



UNIVERSIDADE  
ESTADUAL DE LONDRINA

---

MIRIAM ODEBRECHT CARVALHO DE MENDONÇA

**O DIREITO FUNDAMENTAL À RAZOÁVEL DURAÇÃO DO  
PROCESSO**

Londrina  
2011

MIRIAM ODEBRECHT CARVALHO DE MENDONÇA

**O DIREITO FUNDAMENTAL À RAZOÁVEL DURAÇÃO DO  
PROCESSO**

Dissertação apresentada ao Curso de Mestrado, em Direito Negocial, na área de Direito Processual Civil, da Universidade Estadual de Londrina - UEL, como requisito parcial para obtenção do título de Mestre.

Orientador: Prof. Dr. Marcos Antonio Striquer Soares.

Londrina  
2011

**Catálogo na publicação elaborada pela Divisão de Processos Técnicos da  
Biblioteca Central da Universidade Estadual de Londrina.**

**Dados Internacionais de Catalogação-na-Publicação (CIP)**

M539d Mendonça, Miriam Odebrecht Carvalho de  
O direito fundamental à razoável duração do processo. / Miriam Odebrecht  
Carvalho de – Londrina, 2011.  
110f.

Orientador: Dr. Marcos Antonio Striquer Soares.  
Dissertação (Mestrado em Direito Negocial) – Universidade Estadual de  
Londrina, Centro de Estudos Sociais Aplicado, Programa de Pós-Graduação  
em Direito Negocial, 2011.

1. Direito – Teses. 2. Razoabilidade – Teses. 3. Duração – Teses. 4.  
Processo – Teses.. I. Mendonça, Miriam Odebrecht Carvalho de. II.  
Universidade Estadual de Londrina. Centro de Estudos Sociais Aplicado.  
Programa de Pós-Graduação em Direito Negocial. III. Título.

CDU 343.02

MIRIAM ODEBRECHT CARVALHO DE MENDONÇA

**O DIREITO FUNDAMENTAL À RAZOÁVEL DURAÇÃO DO  
PROCESSO**

Dissertação apresentada ao Curso de Mestrado, em Direito Negocial, na área de Direito Processual Civil, da Universidade Estadual de Londrina - UEL, como requisito parcial para obtenção do título de Mestre.

**BANCA EXAMINADORA**

---

Prof. Dr. Marcos Antonio Striquer Soares  
UEL – Londrina - PR

---

Prof. Dr. Vicente de Paula Marques Filho  
UEL – Londrina - PR

---

Prof<sup>a</sup>. Dra. Sônia Letícia de Mello Cardoso  
UEM – Maringá -PR

Londrina, \_\_\_\_ de \_\_\_\_\_ de 2011.

**Ao meu amigo, companheiro e marido, pela crença em minha vitória na vida profissional, pelo apoio e amor incondicional, em todos os momentos. Aos meus pais, pelos ensinamentos sempre constantes na arte da leitura e da gramática, pelos apontamentos sempre certos e precisos.**

## **AGRADECIMENTOS**

Agradeço primeiramente a Deus, por ter me concedido fé e perseverança mesmo nos momentos mais difíceis dessa jornada.

Ao meu marido, Maruan Caldarelli, pela paciência, pelo amor e apoio nos momentos cruciais de minha vida.

Aos meus pais, por todo o incentivo, torcida e dedicação que sempre dispuseram comigo, sendo eles meus professores da maior das disciplinas: a vida.

Ao meu professor orientador Dr. Marcos Antonio Striquer Soares, pelo longo processo de aprendizado, pela amizade, pela paciência e pelo seu precioso tempo, tendo iluminado minha alma com conhecimentos que levarei por toda minha vida profissional.

A todos os meus colegas que me acompanharam nestes anos, por toda a atenção e companheirismo, e a todos que, de alguma forma, contribuíram para a concretização e finalização desta pós-graduação *stricto sensu*.

*"Que, é pois, o tempo? Quem poderá explicá-lo clara e brevemente? Quem poderá apreender, mesmo só com o pensamento, para depois nos traduzir por palavras o seu conceito? E que assunto mais familiar e mais batido nas nossas conversas do que o tempo? Quando dele falamos, compreendemos o que dizemos. Compreendemos também o que nos dizem quando dele nos falam. O que é, por conseguinte, o tempo? Se ninguém mo perguntar, eu sei; se o quiser explicar, a quem me fizer a pergunta, já não sei." (Santo Agostinho)*

MENDONÇA, Miriam Odebrecht Carvalho de. **O direito fundamental à razoável duração do processo.** 2011. 110 f. Dissertação (Mestrado em Direito Negocial) - Universidade Estadual de Londrina, Londrina, 2011.

## RESUMO

A presente dissertação analisa um dos mais recentes e importantes princípios norteadores do Direito, inseridos de forma explícita na Constituição Federal, qual seja "O Direito à Razoável Duração do Processo, Artigo 5º, Inciso LXXVIII". Para isso, inicialmente, partiu-se de um estudo centrado na Constituição Federal, com uma breve análise sobre os direitos fundamentais, para, somente então, adentrar-se ao "mundo processual", buscando a averiguação de alguns de seus conceitos e pinceladas no exame de seus institutos, vez que as próprias tutelas de urgência inseridas no Código de Processo Civil têm estreita ligação com o fator tempo. Após, procurou-se esclarecer o que vem a ser este princípio e sua contribuição para o mundo jurídico. Partindo destes estudos é possível perceber a seriedade com que se deve ater na aplicação de tal princípio por ser um dos contribuidores para alcançar a tão almejada Justiça, pois a morosidade processual é vista, hodiernamente, como fator preponderante da não efetivação da tutela jurisdicional, o que, conseqüentemente, repele o acesso à justiça. Por fim, é possível concluir que o legislador cuidou de disponibilizar instrumentos para facilitar a aplicação de tal princípio nos casos concretos.

**Palavras-chave:** Direito. Razoabilidade. Duração. Processo.

MENDONÇA, Miriam Odebrecht Carvalho de. **The reasonable length of process basal right.** 2011. 110 p. Dissertation (Master's degree of laws negotiating) - Londrina State University, Londrina, 2011.

### **ABSTRACT**

This dissertation examines one of the most recent and important guiding principles of law, included explicitly in the Constitution, which is "The Right of Reasonable Length of Process, Article 5, Item LXXVIII". Therefore, initially, this started from a study focusing on the Federal Constitution, with a brief analysis on the fundamentals rights, for, only then, enter into the "procedural world", seeking to investigate some of its concepts and examines its institutes, rather than the actual urgency protections included in the Civil Procedure Code have a close liaison with the time factor. After, had tried to clarify what is this principle and its contribution to the legal world. Based on these studies it is possible to realize the seriousness with which should stick in the application of this principle, as one of the contributors to achieve the longed-for justice, once the lengthy procedure is seen in our times, as a major factor of non-effectiveness of judicial protection, the which, in turn, repels the access to justice. Finally, the conclusion is that the legislator took care to provide tools that facilitate the application of this principle into the factual cases.

**Key-words:** Law. Reasonableness. Length. Process.

## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO</b> .....	10
<b>1 A CONSTITUIÇÃO COMO NORMA SUPREMA</b> .....	12
1.1 CONCEITO DE CONSTITUIÇÃO .....	13
1.2 SUPREMACIA DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS .....	17
1.3 EFICÁCIA E APLICABILIDADE DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS .....	21
<b>2 DIREITOS FUNDAMENTAIS</b> .....	26
2.1 SURGIMENTO E CONCEITO .....	29
2.2 DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS .....	32
2.3 IMPORTÂNCIA DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS .....	37
<b>3 DIREITO E PROCESSO</b> .....	41
3.1 CONCEPÇÃO DE DIREITO .....	41
3.2 FUNÇÃO DO DIREITO E DO PODER NA FORMAÇÃO E DESENVOLVIMENTO DE UMA SOCIEDADE HUMANA .....	43
3.3 ORDENAMENTO JURÍDICO .....	44
3.4 JURISDIÇÃO .....	47
3.5 PROCESSO .....	50
<b>4 O DIREITO À RAZOÁVEL DURAÇÃO DO PROCESSO</b> .....	53
4.1 RAZOÁVEL DURAÇÃO DO PROCESSO A PARTIR DO RESPEITO AO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO .....	58
4.2 ALGUNS MOTIVOS QUE ENSEJAM A MOROSIDADE PROCESSUAL .....	63
4.2.1 Da Precariedade da Estrutura Física .....	63
4.2.2 Do Reduzido Número de Juízes e Demais Serventuários da Justiça .....	64
4.2.3 Do Modus Operandi dos Julgadores .....	65
4.2.4 O Papel dos Demais Poderes (Legislativo e Executivo) .....	66
4.2.5 Dos Advogados .....	67
4.2.6 Dos Órgãos Representantes de Classe como: Promotoria, PROCON, Partidos Políticos, Dentre Outros .....	68

4.3	CRITÉRIOS BALIZADORES DO TEMPO NO PROCESSO .....	68
4.3.1	Complexidade da Causa e Necessidade de Provas Periciais Complexas .....	68
4.3.2	Quantidade de Partes .....	70
4.3.3	Comportamento do Demandante e do Demandado .....	71
4.3.4	Carta Precatória.....	72
4.4	REMÉDIOS ACELERADORES DO TEMPO NO PROCESSO .....	73
4.4.1	Reclamação na Corregedoria .....	73
4.4.2	Mandado de Segurança contra o Processo que Demora Irrazoavelmente .....	75
<b>5</b>	<b>EFETIVIDADE DO DIREITO A RAZOÁVEL DURAÇÃO DO PROCESSO</b>	
	<b>    ATRAVÉS DAS TUTELAS DE URGÊNCIA .....</b>	<b>77</b>
5.1	A ADEQUADA TUTELA JURISDICONA PRESTAD PEL DIREITO FUNDAMENTAL À RAZOÁVEL DURAÇÃO DO PROCESSO .....	82
5.2	A COGNIÇÃO PROCESSUAL E SUA CONGRUÊNCIA COM O TIPO DE TUTELA A SER PRESTADA .....	87
5.3	TENSÃO ENTRE SEGURANÇA JURÍDICA E EFETIVIDADE PROCESSUAL.....	91
5.4	OUTRAS TÉCNICAS ASSEGURADORAS DA EFETIVIDADE DO PROCESSO DIFERENTES DA TUTELA DE URGÊNCIA.....	93
<b>6</b>	<b>MÉTODOS EXTRAJUDICIAIS DE SOLUÇÃO DE CONFLITOS.....</b>	<b>97</b>
6.1	A ARBITRAGEM .....	97
6.2	A MEDIAÇÃO .....	99
	<b>CONCLUSÃO .....</b>	<b>102</b>
	<b>REFERÊNCIAS.....</b>	<b>104</b>

## INTRODUÇÃO

Reza o inciso LXXVIII do Art. 5º da Constituição Federal que "a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação". O tema, objeto da presente dissertação, parte deste item, e mostra, de forma inconfundível, a ligação entre os direitos processual e constitucional. Ora, é direito processual, uma vez que versa sobre a lentidão do judiciário no julgamento de suas questões, pretendendo-se evidenciar a importância da celeridade processual, aliada as alternativas que se podem utilizar para tanto; é direito constitucional já que trata de um princípio inserto na Constituição Federal do Brasil, exatamente no capítulo que aborda os direitos fundamentais.

Portanto, nada mais justo do que iniciar o trabalho analisando-se o aspecto do direito constitucional tratado neste princípio, e, posteriormente, considerando que o direito é um sistema único e harmônico, sua conexão com o ramo ou disciplina do direito processual civil. O que se fará, de início, ventilando-se um estudo na Constituição, passando-se para os direitos fundamentais, e, por fim, para o direito processual.

Após isso, se adentrará na preocupação central da presente: a razoável duração do processo. Para tanto, tomou-se o cuidado de cunhar sua importância no cenário político e social atual, partindo-se do respeito ao Estado Democrático de Direito, embrenhando-se nos motivos que emolduram o atraso do processo, definindo os critérios que podem (poderiam) limitar seu tempo, além de alguns recursos aceleradores do litígio.

No Brasil já existem técnicas legais capazes de antecipar o pleito: as tutelas de urgência. Todavia, por se tratarem de proteção provisória, a cognição do julgador não é plena, o que não satisfaz, por completo, o direito à razoável duração do processo. Nesse ínterim, surge o debate entre a segurança jurídica, prestada por meio da completa cognição do processo pelo juiz e a efetividade processual, que acaba gerando esse dever de se decidir urgentemente e rapidamente a lide. Vê-se que a doutrina se centrou na discussão sobre a pré-existência do direito em epígrafe, comparando-o e interpretando-o com outros direitos e princípios a ele relacionados. No entanto, ainda subsistem outras questões a serem desmistificadas sobre o assunto, tais como: os meios que poderão torná-lo efetivo, os meios de

garantir a celeridade na tramitação do processo judicial e administrativo e a (in) existência desses mecanismos. O trabalho, porém, estará limitado a explorar essas questões no âmbito judicial devido a dimensão a que o estudo poderá chegar, podendo comprometer o resultado pretendido.

Possíveis soluções para as questões suscitadas evidenciam a problematização do presente trabalho, cujo escopo é contribuir para o debate doutrinário e para a adequada aplicação do direito fundamental à razoável duração do processo no âmbito judicial.

Isso implica mudança de postura do cientista e do operador do direito, bem como a revisão de alguns institutos do processo civil, de modo a permitir que novos instrumentos sejam criados e colocados à disposição dos cidadãos para a solução dos conflitos de interesses.

A produção científica no campo jurisdicional aponta desafios intensos a serem vencidos pelo cientista e pelo intérprete, notadamente, pelo fato de que os tempos são outros e a leitura dos institutos processuais deve ser feita pela lente adequada, para que o discurso normativo possa alcançar a efetividade tão almejada. O processo eletrônico, surgiu, aqui, como excelente meio de progressão do direito à razoável duração do processo, o que não exclui os métodos extrajudiciais, como, por exemplo, a mediação e a arbitragem, que muito contribuem para a satisfação dos litígios em um prazo mais curto, já que menos utilizadas e divulgadas. Assim, é imperioso admitir que o estudo proposto requer atenção apurada dos cientistas de modo a garantir aos jurisdicionados um Poder Judiciário que cumpra adequadamente sua função de pacificação social, aplicando eficazmente o Direito. Em síntese, o ideal buscado é justamente a estruturação de um ordenamento que apresente solução para um número cada vez maior de situações, posto que a sociedade está sempre em constante evolução, cujo movimento é acompanhado pelas relações sociais.

## 1 A CONSTITUIÇÃO COMO NORMA SUPREMA

Por meio de breve estudo histórico é possível saber que as constituições surgiram em tempos de contraposição ao absolutismo de determinados governos, e que o homem tomava consciência de que, sendo livre, deveria se opor aos regimes individualistas e criar um sistema que pudesse proporcionar uma vida mais digna. Assim nasceram as constituições, buscando organizar o Estado, garantir sua finalidade e acabar com o arbítrio e a força. No entanto, ao longo dos tempos, as constituições evoluíram, organizando e impondo cada vez mais limites à estrutura estatal.

A Constituição Federal Brasileira também é conhecida pelas expressões Magna Carta, Lei Fundamental, Lei Suprema, Lei das leis ou Lei maior.

É a norma que organiza, regulamenta, dita, ou seja, dispõe sobre diversos assuntos como a forma de governo, organização dos poderes públicos, distribuição das competências, bem como o verdadeiro exercício da cidadania.

Trata-se de um documento que estabelece regras e princípios, sendo fundamental para a entidade política autônoma, Estado, pois através desta lei é limitado o Poder, mantida e controlada a ordem, que se estende a todas as demais normas inferiores.

Portanto, a Constituição "é, pois, a norma de todas as outras normas, o fundamento da autoridade de todos os poderes constituídos"<sup>1</sup>.

Prelecionam, assim, alguns juristas, como:

Celso Ribeiro Bastos:

[...] não se dá conteúdo à Constituição a partir das leis. A fórmula a adotar-se para a explicitação de conceitos opera sempre 'de cima para baixo', o que serve para dar segurança em suas definições. O postulado da supremacia da Constituição repele todo o tipo de interpretação que venha de baixo, é dizer, repele toda a tentativa de interpretar a Constituição a partir da lei. O que cumpre ser feito é sempre o contrário, vale dizer, procede-se à interpretação do ordenamento jurídico a partir da Constituição<sup>2</sup>.

---

<sup>1</sup> CAETANO, Marcelo. **Direito constitucional**. Rio de Janeiro: Forense, 1987. p. 401.

<sup>2</sup> BASTOS, Celso Ribeiro. **Hermenêutica e interpretação constitucional**. 2.ed. São Paulo: Celso Bastos Editor, 1999. p.101/102.

Pinto Ferreira leciona:

Destarte, pode-se verificar o elemento decisivo formando a marca dominante de uma Constituição: ela é a lei fundamental do Estado, ou, por outras palavras, a ordem jurídica fundamental do Estado. Essa ordem jurídica fundamental se baseia no ambiente histórico-social, econômico e cultural onde a Constituição mergulha as suas raízes. As Constituições são, assim, documentos que retratam a vida orgânica da sociedade, e nenhuma delas foge ao impacto das forças sociais e históricas que agem sobre a organização dos Estados.<sup>3</sup>

José Afonso da Silva:

A constituição é algo que tem, como forma, um complexo de normas (escritas ou costumeiras); como conteúdo, a conduta humana motivada pelas relações sociais (econômicas, políticas religiosas, etc.); como fim, a realização dos valores que apontam para o existir da comunidade; e; finalmente, como causa criadora e recriadora, o poder que emana do povo.<sup>4</sup>

Ora, o constitucionalismo não é somente uma conquista e um legado do passado; é, certamente, o legado mais importante do século XX e ainda será no século XXI. Mas a Constituição, enquanto conquista, programa e garantidora substancial dos direitos individuais e sociais, depende fundamentalmente de mecanismos que assegurem as condições de possibilidade para a implementação do seu texto, assim como ocorre com o inciso LXVIII , do art. 5º, da Constituição Federal.

### 1.1 CONCEITO DE CONSTITUIÇÃO

A Constituição Federal é a norma superior com intuito de organizar o Estado e, sobretudo as garantias e direitos individuais dos cidadãos. Estabelece-se como norma supra-legal, uma vez que possui eficácia sobre as demais normas, que a ela se submetem.

O Estado quando politicamente organizado, naturalmente acaba por constituir seus fundamentos e objetivos, forma e regime de governo e, sobretudo preocupa-se em resguardar os direitos fundamentais do homem.

---

<sup>3</sup> FERREIRA, Pinto. **Curso de direito constitucional**. 9.ed. São Paulo: Saraiva, 1998. p. 9.

<sup>4</sup> SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 32.ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 39.

Existem tipicamente três formas de abordar o fenômeno da criação de uma Constituição, e, em geral, estas são analisadas sob o aspecto sociológico, político ou jurídico.

a) visão sociológica da Constituição ou também denominado sociologismo constitucional - a estrutura de organização política da sociedade resultaria da soma dos fatores reais de poder que regem a sociedade.

