e, conseqüente universalidade, das normas instituidoras de direitos e garantias fundamentais.

Interessante a relação entre a característica da universalidade e da historicidade dos direitos fundamentais feitas por Paulo Bonavides. Vejamos:

A vinculação essencial dos direitos fundamentais à liberdade e à dignidade humana, enquanto valores históricos e filosóficos, nos conduzirá sem óbices ao significado de universalidade inerente a esses direitos como ideal da pessoa humana. A universalidade se manifestou pela primeira vez, qual a descoberta do racionalismo francês da

Revolução, por ensejo da célebre Declaração dos Direitos do Homem de 1789.¹³⁵

É de se frisar que só posteriormente, a partir do século XIX, que os direitos fundamentais passaram a ser considerados direitos subjetivos, sendo que na atualidade há autores que defendam seu caráter objetivo, no sentido de que devem ser protegidos e efetivados incondicionalmente.

A corrente doutrinária que defende que os direitos e garantias fundamentais têm caráter objetivo, pois se baseia na premissa de que tais normas são, em verdade, princípios e decisões axiológicas que possuem validade em todos os âmbitos jurídicos, devendo ser efetivados incondicionalmente, inclusive por políticas públicas que lhe garantam máxima eficácia.

Sobre o tema, confira-se, abaixo, outro excerto retirado do texto de Daniel Sarmento:

A teoria objetiva dos direitos fundamentais surge em contraposição à crise do Estado Social em razão de não atender à demanda social e sucumbir à globalização econômica.

De origem germânica, a teoria objetiva dos direitos fundamentais, além de impor prestações aos poderes de estado, transcendendo o sentido subjetivo (sentido de faculdade) visam ser perseguidos e conquistados pela sociedade. A teoria objetiva permite conformar o âmbito de validade dos direitos fundamentais ao núcleo essencial e o princípio da proporcionalidade.¹³⁶

3.3.3.3 Abstração e generalidade

É oportuno acrescentar, ainda, entre as características dos direitos fundamentais em geral seus traços de abstração e generalidade, pois, também em relação a esses, o Direito Fundamental à Duração Razoável do Processo apresenta similitudes, levando-nos a confirmar sua natureza jurídica.

Sobre o conteúdo aberto que determina o caráter abstrato do Direito Fundamental à Duração Razoável do Processo, diz Leonardo de Andrade Barbosa:

¹³⁵ BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2003. p.562.

¹³⁶ SARMENTO, Daniel. *A dimensão objetiva dos direitos fundamentais*. Organizadores Celso de Albuquerque Melo e Ricardo Lobo Torres – 2ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. p.253.

Independente do debate sobre a existência prévia do direito ao prazo razoável em nosso ordenamento jurídico, há um ponto que merece reforço, qual seja, o caráter aberto dos direitos fundamentais. O seu conteúdo não pode ser determinado *a priori*, de forma dissociada dos contextos de aplicação. O problema da delimitação do que seria *prazo razoável* para o julgamento de um processo reflete bem essa questão.¹³⁷

Trazemos também, naquele mesmo sentido, os comentários de Dimitri Demoulis e Leonardo Martins quanto ao caráter abstrato e genérico dos direitos fundamentais. Dizem tais autores, sobre tais particularidades dos direitos fundamentais:

Em primeiro lugar, as formulações da Constituição são muito abstratas e genéricas. Trata-se do fenômeno da *baixa densidade normativa*, que torna difícil decidir qual das partes envolvidas em um conflito está com a razão constitucional, já que interpretações conflitantes entre elas são autorizadas por um texto constitucional extremamente genérico. Como interpretar uma norma que diz somente “é garantido o direito à vida”, sem explicar o que é vida, seu começo e fim, e o que significa respeitar a vida? A tutela do direito fundamental à vida resume-se ao imperativo “não matarás”? Ou garante também certas condições de bem-estar individual? Isso indica a particular importância da doutrina e da jurisprudência na elaboração de critérios concretos e na proposta de soluções que a Constituição não oferece de imediato.¹³⁸

Não é diferente do fenômeno acima descrito o que acontece com a interpretação do artigo 5, inciso LXXVIII, da Constituição Federal de 1988. O Direito Fundamental à Duração Razoável do Processo, como facilmente se vê do seu título, apresenta um grau de abstração e generalidade capaz de fazer árdua a tarefa do intérprete.

3.3.3.4 Historicidade

Embora tenhamos dito no início desta dissertação que não se daria ao instituto do Direito Fundamental à Duração Razoável do Processo uma abordagem historiográfica, é pertinente anotar a caracterização que foi historicamente construída para este instituto (abordagens diferentes, portanto).

¹³⁷ BARBOSA, Leonardo de Andrade. In: *A Reforma do Judiciário: comentários à emenda n.45/2004*. Niterói: Impetus, 2005. p. 11.

¹³⁸ DEMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. *Teoria geral dos direitos fundamentais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p.60-61.

A Duração Razoável do Processo, como Direito Fundamental que é, não tem sua expressão em texto de lei dissociada daquela linha de historicidade dos direitos fundamentais em geral, daí que conserva, como estes, o traço de historicidade.

Como bem anota Samuel Miranda Arruda acerca da historicidade dos direitos fundamentais:

A história do desenvolvimento dos direitos fundamentais está repleta de avanços e retrocessos, sendo, no entanto, nítidas duas importantes linhas de evolução. Por um lado, deu-se a positivação – a que se seguiu a constitucionalização – dos direitos humanos, com sua incorporação aos textos jurídicos vigentes. Sob outra óptica, ganhou força a idéia de universalidade. Ainda que frutos de situações históricas e culturas jurídicas diversas, esses dois saltos significaram a verdadeira afirmação dos direitos fundamentais e representam duas de suas dimensões ou perspectivas. Na síntese dessas duas trajetórias – muitas vezes paralelas – está a chave para a compreensão do conceito moderno de direitos fundamentais.¹³⁹

3.4 Da eficácia e efetividade do Direito Fundamental à Duração Razoável do Processo

Restando demonstrado na seção anterior que a duração dos processos em tempo razoável é um Direito Fundamental, cumpre complementar nosso estudo do inciso LXXVIII, do artigo 5º, da Constituição Federal de 1988 sob o ponto de vista de sua eficácia e efetividade.

Poderia parecer simples afirmar que as normas instituidoras de direitos fundamentais têm eficácia e efetividade, pois, *a priori*, é essa a exegese que se extrai da literalidade do §1º, do artigo 5º, da Constituição Federal de 1988 que dispõe: *As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata.*¹⁴⁰

Contudo, apesar da redação clara do dispositivo acima transcrito, muitas são as celeumas doutrinárias e jurisprudenciais acerca da eficácia e efetividade das normas

¹³⁹ ARRUDA, Samuel Miranda. *O direito fundamental à razoável duração do processo*. Brasília: Brasília Jurídica, 2006. p. 26.

¹⁴⁰ Para a redação desse parágrafo do artigo 5º, da Constituição Federal, e a fim de evitar a existência de normas constitucionais sem efetividade, Luís Roberto Barroso propõe interessante redação que poderia ser apresentada via emenda constitucional, nos seguintes termos: *As normas definidoras de direitos subjetivos constitucionais têm aplicação direta e imediata. Na falta de norma regulamentadora necessária ao seu pleno exercício, formulará o juiz competente a regra que regerá o caso concreto submetido a sua apreciação, com base na analogia, nos costumes e nos princípios gerais do direito.* BARROSO, Luís Roberto. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição brasileira*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p.270.

constitucionais definidoras de direitos fundamentais, mas isso não resolve todas as questões acerca da celeuma em torno da nomenclatura.

Explica José Afonso da Silva a diferença entre eficácia e aplicação das normas constitucionais que, segundo ele, é de origem italiana:

A Constituição italiana entrou em vigor no dia 1º de janeiro de 1948. Já no dia 19 do mesmo mês e ano, o Tribunal Penal de Roma proferia uma decisão que suscitou importantes problemas sobre a eficácia jurídica e a aplicabilidade das normas constitucionais e pôs em questão as relações destas com as leis precedentes. A resolução daquela Corte firmou o princípio geral de que uma norma da Constituição tem a eficácia de revogar tacitamente as disposições de lei que sejam com ela incompatíveis. O julgado, contudo, não enfrentou outros problemas que as normas constitucionais provocam relativamente à sua eficácia e aplicabilidade, mas os tangenciou, dando margem a que a doutrina os pusesse na pauta dos debates.¹⁴¹

Também sobre a problemática da efetividade das normas constitucionais, bem nos adverte Manoel Gonçalves Ferreira Filho:

A leitura dos vários incisos do art. 5º facilmente demonstra a existência de normas definidoras de direitos “bastantes em si”, ao lado de muitas outras normas “não bastantes em si”. A aplicação imediata das normas definidoras de direitos e garantias fundamentais tem por limite a natureza das coisas. Isto é, não pode ter aplicação imediata, diga o que disser a Constituição, uma norma incompleta.¹⁴²

Por vezes a doutrina usa as expressões eficácia, efetividade e eficiência como sinônimas. Aqueles que optam pela expressão efetividade, em geral entendem que esta tal expressão como a aptidão da norma jurídica para produzir modificações concretas no mundo fenomênico. Nesse sentido, as palavras de Luís Roberto Barroso, em seu estudo sobre a força normativa da Constituição:

A efetividade designa a atuação prática da norma, fazendo prevalecer, no mundo dos fatos, os valores por ela tutelados. Ao ângulo subjetivo, efetiva é a norma constitucional que enseja a concretização do direito

¹⁴¹ SILVA, José Afonso. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. São Paulo: Malheiros, 2000. p.78.

¹⁴² FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 307-308.

que nela se substancia propiciando o desfrute real do bem jurídico assegurado.

Para que possa ser efetiva, uma norma constitucional: a) não deve conter *promessas* irrealizáveis; b) deve permitir a pronta identificação da posição jurídica em que investe o jurisdicionado; c) deve ter o seu cumprimento assegurado por meio de tutela adequados.¹⁴³ (sic)

É notório que o tema da eficácia e efetividade dos Direitos Fundamentais é amplamente debatido na doutrina. Uma das classificações mais conhecidas, repetidas por muitos doutrinadores, é a de José Afonso da Silva, que diferencia a aptidão dos direitos fundamentais, seguindo a doutrina italiana como afirma o autor, para produzir os seguintes graus para sua aplicação: plena, contida e limitada. É o que ele chama de *tríplice característica das normas constitucionais*. Senão, vejamos:

Temos que partir, aqui, daquela premissa já tantas vezes enunciada: não há norma constitucional alguma destituída de eficácia. Todas elas irradiam efeitos jurídicos, importando sempre uma inovação da ordem jurídica preexistente à entrada em vigor da constituição a que aderem e a nova ordenação instaurada. O que se pode admitir é que a eficácia de certas normas constitucionais não se manifesta na plenitude dos efeitos jurídicos pretendidos pelo constituinte enquanto não se emitir uma normação jurídica ordinária ou complementar executória, prevista ou requerida.¹⁴⁴

Já para Luís Roberto Barroso, como se viu acima, mais importante que a análise da eficácia da norma, a classificação que propõe serve para questionar a sua efetividade, daí que esse autor classifica as normas constitucionais como: normas de organização, normas definidoras de direitos e normas programáticas.¹⁴⁵

Essas classificações, embora tenham obtido êxito como doutrina do Direito Constitucional, vem recebendo atualmente algumas críticas por parte de doutrinadores que

¹⁴³ BARROSO, Luís Roberto. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição brasileira*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 279. Anteriormente, nessa mesma obra, o autor declara sua posição pelo estudo da efetividade das normas constitucionais instituidoras de direitos fundamentais no sentido de eficácia jurídica. Diz ele: *Deliberadamente, ao estudar-lhes a capacidade de produzir efeitos, deixou-se de lado a cogitação de saber se estes efeitos efetivamente se produzem. Como se vê, tratou-se de uma opção metodológica, e não de uma lacuna. Pois é precisamente esse tema que ficou em aberto que se vai aqui desenvolver. Não mais a eficácia jurídica, como possibilidade da aplicação da norma, mas a eficácia social, os mecanismos para sua real aplicação, ou seja, desta específica efetividade*. sic. fls. 84-85.

¹⁴⁴ SILVA, José Afonso. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 81-82.

¹⁴⁵ BARROSO, Luís Roberto. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição brasileira*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 75-89. Acrescenta o autor que: *A efetividade significa, portanto, a realização do Direito, o desempenho concreto de sua fundação social. Ela representa a materialização, no mundo dos fatos, dos preceitos legais e simboliza a aproximação, tão íntima quanto possível, entre o dever-ser normativo e o ser da realidade social*. sic. p. 85.

propõe uma teoria dogmática dos Direitos Fundamentais. É o caso de Dimitri Dimoulis e Leonardo Martins para quem não há que se falar em eficácia limitada diante da norma do §1º, do art. 5º, da Constituição Federal. Senão vejamos:

Todos os direitos e garantias fundamentais, isto é, *todas* as disposições que definem direitos e garantias individuais, sociais e políticas independentemente do capítulo ou título da Constituição que os proclama são *direta e imediatamente* vinculantes (efeito imediato dos direitos fundamentais).

Essa norma prescreve, em primeiro lugar, que os direitos fundamentais vinculam todas as autoridades do Estado, *incluindo o Poder Legislativo*. (...) Em segundo lugar, a referida norma determina que os titulares dos direitos não precisam aguardar autorização, concretização ou outra determinação estatal para poder exercer seus direitos fundamentais¹⁴⁶.

Como se depreende dos excertos acima, as doutrinas não são excludentes. Ao estudar o tema da aplicação das normas constitucionais definidoras de direitos fundamentais, ora a doutrina o aborda sob o aspecto da eficácia, ora sob o aspecto da efetividade.

Nesse ponto, oportuna a lição de Ingo Sarlet leciona. Sob o nome de efetividade ou eficácia, esse autor nos dá a sua contribuição teórica, lembrando da importância de se estudar uma norma sob os planos da existência e validade, para, só então, verificar sua eficácia. Diz esse autor, após breve exposição de diversos posicionamentos doutrinários, sobre o termo mais adequado a ser utilizado no estudo da aplicação dos direitos fundamentais:

Num aspecto, contudo, constata-se certo consenso, na medida em que não parecem subsistir dúvidas a respeito da distinção entre vigência (existência e/ou validade) e a eficácia, seja qual for o sentido que a esta última se vá atribuir. Partindo desta premissa e conscientes de que entre a vigência e a eficácia da norma constitucional existe uma correlação dialética de complementariedade, é preciso clarificar em que sentido pretendemos valer-nos da expressão “eficácia”, ressaltando que esta costuma ser vinculada à noção de aplicabilidade das normas jurídicas. Por outro lado, corrente a distinção entre as noções de eficácia jurídica e social, identificando-se esta última com o conceito de efetividade.¹⁴⁷

¹⁴⁶ DEMOULIS, Dimitri. MARTINS, Leonardo. *Teoria geral dos Direitos Fundamentais*. São Paulo: RT, 2007. p.104.

¹⁴⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 245.

Parece que ambas as teorias não negam a possibilidade de abordar o tema da eficácia dos Direitos Fundamentais sob os planos vertical e horizontal. Tais expressões são utilizadas para designar aqueles Direitos Fundamentais que, originalmente, surgiram no Ordenamento jurídico como proteção dos indivíduos em face do Estado e, a segunda expressão, que surge bem posteriormente no início do século XX, para designar uma aptidão de eficácia entre indivíduos.

Quanto à eficácia que pretendeu emprestar as normas instituidoras de direitos e garantias fundamentais, a Constituição Federal é imperativa ao determinar que tais normas têm eficácia plena e imediata, consoante afirma a maior parte da doutrina, por meio de argumentos que serão aqui esposados para fundamentar a assertiva.

A conhecida classificação doutrinária das normas constitucionais do ponto de vista de sua eficácia encontrou na doutrina pátria de José Afonso da Silva – originária da proposta de Crisafulli na Itália - uma notável aceitabilidade. Assim é que, quanto à aptidão para produzir eficácia, as normas constitucionais podem ser classificadas em eficácia plena, eficácia limitada de legislação e limitada programática¹⁴⁸.

Como dito, redigido de forma clara e precisa, o §1º, do artigo 5º, da Constituição Federal de 1988, não deveria deixar margens às dúvidas que se lhe tentam emprestar no tocante à eficácia das normas instituidoras de direitos e garantias fundamentais, não sendo demais lembrar o disposto no artigo 5º, §1º, Constituição Federal de 1988: *As normas instituidoras de direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata.*

José Afonso da Silva defende que o dispositivo supra transcrito serve, ao menos, para dizer ao intérprete da Constituição que as normas são aplicáveis e que são judiciáveis, ponto que será tratado ao final, no item seguinte, sobre a judiciabilidade e dos custos do Direito Fundamental à Duração Razoável do Processo.

Em todo caso, a tendência da doutrina do novo direito constitucional pende no sentido da máxima eficácia das normas instituidoras de direitos e garantias fundamentais. Veja-se nesse sentido a lição do professor pernambucano Gustavo Santos que abaixo transcrevemos:

Há que se reconhecer uma eficácia mínima que, mesmo diante da vagueza e de indefinições que a sua literal expressão normativa possa

¹⁴⁸ Cf. SILVA NETO, Manoel Jorge e. *Curso de Direito Constitucional*. Tomo I. Rio de Janeiro: Lúmen Juris: 2004. p.203.

vir a conter, realizem a proteção de algum aspecto da vida de indivíduos, grupos ou da própria sociedade e que ditou o seu reconhecimento no Texto Constitucional.¹⁴⁹

Continua aquelas idéias dizendo ainda, agora em relação ao artigo 5º, §1º:

É evidente que a leitura e compreensão de tal preceito devem levar em conta a natureza de cada norma específica, o que pode trazer, caso a caso, diferentes dificuldades, muitas vezes, existindo direitos que precisam de intervenção legislativa¹⁵⁰.

Sobre o tema, também se confira conhecida e pertinente lição do mestre Celso Antônio Bandeira de Mello, exarada originariamente para falar dos direitos humanos, mas que, *mutatis mutantis*, aplica-se para teoria geral dos direitos e garantias fundamentais:

A grande questão é que os direitos humanos precisam se transformar em realidade e não permanecerem por décadas a fio como um simples programa, ou se falando juridicamente, as suas normas não podem ser apenas normas programáticas.

Isso significa dizer que, além da análise da eficácia das normas constitucionais, que como disse o mestre acima, não podem ser encaradas como meramente programáticas e orientadoras das leis infraconstitucionais, devemos extrair máxima eficácia das normas constitucionais instituidoras de direitos e garantias fundamentais, inclusive entendendo-as como auto-aplicáveis e de eficácia imediata. Se forem estudadas sob o ponto de vista do início de seus efeitos, ainda é possível falar na extensão de sua força cogente, a abarcar tanto o Estado quanto os indivíduos que o compõe.

Sabe-se que na origem, como já dito anteriormente, os direitos e garantias fundamentais foram instituídos em face do Estado, como um fator determinante de proteção dos indivíduos contra o poder soberano que se afastasse da busca do bem estar coletivo. Mas essa proteção individual contra o Estado logo se mostrou apenas um dos aspectos da eficácia das normas instituidoras de direitos e garantias fundamentais. Tão logo surgiram hipóteses de ferimento de tais direitos e garantias por parte de outro particular, a doutrina propôs diferente abordagem do tema.

¹⁴⁹ SANTOS, Gustavo Ferreira. *O princípio da proporcionalidade na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal: Limites e possibilidades*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004. p.77.

¹⁵⁰ Idem p. 77.

Assim, é possível dizer que além da eficácia vertical – aquela que protege os indivíduos contra uma atuação maléfica do Estado – é correto se falar que as normas instituidoras de direitos e garantias fundamentais também tem eficácia nas relações jurídicas privadas entre indivíduos.

A isso se dá o nome de eficácia horizontal ou eficácia dos direitos fundamentais entre particulares. Com as seguintes palavras, J.J. Gomes Canotilho enuncia a eficácia horizontal dos direitos fundamentais:

Quando, no art. 18.º/1 da CRP, se estabelece que os preceitos consagradores de direitos, liberdades e garantias “vinculam... *entidades privadas*”, sugere-se inequivocamente, o alargamento da eficácia desses direitos às “relações cidadão-cidadão”, “indivíduo-indivíduo”. Em termos tendenciais, o problema pode enunciar-se da seguinte forma: as normas constitucionais consagradoras de direitos, liberdades e garantias (e direitos análogos) devem ou não ser obrigatoriamente observadas e cumpridas pelas pessoas privadas (individuais ou coletivas) quando estabelecem relações jurídicas com outros sujeitos jurídicos privados? Esta questão era conhecida, inicialmente, como questão de **eficácia externa** ou **eficácia em relação a terceiros** dos direitos, liberdades e garantias. Hoje prefere-se a fórmula “efeitos horizontais” ou a expressão “eficácia dos direitos, liberdades e garantias na ordem jurídica privada”.¹⁵¹ (grifos e negritos no original)

Ao analisar sob esse viés o Direito Fundamental à Duração Razoável dos Processos surge a questão: que plano de eficácia poderia ele ter? O texto do inciso LXXVIII, do artigo 5º, Constituição Federal de 1988, não explicita. Poder-se-ia pensar que o Direito Fundamental à Duração dos Processos opera efeitos tanto nos planos vertical quanto horizontal, à medida que dê possibilidade ao seu titular exigi-lo contra o Estado em razão da dilação indevida dos processos por negligência ou desídia do magistrado, e também, exigi-lo contra o particular, quando este se comporte com intuito procrastinatório no processo?

Parece que a resposta é afirmativa. A aptidão de ampla eficácia dos Direitos Fundamentais chamados de terceira dimensão, tais como os direitos que surgem a partir da segunda metade do século passado, a exemplo do direito ao meio ambiente hígido e saudável, da educação, entre outros, tem esse amplo espectro de eficácia.

Estando assim dispostas as premissas da eficácia das normas instituidoras de direitos e garantias fundamentais, é forçoso concluir que a novel garantia constitucional à

¹⁵¹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. Coimbra: Almedina, 2003. p. 1286.

razoável duração dos processos impõe uma aplicabilidade imediata e uma eficácia ampla que lhe permite ser oposta tanto contra o Estado-juiz quanto entre as partes que se contrapõe na relação processual.

Estando assim dispostas as premissas da eficácia das normas instituidoras de direitos e garantias fundamentais e a expressão de sua força cogente, é forçoso concluir, antecipando o que será estudado no Capítulo 6 sobre a teoria da responsabilidade civil, que o Direito Fundamental à Duração Razoável dos Processos impõe uma aplicabilidade imediata e uma eficácia ampla que lhe permite ser oposta tanto contra o Estado-juiz quanto entre as partes que se contrapõe na relação processual e, considerando que são preexistentes normas infraconstitucionais definidoras da responsabilidade do magistrado (como o Código de Processo Civil – Lei nº5.869/73 e a Lei Orgânica da Magistratura Nacional – Lei Complementar nº35/79), nada obsta a eficácia e aplicabilidade imediata do preceito constitucional.

3.5 A judiciabilidade do Direito Fundamental à Duração Razoável do Processo e os custos dos direitos

Na teoria geral dos direitos fundamentais e sua classificação, podemos verificar que determinados direitos fundamentais, diz a doutrina, além de consagrados constitucionalmente, são também judicializáveis, ou seja, passíveis de receberem uma tutela judicial efetiva.

Consoante lição de José Afonso da Silva, sobre o alcance do artigo 5º, §1º, da Constituição Federal de 1988 em face de normas constitucionais que não têm eficácia, ou as tem limitadamente:

Então, em face dessas normas, que valor tem o disposto no §1º, do art. 5º, que declara todas de aplicação imediata? Em primeiro lugar, significa que elas são aplicáveis até onde possam, até onde as instituições ofereçam condições para seu atendimento. Em segundo lugar, significa que o Poder Judiciário, sendo invocado a propósito de uma situação concreta nelas garantida, não pode deixar de aplicá-las, conferindo ao interessado o direito reclamado, segundo as instituições existentes.¹⁵²

¹⁵² SILVA, José Afonso. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. São Paulo: Malheiros, 2000. p.165.

A aptidão para gerar direito subjetivo nasce da jusfundamentalidade do Direito à Duração Razoável do Processo e da sua eficácia e aplicabilidade imediata. Tal aptidão para gerar interesse juridicamente protegido, nas palavras daquele mesmo autor, José Afonso da Silva, estão interrelacionadas. Senão vejamos:

Podemos, desde já, enunciar um princípio geral sobre o assunto: a tutela é tanto mais intensa quanto mais completa for a eficácia da norma constitucional, tratando-se das situações subjetivas de vantagem. A tutela é praticamente idêntica para as situações subjetivas negativas ou de vínculo.¹⁵³

Ensina-nos Alfonso Ruiz Miguel, seguindo a doutrina de Robert Alexy, ao tratar dos direitos básicos e técnicas jurídicas a fim de diferenciar as expressões direitos liberais e direitos sociais, que a judicialização e a tutela judicial efetiva não são, em si mesmas, um direito fundamental. Diz o autor:

A categoria anterior da competência convida a abordar o problema da tutela judicial efetiva dos direitos fundamentais que se constituem, por si mesmo, um direito fundamental mas, parece que, incluído no sistema jurídico como os europeus ocidentais, obriga a denunciar o *déficit* de proteção de muitos dos direitos sociais como única opção frente àqueles que o negam o caráter de direito precisamente pela ausência de dita tutela. Esta alternativa, sem embargo, não leva em conta uma dupla flexibilidade relacionada com a proteção jurídica dos direitos fundamentais: os conteúdos dos direitos e as modalidades de sua tutela.¹⁵⁴

Essa judiciabilidade é decorrência, como já anteriormente mencionado, da interpretação do conteúdo e alcance mínimo do artigo 5º, §1º, da Constituição Federal de 1988.

A possibilidade de oferecer demanda judicial fundada no Direito Fundamental à Duração Razoável do Processo apresenta óticas interessantes ao intérprete. Afora a

¹⁵³ SILVA, José Afonso. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. São Paulo: Malheiros, 2000. p.171.

¹⁵⁴ MIGUEL, Alfonso Ruiz. *Derechos liberales y derechos sociales*. Disponível em: <http://descargas.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/doxa/0136120824573839199024/cuaderno15/volIII/doxa15_09.pdf> p.670. Livre tradução para o seguinte excerto: *La anterior categoría de la competencia invita a plantear el problema de la tutela judicial efectiva de los derechos fundamentales que, si constituye por sí misma un derecho fundamental más, parecería que, incluso en sistemas jurídicos como los europeo-occidentales, obliga a denunciar el déficit de protección de muchos de los derechos sociales como única opción frente a quienes les niegan el carácter de derechos precisamente por la ausencia de dicha tutela. Esta alternativa, sin embargo, es demasiado tajante y no tiene suficientemente en cuenta una doble flexibilidad relacionada con la protección jurídica de los derechos fundamentales: en los contenidos de los derechos y en las modalidades de su tutela judicial.*

identificação dos titulares do direito que surge com a identificação da Duração Razoável do Processo como direito fundamental, para a qual se destinou uma seção específica no Capítulo 6 desta dissertação, a judicialização desse Direito Fundamental ainda comporta algumas reflexões.

Para alguns autores, essa judiciabilidade seria a negação da tese da eficácia limitada (também chamada diferida) dos Direitos Fundamentais. Veja-se o que diz Dimitri Dimoulis sobre isso:

Se o legislador for omissivo em regulamentar e/ou limitar um direito, este poderá ser exercido imediatamente em toda a extensão que a Constituição Federal define, sendo o Poder Judiciário competente para apreciar casos de sua violação. Em outras palavras, o §1º do art.5º deixa claro que os direitos fundamentais não são simples declarações políticas ou programas de ação do poder público e tampouco podem ser vistos como normas de eficácia “limitada” ou “diferida”. *Todas as normas relacionadas a direitos e garantias fundamentais são preceitos normativos que vinculam o poder do Estado de forma direta e imediata.*¹⁵⁵ (grifos no original)

Consoante afirmado diversas vezes, o Direito Fundamental à Duração Razoável do Processo, como tal, é norma de eficácia plena e imediata, daí que exigível judicialmente o seu cumprimento.

A chamada judiciabilidade dos Direitos Fundamentais por certo esbarra menos na compreensão da existência de aplicabilidade imediata que pelas dificuldades de sua exigibilidade fática.

Aliado a isso, o problema dos custos que representam para o Estado a implementação dos Direitos Fundamentais que ele próprio, via sua atividade legiferante, cria no texto constitucional.

¹⁵⁵ DIMOULIS, Dimitri. MARTINS, Leonardo. *Teoria geral dos Direitos Fundamentais*. São Paulo: RT, 2007. p.104-105.

4 O DIREITO FUNDAMENTAL À DURAÇÃO RAZOÁVEL DO PROCESSO JUDICIAL COMO CRITÉRIO DE LEGITIMAÇÃO: A CRISE PARADIGMÁTICA DA CIÊNCIA DO DIREITO E O PAPEL DO PODER JUDICIÁRIO NO ESTADO DEMOCRÁTICO

Existem circunstâncias, embora raras, nas quais dois paradigmas podem existir pacificamente nos períodos pós-paradigmáticos. A simples posse de um paradigma não é um critério suficiente para a transição de desenvolvimento. (KUHN, Thomas S.)¹⁵⁶

Uma vez construída sua natureza jurídica, o Direito Fundamental à Duração Razoável do Processo passa, nesse Capítulo, a enfrentar o problema dos critérios de legitimação das decisões judiciais. O cenário de crise do Poder Judiciário, consoante em muitas passagens desta Dissertação trazemos à baila, acrescenta ao debate acerca da necessidade de estabelecimento de critérios objetivos legitimadores da atividade judicante um viés particularizante quando envolve a concretização de direitos fundamentais.

As lúcidas lições de Direito Constitucional de Paulo Bonavides sobre os direitos fundamentais, a crise do Poder Judiciário e de suas decisões são oportunas para a introdução das idéias que serão desenvolvidas neste Capítulo e, também, pertinentes para lançar as bases para o Capítulo que se seguirá. Senão vejamos:

A idade dos direitos fundamentais e do constitucionalismo da liberdade atribuiu ao Judiciário papel de destaque, não raro de hegemonia e preeminência, que o liga inapartavelmente ao futuro da democracia, enquanto expressão, síntese e substância de quatro gerações de direitos, cuja concretude, garantia e universalidade, arrimada a elementos constitucionais de proteção, nunca poderá, amanhã, prescindir da intervenção eficaz e, se necessário, criativa do aparelho judiciário, como concretizador bem-sucedido dos sobreditos direitos, nomeadamente os das três derradeiras gerações que dele dependem. Isto – advirta-se – não há de levar ao malsinado “governo de juízes”, forma de todo ilegítima, mas há de significar, sem dúvida, necessidade de referendar novo contrato social, cujos pactuários não

¹⁵⁶ KUHN, Thomas S. *A estrutura das revoluções científicas*. Trad. Beatriz Viana Boeira e Nelson Boeira. São Paulo: Editora Perspectiva, 2000. p.14/15.

poderão deixar de admitir que um Judiciário forte é a primeira salvaguarda da democracia.¹⁵⁷

O presente Capítulo, também construído segundo um viés hermenêutico-dialético do artigo 5º, inciso LXXVIII, da Constituição Federal de 1988, tem por fim aplicar uma visão crítica acerca da crise do Poder Judiciário e da disputa entre paradigmas de legitimação da atividade jurisdicional. Como objetivo específico, introduz-se o tema da crise que aflige o Poder Judiciário e o próprio Direito na pós-modernidade¹⁵⁸, crise esta retroalimentada pela ausência de paradigmas estáveis para a Ciência jurídica, e mesmo pela inexistência consolidada de um modelo teórico para legitimação das decisões judiciais que apresente respostas satisfatórias às demandas da sociedade hodierna.