Para ela, o conjunto de forças políticas, econômicas e sociais, atuam estabelecendo uma realidade, um sistema de poder. Seria esta a Constituição real do Estado. A Constituição jurídica seria limitada a converter esses fatores reais de poder em instituições jurídicas. Essa concepção é associada a Ferdinand Lassalle<sup>5</sup>. José Afonso da Silva<sup>6</sup>, pondera em sua obra clássica, que

Ressalvadas as posições particulares, o sociologismo constitucional fundamenta-se nas seguintes afirmações:

- a) a Constituição é primordialmente uma forma de ser, e não de dever ser;
- b) a Constituição é imanência das situações e estruturas sociais do presente, que, para uma grande parte do pensamento do século XIX - e não somente para Marx - se identificam com situações e relações econômicas;
- c) a Constituição não se sustenta numa norma transcendente, pois a sociedade tem sua própria "legalidade", que é rebelde à pura normatividade e não se deixa dominar por ela; o ser tem sua própria estrutura, da qual emerge ou à qual deve adaptar-se o dever ser;
- d) enfim, se, no que respeita ao direito, a concepção da Constituição gira sobre o momento de validade, a concepção sociológica o faz sobre a vigência, considerada esta como praticidade e efetividade das normas, na verdade como eficácia social da regra jurídica.

b) visão política da Constituição ou concepção decisionista - Neste caso a Constituição representa simplesmente a descoberta da decisão política fundamental de uma comunidade, ou seja, no conjunto de princípio e regras estabelecidos para ordenar o exercício do poder político. Essa concepção é associada a Carl Schmitt: "sólo es posible un concepto de constitución cuando se distinguen constitución y ley constitucional."<sup>7</sup>

Tal premissa levou Michel Temer a doutrinar que: "Aquela (a Constituição) é a decisão concreta de conjunto sobre o modo e forma de existência da unidade política [...] tudo como fruto da decisão política que é tomada em certo

<sup>5</sup> LASSALE, Ferdinand. **Que é uma constituição?**. Fonte Digital, São Paulo, 1933. Disponível em: <<http://www.ebooksbrasil.org/eLibris/constituicao1.html>>. Acesso em: 22.dez. 2009.

<sup>6</sup> SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 7.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 22-23.

<sup>7</sup> Exposta em sua obra **Teoría de la constitución**. México: Ed. Nacional, 1961.

momento" <sup>8</sup> Assim, o que não diga respeito à forma de Estado, à forma de governo, aos órgãos governamentais e aos direitos individuais, embora escrito na Constituição, é simplesmente Lei Constitucional.

c) visão jurídica da Constituição ou também conhecida por concepção positivista - Nesta visão, a Constituinte é, antes de tudo, norma jurídica, componente de um determinado ordenamento jurídico, concebido como estrutura formal. A ordem jurídica é um sistema escalonado de regras, normas, onde a Constituição se encontra no topo como fundamento de validade de todas as demais normas que o integram. Para Hans Kelsen (principal teórico do positivismo jurídico do Século XX), há uma norma hipotético-fundamental que serve de fundamento de validade da Constituição.

A "Constituição jurídica não configura apenas a expressão a uma dada realidade", como defendia Ferdinand Lassalle, nem se resume a um simples "pedaço de papel", pois "graças ao seu elemento normativo, ela ordena e conforma a realidade política social"<sup>9</sup>.

Possui basicamente três características: a) a supremacia por ser lei Fundamental, e referir-se a própria soberania do Estado; b) a supralegalidade advinda pelo Poder Constituinte Originário, de onde deriva as demais normas; c) e imutabilidade relativa onde a norma constitucional necessita de um processo mais complexo para que seja modificada.

Para o autor José Afonso da Silva a constituição é:

[...] um sistema de normas jurídicas, escritas ou costumeiras, que regula a forma do Estado, a forma do Estado, a forma de seu governo, o modo de aquisição e o exercício do poder, o estabelecimento de seus órgãos e os limites de sua ação. Em síntese, é o conjunto de normas que organiza os elementos constitutivos do Estado.<sup>10</sup>

Ora, uma Constituição pode ser analisada sob diversos aspectos. Em que pese ser um tema não uniformemente abordado pelos doutrinadores, há um certo consenso quanto aos seguintes critérios: conteúdo, origem, forma, extensão, estabilidade e modo de elaboração.

---

<sup>8</sup> TEMER, Michel. **Elementos de direito constitucional**. 16.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p.17-18.

<sup>9</sup> MARTIGNAGO, Gisella. Resenha de: Hesse, Konrad. A força normativa da constituição. Porto Alegre: Fabris, 1991. **Revista de direito constitucional e internacional**, São Paulo, n. 64, p. 178, jul.-set. 2008.

<sup>10</sup> SILVA, op. cit., 2009, p. 37 e 38.

**Quanto ao conteúdo:** são classificadas como formais e materiais.

Formais: qualquer norma escrita inserida no Texto Constitucional que regula a forma de produção das demais normas infra-constitucionais e limita o seu conteúdo.

Materiais: são as normas que se referem aos aspectos essenciais da estrutura e formação do Estado

**Quanto a origem:** outorgadas ou promulgadas.

Promulgadas - elaboradas por um órgão constituinte compostos por representantes eleitos pelo povo. Vale mencionar que a Constituição brasileira em vigência, foi promulgada pela Assembléia Constituinte no ano de 1988, e que dia 5 de outubro comemora-se o Dia da Promulgação da Atual Constituição Brasileira.

Outorgadas - imposta pelo governante, sem discussão e votação por um órgão constituinte.

**Quanto a forma:** escrita, não escrita ou consuetudinárias.

Escritas - as regras estão codificadas em um texto único.

Não escritas - resulta de leis, costumes ou jurisprudências esparsas em diversos textos constitucionais.

**Quanto a extensão:** sintéticas ou analíticas

Sintéticas - dispõe somente sobre os aspectos essenciais para organização e formação do Estado, possui poucos artigos.

Analíticas - dispõe sobre as mais diversas matérias no corpo da Constituição, abrange temas que poderiam ser objeto de leis infraconstitucionais

**Quanto a estabilidade:** rígidas, flexíveis e semi-rígidas.

Rígidas - as alterações na Constituição exigem um procedimento especial mais rigoroso do que o exigido para as normas infraconstitucionais (leis ordinárias e complementares).

Flexíveis - não exigem procedimento especial para alteração da Constituição. Semi-rígidas - contém uma parte flexível e outra rígida.

**Quanto ao modo de elaboração:** dogmáticas ou históricas.

Dogmáticas - é a que consagra certos dogmas do direito e da ciência política dominantes no momento. É sempre escrita, em um texto único, consolidado. As constituições dogmáticas podem ser: ortodoxas (baseadas em um único ideal) e ecléticas (baseadas nos mais diversos ideais, o que resulta em um agrupamento de forças políticas existentes em um determinado momento histórico). Históricas - é não escrita e resultante de lenta formação histórica, do evoluir das tradições e dos fatos

sócio-políticos, que se consolidam como normas fundamentais de determinado Estado. Como exemplo de Constituição não escrita e histórica, temos a Constituição do Reino Unido, formado pela Grã Bretanha e Irlanda do Norte. Além disso, são considerados elementos de uma Constituição<sup>11</sup>:

- a) Elementos orgânicos - normas sobre a estrutura do Estado e seu poder.
- b) Elementos limitativos - limita a atuação do Estado sobre os direitos individuais, com base em um conjunto de direitos e garantias fundamentais.
- c) Elementos sócioideológicos - prescreve a atuação social do Estado (intervencionista ou liberal).
- d) Elementos de estabilização constitucional - normas para defesa da Constituição (ações diretas, intervenção federal, estado de sítio, estado de defesa).
- e) Elementos formais de aplicabilidade - regras sobre a correta aplicação da Constituição.

A Constituição Federal Brasileira, enquadra-se nas seguintes classificações: formal, escrita, dogmática, promulgada, rígida e eclética.

## 1.2 SUPREMACIA DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS

De forma a evitar conflitos de ordem jurídica, o ordenamento jurídico mantém a constituição federal como o ápice de uma pirâmide onde as demais normas só possuem validade se forem fundamentadas no texto constitucional. De primordial importância mencionar o jurista Hans Kelsen no que tange a tal assunto a ser explanado. Difusor do sistema piramidal de normas, Kelsen, simplifica de forma prática:

A ordem jurídica não é um sistema de normas jurídicas ordenadas no mesmo plano, situadas umas ao lado das outras, mas é uma construção escalonada de diferentes camadas ou níveis de normas jurídicas. A sua unidade é produto da relação de dependência que resulta do fato de a validade de uma norma, se apoiar sobre essa outra norma, cuja produção, por seu turno, é determinada por outra, e assim por diante, até abicar finalmente na norma fundamental -pressuposta. A norma fundamental

---

<sup>11</sup> Ibid., p. 44 e 45.

hipotética, nestes termos - é, portanto, o fundamento de validade último que constitui a unidade desta interconexão criadora.<sup>12</sup>

Para que o Estado subsista de forma democrática de direito<sup>13</sup>, é fundamental que a supremacia da constituição impere, gerando o chamado Estado Constitucional, já que a Constituição nada mais é que o conjunto de aspirações da população. Canotilho<sup>14</sup> discorre sobre quatro importantes elementos constitutivos do princípio do Estado de direito decorrentes da supremacia da norma constitucional, que são: a vinculação do legislador à Constituição; a vinculação de todos os atos do Estado à Constituição; o princípio da reserva da Constituição; e força normativa da Constituição.

A vinculação do legislador à Constituição prevê que as leis só podem ser elaboradas pelo órgão competente para tal, da forma pré-estabelecida e seguindo o procedimento obrigatório. Todos estes requisitos estão presentes na Constituição, que é a norma das normas.

A vinculação de todos os atos do Estado à Constituição exige que o proceder dos poderes públicos devem estar de acordo, intrínseca e formalmente, com os preceitos constitucionais. O princípio da reserva da Constituição, por seu turno, garante que determinadas questões, atinentes à organização política, por exemplo, devem ser adstritas à regulamentação por parte da Carta Magna, não sendo passíveis, assim, de alterações advindas de leis ordinárias. Por fim, como último corolário da supremacia constitucional, segundo o catedrático português, temos a força normativa da Constituição, segundo a qual, havendo normatização feita pela Lei Fundamental, não poderá esta ser postergada, por outra lei, invocando-se para tal, superiores interesses da nação, ou ainda fundamentos políticos.<sup>15</sup>

Qualquer conflito ou contrariedade com o estabelecido na constituição viola um dos princípios essenciais, qual seja, justamente o da Supremacia da Constituição, comprometendo assim toda a harmonia do ordenamento.

Válido mencionar a lição de Rui Barbosa<sup>16</sup>,

<sup>12</sup> KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 1994. p. 247.

<sup>13</sup> Admirável é o magistério de Manoel Gonçalves Ferreira Filho, que registra: "a democracia que é possível na realidade consiste no governo de uma minoria democrática, ou seja, por uma elite formada conforme a tendência democrática, renovada de acordo com o princípio democrático, voltada para o interesse popular: o bem comum". (FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **A democracia possível**. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 1974. p. 27)

<sup>14</sup> Entendimento esposado em sua obra: **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7.ed. Coimbra: Almedina, 2004. p. 246, 247 e 248.

<sup>15</sup> AZEVEDO, Pedro Pontes de. **Normas constitucionais inconstitucionais oriundas do poder constituinte originário**. 2003. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/>>. Acesso em: 16 jan. 2010.

<sup>16</sup> BARBOSA, Rui. **Comentários à Constituição Federal Brasileira**. São Paulo: Saraiva, 1983. tomo II, p.489.

Não há, numa Constituição, cláusulas a que se deve atribuir meramente o valor material de conselhos, avisos ou lições. Todas têm a força imperativa de regras, ditadas pela soberania nacional ou popular aos seus órgãos. Muitas, porém, não revestem dos meios de ação essenciais ao seu exercício os direitos, que outorgam, ou os encargos, que impõem: estabelecem competências, atribuições, poderes, cujo uso tem de aguardar que a legislatura, segundo o seu critério, os habilite a se exercerem.

Impende evidenciar que o mais importante aspecto da constitucionalização versa sobre a releitura de toda a ordem infraconstitucional à luz da Constituição. O direito tributário, penal ou civil, sofreram grandes mudanças em seus institutos e categorias, sendo revisitados pela doutrina, jurisprudência e pelo legislador com o intuito de reajustá-los à Constituição Federal.

Assim, para compreender a Constituição como lei fundamental implica reconhecer sua supremacia no ordenamento jurídico. Há mecanismos suficientes para garanti-la juridicamente contra tais agressões. Para assegurar tal supremacia, necessário se faz a aplicação do controle sobre as leis e os atos normativos, o chamado controle de constitucionalidade.

José Joaquim Gomes Canotilho muito bem definiu esta situação:

O Estado Constitucional democrático ficaria incompleto e enfraquecido se não assegurasse um mínimo de garantias e de sanções: garantias de observância, estabilidade e preservação das normas constitucionais, sanções contra atos dos órgãos de soberania e de outros não conformes com a constituição. A idéia de proteção, defesa, tutela ou garantia da ordem constitucional tem como antecedente a idéia de defesa do Estado, que, num sentido amplo e global, se pode definir como o complexo de institutos, garantias e medidas destinadas a defender e proteger, interna e externamente, a existência jurídica e fática do Estado. [...] No Estado Constitucional o objeto de defesa não é pura e simplesmente a defesa do Estado, mas da forma de Estado tal como ela é normativo-constitucionalmente conformada - o Estado Constitucional Democrático.<sup>17</sup>

Clarividente, de que não seria soberana a constitucionalidade das normas se não existisse o controle das mesmas, através de um sistema eficiente de defesa, de modo a prevalecer sobre as leis e outros atos normativos dotados de contrariedade.

Constituição rígida é sinônimo de existência de controle eficiente, pois por meio dele é garantida a unidade e eliminados os conflitos.

Menciona Zeno Veloso, que o controle de constitucionalidade "serve também como barreira para os excessos, abusos e desvios de poder, garantindo as

---

<sup>17</sup> CANOTILHO, op. cit., p. 887.

liberdades públicas, a cidadania, os direitos e garantias fundamentais.<sup>18</sup> Com efeito, o controle de constitucionalidade tem como base a supremacia da Constituição escrita, uma Lei maior que se sobrepõe as demais normas do ordenamento jurídico, sendo que as normas infraconstitucionais têm que estar em perfeita sintonia com a Lei Fundamental. Esse controle é uma forma de impedir que uma norma contrária à constituição permaneça no ordenamento jurídico. Nas palavras de Pinho<sup>19</sup>:

Controle de constitucionalidade é a verificação da adequação vertical que deve existir entre as normas infraconstitucionais e a Constituição. É sempre um exame comparativo entre um ato legislativo ou normativo e a Constituição. Todo ato legislativo ou normativo que contrariar a Lei Fundamental de organização do Estado deve ser declarado inconstitucional.

Este controle encontra fundamento na própria idéia de supremacia da Constituição escrita, da existência de uma lei maior que se sobrepõe a todas as demais normas jurídicas existentes no País. A supremacia decorre da própria rigidez das Constituições escritas. Por exigir a norma constitucional um procedimento especial de alteração mais rigoroso que o das normas infraconstitucionais, todos os demais atos legislativos e administrativos são hierarquicamente inferiores. Assim, o que estiver em desacordo com a Constituição, vértice de todo o sistema jurídico, deve ser declarado inconstitucional.

Ora, diante da importância desse controle para o objeto de estudo em questão, far-se-á, aqui, uma breve pincelada acerca do controle de constitucionalidade brasileiro. Existem duas formas de inconstitucionalidade: por ação e por omissão. A inconstitucionalidade por ação consiste na produção de atos legislativos ou normativos inadequados à Constituição, nas palavras de Pinho, acima citado. Ela pode se dar por motivos formais ou materiais. Do ponto de vista da inconstitucionalidade material, esta se daria, portanto, com uma desconformidade do conteúdo de normas inferiores - leis ou atos normativos - com a norma superior. Seria, por assim dizer, uma contrariedade vertical, porque é sabido que, de acordo com a supremacia constitucional, todas as normas inferiores têm de estar em plena conformidade com os vetores da Constituição, que está situada no ápice da imaginária pirâmide hierárquica do ordenamento jurídico. Por sua vez,

---

<sup>18</sup> VELOSO, Zeno. **Controle jurisdicional de constitucionalidade**. 3.ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. p. 19.

<sup>19</sup> PINHO, Rodrigo César Rebello. **Teoria geral da constituição e direitos fundamentais**. 8.ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 30.

inconstitucionalidade sob o aspecto formal é a não obediência ao processo legislativo previsto no Texto Magno. Assim, verificada qualquer dessas duas hipóteses haverá, conseqüentemente, o vício jurídico insanável da inconstitucionalidade.

Já a inconstitucionalidade por omissão ocorre com a não-elaboração de atos legislativos ou normativos, fazendo com que se impossibilite o cumprimento de preceitos constitucionais. Destarte, sempre que um preceito constitucional não puder ser cumprido em razão de inércia legislativa ou administrativa dos poderes constituídos, estar-se-á diante de uma inconstitucionalidade por omissão. No que tange ao momento do controle de constitucionalidade ser exercido, ele pode ocorrer antes ou depois da aprovação do ato legislativo ou normativo. Sendo assim, pode ser preventivo ou repressivo.

O controle preventivo é aquele realizado antes da elaboração da lei, impedindo que um projeto de lei inconstitucional venha a ser promulgado. Dessa forma, ele incide sobre o projeto de lei. É exercido tanto pelo Parlamento, mediante suas Comissões Permanentes (art.58 CF/88), quanto pelo Poder Executivo, através do poder de veto do Presidente da República, conforme art. 66, §1º da CF/88. O controle repressivo, por sua vez, é aquele feito *a posteriori*. É realizado após a elaboração da lei ou do ato normativo. Sua finalidade é retirar uma lei ou ato normativo inconstitucional da esfera jurídica.

No Brasil, o Poder Judiciário exerce o controle repressivo da constitucionalidade mediante dois sistemas, em abstrato e em concreto.

### 1.3 EFICÁCIA E APLICABILIDADE DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS

Quando se analisa o assunto eficácia ou aplicabilidade da lei, deve se observar a validade jurídica e social da norma examinada, pois a eficácia está intimamente ligada com a aplicabilidade ou execução da norma no plano fático. Ou seja, deve ser observada se a regra jurídica está pronta e apta a produzir seus efeitos desejados nas relações humanas.

Portanto, a análise da norma não deve se restringir na vigência, devendo-se examinar, ainda, se esta é efetivamente aplicável ao caso concreto.

[...] o grau de aplicabilidade da norma constitucional é determinado, em princípio, pelo legislador constituinte, em virtude da redação dada ao dispositivo normativo ou pela vinculação do conteúdo dos dispositivos aos fins essenciais da Constituição. A mera localização do dispositivo no corpo da Carta Magna não é fator suficiente para determinar o grau de aplicabilidade da norma constitucional<sup>20</sup>.

Ora,

[... ] O disposto no art. 5º, § 1º da CF/88 concede às normas relativas aos direitos e garantias fundamentais catalogados pelo art. 5º, *a priori*, a condição de normas de aplicabilidade imediata. Todavia, outros dispositivos da Constituição também dispõem sobre direitos fundamentais (direitos fundamentais fora do catálogo), fato que não os desnatura, merecendo a mesma interpretação daqueles catalogados no art. 5º. Mencione-se a título exemplificativo os arts. 6º e 7º (direitos sociais) e o art. 205 (direito à educação) da CF/88<sup>21</sup>.

Todas as normas constitucionais são dotadas de eficácia. Algumas, de dupla atuação, eficácia jurídica e eficácia social; outras permeadas apenas de eficácia jurídica<sup>22</sup>.

Diversos autores dedicaram-se a explanar o presente tema, mais especificamente José Afonso da Silva, em sua obra *Aplicabilidade das Normas Constitucionais*, e posteriormente como continuidade do estudo por assim dizer, Maria Helena Diniz, em *Normas Constitucionais e seus Efeitos*, que acrescentou com maestria mais algumas observações valiosas quanto a classificação das normas. Para José Afonso da Silva, "aplicabilidade significa a qualidade do que é aplicável. No sentido jurídico diz-se da norma que tem possibilidade de ser aplicada, isto é, da norma que tem capacidade de produzir efeitos jurídicos".<sup>23</sup>

Assim, a doutrina procurou de forma didática graduar os efeitos e aplicabilidade dos dispositivos constitucionais.

Considerando como base a classificação de José Afonso da Silva<sup>24</sup>, é possível comparar e analisar todas as doutrinas, de forma prática.

<sup>20</sup> SCHEER, Milene de Alcântara Martins. A dimensão objetiva do direito fundamental ao acesso à justiça e a efetividade da norma constitucional. *Revista de direito constitucional e internacional*, São Paulo, n. 54, p. 282, jan.-mar. 2006,

<sup>21</sup> Idem.

<sup>22</sup> José Afonso da Silva reforça posição consentânea na doutrina e na jurisprudência nacionais da inexistência de norma constitucional destituída de eficácia quando afirma: "Todas elas (normas constitucionais) 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." (SILVA, op. cit., p. 81)

<sup>23</sup> Ibid., p. 80.

<sup>24</sup> SILVA, op. cit., p. 81 a 87.

**Normas Constitucionais de eficácia plena** - passam a produzir seus efeitos desde a sua edição, são as normas de aplicabilidade imediata, direta e integral, não ficam na dependência da edição de qualquer legislação posterior. Estas normas bastam por si mesmas e assim podem e devem ser aplicadas de forma imediata. São auto-aplicáveis. Todavia, podem ser modificadas pela via Emenda Constitucional.

Maria Helena Diniz<sup>25</sup> acrescenta, ainda, outra classificação que são as normas de eficácia absoluta, ou seja, intocáveis, a não ser pelo poder constituinte originário, pois no caso das normas de eficácia absoluta, não há possibilidade de modificação, nem mesmo por Emenda Constitucional, como é o caso do artigo 60, § 4o da Carta Magna, que prescreve as denominadas cláusulas pétreas. **Normas constitucionais de eficácia contida** - são dotadas de efeitos imediatos, mas podem ter seu alcance ou atuação, limitados por uma norma infraconstitucional, por permissão do próprio texto constitucional. Caso o legislador não crie norma restritiva, a norma constitucional terá aplicabilidade plena e imediata. Michel Temer<sup>26</sup> classifica como normas de eficácia restringível e redutível, pois a regra posta na constituição, poderá ter seu campo de atuação reduzido ou restringido pela lei comum.

Reforça-se que, enquanto não sobrevier a legislação ordinária regulamentando ou restringido a norma de eficácia contida, esta terá eficácia plena e total, já que nestes casos as normas de eficácia restringível apenas admitem norma infraconstitucional regulamentado-as.

**Normas constitucionais de eficácia limitada** - já estas normas dependem de edição de norma infraconstitucional para sua aplicação, ou seja, necessitam de uma norma infraconstitucional que a complemente. São também denominadas normas complementáveis. Para alguns autores, possuem eficácia imediata mínima, mesmo não sendo de início auto-aplicável, pois elas geram alguns efeitos jurídicos imediatos, tais como: impedimento a edição de leis contrárias, estabelecimento do dever de legislar sobre a matéria nela descrita, revogamento de leis ordinárias em contrário.

Maria Helena Diniz<sup>27</sup> denomina tais regras como normas de eficácia relativa complementável ou dependente de complementação legislativa. Tais normas

---

<sup>25</sup> DINIZ, Maria Helena. **Norma constitucional e seus efeitos**. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 1992. p. 98-103.

<sup>26</sup> TEMER, op. cit., p. 24.

<sup>27</sup> DINIZ, op. cit., p. 102.

são subdivididas em normas de princípio institutivo e normas de princípio programático.

**Normas de princípio institutivo** - São normas constitucionais de princípio institutivo aquelas através das quais o legislador constituinte cria regras gerais de estruturação e atribuições de órgãos, entidades ou institutos, para que o legislador ordinário os estruture em definitivo, mediante lei.

**Normas programáticas** - estabelecem programas e diretrizes a serem desenvolvidos pelo Estado, que deverá criar legislação ordinária para atendê-los. A eficácia é mínima, mas existe.

Através de estudo com afinco, depreende-se que não há distância considerável entre os conceitos, apenas variações mínimas quanto as denominações nas classificações, algumas peculiaridades ou particularidades.

Diante disso tudo, faz-se a pergunta pertinente ao estudo em comento: E o artigo 5º, LXXVIII tem eficácia plena ou não?

O §1º do art. 5º da Constituição Federal, transmite a aplicabilidade imediata dos direitos e garantias fundamentais. Portanto, trata-se de norma de eficácia plena, não podendo preponderar as teses que releguem este direito fundamental a qualquer remissão posterior do legislador.

Destarte, a garantia constitucional de duração razoável para a conclusão dos processos não corresponde a uma norma programática, mas a um preceito inserido definitivamente, e com eficácia plena e imediata, como, aliás, se passa com todas as garantias e direitos fundamentais.

Observa-se, porém, que a Razoável Duração do Processo tem dois planos de aplicabilidade: extra-processo e intra-processo.

No primeiro, "abre-se um campo institucional destinado ao planejamento, controle e fiscalização de políticas públicas de prestação jurisdicional"<sup>28</sup>. Desse modo, trata-se de um âmbito no qual cabe ao Estado, em todas suas expressões agasalhadas pelo inciso LXXVIII do art. 5º da CF, verificar as políticas aplicadas para o respeito ao princípio em estudo. É claro que isso não se deve dar somente na esfera jurisdicional, mas também na administrativa e na de elaboração de leis que honrem o conteúdo de razoabilidade trazido pelo direito "à

---

<sup>28</sup> MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 3.ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 498.

razoável duração do processo". Todavia, por mais pertinente que seja esta matéria, apenas faz-se remissão, e não um estudo exaustivo.

Já, o segundo plano, tem eficácia em situações individuais, de dentro do processo, "impondo o relaxamento da prisão cautelar que tenha ultrapassado determinado prazo, legitimando a adoção de medidas antecipatórias, ou até o reconhecimento da consolidação de uma dada situação com fundamento na segurança jurídica"<sup>29</sup>. Nos dias atuais, há uma considerável construção doutrinária que fornece elementos fatais para que o direito público subjetivo em estudo seja empregado nesta vertente intra-processo. E para que se atinja essa finalidade, é essencial, a *prima facie*, que se conheçam os termos inicial e final de incidência da Razoável Duração do Processo em cada forma de processo.

---

<sup>29</sup> Idem, ibidem.

## 2 DIREITOS FUNDAMENTAIS

A Constituição Brasileira, pode-se dizer abertamente, evoluiu no que tange a forma de abranger os princípios fundamentais da República Federativa do Brasil. No Estado Liberal, percebia-se o apego a concepção individualista destes mesmos direitos.

Por sua vez, a Declaração contida na Constituição Brasileira de 1988 é a mais abrangente de todas as anteriores e, além de consagrar os "direitos e deveres individuais e coletivos", a Declaração de 1988 abre um capítulo para definir os Direitos Sociais.

Afim de melhor continuar em sua evolução constante, a Constituição da República Federativa do Brasil não pretende enumerar os direitos fundamentais; pois, além dos direitos explicitamente reconhecidos admite existirem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados.

Portanto, a Constituição reconhece e assegura Direitos Fundamentais explicitamente, como no art. 5º:

- Direitos cujo objeto imediato é a liberdade: de locomoção; de pensamento; de reunião; de associação; de profissão; de ação; liberdade sindical; direito de greve;
- Direitos cujo objeto imediato é a segurança: dos direitos subjetivos em geral; em matéria penal (presunção de inocência); do domicílio.
- Direitos cujo objeto imediato é a propriedade: propriedade em geral; artística, literária e científica; hereditária, mas não se limita a isso, quando através de seus princípios dá margem a outros direitos fundamentais.
- Direitos cujo objeto imediato é a vida: tanto dos brasileiros quanto dos estrangeiros, protegendo inclusive a vida uterina. A Constituição ampara o direito de existir, à integridade física, à integridade moral, e proíbe todas as formas de agressão à vida
- Direitos cujo objeto imediato é a igualdade: declara a igualdade de todos perante a lei, desdobrando-se em vários planos, tais quais a igualdade racial, entre os sexos, de credo religioso,

jurisdicional, perante discriminação de idade, trabalhista, política e tributária.

Mais uma vez, diga-se: nem todos direitos fundamentais foram expressamente previstos nas Constituições, ainda que a grande maioria esteja. Neste sentido, extrai-se da Carta de 1988 o exemplo de que a mesma não trata de alguns direitos da personalidade, como o nome. Exatamente para que não fosse entendida tal previsão como uma lacuna, o próprio art. 5º contemplou o §2º com a admissão de que existiriam outros decorrentes dos sistemas adotados pelo país. Trata-se, na verdade, de rol apenas exemplificativo:

§2º Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa seja parte.

Nota-se assim que os direitos fundamentais do homem constituem uma variável ao longo da história dos últimos séculos, cujo elenco se modificou e continua se modificando, como fruto das condições históricas, dos interesses, das classes no poder ou dos meios disponíveis para a realização dos mesmos. Os Direitos Fundamentais representam nada mais, nada menos que verdadeiros guardiões dos valores fundamentais da Ordem Jurídica. Sem eles a Constituição nada mais seria do que um aglomerado de normas que somente teriam em comum o fato de estarem inseridas num mesmo texto legal.

Hoje o reconhecimento e a proteção dos direitos fundamentais do homem encontram-se na base das Constituições modernas democráticas.

Os direitos fundamentais são estudados enquanto direitos jurídico-positivos, uma vez que vigentes numa determinada ordem constitucional. Contudo, por sua abrangência não se pode dizer que todos direitos fundamentais encontram-se ali expressos.

Mas há sempre de reconhecer sua qualidade de direitos fundamentais expostos no mais alto degrau das fontes dos direitos: as normas constitucionais. Nesse sentido, o sistema dos direitos fundamentais constitucionalmente consagrado é concebido como um complexo normativo hierárquico no conjunto do sistema jurídico em geral, gerando conseqüências jurídicas.

Analisando-se o presente e o futuro dos direitos do homem, temos que o problema mais grave do nosso tempo com relação aos direitos do homem consiste não mais apenas em fundamentá-los, mas sim em protegê-los; de modo que, o problema não é filosófico<sup>30</sup>, mas, num sentido mais amplo, político.

A grande discussão sobre o fundamento dos direitos fundamentais teve sua solução declarada na Declaração Universal dos Direitos do Homem aprovada pela Assembléia-Geral das Nações Unidas, em 10 de dezembro de 1948.

Preâmbulo

**Considerando** que o reconhecimento da dignidade inerente a todos os membros da família humana e de seus direitos iguais e inalienáveis é o fundamento da liberdade, da justiça e da paz no mundo,

**Considerando** que o desprezo e o desrespeito pelos direitos humanos resultaram em atos bárbaros que ultrajaram a consciência da Humanidade e que o advento de um mundo em que todos gozem de liberdade de palavra, de crença e da liberdade de viverem a salvo do temor e da necessidade foi proclamado como a mais alta aspiração do ser humano comum,

**Considerando** ser essencial que os direitos humanos sejam protegidos pelo império da lei, para que o ser humano não seja compelido, como último recurso, à rebelião contra a tirania e a opressão,

**Considerando** ser essencial promover o desenvolvimento de relações amistosas entre as nações,

**Considerando** que os povos das Nações Unidas reafirmaram, na Carta da ONU, sua fé nos direitos humanos fundamentais, na dignidade e no valor do ser humano e na igualdade de direitos entre homens e mulheres, e que decidiram promover o progresso social e melhores condições de vida em uma liberdade mais ampla, **Considerando** que os Estados-Membros se comprometeram a promover, em cooperação com as Nações Unidas, o respeito universal aos direitos e liberdades humanas fundamentais e a observância desses direitos e liberdades,

**Considerando** que uma compreensão comum desses direitos e liberdades é da mais alta importância para o pleno cumprimento desse compromisso, agora portanto, **A Assembléia Geral proclama a presente Declaração Universal dos Direitos Humanos**<sup>31</sup>.

Desta forma, é possível observar que os direitos fundamentais estão caminhando da dogmática jurídico-constitucional para as chamadas teorias da justiça, para as teorias sociais e para as teorias econômicas do direito, sua abrangência vem crescendo de forma generalizada.

<sup>30</sup> Em que pese seja enorme a relevância dos fatores extrínsecos na exegese dos direitos fundamentais, o que, conseqüentemente, leva às discussões filosóficas: "Los derechos fundamentales entrañan y presuponen, em suma, una determinada filosofía jurídico-política que se refleja en su interpretación. De ahí que La labor de los derechos fundamentales se Halle condicionada por lãs preconcepciones que Le sirven de base" (LUÑO, Antonio Enrique Perez. **Derechos humanos, estado de derecho y constitución**. 6.ed. Madrid: Tecnos, 1999. p. 296)

<sup>31</sup> Declaração Universal dos Direitos Humanos. Disponível em: <[http://portal.mj.gov.br/sedh/ct/legis\\_intern/ddh\\_bib\\_inter\\_universal.htm](http://portal.mj.gov.br/sedh/ct/legis_intern/ddh_bib_inter_universal.htm)>. Acesso em: 12 jan. 2010.

## 2.1 SURGIMENTO E CONCEITO<sup>32</sup>

Os primeiros direitos fundamentais admitidos, datados do século XVIII, foram civis, isto é, associados a um cidadão que seria, também, proprietário. Dotado do direito de ir e vir, o de manter a propriedade, o de só pagar impostos votados, o de assinar contratos, o de não viver atemorizado por um governo temerário e arbitrário - Fachin acabou por nomear tal época como: constitucionalismo liberal clássico<sup>33</sup>. Posteriormente, entre o século XIX e XX, cresceram os direitos políticos (Para Fachin, constitucionalismo democrático).

Os homens deixaram a condição de súditos, subordinados ao rei, e passaram a ser realmente cidadãos, isto é, possuidores do conjunto de direitos e garantias do ser humano que tem por finalidade básica o respeito a sua dignidade, que sabe da existência desses direitos e os exige, participando ativamente por meio de sua proteção contra o abuso do poder do Estado e o estabelecimento de condições mínimas de vida e desenvolvimento da personalidade humana. Na Democracia Moderna nem o Poder do Povo pode eliminar esse grupo de direitos, já que os direitos fundamentais antecedem o próprio poder de Estado, isto é, que são superiores à própria política.

Expostos na Declaração Universal dos Direitos Humanos, assembléia constituída pela ONU, 1948, os direitos fundamentais soam como se fossem naturais, inerentes ao próprio homem.

Mais tarde, em meados do século XX, aparecem os direitos sociais. O direito de livre organização sindical e as leis trabalhistas, garantindo condições de trabalho melhores (chamado, por Fachin, de constitucionalismo social). Os direitos fundamentais são considerados históricos, inalienáveis, imprescritíveis, universais, indivisíveis, inexauríveis, positivados, transindividuais, complementáveis e de aplicabilidade imediata<sup>34</sup>. Nota-se, todavia, que foram sendo reconhecidos através de textos constitucionais e pelos ordenamentos jurídicos dos países de forma gradativa e histórica.

Alguns autores passaram a reconhecer as gerações destes, e por possuírem características próprias, que facilitam sua compreensão, foram resumidos

---

<sup>32</sup> Retirado da obra: FACHIN, Zulmar. **Curso de direito constitucional**. 3.ed. São Paulo: Método, 2008a.

<sup>33</sup> Ibid., p. 35 a 45.

<sup>34</sup> Ibid., p. 211 a 216.

pelo ideário político dos revolucionários franceses de 1789 : Liberdade, Igualdade e Fraternidade.

O ideal de liberdade (*liberté*), corresponde à primeira geração dos direitos fundamentais<sup>35</sup>.

Significa uma prestação negativa, um não fazer do Estado em prol do cidadão. Surgidos no século XVIII, eles cuidam da proteção das liberdades públicas, ou seja, os direitos individuais, compreendidos como aqueles inerentes ao homem e que devem ser respeitados por todos os Estados, como o direito à liberdade, à vida, à propriedade, à manifestação, à expressão, ao voto, entre outros. De acordo com Alexandre de Moraes<sup>36</sup>, essas idéias encontravam um ponto fundamental em comum, a necessidade de limitação e controle dos abusos de poder do próprio Estado e de suas autoridades constituídas e a consagração dos princípios básicos da igualdade e da legalidade como regentes do Estado moderno e contemporâneo.

Essa geração de direito tem como principal objetivo proteger a pessoa das arbitrariedades praticadas pelo Estado

Exemplos: liberdade de locomoção e inviolabilidade de domicílio e de correspondência.

O ideal de igualdade (*égalité*) corresponde à segunda geração dos direitos fundamentais.<sup>37</sup>

Significa uma prestação positiva, um fazer do Estado em prol dos menos favorecidos pela ordem social e econômica, os ora chamados direitos sociais, econômicos e culturais, onde passou a exigir do Estado sua intervenção para que a liberdade do homem fosse protegida totalmente (o direito à saúde, ao trabalho, à educação, o direito de greve, entre outros). Veio atrelado ao Estado Social da primeira metade do século passado.

A natureza do comportamento perante o Estado serviu de critério distintivo entre as gerações, eis que os de primeira geração exigiam do Estado abstenções (prestações negativas), enquanto os de segunda exigem uma prestação positiva.

---

<sup>35</sup> Ibid., p. 202, 203.

<sup>36</sup> MORAES, Alexandre de. **Direitos humanos fundamentais**. 8.ed. São Paulo: Atlas, 2007. p. 20

<sup>37</sup> FACHIN, op. cit., p. 203 e 204

As ações do Estado devem estar motivadas e orientadas para atender a justiça social.

Exemplos: salário mínimo, aposentadoria, previdência social, 13º salário e férias remuneradas.

O ideal de fraternidade (fraternité) corresponde à terceira geração dos direitos fundamentais<sup>38</sup>.

Direitos decorrentes de uma sociedade de massas, surgida em razão dos processos de industrialização e urbanização. Os chamados de solidariedade ou fraternidade, voltados para a proteção da coletividade. As Constituições passam a tratar da preocupação com o meio ambiente, da conservação do patrimônio histórico e cultural, e outros;

O Estado tem obrigação de proteger a coletividade de pessoas, não o ser humano de forma isolada.

Exemplos: desenvolvimento, paz, meio ambiente, saúde, educação pública, proteção ao consumidor, à infância e à juventude, ao idoso e ao deficiente físico.

A partir destas, vários outros autores passam a identificar outras gerações, ainda que não reconhecidas pela unanimidade de todos os doutrinadores.

Além desses três ideais democráticos da Revolução Francesa, hoje encontramos a quarta geração, que seriam os Direitos de Responsabilidade: Promoção e manutenção da Paz, promoção e manutenção da Autodeterminação dos Povos, promoção da Ética da Vida defendida pela Bioética, etc.; bem como os direitos difusos.

Para o Professor Paulo Bonavides<sup>39</sup>, essa classificação seria o resultado da globalização dos direitos fundamentais, de forma a universalizá-los institucionalmente, citando como exemplos o direito à democracia, à informação, ao comércio eletrônico entre os Estados.

Portanto, seriam os chamados direitos das minorias, novos direitos sociais decorrentes da evolução da sociedade e da globalização.

Já para poucos autores, como Paulo Bonavides<sup>40</sup>, José Alcebíades Oliveira Júnior<sup>41</sup> e José Adércio Leite Sampaio<sup>42</sup>, existiriam também os direitos da

---

<sup>38</sup> Ibid., p. 204 e 205.

<sup>39</sup> BONAVIDES, Paulo. **A constituição aberta**. 3.ed. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 285.

<sup>40</sup> Em recentes debates científicos, como no IX Congresso Íbero-Americano e VII Simpósio Nacional de Direito Constitucional, realizados em Curitiba/PR, em novembro de 2006, bem como II Congresso Latino-Americano

quinta geração, ora legitimando o estabelecimento da ordem, da liberdade e do bem comum na convivência dos povos, ora justificando os avanços tecnológicos, como as questões básicas da cibernética ou da internet, ou, ainda, apontando para o cuidado, compaixão e amor por todas as formas de vida.

Necessário frisar, que não existe qualquer relação de hierarquia entre estes direitos, mesmo porque todos interagem entre si, de nada servindo um sem a existência dos outros. Estas classificações advieram apenas em decorrência do tempo de surgimento, na eterna e constante busca do homem por mais proteção e mais garantias, com o objetivo de alcançar uma sociedade mais justa, igualitária e fraterna.

Para uma mais moderna doutrina é defendido o emprego do termo dimensões no lugar de gerações.

Com relação a aplicabilidade, os direitos e garantias fundamentais têm aplicabilidade imediata, dependendo naturalmente da forma que foi enunciada pela Constituição para que seja afirmada se a mesma será de eficácia plena, contida ou limitada.