Em seguida, será posta a base teórica da problemática da identificação de critérios para conferir legitimidade às decisões judiciais a partir do paradigma substancialista e paradigma procedimentalista da Ciência do Direito, mais especificamente no que tange à opção teórico-política do legislador constituinte que se encontra refletida no exercício da Jurisdição Constitucional, assim entendida na sua versão de controle de constitucionalidade das leis e atos normativos.

A importância e pertinência dessa abordagem pode bem ser resumida nas seguintes palavras de Bistra Apostolova:

Com o aumento da complexidade do Estado e o surgimento dos novos grupos e atores sociais, fruto da atuação acentuada dos Movimentos Sociais no final da década de setenta, é comum no campo da sociologia do direito a observação de que o modelo liberal, no qual se embasava o exercício da magistratura, entrou definitivamente em crise, determinando a erosão da legitimação clássica da atuação dos juízes.¹⁵⁹

Iluminando ambos os temas acima o Direito Fundamental à Duração Razoável dos Processos inserido no texto constitucional pela Emenda Constitucional nº45/04.

A hipótese lançada na Introdução desta dissertação, de que a inserção do novo inciso LXXVIII, ao rol dos Direitos e Garantias Fundamentais constitucionais, do artigo 5º,

¹⁵⁷ BONAVIDES, Paulo. *O Poder Judiciário e o parágrafo único do art. 1º da Constituição do Brasil*. In: *Do país constitucional ao país neocolonial: (a derrubada da constituição e a recolonização pelo golpe de Estado institucional)*. São Paulo: Malheiros, 2004. p.74-75.

¹⁵⁸ Sobre o sentido em que a expressão pós-modernidade é empregado aqui, vide Introdução e nota n.3.

¹⁵⁹ APOSTOLOVA, Bistra Stefanova. *Poder Judiciário: do moderno ao contemporâneo*. Porto Alegre: Sergio Fabris Editor, 1998. p.180.

da Constituição Federal de 1988, embora não se preste a solução para a morosidade da atividade jurisdicional – mesmo porque a tão-só alteração da lei já se mostrou inapta para tanto em muitas outras tentativas do legislador – pode reacender o debate acerca da crise do Poder Judiciário e da legitimação do exercício dessa atividade por meio da verificação de sua qualidade e, também, pela análise do conteúdo das decisões judiciais e seus fundamentos que se apresentam concretamente ora sob uma visão substancialista, ora procedimentalista, sem que, muitas vezes, tais óticas sejam explicitadas.

Não é demais lembrar que o tema é, há muito, controvertido na doutrina.

4.1 A decisão judicial e a aferição de legitimidade por meio da compreensão do artigo 1º, parágrafo único, da Constituição Federal

Na doutrina que desenvolve o tema da legitimação para o exercício do Poder jurisdicional podemos encontrar um tratamento interdisciplinar que envolve os fundamentos da teoria do Estado Moderno, do conceito de Soberania e os meios de acesso ao Poder, os fundamentos utilizados nas decisões judiciais, e, para aqueles que aplicam uma visão procedimentalista do Direito, a construção participada de seus destinatários nestas decisões.

Toda essa construção teórica encontra, no Direito brasileiro, um de seus pilares no artigo 1º, parágrafo único, da Constituição Federal, que assim dispõe:

Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição.

O citado parágrafo único, do artigo 1º, da Constituição Federal orienta o intérprete no sentido de que o acesso ao exercício do Poder de Estado se dará por meios democráticos, em regra, pela via de eleições que concedem mandatos aos eleitos. O tema das eleições será disciplinado por lei ordinária e regido pelas normas que o próprio texto constitucional prevê, e que é considerado, na doutrina clássica do Direito Constitucional, o meio democrático de acesso ao Poder.

O mesmo não se pode aplicar, contudo, ao Poder Judiciário. A regra das eleições como meio de acesso democrático ao Poder não foi dirigida pelo texto constitucional ao Poder Judiciário.

Dizer que tal regra não se aplica não é dizer que não há uma regra expressa para a legitimação democrática do poder jurisdicional. O que ocorre é que do texto constitucional

brasileiro não se extrai uma regra expressa para eleição dos representantes no Poder Judiciário, tão pouco de mandato eletivo por prazo determinado, reiterados periodicamente por aquelas mesmas vias democráticas. Ao revés, dispõe o artigo 93, inciso I, da Constituição Federal, a regra geral do concurso público, de provas e títulos, como meio legítimo de acesso àquele Poder.

Como ambas as normas constitucionais dispõem sobre o tema do acesso ao Poder de Estado, sendo que essa última pertinente apenas ao Poder Judiciário, surge o questionamento de se buscar, pela via dialética e com fundamento na doutrina contemporânea do Direito Constitucional, outros mecanismos de se auferir legitimidade no exercício desse Poder.

Essa inter-relação de busca de legitimação das decisões judiciais por meio do respeito ao Estado democrático, podem bem ser resumidas nas seguintes palavras de Ronaldo Brêtas Dias que defende, com tais fundamentos, a possibilidade de responsabilizar o Estado por atos jurisdicionais. Vejamos:

A legitimidade democrática das decisões judiciais, comprometidas com o princípio do Estado Democrático de Direito, está assentada na exclusiva sujeição dos órgãos jurisdicionais às normas que integram o ordenamento jurídico, emanadas da vontade do povo, porque discutidas, votadas e aprovadas pelos seus representantes, no Congresso Nacional. Por conseguinte, se todo o poder emana do povo, em nome de quem os órgãos do Estado o exercem, inclusive os órgãos jurisdicionais, o que é fundamento básico do Estado Democrático de Direito (parágrafo único, do art.1º, da Constituição Federal), está a exigir a Constituição decisões jurisdicionais conforme as normas constitucionais e as normas infraconstitucionais que lhes são convergentes.¹⁶⁰

Essa legitimação das decisões judiciais pela via democrática acima citada, é fundamento amplamente aceito na doutrina. Além dela, há quem entenda, ainda, que a legitimação do poder no Estado democrático não decorre exclusivamente da norma inscrita no parágrafo único, do artigo 1º, da Constituição Federal de 1988, acima mencionado.

Nas palavras de Luiz Flávio Gomes podemos extrair um outro ponto de vista fundamente dessas idéias acerca da legitimação das decisões judiciais no Estado democrático:

¹⁶⁰ DIAS, Ronaldo Brêtas de Carvalho. *Responsabilidade do Estado pela função jurisdicional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004. p.133-134.

Há um grande equívoco na afirmação de que a magistratura não conta com respaldo democrático. O Poder Constituinte (soberano) concebeu duas formas de legitimação democrática: a *representativa* (típica de altos cargos políticos) e a *legal* (inerente à função jurisdicional). A legitimação democrática legal, racional ou formal dos juízes, portanto, em nada se confunde com a legitimação democrática representativa.¹⁶¹

Em decorrência do desenvolvimento desses critérios de legitimação anteriormente citados, outro ponto se nos apresenta igualmente pertinente, o de se admitir que tal aferição de legitimidade da atividade judicante pode ser feita tanto no momento do acesso, quanto no decurso do seu exercício¹⁶², sobretudo pelo fato de que a permanência no exercício da jurisdição não se dá por curto lapso de tempo, como um mandato eletivo, por exemplo, mas sim em caráter vitalício, consoante diz a Constituição, em seu artigo 95 e seus incisos.

É por isso que podemos encontrar na doutrina outros critérios para tal verificação da legitimidade da atividade jurisdicional e, também, lançar bases teóricas para outras óticas sobre o tema, a exemplo do critério qualitativo dessas decisões judiciais que, como tal, deve levar em consideração o tempo em que é proferida a decisão, ou seja, o tempo de duração dos processos (esse ponto será analisado mais adiante).

As diversas opiniões estão longe de reverberarem em uníssono, e talvez por isso mesmo, muitos também são os questionamentos acerca da legitimação e validação dos atos exarados pelo Poder Judiciário, daí a importância de manter o tema sempre em pauta.

Escrevendo sobre aquele artigo 1º, parágrafo único, da Constituição Federal, acima mencionado, Paulo Bonavides nos alerta sobre a interpretação dada, no passado, ao dispositivo, segundo o que ele chamou de *velha hermenêutica constitucional*, e o distanciamento das conclusões daí decorrentes com o que deve esperar como o papel da magistratura no Estado democrático. Disse ele, questionando-se em seguida:

O desdobramento institucional que o Brasil tem vivido desde a promulgação da Constituição de 1988 nos autoriza a concluir que ainda não foi possível associar, em termos definitivos, e na medida desejada, a democracia representativa – a única efetivamente realizada – à democracia direta, consoante manda, de maneira inequívoca e categórica, o texto constitucional.

¹⁶¹ GOMES, Luiz Flávio. *A dimensão da magistratura: no Estado constitucional e democrático de direito: independência judicial, controle judiciário, legitimação da jurisdição, politização e responsabilidade do juiz*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. p.120.

¹⁶² Vide também a primeira seção deste trabalho sobre a problematização do momento de verificação do preenchimento dos critérios de legitimação do Poder Judiciário, p. 4-6.

A que deve, pois, esse retardamento, cujas conseqüências pesam sobre a legitimidade do sistema e o fazem incompleto nas bases constitucionais de seu funcionamento, comprometendo, desse modo, o exercício do princípio da soberania popular em toda a sua latitude?¹⁶³

Em resposta àquele questionamento acerca da ausência de sintonia entre a democracia representativa e a democracia direta, em nosso país, apresentou o autor naquele mesmo texto, com as palavras seguintes, uma primeira resposta (que ao final descartará) no que tange ao Poder Judiciário:

A resposta, decerto, segundo nos parece, somente se dará por via interpretativa, havendo, a esse respeito, duas soluções possíveis, caso a controvérsia se suscite perante o Poder Judiciário.

(...)

A primeira consiste em manter o *status quo* da constitucionalidade dessa inobservância, ou seja, da inexecução do mandamento contido na reserva legal. Mas, admitido esse entendimento acerca da intangibilidade da reserva, ainda na hipótese de a omissão bloquear o princípio da soberania popular e, ao mesmo passo, impedir a integração concretizante do parágrafo único do art. 1º, combinado com o art. 14, nas esferas do Município ou do Estado-membro, colidindo assim com o princípio federativo, ter-se-ia que admitir, nessa linha de raciocínio jurídico, haver o constituinte outorgado ao legislador ordinário o poder, sem limites e sem freio, de omitir-se e paralisar, por essa abstenção na feitura da norma, a implantação constitucional da democracia direta nos três níveis da Federação.

Essa leitura interpretativa, referente à aplicação do art. 14, é de todo ponto formalista e se prende à Velha Hermenêutica, cuja vocação e critérios jusprivatistas desatendem, por inteiro, à evolução teórica mais recente do Direito Constitucional, consoante se há de inferir do argumento que a ela se contrapõe, exposto logo a seguir, fundamentando a segunda solução.¹⁶⁴

Podemos encontrar a base teórica dessa discussão acerca do papel da magistratura anteriormente a essa mencionada divisão que vem se firmando entre a *nova* e *velha* hermenêutica constitucional. Dizia Habermas, acerca da lógica aplicada às Ciências Sociais e o que ele chamou de *disputa pelo positivismo* na Teoria analítica da ciência e dialética, que a

¹⁶³ BONAVIDES, Paulo. *O Poder Judiciário e o parágrafo único do art. 1º da Constituição do Brasil*. In: Do país constitucional ao país neocolonial: (a derrubada da Constituição pelo golpe de Estado institucional). São Paulo: Malheiros, 2004. p.152.

¹⁶⁴ BONAVIDES, Paulo. *O Poder Judiciário e o parágrafo único do art. 1º da Constituição do Brasil*. In: Do país constitucional ao país neocolonial: (a derrubada da Constituição pelo golpe de Estado institucional). São Paulo: Malheiros, 2004. p.154.

base das decisões sobre as hipóteses legais pressupõe uma compreensão adequada das normas sociais, daí que para decidir, deve antes o juiz entender o sentido da judicatura como tal.¹⁶⁵

É muito importante não perder de vista que essas proposições levam em consideração conceito de democracia dinâmico, ou seja, que pôde mudar ao longo da história, encontrando em cada época um conteúdo diferente, não necessariamente definido a partir do conceito de Direito ou implicado no conceito de Estado conhecido na modernidade.

Surge, então, como questão decorrente, a pergunta de quais seriam esses critérios de legitimação e se tais critérios poderiam ser inferidos mediante o conteúdo das decisões, ou, por meio da análise de sua fundamentação. Mais tarde, esse mesmo fundamento teórico será utilizado pela doutrina para servir de base aos paradigmas procedimentalista e substancialista da análise das decisões judiciais, em outras palavras, o norte para compreensão da legitimidade das decisões judiciais a partir da análise de seu conteúdo e segundo o papel da magistratura no Estado democrático.

Sendo assim, é verdade que a questão da legitimação das decisões judiciais pode ser, por vezes, entendida a partir do conteúdo da decisão e não a partir de sua fundamentação, ou seja, a partir da essência do conteúdo decisório e conseqüente aptidão para produzir eficácia do direito nela reconhecido, e não pela construção lógica de seus fundamentos que tem, ou poderia ter, a participação dos destinatários da decisão.

O que vemos, muitas vezes, são decisões legitimadas por seu conteúdo fundante, não necessariamente construído com a participação dos destinatários. É essa a corrente que vem ganhando força nas doutrinas que afirmam que a atuação do magistrado no processo deve se conduzir no sentido de efetivação do direito material.

É que reside - e mais uma vez chamamos atenção para isso - o critério de aferição de legitimidade sob o paradigma substancialista. Fala por todos o exemplo do trinômio que

¹⁶⁵ HABERMAS, Jürgen. *La lógica das ciencias sociales*. Tradução: Manuel Jiménez Redondo. Madrid: Editorial Tecnos, 1996. p.21-44. Cf. o seguinte excerto: *El proceso de investigación es una institución de hombres que actúan conjuntamente y comunican entre sí; como tal determina a través de la comunicación de los investigadores qué puede pretender ser teóricamente válido. La exigencia de observación controlada como base para las decisiones acerca de la justeza empírica de hipótesis legaliformes presupone ya una precomprensión de determinadas normas sociales. Pues no basta con conocer el fin específico de una investigación y la relevancia que una investigación pueda tener para determinadas hipótesis; antes bien, hay que haber entendido el sentido do processo de investigación en conjunto, para poder saber a qué se refiere la validez empírica de los enunciados básicos en general – así como el juez tiene que haber entendido previamente el sentido de la judicatura como tal -. La ‘quaestio facti’ há de decidirse en vista de una ‘quaestio iuris’ dada, es decir, entendida em su pretensión inmanente. En un proceso judicial esta ‘quaestio iuris’ es presente a todos: aquí se trata de la cuestión de una transgresión contra prohibiciones generales positivamente estatuidas y sancionadas po el Estado. Correspondientemente, la validez empírica de enunciados básicos se mide por una expectativa de comportamiento normada.* p. 38-39.

proclamam alguns doutrinadores, qual seja, a tutela jurisdicional deve se caracterizar pela: efetividade, adequação e tempestividade.¹⁶⁶

Isso é preocupante a partir de certo ponto, porquanto insustentável ao longo do tempo. É que a morosidade do processo judicial (que como vimos é uma realidade presente em diversos Ordenamentos) aumenta, entre outras causas, quando o magistrado atua segundo um paradigma substancialista.

Essa doutrina, consagrada hodiernamente pelos doutrinadores na área do Direito Processual, pode bem ser resumida nas idéias de um de seus representantes mais expoentes, Luiz Guilherme Marinoni que, tendo como ponto de partida o teor do direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva, apresenta o elo de ligação entre o direito material e o processo como um critério de legitimação da atividade do juiz¹⁶⁷. É uma tripla qualificação exigida da tutela jurisdicional: que ela seja efetiva, tempestiva e adequada.

4.2 O processo judicial, a crise paradigmática da Ciência Jurídica e a morosidade do Poder Judiciário

Quando uma Assembléia Nacional Constituinte inicia suas atividades, muitas são as opções políticas a fazer, todas igualmente importantes para o Estado que a partir dali se organiza, porquanto fundantes de uma nova Ordem Jurídica. A decisão que pertine aos meios de acesso ao Poder é uma delas. Nossas lições preliminares de Teoria do Estado e da Constituição nos ensinaram que sob o paradigma do Estado Democrático de Direito tal acesso se dá, em regra, por meio de eleições com a participação direta do titular do Poder.

Ocorre que essa regra pode trazer consigo questionamentos quando não contempla igual meio de acesso para todos os Poderes do Estado, como no exemplo brasileiro, em que o acesso ao Poder Judiciário se dá por diferentes vias e pelo preenchimento de diferentes critérios daqueles previstos como regra geral.

É o que se vê a partir do artigo 92, da Constituição Federal. Ao revés da regra do artigo 1º, parágrafo único, da Constituição Federal, de que *todo poder emana do povo que o exerce diretamente por meio de referendo ou plebiscito, ou indiretamente por seus representantes eleitos*, o constituinte optou por duas vias ordinárias de acesso: a do concurso público de provas e títulos para o acesso às primeiras instâncias do Judiciário, e da

¹⁶⁶ Vide considerações no item 1.2.1 e notas 39,40 e 46.

¹⁶⁷ MARINONI, Luiz Guilherme. *Técnica processual e tutela dos direitos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p.222-226.

antiguidade e merecimento, para instâncias superiores; somadas a essas regras, vias de acesso extraordinárias contemplando diferentemente cada um dos Tribunais Superiores, ao lado da chamada ‘regra do quinto’.

Se a existência de critérios expressos, embora variados, para acesso ao Poder Judiciário de um lado pacifica a questão, anteriormente problematizada, da legitimidade por meio da legalidade¹⁶⁸, concomitantemente, nos leva a um outro problema: o momento de sua aferição. Isso porque critérios como conduta ilibada, por exemplo, diante da omissão do texto constitucional quanto a significação e alcance, não podem ser defendidos apenas como critério de acesso, pois são também critérios de permanência no exercício do Poder, sem o qual se instaura verdadeira crise de legitimação e validade na continuidade desse exercício.

Como caso emblemático de tal problema lembramos que certa feita um Ministro do Supremo Tribunal Federal afirmou publicamente ter feito inserir no texto constitucional, quando membro da Assembléia Constituinte, dois artigos que não passaram pela votação desta, episódio que levou eminentes juristas a proporem *impeachment* contra o mesmo, vez que incontestavelmente falida a idoneidade de alguém que age como tal.¹⁶⁹

Ora, se a conduta ilibada fosse requisito expresso apenas para o acesso - como querem alguns doutrinadores, pois assim é o texto expresso da Constituição Federal de 1988 -, mas não para permanência no Poder, tornado público um ato de violação da supremacia da então instaurada Assembléia Nacional Constituinte, como o exemplo acima, maculada estaria a conduta de tal representante do Poder, mesmo assim, passaria ileso seu ator.

Porquanto absurdo e cínico tal argumento, só é de se concluir que os critérios de legitimação do Poder Judiciário devem ser aferidos tanto no acesso ao cargo quanto para permanência nele, com mais razão porque esse exercício vem adjetivado, no texto constitucional, de vitalício.

Uma tal colocação do problema visa menos colocar em xeque o modelo de acesso ao Poder Judiciário delineado no texto constitucional que abrir caminho para a discussão de outros critérios igualmente válidos para aferição de legitimidade no seu exercício.

É esse o tratamento doutrinário que tentamos dar nesta Dissertação à inserção do inciso LXXVIII, ao artigo 5º, da Constituição Federal de 1988, ou seja, o ato legislativo de

¹⁶⁸ Sobre essa forma de legitimação vide a crítica de HABERMAS, J. in *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Volume II. Tradução Flávio Beno Siebeneicher. Rio de Janeiro: Tempo brasileiro, 1997. p.193.

¹⁶⁹ A idéia foi proposta por renomados juristas, entre eles: Celso Antônio Bandeira de Melo, Dalmo de Abreu Dallari, Weida Zancaner, Fabio Konder Comparato. A referência é feita ao então Presidente do Supremo Tribunal Federal, Ministro Nelson Jobim. Sobre o conteúdo do manifesto assinado por tais juristas vide: http://www.migalhas.com.br/mostra_noticia.aspx?op=true&cod=3299

acrescentar tal dispositivo ao núcleo básico de direitos fundamentais do texto constitucional, é aqui tratado como mais um critério, igualmente válido, para a aferição de legitimidade da atuação judicante.

4.3 o Direito Fundamental à Duração Razoável do Processo como critério de legitimação das decisões judiciais em geral

Aqui nesta Dissertação, a Duração Razoável do Processo como Direito Fundamental retoma a questão da crise que assola o Poder Judiciário em razão da má qualidade da prestação jurisdicional e a subjacente discussão da morosidade da tramitação do processo. Ambos os temas, tomados como critérios de reafirmação de validade e legitimidade da atividade do Poder Judiciário, serão colocados em confronto com os paradigmas¹⁷⁰ substancialista e procedimentalista operacionalizados segundo discursos de justificação ou de aplicação.

Nunca é demais lembrar que a opção pela metodologia dialética que se opera entre os discursos de justificação e de aplicação assume especial importância para a compreensão adequada do fenômeno da demora excessiva da atividade judiciária, sobretudo no contexto da Reforma do Poder Judiciário implementada pela Emenda Constitucional nº45/04, que acrescentou o Direito Fundamental à Duração Razoável do Processo. Tal opção ganha mais força, no contexto de discussão do presente Capítulo, com as palavras de François Ors, a seguir transcritas:

A dialética poderia, por exemplo, articular as duas formas de identidade, narrativa e argumentativa, que Habermas diferenciara quando de suas tomadas de posição no que denominamos a “querela dos historiadores”, suscitada pelo revisionismo da década 80. De um lado, “a identidade narrativa”: aqui uma referência substancial ao passado é estabelecida, mas quase sem acesso ao universal; do outro lado, a “identidade argumentativa”: ali se estabelece a referência procedimental ao universal, em detrimento, desta vez, da ancoragem de um passado constitutivo. Vê-se perfeitamente o risco de uma identidade construída exclusivamente sob o registro do reconhecimento recíproco. Mas ao inverso, de que nos serviria o acesso argumentado pela razão e pelo universal se não chega a se encarnar em nenhuma identidade singular?¹⁷¹

¹⁷⁰ A expressão paradigma é empregada agora em sentido diverso do da epígrafe do texto. Aqui no sentido de paradigmas do Direito usada por HABERMAS, J. In: *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Volume II. p.123-127. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo brasileiro, 1997.

¹⁷¹ OST, François. *Tempo do direito*. São Paulo: EDUSC, 2005.p150-151.

E continua, em resposta à pergunta por ele mesmo lançada:

M, Ferri, que na esteira de Habermas apresenta este dilema, sugere a localização dialética de uma “identidade reconstrutiva”, sob a forma de uma reapropriação crítica de cada tradição por si mesma, no meio reflexivo que constitui a própria linguagem. É no próprio seio do discurso retrospectivo, no próprio interior da memória, que uma tomada de recuo se escava, permitindo a experiência singular de cada identidade tematizar-se e justificar-se em uma linguagem razoável, com visão potencialmente universal, que seja igualmente audível pelo outro.¹⁷²

Também não é demais dizer que vimos falando de tal crise desde as primeiras páginas desta Dissertação, para lembrar que ela não mais nos permite conceber o tempo de duração dos processos judiciais consoante uma relação cartesiana simplista de causa-efeito, porque múltiplos e complexos são os fatores que geram a morosidade e a crise de legitimidade do Judiciário brasileiro, o que acresce ao trabalho do intérprete particular dificuldade, não bastasse a que é inerente à expressão *tempo de duração razoável* e que foi estudada na delimitação operacional dos termos, no Capítulo 2.

Mais uma vez é oportuno frisar essa linha mestra, pois nos propomos a uma análise do tema da Duração Razoável do Processo segundo o pensamento sistêmico e, em razão disso, é inevitável, e mesmo desejável e coerente, o retorno à crítica da cientificidade da Ciência do Direito¹⁷³. Ela nos faz reconhecer que muitas das soluções apresentadas ao problema da morosidade do processo não são eficientes, ou ao menos não são suficientes para a dinâmica dos problemas da sociedade contemporânea, que é cada vez mais complexa, e está a exigir, por isso mesmo, esse estudo sistêmico do problema.

Nisso estão incluídos os questionamentos, agora mais aprofundados, acerca da legitimação e validação do exercício do Poder Judiciário levantados, não esquecendo que a morosidade com que opera agrava o problema. E quando, nesse contexto, a Emenda Constitucional nº45/04 insere no texto da Constituição um direito novo, aplicável ao processo judicial, o *direito a um tempo de duração*, força-nos a retomar uma crítica jurídica que, nos dizeres de Luís Roberto Barroso, procuram questionar o que as doutrinas jurídicas dominantes

¹⁷² OST, François. ob. cit. p.151.

¹⁷³ Sobre vide STRECK, Lênio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p.21-63. Vide também notas 2, 3 e 7 e primeiro capítulo desta dissertação.

normalmente deixam de lado, qual seja, o papel desempenhado pela ideologia do legislador e do intérprete do Direito.¹⁷⁴

Não comungamos com o entendimento de que o constituinte reformador fez tarefa inócua ao acrescentar ao artigo 5º o Direito Fundamental à Duração Razoável do Processo. Isso seria inaceitável diante do contexto de reforma da legislação que vem caminhando no sentido de buscar abreviar o tempo de duração do processo para minimizar o problema da morosidade do Poder Judiciário. O que se espera de um processo judicial é que ele seja célere e não apenas razoavelmente demorado¹⁷⁵.

É certo que, a fim de combater a morosidade dos processos, estamos conhecendo soluções legislativas ao longo dos mais de trinta anos de vigência do Código de Processo Civil, e que lhe provocaram diversas reformas no texto. Daí ser necessário dizer que tais alterações, muitas vezes, apresentaram-se como paliativos contra a morosidade. É que a abreviação do tempo de duração dos processos, como já afirmado anteriormente, encontra óbice certo na necessidade de se compatibilizar outros Direitos e Garantias Fundamentais erigidos ao plano constitucional, quando da promulgação da Carta de 1988.

Por isso que, ao contrário do que se poderia pensar, reduzir prazos, suprimir fases processuais, aumentar os poderes do juiz no processo, aplicar súmulas vinculantes ou impeditivas de recursos, entre outras alterações que já foram feitas na lei, não superam o obstáculo da necessidade de conciliar uma duração breve com o respeito aos bens jurídicos protegidos nos diversos outros dispositivos, especialmente o Devido Processo Legal que, concebido sob uma perspectiva procedimentalista, vai exigir que o prazo de duração dos processos seja sim dilatado, a fim de dar oportunidade a uma construção participada das decisões jurisdicionais¹⁷⁶.

Naquele sentido procedimentalista do direito, que nos orienta a uma construção participada das decisões judiciais como meio de legalidade e legitimidade, defendeu Habermas:

Os processos jurídicos aproximam-se mais das exigências de uma racionalidade procedimental completa, uma vez que dependem de

¹⁷⁴ BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*. São Paulo: Saraiva, 2003. p.278-281.

¹⁷⁵ Cf. opinião nesse sentido de SILVA, José Afonso. *Comentário contextual à Constituição*. São Paulo: Malheiros, 2006. Vide também nota nº22.

¹⁷⁶ CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. Sobre a noção atual do princípio constitucional do devido processo legal analisado sob a Teoria dos Discursos de aplicação vide *Teoria Discursiva da Argumentação Jurídica de Aplicação e Garantia Processual jurisdicional dos Direitos Fundamentais*. In: *Jurisdição e hermenêutica constitucional no Estado Democrático de Direito*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004. p.189-225.

critérios institucionais independentes, os quais permitem constatar, na perspectiva de um não-participante, se uma decisão surgiu conforme as regras ou não. Ao passo que o processo dos discursos morais, não regulados juridicamente, não consegue preencher esta condição. Neles, a racionalidade procedimental é incompleta. E, para saber se algo foi julgado sob o ponto de vista moral, é preciso decidir na perspectiva de participantes, pois não existem outros critérios externos ou objetivos. Entretanto, nenhum dos dois tipos de processos pode realizar-se sem idealizações, especialmente sem os pressupostos de comunicacionais da prática de argumentação: eles são inevitáveis no sentido de uma correção transcendental fraca.¹⁷⁷

São esses contrapontos entre as visões procedimentalista e substancialista do Direito que se constroem segundo um discurso de aplicação ou de justificação, conforme o caso, e que problematizamos para análise da crise na definição do papel da magistratura no Estado democrático. Tal crise é agravada pela morosidade com que atua o Judiciário, pois quer seu papel seja o de exarar decisões participadas, quer de efetivar direitos, ambos se encontram descumpridos na medida em que a entrega da atividade jurisdicional é tardia.

Ainda sobre o firmamento procedimentalista, agora questionando sobre o que chama de duração permanente do Poder Constituinte por meio do exercício da Jurisdição Constitucional, Marcelo Cattoni deixa claro seu posicionamento pela teoria discursiva como método de construção das decisões judiciais participadas. Veja-se as seguintes palavras:

Nessa perspectiva, a jurisdição constitucional deve garantir, de forma constitucionalmente adequada, a participação ou a representação, nos processos ordinários cíveis ou penais e nos processos especiais de controle jurisdicional (sic) de constitucionalidade, dos possíveis afetados por cada decisão, através de uma interpretação construtiva que compreenda o próprio processo jurisdicional como garantia das condições para o exercício da autonomia jurídica dos cidadãos. Ao possibilitar a garantia dos direitos fundamentais processuais jurisdicionais, nos próprios processos de controle jurisdicional de constitucionalidade, em via incidental ou principal, a jurisdição em matéria constitucional também garantirá as condições para o exercício da autonomia jurídica dos cidadãos, pela aplicação **reflexiva** do *princípio do devido processo legal*, compreendido, aqui, como “*modelo constitucional do processo*” (para utilizar mais uma vez a expressão de Andolina-Vignera), a si mesma.¹⁷⁸ (grifos no original)

¹⁷⁷ HABERMAS. Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Vol. II. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo brasileiro, 1997. p.216.

¹⁷⁸ CATTONI DE OLIVEIRA. Marcelo Andrade. *Jurisdição Constitucional: Poder Constituinte permanente?*. In: *Hermenêutica e Jurisdição Constitucional: Estudos em homenagem ao prof. José Alfredo Oliveira Baracho*. Coordenador: José Adécio Leite Sampaio e Álvaro Ricardo de Souza Cruz. Belo Horizonte: Del Rey, 2001. p.82

É em razão disso que reafirmamos ser necessário compreender o Direito Fundamental à Duração Razoável do Processo dentro do âmbito do Direito Processual que tem assento no texto da Constituição Federal e tratá-lo de modo interdisciplinar, o que é factível segundo a teoria discursiva.

Essa perspectiva renovada do tema da morosidade na entrega da prestação jurisdicional segundo o viés de um direito fundamental à duração razoável do processo, ou do direito a um processo sem dilações indevidas, vem ganhando cada vez mais relevo na Ciência do Direito em diversos países, mesmo naqueles que, diferentemente do Brasil, não enfrentam problemas sociais, econômicos e políticos similares aos nossos.^{179 180}

Exemplo disso, os comentários já citados acerca da lentidão judicial, o que Conceição Gomes chama de um dos mais relevantes sintomas da crise do Judiciário, com as seguintes palavras, em estudo desenvolvido em Portugal, por solicitação do Ministério da Justiça e do Centro de estudos judiciários:

A crise da Justiça não é um problema específico de Portugal. Atravessa muitas fronteiras e está presente em países cultural, social e economicamente muito distintos. Trata-se de um fenómeno global, naturalmente com causas, matizes e sintomas muito específicos ou, ainda que semelhantes, com diferentes intensidades. Apesar das especificidades, em muitos países o acesso à justiça está a ser fortemente afectado pela longa duração dos processos.¹⁸¹

Parece claro, portanto, que as soluções para abreviar o tempo de duração do processo judicial não serão encontradas com a tão-só alteração da lei, ou a promulgação de texto constitucional que institua um novo Direito Fundamental à Duração Razoável do Processo. É ingênuo destacar do tema sua complexidade, pois ela está a exigir, para fins de estabelecer uma compreensão adequada do problema, uma contextualização historicamente localizada no contexto brasileiro, com as particularidades de nosso Estado Democrático de Direito.

Também é necessário revisar e fixar o conteúdo dos conceitos básicos de Teoria do Processo que estão envolvidos na compreensão desse Estado democrático.

Sobre isso, ajustadas as palavras de Rosemiro Leal:

¹⁷⁹ Vide edição de 2006 do relatório da CEPEJ (Comissão Européia Pela Eficácia da Justiça – tradução livre) sobre estudo realizado em diversos países da Europa analisando seus respectivos Sistemas Judiciais, disponível em <http://www.coe.int/t/dg1/legalcooperation/cepej/evaluation/2006/CEPEJ_2006_Fr.pdf>.

¹⁸⁰ Vide nota 15, 16 e Anexo 1.

¹⁸¹ GOMES, Conceição. *O tempo dos Tribunais: um estudo sobre a morosidade da Justiça*. Coimbra: Coimbra Editora, 2005. p.11-12. Vide comentários sobre esta obra na nota 15.

O certo é que, a partir do postulado de que o processo é o instrumento da jurisdição e de que o processo é uma relação jurídica entre juiz, autor e réu como querem os instrumentalistas de hoje e ontem, instala-se uma confusão conceitual entre *processo*, *jurisdição* e *ação*, que embaraça o ensino jurídico atual e com grave prejuízo à compreensão do Estado democrático de direito que tem suas bases teóricas na razão discursiva e não mais na filosofia do sujeito voltada à reprodução e reordenação do mundo da vida por decisões centradas na prescritividade da tradição e autoridade¹⁸².

Por tudo isso, aqui propomos essas reflexões e as que seguem no próximo Capítulo, sobre a possibilidade de se questionar, como critério de aferição de legitimidade dos membros do Poder Judiciário em momento posterior ao ingresso na carreira, tornando a boa qualidade da atividade judicante (incluindo nisso a celeridade e o cumprimento do direito à Duração Razoável do Processo) um meio de atestar legitimidade, pois, nunca é demais lembrar, justiça tardia provoca injustiças, o que não se coaduna com o Estado democrático de direito.

¹⁸² LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria processual da decisão jurídica: ato de decisão e legitimidade decisória; hermenêutica decisional na teoria discursiva; legitimidade decisória e devido processo constitucional*. São Paulo: Landy Editora, 2002. p.23.

5 O DIREITO FUNDAMENTAL À DURAÇÃO RAZOÁVEL DO PROCESSO NO CONFRONTO ENTRE OS PARADIGMAS PROCEDIMENTALISTA E SUBSTANCIALISTA: A JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL E AS DECISÕES JUDICIAIS NO ESTADO DEMOCRÁTICO

A legitimidade se manifesta pela aceitação geral do poder pela população, o que não se confunde com o conformismo particularizado. (DINAMARCO, Cândido R.)¹⁸³

A decisão, no Estado democrático, para ser legítima, tem de se validar na teoria democrática legalmente adotada e em negativa a preceitos jurídicos, ainda que constitucionalizados, contrários à efetivação dos direitos fundantes do discurso democrático em toda a extensão jurídica da estatalidade. (LEAL, Rosemiro P.)¹⁸⁴

Restou demonstrado nos dois Capítulos precedentes que a Duração Razoável do Processo se reveste da natureza jurídica de Direito Fundamental e que, como tal, suscita cotejo com os debates em torno da legitimidade das atividades do Poder Judiciário, dos critérios utilizados para tanto, bem como, o momento dessa aferição.

Tendo tais idéias como norte, agora acrescentamos ao debate o elemento da democracia, a fim de verificar como e em que medida, a inserção do inciso LXXVIII, ao artigo 5º, da Constituição Federal de 1988 neles se reflete.

A proposta aqui é analisar, segundo um paradigma procedimentalista¹⁸⁵, a relação existente entre o papel da judicatura em um Estado Democrático e como se operam aqueles fatores legitimadores da atividade jurisdicional dentro do contexto histórico traçado no Capítulo 1 (da *Reforma* do Poder Judiciário) e da crise gerada pela morosidade da prestação jurisdicional sob o foco do Direito Fundamental à Duração Razoável do Processo.

A doutrina do Direito Constitucional contemporâneo, consoante já mencionado, mais uma vez se mostra pertinente a essa análise. Ela introduziu um modo de pensar o Direito Constitucional que vem servindo de base para os argumentos aqui desenvolvidos - utilizada porque o objeto desta Dissertação tem uma abordagem do Direito Processual com fundamento

¹⁸³ DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. São Paulo: Malheiros, 2005.

¹⁸⁴ LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria processual da decisão jurídica: ato de decisão e legitimidade decisória; hermenêutica decisional na teoria discursiva; legitimidade decisória e devido processo constitucional*. São Paulo: Landy Editora, 2002. p.126.

¹⁸⁵ Vide o sentido em que a expressão está aqui sendo empregada na nota 12.

constitucional - por apontar no sentido da identificação de uma nova dimensão dos Direitos Fundamentais, que por ela é chamado de ‘quarta dimensão’, identificado que está com os direitos referentes à democracia, em sua concepção atual.

Vejamos a esse respeito, as seguintes palavras de Paulo Bonavides:

São direitos da quarta geração o direito à democracia, o direito à informação e o direito ao pluralismo. Deles depende a concretização de máxima universalidade, para a qual parece que o mundo se inclinará no plano de todas as relações de convivência.

A democracia positivada por direito da quarta geração será, de necessidade, tanto quanto possível, uma democracia direta e participativa. Materialmente exequível, graças aos progressos da tecnologia de comunicação, e legitimamente sustentável, graças à informação correta e às aberturas pluralistas do sistema, há de ser também democracia isenta já das contaminações da mídia manipuladora, já do hermetismo de exclusão, de índole autocrática e unitarista, familiar aos monopólios do poder. Tudo isso, obviamente, se a informação e o pluralismo vingarem por igual como direitos paralelos e coadjuvantes da democracia; esta, porém, enquanto direito do gênero humano, projetado e concretizado no derradeiro grau de sua evolução conceitual.¹⁸⁶

Também fundamentando essa abordagem, ensina-nos Norberto Bobbio a respeito da relação da democracia com as formas de governo adotadas pelo Estado, o seguinte:

Da idade clássica a hoje o termo “democracia” foi sempre empregado para designar uma das formas de governo, ou melhor, um dos diversos modos com que pode se exercido o poder político. Especificamente, designa a forma de governo na qual o poder político é exercido pelo povo. Na história do pensamento político, o posto em que se coloca a discussão a respeito da opinião, das características, das virtudes e dos defeitos da democracia é a teoria e a tipologia das formas de governo. Portanto, qualquer discurso sobre a democracia não pode prescindir de determinar as relações entre a democracia e as outras formas de governo.¹⁸⁷

¹⁸⁶ BONAVIDES, Paulo. *Direitos fundamentais, globalização e neoliberalismo*. Discurso proferido no Seminário Internacional dos Tribunais Constitucionais da Europa e América Latina. Roma: dezembro de 1997. Disponível em: <<http://www.unicap.br/rid/artigos2004/direitosfundamentais.doc>> Uma outra versão desse discurso foi publicada pelo autor, com alterações, no livro *Do país constitucional ao país neocolonial: (a derrubada da Constituição pelo golpe de Estado institucional)*. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 73-85.

¹⁸⁷ BOBBIO, Norberto. *Estado, governo e sociedade: para uma teoria geral da política*. Rio de Janeiro: Paz e terra, 1987. p.135.

Ainda sobre essa relação entre democracia, direito e Estado, pertinente as palavras de Bjarne Melkevik, ao escrever sobre o pensamento habermasiano, a que muitas vezes nos reportamos nessa dissertação. Disse o autor:

Como caracterizar a concepção de democracia que defende Habermas? Nós podemos, desde já, antecipando nossa análise, dizer que Habermas defende a democracia como um processo. Ele não considera a democracia como um dado acabado, mas como uma pluralidade processual que converge para o objetivo de fazer dos indivíduos, concretamente, os autores e destinatários de suas leis, normas e instituições. Nesse sentido, a democracia como um eterno projeto inacabado.¹⁸⁸

Mais especificamente, ao tratar da relação entre a crise do Poder Judiciário e a democracia no Brasil, analisando até que ponto tal relação pode dar consequência a uma crise constituinte ou crise constitucional, Paulo Bonavides, em artigo escrito quando ainda estava em tramitação a Proposta de Emenda Constitucional que foi denominada *Reforma do Judiciário*, defendeu a criação de uma Corte Constitucional para exercer a competência em matéria de Jurisdição constitucional.

Trazemos, a seguir, dois excertos do mencionado artigo, pertinentes às idéias que desenvolveremos neste Capítulo acerca da Duração Razoável do Processo como um Direito Fundamental inserido no texto da Constituição Federal de 1988, no contexto da *Reforma do Judiciário*. Vejamos o que disse aquele autor:

Nossa dúvida – e aqui emerge a razão de ser das reflexões contidas nesse artigo – é saber a medida exata em que o problema do Judiciário se vincula com a democracia, e se estamos, ou não, em presença de uma crise constituinte, ou simplesmente constitucional, isto é, se o Brasil deverá caminhar para uma nova Constituição, com variações radicais, ou se bastaria emendar-lhe a Carta Magna e, assim, por meios revisionais, solucionar crise cuja extensão ficou patente em sinais de irretorquível gravidade, condensados, com inexcedível precisão, pelo então Presidente do Supremo Tribunal, cujo pessimismo fixava, até, o prazo em que acontecerá esse mergulho no abismo. Disse o Presidente da mais alta Corte do País: "Dentro de dois anos, o STF será um

¹⁸⁸ MELKEVIK, Bjarne. *Habermas et la conception démocratique du droit*. p.1. Disponível a partir de: <<http://www.reds.msh-paris.fr/communication/textes/mel5.html>>. Livre tradução para o seguinte excerto: *Comment caracteriser la conception de démocratie que défend Habermas? Nous pouvons dès maintenant, en anticipant sur notre analyse, dire qu’Habermas défend la démocratie comme un process. Il n’envisage nullement la démocratie comme une donée, mais comme une pluralité processuelle qui converge vers l’objectif de faire l’individus, concrets, les auteurs et les destinataires de leurs lois, normes et institutions. En ce sens, la démocratie existe comme un éternel projet inachevé.* Vide também nota n.114.

tribunal inviável". Quando isso ocorrer, certamente o Brasil não será mais um Estado de Direito.¹⁸⁹

Mais adiante naquele texto, no desenvolvimento das idéias desse mesmo artigo, Paulo Bonavides afirmará:

Na reforma do Judiciário, que ora tramita nas duas Casas do Congresso Nacional, será de bom alvitre, para uma proteção mais eficaz aos direitos e garantias fundamentais e à organização dos Poderes, a criação de uma Corte Constitucional, conforme consta de proposta já aprovada e formalizada pela Ordem dos Advogados do Brasil.¹⁹⁰

Do exposto acima, é relevante e pertinente se entender o papel da Jurisdição Constitucional e a relação que tal atividade possui com o Poder Judiciário no Estado democrático e como se operam os fatores legitimantes dessa atividade em um momento de uma crise estabelecida pela morosidade da prestação jurisdicional ante o, agora expresso, Direito Fundamental à Duração Razoável do Processo.

Para tanto, traçamos aqui considerações acerca desse papel em cotejo com os paradigmas procedimentalista e substancialista das decisões judiciais, em outras palavras, os parâmetros usados para explicar o processo de formação dessas decisões a partir da análise do conteúdo discursivo. Não se pode perder de vista, ainda, o critério de qualidade da atividade jurisdicional, conforme já traçado no Capítulo anterior e, que bem nos lembra Boaventura de Souza Santos *a celeridade da resposta do sistema judicial à procura que lhe é dirigida é também um componente essencial da sua qualidade*.¹⁹¹

5.1 Da Jurisdição Constitucional no Estado democrático e a morosidade do Poder Judiciário

A delimitação conceitual da expressão *jurisdição constitucional* envolve a compreensão da opção política do legislador constituinte (no contexto em que é formulada),

¹⁸⁹ BONAVIDES, Paulo. *O Poder Judiciário e o parágrafo único do art. 1º*, da Constituição do Brasil. In: Do país constitucional ao país neocolonial: (a derrubada da Constituição pelo golpe de Estado institucional). São Paulo: Malheiros, 2004. p.169.

¹⁹⁰ BONAVIDES, Paulo. *O Poder Judiciário e o parágrafo único do art. 1º*, da Constituição do Brasil. In: Do país constitucional ao país neocolonial: (a derrubada da Constituição pelo golpe de Estado institucional). São Paulo: Malheiros, 2004. p.171.

¹⁹¹ SANTOS, Boaventura de Sousa. *Para uma revolução democrática da Justiça*. São Paulo: Cortez, 2007. p. 24. Vide, ainda, notas 12, 115, 116 e 174.

traduzindo uma idéia central da Constituição do Estado em sentido jurídico e político¹⁹², que em determinado momento histórico, é por ele levada em consideração, juntamente com diversos outros fatores, como parte integrante do modelo político que o mesmo deve estabelecer ao elaborar o texto constitucional.

Pretende-se, nesse item, traçar algumas inter-relações entre o tema da morosidade com que opera o Poder Judiciário, o Direito Fundamental à Duração Razoável do Processo e o papel da magistratura em um Estado democrático.

Essa intersecção temática também já foi objeto de estudo de Luiz Flávio Gomes, antes mesmo da promulgação da Emenda Constitucional n°45/04 e da consequente inserção do Direito Fundamental à Duração Razoável do Processo no texto da Constituição Federal de 1988. Para ele:

A morosidade, sem sombra de dúvida, viola direito fundamental da pessoa, que consiste na tutela jurisdicional sem dilações indevidas. Conflita, por isso mesmo, com o modelo Democrático de Magistratura. Quanto mais se adia a solução de um conflito, mais a Justiça se distancia do modelo ideal.

Múltiplas são as causas dessa morosidade (estruturais, conjunturais e operacionais). Cabe considerar, em primeiro lugar, que nem sempre as leis são bem elaboradas (...); de qualquer modo, o certo é que a tarefa do juiz é interpretar a lei e buscar uma solução jurídica para o problema; a falta de leis boas, nem sempre pode servir-lhe de escusa para a morosidade.¹⁹³

Na experiência brasileira, como bem assevera Marcelo Cattoni, a opção do legislador constituinte acima mencionada, acerca da opção política fundamental, quer seja por um modelo de Estado Liberal ou de Bem Estar Social, vai delinear o âmbito de atuação da Jurisdição Constitucional, ora limitando-o, ora ampliando-o¹⁹⁴e, de resto, indica o modo de compreender o papel da magistratura em geral no Estado democrático.

Do mesmo modo, o conteúdo e alcance do conceito de Jurisdição Constitucional aqui utilizados, como é de se inferir de tudo que até foi exposto, são delimitados pela concepção de existir uma supremacia da Constituição e uma Corte competente para a defesa

¹⁹² Cf. SILVA, José Afonso. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 26-29.

¹⁹³ GOMES, Luiz Flávio. *A dimensão da magistratura: no Estado constitucional e democrático de direito: independência judicial, controle judiciário, legitimação da jurisdição e politização e responsabilidade do juiz*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. p. 171.

¹⁹⁴ CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. *Jurisdição e hermenêutica no estado democrático de direito: um ensaio de teoria da interpretação enquanto teoria discursiva da argumentação jurídica de aplicação*. In: *Jurisdição e hermenêutica constitucional no Estado Democrático de Direito*/Marcelo Andrade Cattoni de Oliveira (coordenador). Belo Horizonte: Mandamentos, 2004. p.47-52.

daquela ideologia constitucional, de forma a lhe garantir unidade, o que na experiência brasileira é exercida pelo Supremo Tribunal Federal (além de outras atribuições que tal órgão acumula enquanto cúpula do Poder Judiciário no país).

Para o desenvolvimento das idéias aqui lançadas e como delimitação operacional, devemos deixar claro que o termo Jurisdição Constitucional será aqui empregado no seguinte sentido:

(...) a Jurisdição Constitucional, apesar das especificidades de cada ordenamento jurídico, significa, aqui, o exercício do poder jurisdicional em matéria constitucional, ou seja, a apreciação, em sede difusa ou concentrada, de alegações que explicitamente se fundam em razões de constitucionalidade ou de inconstitucionalidade, no contexto lógico-argumentativo de aplicação reconstrutiva do Direito Constitucional.¹⁹⁵

Por isso, independente do modelo adotado de jurisdição constitucional, se por uma Corte especial ou no modelo difuso, a expressão é válida se entendida enquanto exercício de poder jurisdicional em matéria constitucional.

Tal opção teórica se deu porque a atividade jurisdicional de controle de constitucionalidade por meio do exercício da Jurisdição Constitucional, seja ela difusa ou concentrada, ou como no modelo brasileiro que adota ambos, reafirma, a cada atuação, sua opção originária pelo paradigma do Estado democrático e, por isso, deve com ele guardar coerência.

Falando sobre o tema da Jurisdição Constitucional do Estado democrático, mais uma vez no ilumina as lições de Marcelo Cattoni:

Sob o paradigma do Estado Democrático de Direito, a jurisdição constitucional deve referir-se primeiramente aos pressupostos comunicativos e às condições processuais para uma gênese democrática do Direito. Tal perspectiva não poderá reduzir-se a uma leitura meramente instrumental do processo legislativo, como sugerem os enfoques liberais da política, pois há que se levar explicitamente em conta o caráter normativo dos princípios constitucionais que justificam a legitimidade desse processo. Mas esses princípios não podem nem necessitam ser interpretados como valores concretos de uma dada tradição ético-política, como sugerem alguns republicanos, a partir de

¹⁹⁵ CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. *Processo e Jurisdição Constitucional*. In *Jurisdição e hermenêutica constitucional no Estado democrático de Direito*/Marcelo Andrade Cattoni de Oliveira (coordenador). Belo Horizonte: Mandamentos, 2004. p.447.

uma teoria substantiva dos direitos fundamentais ou de *uma teoria do devido processo legal substantivo*.¹⁹⁶ (grifo no original)

O problema da morosidade na tramitação dos processos judiciais, em geral, não varia a depender da matéria discutida, ou seja, não se pode afirmar que há uma relação necessária entre a demora-celeridade do processo e a importância e conteúdo do direito material nele discutido.

Contudo, é inegável que quando a discussão no processo versa sobre controle de constitucionalidade, o Direito Fundamental à Duração Razoável do Processo tem uma razão a mais para ser respeitado, pois, como visto acima, envolve questões que transcendem a relação processual, questões estas pertinentes ao interesse da sociedade e do Estado.

Diz-se isso porque a atividade da Jurisdição constitucional, consoante afirmado, vai além do controle de constitucionalidade, ou melhor dizendo, o exercício de Jurisdição em matéria constitucional, ligando-se diretamente com o tema da opção constitucional fundamental: o modelo democrático.

Exercer a Jurisdição constitucional tardiamente, ou em tempo além do razoável é, a um só tempo, descumprimento de preceito constitucional fundamental e, com tanta gravidade quanto, mal ferimento ao Estado democrático.

5.2 A Jurisdição Constitucional no confronto entre os paradigmas procedimentalista e substancialista que orientam o papel da magistratura no Estado democrático

É em virtude desse entendimento em relação ao exercício da Jurisdição constitucional que se atribui à Corte Constitucional – que no Brasil é exercida pelo Supremo Tribunal Federal, órgão do Poder Judiciário, consoante artigo 92, inciso I, da Constituição Federal - o papel de guardião de uma Ordem jurídica superior, asseguradora da efetividade dos Direitos e Garantias Fundamentais, porquanto o fundamento de sua legitimidade seja auferido diretamente da posição de supremacia da Constituição dentro do Ordenamento jurídico.

Essa é a ‘pedra-de-toque’ da corrente que se convencionou chamar substancialista.

A problemática da legitimação do Poder Jurisdicional levantada no Capítulo anterior, aumenta proporcionalmente ao número de atribuições que se acumula, no modelo

¹⁹⁶ CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. *Jurisdição Constitucional: Poder Constituinte permanente?* In: *Hermenêutica e Jurisdição Constitucional: Estudos em homenagem ao prof. José Alfredo Oliveira Baracho*. Coordenação José Adércio Leite Sampaio e Álvaro Ricardo de Souza Cruz. Belo Horizonte: Del Rey, 2001. p.81.

brasileiro, na Corte Constitucional, gerando progressivamente, um aumento do número de interpretações possíveis sobre o texto constitucional.

Se de um lado isso é desejável, vez que amplia os partícipes da interpretação constitucional – no sentido defendido de Peter Häberle, de uma *sociedade aberta dos intérpretes*¹⁹⁷ – por outro, pode se tornar temerária, na medida em que pode gerar insegurança jurídica, acaso inexistentes mecanismos de controle das múltiplas versões interpretativas possíveis, ou a impossibilidade de participação de seus destinatários.

Essa a antítese procedimentalista.

Ainda sobre o tema, e nos dizeres de Inocêncio Mártires Coelho, é crescente a necessidade de adoção de critérios de controle da legitimação, respectivamente, das decisões judiciais e de seus prolores, pois:

Como decorrência da velocidade crescente em que se dão as transformações sociais, exigindo soluções imediatas, que não podem esperar as sempre demoradas *respostas* legislativas, é cada vez mais intensa a criação judicial do direito, apesar de todos saberem que juízes e tribunais desenvolvem essa atividade como instâncias *heterônomas* de produção normativa.

(...)

Nesse contexto de criatividade judicial, cresce a necessidade de se conceberem mecanismos de controle e legitimação dessa forma heterônoma de produção de direito, mecanismos que não de ser eficazes, mas nem por isso inibidores da *concretização* dos modelos jurídicos, que todos reputam indispensável à realização da justiça em sentido material. Grifo no original¹⁹⁸.

Há autores que afirmam estarmos vivendo, hodiernamente, em uma verdadeira crise de legitimação das decisões jurisdicionais, crise esta agravada pela morosidade com que opera o Poder Judiciário, inclusive no exercício do controle de constitucionalidade.

Sobre esse ponto, bem observa, mais uma vez, Marcelo Cattoni:

¹⁹⁷ Essa expressão traduz a idéia de que o Direito deve ser interpretado por todos aqueles que têm acesso ao texto jurídico, ou seja, a interpretação jurídica é legítima se feita dentro de uma comunidade jurídica em razão das (múltiplas) implicações decorrentes do discurso jurídico, daí propor Häberle de uma ‘relativização’ da interpretação jurídica, dizendo que “a sociedade torna-se aberta e livre, porque todos estão potencial e atualmente aptos a oferecer alternativas para a interpretação constitucional”. Reporta-se a origem da expressão ‘sociedade aberta dos intérpretes’ à Peter Häberle obra traduzida para o português pelo Ministro do STF, Gilmar Ferreira Mendes. Vide HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica Constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: uma contribuição para a interpretação pluralista e ‘procedimental’ da constituição*. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 1997.p.11-18, 41-44

¹⁹⁸ COELHO, Inocêncio Mártires. *Interpretação Constitucional*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2003. p.148.

Muito se tem dito sobre a chamada crise do Poder Judiciário no Brasil. E não faltam, nem no Congresso Nacional, nas Faculdades de Direito ou nos bares, propostas para melhor adequar o funcionamento do Judiciário às demandas colocadas pela sociedade.

(...)

De toda sorte, por trás de cada uma das propostas, que vão desde a súmula vinculante, ao controle externo e às eleições para o cargo de juiz, sem falar no perigo da concentração do controle de constitucionalidade no Supremo Tribunal Federal, está a tentativa de se influenciar o conteúdo das decisões judiciais.¹⁹⁹

Embora não seja o objeto desta Dissertação fazer análises quantitativas do tempo de duração do processo, consoante advertência lançada na Introdução, é inegável que a demora do processo judicial, sua duração no tempo além do que razoavelmente se espera, está intrinsecamente relacionada ao modo de compreender a judicatura no atual Estado Democrático e a relação entre o número de juízes e o número de processos, pois pode afetar, como é de se esperar, a qualidade das decisões judiciais.

Por isso que entendemos pertinente, mais uma vez, trazermos as palavras de Paulo Bonavides sobre o tema:

Ao passo que se alarga e, até certo ponto, tende a aumentar em proporção geométrica o número de pleitos judiciais, o corpo de juízes se contrai ou tende a diminuir, provocando um descompasso ou desequilíbrio que atormenta e preocupa a sociedade.

Do argumento matemático se infere um risco de omissão e qualidade na prestação jurisdicional, fazendo o Poder Judiciário caminhar de costas para o povo, cujas necessidades e exigências se avolumam, determinando uma queda de teor democrático da função que esse Poder constitucional tem sido chamado a desempenhar na grave conjuntura brasileira, distanciando, assim, o País da concretização de um legítimo Estado de Direito.²⁰⁰

Daí que não há como permanecer insensível à opção do constituinte reformador de inserir o Direito Fundamental à Duração Razoável do Processo justamente no rol do artigo 5º da Constituição Federal de 1988. Ou seja, relacioná-lo à matéria constitucional, apreciável em sede de controle de constitucionalidade e dar destaque à celeridade na tramitação de processos em razão desse conteúdo de natureza constitucional, porquanto efetivação e densificação de

¹⁹⁹ CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. *Jurisdição e hermenêutica constitucional: um ensaio de teoria da interpretação enquanto teoria discursiva da argumentação jurídica de aplicação*. In *Jurisdição e Hermenêutica constitucional no Estado Democrático de Direito*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004. p.48.

²⁰⁰ BONAVIDES, Paulo. *Do país constitucional ao país neocolonialista: (a derrubada da constituição e a recolonização pelo golpe de Estado institucional)*. São Paulo: Malheiros, 2004. p.81.

direitos fundamentais seja um dos papéis que podem ser assumidos pela magistratura no Estado democrático.

5.3 O Poder Judiciário no Estado democrático e a crise de paradigmas para o controle do conteúdo e legitimação das decisões judiciais

No controle das decisões judiciais, importante papel é reservado à hermenêutica e argumentação jurídicas, sobretudo no que tange aos cânones hermenêuticos e critérios de argumentação que, aplicados juntos, orientam o intérprete na aplicação da lei e no momento posterior de validação e legitimação das decisões, como discutido no Capítulo 2.

Assim também, e com mais relevância, a teoria discursiva de aplicação imporá grande influência na busca de validade e legitimação das decisões jurisdicionais.

Sobre esse controle das decisões judiciais e com base, ora na teoria do processo, ora na teoria material, afirma Cristina Queiroz o seguinte:

A estrutura da fundamentação das decisões judiciais constitui uma primeira limitação ao poder dos juízes. A “busca de racionalidade” na sentença decisória, que revela o modo como os valores “incorporados” na norma podem ainda ser objecto de um controle jurídico, constitui na segunda limitação. Para esta questão encontra-se resposta em dois tipos de teorias: as “teorias morais materiais” e as “teorias morais processuais”. Estas últimas formulam as regras para uma “argumentação jurídica prático-racional”²⁰¹. (aspas no original)

Como se vê da citação acima, o estudo do tema da legitimação da atividade judicial, bem como, o controle jurídico das decisões judiciais, vai encontrar duas correntes de pensamento, divididas segundo seu ponto de partida e delimitação do campo de argumentação. De um lado, como afirma a autora, a teoria material e, de outro a processual. Mas seriam elas necessária e mutuamente excludentes? Como escolher como mais adequada uma ou outra, se ambas não negam a necessária confirmação de um novo paradigma da Ciência do Direito, consoante discutido na Introdução e no Capítulo 1 desta Dissertação?

Segundo Rosemiro Leal, foi a teoria do processo como um procedimento em contraditório, atribuída a Fazzalari, que permitiu um salto da subjetividade da decisão - o *decidir* não mais pode escorrer do cérebro de um julgador privilegiado que guardasse um

²⁰¹ QUEIROZ, Cristina. *Interpretação constitucional e Poder Judicial: sobre a epistemologia da construção constitucional*. Coimbra Editora, 2000. p.181.

sentir sapiente por juízos de justiça (sic) - para uma concepção processual que seja uma estruturante jurídica do agir em simetria com o juízo discursivo²⁰². O autor completa esse raciocínio com as seguintes palavras:

A esse mister, confrontam-se a teoria discursiva das *decisões*, que marca a passagem para a pós-modernidade da constitucionalidade democrática, e as arcaicas ideologias das sentenças proferidas em fundamentos de metodologia estratégicas do Estado liberal clássico e do Estado social de direito²⁰³.

Sobre essa interpretação fundada numa compreensão procedimental do Direito, e sobre o sentido que a Constituição deve assumir em uma democracia, qual seja, a de um projeto em aberto²⁰⁴, são muito pertinentes as palavras de Marcelo Cattoni a respeito do tema:

A formação democrática da vontade e da opinião, ao contrário do que pressupõe a tradição republicana do pensamento político, não tira sua força legitimadora da convergência de convicções e de razões éticas, mas dos pressupostos comunicativos e dos processos que possibilitam o aporte de razões e interesses de amplo espectro, de tal modo a selecionar os melhores argumentos. A autonomia pública, assim como o Direito, não pode ser assimilada a uma concepção ética, o que fundamenta, segundo Habermas, o fato de a Teoria do Discurso não precisar reservar o modo da política deliberativa a condições excepcionais. Assim, a jurisdição constitucional, com base numa compreensão procedimentalista da Constituição, não tem que buscar em tais condições excepcionais sua legitimidade. Ela pode permanecer no quadro de sua autoridade para **aplicar** o Direito, na certeza de que o processo democrático, que ela deve proteger, não precisa ser descrito como um *estado de exceção*.²⁰⁵ (grifos no original)

É por isso que entende a doutrina que devem ser afastados, nas decisões judiciais, critérios dissociados da constitucionalidade da Jurisdição, por vezes conduzidos por questões

²⁰² LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria processual da decisão jurídica: ato de decisão e legitimidade decisória; hermenêutica decisional na teoria discursiva; legitimidade decisória e devido processo constitucional*. São Paulo: Landy Editora, 2002. p.13-15.

²⁰³ LEAL, Rosemiro Pereira. Ob.cit. p.15.

²⁰⁴ Vide também nas notas 114 e 184 os comentários sobre a relação entre democracia e a teoria dos direitos fundamentais segundo Habermas.

²⁰⁵ CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. *Jurisdição Constitucional: Poder Constituinte permanente?* In: *Hermenêutica e Jurisdição Constitucional: Estudo em homenagem ao prof. José Alfredo de Oliveira Baracho*. Coordenação José Adércio Leite Sampaio e Álvaro Ricardo de Souza Cruz. Belo Horizonte: Del Rey: 2001. p. 83-84.

diversas, como a discricionarietà, o subjetivismo ou mesmo chamado *complexo de Magnaud*.²⁰⁶

Como se percebe, a atualidade é marcada por uma crise paradigmática do conteúdo da fundamentação das decisões judiciais. Isso leva, como visto, a uma crise também da legitimidade de tais decisões e, por via reflexa, agrava aquela crise do próprio Judiciário, enquanto atividade do Estado, uma vez que não se apresentam claros os contornos e critérios por meio dos quais se possa fazer um controle dessas decisões.