## 2.2 DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS

Os direitos fundamentais inicialmente podem ser vistos como forma de garantir ao homem seus direitos, pois este era criatura vista como imagem e semelhança de Deus, como é mencionado nestes dizeres:

É comum apontar-se a doutrina do cristianismo, com ênfase especial para a escolástica e a filosofia de São Thomas, como antecedente básico dos direitos humanos. A concepção de que os homens, por serem criados à imagem e semelhança de Deus, possuem alto valor intrínseco e uma liberdade inerente à sua natureza, anima a idéia de que eles dispõem de direitos que devem ser respeitados por todos e pela sociedade política. Santo Tomás de Aquino defendia um direito natural, fundada na concepção do homem como criatura feita à semelhança de Deus e dotada de especiais qualidades. Esse direito subordinava o direito positivo e a

---

de Estudos Constitucionais, realizado em Fortaleza/CE, em abril de 2008, Bonavides fez expressa menção à possibilidade concreta de se falar, atualmente, em uma *quinta* geração de direitos fundamentais, onde, em face dos últimos acontecimentos (como, por exemplo, o atentado terrorista de "11 de Setembro", em solo norte-americano), exsurgiria legítimo falar de um "*direito à paz*". A respeito, confira-se: HONESKO, Raquel Schlommer. **Discussão Histórico-Jurídica sobre as Gerações de Direitos Fundamentais: a Paz como Direito Fundamental de Quinta Geração.** In **Direitos Fundamentais e Cidadania.** FACHIN, Zulmar (coordenador). São Paulo : Método, 2008b. p. 195-197.

<sup>41</sup> OLIVEIRA JUNIOR, José Alcebíades. **Teoria jurídica e novos direitos.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000.

<sup>42</sup> SAMPAIO, José Adércio Leite. **Direitos fundamentais: retórica e historicidade.** Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

discrepância entre um e outro autorizaria o direito de resistência do súbito.

<sup>43</sup>

Dentro da história dos Direitos fundamentais John Locke chama a atenção por abrir um pensamento que parte do pressuposto de que os homens se reúnem e vivem em sociedade para se protegerem, sendo que a liberdade e a propriedade deveriam ser-lhes tiradas, até mesmo aos próprios legisladores. Nesse sentido, Branco preleciona que:

Essa teoria iria inspirar as Declarações de Virgínia de 1776 e na francesa de 1789. Com efeito, o art. 1º da Declaração dos Direitos de Virgínia, proclamava que todos os homens são por natureza livres e têm direitos inatos, de que não se despojam ao passarem a viver em sociedade. O art. 2º da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão aponta que o fim de toda a associação política é a conservação dos direitos naturais e imprescritíveis do homem. E o art. 4º da mesma Declaração afirma que os direitos naturais de cada homem não tem por limite senão as restrições necessárias para assegurar os outros membros da sociedade o gozo dos mesmos direitos.<sup>44</sup>

Um ponto muito importante também é ter em mente que os direitos com índole constitucional, trazendo poderes e dando o poder de serem exigidos judicialmente se deram com a Declaração de Virgínia, sendo que foram os referidos direitos acolhidos e aprovados pela Constituição Americana.

Os direitos do homem ganham relevo quando se desloca do Estado para os indivíduos a primazia na relação que os põe em contato. A afirmação dos direitos do homem deriva de uma radical inversão de perspectiva, característica da formação do Estado Moderno, na representação da relação política, ou seja, na relação Estado/ cidadão ou soberano/súdito, relação que é encarada, cada vez mais, do ponto de vista dos direitos dos cidadãos não mais súditos, e não do ponto de vista dos direitos do soberano, em correspondência com a visão individualista da sociedade [...] no início da idade moderna.<sup>45</sup>

Nesse íterim, os direitos fundamentais são considerados indispensáveis à pessoa humana, e necessários para assegurar a todos uma existência digna, livre e igual. Para isso não basta a sua simples previsão, mas

---

<sup>43</sup> MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional**. Coimbra, Coimbra ed. 1993, p. 17.

<sup>44</sup> BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Aspectos de teoria geral dos direitos fundamentais**. In: *Hermenêutica Constitucional e Direitos Fundamentais*, 2ª parte. Ed. Brasília Jurídica. Instituto Brasiliense de Direito Público. 1ª ed., 2ª tiragem. Brasília, 2002. p. 3

<sup>45</sup> BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Rio de Janeiro: Elsevier, 1992. p. 4.

também é preciso que o Estado reconheça-os formalmente, e busque concretizá-los no dia-a-dia dos cidadãos, através de mecanismos criados com esse intuito.

Ora, os **Direitos** Fundamentais possuem **natureza declaratória**, cujo objetivo consiste em reconhecer no plano jurídico, a existência de uma prerrogativa fundamental do cidadão, já as **Garantias** Fundamentais, possuem **conteúdo assecuratório**, cuja função consiste em fornecer mecanismos ou instrumentos, para a proteção, reparação ou reingresso em eventual Direito Fundamental violado. De toda a literatura doutrinária sobre a figura dos direitos e garantias fundamentais são válidas as palavras do Professor José Afonso da Silva para quem "são aquelas prerrogativas e instituições que o Direito Positivo concretiza em garantias de uma convivência digna, livre e igual de todas as pessoas"<sup>46</sup>. Os Direitos e garantias fundamentais encontram-se prescritos na constituição, iniciando-se com o artigo 5º e estendendo-se ao 17.

O artigo 5º, provido de setenta e oito incisos, traz em seu conteúdo os direitos e garantias individuais e coletivos.

Os artigos 6º ao 11 dedicam-se ao tratamento dos direitos sociais; sendo que o artigo 6º traz a definição de quais são os direitos sociais, como: educação, saúde, trabalho, moradia, lazer, segurança, previdência social, proteção à maternidade e à infância e a assistência aos desamparados.

A seguir o artigo 7º, munido de trinta e quatro incisos, estabelece os direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, em prol da melhoria de sua condição social. O artigo 8º, com seus oito incisos, dispõe sobre a associação profissional ou sindical.

Prosseguindo, o artigo 9º trata do direito de greve.

O artigo 10 dispõe sobre a participação de empregados e trabalhadores nos colegiados de órgãos públicos que tratem de seus respectivos interesses profissionais.

O último artigo tratando de direitos sociais, o artigo 11, trata da garantia à eleição de um representante dos empregados em empresas que possuam mais de 200 funcionários, permitindo o contato efetivo com o empregador acerca dos interesses de seus empregos.

---

<sup>46</sup> SILVA, op. cit., 2009, p. 176.

Os artigos 12 ao 13 foram dedicados aos direitos de nacionalidade. Sendo que o primeiro, trata de estabelecer quem é brasileiro, encaixando-se em uma das duas categorias, nato ou naturalizado. Já, o artigo 13 foi dedicado aos símbolos e características da República Federativa do Brasil, como por exemplo, a língua portuguesa, considerada idioma oficial do país, os símbolos oficiais: bandeira, hino, armas e selo, e ainda a garantia aos Estados, Distrito, e Municípios, de adoção de símbolos próprios.

Os artigos 14 a 16, que tratam dos Direitos Políticos, e o artigo 17 que se dedica aos partidos políticos, corresponderiam à letra "e" (direitos políticos) da classificação de José Afonso da Silva<sup>47</sup>.

O artigo 14 traz o conceito de soberania popular, uma subespécie do conceito soberania. Esta soberania popular, de acordo com o artigo, será exercida por meio de sufrágio universal, através de voto direto e secreto, sendo três as suas formas: plebiscito, referendo e iniciativa popular. Estabelece o artigo 14 ainda os cidadãos capazes de participarem ativamente em eleições, condições de suspensão de tal garantia, e as condições passivas de exercício de cidadania (elegibilidade).

O artigo 15 trata da cassação dos direitos políticos.

E finalmente, o artigo 16 trata da entrada em vigor de lei que altera o processo eleitoral.

Concluindo a deliberação sobre os direitos e garantias fundamentais, a Constituição traz, como último artigo da série o artigo 17, dedicado exclusivamente aos partidos políticos. Este artigo traz as condições para sua criação, manutenção, organização e vedações.

Em resumo, tem-se: Direitos individuais; Direitos coletivos; Direitos sociais, subdivididos em direitos sociais propriamente ditos (art. 6º) e direitos trabalhistas (art. 7º ao 11); Direitos à nacionalidade - vínculo jurídico-político entre a pessoa e o Estado (art. 12 e 13); Direitos políticos (art. 14 ao 17).

### **Direitos individuais e coletivos**

Correspondem àqueles direitos ligados diretamente ao conceito de pessoa humana e à sua personalidade, tais como os direitos à vida, igualdade, segurança, dignidade, honra, liberdade e propriedade. Eles estão previstos basicamente no artigo 5º e seus incisos.

---

<sup>47</sup> Ibid., p. 182.

### **Direitos sociais**

São as liberdades positivas dos indivíduos, que devem ser garantidas pelo Estado Social de Direito. São basicamente direito à educação, saúde, trabalho, lazer, segurança, previdência social, proteção à maternidade e à infância, assistência aos desamparados. Têm por finalidade a melhoria das condições de vida dos menos favorecidos, de forma que possa se concretizar a igualdade social que é um dos fundamentos do Estado Democrático brasileiro. Os direitos sociais estão elencados à partir do artigo 6º.

### **Direitos de nacionalidade**

Nacionalidade que é considerado o vínculo jurídico político que liga um indivíduo a um certo e determinado Estado, fazendo deste indivíduo um componente do povo, da dimensão pessoal deste Estado, capacitando-o a exigir sua proteção e sujeitando-o ao cumprimento de deveres impostos.

### **Direitos políticos**

São direitos públicos subjetivos que permitem ao indivíduo exercer sua cidadania participando de forma ativa nos negócios políticos do Estado. A constituição regulamenta os direitos políticos no artigo 14.

Regulamentados no artigo 17, a constituição garante a autonomia e a plena liberdade dos partidos políticos como instrumentos necessários e importantes na preservação do Estado Democrático de Direito.

Canotilho<sup>48</sup>, faz uma observação interessante ao abordar os direitos fundamentais como formalmente constitucionais e os direitos fundamentais sem assento constitucional. Assim, afirma que

os direitos consagrados e reconhecidos pela constituição designam-se, por vezes, direitos fundamentais formalmente constitucionais, porque eles são enunciados e protegidos por normas com valor constitucional formal (normas que têm a forma constitucional). A Constituição admite [...], porém, outros direitos fundamentais constantes das leis e das regras aplicáveis de direito internacional. Em virtude de as normas que os reconhecem e protegem não terem a forma constitucional, estes direitos são chamados direitos materialmente fundamentais<sup>49</sup>.

Necessário também se faz lembrar que os direitos fundamentais cumprem o que Canotilho<sup>50</sup> chama de as funções dos direitos fundamentais, quais

---

<sup>48</sup> CANOTILHO, op. cit., p. 379.

<sup>49</sup> Ibid., p. 379.

<sup>50</sup> Idem

sejam: função de defesa ou de liberdade, função de prestação social, função de proteção perante terceiros e função de não discriminação.

### 2.3 IMPORTÂNCIA DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS

Para que o Estado possa manter a sociedade organizada, enquanto executa diversas atividades, precisa se valer de determinados recursos, e os princípios constitucionais são um deles.

Considerados verdadeiros alicerces que sustentam o ordenamento jurídico, os princípios constitucionais localizam-se no ponto mais alto da pirâmide normativa, são "norma das normas", "fonte das fontes".

De acordo com Paulo Bonavides "são qualitativamente a viga mestra do sistema, o esteio da legitimidade constitucional, o penhor da constitucionalidade das regras de uma constituição."<sup>51</sup>

Complementa Luís Roberto Barroso: "os princípios constitucionais são o conjunto de normas da ideologia da Constituição, seus postulados básicos e seus afins. Dito de forma sumária, os princípios constitucionais são as normas eleitas pelo constituinte como fundamento ou qualificações essenciais da ordem jurídica que institui."<sup>52</sup>

A constituição reconhece a importância dos princípios ao afirmar expressamente que "os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte".

Desta maneira se baseia em princípios que permitem uma constante evolução interpretativa, interligados pelos princípios universais de direitos humanos, processos e procedimentos democráticos constitucionalmente previstos, e pela livre expressão da vontade consciente dos cidadãos.

Barroso, compartilha deste entendimento, ao prescrever que:

---

<sup>51</sup> BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 7.ed., ver., atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 1999. p. 265.

<sup>52</sup> BARROSO, Carlos Eduardo Ferraz de Mattos. **Teoria geral do processo e processo de conhecimento**. 8.ed. São Paulo: Saraiva, 2008. v.11, p. 141.

Os princípios constitucionais são, precisamente, a síntese dos valores principais da ordem jurídica. A Constituição [...] é um sistema de normas jurídicas. Ela não é um simples agrupamento de regras que se justapõem ou que se superpõem. A idéia de sistema funda-se na de harmonia, de partes que convivem sem atritos. Em toda ordem jurídica existem valores superiores e diretrizes fundamentais que 'costuram' suas diferentes partes. Os princípios constitucionais consubstanciam as premissas básicas de uma dada ordem jurídica, irradiando-se por todo sistema. Eles indicam o ponto de partida e os caminhos a serem percorridos.<sup>53</sup>

Até mesmo o Supremo Tribunal Federal, cita essa dimensão funcional dos princípios, conforme se observa no voto do Min. Celso de Mello:

O respeito incondicional aos princípios constitucionais evidencia-se como dever inderrogável do Poder Público. A ofensa do Estado a esses valores - que desempenham, enquanto categorias fundamentais que são, um papel subordinante na própria configuração dos direitos individuais ou coletivos - introduz um perigoso fator de desequilíbrio sistêmico e rompe, por completo, a harmonia que deve presidir as relações, sempre tão estruturalmente desiguais, entre os indivíduos e o Poder". Dessa forma, "as normas que se contraponham aos núcleos de irradiação normativa assentados nos princípios constitucionais, perderão sua validade (no caso da eficácia diretiva) e/ou sua vigência (na hipótese de eficácia derogatória), em face de contraste normativo com normas de estalão constitucional.<sup>54</sup>

Quando se analisa os princípios constitucionais constata-se que não são os princípios constitucionais que se vão ao encontro da lei, mas a lei que se move no âmbito dos princípios.

O desrespeito a um princípio, mesmo que seja de maior ou menor importância, ocasiona sérios prejuízos, prejudicando toda a ordem jurídica.

Nítidas, as palavras de Celso Antônio Bandeira de Mello, reforçam este pensamento:

Violar um princípio é muito mais grave que transgredir uma norma. A desatenção ao princípio implica ofensa não apenas a um específico mandamento obrigatório, mas a todo o sistema de comandos. É a mais grave forma de ilegalidade ou de inconstitucionalidade, conforme o escalão do princípio atingido, porque representam insurgência contra todo o sistema, subversão de seus valores fundamentais, contumélia irremissível a seu arcabouço lógico e corrosão de sua estrutura mestra.<sup>55</sup>

---

<sup>53</sup> Ibid., p. 285.

<sup>54</sup> Min. Celso de Mello, proferido na PET-458/CE (DJ 04-03-98, Julgamento 26/02/1998)

<sup>55</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Elementos de direito administrativo**. 3.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992. p. 36.

Rizzatto Nunes, dispõe que:

[...] nenhuma interpretação será bem feita se for desprezado um princípio. É que ele, como estrela máxima do universo ético-jurídico, vai sempre influir no conteúdo e alcance de todas as normas"<sup>56</sup>

Sebastião José Roque busca considerações sobre os princípios constitucionais embasando-se num contexto histórico:

[...] os princípios gerais de direito como os fundamentos mais elevados do direito, estabelecidos na antiga Roma e expressos nos brocardos, máximas, aforismos que nos legou o direito romano"<sup>57</sup>

José Afonso da Silva<sup>58</sup>, preocupa-se inclusive em esclarecer e distinguir o sentido da palavra principio utilizada enquanto "principio constitucional".

[...] a palavra princípio é equívoca. Aparece com sentidos diversos. Apresenta a acepção de começo, de início. Norma de princípio (ou disposição de princípio), por exemplo, significa norma que contém o início ou esquema de um órgão, entidade ou de programa, como são as normas de princípio institutivo e as de princípio programático.

Não é nesse sentido que se acha a palavra princípios, da expressão princípios fundamentais, do Título I, da Constituição. Princípio aí exprime a noção de mandamento nuclear de um sistema".

Os princípios possuem diversas funções, sendo conhecidas pelo menos as três abaixo descritas, como ensina José de Albuquerque Rocha<sup>59</sup>:

- a) função fundamentadora;
- b) função orientadora da interpretação;
- c) função de fonte subsidiária;

Ao lado dessas três funções básicas podemos enumerar outras, quais sejam

- a) de qualificar, juridicamente, a própria realidade a que se referem, indicando qual a posição que os agentes jurídicos devem tomar em relação a ela, ou seja, apontado o rumo que deve seguir a regulamentação da realidade, de modo a não contrair aos valores contidos no princípio e,
- b) tratando-se de princípio inserido na Constituição, a de revogar as normas anteriores e invalidar as posteriores que lhes sejam irreduzivelmente incompatíveis"<sup>60</sup>

<sup>56</sup> RIZZATTO NUNES, Luiz Antônio. **Curso de direito do consumidor**. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 164.

<sup>57</sup> ROQUE, Sebastião José. **Introdução ao estudo do direito**. 2.ed. São Paulo: Ícone, 2004. p.135.

<sup>58</sup> SILVA, op. cit., 2009, p. 91.

<sup>59</sup> ROCHA, José de Albuquerque. **Teoria geral do processo**. 4.ed. Malheiros, São Paulo, 1999, p. 46.

<sup>60</sup> Ibid., p. 47.

Misturados ao ordenamento jurídico, os princípios dão evolução e vida ao direito. Somente baseando-se por meio deles é possível evitar contrariedades. O legislador e jurista deve descobri-los quando não explícitos, e se explícitos, usá-los de forma adequada, inteligente e como peça chave de resolução de conflitos.

### 3 DIREITO E PROCESSO

Após a explanação sobre os termos constitucionais desse trabalho, volta-se à análise processual e técnica, não menos importante para se entender o instituto do "direito à razoável duração do processo".

Nesse sentido, urge explicitar e esclarecer acerca de algumas entidades do direito, uma vez que todas elas guardam estreita correlação com o tema. É o que se verá.

#### 3.1 CONCEPÇÃO DE DIREITO

Existem muitas definições de Direito. Por isso, se fará uma breve reunião de algumas de suas acepções, as quais acredita-se serem as mais relevantes. A priori, e de forma geral, muitos afirmam que o direito é uma ciência encarregada de estudar, elaborar, e realizar normas coercitivas que ordenem as condutas humanas e as relações sociais.

Para Lima<sup>61</sup>, o direito pode ser entendido em seu sentido objetivo e subjetivo. Assim, diz que o direito é um "sistema de normas de conduta imposto por um conjunto de instituições para regular as relações sociais", tratando, aqui, do sentido objetivo do direito, equiparando-o a ordem jurídica estatal.

Continua dizendo que o direito é também uma "faculdade concedida a uma pessoa para mover a ordem jurídica a favor de seus interesses", sendo esse o sentido subjetivo do direito, uma vez que se analisa a subsunção da lei ao caso concreto, fazendo com que o direito ganhe vida.

Nesse diapasão, Bellinetti afirma que para definir o direito, deve-se compreendê-lo como a "ordem concreta que objetiva regular a conduta humana de forma externa, bilateral e coercitiva", relatando também que "o Direito é um ordenamento, que pode ser entendido como uma forma de organizar harmonicamente determinado conjunto de elementos"<sup>62</sup>. Em que pese acreditar que o autor pende para o lado objetivo do direito, deve-se compreender que ele abarca, também, o sentido subjetivo, uma vez que diz que o direito organiza

---

<sup>61</sup> LIMA, Hermes. **Introdução à Ciência do Direito**. 28. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1986.