5.4 A Jurisdição Constitucional e o Direito Fundamental à Duração Razoável do Processo: retorno ao tema de legitimidade agora no confronto entre os paradigmas procedimentalista e substancialista

Como visto no Capítulo anterior, o debate doutrinário que cerca o tema da legitimação para o exercício do Poder jurisdicional envolve, de modo sistêmico a teoria do Estado Moderno, o conceito de Soberania, os meios de acesso ao Poder de Estado, o fundamento das decisões jurisdicionais e a construção participada destas decisões pelos seus destinatários, o que, entre nós, encontra pilar no artigo 1º, parágrafo único, da Constituição Federal, que assim dispõe:

Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição.

Em síntese apertada (pois uma abordagem detida foi feita no Capítulo 4), o citado parágrafo diz que o acesso ao exercício do Poder de Estado se dará, em regra, por meio de eleições, que são regidas pelas normas que o próprio texto constitucional prevê, e que é considerado, na doutrina clássica, meio democrático de acesso ao Poder.

Ocorre que do texto constitucional brasileiro, como desenvolvido no Capítulo anterior, não se extrai normas para eleição dos representantes no Poder Judiciário, antes, dispõe o artigo 93, I, a regra geral do concurso público como meio legítimo de acesso, o que

²⁰⁶ A expressão *complexo de Magnaud* é referida por Ronaldo Brêtas de Carvalho Dias como alusão ao juiz francês Jean-Marie Bernard Magnaud cujos julgamentos se tornaram famosos por se distanciarem do direito, e subverterem a ordem jurídica, mas que eram por ele proferidos desde que pudessem ser clementes com os pobres e severos com os ricos. Tinha por fundamento a razão suficiente, ou o que, para ele Magnaud, fosse justiça e equidade. DIAS, Ronaldo Brêtas. *Responsabilidade do Estado pela função jurisdicional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

nos autoriza ao questionamento de outros mecanismos de se auferir legitimidade no exercício desse poder.

Há quem diga, a nosso ver acertadamente, que tal aferição deve ser feita tanto no momento do acesso quanto no decurso do seu exercício²⁰⁷, sobretudo pelo fato de que a permanência não se dá por curto lapso de tempo, como um mandato eletivo, por exemplo, mas sim em caráter vitalício, consoante diz a Constituição, em seu artigo 95.

É em razão de não haver um uníssono acerca de quais os critérios para aferir a legitimação da atividade jurisdicional, nem qual o momento de tal aferição, que mais uma vez o tema volta à baila. Agora é abordado sob a celeuma gerada em torno da legitimação dos membros dos órgãos que exercem a Jurisdição Constitucional (no sentido mencionado no início deste Capítulo), sob dois traços diferenciados.

De um lado aqueles que se filiam à chamada corrente doutrinária substancialista, dentre os quais parece estar a lição de Walber Agra, consoante abaixo transcrito:

A questão não é tão simples como *a priori* pode parecer. Em verdade, a legitimidade da jurisdição constitucional não é extraída da vontade direta da população. Todavia, mesmo o princípio da soberania popular, baseado em representantes eleitos pelo povo, enfrenta contundentes críticas no sentido de que a democracia moderna não permite a aferição da vontade popular, predominando o interesse dos grupos de pressão, dos *lobbies*, da mídia e dos grandes grupos econômicos. Em suma: não existe vinculação entre a vontade dos eleitores e a de seus representantes.²⁰⁸

A idéia que se extrai do excerto acima vem sendo conhecida na doutrina sob o tema de *densificação de direitos fundamentais*, ou como uma corrente doutrinária substancialista, que dá para a magistratura a missão a efetivar direitos.

Grande parte do fundamento dessa corrente é devido ao fato de que os direitos fundamentais, na sua origem, eram direitos subjetivos²⁰⁹ exigidos em face do Estado (os chamados direitos fundamentais de primeira *geração* ou *dimensão* na expressão que se fez conhecida por Canotilho).

²⁰⁷ Vide, também, o Capítulo anterior e a primeira secção deste Capítulo sobre a problematização do momento de verificação do preenchimento dos critérios de legitimação do Poder Judiciário.

²⁰⁸ AGRA, Walber Moura. *A reconstrução da legitimidade do Supremo Tribunal Federal – densificação da jurisdição constitucional brasileira*. Renovar, 2005, p.2-3.

²⁰⁹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. Coimbra: Almedina, 2003. p.1259-1260.

Como ainda existem no atual texto constitucional essas espécies de direitos fundamentais (pois não foram substituídos pelos direitos fundamentais que ao longo da existência do Estado moderno foram se incorporando aos textos constitucionais que se seguiram), a idéia do papel da magistratura como densificadora de direitos com eles convivem, ou seja, subsiste, *pari passu*, aquela idéia de Estado ‘garantista’, o Estado que tem por dever oferecer um mínimo de direitos.

Os contra-argumentos procedimentalistas diante dessa opção teórica são: um direito mínimo de qual qualidade e quantidade? Seria mesmo papel da magistratura densificá-los? Em que medida e sob quais parâmetros?

Os argumentos doutrinários que os procedimentalistas oferecem àquele posicionamento parecem uma antítese que vislumbra o problema da busca de critérios legitimadores da Jurisdição Constitucional por um outro viés, não como uma atividade cuja atribuição é efetivar ou densificar direitos fundamentais.

Seus representantes defendem que uma compreensão adequada do processo de controle de constitucionalidade e do princípio do devido processo legal é que pode levar à aproximação da almejada legitimação e validade do Poder jurisdicional.

Nesse sentido, uma reconstrução adequada da legitimidade da Jurisdição Constitucional há de exigir do intérprete e aplicador do direito constitucional subsídios nos chamados discursos de aplicação, pois, para esta corrente de pensamento, a fundamentação baseada em argumentos morais, éticos ou simplesmente pragmáticos, distancia, ou mesmo provoca, o afastamento do ideal de exercício legítimo do Poder²¹⁰, o que é indesejável.

Da Teoria do Discurso jurídico proposta por Jürgen Habermas²¹¹ podemos extrair as linhas gerais que mais tarde vieram servir de base à Teoria dos Discursos de Justificação e de Aplicação aqui referidas.

Segundo se apreende daquela teoria, a diferença entre os discursos de justificação e de aplicação reside, basicamente, na natureza do argumento utilizado pelo intérprete. Assim é que:

Os discursos de justificação jurídico-normativa se referem à validade das normas, e se desenvolvem com o aporte de razões e formas de argumentação de um amplo espectro (morais, éticas e pragmáticas),

²¹⁰ Sobre o conteúdo desses argumentos de justificação das decisões judiciais (éticos, empíricos e pragmáticos) ver HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Volume I, p.352. Rio de Janeiro: Tempo brasileiro, 1997.

²¹¹ HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Volume II. Rio de Janeiro: Tempo brasileiro, 1997. p.276.

através das condições de institucionalização do processo legislativo estruturado constitucionalmente, à luz do princípio democrático.²¹²

É por isso tudo que se pode afirmar que, ao introduzir o inciso LXXVIII, ao artigo 5º, da Constituição Federal de 1988, a Emenda Constitucional nº45/04 (*Reforma do Judiciário*) estabeleceu importante acréscimo – aliás, o primeiro desde a promulgação da nossa Carta Magna - ao núcleo constitucional de direitos e garantias fundamentais, consagrando o que a doutrina vem denominando de ‘Direito Fundamental à Duração Razoável dos processos judiciais e administrativos’²¹³ – acréscimo este que dá, a nosso ver, ensejo a uma revisão teórica da legitimidade do exercício do Poder Jurisdicional, incluindo o da *Jurisdição Constitucional*, como aqui pretendemos ter construído.

A opção do Poder Constituinte derivado de expressar em nível constitucional um novo Direito Fundamental, além de reafirmar a interpretação aberta da Constituição e sua elasticidade material para comportar múltiplas interpretações e ideologias²¹⁴, sobretudo no que tange aos dispositivos do rol do artigo 5º, evoca, da doutrina de Direito Constitucional, conhecido discurso no sentido da auto-aplicabilidade das normas constitucionais delimitadoras de direitos e garantias fundamentais, bem como, sua tarefa de vetor determinante na construção da legislação infraconstitucional.

Seguindo essa linha, afirma-se a possibilidade de estarmos agora ante ao Direito Fundamental à Duração Razoável dos Processos que pode ser considerado auto-aplicável no ato de exercer a *Jurisdição Constitucional*, vindo a dar mais um suporte de legitimidade, ou, ao menos, servindo-lhe de novo suporte jurídico para revisão teórica acerca dos fundamentos de validade e legitimidade das decisões judiciais sobre essa matéria, no Estado democrático.

Dos estudos nesse campo, constatou-se que o mencionado Direito à Duração Razoável do Processo, além de representar um critério válido por meio do qual se pode auferir legitimidade à *Jurisdição Constitucional*, vem sendo a tônica de todas as reformas por que vem passando o Código de Processo Civil, principalmente a partir da Emenda Constitucional

²¹² CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. *Jurisdição e hermenêutica constitucional no estado democrático de Direito: um ensaio da teoria da argumentação enquanto teoria discursiva da argumentação jurídica de aplicação*. In *Jurisdição e Hermenêutica constitucional no Estado Democrático de Direito*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004. p.62-64.

²¹³ Embora aqui tenhamos delimitado o objeto de estudo apenas o processo judicial, o Direito Fundamental à Duração Razoável do Processo se aplica também aos processos administrativos.

²¹⁴ Expressão aqui utilizada no sentido extraído da linguagem de P. Häberle de que a Lei Fundamental não deve regular de forma rígida as normas de seu texto para evitar tolher o legislador infraconstitucional. Cf. HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica constitucional. A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: Contribuição para interpretação pluralista e procedimental da Constituição*. Tradução: Gilmar F. Mendes. Porto Alegre: Fabris, 1997. Vide também notas 60, 82 e 156.

nº45/04 (a já mencionada Reforma do Judiciário) que deu origem ao conjunto de Projetos de Leis denominado *Pacto de Estado para um Judiciário mais rápido e republicano* e para reforma do Código de Processo Civil.²¹⁵

Temos defendido, como hipótese à problemática discutida nesta Dissertação, que as reformas legislativas que o Código de Processo Civil recebeu ao longo de seus mais de trinta anos de vigência não são casuísticas, ainda que fragmentadas, porquanto tenha como vetor a idéia de abreviar o tempo de duração dos processos judiciais. Não houve aleatoriedade legiferante. A prova disso é que o legislador guardou coerência e se mostrou sempre consciente da tarefa de criar instrumentos processuais na busca da celeridade (celeridade que também consagra princípio de Direito Processual), com a supressão de formalismos inúteis à efetivação do direito material visado no pedido.

Apesar de haver quem pense que o direito a uma Duração Razoável dos Processos já existia implícito no Ordenamento jurídico, consoante já verificamos anteriormente, não é correto afirmar, como visto, que foi redundante ou inócuo que o legislador constituinte reformador positivasse o Direito Fundamental à Duração Razoável do Processo no texto constitucional, alçando-o ao nível de direito fundamental no texto da Constituição, pois, como corrobora as idéias deste Capítulo, a concepção do papel na magistratura no Estado democrático, sobretudo quando atua em matéria constitucional, é de ser entendida no sentido de densificação de direitos fundamentais, em respeito ao princípio democrático, e disso bem se vê a importância da *jusfundamentalidade* daquele direito.

Ainda existem outras possibilidades de argumentação no sentido de que a inserção no texto constitucional de tal dispositivo não é infrutífera, sendo, ao invés disso, profícua para o debate. Nesse sentido, oportuna as considerações de Flávio Dino de Castro Costa, ao comentar o inciso LXXVIII, do artigo 5º, da Constituição Federal de 1988:

O dispositivo explicita – e por conseguinte fortalece – um direito subjetivo que já podia ser extraído de outras cláusulas constitucionais, tais como a que trata do devido processo legal, a que consagra a garantia da segurança jurídica ou aquela que determina o atendimento, pela atividade estatal, do princípio da eficiência.

(...)

Apesar do exposto, o dispositivo constitucional em exame não pode ser *a priori* visto como desnecessário ou inócuo. Como já dito, a

²¹⁵ Dos 23 Projetos de lei, o aprovado mais recentemente, em 4 de janeiro de 2007, converteu-se na Lei nº 11.441/07 que possibilita a realização de inventário, partilha, separação e divórcio consensual pela via administrativa. Disponível em: <<http://www6.senado.gov.br/sicon/PaginaDocumentos.action>>. Vide páginas 37-38 e 135 e, notas 54 e 236.

explicitação fortalece o direito à duração razoável dos processos, na medida que tal constitucionalização amplia sua força normativa e simbólica.

(...)

Aferida – com base nos parâmetros expostos – a falta de razoabilidade na duração de um processo, cremos que múltiplas possibilidades se abrem. Em primeiro lugar, podem atuar mecanismos correicionais, aí compreendidos o Conselho Nacional de Justiça, que devem inclusive fixar prazos para o deslinde da controvérsia no âmbito do juízo em que se encontra. Idêntica providência pode ser buscada jurisdicionalmente, por via de mandado de segurança, ante a agressão ao direito líquido e certo à razoável duração do processo. Em segundo lugar, o lesado pode apresentar uma demanda indenizatória contra o Estado, em face de danos materiais e morais.

(...)

Outras conseqüências podem ser extraídas da regra constitucional analisada. Como se asseguram o direito ao processo com tempo razoável e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação, coloca-se a possibilidade de reconhecimento de inconstitucionalidade de todas as regras processuais que constituam grave obstáculo à realização do programa constitucional.

(...)

Finalmente, o novo preceito corrobora construções jurisprudenciais que colocam o fator *tempo* como relevante (às vezes de modo decisivo) quando do deslinde dos litígios.²¹⁶

Acrescente-se a todos esses fatores que tornam importante a constitucionalização expressa da Duração Razoável do Processo outro foco de estudo: a tendência doutrinária de considerar função da magistratura a *densificação* dos Direitos Fundamentais. De pronto se mostra, portanto, outra importância da elevação à categoria de Direito Fundamental constitucionalizado, uma vez que, em busca pela aplicabilidade imediata de tal norma, impõe-se ao Judiciário o papel de lhe dar efetividade, executando a técnica de concretização da norma constitucional.

Além disso, as abreviações que vem sendo feitas nas reformas infraconstitucionais da legislação processual que adotaram a técnica da tutela jurisdicional de modo sincrético – como vem fazendo o legislador reformador do CPC – fundido-as em processo único²¹⁷ poderiam ser questionadas de inconstitucionais à luz das garantias constitucionais do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa.

²¹⁶ COSTA, Flávio Dino de Castro. *A Reforma Constitucional: comentários à emenda n.45/2004*. Niterói: Impetus, 2005. p. 1-3.

²¹⁷ O chamado sincretismo das tutelas jurisdicionais coroado com a publicação da Lei nº11.232/05 que extinguiu a hipótese de manejo do Processo de Execução para execução de sentenças, fazendo-o, agora, nos próprios autos do Processo de Conhecimento, na denominada Fase de Cumprimento de Sentença.

À medida que se densifica o conteúdo e se positiva em nível constitucional também o Direito Fundamental à Duração Razoável do Processo, o método hermenêutico da ponderação dos interesses e princípios é fator determinante da compatibilidade constitucional dessas inovações legislativas e de outras que estão por vir, nesse mesmo sentido²¹⁸ de abreviar o tempo de duração do processo, sem que isso represente ferimento ao devido processo legal.

Justamente por isso, a Jurisdição Constitucional exerce papel determinante em busca da efetivação e densificação dessas normas instituidoras de direitos e garantias fundamentais e, quando o enfoque é o do Direito Processual, ganham relevo, aliado à garantia da duração razoável dos processos, institutos processuais também criados pela Emenda Constitucional nº45/04 como, por exemplo, as súmulas de efeito vinculante, e outras modificações infralegais, a exemplo da ampliação dos poderes do relator dos recursos, a antecipação dos efeitos da tutela jurisdicional e a atuação abreviada nas ações em que se pleiteia tutela específica, todas elas introduzidas em nosso sistema processual por meio de alterações constitucionais que, em decorrência, inovaram também o texto original do Código de Processo Civil.

Por tudo aqui considerado é que ratificamos que a Duração Razoável do Processo, hoje expressa no artigo 5º, inciso LXXVIII, da Constituição Federal de 1988, graças à reforma introduzida pela Emenda Constitucional nº45/04, pode ser considerado um Direito Fundamental, inclusive do ponto de vista formal e material (como demonstrado no Capítulo 3). Portanto, a ele se aplica a hermenêutica própria da análise de texto constitucional, inclusive quando o Direito Fundamental à Duração Razoável do Processo é objeto do exercício da Jurisdição Constitucional – Jurisdição em matéria constitucional - quer se utilize o parâmetro substancialista (de densificação de Direitos Fundamentais), quer o sentido de construção participada das decisões judiciais (sob o enfoque procedimentalista). Assim fazendo, valoriza-se o papel da magistratura no Estado democrático, como resta aqui demonstrado.

Daí que podemos fazer duas afirmações contributivas ao debate. Uma que, sob um paradigma substancialista, após a expressão de diversos Direitos e Garantias Fundamentais no texto constitucional, a discussão sobre a extensão de sua compreensão e alcance migra do discurso jusnaturalista para o campo da hermenêutica jurídica e, nesse contexto teórico,

²¹⁸ Sobre vide *Pacto de Estado por um Judiciário mais rápido e republicano*. Disponível em <http://www.trf4.gov.br/trf4/upload/arquivos/emagis_prog_cursos/cpc_pacto.pdf> Acesso em 18 maio de 2007. Vide também nota 186.

ressurge a importância da *Jurisdição Constitucional* como instrumento de *densificação* de Direitos e Garantias Fundamentais.

Outra que, sob o paradigma procedimentalista, a razoável duração dos processos se nos apresenta segundo aquela perspectiva atual de Garantia do Devido Processo Legal, qual seja, de uma 'construção imparcial, coerente e participada da decisão jurisdicional', nas palavras do Cattoni de Oliveira, acima citadas e, considerando que o processo se compõe de diversos atos praticados pelas partes e pelo Estado-juiz, não se deve levar a abreviação do seu tempo de duração a um mínimo que não permita o respeito a outros direitos e garantias igualmente fundamentais.

5.5 Utilização da Teoria do discurso de aplicação e de justificação nas decisões judiciais e os paradigmas procedimentalista e substancialista

Ainda é tímida a aplicação explícita nas decisões judiciais no Brasil da teoria procedimentalista do discurso de aplicação, muito embora a doutrina já sinalize no sentido de convocar o Judiciário a pensar e agir, nas decisões judiciais, segundo um discurso democrático e participado.²¹⁹

Daí que entendemos pertinentes cotejar com as mencionadas teorias aqui apresentadas e discutidas algumas decisões judiciais colhidas nesse sentido e nas quais pudemos verificar, implícita ou explicitamente, a utilização prática das idéias acima lançadas.

Faremos isso, não sem antes mencionar a advertência pertinente feita por Rosemiro Leal, no sentido de conclamar ao debate aqueles que tendem suas opiniões no sentido procedimentalista, com as seguintes palavras:

É óbvio que caberá aos processualistas desse novo milênio buscar uma *plenariedade* processual que concilie celeridade, ampla defesa e eficiência decisória em paradigma (teoria) do direito democrático sem as improvisações autoritárias, verticais e simplórias das chamadas *tutelas de urgência* e das peripécias judiciais ou administrativas de uma jurisdição onipotente e de um esdrúxulo controle de constitucionalidade concentrado que ilegitimamente exclui o indivíduo de fiscalizar e corrigir, por sua iniciativa includente, as distorções dos rumos democráticos do seu ordenamento jurídico.²²⁰

²¹⁹ Conforme veremos nos casos estudados neste Capítulo.

²²⁰ LEAL, Rosemiro Pereira. Teoria processual da decisão jurídica: ato de decisão e legitimidade decisória; hermenêutica decisional na teoria discursiva; legitimidade decisória e devido processo constitucional. São Paulo: Landy Editora, 2002. p. 126.

Assim é que podemos citar, em termos de efetiva aplicação da concepção de processo constitucionalmente adequada e da teoria do discurso e do paradigma do Estado democrático de direito, os seguintes casos.

Primeiramente, como aplicação explícita da teoria habermasiana, consoante abaixo transcrito, ficou decidido que:

TELEFONIA – AGÊNCIAS REGULADORAS – ANATEL – EMANAÇÕES NORMATIVAS – AUSÊNCIA DE LEGITIMIDADE CONSTITUCIONAL – LIÇÃO DE HABERMAS E CATTONI – COBRANÇA DE PULSOS SEM ESPECIFICAÇÃO – VIOLAÇÃO DAS REGRAS DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR – RECONHECIMENTO – RECURSO IMPROVIDO.

I – Relatório:

Trato de reclamação ajuizada por René Aurélio Correa em face de Brasil Telecom S/A alegando que não concorda com a cobrança dos pulsos além da franquia nas faturas juntadas.

Em audiência de conciliação a ré apresentou contestação aduzindo não ter ocorrido a falha no sistema, estando em conformidade com as normas da ANATEL. Alegou também não ser obrigada a apresentar a conta discriminada em relação ao pulso local, sendo que o relatório comprova a realização das ligações. Não estando comprovada a responsabilidade civil, requereu a improcedência do pedido.

Após a realização da audiência de instrução e julgamento, sobreveio sentença julgando procedente o feito para condenar a ré a devolver os valores cobrados a título de pulsos excedentes ou pulsos além franquia representados nos documentos de f.08/13, devidamente atualizados, acrescidos de juros de correção monetária.

Inconformado, o vencido apresentou recurso de apelação alegando, em suma, a incompetência da Justiça Estadual para julgar a causa, bem como que as provas não foram devidamente apreciadas, requerendo o provimento do recurso.

Preparados e contra-arrazoados, subiram os autos a esta Quinta Turma Recursal para julgamento.

É o breve relatório.²²¹

O acórdão emanado no processo em comento, embora não unânime, foi no sentido de negar provimento ao recurso da Brasil Telecom S/A, utilizando-se, consoante se vê na ementa do julgado, a doutrina de Jürgen Habermas e de Marcelo Cattoni que segue a mesma linha de pensamento.

Com o mencionado julgado, podemos observar a aplicação, em caso concreto, no qual se percebe o papel do Poder Judiciário em um Estado Democrático no sentido de assegurar a efetivação de direitos.

²²¹ Recurso Cível nº1733, de Joinvile (Justiça Estadual). Relator: Alexandre Morais da Rosa.

Outro caso que trazemos a baila para compreensão do papel do magistrado como protetor de direitos fundamentais e de sua efetivação, bem como, a necessária preocupação que deve ter o juiz com o resultado e reflexos posteriores de suas decisões, pode ser constatado no excerto seguinte:

Trata-se de pedido de antecipação dos efeitos da tutela para determinar que os Réus forneçam, imediatamente, o medicamento GEFITINIB (IRESSA), importando o medicamento em caráter de urgência e entregando-o ao autor, sem qualquer ônus para o mesmo, resguardando-lhe seu direito à vida, sob pena de multa diária de R\$ 7.000,00 (sete mil reais), pelo período enquanto perdurar o tratamento.

Alegou ser portador de CARCINOMA BRONQUÍOLO-ALVEOLAR (câncer), classificado como do tipo IV, insuscetível de operação, bem como de transplante ou radioterapia. Aduziu, ainda, que o carcinoma de que o autor-paciente é portador não respondeu às aplicações de quimioterapia, tendo-lhe sido recomendado como único tratamento viável o uso da medicação GEFITINIB (IRESSA), cuja caixa custa R\$ 6.587,50, e equivale a um mês de tratamento.

(...)

É certo que o direito à saúde não se limita ao oferecimento pelo Estado de hospitais públicos e postos de saúde, ao contrário, possui alcance muito mais amplo, consoante se pode extrair da exegese do texto constitucional e dos diplomas legais supratranscritos, abrangendo ações que direta e indiretamente relacionem-se à prestação deste direito, nisto incluído o fornecimento de medicamentos, em especial, aqueles de alto custo.

Deve o Poder Público, tanto a União como os Estados-membros, assegurar que o direito a saúde seja efetivamente garantido, sobretudo quando o indivíduo, *per se*, não possui capacidade de tê-lo assegurado sem a intervenção do Poder Público.

O direito à saúde está diretamente relacionado ao direito à vida (art. 5º da Constituição da República), e como garantia constitucional deve ser analisado, não podendo ser mitigado por interesses de ordem inferior, a exemplo de constrições econômicas, que não pode suplantar o direito à vida.

(...)

Ante o exposto, DEFIRO A ANTECIPAÇÃO DOS EFEITOS DA TUTELA para determinar que o ESTADO DA BAHIA forneça mensalmente ao autor, por intermédio de sua Secretária de Saúde, no prazo de 02 (dois) dias, o medicamento GEFITINIB (IRESSA) 350mg/30cps, conforme relatório de fl. 23 e especificação de fls. 30/31.

O Estado da Bahia deve providenciar, com recursos próprios, a aquisição dos medicamentos, devendo a União, por sua vez, proceder ao repasse financeiro ao Estado referente a essa operação, ficando registrado que o fornecimento dos medicamentos pelo Estado não está condicionado ao prévio repasse.

Com fulcro no art. 461, § 5º, do CPC, fixo, desde já, multa de R\$1.000,00 (um mil reais), por dia de atraso no cumprimento desta decisão *pro rata*.

Citem-se. Intime-se. Salvador, fevereiro de 2005.²²²

Casos como esse, de sentença condenatória contra o Estado, obrigando-lhe a fornecer gratuitamente medicamentos a pessoas doentes, têm se tornado comuns. Sobre isso, em comentários sobre a democracia da justiça brasileira, Boaventura de Souza Santos afirmou:

Como me referiu um magistrado deste país, uma boa parte do seu trabalho é dar medicamentos. As pessoas vão a tribunal exactamente para poderem ter acesso a medicamentos que de outra maneira não teriam. Essa informação é facilmente corroborada em qualquer breve análise que se faça dos noticiários jurídicos do Brasil onde, cada vez mais, são publicitadas vitórias de cidadãos que, através do poder judiciário, obtêm o acesso a tratamentos especializados e a exames médicos gratuitos.²²³

Se é corriqueira, como vimos acima, essa maneira de densificar o direito material, por meio de decisões judiciais que asseguram a realização concreta do direito subjetivo, o que dizer sobre os excluídos da abrangência daquelas decisões? Aqui nos referimos tanto àqueles que, estando em situação de fato idêntica não levaram ao Judiciário seu pleito quanto aqueles, (todos), que sofrem, por via reflexa, os efeitos daquelas decisões, ou seja, que suportarão ônus e os custos financeiros do cumprimento da decisão.

Indaga-se isso porque, se de um lado o juiz deve ter consciência de seu papel de efetivação de direitos fundamentais, como no caso da saúde, de outro deve também pensar nas consequências materiais que sua decisão vai gerar, por exemplo, do ponto de vista financeiro. Se em larga escala tais decisões forem repetidas, o problema vai se deslocar para a falta de fornecimento de um medicamento para um, chegando até a falta de medicamentos para outros doentes, por falta de dinheiro para comprá-los.

É, aliás, por causa desse comportamento da atividade jurisdicional que tenta afirmar uma visão procedimental da atividade dos tribunais. Segundo nos informa Cristina Queiroz, ao discorrer acerca da racionalidade da sentença e do problema da aplicação judicial

²²² Sentença proferida pelo Juízo da 12.^a Vara da Seção Judiciária da Bahia nos autos da Ação ordinária nº 2005.33.00.001887-3.

²²³ SANTOS, Boaventura de Sousa. *Para uma revolução democrática da Justiça*. São Paulo: Cortez, 2007. p.19.

responsável, vem do direito norte-americano uma proposta teórica de conceber limitações à atividade jurisdicional, o que a autora chama de “auto-contenção” judicial. Confira-se o seguinte excerto:

“Fonte de Direito é o processo como unidade não a sentença individual”.

Esta visão “institucional” e “procedimental” de Fuller está na origem da teoria de John Hart Ely da “auto-contenção” judicial. O principal argumento avançado por Ely é o de que a atividade dos tribunais, e particularmente dos tribunais de justiça constitucional, se deve limitar, preferentemente, à proteção de defesa das “condições procedimentais” da democracia política, não aos seus resultados substantivos.²²⁴

Acrescenta a autora, em seguida, uma informação que se soma ao aqui argumentado sobre o papel que o Poder Judiciário deve ou não exercer a partir do paradigma de Estado fixado no seu Ordenamento e, mais uma vez aquela autora se vale do direito norte-americano para falar sobre uma das raízes daquela limitação à atividade jurisdicional antes mencionada. Diz:

Na obra que definitivamente o consagrou, *Democracy and Distrust*, Ely parte de uma espécie de “santificação” da nota nº4 de pé de página da Sentença *United States v. Carolene Products*, que constituiu, ainda hoje, a “declaração mais geral do papel dos tribunais no sistema político”. A nota codifica a “vitória” arduamente conquistada pelos “progressistas”, fornecendo durante décadas o quadro para o “ativismo judicial”: (a) posituação da “soberania do legislador”, (b) proteção “activa” das liberdades públicas, especialmente no que concerne ao “direito de voto” e à “vitimização” das “minorias” “discretas” e “isoladas”, (c) “deferência” para o legislador nas “questões constitucionais difíceis”, a menos que haja alguma razão para presumir que o processo legislativo haja sido inadequado.²²⁵

Acrescentemos ao debate o elemento do Direito Fundamental à Duração Razoável do Processo para indagar se, devendo o juiz ser o ator a garantir as condições procedimentais para que o processo se desenvolva e tenha apenas a dilação temporal que dele razoavelmente se espera – ponto de vista procedimentalista, portanto -, se não seria esse, então, o papel adequado ser desempenhado pela magistratura em um Estado democrático.

²²⁴ QUEIROZ, Cristina. *Interpretação constitucional e Poder Judicial: Sobre a epistemologia da construção constitucional*. Coimbra: Coimbra Editora, 2000. p. 182-183.

²²⁵ QUEIROZ, Cristina. *Interpretação constitucional e Poder Judicial: sobre a epistemologia da construção constitucional*. Coimbra: Coimbra Editora, 2000. p. 183.

Assim, retomando ponto que há muito recebe atenção da doutrina, a idéia de qualidade da atuação do Poder Judiciário, a aceitação de uma responsabilidade, *a posteriori*, por parte do Estado, pela demora na entrega da prestação jurisdicional, solução de litígios e efetivação do direito material e, entre outros temas, a *densificação* de direitos e garantias fundamentais, diz com a Teoria dos Discursos de Justificação, porquanto se valham de fundamentos embasados em valores (ético, morais ou pragmáticos). Enfim, a chamada busca por uma *densificação* dos Direitos Fundamentais, a exemplo do Direito Fundamental à Duração Razoável dos Processos.

6 A DURAÇÃO RAZOÁVEL DO PROCESSO NA TEORIA DA RESPONSABILIDADE CIVIL AQUILIANA E A PROPOSTA DE EMENDA CONSTITUCIONAL “PARALELA” DEFINIDORA DE RESPONSABILIDADE DO JUIZ PELA NEGLIGÊNCIA OU DESÍDIA NO PROCESSO

*A realidade mostra que não é mais possível a sociedade suportar a morosidade de Justiça, quer pela ineficiência dos serviços forenses, que pela indolência de seus juizes. É tempo de se exigir uma tomada de posição do Estado para solucionar a negação da Justiça por retardamento da entrega da prestação jurisdicional.*²²⁶ (DELGADO, José A.)

Quando a Associação dos Magistrados do Estado de Pernambuco se propôs a coordenar a pesquisa que denominou ‘A magistratura no espelho’ provavelmente não previu a repercussão que a publicação dos dados levantados alcançou entre os magistrados, e nem o descaso com que o grande público recebeu aquelas constatações de morosidade na tramitação dos processos no Poder Judiciário pernambucano²²⁷.