<sup>62</sup> BELLINETTI, Luiz Fernando. **Sentença civil: perspectivas conceituais no ordenamento jurídico brasileiro**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1994. p. 21-22.

harmonicamente a sociedade, sendo assim, esse conjunto de normas permite a solução dos conflitos gerados entre as pessoas, adentrando-se no sentido subjetivo do direito. Cumpre lembrar que

a definição exata de Direito nunca foi ponto pacífico entre os pensadores. Ao longo da história diversas formas de ver esta ciência (ou área de conhecimento) foram ora aceitas, depois abandonadas: o direito já foi visto como algo de "inspiração divina", ou tendo como fonte a "natureza", sempre como algo que tende a realizar a Justiça através de regras e do elemento coercitivo imposto pelo Estado, que o diferencia das demais normas sociais (éticas, morais e religiosas).<sup>63</sup>

Dessa forma, e finalmente, conclui-se que o direito é ciência social aplicada, cujo objeto não está no indivíduo, diretamente, mas no estudo das regras e princípios que disciplinam as relações humanas. Ora, no que tange ao seu conceito, vislumbra-se que o direito possui múltiplos significados, tornando difícil sua conceituação. Ihering, une a noção de direito à justiça, dizendo que:

O fim do Direito é a paz, o meio de que se serve para consegui-lo é a luta; Enquanto o direito estiver sujeito às ameaças da injustiça - e isso perdurará enquanto o mundo for mundo -, ele não poderá prescindir da luta. A vida do direito é a luta: a luta dos povos, dos governos, das classes sociais, dos indivíduos.<sup>64</sup>

Já, Rocha, diz que o direito acompanha a evolução da sociedade, *in*

*verbis*:

o direito é um complexo dinâmico, suscetível de transformações, pois ele acompanha a evolução da sociedade. Em um primeiro momento, por exemplo, o direito se identifica com os hábitos e costumes difusos arraigados na sociedade; depois evolui até culminar em um conjunto de normas jurídicas que apresentam vigência. O direito, dessa forma, relaciona-se com o estágio de desenvolvimento de um determinado povo e, do meu ponto de vista, pode estar ligado tanto às práticas gerais observáveis em uma sociedade como com o positivismo.<sup>65</sup>

Grinover defende a relação entre o direito e o controle social, ponderando que:

<sup>63</sup> Retirado do endereço eletrônico < <http://artigos.tiosam.com> > em 12 de outubro de 2008.

<sup>64</sup> IHERING, Rudolf Von. **A luta pelo direito**. São Paulo: Ed Martin Claret, 2001. p. 27.

<sup>65</sup> ROCHA, Fernanda. **O que é direito?** Universidade de Brasília. 2006. Disponível em: <<HTTP://www.aprender.unb.br>>. Acesso em: 12 out. 2008.

pelo aspecto sociológico, o direito é geralmente apresentado como uma das formas - sem dúvida a mais importante e eficaz dos tempos modernos - do chamado controle social, entendido como o conjunto de instrumentos de que a sociedade dispõe na sua tendência à imposição dos modelos culturais, dos ideais coletivos e dos valores que persegue, para a superação das antinomias, das tensões e dos conflitos que lhe são próprios.<sup>66</sup>

Salienta-se, ainda, que o direito não engloba apenas normas positivadas, mas também costumes, jurisprudências e princípios gerais, sendo que, para isso, ele possui um caráter sistemático, apresentando-se como um todo integrado. Nesse contexto, pode-se, por fim, conceituar direito como uma ciência jurídica e social que estuda as leis, não se resumindo a um conjunto de conhecimentos teóricos, sendo sempre uma prática, um exercício concreto de solução de litígios.

### 3.2 FUNÇÃO DO DIREITO E DO PODER NA FORMAÇÃO E DESENVOLVIMENTO DE UMA SOCIEDADE HUMANA

O direito é um fenômeno universal inerente a todos os povos, em todos os tempos e lugares. Assim como não se concebe o homem fora da sociedade, também não se concebe igualmente o indivíduo convivendo com os demais, sem o direito. Aristóteles já dizia que "o homem é um ser gregário por natureza". Nesse sentido, os homens vivem naturalmente em sociedade.

Deus predestinou as criaturas à coexistência. Em cardumes nadam os peixes. Voam em bandos as aves. Flores florescem juntas. Próximos uns dos outros crescem os frutos. Num sítio, a terra esconde minerais de igual espécie. Até os mesmos ventos sopram, tórridos, temperados, ou gélidos, numa certa região. O homem vive na sociedade (palavra derivada do latim *socius*, o que acompanha) porque a sua índole, gerada por sua necessidade, é associar-se. Ele, então, se agrupa: a tribo, o clã, a horda, os povoamentos, das minúsculas aldeias às frementes metrópoles, revelam a irremediável tendência humana à agregação.<sup>67</sup>

No entanto, a convivência humana impõe sacrifícios e restrições. É por isso que, para se manter a ordem social, tendo-se por fim a manutenção da vida em sociedade, surgiram-se regras para ditar a conduta de seus membros. Ora, apesar de, em cada sociedade política, e em cada fase da história, haver certo

<sup>66</sup> CINTRA, Antônio Carlos de Araujo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**. 26.ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 25.

<sup>67</sup> BERMUDEZ, Sérgio. **Introdução ao processo civil**. 4.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 1.

conjunto harmônico de convicções sobre os bens soberanos da vida, ou seja, uma ética dominante, esta não se mostrou suficiente para ordenar todas as condutas humanas. Nesse ínterim, criou-se os ordenamentos jurídicos, postos por representantes de um dado povo, isto é, o Governo da sociedade por meio de seus órgãos legislativos, promovendo-se a norma ética a norma de Direito. De fato, "não há norma sem interferência decisória de um ato de poder"<sup>68</sup>. Nessa seara, Telles Júnior assenta que:

Ao Poder, pois, em todos os degraus da hierarquia institucional, é que compete selecionar as normas jurídicas fundamentais. Que outra entidade poderia ter essa missão? Nenhuma, certamente. [...] Como instituição responsável pela direção social, e no desempenho de sua missão precípua, ao Governo é que compete escolher e pronunciar as soluções normativas soberanas, destinadas a formar as colunas de sustentação, as vigas mestras da estrutura jurídica vigente.<sup>69</sup>

Conclui-se, assim, que, em toda comunidade há uma inteligência governante, e, nesta, deve encerrar-se o patrimônio gerado pela experiência de um grupo humano. Por fim, deste devem provir os mandamentos recomendados por este patrimônio. Em suma, é por intermédio do poder, através de suas leis (direito), que se desenvolve e se torna possível a vida em comunidade.

### 3.3 ORDENAMENTO JURÍDICO

Para Nóbrega,

O ordenamento jurídico é conceituado, pela doutrina majoritária, como um sistema harmônico, complexo e sistemático, constituído por uma infinidade de normas jurídicas, as quais correspondem a uma totalidade. Norberto Bobbio indica que a unidade, assim como a coerência e a completude são aspectos essenciais do ordenamento jurídico.<sup>70</sup>

Ora, ordenamento jurídico é um conjunto hierarquizado de normas jurídicas (regras e princípios) que disciplinam coercitivamente as condutas humanas, com a finalidade de buscar a harmonia e a paz social, dentro de um sistema normativo. Por este sistema, pode-se compreender que cada dispositivo normativo

<sup>68</sup> FARIA, José Eduardo apud **Poder e legitimidade**. São Paulo: Perspectiva, 1978, parte III, 9.

<sup>69</sup> TELLES JUNIOR, Goffredo. **O povo e o poder: o conselho do planejamento nacional**. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 50.

<sup>70</sup> NÓBREGA, Helena Tafas. **Considerações acerca do ordenamento jurídico, valor, princípios, normas e**

possui uma norma da qual deriva e à qual está subordinada, cumprindo à Constituição o papel de preponderância - ou seja - o ápice, ao qual todas as demais leis devem ser compatíveis material e formalmente<sup>71</sup>.

Nota-se que o legislador busca, por meio da criação de normas jurídicas, proteger os interesses juridicamente relevantes.

Impende salientar o pensamento de Bellinetti, que diz que é somente jurídico o que o homem decide baseado em procedimentos que a sociedade aceita como válidos, seja a lei, costumes, jurisprudência, etc<sup>72</sup>.

O ordenamento jurídico é composto também de princípios. É o sistema formado em determinada nação tendente a regular as condutas em sociedade. Com efeito, não só as normas regulam as condutas em sociedade. Antes, e acima delas, devem estar os princípios, como já visto anteriormente.

Para Bellinetti<sup>73</sup> não se pode aceitar a definição de ordenamento jurídico prendendo-se exclusivamente à sua identificação com o conjunto de leis editadas pelo Estado. Nesse sentido, mister se faz notar as ilustres palavras de Mello (em que pese já terem sido citadas antes, mas, por sua tamanha importância, são transcritas novamente):

Princípio - já averbamos alhures - é, por definição, mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas compondo-lhes o espírito e servindo de critério para sua exata compreensão e inteligência, exatamente por definir a lógica e a racionalidade do sistema normativo, no que lhe confere a tônica e lhe dá sentido harmônico. É o conhecimento dos princípios que preside a inteligência das diferentes partes componentes do todo unitário que há por nome sistema jurídico positivo.

Violar um princípio é muito mais grave que transgredir uma norma. A desatenção ao princípio implica ofensa não apenas a um específico mandamento obrigatório mas a todo o sistema de comandos. É a mais grave forma de ilegalidade ou inconstitucionalidade, conforme o escalão do princípio atingido, porque representa insurgência contra todo o sistema, subversão de seus valores fundamentais, contumélia irreversível a seu arcabouço lógico e corrosão de sua estrutura mestra. Isto porque, com ofendê-lo, abatem-se as vigas que o sustentam e alui-se toda a estrutura neles esforçada.<sup>74</sup>

---

**cláusulas gerais.** Retirado do site: <<http://www.tex.pro.br>> em 19 de outubro de 2008.

<sup>71</sup> BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico**. 4.ed. Brasília: EdUNB, 1994.

<sup>72</sup> BELLINETTI, op. cit., p. 34.

<sup>73</sup> Ibidem, p. 27.

<sup>74</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira. **Curso de direito administrativo**. 12.ed. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 748.

As teorias unitária e dualista do ordenamento jurídico foram de suma importância para o direito processual civil dado que serviram de amparo para o desenvolvimento das teorias acerca da jurisdição. Falar-se-á rapidamente sobre elas.

Para Bellinetti, a teoria unitária:

Parte da premissa de que o juiz faz mais do que declarar o direito, identificando também uma função constitutiva na sua atividade. Busca raízes fundamentalmente nas concepções positivistas críticas do positivismo puro. Kelsen poderia ser indicado como seu principal inspirador, quando coloca a atividade jurisdicional como norma jurídica concreta. [...] Como seus defensores vislumbra-se, entre outros, Couture, Binder, Capograssi, Mortara, Pekelis, Ascarelli, Allorio, Satta, Carnelutti, Calamandrei, Michelli, Bulow, José da Silva Pacheco, Frederico Marques.<sup>75</sup>

Alvim<sup>76</sup>, se referindo a teoria unitária de Carnelutti, explica que o direito objetivo não tem condições para disciplinar sempre todos os conflitos de interesses, sendo necessário o processo, muitas vezes, para a complementação dos comandos da lei. O comando contido na lei é incompleto, é como se fosse um arco que a sentença completa, transformando-o em círculo. Para quem pensa assim, não é tão nítida a cisão entre o direito material e o direito processual: o processo participa da criação de direitos subjetivos e obrigações, os quais só nascem efetivamente quando existe uma sentença. O processo teria, então, o escopo de "compor a lide", ou seja, de editar a regra que soluciona o conflito trazido a julgamento. Assim, para a teoria unitária, o processo e o direito material situar-se-iam num mesmo plano, e os direitos e obrigações não preexistiriam à sentença. Diferentemente é a teoria dualista do ordenamento jurídico, criada por Chiovenda - também citado por Alvim<sup>77</sup> -, que dizia que o ordenamento jurídico cinde-se em direito material e direito processual. O primeiro dita as regras abstratas, que se tornam concretas no momento em que ocorre o fato que se enquadra na previsão legal, automaticamente, sem qualquer participação do juiz. Já, o direito processual visa apenas à atuação do direito objetivo, não contribuindo em nada para a formação de normas concretas. O direito subjetivo e obrigação preexistem ao processo.

---

<sup>75</sup> BELLINETTI, op. cit., p. 61.

<sup>76</sup> ALVIM, J.E. Carreira. **Teoria geral do processo**. 11.ed. Rio de Janeiro: Forense jurídica, 2008. p. 22.

<sup>77</sup> Ibid., p. 20-21.

De acordo com Belinetti, para a teoria dualista<sup>78</sup>:

A função jurisdicional resume-se em declarar o direito aplicável ao caso concreto. Resulta ela da concepção pura de positivismo, que resume o direito ao sistema legal e aos princípios a ele inerentes. Encontra seu mais eloqüente intérprete em Montesquieu, para quem os juizes não são senão a boca que pronuncia a palavra da Lei. Entre os adeptos dessa corrente pode-se indicar Chiovenda, Liebman, Fazzalari, Dinamarco, Theodoro Jr., Arruda Alvim, Moacir Amaral Santos, Alfredo Rocco, entre outros.

A grande diferença entre as duas teorias reside no fato de que, enquanto para uma a norma do caso concreto recebe da sentença o seu acabamento final e antes desta os direitos inexistiriam (Carnelutti), para a outra o ordenamento jurídico é composto de dois planos distintos (teoria dualista, (Chiovenda) e os direitos e obrigações preexistem à sentença, sendo por ela revelados com vista à concreta realização prática determinada pela norma também preexistente<sup>79</sup>.

Dinamarco<sup>80</sup> assenta que, por serem estritamente jurídicas - embora antagônicas nas colocações propostas - essas duas posições metodológicas (defendidas por Chiovenda e Carnelutti) favoreciam o dogma da natureza técnica do processo como instrumento do direito material, sem conotações éticas ou deontológicas, além de dificultar a valorização dos meios alternativos de solução dos conflitos. No entanto, é inquestionável a relevância dessas teorias no que concerne a constituição da dialética em torno da jurisdição. Ora, Chiovenda assumiu uma posição declaratória da jurisdição, sendo que o juiz deveria apenas declarar a lei no caso concreto; já, Carnelutti, uma noção constitutiva, uma vez que a jurisdição constitui, a partir de uma norma geral e abstrata, uma norma individual e concreta.

### 3.4 JURISDIÇÃO

Athos Gusmão Carneiro conceitua a jurisdição como: "a atividade pela qual o Estado, com eficácia vinculativa plena, elimina a lide, declarando e/ou realizando o direito em concreto"<sup>81</sup>.

<sup>78</sup> BELLINETTI, Luiz Fernando. Op. Cit., loc. Cit.

<sup>79</sup> DINAMARCO, Cândido Rangel. **Os escopos do processo civil e a técnica processual**. Disponível em: <<http://www.leonildoc.ocwbrasil.org>>. Acesso em: 19 out. 2008.

<sup>80</sup> Idem.

<sup>81</sup> CARNEIRO, Athos Gusmão. **Jurisdição e competência**. 13.ed. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 5.

Cintra, Grinover e Dinamarco, por sua vez, entendem que a jurisdição é "uma das funções do Estado, mediante a qual este se substitui aos titulares dos interesses em conflito para, imparcialmente, buscar a pacificação do conflito que os envolve, com justiça", dizendo esta ser,

ao mesmo tempo, poder, função e atividade. Como poder, é manifestação do poder estatal, conceituado como capacidade de decidir imperativamente e impor decisões. Como função, expressa o encargo que têm os órgãos estatais de promover a pacificação de conflitos interindividuais, mediante a realização do direito justo e através do processo. E como atividade ela é o complexo de atos do juiz no processo, exercendo o poder e cumprindo a função que a lei lhe comete"<sup>82</sup>.

Cumpra ainda, salientar o ensinamento de dois grandes juristas: Chiovenda e Carnelutti.

Para Chiovenda<sup>83</sup>, a jurisdição é a função do Estado que tem por escopo a atuação da vontade concreta da lei por meio de substituição, pela atividade dos órgãos públicos, da atividade dos particulares ou de outros órgãos públicos. Segundo este conceito, a lei (norma abstrata e genérica) regula todas as situações que eventualmente ocorram em concreto, e o Estado, no exercício da jurisdição, limita-se a declarar direitos preexistentes, aplicando na prática os comandos da lei. A função jurisdicional possui, portanto, como característica essencial, a substitutividade.

Já, Carnelutti<sup>84</sup>, a define como a função de busca da justa composição da lide. Carnelutti construiu sua visão acerca do direito processual em torno do conceito da lide, que ele define como o conflito de interesses degenerado pela pretensão de uma das partes e pela resistência da outra.

Ainda segundo ele, pretensão é a intenção de submissão do interesse alheio ao interesse próprio.

Após essas breves considerações acerca da jurisdição, adentra-se aos conceitos de tutela jurisdicional, que Dinamarco considera que é "a proteção que

---

<sup>82</sup> CINTRA, op. cit., p. 149.

<sup>83</sup> CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de direito processual civil**. 3.ed. Trad. Brás. De J. Guimarães Menegale. São Paulo: Saraiva, 1969. vol. II, p. 3.

<sup>84</sup> CARNELUTTI, Francesco. **Estudios de derecho procesal**. Trad. Esp. De Santiago Sentis Melendo. Buenos Aires: EJE, 1952. Vol. II, p. 5.

por meio do processo e pelo exercício da jurisdição, o Estado dá ao sujeito que tiver razão no litígio" <sup>85</sup>

No mesmo sentido, Barroso diz que a tutela jurisdicional é "a composição obtida pela intervenção dos órgãos jurisdicionais, substituindo a vontade das partes na decisão do litígio, através de uma sentença de mérito que aplique o direito material previsto na norma genérica de conduta ao caso concreto" <sup>86</sup>.

Nessa seara, nota-se que a tutela jurisdicional não se confunde com a jurisdição, posto que a primeira pode ser considerada como a manifestação da jurisdição ao caso concreto, e a segunda como a função Estatal, que é desempenhada pelo Judiciário.

Nesse mesmo passo, a tutela jurídica nunca poderá ser confundida com a atividade jurisdicional, sendo considerada substancial esta diferença. Enquanto a primeira está sempre ligada ao bem para a qual se busca a proteção, a outra constitui a própria jurisdição.

Para Bedaque, a tutela jurídica "representa a garantia constitucional de tutela jurisdicional de todos os direitos subjetivos, sendo impossível ao legislador subtrair das pessoas o direito de acesso ao Poder Judiciário". Já, a tutela jurisdicional é "o conjunto de medidas estabelecidas pelo legislador processual a fim de conferir efetividade a uma situação da vida amparada pelo direito substancial. <sup>87</sup> Na tutela jurídica, o termo jurídico está ligado ao Direito material, enquanto por outro lado, na tutela jurisdicional, o vocábulo jurisdicional refere-se ao poder de julgar, ao Direito processual.

Pode-se distinguir ainda, a Tutela Jurídica como fim e a Atividade Jurisdicional como meio. Neste aspecto, conclui-se que estes dois mecanismos são o elo de ligação entre a pretensão e o bem da vida, podendo a pessoa lesada usar destes na busca da realização da justiça. <sup>88</sup>

O objeto da tutela jurisdicional é o conflito de interesses. Nas palavras de Dinamarco: "é a situação existente entre duas ou mais pessoas ou grupos, caracterizada pela pretensão a um bem ou situação da vida e

---

<sup>85</sup> DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil**. 4.ed. v. 1. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 40.

<sup>86</sup> BARROSO, op. cit., 2008, p. 22.

<sup>87</sup> BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Comentários ao art. 273 do CPC**. In: MARCATO, Antonio Carlos (org.). Código de Processo Civil Interpretado. São Paulo: Atlas, 2004. p. 36.

<sup>88</sup> GAMA, Ricardo Rodrigues. **Efetividade do processo civil**. Campinas: Bookseller, 2002. p. 13.

impossibilidade de obtê-lo - seja porque negada por quem poderia dá-lo, seja porque a lei impõe que só possa ser obtido por via judicial.<sup>89</sup>

Ademais, a jurisdição tem por fim "tutelar concretamente o direito material, se necessário mediante meios de execução"<sup>90</sup>. Em outras palavras, seu objetivo é a composição de litígios, através da aplicação e especialização das normas gerais de conduta (direito) ao caso concreto (escopo jurídico), além da pacificação social (escopo social) e da realização da justiça (escopo político)<sup>91</sup>.

### 3.5 PROCESSO

Barroso<sup>92</sup> sugere que "processo é o instrumento colocado à disposição dos cidadãos para solução de seus conflitos de interesses e pelo qual o Estado exerce a jurisdição". Diz, ainda, que "tal solução e exercício são desenvolvidos com base em regras legais previamente fixadas e buscam, mediante a aplicação do direito material ao caso concreto, a entrega do bem da vida, a pacificação social e a realização da justiça".

Os elementos integrantes desse instrumento de exercício do poder estatal (jurisdição) são o procedimento (materialização do processo) e a relação jurídica processual contraditória (desenvolvida entre o juiz e as partes)<sup>93</sup>.

Etimologicamente, processo significa "marcha avante", "caminhada" (do latim, *procedere* = seguir adiante). Por isso, durante muito tempo ele foi confundido com a simples sucessão de atos processuais (procedimento), sendo comuns as definições que o colocavam nesse plano. Contudo, desde 1868, com a obra de Bülow (Teoria dos pressupostos processuais e das exceções dilatórias), apercebeu-se a doutrina de que há, no processo, uma força que motiva e justifica a prática dos atos do procedimento, interligando os sujeitos processuais. O processo, então, pode ser encarado pelo aspecto dos atos que lhe dão corpo e das relações entre eles e igualmente pelo aspecto das relações entre os seus sujeitos.<sup>94</sup>

Nesse sentido, Cintra, Grinover e Dinamarco<sup>95</sup> anotam que o processo é imprescindível à função jurisdicional desempenhada visando à

---

<sup>89</sup> Ibid., p. 117.

<sup>90</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. **Curso de processo civil: teoria geral do processo civil**. v. 1. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 133.

<sup>91</sup> BARROSO, op. cit., 2008, p. 23.

<sup>92</sup> Ibid., p. 3.

<sup>93</sup> Idem.

<sup>94</sup> CINTRA, op. cit., p. 301.

<sup>95</sup> Ibid., p. 301.

eliminação de conflitos e à realização da justiça através da atuação do anseio concreto da lei, sendo o instrumento por meio do qual a jurisdição opera. Ora, há estreita vinculação entre a relação jurídica de direito material e o direito processual, já que faz-se necessário, para o direito material, se utilizar do processo na busca de efetividade ao se estabelecer o conflito de interesses, assim como, ao processo é obrigatório se valer dos padrões de direito positivo para se alcançar uma justa composição. Dessa forma, não há como pensar juridicamente o direito processual como uma realidade técnica totalmente avessa ao direito positivo material.

Logicamente, para fins práticos e pedagógicos, deve-se regulamentar e estudar o direito processual apartado do direito material, no entanto, sem nunca se esquecer que "a existência do direito formal não se justificará, em hipótese alguma, a não ser como instituto prático ligado à necessidade de operar concretamente o direito material nas situações conflituosas"<sup>96</sup>.

Carnelutti<sup>97</sup>, a propósito desta secção do sistema jurídico, diz que:

O Direito Processual Civil é, não tanto uma fração, mas um aspecto da realidade jurídica inteira, isto é, do direito inteiro (objetivo). Nessa separação, por mais necessária que seja, uma parte de sua realidade se perde, isto é, fica oculta do observador. Isto quer dizer que o Direito Processual não pode ser conhecido inteiramente por quem não conheça também os outros setores do Direito".

O mesmo professor conclui que: "A relação entre ius (direito) e iudicium (processo) é a mesma que há entre o pensamento e a palavra: uma relação circular. Iudicium (processo) é encarnação do ius (direito); mas o direito não existe senão encarnado"<sup>98</sup>.

Com efeito, direito e processo se conectam intensamente, pois "o legislador somente cria uma lei abstrata e genérica (Lex generalis), que, diante dos fatos concretos da vida, terá de ser completada pela Lex specialis do órgão jurisdicional (o comando sentencial, frente à lide)"<sup>99</sup>. É esta, portanto, a relação jurídica existente entre direito material e processual.

---

<sup>96</sup> THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Direito e processo: direito processual civil ao vivo**. Rio de Janeiro: Aide, 1997. v. 5, p. 24.

<sup>97</sup> CARNELUTTI, Francesco. **Instituições do processo civil**. Tradução de Adrián Sotero De Witt Batista. Campinas: Servanda, 1999. p. 53.

<sup>98</sup> Ibid., p. 54.

<sup>99</sup> THEODORO JÚNIOR, Humberto. Op. Cit., p. 26.

Cumpra salientar as palavras de Buzaid<sup>100</sup>: "não se pode negar que há entre esses dois fenômenos uma soldadura. Não tê-los em conta seria um erro, quase tão grave quanto não saber fazer a distinção".

---

<sup>100</sup>BUZAID, Alfredo. **A ação declaratória no direito brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 1943. n. 53, p. 71.

#### 4 O DIREITO À RAZOÁVEL DURAÇÃO DO PROCESSO

Incontáveis ações abarrotam os órgãos jurisdicionais brasileiros tornando lenta a atuação jurisdicional, que tem a contribuição da estrutura do Poder Judiciário, com poucos servidores, mostrando-se deficiente diante da realidade, e, ainda, outros fatores legais, econômicos, culturais, psicológicos.

A pesquisa dogmática sobre o tema em análise permite o desenvolvimento de uma atividade intelectual destinada à adequada interpretação e aplicação do Art. 5º, LXXVIII da Constituição Federal, que garante a todos a razoável duração do processo judicial e os meios que permitam a celeridade de sua tramitação, permitindo a criação de novos parâmetros para a Ciência Jurídica. Isso implica uma mudança de postura do operador e do cientista do direito, sobretudo quanto à forma de interpretar o ordenamento jurídico, em especial o direito fundamental à razoável duração do processo no âmbito judicial, no contexto de todo o sistema. Requer ainda a possível revisão dos institutos tradicionais do processo, de modo a dar efetividade à defesa dos direitos fundamentais. A reforma legislativa também é outro fator que pode vir a contribuir para a efetivação do direito fundamental à duração razoável do processo no âmbito judicial, mas é fundamental que se busque no próprio ordenamento mecanismos para a efetividade desse direito, já que o conflito não pode ficar sem solução, mesmo na ausência de regra legal específica aplicável a ele. Existe, assim, a necessidade de mudança de postura política, no sentido de adotar um modo de agir voltado para o objetivo da norma.

Isso porque, o problema não é solucionado com a simples inserção no ordenamento jurídico de normas que pretendam resolver os impasses sociais, em especial o da morosidade aqui apresentado. Sente-se, portanto ser imperativa a aplicação imediata e integral do direito à razoável duração do processo, elevado a qualidade de garantia fundamental. Não obstante não se trate de uma inovação jurídica, já que decorrente do princípio da efetividade processual, vê-se, cada vez mais, a real necessidade de uma rápida prestação jurisdicional.

É claro que não é possível uma rápida modificação da realidade brasileira, já que a situação atual do Poder Judiciário se encontra extremamente complicada, sendo inúmeros os motivos ensejadores da morosidade processual, que mais a frente serão analisados. Todavia, diante dessa realidade, aliada a

insatisfação daqueles que buscam o Estado-juiz esperando uma tutela adequada, efetiva e justa, é preciso buscar soluções através de mudanças efetivas na estruturação do Poder Judiciário. Contudo, a pesquisa de meios aceleradores do processo, através do estudo das implicações processuais, só veio a ser reforçada com o inciso LXXVIII acrescentado à Constituição Federal, que acabou por decretar como inaceitáveis os patamares de morosidade atualmente verificados na prestação jurisdicional brasileira. Ora, a razoável duração do processo,

Trata-se de uma aproximação com o ideal do processo justo que entre os constitucionalistas contemporâneos funciona como um aprimoramento da garantia do devido processo legal. Para merecer essa nomen iuris, a prestação jurisdicional, além de atender aos requisitos tradicionais - juiz natural, forma legal, contraditório e julgamento segundo a lei - têm de proporcionar à parte um resultado compatível com a efetividade e a presteza. Na Itália, em recente reforma no art. 111 da Constituição, a antiga garantia do devido processo legal foi expressamente substituída pela garantia do processo justo, onde se faz menção à necessidade de adequar-se a prestação jurisdicional ao princípio da economia processual, condizente à "concentração e aceleração do processo". A garantia de uma ragionevole durata para o processo cumprir a tutela jurisdicional tornou-se, na Carta italiana, "espressione attuativa di un' interesse superiore della giustizia". Há, outrossim, no direito europeu, a consciência de que a efetividade deve ser a meta da jurisdição e o processo justo, para tanto, deve apoiar-se nos valores de "correttezza", de "equità" e de "giustizia procedurale". A inovação da EC 45 de nossa Carta tem exatamente o mesmo propósito da reforma operada na Constituição italiana, qual seja, proclamar, como direito fundamental, a garantia de um processo célere, impondo à Justiça proporcionar a completa tramitação dos processos num prazo que seja razoável no contexto social em que o litígio eclodiu. É claro que não é possível matematicamente prefixar um prazo que atenda a essas exigências de maneira exata. Funciona, todavia, como uma norma de programa, a prevalecer como norte da política judiciária do País, com reflexos desejados, sobretudo, na administração e organização dos órgãos encarregados à prestação jurisdicional.<sup>101</sup>

Desta forma, mesmo que não haja condição necessária para assegurar uma rápida e completa solução das dificuldades encontradas, esta norma conferiu aos princípios constitucionais o conteúdo necessário para pelo menos definir como certa a responsabilidade do Estado por prejuízos advindos da exagerada demora do processo legal, uma vez que é obrigação inquestionável do Poder Público fornecer solução jurisdicional em tempo aceitável. Destaca-se, aqui, que tal responsabilidade do Estado decorrente da delonga processual é tema de notável valor, o que poderia dar origem a uma nova monografia, mas não é o cerne do estudo em questão, fazendo-se, neste espaço, apenas uma distinção

---

<sup>101</sup> THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Alguns reflexos da Emenda Constitucional 45, de 08.12.2004, sobre o**

merecedora de citação. Importante lembrar que "[...] O direito à tempestividade não só tem a ver com a tutela antecipatória, como também com a compreensão da duração do processo de acordo com o uso racional do tempo processual por parte do réu e do juiz."<sup>102</sup> Imagina-se, desta forma, que o Poder Público precisa agir de maneira a assegurar seus objetivos, buscando, por um lado, a agilidade e a qualidade, de outro, deve diminuir o fator oneroso necessário para se chegar a tais fins. Ensina-nos Hélio Tornaghi que o órgão judicial é responsável pela celeridade do processo,

mas sempre cuidando que não se mutilem as garantias, quer de observância do direito objetivo, quer de respeito aos direitos subjetivos das partes ou de terceiros. O acerto da decisão prima sobre a sua presteza. E preciso que a ligeireza não se converta em leviandade, que a pressa não acarrete a irreflexão. O juiz deve buscar a rápida solução do litígio, mas tem de evitar o açodamento, o afogadilho, a sofreguidão. Deve ser destro, sem ser pior que o vagaroso. A observância rigorosa das formas e prazos legais é a melhor receita para conciliar rapidez e segurança".<sup>103</sup>

A morosidade do julgamento de uma ação faz surgir um sentimento de frustração semelhante à sensação passada por quem é julgado com causa improcedente. Acontece que na apreciação judiciária desfavorável, desde que corretamente embasado em sua fundamentação, está em conformidade com o escopo de ingresso à justiça, garantido o direito pelo inciso XXXV do apontado art. 5º da Lei Ápice, inclusive ainda podendo o inconformado com o que foi decidido judicialmente dispor da utilização do duplo grau de jurisdição. De outra forma, o tempo excessivo e injustificado choca-se com toda a finalidade do serviço jurisdicional que deve ser asseverada pelo Estado, proporcionando um sentimento de aflição e a falta de confiança na atuação do Poder Judiciário.

O inciso fala em "razoável duração" e em "celeridade de sua tramitação". E a celeridade da tramitação que alcança a duração razoável, ou seja, a duração necessária à conclusão do processo, sem prejuízo do direito das partes e terceiros de deduzirem as suas pretensões, mas sem delongas que retardem a prestação jurisdicional ou administrativa postulada. A celeridade da tramitação traduz-se na presteza da prática de cada ato do processo,

---

**processo civil.** Revista de Processo n. 124. São Paulo: Ed. RT, jun. 2005b, p. 37.

<sup>102</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. **O direito à tutela jurisdicional efetiva na perspectiva da teoria dos direitos fundamentais.** Jus Navigandi, Teresina, a. 8, n. 378, 20 jul. 2004a. Disponível em: <<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=5281>>. Acesso em: 22 jun. 2009.

<sup>103</sup> **Comentários ao Código de Processo Civil.** V. 1. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1974. p. 382. Apud GAJARDONI, Fernando da Fonseca. Reflexos do tempo no direito processual civil (anotações sobre a qualidade temporal do processo civil brasileiro e europeu). **Revista de Processo**, n. 153, São Paulo: Ed. RT, nov. 2007, p. 102

porquanto a demora na prática de um deles repercute, negativamente, no conjunto, como acontece com a retenção de um trem num dos pontos de parada do seu percurso. Atos praticados celeremente asseguram a duração razoável, senão rápida do processo, o qual outra coisa não é, desde a etimologia, que um conjunto de atos que se sucedem para a consecução de determinado fim.<sup>104</sup>

E possível afirmar que apenas por meio do exame do caso de fato, será possível se chegar à correta grandeza do que significa o termo "razoável duração" em relação ao tempo do processo, cuja sinalização se faz da melhor forma através da segurança do acesso à justiça sob o ponto de vista da ação de uma resposta judicial distinta ao propósito da questão e em período de razoável aceitabilidade.<sup>105</sup> Faz-se necessário destacar que apesar da norma constante no inciso LXXVIII da Constituição Federal situar-se na esfera dos códigos auto-aplicáveis da Constituição Federal, assim como dita o próprio dispositivo, em seu §1º, é realizada a defesa de sua origem como a de um código programático, a partir do momento que demonstra uma finalidade, cuja execução está sujeita à que haja formas necessárias a viabilizar a agilidade dos atos processuais objetivando alcançar um período de tempo razoável do processo.

Dando essa preferência, concluir-se-ia que existiria incoerência entre a inclusão de uma regra programática na relação de normas de conteúdo auto-aplicável. Apesar disto, o direito fundamental deve ser independente da ação do legislador para aplicá-lo, mas as instituições tem que fazê-lo de forma aceitável, obrigando-se as autoridades do poder público, da esfera administrativa e judicial, praticá-la de todas as formas possíveis e agilizar os atos processuais com a finalidade de oferecer uma razoável duração à ação processual.<sup>106</sup>

Por mais que a intenção dos relatores da emenda constitucional nº 45/04 tenham sido a mais perfeita possível, enquanto existir morosidade no processo, o dispositivo constitucional torna-se ineficaz, não alcançando o seu objetivo social maior. Torna-se necessário salientar que a ação processual não se auto-sustenta por si só, mas é um caminho necessário para se obter um resultado, acoplada ao princípio da instrumentalidade que conduz a legislação processual da nação. Um conceito racional é o de que o processo só terá efetividade dentro da

---

<sup>104</sup> BERMUDEZ, Sérgio. **A Reforma do Judiciário pela Emenda Constitucional nº 45**. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 11.

<sup>105</sup> MORAIS, José Luis Bolzan. **As crises do Judiciário e o acesso a justiça**. In: AGRA, Walber de Moura. **Comentários a reforma do poder judiciário**. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 16.

sociedade a partir do momento que ocorra uma solução judicial adequada, com a justiça sendo proferida dentro de um tempo razoável.

Desse modo, o direito à razoável duração do processo no âmbito judicial amplia a garantia do acesso à justiça e a concretização do ideal de justiça com a adequada prestação da tutela jurisdicional ao conflito.

Essa atitude decorre do princípio da efetividade processual, tão festejado ultimamente. Isso porque, referido princípio informa que o processo civil efetivo é aquele que é realizado em tempo razoável e produz os efeitos almejados, por meio da utilização dos meios adequados a garantir a efetiva tutela jurisdicional. Percebe-se que o devido processo legal é o pilar de apoio de todos os demais que são dele originários. Logo o princípio da razoável duração do processo possui base internacional e se distingue dentro dos arrolamentos processuais. Um grande modelo está na Convenção Americana sobre direitos Humanos, que contempla pontos com respeito à agilidade e o devido processo legal. O seu artigo 8º define:

Toda pessoa tem direito a ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou para que se determinem seus direitos ou obrigações de natureza civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza.<sup>107</sup>

Ora, processo imparcial, agilidade processual, e direito à justiça, são as bases para a razoável duração do processo, assim como todas as outras garantias essenciais a que o cidadão tem direito no que diz respeito à justiça, fazendo-se necessário procurar no processo o equilíbrio entre as partes, além de se refletir acerca de seus mecanismos:

O direito de acesso à justiça, atualmente, é reconhecido como aquele que deve garantir a tutela efetiva de todos os demais direitos. A importância que se dá ao direito de acesso à justiça decorre do fato de que a ausência de tutela jurisdicional efetiva implica a transformação dos direitos garantidos constitucionalmente em meras declarações políticas de conteúdo e função mistificadores.

Por estas razões a doutrina moderna abandonou a idéia de que o direito de acesso a justiça, ou direito de ação significa apenas direito à sentença de mérito, esse modo de ver o processo, se um dia foi importante para a concepção de um direito de ação independente do direito material, não

---

<sup>106</sup> LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquematizado**. São Paulo: Método, 2007. p. 142, 143.

<sup>107</sup> **Convenção Européia para Salvaguarda dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais**: subscrita em Roma, em 4 de novembro de 1950: com as modificações introduzidas pelo Protocolo nº 11. Disponível em: <<http://www.echr.coe.int/Convention/webConvenPOR.pdf>>. Acesso em: 15. maio. 2008

coaduna com as novas preocupações que estão nos estudos dos processualistas ligados ao tema da efetividade do processo, que traz em si a superação de que este poderia ser estudado de maneira neutra e distante da realidade social e do direito material.<sup>108</sup>

Inclusive a essência dos direitos fundamentais foi sendo gradualmente alterada, fazendo-se indiscutível a conclusão de que a efetiva concretização do direito à razoável duração do processo trará satisfação para os interesses sociais, e não só os interesses daqueles que provocam a jurisdição por meio do exercício do direito de ação, mas também para os integrantes do Poder Judiciário (servidores e magistrados), e para o Poder Legislativo, que tem a atividade típica de editar as regras jurídicas que compõem o sistema.

De forma imediata o interesse da parte é satisfeito. Mediatemente, toda a sociedade se beneficia, com a segurança jurídica que a solução adequada e eficaz proporciona, tornando palpável o ideal de justiça.

A partir do momento em que a decisão judicial transitada em julgado não confere ao cidadão a tutela adequada e a satisfatividade pleiteada, seja por inadequação dos instrumentos utilizados ou colocados à disposição do cidadão, seja pela deficiente regulamentação legal, não há como admitir que sejam produzidos efeitos jurídicos efetivos e adequados, uma vez que a realização da justiça de forma tardia é sempre uma injustiça.

#### 4.1 RAZOÁVEL DURAÇÃO DO PROCESSO A PARTIR DO RESPEITO AO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

A princípio referido assunto a ser discorrido parece confuso, mas demonstra-se de extrema relevância, tendo em vista que para a sociedade que busca socorro no judiciário não basta apenas que o processo seja célere e dinâmico, mas também deverá caminhar partindo do respeito ao estado democrático de direito.