A problemática que cercou aquela pesquisa posteriormente a sua publicação não foi menos polêmica. Tratava-se da existência ou não da responsabilidade civil pela demora excessiva da duração do processo judicial, tema cuja complexidade se torna ainda maior quando se aprofundam os questionamentos teóricos no ponto em que devemos identificar aquele contra quem a responsabilidade, se existe, recairá.

Não se deve perder de vista que, por se tratar de um ato judicial, estão em jogo, na aplicação da Teoria da Responsabilidade civil *in casu*, diversos valores relacionados com o conceito de Estado democrático, guardando coerência com as abordagens desenvolvidas nos dois Capítulos anteriores.

²²⁶ DELGADO, José Augusto. *A demora na entrega da prestação jurisdicional. Responsabilidade do Estado. Indenização*. p.22. Disponível em: <<http://www.jfrn.gov.br/docs/especial20.doc>>.

²²⁷ A pesquisa, suas justificativas e uma compilação de matérias jornalísticas sobre ela, foram publicadas na revista da AMEPE, em separata, com o nome *Em defesa da Magistratura*. Cadernos da AMEPE/ Associação dos Magistrados do Estado de Pernambuco – v.2. Recife: ESMAPE, 2004. p.18. A pesquisa foi executada por uma empresa de consultoria, e coordenada pelos professores Ernani Carvalho e Luciano Oliveira, ambos doutores em Ciências Políticas e professores da Universidade Federal de Pernambuco. As propostas iniciais da pesquisa eram: aproveitamento dos dados coletados pela Mesa Diretora do Tribunal de Justiça para subsidiar o planejamento e a proposta orçamentária e identificar potencialidades e vulnerabilidades do Judiciário em todo o Estado de Pernambuco. Posteriormente, após a publicação dos dados, muitas polêmicas envolvendo as respostas dos magistrados às questões acerca de agilização na tramitação dos processos em atendimento a pedidos de amigos gerou, o que a própria diretoria da AMEPE veio a chamar de uma ‘exploração sensacionalista’ que em nada contribuem para a ‘superação da crise que rodeia todo o sistema de segurança e justiça’, reputando-a ‘descabida e pouco esclarecedora’ que, ‘talvez objetive apenas criar uma cortina de fumaça para ofuscar o necessário debate em torno dos graves e relevantes problemas constatados na pesquisa’.

Nenhuma pesquisa no campo da responsabilidade civil por ato jurisdicional pode deixar de considerar a importância da função judicante no Estado Social Democrático de Direito a pretexto de apontar um culpado para o complexo problema da atividade judicante. É, por isso, que o papel da magistratura no Estado democrático foi amplamente desenvolvido no Capítulo anterior, a fim de construir o cenário dentro do qual desenvolveremos agora o ponto.

Antes, porém, sobre a dificuldade de tal abordagem, oportuna a advertência do Ministro do Superior Tribunal de Justiça brasileiro, José Augusto Delgado, acerca do tema da responsabilidade decorrente de atos judiciais:

Não se desconhece a complexidade enfrentada quando se aborda o tema da Responsabilidade do Estado por Atos Judiciais. Por mais que tenha evoluído os direitos do cidadão, quando o Estado lhe provoca danos, não se apresenta, ainda, consolidada na era contemporânea, entre todos os povos, a convicção de que o Estado, por provocar prejuízos às partes pelo retardamento da entrega da prestação jurisdicional, assume o dever de indenizar.²²⁸

Confira-se sobre a abordagem do tema, ainda, nas palavras de J.J. Calmon Passos e Paulo Modesto, a necessidade de uma pré-compreensão desse papel da magistratura no Estado democrático para o desenvolvimento do tema da responsabilidade civil por atos judiciais, dentre os quais a demora na tramitação do processo:

Como ensina J.J. Calmon de Passos, “somar poderes ao magistrado sem lhes acrescentar responsabilidade é deslegitimá-lo democraticamente”. O exercício do poder, para ser função, deve ser posto como serviço e obrigar a observância do direito, sujeitando os seus exercentes a controle.

Dessarte é lamentável constatar, no apagar das luzes do século, que a maior parte dos danos resultantes dos atos judiciais ou da anormal omissão do Estado na prestação jurisdicional permaneça sem reparação, consistindo a atuação lesiva do Estado-juiz, na feliz síntese de Yussef Cahali “o último reduto da teoria da responsabilidade civil do Estado.

A responsabilidade dos exercentes de poder caracteriza-se como uma das notas básicas do ideário republicano, consagrado entre nós, sendo indispensável em qualquer organização política que almeje a condição de Estado Democrático de Direito. Por isso, a irreparabilidade dos

²²⁸ DELGADO, José Augusto. *A demora na entrega da prestação jurisdicional. Responsabilidade do Estado. Indenização*. p. 4. Disponível em: <<http://www.jfm.gov.br/docs/especial21.doc>>.

danos causados pela prestação jurisdicional, ou pela demora injustificada na prestação jurisdicional, não pode deixar de indignar.²²⁹

Além disso, surgirá inevitavelmente o questionamento acerca da imputação de responsabilidade ao Estado ou ao magistrado e, como se verá mais adiante, no que tange ao Direito Fundamental à Duração Razoável do Processo, ainda surge a possibilidade de responsabilizar um das partes da relação processual.

Existem vários antecedentes teóricos na formação da chamada teoria da responsabilidade civil. Alguns merecem destaque na compreensão do surgimento da teoria geral sobre o tema.

A proposta de Cappelletti é a que existiriam três modelos de responsabilidade judicial, classificados de acordo com as características que se destacam em cada tipo de responsabilidade, que seriam, segundo o autor: o modelo repressivo ou da sujeição do Judiciário e/ou juiz ao governante; modelo autônomo-corporativo ou do isolamento do Judiciário (modelo proposto em oposição absoluta ao primeiro modelo) e; modelo da responsabilização social, que é por ele apresentado como conclusivo do estudo.²³⁰

Consoante nos ensina Ronaldo Brêtas de Carvalho Dias sobre aquela inicialmente citada multiplicidade dos aspectos evolutivos da responsabilidade civil do Estado, vejamos as seguintes palavras:

O problema relativo à responsabilidade do Estado pode ser considerado uma lenta conquista do Estado de Direito, passando por várias etapas de uma longa evolução histórica, desde a irresponsabilidade do Estado, em sua concepção política inicial absolutista, até atingir o estágio em que hoje se encontra, instrumento misto de legalidade e de defesa dos indivíduos contra os atos estatais que lhes causam danos, após a fase em que despontou a idealização da personalidade jurídica do Estado e do Estado de Direito.²³¹

²²⁹ MODESTO, Paulo; PASSOS, J.J. Calmon de. *Responsabilidade do Estado pela demora na prestação jurisdicional*. Revista Diálogo Jurídico, abril, 2004. Disponível em: <<http://www.direitopublico.com.br/pdf/REVISTA-DIALOGO-JURIDICO-01-2001PAULOMODESTO.pdf>>. p.20.

²³⁰ CAPPELLETTI, Mauro. *Juizes irresponsáveis?* Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1989. p.79-92.

²³¹ DIAS, Ronaldo Brêtas de Carvalho. *Responsabilidade do Estado pela função jurisdicional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004. p.21. Vai nos informar mais adiante, esse autor, as diversas correntes evolutivas sobre o tema da responsabilidade do Estado. Após aquela teoria da irresponsabilidade que perdurou até o século XVIII, destacaram-se a teoria da responsabilidade parcial do Estado desde que presente o elemento da culpa e, a partir do século XIX, as teorias publicistas da responsabilidade do Estado que a desvencilhava da culpa e que possibilitou a abertura para a teoria da responsabilidade objetiva consagrada, no Direito brasileiro, no artigo 37, §6º, da Constituição Federal de 1988. Para mais, vide p. 21-60.

Essa pluralidade contribui, em grande parte, para que a doutrina pátria esteja longe de ter como pacífico o tema da responsabilidade civil decorrente de danos causados por atos jurisdicionais, em especial aqueles ocasionados em virtude de uma excessiva demora da tramitação do processo judicial, muito menos de que espécie – se objetiva ou subjetiva – é tal responsabilidade.

Veja em confirmação a essa assertiva, as palavras de Luis Gentil Chaves:

Lamentavelmente, entre nós, como se verá, a responsabilidade civil do Estado, conquanto tenha sido elevada à condição de garantia constitucional (art. 37, § 6º da CF), ainda não se assentou na consciência coletiva. Prova disso são as raríssimas ações reparatórias intentadas por quantos se viram atingidos direta ou indiretamente, em seus patrimônios, seja por ação ou omissão do Estado, mais acentuada, ainda, quando os danos sofridos decorreram não de uma ação direta do agente público, mas, particularmente, da sua omissão, quando legalmente isso não lhe era permitido.²³²

Autores de renome do Direito Processual brasileiro, no que tange a excessiva demora do processo judicial, proferem palavras duras em relação a ausência de uma teoria delineadora da responsabilidade por danos dessa natureza e origem, a exemplo do Yussef Cahali que diz:

A responsabilidade dos exercentes de poder caracteriza-se como uma das notas básicas do ideário republicano, consagrado entre nós, sendo indispensável em qualquer organização política que almeje a condição de Estado Democrático de Direito. Por isso, a irreparabilidade dos danos causados pela prestação jurisdicional, ou pela demora injustificada na prestação jurisdicional, não pode deixar de *indignar*. A indignação, por si só, não transforma as realidades, mas pode servir como um excelente *ponto de partida* para novas posturas diante do problema. Não há na situação atual apenas a vitória de uma tese iníqua, de um discurso restritivo, mas um autêntico *problema concreto de controle do poder*. Todavia, o poder, como se sabe, somente cede quando encontra outro poder, que lhe contenha e limite, o que até o momento, enquanto cidadãos, não conseguimos organizar e efetivar. É mais uma manifestação de nossa *pobreza política*, tão ou mais grave do que a *pobreza econômica* de que somos vítimas. Trata-se de uma situação político-jurídica que todos nós estamos desafiados a modificar, com a prudência e as cautelas devidas, mas sem demora.²³³

²³² CHAVES, Luis Gentil. *Responsabilidade civil decorrente de culpa ou omissão*. Disponível em: <<http://www.pgm.fortaleza.ce.gov.br/revistaPGM/vol05/09ResponsabilidadeCivil.htm>>.

²³³ CAHALI, Yussef Said. *Direito, Poder, Justiça e Processo: julgando os que nos julgam*. Rio de Janeiro: Forense, 1999. p. 106.

Com a supressão da parte referente à responsabilidade do magistrado do texto que deu origem à Emenda Constitucional nº45/04, emenda esta que, por sua vez, acrescentou o Direito Fundamental à Duração Razoável do Processo, o tema da responsabilidade civil por atos jurisdicional volta à baila.

A idéia central deste Capítulo é verificar, analisando a doutrina pátria acerca da Responsabilidade Civil, como a introdução de um Direito Fundamental à Duração Razoável do Processo se encontra nela refletida, buscando identificar a (in)existência de responsabilidade de reparação dos danos decorrentes da demora na entrega da prestação jurisdicional e, diante de uma resposta afirmativa, quem seriam os respectivos titulares – no pólo ativo e passivo da obrigação de indenizar e, conseqüentemente, as partes legitimadas para uma futura relação processual – que lhe poderia invocar.

O foco é dado aos protagonistas do processo: Estado e partes²³⁴. É oportuno, porém, considerar as variantes teóricas que se apresentam quando da identificação dos titulares, ativo e passivo, em caso de se concluir pela existência de responsabilidade. Isso porque, algumas variantes na classificação da Teoria Geral da Responsabilidade Civil vão apontar ora para o Estado, ora para a própria pessoa do magistrado, a responsabilidade pela demora do processo decorrente de ato seu e, em outro viés, a discussão acerca da responsabilidade em virtude de ato da parte, ora vai apontar para esta a titularidade da obrigação de indenizar, ora para a pessoa do advogado que, em juízo, deduz em nome da parte, mas que, por vezes, pratica atos de cunho procrastinatório sem que haja ciência do mandante.

6.1 O Direito Fundamental à Duração Razoável do Processo na reforma da legislação infraconstitucional para se adequar aos preceitos da Emenda Constitucional nº45/04

Com a inserção de diversos dispositivos no texto da Constituição, no tocante ao Poder Judiciário e suas atividades, a legislação infraconstitucional vem sendo pauta de

²³⁴ Ao abordar o tema da responsabilidade civil pela demora na duração do processo é rara a doutrina que abrange também os atos dos demais partícipes do processo, tais como os serventuários do Poder Judiciário e oficiais de justiça. Dois interessantíssimos estudos de casos em que o tema da morosidade da atividade jurisdicional é abordado sob o enfoque do tempo decorrido entre a realização de cada um dos atos que compuseram o processo em estudo, levando em consideração, inclusive, a atuação dos serventuários separadamente, é apresentada por GOMES, Conceição. *O tempo dos Tribunais: um estudo sobre a morosidade da Justiça*. Coimbra: Coimbra Editora, 2003. Vide nota 15. p.108-118 e 187-195.

revisões pelo Legislativo a fim de buscar adequação àqueles novos parâmetros e trabalhando no sentido de implementação daqueles dispositivos.

Outro tema, matéria dessa legislação infraconstitucional, merece atenção: o disciplinamento da responsabilidade civil pelo descumprimento do dispositivo constitucional do inciso LXXVIII, introduzido pela Emenda Constitucional nº45/04 no texto da Constituição Federal de 1988.

A controvérsia em torno do debate aumenta à medida que o constituinte reformador do texto constitucional relegou a matéria pertinente à responsabilidade a uma Proposta *paralela* de Emenda Constitucional²³⁵, por assim dizer, uma *Reforma do Judiciário* fracionada em duas partes, em cuja primeira restou aprovado o Direito Fundamental à Duração Razoável do Processo, mas, na segunda, ainda resta por se discutir nas Casas do Congresso o tema da responsabilidade civil do magistrado em razão de negligência e desídia na atividade judicante.

Como já dissemos, após a promulgação da Emenda Constitucional nº45/04, um conjunto de 23 Projetos de Lei foram apresentados ao Congresso no intuito de reformar vários pontos da legislação processual na busca da celeridade e da efetivação da garantia à razoável duração dos processos judiciais. A esse conjunto de Projetos de Lei deu-se o nome de *Pacto de Estado em prol de um Judiciário mais rápido e republicano*²³⁶. Mas não se tocou na questão da responsabilidade decorrente da morosidade da atividade jurisdicional.

Também já fizemos menção que após a promulgação da Emenda Constitucional nº45/04, que introduziu expressamente o Direito Fundamental à Duração Razoável do Processo, fez lembrar dispositivo similar, já em vigor, desde que o Brasil passou a ser signatário do Pacto de *San Jose da Costa Rica*²³⁷, uma vez que no art. 8º, do mencionado tratado internacional, dispõe sobre o direito a ser ouvido em um prazo razoável no processo; diferencia-se, outrossim, no tocante à menção que é feita no dispositivo, de que tal oitiva

²³⁵ Proposta de Emenda Constitucional nº29 de 2000, da Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania, ou PEC nº 96 de 1999, na Câmara dos Deputados. Disponível em <<http://www6.senado.gov.br/sicon/ListaReferencias.action?codigoBase=4&codigoDocumento=44577>> Introduz modificações na estrutura do Poder Judiciário. Vide notas 54 e 215 e referências nas páginas 37-38,

²³⁶ As premissas que motivaram os três Poderes a firmar tal Pacto são: Diagnóstico estatístico do Poder Judiciário, da morosidade da tramitação dos processos, a baixa eficácia das decisões judiciais, e como tais questões retardam o desenvolvimento nacional, desestimulam investimentos, propiciam inadimplência, e desacreditam a democracia. Vide texto disponível em <http://www.trf4.gov.br/trf4/upload/arquivos/emagis_prog_cursos/cpc_pacto.pdf> Acesso em 18 de maio de 2007. Vide, ainda, notas 54 e 215 e comentários nas páginas 37-38 e 121.

²³⁷ O Estado brasileiro aderiu por meio do Decreto nº678, de 6 de novembro de 1992. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D0678.htm>.

ocorrerá no processo judicial penal²³⁸, mas em tal diploma internacional também não vemos o tema da responsabilidade decorrente do descumprimento do preceito.

Tanto os tratados internacionais quanto a doutrina estrangeira denotam uma tendência mundial em positivar um Direito à Duração do Processo ou, como também denominam, *direito ao processo sem dilações indevidas*, contudo o reflexo do descumprimento de tal preceito com o conseqüente surgimento do dever de indenizar os danos decorrentes, ainda resta carente de estudo e longe de solução doutrinária ou legislativa. Mesmo em países da União Européia que vêm, aos poucos, adequando suas respectivas legislações internas ao preceito do artigo 6.1 da Convenção Européia dos Direitos do Homem, onde está concentrado o direito a um processo judicial sem dilações indevidas²³⁹, não se mostram presentes normas delineadores de responsabilidade civil, ainda que admitamos que em tais países os problemas enfrentados com a duração dos processos judiciais refletem fatalmente na credibilidade de seus respectivos Judiciários, razão pela qual urge que o legislador disponha normas regulamentadoras da matéria.

Depois de todos esses pontos aqui levantados sobre adequação que vem sendo promovida na legislação infraconstitucional e a busca de sua adequação aos parâmetros constitucionais instituídos com a Emenda Constitucional nº45/04, que instituiu a *Reforma do Judiciário* e consagrou o Direito Fundamental à Duração Razoável do Processo, no artigo 5º, inciso LXXVIII, da Constituição Federal de 1988, podemos constatar que o tema da responsabilidade civil pelo descumprimento deste preceito, permanece legado ao esquecimento.

Foi objeto da Proposta de Emenda Constitucional nº96, de 1996, que deu origem a *Reforma do Judiciário*, porém alguns de seus dispositivos restaram legados a discussão em separado – ou seja, nem discutidos, nem rejeitados, nem aprovados – fazendo surgir a Proposta de Emenda Constitucional *paralela*. Um desses temas é o da responsabilidade do juiz em caso de negligência ou desídia na condução dos processos judiciais.

²³⁸ O mencionado artigo 8º, 1, que trata das garantias judiciais, da Convenção Interamericana sobre Direito Humanos, comumente chamado de Pacto de San Jose da Costa Rica (em referência à cidade onde foi celebrado) diz: *Toda pessoa tem direito de ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal contra ela formulada, ou para a determinação de seus direitos e obrigações de ordem civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza.* Disponível em: <<http://www.portaldafamilia.org/artigos/texto065.shtml>>. Vide notas 264 e 270.

²³⁹ TUCCI, Rogério Cruz e. *Tempo e processo: uma análise empírica das repercussões do tempo na fenomenologia processual (civil e penal)*. São Paulo: RT, 1997. p.66-67 Vide, ainda, notas 16 e 265.

6.2 Aspectos gerais da Teoria da Responsabilidade Civil Aquiliana e da Teoria da Responsabilidade do Estado pela demora na entrega da prestação jurisdicional

A teoria da responsabilidade civil pode ser classificada como contratual ou extracontratual, tomando por base o fato constitutivo de origem à incidência da responsabilidade sobre o agente causador do dano e a natureza jurídica do nexo de causalidade entre ele e a vítima.

Consoante nos ensina a doutrina de Flávio Tartuce:

A responsabilidade civil surge em face do descumprimento obrigacional, pela desobediência de uma regra estabelecida em um contrato, ou por deixar, determinada pessoa, de observar um preceito normativo que regula a vida.²⁴⁰

Entre as classificações doutrinárias, uma que se destaca pela sua ampla aceitação também divide a responsabilidade em subjetiva ou objetiva, na medida em que sua ocorrência se dar quando há ou não a presença da culpa do agente causador do dano para que a teoria tenha incidência sobre o caso concreto.

Aqui, analisaremos os reflexos que essas idéias gerais sobre a responsabilidade civil pode provocar no estudo do tema da morosidade na tramitação dos processos, tanto nos casos em que existe e é possível identificar a presença do elemento culpa, quanto nos casos em que, pela própria espécie de teoria da responsabilidade, a culpa é dispensada como seu elemento caracterizador.

6.2.1 Elementos comuns ao tema da Teoria Geral da Responsabilidade civil extracontratual ou aquiliana

A teoria geral da imputação da responsabilidade civil é organizada, no Brasil, basicamente, sob o critério da natureza jurídica do ato causador do dano, ou seja, aquele ato que, causando dano passível de ressarcimento, não têm sua origem em uma relação jurídica anterior. É a chamada responsabilidade aquiliana ou extracontratual.

²⁴⁰ TARTUCE, Flávio. *A responsabilidade civil subjetiva como regra geral do novo Código Civil*. Disponível em: < http://www.flavioartuce.adv.br/secoes/artigos/Tartuce_respcivil.doc >

No delineamento da teoria da responsabilidade civil, também são verificados a conduta do agente que pratica o ato, o modo de imputar-lhe responsabilidade e os efeitos dessa imputação sobre o seu patrimônio.

Ainda são necessários à configuração de uma hipótese de incidência da responsabilidade civil os seguintes elementos: o *ato*, o *dano*, o *nexo* de causalidade entre o ato e o dano, e, no que tange à responsabilidade civil subjetiva, a *culpa* em sentido amplo.

Indica Odoné Serrano Júnior, os pressupostos da responsabilidade civil em geral como sendo: conduta, imputabilidade, dano indenizável e nexo de causalidade. Acrescenta o autor, a título de pressuposto específico da teoria da responsabilidade civil subjetiva, o dolo ou a culpa, e, no caso da teoria da responsabilidade civil objetiva a existência de previsão legal de direito público que a admita.²⁴¹

Partindo dessas premissas, podemos dizer que a teoria da responsabilidade civil provém da necessária tutela dos danos decorrentes de relações jurídicas extracontratuais, e, à medida que autorizam atingir o patrimônio do agente a fim de indenizar o dano por ele causado, pode se aplicar o raciocínio em relação às relações oriundas da atividade jurisdicional, sempre que presentes uma omissão ou retardamento além do razoável na entrega da prestação jurisdicional.

Apesar disso, veremos que parte significativa da doutrina e da jurisprudência dos tribunais superiores no Brasil sinalizam no sentido de que, se existe responsabilidade por atos jurisdicional, suas hipóteses de incidência só podem ser determinadas previamente em lei. Isso gera um paradoxo: se o direito à Duração Razoável do Processo por inscrito no texto constitucional no núcleo básico dos Direitos Fundamentais, auto-aplicáveis portanto, ficará o dispositivo desprovido de eficácia até que venha a ser publicada lei infraconstitucional prevendo a hipótese de responsabilização em caso de seu descumprimento, uma vez que a Proposta de Emenda Constitucional *paralela*, como vimos, levou consigo o texto não aprovado pela Emenda Constitucional nº45/04 acerca do assunto.

De acordo com o modo pelo qual o patrimônio do agente causador do dano é atingido, a responsabilidade civil pode ser classificada em direta ou indireta. Será do tipo direta, toda vez que recair sobre o patrimônio do agente que praticou ato lesivo e, indireta, nas situações em que, antes desse patrimônio ser afetado, outro anteriormente deve ter sido buscado e se mostrado insuficiente.

²⁴¹ SERRANO JÚNIOR, Odoné. *Responsabilidade civil do Estado por atos judiciais*. Curitiba: Juruá, 1996. p.23-46. Vide, ainda, nota 24.

Nessas hipóteses de responsabilidade civil indireta ou subsidiária, seja pela insuficiência do primeiro patrimônio atingido ou por que a própria lei assegura um benefício de ordem, é possível o manejo de uma ação regressiva contra o causador do dano.

Poderíamos dizer ser daquela espécie a responsabilidade civil do Estado por danos causados por seus agentes, no exercício da atividade pública, porquanto o artigo 37, §6º, Constituição Federal de 1988, consagre a responsabilidade direta do Estado em face do dano sofrido pelo administrado, ressaltando a responsabilidade indireta, com fins de ressarcimento, quando agente causador agir com dolo ou culpa, caso em que será ele o responsabilizado.

Em outra possível classificação, a teoria da responsabilidade civil é dividida em objetiva e subjetiva. O critério utilizado toma por base a exigência ou não da demonstração de culpa como requisito essencial para a incidência da obrigação de indenizar.

Em outras palavras, a regra geral para existir a responsabilidade civil é a culpa em sentido amplo do agente causador do dano e, nos casos autorizados em lei, é possível a imputação objetiva dessa responsabilidade, sendo desnecessária a comprovação de culpa (somente necessário demonstrar o ato lesivo, o dano e o nexo de causalidade entre a conduta do agente e o dano sofrido).

Mais uma vez trazemos à baila o artigo 37, da Constituição Federal de 1988. Em sua primeira parte, a responsabilidade civil do Estado é do tipo objetiva, ou seja, se por meio de seus agentes o Estado causar dano a terceiros, é obrigado a indenizar. O mesmo dispositivo, *in fine*, consagra o direito de regresso por parte desse mesmo Estado contra agente seu que atuou com dolo ou culpa.

É nesse sentido a opinião de Odoné Serrado Júnior, sobre o citado artigo da Constituição Federal de 1988, dizendo ser ele uma *evolução legislativa* em relação aos dispositivos presentes no Ordenamento jurídico brasileiro até então. Acrescenta o autor que aquele dispositivo constitucional:

Cristalizou, portanto, a orientação de que a responsabilidade do Estado é objetiva e a do funcionário é de cunho subjetivo (só incide nos casos de este ter agido com dolo ou culpa).

Note-se, ainda, a larga abrangência do dispositivo constitucional: a responsabilidade não é só das pessoas jurídicas de direito público, mas, também, da pessoa jurídica de direito privado prestadora de serviço público.²⁴²

²⁴² SERRANO JÚNIOR, Odoné. *Responsabilidade do Estado por atos judiciais*. Curitiba: Juruá, 1996. p.65-66.

Disso tudo, podemos afirmar os elementos, ou como chamam alguns doutrinadores, pressupostos, que devem se fazer presentes na aplicação da teoria da responsabilidade civil extracontratual: ato danoso, dano e nexo de causalidade, acrescido, quando for o caso, do elemento do dolo ou da culpa.

6.3 Identificação dos titulares do dever de indenizar e do direito a ser indenizado em decorrência do descumprimento do Direito Fundamental à Duração Razoável do Processo

No tema da responsabilidade civil pelo descumprimento do Direito Fundamental à Duração Razoável do Processo em comento, a omissão do magistrado representa um retardamento injustificado na duração do processo e um elemento central na determinação da titularidade da obrigação civil de indenizar, que corresponde, a um só tempo, ao dever de indenizar e de ser indenizado.

Vem daqui a razão pela qual devemos pensar, num primeiro momento, que sobre ele, a pessoa do magistrado, recairá a responsabilidade de indenizar a vítima do ato danoso que, *in casu*, é o descumprimento do direito a receber uma prestação judicial em prazo razoável.

Mas o raciocínio jurídico se nos apresenta de modo mais complexo e envolve também outros partícipes do problema da dilação além do razoável do tempo de duração do processo, bem como, outras discussões acerca de titularidade de direitos e legitimidade para a causa.

É que, em verdade, grandes discrepâncias vão surgir quando o tema da responsabilidade civil do Estado por atos do magistrado é permeado por outras normas, de forma que, à medida que se deixam permear com maior ou menor força por outras normas de direito público, a incidência da teoria nos moldes acima delineados pode ser mitigada.

Autores há que apresentam os titulares do dever de indenizar, extraído a partir do raciocínio de quais são os fatores determinantes da morosidade do Poder Judiciário. Diz, com esse grupo, Francisco Fernando Araújo, propondo as seguintes indagações:

- A quem atribuir a responsabilidade pela morosidade da Justiça:
- 1) aos magistrados?
 - 2) aos magistrados e demais operadores do direito?
 - 3) às cúpulas administrativas da instituição judiciária?
 - 4) aos legisladores?

- 5) aos responsáveis pelo ensino jurídico na formação dos magistrados?
- 6) ao governo?²⁴³

É de suma importância registrar a posição de André Luiz Nicolitt acerca da existência e extensão do Direito à Duração Razoável do Processo. Para esse autor, são titulares do direito subjetivo à duração razoável do processo todo e qualquer lesado, seja pessoa física ou jurídica, e como tais, são eles as partes legítimas para exigir em juízo tal direito, bem como, em legitimação extraordinária, o Ministério Público, em ação civil pública, pois tal direito seria uma decorrência da garantia fundamental do devido processo legal.

Aquele autor, porém, faz uma importante e pertinente diferenciação, com a qual concordamos, no que tange a essa legitimação quando o que se exige em juízo à título de um direito subjetivo se desdobra em direito a pedir uma indenização pelos danos causados pela demora na duração do processo e o direito de exigir o restabelecimento normal das atividades judiciais. Para autor, nesse último caso, qualquer pessoa estaria legitimada, ainda que não seja parte da relação jurídica que deu origem ao retardamento indevido.²⁴⁴

Para quem entende de modo diverso, a responsabilidade decorrente de atos judiciais, ainda que lícitos, deve recair sobre o Estado, ou seja, a pessoa jurídica de direito público, tal que fundamentada no artigo 37, §6º, da Constituição Federal de 1988, não sendo de se pensar de modo diferente quando o ato que gera o dever de indenizar decorrer da demora excessiva na tramitação dos processos.

Os casos em que a responsabilidade recairia na pessoa do juiz estariam restritos às hipóteses legais previstas na Lei Orgânica da Magistratura, artigo 49, incisos I e II, e no Código de Processo Civil, artigos 133, incisos I e II, quais sejam, quando o magistrado procede com dolo ou fraude, ou, quando recusar, omitir ou retardar, sem justo motivo, providência que deva ordenar de ofício ou a requerimento da parte.²⁴⁵

Já nos casos dos chamados erros judiciários, a responsabilidade deveria recair sobre o Estado, embora se admita doutrinariamente que a indeterminação do conceito de erro judiciário pode levar a situações aparentemente paradoxais quando, por exemplo, o erro é

²⁴³ ARAÚJO, Francisco Fernandes de. *Responsabilidade objetiva pela morosidade da Justiça*. São Paulo: Copola, 1999. p. 83-84.

²⁴⁴ NICOLITT, André Luiz. *A duração razoável do processo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 61-62.

²⁴⁵ Ainda são citados na doutrina os artigos 420 e 421, do antigo Código Civil de 1916 (o atual, Lei nº 10.406/02, não o reproduziu); o artigo 4º e 6º da Lei nº 4.898, de 9 de dezembro de 1965, sobre abuso de autoridade, como casos também de responsabilidade da pessoa do juiz. Sobre, vide: DIAS, Ronaldo Brêtas de Carvalho. *Responsabilidade do Estado pela função jurisdicional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004. p.174-175. No mesmo sentido, acrescentando ainda a hipótese do artigo 630, do Código de Processo Penal, SERRANO JÚNIOR, Odoné. *Responsabilidade civil do Estado por atos judiciais*. Curitiba: Juruá, 1996. p. 77-88.

cometido por dolo ou culpa do magistrado, quando a responsabilidade será direta do Estado e regressiva contra a pessoa do juiz.²⁴⁶

Como se vê, está longe de se pacificar a discussão acerca da titularidade do dever de indenizar. Por certo que, ao menos, a existência de responsabilidade civil por atos judiciais é aceita pela doutrina. A que recai sobre o juiz fica restrita, pelo menos para grande parte da doutrina, ao caso expresso de erro judiciário em processo de natureza penal, do artigo 5º, inciso LXXVIII, da Constituição Federal de 1988.

Nos demais casos, como por exemplo se pode questionar com a incorporação do Direito Fundamental à Duração Razoável do Processo ao núcleo de direitos fundamentais constitucionais, ante a ausência de aprovação da matéria veiculada na Proposta de Emenda Constitucional nº96, resta de fundamentação constitucional apenas o artigo 37, parágrafo 6º, Constituição Federal de 1988, ou seja, a titularidade do dever de indenizar é do Estado, e somente do juiz em ação regressiva e, nesse caso, somente se o entendimento for por considerá-lo agente público, e, assim mesmo, somente nos casos de culpa ou dolo.

De toda forma é importante registrar que, do ponto de vista daquele que sofre danos decorrentes da dilação indevida do processo judicial por conduta do magistrado, a titularidade do dever de indenizar ser definida nos moldes da responsabilidade objetiva, portanto do Estado, parece ser mais favorável, haja vista os requisitos de sua configuração prescindirem da comprovação de culpa, reduzindo o objeto da fase instrutória na ação movida com vista à indenização.

6.4 Da fundamentação legal existente no direito brasileiro sobre o tema da responsabilidade civil aquiliana e sua possível aplicação aos casos de descumprimento do Direito Fundamental à Duração Razoável do Processo

Os fundamentos teóricos da responsabilidade civil baseada no Direito Privado vêm dispostos, basicamente, nos artigos do Código Civil 186 e 927, consoante o que abaixo transcrevemos. Primeiramente, diz o artigo 186:

Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral comete ato ilícito.²⁴⁷

²⁴⁶ DIAS, Ronaldo Brêtas de Carvalho. *Responsabilidade do Estado pela função jurisdicional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004. p. 188-190.

Depois dele, o artigo 927, do mesmo Código Civil de 2002, vai dispor sobre a responsabilidade civil pela reparação do dano, no âmbito privado:

Aquele que, por ato ilícito, causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.

Parágrafo único – Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem.²⁴⁸

Já no que tange ao Direito Público, o tema é tratado na Constituição federal em apenas um parágrafo, o §6º, do art. 37, já mencionado, que tem o seguinte teor:

As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviço público responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso, nos casos de dolo ou culpa.²⁴⁹

Sobre a interpretação do dispositivo acima mencionado, tendo em vista a responsabilidade civil decorrente de danos causados pela morosidade da prestação jurisdicional, Paulo Modesto afirma:

Sendo o art. 37, §6º, CF um dispositivo protetor do administrado, no caso jurisdicionado, não é de boa hermenêutica extrair dele restrições ao lesado.

A interpretação deve coincidir com o sentido para o qual caminha a norma, ao invés de sacar dela conclusões que caminham em direção benéfica apenas ao presumido autor do dano.²⁵⁰

O tema da responsabilidade civil baseado no Direito Público se vale de alguns pressupostos peculiares, por vezes excludentes da responsabilidade, que são habitualmente considerados válidos, pois representam a própria natureza da atividade estatal, que é a busca do interesse público.

²⁴⁷ Artigo 186 do Código Civil brasileiro. Lei nº10.406 de 10 de janeiro de 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/L10406.htm>.

²⁴⁸ Idem artigo 927, do Código Civil de 2002 - Lei nº10.406/02.

²⁴⁹ Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>

²⁵⁰ MODESTO, Paulo; PASSOS, J.J. Calmon de. *Responsabilidade do Estado pela demora na prestação jurisdicional*. In: Revista Diálogo jurídico. Vol. 1, nº1, abril de 2001. Salvador, 2001. Disponível em: <<http://www.direitopublico.com.br/pdf/REVISTA-DIALOGO-JURIDICO-01-2001-PAULO-MODESTO.pdf>>.

Tais pressupostos, antes de representarem qualquer privilégio em favor do Estado, são instrumentos capazes de assegurar o desempenho da atividade do Poder Público na busca do interesse coletivo. São conceitos aceitos doutrinariamente e foram construídos a partir da Teoria do Estado Moderno e do conceito de Soberania dos entes políticos internacionais, de grande força doutrinária, portanto.

Os pressupostos de Direito Público que estão intrinsecamente relacionados à teoria da responsabilidade civil, e que ora se apresentam como óbices à incidência da responsabilidade, ora como em seu fomento são: a natureza jurídica do cargo de magistrado; o fato de o juiz, mesmo fazendo parte de uma categoria especial de funcionários, por ser agente político, age em nome do próprio Estado e atua como membro de um dos seus poderes.

Além disso, Estado e juiz, porquanto o juiz seja órgão do Poder Judiciário (art. 93, Constituição Federal de 1988), formam um todo indissociável quando na prestação da atividade jurisdicional, pelo que, se o magistrado causa dano ao particular, por demora na prestação jurisdicional, é o próprio Estado que está agindo, cabendo a este responder patrimonialmente.

Podemos, ainda, apontar outros pressupostos que influenciam a compreensão da responsabilidade civil do Estado. Devemos dizer que constitui garantia individual a prestação jurisdicional dentro de prazos razoáveis, por isso, deve o Estado suportar a lei que ele próprio fez.

Todos os fundamentos aqui expostos decorrem, em verdade, da teoria da responsabilidade civil do Estado por atos administrativos. Muitas vezes esse delineamento teórico apresenta de substancial diferença em relação aos atos praticados no processo judicial, na atividade tipicamente de julgar.

Representante da corrente de que há responsabilidade civil do Estado em razão da demora na prestação jurisdicional e que esta é da espécie objetiva, independente de culpa, portanto, é Paulo Hoffman. Afirma o autor que:

Diante no novo inciso LXXVIII do art. 5º da CF, com a previsão da duração razoável do processo como garantia constitucional do cidadão, nosso posicionamento é cristalino no sentido de que o Estado é responsável *objetivamente* pela exagerada duração do processo, motivada por culpa ou dolo do juiz, bem como por ineficiência da estrutura do Poder Judiciário – autor, réu, interveniente ou terceiro interessado -, independentemente de sair-se vencedor ou não na demanda, pelos prejuízos materiais e morais.²⁵¹

²⁵¹ HOFFMAN, Paulo. *Razoável duração do processo*. São Paulo: Quartier Latin, 2006. p. 99.

É bem verdade que o artigo 37, parágrafo 6º, Constituição Federal de 1988 se refere ao comportamento dos agentes públicos de qualquer dos Poderes, sem qualquer ressalva quanto aos danos provocados em decorrência do exercício da jurisdição, razão pela qual devemos entender que estão incluídos no âmbito de incidência da norma, mas não nos autoriza a dizer, em princípio, que tal previsão constitucional de responsabilidade do Estado elide o agente público em estudo: o magistrado.

Imperioso reconhecer, nesse ponto, no tocante ao conceito de Estado Moderno, que a autonomia do Poder Judiciário e a soberania do Estado não justificam, por si só, a imunidade do Poder Judiciário ou de seus agentes, em termos de responsabilidade aquiliana decorrente da atividade jurisdicional. A distinção que se deve estabelecer é se essa responsabilidade subsistirá sob a modalidade objetiva ou subjetiva (ou seja, dependendo da averiguação da culpa) e se sua incidência recairá sobre o Estado e só indiretamente sobre o magistrado que pratica o ato, ou se, ao revés, em vista de se tratar de ato omissivo, tal responsabilidade recairia diretamente sobre o agente estatal, como crê a forte doutrina do Direito Administrativo.

A responsabilidade por atos omissivos, no que tange à responsabilidade civil aos moldes do Direito Público, só existe na modalidade subjetiva, ou seja, dependendo da verificação de culpa do agente, não se lhe aplicando o parágrafo 6º, artigo 37, Constituição Federal, primeira parte.

No caso paradigmático em comento nos itens finais deste Capítulo, o argumento em prol da existência de responsabilidade civil do Estado se baseou no fato de que, como a entrega da prestação jurisdicional se mostra imperiosa, pois o processo se desenvolve por impulso oficial e vige o princípio da proibição do *non liquet*, somos obrigados a reconhecer que a tardia entrega da prestação jurisdicional é, em verdade, um ato omissivo, pois decorre de um não cumprimento de um dever de agir.

Sendo assim, poderia ser intuitivo concluir pela responsabilidade civil do magistrado, tanto se aplicada a teoria da responsabilidade nos moldes do Direito Público quanto Privado, e tal responsabilização, ainda que decorrente da modalidade subjetiva, recairá diretamente na pessoa do juiz.

Mas, em se tratando de demora na prática desses atos judiciais, há quem defenda, sob o argumento publicista de que a atividade jurisdicional é, antes de tudo, um serviço público e, por isso, deve respeito ao princípio da eficiência, consagrado no *caput* do artigo 37,

da Constituição Federal de 1988, que deva tal responsabilidade recair sobre o Estado. Com a palavra, mais uma vez Ronaldo Brêtas de Carvalho Dias:

O defeituoso funcionamento do serviço público jurisdicional diz respeito às situações de retardo da prestação da jurisdição, causado por dilações indevidas do processo, ou seja, atos jurisdicionais praticados fora de um prazo razoável, descumprindo o Estado os prazos que o ordenamento jurídico lhe dita.

Nessa hipótese, que é a mais comum no Estado brasileiro, há responsabilidade do Estado, em virtude da inobservância dos princípios da eficiência dos serviços públicos, da prevalência dos direitos humanos e da incorporação no direito interno das normas de proteção contidas na Convenção Americana de Direitos Humanos (sic), nestes incluídos o direito à jurisdição, em prazo razoável.²⁵²

Devemos dizer, ainda, que o tema da responsabilidade pela demora dos processos já se encontrava implícito, para parcela da doutrina, em alguns dispositivos de lei. Podemos exemplificar com o Código de Processo Civil e a Lei Orgânica da Magistratura Nacional, que contém referências similares em relação ao tema em comento. Senão vejamos: O Código de Processo Civil²⁵³, nos artigos 29 e 133, assim dispõe:

Art. 29 – As despesas dos atos, que forem adiados ou tiverem de repetir-se, ficarão a cargo da parte, do serventuário, do órgão do Ministério Público ou do juiz que, sem justo motivo, houver dado causa ao adiamento ou à repetição.

Ainda no Código de Processo Civil, podemos extrair norma de relevo para elucidação do estudo:

Art. 133 – Responderá por perdas e danos o juiz, quando:
I – no exercício das funções, proceder com dolo ou fraude;
II – recusar, omitir ou retardar, sem justo motivo, providência que deva ordenar de ofício, ou a requerimento da parte.

Já no que tange à Lei Orgânica da Magistratura Nacional - LOMAN²⁵⁴, constatamos que à semelhança do que fez o legislador em relação à legislação codificada, houve preocupação com o tema. O texto a que nos referimos é o abaixo transcrito, extraído dos artigos 35, 39 e 49, da Lei Complementar nº35/79:

²⁵² DIAS, Ronaldo Brêtas de Carvalho. *Responsabilidade do Estado pela função jurisdicional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004. p.218.

²⁵³ Lei nº5.869, de 11 de janeiro de 1973.

²⁵⁴ Lei Complementar nº35, de 14 de março de 1979.

Art. 35 – São deveres do magistrado:

- I – cumprir e fazer cumprir (...) as disposições legais e atos de ofício;
- II – não exceder injustificadamente os prazos para sentenciar ou despachar;
- III – determinar as providências necessárias para que os atos processuais se realizem nos prazos legais.

Art. 39 – Os juízes remeterão, até o dia 10 de cada mês, ao órgão correedor competente de segunda instância informações a respeito dos prazos que hajam sido excedidos, bem com a indicação do número de sentenças proferidas no mês anterior.

Art. 49 – Responderá por perdas e danos o magistrado, quando:

- I – no exercício de suas funções proceder com dolo ou fraude;
- II – recusar, omitir ou retardar, sem justo motivo, providência que deva ordenar de ofício, ou a requerimento das partes.

Parágrafo único - Reputar-se-ão verificadas as hipóteses previstas no inciso II somente depois que a parte, por intermédio do escrivão, requerer ao magistrado que determine a providência, e este não lhe atender o pedido dentro de 10 (dez) dias.

De todos os dispositivos de lei acima transcritos podemos extrair uma idéia central: a existência de regulamentação, ainda que pontual, acerca do dever de agir do magistrado e conseqüente imputação de responsabilidade de natureza civil acaso descumprido tal imperativo, o que permitiria concluir pela aplicação da responsabilidade em confronto com o que dispõe a regra geral do artigo 37, parágrafo 6º, Constituição Federal de 1988.

É oportuno lembrar que aliada à fundamentação estritamente legal, outras se apresentam a respaldar a responsabilidade civil do Estado por atos judiciais. Transcrevemos, a seguir, as palavras de José Augusto Delgado, porque outras melhores em seu lugar seria difícil:

Em 1983, em palestra pronunciada na Ordem dos Advogados do Brasil, Subseção de Mossoró, RN, sob o título "Responsabilidade Civil do Estado pela Demora na Prestação Jurisdicional", afirmei, a respeito do título dado ao parágrafo, o seguinte:

"A doutrina apresenta, tradicionalmente, desde o período aristotélico, o Estado considerado como entidade abstrata, desempenhando três funções básicas: deliberação, comando e justiça. Estas, como efeito do fenômeno "Separação de Poderes" do Estado, são, hoje, exercidas pelo Legislativo, Executivo e Judiciário.

A concentração da atividade estatal nos poderes mencionados visa dificultar sobremodo o arbítrio, por estabelecer um "sistema de freios e contrapesos, sob o qual pode vicejar a liberdade individual" (Manoel Gonçalves Ferreira Filho, Curso de Direito Constitucional, ed. Saraiva, 1975, pág. 76).

O estudo das atividades administrativas, sociais e jurídicas, exercidas pelos Poderes do Estado, há de se vincular à investigação sobre os fins da entidade estatal. Para tanto, verifica-se que, após as influências das pregações de Kant, Humboldt e Fichte (defensores do Estado Jurídico), de Leon Bourgeois e Gide (propugnadores do solidarismo), de Thomas Morus e Campanello (adeptos do comunismo), de Marx, Engels e Saint Simon (idealizadores do coletivismo integral), de Wagner (fundador do socialismo de cátedra), de Lenin (criador do Bolchevismo) e de outros pensadores de maior repercussão, chega-se, na visualização moderna, a se considerar que o Estado é meio para que a coletividade possa atingir os seus fins, pelo que está, conseqüentemente, obrigado a prestar serviço que concretize o bem comum. Dentro de tal ótica, é conveniente lembrar a posição de Mário Masagão, em sua obra Curso de Direito Administrativo, 3ª edição, Max Limonad Ed., págs. 44/45, ao afirmar "que o Estado possui, ao lado da atividade jurídica, uma atividade social que poderá exercer dentro de certos princípios básicos: a ação social deve ser supletiva da atividade individual; deve ter em mira o bem comum e não o interesse individual ou de grupos, e não deve ocasionar o sacrifício do direito de quem quer que seja".

Não há, portanto, que se polemizar, na atualidade, sobre a responsabilidade potencializada do Estado em assegurar aos indivíduos as condições necessárias para a consecução do bem comum. Para tanto, entre outras atividades que desenvolve, há de ser elencada a de entregar a prestação jurisdicional dentro dos prazos e limites que o sistema jurídico positivo instituiu. No particular, destaque-se que tal dever surge como conseqüência do princípio de legalidade, dogma a que está vinculada toda a ação estatal, por ser certo o axioma de direito de que a lei deve ser suportada, em primeiro plano, por aquele que a fez. Sendo a lei uma regra de conduta genérica oriunda do Estado, a este é do dever o seu integral cumprimento.

É tempo, portanto, de se localizar a natureza da atividade jurisdicional na concepção do Estado contemporâneo, a fim de que fique definitivamente caracterizado o seu alto grau de participação na realização dos fins que hoje dele são exigidos.

A essência da atividade jurisdicional é "aplicar contenciosamente a lei a casos particulares", no dizer conhecido de Pedro Lessa. Acrescento, apenas: visando estabilizar o conflito através de uma solução de efeito pacificador. No contexto do que seja bem comum, não é possível afastar a exigência de uma convivência pacífica entre os indivíduos, situação a que o Estado está obrigado a garantir, quer aplicando fisicamente a lei, sem o contraditório jurisdicional, função do Executivo, quer contenciosamente, modo pelo qual atua o Poder Judiciário.

Diante do visto, a atividade jurisdicional é desenvolvida ao nível de função estatal de grau essencial, não se diferenciando da executiva: em qualquer ângulo que seja analisada, cumpre-lhe aplicar a lei, o direito, ao caso concreto.

Em conclusão, tenha-se como incontroverso o fato de que o exercício da função jurisdicional do Estado é desempenhado

sob os mesmos efeitos das demais (a legislativa e a executiva), gerando direitos e obrigações de igual categoria."²⁵⁵

Com isso, poderíamos reafirmar, de um lado, a responsabilidade do Estado pela entrega tardia da prestação jurisdicional, independentemente de sobrevir legislação infraconstitucional para regulamentar o Direito Fundamental à Duração Razoável do Processo, porquanto prescindível por se tratar de norma constitucional de eficácia plena.

Sob a ótica da eficácia entre os particulares, uma eficácia que justificaria tanto a responsabilidade civil contra aquele que obstrui o termo final do processo por seu atuar procrastinatório quanto a antecipação em favor da parte *ex adversa*, em qualquer espécie de tutela jurisdicional, dos efeitos favoráveis em favor de quem tem que suportar com ônus do tempo de duração, não razoável, do processo, o que, aliás, já é previsto como uma penalidade processual implícita na regra do artigo 273, inciso II, Código de Processo Civil que admite que o juiz antecipe os efeitos da tutela em favor do autor, quando o réu pratica atos procrastinatórios.

6.5 A responsabilidade civil do magistrado no texto da Proposta de Emenda Constitucional ‘paralela’: breve estudo do texto não convertido na Emenda Constitucional nº45/04 que introduziu o Direito à Duração Razoável do Processo

A doutrina brasileira não é insensível às dificuldades que se apresentam das decisões dos tribunais para a aplicação da responsabilidade civil decorrente de atos judiciais, ao contrário, reconhece que o tema envolve questões que transcendem a relação processual.

Mais uma vez trazemos à colação as palavras de Ronaldo Brêtas de Carvalho Dias, sobre a dificuldade do Supremo Tribunal Federal admitir a responsabilidade por atos judiciais:

Justifica-se o exame do posicionamento do Supremo Tribunal Federal a respeito do assunto, porque, ao nosso entendimento, a questão da responsabilidade do Estado pela função jurisdicional, no fundo, envolve o tema do exercício da jurisdição de forma desafeiçoada aos princípios que regem o Estado Democrático de Direito brasileiro, despontando essa responsabilidade quando o Estado não os cumpre,

²⁵⁵ DELGADO, José Augusto. *A demora na entrega da prestação jurisdicional. Responsabilidade do Estado. Indenização*. p.15-16. <<http://www.jfm.gov.br/docs/especial21.doc>>.

portanto, temas predominantemente conectados à teoria constitucional.²⁵⁶

Das propostas de Emenda à Constituição hoje em tramitação no Congresso Nacional, existe uma que pretende reformar o texto do artigo 95 da Constituição Federal, a fim de fazer constar cláusula geral de responsabilidade objetiva do Estado por danos que juízes causarem no exercício de suas funções jurisdicionais quando o processo se protraí no tempo além do razoável.

Tal Proposta de Emenda Constitucional, em verdade, era uma parte do texto da Proposta de Emenda que deu origem a Emenda Constitucional nº45/04, que por fatores políticos teve que ser seccionada em duas partes, uma das quais resultou promulgada sob o cognome *Reforma do Judiciário*, e a outra segue, ainda, em tramitação pelo Congresso Nacional, surgindo a partir daí uma Proposta de Emenda Constitucional ‘paralela’ onde constam as matérias que não foram votadas em definitivo no processo legislativo.

Enuncia a Proposta de Emenda Constitucional ‘paralela’, já aprovada em primeiro turno, dispositivo oportuno ao estudo do tema desta dissertação. Veja-se abaixo a transcrição:

Art. 95.....
 § 4º A União e os Estados respondem pelos danos que os respectivos juízes causarem no exercício de suas funções jurisdicionais, assegurado o direito de regresso nos casos de dolo.“

Ainda esse mesmo artigo 95, Constituição Federal, passará a conter, acaso a Proposta de Emenda Constitucional *paralela*²⁵⁷ seja aprovada em definitivo, hipótese de perda do cargo de magistrado, em casos de negligência ou desídia, nos seguintes termos:

Art. 95.
 § 2º O juiz perderá também o cargo por decisão do Conselho Nacional de Justiça, tomada pelo voto de três quintos de seus membros, nos casos de:
 II – **negligência e desídia** reiteradas no cumprimento dos deveres do cargo, arbitrariedade ou abuso de poder. (grifo nosso)

Da análise sistêmica de ambos os dispositivos da Proposta de Emenda Constitucional *paralela* que faria inserir no texto da Constituição Federal de 1988 os

²⁵⁶ DIAS, Ronaldo Brêtas de Carvalho. *Responsabilidade do Estado pela função jurisdicional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004. p. 212. No mesmo sentido, indicando a resistência do STF em admitir a tese da responsabilidade civil por atos judiciais: RODRIGUES, Cristiane de Brito. *Responsabilidade civil do Estado pelo ato judicial de antecipação de tutela*. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=927>.

²⁵⁷ Excerto extraído do texto da Proposta de Emenda Constitucional que deu origem à Emenda Constitucional nº45/04. Disponível em: <<http://www.mpdft.gov.br/Gerais/refjudic/reformafinal.htm>>.

mencionados §§2º e 4º, artigo 95, supracitados e, ainda, tomando por base aquele contexto de *Reforma* do Judiciário que, efetivamente, inseriu o Direito Fundamental à Duração Razoável do Processo, no rol do artigo 5º, da Constituição Federal de 1988, é possível afirmar que há responsabilidade do Estado pela demora dos processos, tanto judicial quanto administrativos.

Mas é verdade, como se pode constatar, que o tema é tão atual quanto controvertido, e, apesar das tentativas de expressar no texto da Constituição Federal a hipótese de responsabilidade do Estado, o tema está longe de receber tratamento pacífico. Por outro lado, isso se apresenta como motivador de grandes debates doutrinários e legislativos, pois, se atentarmos para as justificativas apresentadas com a Proposta de Emenda Constitucional *paralela* para o dispositivo que se pretende modificar resultando no texto acima transcrito, podemos concluir que ainda há muito a ser debatido sobre este objeto.

Sobre o tema, veja-se a seguir, excerto extraído da justificativa da Proposta de Emenda Constitucional *paralela*, da lavra do renomado jurista Paulo Modesto que contribui para a redação da Proposta de Emenda Constitucional da Reforma do Judiciário:

O direito a prazo razoável na prestação jurisdicional, que o projeto de reforma do Poder Judiciário quer exaltar, expressa obrigação que exige ponderação das circunstâncias do caso concreto. Nem toda violação de prazo processual caracteriza um dano ressarcível para efeitos indenizatórios. A violação de prazo processual é indício de omissão antijurídica, mas não traduz elemento de caracterização suficiente. A complexidade da demanda, objetiva e subjetiva, a conduta dilatória das partes, as dificuldades técnicas de comunicação dos atos processuais, por exemplo, são ocorrências que podem conduzir a inviabilidade prática de fiel cumprimento dos prazos legais.²⁵⁸

Acaso aprovada a parte da Emenda Constitucional nº45/04 que originou a chamada Proposta de Emenda Constitucional *paralela* da Reforma do Judiciário, será possível, assim entendemos, confirmar o que dito anteriormente sobre a coerência que tem sido guardada pelo legislador quando das diversas reformas que vem sofrendo a legislação de natureza processual, porquanto embora estejam pulverizadas em diversas leis alteradoras do Código de Processo Civil, e as que criaram ritos especiais como os dos Juizados Especiais, é possível identificar uma linha de idéias condutoras no sentido de abreviação do tempo do processo, ainda que, por vezes, como também já explicamos em Capítulo anterior, o

²⁵⁸ MODESTO, Paulo; PASSOS, J.J. Calmon de. *Responsabilidade do Estado pela demora na prestação jurisdicional*. In: Revista Diálogo jurídico. Vol. 1, nº1, abril de 2001. Salvador, 2001. Disponível em: <<http://www.direitopublico.com.br/pdf/REVISTA-DIALOGO-JURIDICO-01-2001-PAULO-MODESTO.pdf>>, p.17.

legislador infraconstitucional o identifique no conteúdo da decisão judicial tendente a efetivação do direito material discutido e não propriamente visando o termo final do curso do processo.

6.6 Do tratamento jurisprudencial da responsabilidade civil por danos decorrentes da atividade jurisdicional e o Direito Fundamental à Duração Razoável do Processo

Quando procuramos o tema da duração do processo na jurisprudência brasileira, não raro o vemos tratado sob o aspecto da razoabilidade o que, à primeira vista, poderia denotar que a jurisprudência já acolhia a garantia à razoável duração do processo antes de sua constitucionalização. Contudo tal não ocorre.

Os julgados encontrados muitas vezes se referem à razoabilidade como princípio implícito no Ordenamento jurídico a orientar magistrado na imputação da pena, fundindo tal idéia em outra de similitude próxima, a da proporcionalidade entre o ato e a sanção jurídica imposta em decorrência de sua prática, nada ainda sobre o entendimento de razoabilidade como critério de aferição do tempo de duração do processo.

Daí que a jurisprudência nacional é recuada no que tange a responsabilidade civil do magistrado, admitindo somente responsabilidade objetiva e direta do Estado na esfera criminal, decorrente de erro judiciário em decisões definitivas condenatórias ou em caso de manutenção em prisão por prazo superior ao fixado na sentença, em razão de imperativo constitucional expresso no artigo 5º, inciso LXXVIII, Constituição Federal de 1988.

Não encontramos com facilidade julgados que admitam a responsabilidade por retardamento na entrega da prestação jurisdicional, nem se reconhece a responsabilidade por erro judiciário no âmbito cível, nem mesmo na esfera criminal se a decisão lesiva não é terminativa, a exemplo da decretação indevida de prisão preventiva, nem qualquer hipótese que se poderia aplicar a idéia contida no novel inciso LXXVIII, do artigo 5º, da Constituição Federal.

Esse quadro talvez se modifique agora com a disposição expressa constante no rol de direitos e garantias fundamentais do Direito à Duração Razoável do Processo.

É fato que as decisões sempre predominaram no sentido de admitir a responsabilidade do Estado nas hipóteses já referidas na sessão sobre o delineamento do tema no âmbito infraconstitucional, decorrentes de lei autorizadas de responsabilidade pessoal e subjetiva, do juiz.

Não admitem, contudo, sequer naqueles casos delineados nas normas específicas, a responsabilidade reversa, ou seja, a responsabilidade subsidiária ou concorrente do Estado, para os casos em que o magistrado, quando responsabilizado pessoalmente, não tenha patrimônio suficiente para arcar com a indenização que lhe for imputada.

Isso porque, as hipóteses previstas na legislação nacional de responsabilidade subjetiva do magistrado são consideradas hipóteses de responsabilidade exclusiva, desconsiderando-se o fato de o magistrado ser um órgão do Estado, seu agente, no exercício de atividade pública, donde seria lógico concluir pela responsabilidade subsidiária do Estado.

Em face da escassez de julgados no sentido da responsabilidade do Estado por atos judiciais morosos, escolhemos para ilustrar o tema do tratamento jurisprudencial dado à responsabilidade civil decorrente da morosidade da atividade jurisdicional um precedente do Supremo Tribunal Federal, de 21 de junho de 1966 (RE n. 32.518), da relatoria do Ministro Aliomar Baleeiro que, embora vencido, bem retrata o tema ora em estudo.

A seguir transcrevemos parte do julgado, com destaque para o que pertine à responsabilidade do magistrado:

Dou provimento ao recurso, porque me parece subsistir, no caso, responsabilidade do Estado em não prover adequadamente o bom funcionamento da Justiça, ocasionando, por sua omissão de recursos materiais e pessoais adequados, os esforços ao pontual cumprimento dos deveres dos Juizes. Nem poderia ignorar essas dificuldades, porque, como consta das duas decisões contrárias ao recorrente, estando uma das Comarcas acéfala, o que obrigou o Juiz a atendê-la, sem prejuízo da sua própria - ambas constitucionais de serviço - a Comissão de Disciplina declarou-se em regime de exceção, ampliando os prazos.²⁵⁹

Também é da lavra daquele ministro, outro Recurso Extraordinário citado por Ronaldo Brêtas de Carvalho Dias, de nº70.121 – MG, em que o então ministro Aliomar Baleeiro, mais uma vez vencido no acórdão, deixa registrado:

No acórdão objeto do recurso extraordinário ficou acentuado que o Estado não é civilmente responsável pelos atos do Poder Judiciário, a não ser nos casos expressamente declarados em lei, porquanto a administração da Justiça é um dos privilégios da soberania. Assim, pela demora da decisão de uma causa responde civilmente o juiz, quando incorrer em dolo ou fraude, ou ainda sem justo motivo recusar, omitir ou retardar medidas que deve ordenar de ofício ou a

²⁵⁹ RE n. 32.518/1966 – STF. Rel. Min. Aliomar Baleeiro. In: Revista de Direito Administrativo, nº90, p.141.

requerimento da parte (art. 121 do C. Pr. Civ.). Além disso, na espécie não se trata de responsabilidade civil decorrente de revisão criminal (art. 630 e seus parágrafos do C. Pr. Penal).

Impõe-se a responsabilidade da pessoa jurídica de direito público quando o funcionário seu, no exercício das suas atribuições ou a pretexto de exercê-las, cause dano a outrem. À pessoa jurídica responsável pela reparação é assegurada a ação regressiva contra o funcionário, se houve culpa de sua parte.²⁶⁰

Outra caso que podemos mostrar como comprovação do distanciamento entre doutrina e jurisprudência, segue abaixo. O julgado a seguir transcrito, oriundo o Tribunal de Justiça de Minas Gerais, diz:

RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO – Indenização – Ato jurisdicional praticado dentro dos limites legais, sem abuso ou excesso de poder. Inexistência de prova da ofensa a uma norma preexistente ou erro de conduta e a relação de causa e efeito entre o fato e o dano alegado – Verba devida.

Ementa oficial: É possível responsabilizar-se o Estado por ato jurisdicional, quando a parte interessada provar a existência da ofensa a uma norma preexistente ou erro de conduta e a relação de causa e efeito e o dano alegado, sem o que não se há de cogitar do dever do Estado de indenizar pelo ato jurisdicional atacado, mormente se praticado dentro dos limites legais, sem abuso ou excesso de poder.²⁶¹

Trazemos, a título de exemplo, outro julgado citado por Ronaldo Brêtas de Carvalho Dias sobre a discussão acerca da responsabilidade do Estado pela morosidade dos atos judiciais que causaram danos à parte. Cita o autor o caso do julgamento do Recurso Extraordinário nº32.518 em que o autor ajuizou ação indenizatória em face do Estado do Rio Grande do Sul alegando que a desídia do juiz fizera com que prescrevesse sua queixa-crime contra jornalista por crime de injúria. Ficou decidido a não responsabilização do Estado em virtude de terem entendidos os então ministros do Supremo Tribunal Federal que a atividade

²⁶⁰ DIAS, Ronaldo Brêtas de Carvalho. *Responsabilidade do Estado pela função jurisdicional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004. p.207.

²⁶¹ Apelação Cível nº130.964/0 - 4ª Câmara. – j. 03.12.1998 – rel. Des. Carreira Machado – DOMG 29.05.1999. Diz ainda o Tribunal de Minas Gerais, em fundamentação a tal acórdão: *Com relação à responsabilidade do Estado por atos jurisdicionais, existem sérias divergências doutrinárias, mas que não o liberam do dever de reparar pelos danos injustos causados àqueles que procuram o Poder Judiciário precisamente para que seja feita justiça*. Após reafirmar as regras constitucionais dos artigos 5º, inciso LXXVIII, referente a erro judiciário no processo de natureza penal e, a regra geral da responsabilidade objetiva, do artigo 37, parágrafo 6º, este acórdão conclui que: *A responsabilidade do Estado por ato do juiz, não se compreende no elenco da responsabilidade objetiva, por serem inconfundíveis o Magistrado, que tem como encargo o juízo de valor, e o agente da pessoa jurídica pública ou da empresa delegada de serviço público*.

jurisdicional é manifestação da soberania do Estado e só gera responsabilidade se houver culpa.²⁶²

Como se vê, doutrina e as diversas decisões dos tribunais acerca da responsabilidade por atos jurisdicionais se apresentam de modos diferentes.