O Estado de Direito transporta *princípios* e *valores* materiais razoáveis para uma ordem humana de justiça e de paz. São eles: a *liberdade* do indivíduo, a *segurança* individual e coletiva, a *responsabilidade* e *responsabilização* dos titulares do poder, a *igualdade* de todos os cidadãos e a *proibição* de discriminação de indivíduos e grupos [...] e competências que permitam falar de um *poder democrático*, de uma *soberania popular*, de uma *representação política*, de uma *separação de poderes*, de *fins e tarefas* do

<sup>108</sup> CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. Traduzido por Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988. p. 8.

Estado [...] Trata-se: (1) de um Estado de Direito; (2) de um Estado *constitucional*; (3) de um Estado *democrático*; (4) de um Estado *social*; (5) de um Estado *ambiental*<sup>109</sup>

Adstrito a isso se tem primordialmente na Constituição Brasileira:

Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado democrático de direito.

Cumpra registrar, que o Estado Democrático de Direito não representa apenas o somatório dos direitos de cunho "individualista", apregoados no Estado Liberal, e dos direitos sociais, do Estado de Bem-Estar Social, mas inaugura uma nova fase do constitucionalismo, em que há a garantia dos valores sociais, rompendo-se o caráter absoluto dos direitos, facilitando a entrada de novos direitos no ordenamento jurídico, e limitando a autonomia individual em prol do coletivo<sup>110</sup>. Portanto, segundo Zimmerman<sup>111</sup>, o Estado Democrático de Direito possui como características básicas:

- 1.A soberania popular, manifestada por meio de representantes políticos;
- 2.A sociedade política baseada numa Constituição escrita, refletidora do contrato social estabelecido entre todos os membros da coletividade;
- 3.O respeito ao princípio da separação dos poderes, como instrumento de limitação do poder governamental;
- 4.O reconhecimento dos direitos fundamentais, que devem ser tratados como inalienáveis da pessoa humana;
- 5.A preocupação com o respeito aos direitos das minorias;
- 6.A igualdade de todos perante a lei, no que implica completa ausência de privilégios de qualquer espécie;
- 7.A responsabilidade do governante, bem como temporalidade e eletividade desse cargo público;
- 8.A garantia de pluralidade partidária;
- 9.O "império da lei", no sentido da legalidade que se sobrepõe à própria vontade governamental.

<sup>109</sup> Canotilho, J. J. Gomes. Op. Cit., p.21 e 22.

<sup>110</sup> XIMENES, Julia Maurmann. **Reflexões sobre o conteúdo do estado democrático de direito**. Disponível em: <[www.iesb.br](http://www.iesb.br)>. Acesso em: 15 de fev. 2011.

A experiência de inúmeras nações tem apontado para o fato de que o Estado Democrático de Direito não pode funcionar sem uma justiça constitucional. Streck<sup>112</sup> nos remete ao fato de que a soberania do parlamento cedeu o passo à supremacia da Constituição. O respeito pela separação dos Poderes e pela submissão dos juízes à lei foi suplantado pela prevalência dos direitos dos cidadãos face ao Estado. A idéia base é a de que a vontade política da maioria governante de cada momento não pode prevalecer contra a vontade da maioria constituinte incorporada na Lei Fundamental. O poder constituído, por natureza derivado, deve respeitar o poder constituinte, por definição originário<sup>113</sup>. É certo que este Estado não excluiu as atividades fundamentais, que continuam divididas em legislativa, executiva e jurisdicional. Assim, através da primeira são estabelecidas as normas gerais de conduta, que então, passam a reger a atividade humana, distribuindo e definindo os direitos de cada um e os do próprio Estado. Isto implica no direito do cidadão estar amparado pelo Estado que também deverá estar submetido as regras do direito.

Todavia, a eficácia de suas atividades fundamentais deve se dar a nível subjetivo, bem como objetivo.

Melhor dizendo, primeiramente o órgão estatal deve estar dotado de capacidade administrativa nas unidades judiciárias, através de servidores eficientes. Em segundo lugar vem a forma de organização, estrutura e disciplina na Administração Pública, que também deve ser eficiente e eficaz.

Ao Estado Democrático de Direito cabe a responsabilidade maior de solucionar os conflitos com justiça, acima de simplesmente conciliar os entraves judiciais. Isto porque, o Estado contemporâneo atual deve primar pelos direitos individuais e pelos direitos sociais. Dessa forma, para que ocorra, de fato, o eficiente acesso à justiça, o Estado deve agilizar as ações judiciais. Como bem observa Ranelletti:

---

<sup>111</sup> ZIMMERMANN, A. **Curso de direito constitucional**. 2.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002, p. 64 e 65.

<sup>112</sup> STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do direito**. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 104.

<sup>113</sup> Em que pese existam autores que diverjam totalmente dessa premissa, como é o caso de Roberto Gargarella, que argumenta pela sua não plausibilidade em virtude das graves diferenças que separam as pessoas do modo de interpretar a Constituição, adotou-se, aqui, um entendimento pró-judicialização da política.

O Estado Moderno, sendo um Estado de Direito, deve reconhecer e garantir ao indivíduo e à Administração, por via da mesma Justiça, os seus direitos fundamentais<sup>114</sup>

Umbilicalmente ligado a estes direitos fundamentais está o fato de que uma das conquistas do direito moderno, e que se revela como enorme garantia do Estado de Direito, é a proibição da justiça privada ou também conhecida 'justiça pelas próprias mãos', visto que o Estado propicia órgãos judicantes para que as partes a eles recorram na busca pela justiça.

Para tanto, garantiu o acesso à justiça a todos, que só será concretizado através de um processo célere e eficiente, impedindo, dessa forma, que a parte busque a justiça a seu modo e acabe por abalar o Estado Democrático de Direito. Se assim não fosse, não estaríamos diante de um Estado Democrático de Direito, mas sim diante de uma sociedade insegura, que viveria numa total arbitrariedade de todos, ou seja, num profundo caos público e generalizado.

Hely Lopes Meirelles chega a afirmar com clareza um dos grandes entraves do bom andamento processual brasileiro. Percebe-se que a razoável duração do processo é muito afetada na medida em que não há clareza no ordenamento jurídico, fato que está intimamente ligado ao Estado de Direito Democrático que é regido pelas mesmas normas.

A nossa Constituição da República, do ponto de vista formal, é mal redigida, assistemática e detalhista, a redação é confusa, a matéria é distribuída sem sistema, encontrando-se o mesmo assunto em vários capítulos, e desce a detalhes impróprios de texto constitucional.<sup>115</sup>

Basta pensar que o Poder Judiciário, no Estado Democrático de Direito, além de ser responsável pela importante administração dos conflitos, cabe ainda a responsabilidade de conceder às partes uma proteção digna, pois antes mesmo de serem partes ativa ou passiva judicialmente são verdadeiros cidadãos. Portanto, a prestação jurisdicional não implica em somente aplicar o direito, mas também atentar-se à qualidade do serviço prestado que interferirá diretamente na vida e patrimônio dos cidadãos.

---

<sup>114</sup> RANELLETTI, Oreste. **Le Guarentizie della Giustizia Pubblica Amministrazione**, 1934, p. 303.

<sup>115</sup> MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 22.ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1997. p.63.

A caracterização da responsabilidade civil do Estado, pelo prisma da teoria da falta do serviço, demanda, portanto, a chamada culpa impessoal ou anônima do serviço público, traduzida no descumprimento, diretamente imputado ao Estado, dos atos e omissões de seus agentes, no desempenho de seus misteres de garantir a prestação e o oferecimento satisfatórios dos serviços públicos. Não se discute a culpa individual do agente, tendo relevância apenas a circunstância pela qual houve ou não falha no serviço desempenhado pelo Estado através de seus agentes.<sup>116</sup>

Alçado a nível fundamental da Constituição, o direito à razoável duração do processo acaba por delimitar que o juiz e o tribunal até podem se ver diante da impossibilidade do cumprimento de um prazo estipulado pela Constituição, entretanto, não é facultado ao Estado deixar de cumprir uma garantia fundamental alegando despreparo material e humano do serviço judiciário. Isto porque os direitos fundamentais, quaisquer que sejam, não podem ser violados ou negados pelo próprio Estado a quem a Constituição confiou o papel não só de decretá-los, mas, sobretudo de executá-los. As moléstias da duração normal (ou razoável) do processo, quando graves e iminentes, são impedidas ou satisfeitas através das tutelas de urgência; já os danos causados pela duração não razoável, como a deficiência do serviço judiciário, se sanam através da responsabilização civil objetiva do Estado, prevista no art. 37, §6º da Constituição. O Estado não pode permanecer impune pelo atraso infundado na satisfação da tutela efetiva a que faz jus o titular do direito subjetivo lesado ou ameaçado (CF, art. 5º, inc. XXXV); a ineficiência do serviço judiciário faz descumprir os princípios da legalidade e eficiência impostos à Administração Pública pelo art. 37 da CF, o que acaba por violar seriamente o direito fundamental da parte a um processo justo e de duração razoável (CF, art. 5º, incs. LIV e LXXVIII); e, por conseguinte, as avarias derivadas dessa falta grave, operadas no plano dos direitos e garantias, redundam em responsabilidade civil para o Estado, ou seja, em seu dever de indenizar. Analisa-se, portanto, o Estado como um círculo sem começo e fim: ele se organiza, emana ordens, as cumpre e pode ser punido caso não as cumpra corretamente. É por isso que o judiciário deve diminuir o congestionamento de processos por meio de tecnologias modernas de informação - as quais serão vistas em outros tópicos (como o e-proc e o ProJud) - o que o auxiliará na solução rápida e eficiente dos problemas.

---

<sup>116</sup> SERRANO JÚNIOR, Odoné. **Responsabilidade civil do estado por atos judiciais**. Curitiba: Juruá, 1996, p. 57.

Ademais, o aperfeiçoamento normativo - que, diferentemente dos elementos objetivos, referentes a estrutura física dos setores designados à jurisdição, e dos elementos subjetivos, relacionados aos indivíduos que participam, costumeiramente ou casualmente das ações processuais, abrangendo os litigantes e os operadores do direito - faz-se necessário, pois visa uma mudança nos conceitos sociológicos, filosóficos e políticos, objetivando uma ação jurídica moderna e eficaz. O próximo capítulo, portanto, cuidará de apresentar as formas de efetivação desse direito, cerne do estudo em questão, pois, a opção pelo estudo de um tema específico dentro do universo do direito estabelecido no Art. 5º, LXXVIII da Constituição Federal objetiva oferecer contribuições consideráveis para o tema, e melhoria do aparelhamento processual na defesa dos direitos fundamentais do homem, sem pretensão de solucionar definitivamente o problema.

#### 4.2 ALGUNS MOTIVOS QUE ENSEJAM A MOROSIDADE PROCESSUAL

Sem dúvida alguma, a evolução da sociedade de forma cada vez mais acelerada, também interferiu no próprio direito e no Judiciário, sendo estes últimos, em verdade, meros coadjuvantes daquela, só vindo a reforçar o velho brocardo latino: "*ubi societas ibi ius*", segundo o qual: "onde há sociedade aí está o direito".

Portanto, o conceito de prestação jurisdicional qualificada e adequada, vem sempre se modificando ao longo dos anos, de modo a atender as exigências da própria sociedade, cuja existência o direito sempre busca proteger e tutelar.

É de fundamental importância a análise de alguns motivos que contribuem ou causam a demora no devido processo legal.

##### 4.2.1 Da Precariedade da Estrutura Física

É notória as precárias instalações físicas dos fóruns, ocasionados pela falta de espaço; a falta de informatização e equipamentos eletrônicos; e a necessidade do aprimoramento e desenvolvimento daqueles que já fazem parte da atual estrutura, fatos estes que influem diretamente na qualidade e tempo do serviço. Quanto mais espaço físico disponível, conseqüentemente mais varas serão

instaladas, mais juízes, mais funcionários trabalharão, e a tramitação dos processos será agilizada, atendendo-se o interesse do cidadão. Todas estas medidas contribuem para que o processo caminhe mais rápido e ágil.

#### 4.2.2 Do Reduzido Número de Juízes e Demais Serventuários da Justiça

O despreparo e a falta de juízes, promotores, e demais serventuários da Justiça, juntamente com o elevado número de estagiários desqualificados, também podem ser apontados como mais uma série de fatores que impedem o regular funcionamento do Poder Judiciário.

Ainda, no Brasil, aplica-se o direito com número de juízes quatro vezes inferior ao recomendado pela ONU e ao adotado na Europa e nos demais países desenvolvidos, conforme o sempre respeitado escólio do Min. do STJ, Sálvio de Figueiredo Teixeira, quando observa que:

é possível concluirmos, sem maiores esforços, que no Brasil há uma nítida distinção entre o Judiciário que a sociedade reclama, e todos desejamos, e o Judiciário que aí está posto, que a todos descontenta, inclusive, e sobretudo, aos juízes, que dele são reféns e em quem acaba por recair as críticas generalizadas, desconhecendo os jurisdicionados a real dimensão da problemática, quando se tem 1 (um) juiz para cada 25 a 29 mil habitantes (a média, na Europa, é de 1 para 7.000), quando o Supremo Tribunal Federal julga mais de 40.000 (quarenta mil) processos por ano (enquanto a Suprema Corte dos Estados Unidos julga menos de 100 (cem) causas em igual período) e o Superior Tribunal de Justiça mais de 100.000,00 (cem mil), números de longe sem similar no plano internacional, sendo de acrescentar que igualmente super congestionadas estão as instâncias ordinárias<sup>117</sup>.

Por ser humanamente impossível a efetiva leitura e análise aprofundada de todos os processos que correm na Justiça, os juízes têm que delegar seus julgamentos a assessores, que nem sempre se encontram preparados para o exercício dessa função, o que gera, por óbvio, o crescimento de recursos e um crescente engarrafamento das instâncias superiores. Ocorre que ainda lá (outras instâncias) a realidade é a mesma, transformando o judiciário em uma máquina lançadora de decisões críticas, nem sempre acertadas, além, é claro, de extremamente demoradas.

---

<sup>117</sup> TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. **A criação e realização do direito na decisão judicial**. Rio de Janeiro: Forense, 2003. p. 239-243.

#### 4.2.3 Do Modus Operandi dos Julgadores

Como uma das causas que impedem o bom funcionamento do Judiciário, também está inclusa uma parcela de culpa atribuível aos próprios magistrados, tendo em vista que em algumas ocasiões se apegam ao rigorismo e formalidades dispensáveis e que não possuem qualquer propósito. Tudo isto, dificulta o acesso ao Judiciário àquelas pessoas que realmente necessitam (e isso é fator provocante de mais e mais recursos), por questões puramente formais e que, ao final, acabam servindo, geralmente, única e simplesmente para a auto-afirmação do magistrado perante os advogados e as partes.

Os magistrados em geral, devem ser mais conscientes da quantidade de poder que possuem em suas mãos e o quão pernicioso este pode ser quando mal aplicado, acabando por prejudicar de forma irreversível os direitos de uma das partes, em função de lapsos, às vezes de iníquo relevo, cometidos pelos demandantes ou até por seus mandatários, que assim como os juízes, são seres humanos, e, portanto, podem igualmente errar.

Não basta verificar se o candidato tem bons conhecimentos técnico jurídicos, pois o juiz que oferecer apenas isso, ainda que em alto grau, não conseguirá ser mais do que um eficiente burocrata. É indispensável, para a boa seleção e, conseqüentemente, para que se tenha uma boa magistratura, que sejam selecionadas pessoas que, a par de seus conhecimentos jurídicos, demonstrem ter consciência de que os casos submetidos a sua decisão implicam interesses de seres humanos. O candidato a juiz deverá demonstrar que tem condições para avaliar com independência, equilíbrio, objetividade e atenção aos aspectos humanos e sociais, as circunstâncias de um processo judicial, tratando com igual respeito a todos os interessados e procurando, com firmeza e serenidade, a realização da justiça.<sup>118</sup>

Não se trata de afirmar que o juiz não pode errar, mas é necessário que seja rechaçada a tão alegada justificativa de sempre: a excessiva carga de trabalho. Sim, muitos erros são fruto do grande volume de trabalho, entretanto, registre-se aqui, que muitos decorrem da pura negligência e prepotência de alguns magistrados, que julgam mal e de maneira desordenada, provocando, com isso, inevitável aumento no número de recursos e incidentes processuais, movimentando sobremaneira a já emperrada máquina judiciária e, por óbvio, alongando ainda mais o desenlace da lide.

#### 4.2.4 O Papel dos Demais Poderes (Legislativo e Executivo)

Continuando na enumeração de fatores até aqui, outra considerável influência e contribuição (senão a maior e, por coincidência, a mais esquecida) para a morosidade do Judiciário, deve com maior razão ser creditada, bem assim, ao Poder Legislativo e Executivo, que muito tem contribuído para a atual crise enfrentada, e não têm feito jus ao seu relevante papel na manutenção do estado democrático de direito<sup>119</sup>.

Ao primeiro incumbe o poder da criação das leis e a fiscalização dos atos do executivo, e se tais funções estivessem realmente sendo cumpridas a contento pelos seus membros, com certeza facilitar-se-ia a carga do trabalho do Judiciário, além de diminuir de maneira substancial o volume deste labor.

Esta visão é justificada, tendo em vista, a precária qualidade das leis criadas por essa casa, de uma maneira geral, seja no aspecto da conveniência como da adequação das normas introduzidas no ordenamento. De fácil constatação, a desproporcionalidade, bem como, impropriedade, e falta de desvelo em determinados casos, que até mesmo um leigo pode notá-las. Qualidade desmerecida de nosso legislativo se dá em razão de sua grande heterogeneidade, pois representa inúmeras classes e segmentos de nossa sociedade, e sequer goza de condições técnicas para se utilizar de uma linguagem mais precisa.

Somado a isso, tem-se ainda a função fiscalizatória, onde a exemplo da primeira, a casa legislativa apresenta medíocre e parcial desempenho, aprovando e endossando, habitualmente, arbitrariedades e atrocidades perpetradas pelo Poder Executivo, a troco de "barganhas" e favorecimentos políticos, laborando em sentido diametralmente oposto ao sonhado por Montesquieu ao desenvolver a tripartição dos poderes e o conhecido sistema de freios e contrapesos (checks and balances), onde um poder deve fiscalizar o outro<sup>120</sup>.

Neste sentido, caberia ao Poder Legislativo, sanar os vícios ou impropriedades, no próprio ato de inclusão de tais normas no sistema, exercendo assim mandato outorgado pelo povo brasileiro, e fornecendo ainda mais subsídios para a rapidez do procedimento judicial, economizando e evitando, maiores

---

<sup>118</sup> DALLARI, Dalmo de Abreu. **O poder dos juízes**. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 27.

<sup>119</sup> LIMA, Lucas Rister de Sousa. **Questões novas e velhas sobre a morosidade processual**. Jus Navigandi, Teresina, ano 11, n. 1054, 21 maio 2006. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/8428>>. Acesso em: 2 mar. 2010.

<sup>120</sup> Idem.

delongas. Como exemplo, é possível mencionar inúmeras leis aprovadas indiscriminadamente e sem qualquer critério. Algumas leis com péssima qualidade redacional (gerando dúvida e ambigüidade na interpretação); outras de cunho nitidamente político e eleitoreiro; isto sem mencionar aquelas dotadas de todas essas máculas juntas; entre outros vícios, fugiria do objeto deste trabalho.

Por fim, ainda cabe ressaltar, o aumento dos salários dos membros desta casa legislativa, enquanto a imensa massa dos demais servidores públicos acumula anos sem qualquer reajuste.

Já com relação ao Poder Executivo, numa análise mais aprofundada, poderia elegê-lo como o primeiro lugar no ápice da pirâmide dos responsáveis pela demora na entrega da prestação jurisdicional.

Na maioria das situações não aplica princípios básicos e prerrogativas dos administrados, seja através de promulgações ou sancionamento de leis inconstitucionais, e ainda, governando por meio de medidas provisórias, quando nas muitas vezes abusa desta medida.

Sem contar ainda, as inúmeras denúncias de corrupção em seus próprios atos, entre outras incontáveis arbitrariedades.

#### 4.2.5 Dos Advogados

Outro fator que não poderia deixar de ser citado, que também contribui com o abalroamento do sistema judiciário, tratam-se dos advogados que no exercício de sua profissão, recorrem a todos os meios processuais, quer lícitos ou antijurídicos, na tentativa de alongarem o fim da lide.