6.6.1 Breve análise de um caso paradigmático em matéria de responsabilidade civil do Estado italiano em razão de demora na entrega da prestação jurisdicional e o exemplo brasileiro

É de origem italiana, baseada em famoso precedente da Corte Européia de Direitos dos Humanos, datado de 25 de junho de 1987, a idéia de criar na legislação o dever de indenizar, por parte do Estado, os danos causados em razão da demora na tramitação dos processos. Porém lá, na Itália, consoante nos informa José Carlos Barbosa Moreira, o efeito foi desastroso, pois o número crescente de ações reparatórias com esse fundamento acabaram por aumentar excessivamente a carga de trabalho dos magistrados. Veja-se o que diz o autor, sobre a admissão de ações indenizatórias pelas leis italianas:

Algo do gênero parece ter acontecido na Itália. Nesse país, a Lei n°89, de 23.03.01, criou o direito a uma *equa riparazione* a favor de quem sofra o dano resultante da violação do disposto sobre o assunto na Convenção européia para salvaguarda dos direitos do homem e das liberdades fundamentais (Tratado de Roma, de 04.11.50). Pois bem: segundo fonte digna de crédito, só no período de ano e meio entre março de 2001 e setembro de 2002, foram ajuizadas 9.385 ações com invocação da mencionada lei. Fácil imaginar as conseqüências perversas em matéria de desempenho do aparelho judicial.²⁶³

Confirma tal informação, Paulo Hoffman, ao dizer que o número de processos decorrentes da exigência de celeridade acabou por gerar uma demora na tramitação dos processos da própria Corte Européia responsável por fazer com que os Estados membros da Comunidade cumprissem seu dever de prestar jurisdição dentro de um prazo razoável e, pior, gerando, em decorrência disso, problemas internos ao Estado italiano, uma vez que veio a exigir a criação de uma organização judiciária diferente para comportar demandas dessa

²⁶² DIAS, Ronaldo Brêtas de Carvalho. *Responsabilidade do Estado por atos jurisdicionais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004. p. 203-204.

²⁶³ MOREIRA, José Carlos Barbosa. *O problema da duração dos processos: premissas para uma discussão séria*. In: Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil. Porto Alegre: Magister, maio/jun. 2006. p.33.

natureza, bem como, outros problemas externos²⁶⁴, perante os demais países membros. Senão vejamos:

Assim, diante de uma Justiça italiana lenta e morosa, os cidadãos italianos, apoiados na Convenção Européia, passaram a socorrer-se da possibilidade de recurso à Corte Européia como forma de salvaguardar seus direitos e exigir a finalização dos processos judiciais em tempo justo ou indenização pelos prejuízos materiais e morais advindos da exagerada duração do processo.

Essa situação causou grave transtorno político à Itália como membro da Comunidade Européia, além de natural abalo em sua soberania, principalmente em razão da forte pressão exercida pelos demais países, uma vez que tantos foram os processos de cidadãos italianos perante a Corte, a qual se viu às voltas com uma carga excessiva de processos em razão da exagerada duração do processo italiano, que não conseguia mais julgar seus próprios casos em tempo adequado. Diante desse quadro, a Itália se viu obrigada a, inicialmente, aprovar uma lei que prevê a possibilidade de os cidadãos italianos requererem indenização perante as próprias Cortes italianas, porquanto a Convenção Européia somente admite recursos à Corte européia quando esgotada a jurisdição no país-membro ou na hipótese de inexistência de lei que preveja a possibilidade de o jurisdicionado exigir determinado direito perante seu próprio país de origem.²⁶⁵

Demonstrado o imbróglio que a efetivação do Direito Fundamental à Duração Razoável do Processo pode causar, faremos, a seguir, uma breve exposição daquele caso paradigmático e, logo em seguida, uma sistematização dos critérios utilizados naquele julgamento para aferir se houve dilação indevida do tempo de duração do processo por parte do Judiciário italiano a fim de, ao final, construir algumas considerações sobre o que vem sendo até discutido como problematização e hipóteses desta Dissertação.

A proposta de reacender esse julgado, também é demonstrar que a inexistência de critérios objetivos para aferição do tempo de duração do processo não é óbice à aplicação imediata do dispositivo previsto no artigo 5º, inciso LXXVIII, da Constituição Federal de 1988, quedando por terra, também pelas razões a seguir demonstradas, o argumento de que o dispositivo introduzido pela Emenda Constitucional nº 45/04 não seria auto-aplicável, e dependeria de legislação infraconstitucional para regulamentá-lo.

²⁶⁴ Isso ocorreu, como dito na transcrição de Paulo Hoffman que segue ao comentário, porque o Estado italiano se viu obrigado a criar varas especializadas como instância inicial para discussão do tempo de duração do processo. Similar é o *Pacto de San Jose Costa Rica*, do qual o Brasil é signatário, que dispõe nos artigos 44, 45 e 46, sobre a competência da Comissão da Corte Interamericana para conhecer de processos interpostos após o esgotamento de instância perante a jurisdição interna do Estado-parte da Convenção. Vide artigos em: <<http://www.portaldafamilia.org/artigos/texto065.shtml>>. Vide, também, notas 270 e 238.

²⁶⁵ HOFFMAN, Paulo. *Duração razoável do processo*. São Paulo: Quartier Latin, 2006. p. 52.

Outro ponto que cai por terra ao analisarmos o caso é a afirmação de que aumentar as hipóteses de incidência da responsabilidade civil, seja do Estado, seja do próprio magistrado, vai fazer com que a marcha dos processos existentes se acelere e, assim, o Direito Fundamental à Duração Razoável do Processo não será desrespeitado.

Não devemos deixar de mencionar, contudo, a informação dada por Ronaldo Brêtas de Carvalho Dias, de que, paradoxalmente, o Estado italiano lidera com absoluta vantagem os casos de condenação no pagamento de indenização pela demora da solução jurisdicional.²⁶⁶

6.6.1.1 Breve apresentação dos fatos juridicamente relevantes no caso em estudo

No mencionado julgado, a Corte Européia de Direitos Humanos condenou o Estado Italiano a indenizar uma litigante por dano moral decorrente do estado de prolongada ansiedade pelo êxito da demanda. Para entendermos com clareza o caso, passamos a transcrever sua ementa e, em seguida, elencaremos os pontos principais que foram tomados por base para a constatação de um demora excessiva no julgamento do processo.

Assim dispunha a ementa do mencionado julgado:

DIREITOS POLÍTICOS E CIVIS. ITÁLIA. DURAÇÃO DOS PROCEDIMENTOS JUDICIAIS. LIMITES RAZOÁVEIS. CASO CONCRETO. VIOLAÇÃO DA CONVENÇÃO. RESSARCIMENTO DO DANO. CRITÉRIOS DE DETERMINAÇÃO (CONVENÇÃO EUROPÉIA PARA SALVAGUARDA DOS DIREITOS DO HOMEM E DAS LIBERDADES FUNDAMENTAIS: ART. 6º E 50)
Excede os termos razoáveis de duração, prescritos pelo art. 6º, 1, da Convenção Européia para a Salvaguarda dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais, o processo não particularmente complexo, tanto em matéria de fato quanto em matéria de direito, e que ainda não foi concluído depois de 10 anos e 4 meses de seu início, o Estado italiano é responsável pelas delongas dos trabalhos periciais, como consequência da falta de exercício dos poderes de que o juiz dispõe, inclusive no tocante à inobservância dos prazos por ele deferidos.
O Estado italiano é obrigado a pagar à requerente, em face da excessiva duração do processo no qual é ela autora, a soma de 8.000.000 de liras, determinada equitativamente ao ressarcimento, seja do dano material advindo das despesas efetuadas e das perdas sofridas,

²⁶⁶ DIAS, Ronaldo Brêtas de Carvalho. *Responsabilidade do Estado pela função jurisdicional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004. p.202.

seja do dano moral derivante do estado de prolongada ansiedade pelo êxito da demanda.²⁶⁷

Podemos extrair da ementa acima transcrita as idéias básicas acerca da condenação do Estado italiano ao pagamento de indenização causado pelo tempo de duração desarrazoado de um processo (o de origem do dano), tempo esse que se dilatou, segundo afirma a decisão, em razão do comportamento do Poder Judiciário de primeira e segunda instâncias, gerando na vítima uma expectativa suficiente para lhe causar dano moral.

A seguir sistematizaremos os critérios utilizados no caso em estudo, a fim de melhor entender o raciocínio que foi construído pela Corte especialmente formada para a apreciação do pedido indenizatório.

6.6.1.2 Sistematização dos critérios de aferição da duração razoável no caso estudado

Como se vê da descrição acima relatada, naquele julgado paradigma da responsabilidade do Estado pela demora na entrega da prestação jurisdicional, tomou-se por base, inicialmente, um critério objetivo de cada fase do processo, de forma que para a fase instrutória, decisória e recursal, seria possível aferir a atuação em tempo razoável ou não do órgão responsável pelo julgamento.

O primeiro período a considerar foi da data em que o réu deveria ter comparecido até a análise do processo de perdas e danos, vez que decorridos mais de dez anos e ainda não findo o processo de origem.

Posteriormente, constatou-se a necessidade de aferir também no caso concreto o grau de complexidade do objeto do litígio, *in casu*, pedido de indenização. Em seguida, também o comportamento do requerente foi analisado, a fim de evitar que se lhe indenizasse por dano por ela própria causado.

Por fim, a análise do comportamento das autoridades judiciárias de primeiro e segundo graus, foram levadas em consideração pela comissão especialmente instalada para a ponderação desses critérios de aferição da razoabilidade da demora do termo final do processo.

²⁶⁷ TUCCI, Rogério Cruz e. *Tempo e processo: uma análise empírica das repercussões do tempo na fenomenologia processual (civil e penal)*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. p.69-70.

Ao decidir pela condenação do Estado italiano, a comissão tomou por fundamentação teórica as seguintes razões: que a Itália, ao ratificar a Convenção, assumiu a obrigação de aparelhar a sua organização judiciária de modo a permitir o cumprimento das condições do artigo 6º.1, especialmente no que se refere a *tempo razoável* (grifo no original) e que, além disso, nada autorizava presumir que o Judiciário, naquele processo, pudesse ter evitado a demora na realização das perícias que poderiam ter sido requeridas pelas partes, mas que não lhes era imperativo requerê-las, uma vez que o procedimento admite sua determinação independente de requerimento.

Outro fundamento de que se valeu para se chegar à responsabilidade do Estado italiano pela demora na entrega da prestação jurisdicional foi o texto da própria Convenção Européia de Direitos para a Salvaguarda dos Direitos do Homem e Liberdades Fundamentais que, em seu artigo 50, assim dispõe:

Art. 50 da Convenção: Se a decisão da Corte declara que um julgamento proferido ou uma medida ordenada por uma autoridade judiciária, ou qualquer outra autoridade de uma das partes contratantes, encontra-se inteira ou parcialmente em oposição às obrigações estatuídas pela Convenção, e se o direito interno de tal parte não permite reparação integral dos danos oriundos do julgamento ou da medida, a Corte concede ao demandante lesado, uma satisfação equânime.²⁶⁸

Rogério Cruz e Tucci enriquece o debate, apresentando um elenco de diversos textos constitucionais de países estrangeiros que também consagram a idéia do Direito a uma duração razoável do processo, ou direito a um processo sem dilações indevidas, de onde se constata, além da preocupação contemporânea do legislador com o tema da morosidade do Poder Judiciário. Senão, vejamos:

Constituição da Espanha (1978): *Todos têm direito ao juiz ordinário previamente determinado por lei, à defesa e à assistência de advogado, a ser informado da acusação contra si deduzida, a um processo público sem dilações indevidas e com todas as garantias.*

Constituição de Portugal (artigo 22): *O Estado e demais entidades públicas são civilmente responsáveis, em forma solidária com os titulares dos seus órgãos, funcionários ou agentes, por acções ou omissão praticadas no exercício das suas funções e por causa desse*

²⁶⁸ TUCCI, Rogério Cruz e. *Tempo e processo: uma análise empírica das repercussões do tempo na fenomenologia processual (civil e penal)*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. p. 75.

exercício, de que resulte violação dos direitos, liberdades e garantias ou prejuízo para outrem.

Código de Processo Civil de Portugal: *A proteção jurídica através dos tribunais implica o direito de obter, em prazo razoável, uma decisão judicial que aprecie, com força de caso julgado, a pretensão regularmente deduzida em juízo, bem como a possibilidade de a fazer executar.*^{6ª} Emenda à Constituição dos EUA: Consagrou a *speedy trial clause* ou *right to speedy trial*. - Carta Canadense dos Direitos e Liberdades, art. 11, *b*: *Toda pessoa demandada tem o direito de ser julgada dentro de um prazo razoável.*²⁶⁹

É curioso notar, como se observa das transcrições acima, que a decisão daquela Corte especial na análise da existência ou não de demora excessiva faz referência ao direito do réu, e não do autor da demanda, ao prazo razoável e inclui as pessoas jurídicas como titulares desse direito.

Tais quais os artigos da Convenção Interamericana sobre Direitos Humanos – *Pacto de San Jose da Costa Rica* - o Direito Fundamental à Duração Razoável do Processo que restou consagrado pela Emenda Constitucional nº45/04, no novo inciso LXXVIII, do artigo 5º, Constituição Federal de 1988, não constitucionalizou direito a prazos, mas um conceito jurídico indeterminado.²⁷⁰

Além disso, como a hipótese em análise utilizou o critério de aferição da demora no julgamento do processo sob a ótica do comportamento da autoridade judicial, informada que estava pelo princípio do impulso oficial, outra não foi a conclusão senão a de que existe responsabilidade civil aquiliana por ato omissivo por parte do Estado-juiz, restando saber se o titular desse dever de indenizar seria o Estado ou o próprio agente causador do dano.

Como se viu, a decisão do caso aqui narrado se valeu da teoria da responsabilidade civil, baseada no Direito Público, segundo a qual o dever de indenizar recai sobre o Estado pelos atos danosos de seus agentes, no caso, os magistrados que atuaram no processo em primeira e segunda instâncias, e que praticaram, nessa qualidade, atos processuais em tempo além do razoável. Uma regra semelhante, aliás, encontramos no texto constitucional brasileiro, no artigo 37, parágrafo 6º, da Constituição Federal de 1988 já mencionado.

²⁶⁹ TUCCI, Rogério Cruz e. *Tempo e processo: uma análise empíricas das repercussões do tempo na fenomenologia processual (civil e penal)*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. p.76.

²⁷⁰ Os artigos da Convenção dos quais se pode extrair essa exegese são: artigo 8º.1 que trata da garantias judiciais, como o direito de ser ouvido dentro de um prazo razoável; artigo 25 que trata da proteção judicial e o direito a um recurso simples e rápido; artigo 46 – 2.3 que trata da demora injustificada nas decisões sobre os recursos endereçados à Comissão.

Assim, diante da omissão do constituinte reformador em colocar em pauta o tema da responsabilidade civil que constava no texto da Proposta de Emenda Constitucional que deu origem à Emenda Constitucional nº45/04 que, por sua vez, acrescentou o Direito Fundamental à Duração Razoável do Processo no texto da Constituição Federal, é insustentável tese diversa da sua aplicabilidade imediata, sobretudo ante a existência da norma do artigo 37, § 6º, da Constituição Federal de 1988, combinada com o parágrafo 1º, do mesmo diploma.

Mas ainda assim, não se pode deixar de questionar que o tempo de duração dos processos judiciais depende, em grande medida, do número de processos distribuídos a cada magistrado, e a admissão da judiciabilidade do Direito Fundamental à Duração Razoável do Processo, contra quem quer que seja – Estado, juiz ou as partes – aumenta a litigiosidade na sociedade e pode contribuir sobremaneira para o aumento da carga numérica de processos a ser suportada por cada juiz.

Aliás, esse fenômeno já havia sido descrito por José Carlos Barbosa Moreira, ao analisar o que ele chamou de ‘freqüentes equívocos’ e ‘falsas proposições’ ditas por muitos que se interessam pelo problema da morosidade dos processos judiciais.

Disse esse autor, sobre o artigo 5º, inciso LXXVIII, da Constituição Federal de 1988, que incorporou ao texto constitucional o Direito Fundamental à Duração Razoável do Processo:

Para não reduzir a bem intencionada disposição à reles condição de mera “norma programática”, sem impacto real na vida do foro, é preciso atribuir-lhe, quando nada, a virtude de conferir ao prejudicado pela demora excessiva da prestação jurisdicional o direito ao ressarcimento dos danos sofridos. Isso, todavia, pode surtir efeito diametralmente oposto ao visado: uma possível enxurrada de ações com tal fundamento contra o Poder Público agravaria o ingurgitamento das vias judiciais e terminaria por tornar mais lento o funcionamento da máquina.²⁷¹

Daí porque afirmamos que se poderá ver, sem tardar, um processo de retro alimentação: a admissão da responsabilidade pela demora do processo como um direito subjetivo judiciável, pode gerar um aumento da litigiosidade e muitas outras ações serão manejadas para exigir uma indenização pelo dano causado pela demora de um processo, e com isso, em efeito progressivo, a carga numérica de processos judiciais aumentará, gerando

²⁷¹ MOREIRA, José Carlos Barbosa. *O problema da duração dos processos: premissas para uma discussão séria*. In: Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil. Porto Alegre: Magister, maio/jun. 2006. p.32.

uma sobrecarga de trabalho e aumentando, ainda mais, a demora na tramitação dos processos judiciais.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Desde sua publicação no ano de 1973, o Código de Processo Civil vem sendo objeto de reformas pelas sucessivas legislações que lhe modificaram o texto.

Identificamos ao longo desta Dissertação várias provas que demonstraram haver em todas aquelas alterações legislativas uma linha mestra no sentido de tentar dar ao procedimento judicial maior brevidade, como se a dita legislação codificada já tivera nascido fadada a não cumprir tempestivamente aquela que é sua principal finalidade: ser instrumento do direito material.

Essas mencionadas reformas que a legislação processual sofreu, embora tenham a nítida intenção de abreviar o tempo de duração do processo por meio de diversas técnicas legislativas - como a supressão e simplificação de atos ou fases processuais, inversão do ônus do tempo de duração do processo por meio da antecipação dos efeitos da tutela jurisdicional, entre outras técnicas - não se apresentaram como soluções suficientes contra o (comprovadamente) secular problema da morosidade na tramitação dos processos judiciais.

Com a promulgação da Emenda Constitucional nº45, de 8 de dezembro de 2004, o texto da Constituição Federal de 1988, foi acrescentado do inciso LXXVIII, ao artigo 5º, que trata do núcleo básico dos Direitos e Garantias fundamentais.

Algumas conseqüências foram sentidas ao longo dos dois primeiros anos de vigência daquele Direito Fundamental à Duração Razoável do Processo, embora nenhuma deles esteja diretamente relacionada à aceleração da marcha processual, pois nesse viés, aquele direito fundamental acabou por gerar um novo campo de novas demandas, a exemplo da Representação por Excesso de Prazo junto ao Conselho Nacional de Justiça, e, com isso, incrementou um dos fortes fatores que causam a morosidade: o excessivo número de demandas.

Além disso, como visto, se se pensar na judiciabilidade do Direito Fundamental à Duração Razoável do Processo - porquanto seja ele um direito subjetivo passível de indenização no caso de seu descumprimento enquanto tal -, muitas demandas ainda estão por ser interpostas, funcionando como um efeito inverso na busca da abreviação do tempo de duração, a sua inserção em texto constitucional expreso. Aliás, como vimos, essa é a experiência pela qual vem passando a Itália, com seu excessivo número de demandas fundadas em direito similar, de obter uma indenização pecuniária em razão de danos causados pela demora excessiva na duração dos processos.

Mas como dito, foi possível sentir outros efeitos jurídicos decorrentes da expressão daquele direito no texto da Constituição, sobretudo no debate teórico da Ciência jurídica. No estudo aqui apresentado, o mencionado inciso foi analisado sob uma metodologia hermenêutica e dialética que possibilitou a compreensão sistêmica do conteúdo e alcance do Direito à Duração Razoável do Processo, ou, do Direito ao Processo sem Dilações Indevidas.

Partindo-se de uma contextualização historicamente situada na atualidade, especificamente na reforma constitucional implementada pela Emenda Constitucional nº45/04 – a chamada *Reforma do Judiciário* - e a celebração, entre Executivo, Legislativo e Judiciário, do *Pacto de Estado para um Judiciário mais célere e republicano* – foi possível construir uma delimitação operacional dos principais termos envolvidos no estudo do Tempo de Duração Razoável do Processo, tendo sido, também, cientificamente exequível, situar sua natureza jurídica dentro do campo dos Direitos Fundamentais, não só por sua posição formal no texto constitucional, mas, sobretudo, em razão de seu conteúdo principiológico e fundamental.

Questionando-se a diferença entre os Direitos e as Garantias fundamentais, foi possível traçar um debate dentro da Teoria dos Direitos Fundamentais, quando vimos que, para os que aceitam que existe distinção entre direitos e garantias, o Direito Fundamental à Duração Razoável do Processo não seria inovação no cenário jurídico, pois seria um desdobramento da já existente garantia do devido processo ou uma decorrência lógica do direito de acesso à Jurisdição, em sentido amplo.

Como opção teórica, pelas várias razões expostas no decorrer deste trabalho, firmou-se o entendimento de que o objeto de estudo deste trabalho - artigo 5º, inciso LXXVIII, da Constituição Federal de 1988 - trata-se de um Direito Fundamental (e não uma Garantia), sobretudo por causa de seu conteúdo, de sua função principiológica no Ordenamento jurídico e das conseqüências jurídicas que daí virão.

Essa *jusfundamentalidade* da Duração Razoável do Processo nos permitiu adentrar no campo do novo Direito Constitucional e da Teoria da Constituição, discutindo, então, a problemática acerca da legitimação das decisões judiciais e do exercício da jurisdição constitucional como atividade de Poder, no Estado democrático de Direito.

Vimos, também, que o problema da morosidade da tramitação dos processos judiciais e a maior ou menor duração no tempo dos processos em geral, não têm uma relação direta com o conteúdo de direito material nele discutido. Por isso, foi importante a positivação da Duração Razoável do Processo como um Direito Fundamental no texto constitucional, pois como tal, podemos dizer estar contido no papel da magistratura no Estado democrático, a

responsabilidade pela assunção do papel de concretização e densificação dessa espécie de direito.

Daí que foi possível, ainda, confirmar a hipótese levantada inicialmente, de que a Duração Razoável do Processo, com seu conteúdo próprio de Direito Fundamental, está apto a ensejar eficácia plena e imediata, tanto no plano vertical como horizontal (porquanto seja um direito subjetivo), ainda que não admitamos ter ele se mostrado apto, até agora, a acrescentar rapidez à marcha processual.

Essa idéia pôde ser fundamentada ao trazermos a Duração Razoável do Processo à submissão do disposto no §1º, do artigo 5º, Constituição Federal de 1988, demonstrando sua aptidão para produzir aplicabilidade imediata e eficácia plena no Ordenamento jurídico, independente de normatizações outras, de cunho infraconstitucional, como se poderia pensar dado se tratar de um conceito jurídico indeterminado no texto constitucional.

Entre tantas causas e soluções que foram levantadas e discutidas nesta Dissertação sobre a Duração Razoável do Processo, vimos que poucas são as que realmente enfrentam o problema com rigor metodológico e científico, capaz de enxergar a morosidade da atividade jurisdicional em sua complexidade, tão pouco trata, com a profundidade desejada, seus reflexos nos diversos ramos da Ciência jurídica, exigindo, por isso, um estudo sistêmico, tal qual o aqui apresentado.

Foi por isso que demonstramos que em prol da desejada abreviação do tempo de duração dos processos judiciais, uma discussão séria sobre o tema da morosidade do Poder Judiciário deve admitir as múltiplas e complexas causas que se aliam em desfavor de uma Duração Razoável do Processo no tempo, admitindo também que o problema não se situa exclusivamente dentro do âmbito de estudo do Direito Processual, devendo, como aqui se fez, ser abordado de modo interdisciplinar, com uma metodologia adequada às particularidades e complexidades do objeto de estudo.

Pormenorizadamente, foram refutados alguns falsos-problemas apresentados na análise da morosidade dos processos. Primeiramente a necessidade de legislação infraconstitucional que defina prazos de duração dos processos em geral como condição de eficácia do Direito Fundamental à Duração Razoável do Processo, porquanto não se trate de um direito de eficácia contida ou limitada, sem aplicabilidade imediata, ao contrário, pleno de eficácia jurídica.

Também sob o método sistêmico, refutou-se, ainda, as teses simplistas, que atribuem ao problema da morosidade na tramitação dos processos, uma causa única, ou principal. Exemplo disso, aqueles que entendem o formalismo do procedimento como o único

vilão que perpetua a tramitação dos processos judiciais a prazos além do razoável. No mesmo sentido, a opinião daqueles que apontam o sistema recursal, com excessivas oportunidades de rediscussão da matéria julgada como principal fator da demora, e os que levantam como causa maior a inexistência de punição para aqueles que atuam de modo procrastinatório no processo – partes e juiz.

Questionou-se as premissas levantadas por muitos autores do Direito Processual que escrevem sobre o tema da morosidade na tramitação do processo judicial e, estabelecendo o diálogo entre o Direito Fundamental à Duração Razoável do Processo com demais ramos do Direito, dentro de uma perspectiva do pensamento sistêmico, problematizou-se essa doutrina, representada pelo trinômio: efetividade-adequação-tempestividade da tutela jurisdicional, demonstrando-se que as tendências legislativas em matéria processual que buscam cumprir estas premissas, as vêm repetindo como um mantra sem se aperceber, aparentemente, que os resultados em prol da efetividade do direito material deduzido no processo algumas vezes representaram o insucesso na busca da abreviação do tempo de sua duração.

Isso porque, as modificações infralegais no campo do Direito Processual, a pretexto de buscar o cumprimento do trinômio mencionado acima, algumas vezes se apresentaram como mais um fator tendente a perpetuar o tempo de duração do processo.

Exemplo disso, as tutelas satisfativas em geral, que causam na parte que dela se beneficia antecipadamente, a perda do interesse em levar ao fim a relação processual e, em via de consequência, a perda do interesse em relação àquele processo pelo próprio magistrado, cujo número de outros processos que esperam por sua decisão é, quase invariavelmente, enorme.

Foi em razão disso que se confirmaram também as assertivas de que o Direito Fundamental à Duração Razoável do Processo é exigível contra o Estado, como uma decorrência da eficácia dos direitos fundamentais no plano horizontal e, também, exigível contra o particular que atua na relação processual lhe causando retardamento além do razoável, como consequência de sua similitude com os demais direitos fundamentais que foram, historicamente, surgindo na atualidade.

Viu-se que, ainda que fosse o caso de não se admitir a eficácia plena e aplicabilidade imediata do novo inciso LXXVIII, do artigo 5º, Constituição Federal de 1988, o Ordenamento infraconstitucional brasileiro já dispunha de normas que consagram a imputação de responsabilidade civil por ato judicial, havendo na doutrina quem admita imputá-la ao Estado ou ao magistrado pessoalmente, sendo despiciendo regulamentar aquele novo Direito Fundamental à Duração Razoável do Processo.

Irradiar a antes dita jusfundamentalidade do Direito à Duração Razoável do Processo para o campo do Direito Processual que tem assento na Constituição Federal de 1988, possibilitou questionar os meios de legitimação do acesso à atividade judicante no Brasil, tema não inédito, mas renovado diante da inserção, no texto da Constituição Federal de 1988, do novo inciso LXXVIII, no artigo 5º.

Com isso, foi possível construir e percorrer um caminho importante para a compreensão do papel da magistratura no Estado constitucional democrático.

Foi visto que, se de um lado não se afere legitimação da atividade jurisdicional pela via da regra geral do artigo 1º, parágrafo único, da Constituição Federal, nem para o ingresso na magistratura nem para a permanência nela, tão pouco há no Ordenamento aferição *a posteriori*, durante o tempo de exercício de caráter vitalício desse Poder de Estado.

Viu-se a necessidade, então, de se questionar, como critério de análise da legitimação do Poder Judiciário, a qualidade com que este opera, vindo à baila, novamente, o tema do excessivo tempo de duração dos processos judiciais e a crise que o Poder Judiciário vive na atualidade em decorrência de sua impossibilidade de apresentar soluções satisfatórias capazes de sanar tal problema.

Por certo que brevidade na resposta do Judiciário às demandas que lhe são ofertadas e fazer com que o processo judicial dure apenas o que razoavelmente dele se espera são importantes fatores na busca dessa qualidade e, conseqüentemente, meios de aferição de legitimidade da atividade jurisdicional. O texto constitucional traz o concurso público de provas e títulos como critério geral de acesso, sem, contudo, tratar de meios de aferição de legitimidade para a permanência nesse Poder.

Além disso, com a identificação da existência de um direito subjetivo judiciável, o Direito Fundamental à Duração Razoável do Processo foi cotejado com as Teorias da Responsabilidade civil em suas duas grandes perspectivas: a do Direito Público e a do Direito Privado, respectivamente.

Daí foram delineadas a titularidade ativa e passiva da relação obrigacional, que surgem razão de um direito subjetivo à Duração Razoável do Processo, bem como, o reflexo desse entendimento na fixação da legitimidade das partes no âmbito da relação processual, quando interessados em deduzir em juízo esse direito.

Entendemos que os novos moldes implementados pela doutrina contemporânea para o estudo do Direito - que supera a dicotomia direito público direito privado - deve informar novas orientações doutrinárias acerca da teoria da responsabilidade civil, fazendo-se

permear do Direito Constitucional, especialmente, agora, do inciso LXXVIII, do artigo 5º, Constituição Federal de 1988.

Submetendo o tema à teoria geral da responsabilidade civil, pode-se verificar o comportamento hermenêutico do Direito Fundamental à Duração Razoável do Processo, tanto no que diz respeito à incidência ou não dessa teoria, quanto se sua incidência se dá com ou sem culpa, de modo subjetivo ou objetivo.

Firmou-se, pela análise e definição da titularidade passiva e ativa do direito subjetivo à Duração Razoável do Processo, a possibilidade de sua exigência, em caso de descumprimento, pelas vias judiciais, firmando-se a sua judiciabilidade, no que pertine a dedução de tal pretensão em juízo. Discutiu-se, a partir daí, o custo de efetivação de tal direito subjetivo, questionando-se as situações paradoxais que podem surgir quando esses instrumentos processuais de busca da efetividade são impostos, a exemplo do que ocorre com a fixação de astreints ilimitadas no tempo incidindo sobre patrimônio de Empresa Pública.

Em relação à titularidade passiva do Direito Fundamental à Duração Razoável do Processo, viu-se, ainda, que a aferição da demora do julgamento do processo sob a ótica do comportamento da autoridade judicial, informada que está pelo princípio do impulso oficial, seria possível, em princípio, pensar em se lhe imputar responsabilidade civil aquiliana por ato omissivo, uma vez que não é apropriado a um regime democrático que a prática de ato ilícito danoso reste impune. Firmamos, contudo, entendimento diverso, uma vez que os atos jurisdicionais, se admitidos como aptos a gerar o direito indenizatório em razão da morosidade do Poder Judiciário, deve ser regido pela teoria da responsabilidade objetiva e recair sobre o Estado, incidindo, portanto, o artigo 37, §6º, da Constituição Federal de 1988. Daqui, outra eficácia imediata do Direito Fundamental à Duração Razoável do Processo igualmente construída ao longo desta dissertação.

Outra problemática levantada e analisada nessa Dissertação diz respeito à imputação da responsabilidade civil pelo descumprimento do Direito Fundamental à Duração Razoável do Processo a outros titulares.

Além desse posicionamento de que a imputação por tal ato recairá diretamente sobre o Estado, pessoa jurídica de direito público, foi considerada, ainda, a possibilidade de sua eficácia entre particulares. Por isso, pôde-se afirmar que o Direito Fundamental à Duração Razoável do Processo é exigível contra a outra parte da relação processual, que eventualmente tenha dado causa à demora do processo, e, com isso, admitiram-se como verdadeiras também, as diferentes conseqüências que cada um desses posicionamentos poderiam gerar para a morosidade do processo enquanto fenômeno complexo.

Isso nos levou a afirmar que a prova da duração do processo além do que razoavelmente dele se espera, ou seja, a prova da demora indevida, exigiria instrução perscruciente, daí que a opção teórica pela responsabilidade civil objetiva, recaindo sobre o Estado ou sobre o particular que lhe gera tal dano no processo, quando for o caso, continua sendo a melhor opção teórica, se analisado sob o ponto de vista do lesado que exigirá o ressarcimento, uma vez que é dele o ônus de provar os elementos constitutivos do seu direito, que *in casu*, apenas o ato, o dano e o nexo causal, já que tal espécie de responsabilidade prescinde da prova da culpa.

Raciocínio em contrário geraria ao lesado, como vimos, um duplo gravame: além de suportar o ônus da dilação indevida no processo que deu origem ao processo em que pede a reparação por tal dano, deverá, ainda, em relação a este segundo processo, despender seus esforços em busca do dolo ou culpa do causador do dano, ou seja, o ônus de suportar também a demora do processo onde pleiteia a indenização pela demora.

Ficou firmado, assim, que a demora além do razoável na entrega da prestação jurisdicional é dano passível de ressarcimento por meio de ação ordinária fundada na teoria da responsabilidade objetiva, prevista no artigo 37, §6º, Constituição Federal de 1988, quando exigida contra o Estado, e, fundamentada na regra geral do artigo 186, do Código Civil de 2002, quando exigida contra a parte adversária na relação processual que age de modo procrastinatório.

Não devemos esquecer também de mencionar nessas considerações finais, que em se aceitando a tese da responsabilidade civil objetiva recaindo sobre o Estado, permanece com a mesma orientação a aplicação da regra disposta na parte final daquele dispositivo constitucional (artigo 37, §6º, Constituição Federal de 1988) acerca da posterior ação de regresso (desta vez nos moldes da responsabilidade subjetiva) contra o magistrado causador do dano (demora decorrente de ato omissivo – culpa por negligência ou desídia), admitindo-se como válidas as diversas posições doutrinárias e jurisprudenciais sobre a questão, aqui também expostas.

Ainda a título de consideração final, pode-se afirmar, por tudo que aqui foi debatido, argumentado e fundamentado, que urge revisar o posicionamento teórico acerca da responsabilidade civil por atos judiciais, pois essa norma, agora inserida no texto da Constituição Federal de 1988 – a do Direito Fundamental à Duração Razoável do Processo – traz novas perspectivas para o tema, e não é possível ignorá-las, ainda que não seja promulgado o dispositivo acerca da matéria, que restou na PEC *paralela*.

Muito importante também frisar, consoante se mostrou no debate acerca da concepção procedimentalista e substancialista, que é urgente a necessidade de conscientização do magistrado sobre os reflexos materiais de suas decisões, e mesmo, mais amplamente, da compreensão do papel da magistratura no Estado constitucional democrático de direito, com as particularidades que tal teoria apresenta no modelo brasileiro.

Isso porque, sob o paradigma procedimentalista da Ciência do Direito - ou seja, o estudo do modelo que se toma para explicar o processo de formação da vontade imparcial do Estado, via decisão jurisdicional -, a compreensão do papel da magistratura no Estado democrático de direito nos traz uma perspectiva de legitimação das decisões judiciais segundo uma construção participada, o que se coaduna, como visto, a uma atual concepção de democracia.

De outro lado, analisou-se a perspectiva substancialista dessas decisões judiciais, ou seja, a de efetivação de direitos fundamentais pela via judicial, como por exemplo, no exercício de jurisdição constitucional e efetivação do Direito Fundamental à Duração Razoável do Processo. Embora a abordagem esteja calcada pela idéia do processo como instrumento destinado à efetivar direitos subjetivos, não foi rejeitada como opção teórica a idéia de que é também este o papel da magistratura no Estado democrático, já que, ao nosso entender, é factível um equilíbrio dessa opção teórica com uma visão procedimentalista que compreende a função jurisdicional sob o paradigma do Estado democrático de direito como aquela que admite a participação no processo de formação das decisões judiciais. Daí que as decisões judiciais devem encontrar nos seus destinatários partícipes de sua construção e, dessa maneira, obter sua legitimação, inclusive quando o fim é a efetivação do direito subjetivo.

Do contrário, a ausência de uma valência equilibrada entre aqueles dois modelos, nos mostrou que em processos em que o paradigma substancialista foi aplicado na busca da efetividade a direito subjetivo fundamental, gerou-se decisões judiciais, quando não inexeqüíveis, causadoras de danos meta-processuais. Essa postura, hoje, encontra obstáculo na doutrina que questiona qual seria uma compreensão adequada do papel da magistratura no Estado democrático de direito, lembrado que tal compreensão deve estar sintonizada com uma visão de construção participada da decisão judicial.

REFERÊNCIAS

- ABBAGNANO, Nicola. *Dicionário de Filosofia*. São Paulo: Martins Fontes, 2003.
- AGUILLAR, Fernando Herren. *Metodologia da ciência do direito*. São Paulo: Max Limonade, 1999.
- AGRA, Walber de Moura. *A reconstrução da legitimidade do Supremo Tribunal Federal: densificação da jurisdição constitucional brasileira*. Rio de Janeiro: Forense, 2005.
- ALVES-MAZZOTTI, Alda Judith; GEWANDSZNAJDER, Fernando. *O método nas Ciências Naturais e Sociais: pesquisa quantitativa e qualitativa*. São Paulo: Pioneira, 2000.
- ALEXY, Robert. *Teoría de los Derechos Fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales - CEPC, 2002.
- _____. *Direitos fundamentais no Estado constitucional democrático: para a relação entre direitos do homem, direitos fundamentais, democracia e jurisdição constitucional*. Tradução: Luís Afonso Heck. In: *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro, 217:55-66. jul./set. 1999.
- APOSTOLOVA, Bistra Stefanova. *Poder Judiciário: do moderno ao contemporâneo*. Porto Alegre: Sergio Fabris Editor, 1998.
- ARAÚJO, Francisco Fernandes de. *Responsabilidade objetiva do Estado pela morosidade da Justiça*. São Paulo: Copola, 1999.
- _____. *Do prazo razoável na prestação jurisdicional*. In: <<http://kplus.cosmo.com.br/materia.asp?co=15&rv=Direito>>. Acesso em 08 de março de 2006.
- AROCA, Juan Montero. *El Derecho processal en el siglo XX*. Valencia: Tirant lo blanch, 2000.
- ARRUDA, Samuel Miranda. *O direito fundamental à razoável duração do processo*. Brasília: Brasília Jurídica. 2006.
- BASTOS, Márcio Tomaz. *Exposição de motivos da Lei nº11.187, de 19 de outubro de 2005*. In: *Jornada de atualização em Direito: As novas reformas do Processo Civil*. Caderno das novas leis de reforma do CPC. Recife: ESMape, 2006.
- BARROSO, Luis Roberto. *Interpretação e aplicação da constituição: fundamento de uma dogmática constitucional transformadora*. São Paulo: Saraiva, 2003.
- _____. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição brasileira*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

- BAYÓN, Juan Carlos. *Derechos, Democracia y Constitución*. In: Discusiones. Nº1, 2000, pp 65-94. <http://www.cervantesvirtual.com.es>. Acesso em 7 de dezembro de 2005.
- BETTI, Emilio. *Interpretazione della legge e degli atti giuridici: Teoria generale e dogmática*. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 1971.
- BEVENISTE, Émile. *Gênese do termo 'scientifique'*. In: Problemas da lingüística geral II. Campinas, SP: 1989.
- BLEICHER, Joseph. *Hermenêutica contemporânea*. Lisboa: Edições 70, 1980.
- BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Tradução: Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992.
- _____. *A era dos direitos*. Tradução Carlos Nelson Coutinho. Apresentação de Celso Lafer. Rio de Janeiro: ELSEVIER, 2004.
- _____. *Estado, governo e sociedade: para uma teoria geral da política*. Rio de Janeiro: Paz e terra, 1987.
- BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2003.
- _____. *Do país constitucional ao país neocolonial: (a derrubada da constituição e a recolonização pelo golpe de Estado institucional)*. São Paulo: Malheiros, 2004.
- _____. *Direitos fundamentais, globalização e neoliberalismo*. Discurso proferido no Seminário Internacional dos Tribunais Constitucionais da Europa e América Latina. Roma: dezembro de 1997. Disponível em: <<http://www.unicap.br/rid/artigos2004/direitosfundamentais.doc>> Acesso em 15 de maio de 2007.
- BOOTH, W.C.; COLOMB, G.G.; WILLIAMS, J.M. *A arte da pesquisa*. São Paulo: Martins Fontes, 2000.
- BUECHELE, Paulo Armínio Tavares. *O Princípio da Proporcionalidade e a Interpretação da Constituição*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.
- CAHALI, Yussef Said. *Direito, Poder, Justiça e Processo: julgando os que nos julgam*. Rio de Janeiro: Forense, 1999.
- CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema da Ciência do Direito*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1996.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. Coimbra: Almedina, 2003.
- CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à Justiça*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2002.

_____ *Juizes irresponsáveis?* Tradução Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Sérgio Antônio Fabris Editor, 1989.

CARNEIRO, Athos Gusmão. *Exposição de motivos do Anteprojeto de Lei do Instituto Brasileiro de Direito Processual*. In: Exposição de motivos do Projeto de Lei, apresentado pelo então Ministro da Justiça Márcio Thomaz Bastos, que deu origem à Lei nº 11.232, de 22 de dezembro de 2005, extraído do Caderno das novas leis de reforma do CPC, em Jornada de Atualização em Direito promovida pela Escola da Magistratura de Pernambuco. Recife: ESMape, 2006.

COSTA, Flávio Dino de Castro (et. al.). *A Reforma do Judiciário: comentários à emenda n.45/2004*. Niterói: Impetus, 2005.

CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. *Processo e Jurisdição Constitucional*. In: *Jurisdição e hermenêutica constitucional no Estado democrático de Direito*/Marcelo Andrade Cattoni de Oliveira (coordenador). Belo Horizonte: Mandamentos, 2004.

_____ *Jurisdição Constitucional: Poder Constituinte permanente?* In: *Hermenêutica e Jurisdição Constitucional: Estudos em homenagem ao prof. José Alfredo Oliveira Baracho*. Coordenação José Adércio Leite Sampaio e Álvaro Ricardo de Souza Cruz. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

_____ *Teoria Discursiva da Argumentação Jurídica de Aplicação e Garantia Processual jurisdicional dos Direitos Fundamentais*. In: *Jurisdição e hermenêutica constitucional no Estado Democrático de Direito*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004.

CAVALCANTE, Ubaldo Ataíde. *Por uma Justiça mais célere e humana*. In: *Justiça e cidadania*. In: *Revista da Escola Superior da Magistratura Federal*, 2002. Disponível em: <http://www.trf5.gov.br/esmafe/rev_esmafe/documentos/rev03.pdf> Acesso em 08 de agosto de 2005.

CHAVES, Luis Gentil. *Responsabilidade civil decorrente de culpa ou omissão*. Disponível em: < <http://www.pgm.fortaleza.ce.gov.br/revistaPGM/vol05/09ResponsabilidadeCivil.htm>>. Acesso em 10 de janeiro de 2007.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. São Paulo: Malheiros, 2006.

COELHO, Inocêncio Mártires. *Interpretação Constitucional*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2003.

COSTA, Marcos Roberto Nunes da. *Manual para elaboração e apresentação de trabalhos acadêmicos: monografias, dissertações e teses*. Recife: INSAF, 2004.

CRUZ, André Luiz Vinhas. *As tutelas de urgência e a fungibilidade de meios no sistema processual civil*. São Paulo: BH Editora e distribuidora de livros, 2006.

DELGADO, José Augusto. *A demora na entrega da prestação jurisdicional. Responsabilidade do Estado. Indenização*. Disponível em: <<http://www.jfrn.gov.br/docs/especial21.doc>>. Acesso em 08 de março de 2006.

_____. *A tutela do Processo na Constituição de 1988 – Princípios essenciais*. Revista de Processo, nº55. São Paulo: Revista dos Tribunais, jul-set/1989.

DEMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. *Teoria geral dos direitos fundamentais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

DERGINT, Augusto do Amaral. *Responsabilidade do Estado por atos judiciais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.

DESCARTES, René. *Princípios da filosofia: Dos princípios do conhecimento humano*. Tradução: Heloísa da Graça Burati. São Paulo: Riddel, 2005.

DIAS, Francisco Barros. *A busca da efetividade do processo*. Estudos em homenagem ao Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira. Revista de Processo, nº27. São Paulo: Revista dos Tribunais, jan/mar 2000.

DIAS, Ronaldo Brêtas de Carvalho. *Responsabilidade do Estado pela função jurisdicional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *A Instrumentalidade do Processo*. São Paulo: Editora Malheiros, 2005.

DIREITO, Carlos Alberto Menezes. *A decisão judicial*. In: Revista da EMERJ. Rio de Janeiro: v.3, n.11, 2000. Disponível em: <http://bdjur.stj.gov.br/dspace/bitstream/2011/8245/1/A_Decis%C3%A3o_Judicial.pdf>. Acesso em: 27 de junho de 2007.

ECO, Umberto. *Como se faz uma tese*. Tradução Gilson César Cardoso de Souza. São Paulo: Perspectiva, 2000.

FISS, OWEN. *Um novo processo civil: estudos norte-americanos sobre jurisdição, constituição e sociedade*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *A cultura dos direitos fundamentais*. In: Jurisdição constitucional e direitos fundamentais. Organizador: Ricardo Lobo Torres. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

_____. Manoel Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2001.

FERRATER MORA, José. *Dicionário de filosofia*. Tomo IV. São Paulo: Ed. Loyola, 2000.

- FLÔRES JÚNIOR, Renato Galvão. *Os desafios da integração legal*. Brasília, 2004. Discurso proferido no Congresso Brasiliense de Direito Constitucional, outubro de 2004. Disponível em: <<http://epge.fgv.br/portal/arquivo/1758.pdf>>. Acesso em 7 de janeiro de 2007.
- FREIRE-MAIA, Newton. *A ciência por dentro*. Rio de Janeiro: Editora Vozes, 1990.
- GAJARDONI, Fernando da Fonseca. *O princípio constitucional da tutela jurisdicional sem dilações indevidas e o julgamento antecipadíssimo da lide*. In: Revista IOB de Direito Civil e Processual Civil, nº45, jan-fev, 2007. Porto Alegre: Síntese, 2007.
- GUERRA, Gustavo Rabay. *Direito processual de resultados práticos: da percepção à realização da completude do processo*. In: Revista Parahyba Judiciária. n.3. out. 2002. p. 145-160. Disponível em: <http://www.trf5.gov.br/gabinete_revistaphp/Parahyba/Parahyba_Judici%EAria_vol03.pdf> Acesso em: 20 de maio de 2007.
- GOMES, Conceição. *O tempo dos tribunais: um estudo sobre a morosidade da Justiça*. Coimbra: Coimbra Editora, 2003.
- GOMES, Luiz Flávio. *A dimensão da magistratura: no Estado constitucional e democrático de direito: independência judicial, controle judiciário, legitimação da jurisdição, politização e responsabilidade do juiz*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.
- HESSE, Konrad. *Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha*. Tradução de Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sérgio Fabris Editor, 1998.
- HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica constitucional. A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: Contribuição para interpretação pluralista e procedimental da Constituição*. Tradução: Gilmar F. Mendes. Porto Alegre: Fabris, 1997
- HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Vol. I e II. Rio de Janeiro: Tempo brasileiro, 1997.
- _____ *La lógica das ciencias sociales*. Tradução: Manuel Jiménez Redondo. Madrid: Editorial Tecnos, 1996.
- HOFFMAN, Paulo. *O direito à razoável duração do processo e a experiência italiana*. In: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7179>>. Acesso em: 08 de março de 2006.
- _____ *Razoável duração do processo*. São Paulo: Quartier Latin, 2006.
- KUHN, Thomas S. *A estrutura das revoluções científica*. Tradução Beatriz Viana Boeira e Nelson Boeira. São Paulo: Perpectiva, 2000.
- LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria processual da decisão jurídica: ato de decisão e legitimidade decisória; hermenêutica decisional na teoria discursiva; legitimidade decisória e devido processo constitucional*. São Paulo: Landy Editora, 2002.

- LEITE, Eduardo de Oliveira. *A monografia jurídica*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997.
- MARCONI, Marina de Andrade. *Metodologia científica para o Curso de Direito*. São Paulo: Atlas, 2001.
- MARINONI, Luiz Guilherme. ARENHART, Sérgio Cruz. *Manual do processo de conhecimento*. 3º ed. São Paulo: RT, 2003.
- _____. *Técnica processual e tutela dos direitos*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.
- _____. *Tutela antecipatória, julgamento antecipado e execução imediata da sentença*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.
- MELKEVIK, Bjarne. *Habermas et la conception démocratique du droit*. p.1. Disponível a partir de: <<http://www.reds.msh-paris.fr/communication/textes/mel5.html>> Acesso em: 04 de julho de 2007.
- MELLO, Celso Albuquerque. *Teoria dos direitos fundamentais*. In: Teoria dos direitos fundamentais. Org. Ricardo Lobo Torres – 2º ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001
- MIGUEL, Alfonso Ruiz. *Derechos liberales y derechos sociales*. Disponível em: <http://descargas.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/doxa/0136120824573839199024/cuaderno15/volIII/doxa15_09.pdf> Acesso em: 08 de março de 2007.
- MODESTO, Paulo; PASSOS, J.J. Calmon de. *Responsabilidade do Estado pela demora na prestação jurisdicional*. In: Revista Diálogo jurídico. Vol. 1, nº1, abril de 2001. Salvador, 2001. Disponível em: <<http://www.direitopublico.com.br/pdf/REVISTA-DIALOGO-JURIDICO-01-2001-PAULO-MODESTO.pdf>> Acesso em 2 de junho de 2007.
- MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Por um processo socialmente efetivo*. In Revista de Processo nº105 - Conferências. Ano 27. São Paulo: Revista dos Tribunais, Jan/Mar, 2002.
- _____. *O problema da duração dos processos: premissas para uma discussão séria*. In: Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil. Porto Alegre: Magister, maio/jun. 2006.
- NEVES, Castanheira. *O actual problema metodológico da interpretação jurídica*. Coimbra: Coimbra editora, 2003.
- NICOLITT, André Luiz. *A duração razoável do processo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.
- OLIVEIRA, Rogério Nunes. *A morosidade da entrega da jurisdição e o direito à razoável duração do processo judicial*. In: Revista da Faculdade de Direito de Campos, Ano V, nº5 – 2004.
- OST, François. *O tempo do direito*. Tradução Élcio Fernandes. São Paulo: EDUSC, 2005.

- PAULA, Jônatas Luiz Moreira de. *História do Direito Processual Brasileiro: das origens lusas à Escola Crítica do Processo*. São Paulo: Manole, 2002.
- PECES-BARBA, Gregório. *Aproximación lingüística*. In: *Teoría de los derechos fundamentales*. Madri: Universidad Carlos III, 1999.
- QUEIROZ, Cristina. *Interpretação constitucional e Poder Judicial: sobre a epistemologia da construção constitucional*. Coimbra: Coimbra Editora, 2000.
- ROCHA, Heloisa Helena Nascimento. *Elementos para uma compreensão constitucionalmente adequada dos Direitos Fundamentais*. In: *Jurisdição e hermenêutica constitucional*. Coordenação de Marcelo Andrade Cattoni Oliveira. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004.
- RODRIGUES, Cristiane de Brito. *Responsabilidade civil do Estado pelo ato judicial de antecipação de tutela*. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=927> Acesso em: 27 de junho de 2007>.
- SANTIAGO, Marcus Firmino. *Uma abordagem diferenciada acerca da tutela jurisdicional*. Disponível em: <http://www.tex.pro.br/wwwroot/01de2005/uma_abordagem_marcus_firmino.htm>. Acesso em 08 de agosto de 2005>.
- SANTOS, Boaventura de Sousa. *Para uma revolução democrática da Justiça*. São Paulo: Cortez, 2007.
- SANTOS, Gustavo Ferreira. *O princípio da proporcionalidade na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal: Limites e possibilidades*. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2004.
- SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2001
- SARMENTO, Daniel. *Os princípios constitucionais e a ponderação de bens*. In: *Teoria dos direitos fundamentais*. Organizadores Celso de Albuquerque Melo e Ricardo Lobo Torres – 2ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.
- _____ *A dimensão objetiva dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2006.
- SERRANO JÚNIOR, Odoné. *Responsabilidade civil do Estado por atos judiciais*. Curitiba: Juruá, 1996.
- SILVA, Carlos Augusto. *O processo civil como estratégia de poder: Reflexo da judicialidade da Política no Brasil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

SILVA, José Afonso da. SILVA, José Afonso. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. São Paulo: Malheiros, 2000.

_____. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. São Paulo: Malheiros, 2001.

_____. *Comentário contextual à Constituição*. São Paulo: Malheiros, 2006.

SILVA NETO, Manoel Jorge e. *Curso Básico de Direito Constitucional*. Rio de Janeiro: Lúmen Iuris, 2004.

SOUZA JÚNIOR, Aduar Quirino do Nascimento. *Efetividade das decisões judiciais e meios de coerção*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2003.

STRECK, Lênio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

_____. *A dupla face do princípio da proporcionalidade e o cabimento do mandado de segurança em matéria criminal: superando o ideário liberal – individualista – clássico*.

TARTUCE, Flávio. *A responsabilidade civil subjetiva como regra geral do novo Código Civil*. Disponível em: <http://www.flaviotartuce.adv.br/secoes/artigos/Tartuce_respcivil.doc> Acesso em 10 julho de 2006.

TAVARES, André Ramos. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2003.

TEIXEIRA, Antônio Edílio Magalhães. *A razoável duração do processo ambiental*. Dissertação de mestrado defendida e aprovada em 11 de novembro de 2006, pela Universidade Federal de Pernambuco, na linha de pesquisa Direitos Fundamentais e democracia. Ainda não publicada.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Celeridade e efetividade da prestação jurisdicional . Insuficiência da reforma das leis processuais*. In Revista de processo nº125 – Atualidades nacionais. Ano 30. São Paulo: Revista dos Tribunais. julho 2005.

TRAPET, Marie-Dominique. *Célérité et qualité de la justice: La gestion du temps dans le procès*. France, juin, 2004. Disponível em: <<http://www.justice.gouv.fr/publicat/rapport-magendie.pdf>> Acesso em 14 de agosto de 2005>.

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

VASCONCELLOS, Maria José Esteves. *Pensamento sistêmico: o novo paradigma da ciência*. São Paulo: Papyrus, 2002.

Legislação

BRASIL. Congresso Nacional. Constituição da República Federativa do Brasil, promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em 19 de junho de 2007.

BRASIL. Congresso Nacional. Lei nº5.869, de 11 de janeiro de 1973 – Institui o Código de Processo Civil Brasileiro e as recentes alterações em seu texto: Lei nº11.112/05; Lei nº11.187/05; Lei nº11.232/05; Lei nº11.277/06; Lei nº11.276/06 e Lei nº11.280/06; Lei nº11.341/06; Lei nº11.441/07. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L5869compilada.htm>. Acesso em 19 de junho de 2007.

BRASIL. Congresso Nacional. Lei nº9.099/95 – Institui os Juizados Especiais Cíveis e Criminais. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9099.htm>. Acesso em 19 de junho de 2007.

BRASIL. Congresso Nacional. Lei nº10.259/01 – Instituiu os Juizados Especiais Federais Cíveis e Criminais. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/LEIS_2001/L10259.htm>. Acesso em 19 de junho de 2007.

BRASIL. Congresso Nacional. Lei n 10.406 de 10 de janeiro de 2002 – Institui o Código de Processo Civil brasileiro. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/L10406.htm>. Acesso em 19 de junho de 2007.

BRASIL. Congresso Nacional. Lei Complementar nº35, de 14 de março de 1979. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/LCP/Lcp35.htm>. Acesso em 19 de junho de 2007.

BRASIL. Pacto de Estado em favor de um Judiciário mais rápido e republicano. Disponível em: <http://www.trf4.gov.br/trf4/upload/arquivos/emagis_prog_cursos/cpc_pacto.pdf>. Acesso em 18 de maio de 2007.

CÂMARA DOS DEPUTADOS. Proposta de Emenda Constitucional nº29 de 2000, da Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania, ou PEC n 96 de 1999, na Câmara dos Deputados. Disponível em <<http://www6.senado.gov.br/sicon/ListaReferencias.action?codigoBase=4&codigoDocument>

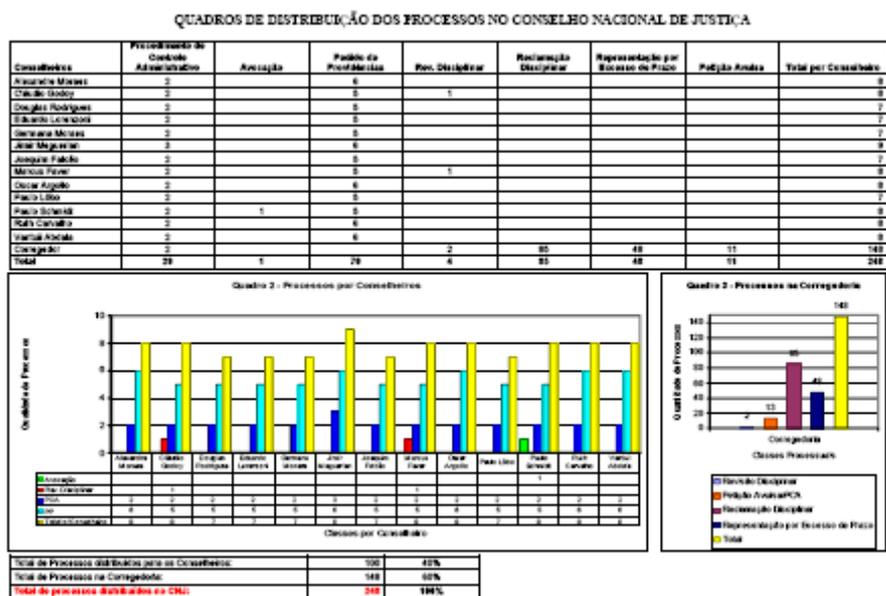
o=44577>. Introduz modificações na estrutura do Poder Judiciário. Acesso em: 21 de janeiro de 2005.

Decreto nº678, de 6 de novembro de 1992. <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D0678.htm>. Acesso em: 22 de junho de 2007.

ESPANHA. Constituição, 1978. Disponível em: <<http://www.tribunalconstitucional.es/CONSTITUICION.html>>. Acesso em: 21 de novembro de 2006.

ANEXO 1 - Estatísticas do Conselho Nacional de Justiça sobre a relação entre a quantidade e tempo de duração das Representações por Excesso de Prazo

Em 13 de setembro de 2005:



Em 19 de dezembro de 2006:

Tabela 1
Processos Recebidos, Baixados, Solucionados, Exame Inicial e Fase de Instrução
Solucionados por Conselho/Corregedoria/Secretaria Processual em Relação aos Recebidos e ao Total

	Recebidos		Solucionados		% % Total		Baixados		% % Total		Aguardando Exame Inicial		% % Total		Em Fase de Instrução		% % Total		Aguardando Exame Inicial		% % Total	
	Nº	%	Nº	%	Nº	%	Nº	%	Nº	%	Nº	%	Nº	%	Nº	%	Nº	%	Nº	%	Nº	%
CONSELHORIA NACIONAL DE JUSTIÇA	1517	47,00%	910	59,99%	24,10%	590	38,90%	18,28%	328	21,09%	9,91%	4	,26%	,12%	131	21,82%	10,25%	272	17,99%	6,43%		
SECRETARIA-GERAL / PROCEL/QUAL	428	13,01%	347	82,62%	18,75%	273	65,90%	8,46%	74	17,62%	2,29%	0	,00%	,00%	2	,48%	,06%	71	16,96%	2,20%		
ALEXANDRE DE MORAES	104	3,22%	80	85,58%	2,76%	74	71,15%	2,29%	15	14,42%	,69%	9	8,65%	,38%	3	2,88%	,09%	3	2,88%	,09%		
PAULO SCHMIT	102	3,16%	81	81,37%	2,57%	67	65,69%	2,05%	16	15,68%	,59%	5	4,90%	,15%	12	11,76%	,17%	2	1,96%	,06%		
GERMANA MORAES	114	3,53%	82	71,93%	2,54%	58	50,88%	1,80%	24	21,05%	,74%	7	6,14%	,22%	21	20,18%	,27%	2	1,75%	,06%		
WALTER ABDAJA	96	2,97%	81	84,38%	2,51%	59	61,46%	1,83%	22	22,92%	,68%	0	,00%	,00%	11	13,54%	,48%	2	2,00%	,06%		
DOUGLAS ROdrigues	95	2,94%	80	84,21%	2,48%	61	66,32%	1,85%	17	17,89%	,53%	5	5,26%	,15%	10	10,53%	,17%	0	,00%	,00%		
CLÁUDIO GODOY	103	3,16%	78	75,73%	2,42%	74	71,84%	2,29%	4	3,88%	,12%	7	6,80%	,22%	18	17,48%	,56%	0	,00%	,00%		
RUTH CARVALHO	102	3,16%	74	72,55%	2,29%	62	60,78%	1,82%	12	11,74%	,17%	2	1,96%	,06%	24	23,53%	,24%	2	1,96%	,06%		
PAULO LÔBO	108	3,30%	74	74,90%	2,29%	65	65,80%	2,01%	9	9,09%	,28%	18	18,00%	,31%	16	16,00%	,58%	0	,00%	,00%		
EDUARDO LENCINA	95	2,94%	71	76,84%	2,36%	57	60,00%	1,77%	16	16,84%	,59%	6	6,32%	,19%	11	13,68%	,48%	3	3,16%	,09%		
MARCELO FAVER	07	,00%	71	71,30%	2,30%	56	57,73%	1,75%	15	15,46%	,69%	8	8,25%	,25%	16	16,48%	,58%	2	2,04%	,06%		
OSCAR ARGOLLO	91	2,82%	69	75,82%	2,14%	58	61,74%	1,80%	11	12,09%	,34%	5	5,40%	,15%	15	16,48%	,46%	2	2,20%	,06%		
JOAQUIM FALCÃO	95	2,94%	51	55,79%	1,64%	46	48,42%	1,43%	7	7,37%	,22%	2	2,11%	,06%	39	41,05%	1,23%	1	1,05%	,03%		
JURAIR ARAM MEGREHAN	03	,00%	40	53,33%	1,52%	36	38,71%	1,12%	13	13,68%	,49%	3	3,21%	,09%	18	40,86%	1,18%	3	3,21%	,09%		
NELSON JOBIM	3	,00%	-	-	-	3	100,00%	,09%	-	-	-	0	,00%	,00%	-	-	-	-	-	-	-	-
ELLEN GRACIE	1	,03%	-	-	-	1	100,00%	,03%	-	-	-	0	,00%	,00%	-	-	-	-	-	-	-	-
TOTAL	1228	100,00%	2213	68,66%	1642	59,87%			575	17,87%	79	2,34%		573	17,75%		365	11,11%				

Fonte: Dados extraídos da base de dados SICJ - 19/12/2006 - 14:21:52.