Como exemplo, enumera-se os seguintes: autos que são retirados e não são devolvidos no cartório dentro do prazo legal; a criação de incidentes processuais sem fundamentação; apresentação de documentos fora do prazo oportuno; interposição de recursos, cabíveis ou incabíveis, contra todas as decisões desfavoráveis, por menos razão que se tenha para impugná-las, além de outros. Todos esses elementos, concorridos geram o efeito procrastinatório da ação.

#### 4.2.6 Dos Órgãos Representantes de Classe como: Promotoria, PROCON, Partidos Políticos, Dentre Outros

Finalmente, apresenta-se mais um possível empecilho no bom andamento do sistema processual brasileiro, a intervenção dos órgãos representantes de classe como o ministério público, PROCON, partidos políticos, entre outros, que poderiam ter atuação muito mais intensa e ativa dentro do contexto nacional, e, com isso, decisivamente também contribuiriam para amenizar o caos.

Assim, poderiam propor ações coletivas nas situações adequadas, já representando os direitos de um grande número de pessoas e, portanto, e evitando o trabalho de cada uma dessas de ingressar com ações autônomas com idêntico objeto, em que se discutem os mesmos direitos.

#### 4.3 CRITÉRIOS BALIZADORES DO TEMPO NO PROCESSO

Decorre da justiça mesma, de imperativo inscrito na natureza humana que o tempo de duração de um processo não pode servir como empecilho a efetivação do direito. Todavia, no mesmo sentido, não pode o processo decorrer de forma rápida demais que não favoreça a cognição plena do julgador, como já visto outrora. Ora, como "dosar" o tempo adequado em um processo?

Em verdade, é a própria lei que funciona como elemento balizador da razoabilidade. Todavia, existem alguns "incidentes" capazes de dar maior andamento ao processo, ou travá-lo. Discorrer-se-á.

##### 4.3.1 Complexidade da Causa e Necessidade de Provas Periciais Complexas

É fato notório que as causas complexas, que demandam análise acurada dos fatos não terão o mesmo tempo de duração das causas simples, que envolvam somente questões de direito, por exemplo.

Com efeito, a necessidade de realização de uma prova que exija informação técnica bastante específica, cuja explicação para determinado caso não possa ser entendida de forma rápida pelo Juiz e pelas partes, que exija a elaboração de um laudo detalhado, que para sua realização demande tempo e análise profunda

do objeto da prova, fará com que o processo caminhe mais lentamente, despendendo mais tempo.

Portanto é enorme a dificuldade de se fixar uma regra absoluta e específica do que seja um prazo razoável. Talvez fosse necessário conferir ao juiz maior margem de discricionariedade ao estabelecer limites para a aplicação dos prazos, a exemplo do que ocorre com o contido no artigo 491 do Código de Processo Civil, em que é atribuída ao julgador a possibilidade de se fixar o prazo entre 15 a 30 dias.

Assim também se tem comportado a doutrina norte-americana no tocante à interpretação da Sexta Emenda Constitucional. Tanto na Europa como nos Estados Unidos da América, tem sido conferida ao juiz ampla margem de discricionariedade no estabelecimento dos limites em que há de ser aplicado este ou aquele prazo. Mas, como é evidente, discricionariedade não deve traduzir arbítrio.<sup>121</sup>

Todavia, justamente para evitar arbitrariedades do judiciário, urge haver uma fixação legislativa de prazos finais para cada rito processual, além de

prazos para a apreciação dos recursos sempre pela metade daqueles previstos para a primeira instância, em razão de ser nesta que, em regra, se colhem todas as provas. Tais prazos poderiam ser fixados a partir da somatória dos diversos prazos já previstos para os atos isolados, acrescentando-se determinado percentual de tolerância, em torno de 20%, por exemplo, tendo em vista os eventuais casos de maior complexidade. Transpostos esses prazos peremptórios e finais, sem a entrega da prestação jurisdicional, estaria automaticamente configurada a responsabilidade objetiva do Estado pelo dano decorrente de sua inércia.<sup>122</sup>

Outra proposta poderia ainda ser a de se fixar prazos finais para o julgamento dos processos cíveis, de acordo com a complexidade de cada causa, e não de cada rito, estabelecendo-se através de lei o que poderia ser entendido como causa de maior ou menor complexidade. Araújo, no que tange a essa sugestão, diz que:

---

<sup>121</sup> ARAUJO, Francisco Fernandes de. **Do prazo razoável na prestação jurisdicional**. Disponível em: <<http://kplus.cosmo.com.br/materia.asp?co=15&rv=Direito>>. Acesso em: 10 dez. 2006.

Esse sistema vem sendo aplicado nos Estados Unidos da América do Norte (*Tempo e Processo*, José Rogério Cruz e Tucci, p. 77), onde, dentre as causas cíveis em geral, cerca de 90% devem ser iniciadas, processadas e concluídas dentro de um ano; 10%, em decorrência de circunstâncias excepcionais, devem ter sua conclusão em dois anos; casos cíveis sumários (*small claims*), e também a quase totalidade dos casos que digam respeito a relações domésticas, devem estar concluídos em 30 dias.<sup>123</sup>

É lógico, porém, que independentemente de qualquer fixação legislativa, deve a doutrina e a jurisprudência promover a solução de tamanha delonga processual ainda existente, ajustando-a de acordo com a complexidade da causa e das provas periciais necessárias.

#### 4.3.2 Quantidade de Partes

Da mesma forma, as demandas vultosas, com multiplicidade de réus e/ou autores, exigirão maior tempo. Nestes casos, o próprio legislador, diante do porte do processo, e ciente da necessidade de um tempo maior para a prática de forma conveniente do ato de defesa processual, determinou no artigo 191 do CPC, prazo em dobro para contestar, recorrer e falar nos autos, quando os litisconsortes tiverem diferentes procuradores.

Logicamente, isso se dá porque os procuradores, as partes e o juiz devem ter tempo suficiente para analisar os autos, o que faz com que o processo necessite de mais tempo para ser conhecido, dado seu volume.

A quantidade de partes, porém, não deve servir de pretexto para a extensão demasiada do processo despida de fundamento lógico. Em outras palavras, o julgador não pode se valer de delongas irracionais e exacerbadas com a escusa de que o processo comporta grande quantidade de partes.

Que haverá uma delonga maior do processo em razão do número de partes, isso haverá. Mas essa dilação deve ser pautada no bom senso do julgador e dos procuradores das partes, na lei, e no princípio da razoabilidade, tudo na tentativa de se evitar tempos mortos e obstrução no "caminhar" dos autos. Da mesma forma, também há prejuízo na boa entrega da jurisdição em tempo oportuno quando se observa os casos mais complexos serem postos de lado em prol de outros simples. Essa atitude exprime uma visão subjetivista, já que o complexo não

---

<sup>122</sup> Idem.

<sup>123</sup> Idem.

passa do desconhecido para o julgador inexperiente no tipo de lide sob seu exame, e o simples é, tão somente, o que o julgador já tem hábitos de decisão, de acordo, é óbvio, com o seu entendimento.

#### 4.3.3 Comportamento do Demandante e do Demandado

Inegavelmente, outra causa do colapso do Judiciário é o exagerado número de recursos, sejam os previstos em Códigos, sejam os regimentais. Basta o advogado ser capaz de conhecer o manejo desses remédios para que o processo se delongue por vários anos; isto, claro, em detrimento das partes e do próprio Judiciário.

Evidente, portanto, que o comportamento do demandado pode procrastinar o andamento processual, vez que, em regra, ele acredita ser de seu interesse o alongamento do tempo da ação. É nítido, ainda, que as medidas protelatórias são sempre utilizadas com maestria. Nada impede, contudo, que o demandante se utilize de métodos dilatórios, o que pode ocorrer, indubitavelmente, quando este formula pretensão destituída de fundamento, por exemplo.

Imperativo, destarte, que o julgador faça maior uso do comando contido no art. 18 do CPC, para condenar o litigante que se utilizar de instrumentos retardatários do processo em multa e indenização.

Ora, os demandantes se iludem em privilegiar ou aproveitar-se da delonga judiciária. A procrastinação, faustosamente, é inimiga do devedor e do credor. Compete lembrar que

O pronunciamento judicial que cumpre com sua nobre missão de compor uma controvérsia intersubjetiva ou um conflito de alta relevância social (na esfera penal) no momento oportuno proporciona às partes, aos interessados e aos operadores do direito grande satisfação. Mesmo aquele que sai derrotado não deve lamentar-se da pronta resposta do Judiciário, uma vez que, sob o prisma psicológico, o possível e natural inconformismo é, sem dúvida, mais tênue quando a luta processual não se prolonga durante muito tempo.<sup>124</sup>

Igualmente, como a efetividade do processo equivale a respectiva proteção constitucional à tutela jurisdicional, e, tendo por certo que esta pode ser

---

<sup>124</sup> CRUZ E TUCCI, Jose Rogério. **Tempo e processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. p. 64 e 65.

concedida ao réu, há que se falar em efetividade do processo em benefício do réu, e não apenas do autor, como é comum pensar-se. Nesse ínterim, Cruz e Tucci sublinha: "Assim, também, sob a perspectiva da posição do réu, o mesmo ocorre com a tutela jurisdicional de seu respectivo direito, caso tenha ele razão".<sup>125</sup>

Por certo, o tempo objeto de procrastinação, transcorrido durante a apreciação e a execução do direito, corrói o desate econômico para ambas as partes, convertendo-as em perdedoras, oportunizando uma relação perde-perde.

#### 4.3.4 Carta Precatória

Por possuir finalidade itinerante, sendo um meio de que dispõe o juiz para fazer cumprir os atos processuais fora do limite de sua comarca, é óbvio que demanda um lapso temporal diverso daquele que é cumprido na mesma jurisdição em que foi emitido.

O mesmo se diga em relação a carta rogatória, já que se trata de um instrumento jurídico de cooperação entre dois países.

Patente, porém, que o prazo de comunicação das diligências não deve ser tão longo a ensejar embaraço às partes. Ainda mais nos dias atuais, com a globalização, em que os veículos de informação e transporte estão cada vez mais velozes e acessíveis.

Diante de todos os limites que restringem a celeridade processual, e levando-se em conta o princípio da razoabilidade em todos os casos, crê-se que na ausência de uma prestação jurisdicional tempestiva (dentro da perspectiva de alcance do Judiciário), o Estado deve ser objetivamente responsabilizado, já que incumbe a ele encontrar os meios necessários para bem cumprir o dever de imposição de justiça, da mesma forma com que ocorreu no caso da Maria da Penha<sup>126</sup>.

---

<sup>125</sup> Ibid., p. 87.

<sup>126</sup> Em 2001, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos da Organização dos Estados Americanos (OEA) condenou o Brasil por negligência e omissão pela demora de 19 anos para punir o ex-marido de Maria Penha, Marco Antonio Herredia Viveiros, e recomendou o pagamento de indenização à biofarmacêutica. Depois de sete anos, Maria da Penha - que deu nome à lei que endureceu as penas dos praticantes de violência doméstica - recebeu indenização de R\$ 60.000,00 (sessenta mil reais) do governo do Ceará, na data de 07 de julho de 2008. **(Maria da Penha recebe indenização depois de sete anos de espera.** Consultor Jurídico. 2008. Retirado do endereço eletrônico <[HTTP://www.conjur.com.br](http://www.conjur.com.br)> em 28 de janeiro de 2011).

#### 4.4 REMÉDIOS ACELERADORES DO TEMPO NO PROCESSO

Malgrado o processo judicial venha demorando demais, o direito à ampla defesa e ao contraditório não podem ser comprometidos, vez que são garantidos pela Constituição Federal. Por isso, cada mecanismo criado para agilizar a demanda deve ser analisado com o devido cuidado. A seguir, discorrer-se-á sobre os remédios processuais a disposição do cidadão para ver satisfeito seu direito a um processo célere, quando isso, evidentemente, não está sendo cumprido.

##### 4.4.1 Reclamação na Corregedoria

Urge lembrar que o papel institucional da Corregedoria Nacional de Justiça é atuar na coordenação, orientação e execução de políticas públicas voltadas a atividade correicional e ao bom exercício da atividade judiciária dos mais diversos tribunais e juízos do país, em conjunto com as demais corregedorias de Justiça ou isoladamente, perquirindo-se a maior efetividade da prestação jurisdicional, dos serviços judiciários auxiliares, bem como dos serviços notariais e de registro público, com especial observância dos princípios fixados no art. 37 da Constituição Federal: legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência.

Diga-se de passagem que não é função do Corregedor apenar os desvios de conduta praticados por magistrados e servidores, mas sim averiguar os fatos trazidos ao seu conhecimento e levar ao exame do Plenário do Conselho Nacional de Justiça as discussões pertinentes à atividade judiciária que se prestem mais graves e que possam denegrir a figura do Judiciário frente ao cidadão.

Frise-se, contudo, que todas as atribuições da corregedoria estão definidas no §5º do art. 103-B da Constituição Federal, e também reguladas no artigo 31 do Regimento Interno do CNJ, quais sejam:

- \* relativas aos magistrados e aos serviços judiciários auxiliares, serventias, órgãos prestadores de serviços notariais e de registro que atuem por delegação do poder público ou oficializados;
- \* Determinar o processamento das reclamações;
- \* Realizar sindicâncias, inspeções e correições, quando houver fatos graves ou relevantes que as justifiquem;

- \* Requisitar magistrados e servidores, delegando-lhes atribuições;
- \* Elaborar e apresentar relatórios referentes ao conteúdo próprio de suas atividades de correição, inspeção e sindicância;
- \* Designar, dentre os magistrados requisitados, juízes auxiliares da Corregedoria do Conselho, com competência delegada;
- \* Expedir instruções, provimentos e outros atos normativos para o funcionamento dos serviços da Corregedoria;
  
- \* Sugerir ao Plenário do Conselho a expedição de recomendações e atos regulamentares que assegurem a autonomia do Poder Judiciário e o cumprimento do Estatuto da Magistratura;
- \* Executar e fazer executar as ordens e deliberações do Conselho relativas a matéria de sua competência;
- \* Dirigir-se, relativamente às matérias de sua competência, às autoridades judiciárias e administrativas e a órgãos ou entidades, assinando a respectiva correspondência;
  
- \* Promover reuniões e sugerir, ao Presidente, a criação de mecanismos e meios para a coleta de dados necessários ao bom desempenho das atividades da Corregedoria;
- \* Manter contato direto com as demais Corregedorias do Poder Judiciário;
- \* promover reuniões periódicas para estudo, acompanhamento e sugestões com os magistrados envolvidos na atividade correicional;
- \* Delegar atribuições sobre questões específicas aos demais Conselheiros. Assim, considerando que é direito das partes a razoável duração do processo, nos termos da legislação processual em vigor, e que o excesso injustificado de prazo representa infração disciplinar cometida pelo magistrado em questão, cumpre a Corregedoria Nacional de Justiça, à luz dos fatos e das provas trazidas, fazer cumprir a Lei e a Constituição para que o representado responda, administrativamente, pela mora processual que deu causa.

Diante disso, vê-se que é possível realizar **representação por excesso injustificado de prazo**, coisa que pode ser formulada por qualquer interessado, pelo Ministério Público, pelos Presidentes dos Tribunais Regionais

Federais, ou, de ofício, pelos membros do Conselho, conforme determinam os artigos 198 e 199 do Código de Processo Civil. A representação deve ser formulada por petição, instruída com os documentos necessários à sua comprovação, devendo ser dirigida ao Corregedor Geral da Justiça Federal (artigo 41 do Provimento nº 1, de 05 de janeiro de 2009, que instituiu o regulamento da Corregedoria Geral da Justiça Federal)

#### 4.4.2 Mandado de Segurança contra o Processo que Demora Irrazoavelmente

A duração razoável do processo é um direito fundamental explícito e sobrevindo sua violação em dado caso concreto é cabível o mandado de segurança. "Isto é óbvio, pois os direitos fundamentais, considerados como valores supremos pela Constituição, tem no mandado de segurança - com exceção do direito à liberdade de locomoção tutelado pelo habeas corpus e o acesso à informação tutelado pelo habeas data - o meio específico de proteção".<sup>127</sup>

A constitucionalização do princípio da duração razoável do processo como direito fundamental do cidadão faz possibilitar ao jurisdicionado a utilização do mandado de segurança para sua proteção, mormente quando o juiz não se pronuncia no tempo razoável na decisão de um pedido urgente, isso, para se evitar o ocasionamento de dano irreparável ou perecimento de direitos. Assim, o Tribunal, que tem a competência originária para conhecer do *writ*, pode, desde logo, conceder a segurança no sentido de outorgar o direito pretendido, desde, porém, que seja este líquido e certo.

Nota-se, dessa forma, que há violação ao inciso XXXV do art. 5º da CF/88, já que a autoridade coatora se omitiu inconstitucionalmente ao não prestar a jurisdição obrigatória e inadiável no sentido de se evitar lesões irreparáveis ao impetrante. No caso de processos cíveis onde inexistir o perigo de sobrevir dano irreparável ou o perecimento de direito, mas esteja manifesta a delonga na prestação jurisdicional, como no decurso de anos e anos para a decretação de sentença ou para a apreciação de apelação, e não sendo o atraso ocasionado pela conduta das partes, mas somente pela própria ineficiência do Estado, cabe a impetração de mandado de segurança a fim de que seja estabelecida a prestação

---

<sup>127</sup> TAKOI, Sérgio Massaru. **Mandado de Segurança para controle dos Atos Jurisdicionais**. Pillares, 2006, p. 144.

jurisdicional devida pela autoridade coatora, ou, se for o caso, restabelecida a atividade jurisdicional infundadamente paralisada, por violação ao princípio da duração razoável do processo.

No sentido do cabimento do mandado de segurança Fernando da Fonseca Gajardoni

Na dimensão subjetiva, é certo afirmar que a garantia da tutela jurisdicional tempestiva concede a todo e qualquer jurisdicionado o direito de ver seu processo se desenvolver em tempo razoável, assegurado ainda, os meios necessários para que tal desiderato seja alcançado. Além de medidas correicionais contra os violadores da garantia (art. 198 do CPC), 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.<sup>128</sup>

Não se deve deixar de citar um exemplo onde a impetração seria inteiramente cabível: digamos que o jurisdicionado careça de uma cirurgia iminente, mas seu plano de saúde, contrariando a lei, se recuse a permitir a internação do conveniado, e ele, por sua vez, requer em juízo que o plano de saúde seja obrigado a autorizar a internação e o procedimento médico em sede de tutela antecipada. No entanto, após distribuída a ação e sido esta encaminhada à conclusão, o MM. Juiz atrasa injustificadamente a decisão do pleito urgente feito pela parte. *In casu*, diante da excessiva urgência e da inércia imotivada do juiz em decidir, cabe a impetração de mandado de segurança, vez que patente a violação ao direito líquido e certo à razoável duração do processo. Em que pese o cabimento do Mandado de Segurança, é aconselhável, todavia, que antes de qualquer coisa, ou seja, antes da impetração de mandado de segurança em face de violação ao princípio da razoável duração do processo, se perfaça petição direta à autoridade judiciária no sentido de ver cessada sua omissão, evidenciando até mesmo as predileções jurídicas acaso existentes, ou as características do caso concreto que fundamentem o andamento célere, como por exemplo, se encontrar a parte com mais de 60 (sessenta) anos ou até a subsistência de julgamentos reiterados de Tribunais no mesmo sentido daquele requerido.

---

<sup>128</sup> GAJARDONI, Fernando da Fonseca. O princípio constitucional da tutela jurisdicional sem dilações indevidas e o julgamento antecipadíssimo da lide. **Revista de Processo**, São Paulo, n. 141, p. 158, nov. 2006.

## 5 EFETIVIDADE DO DIREITO A RAZOÁVEL DURAÇÃO DO PROCESSO ATRAVÉS DAS TUTELAS DE URGÊNCIA

Os institutos vislumbrados acima muito serviram para galgar o principal neste trabalho: a efetividade.

O acúmulo de processos no Poder Judiciário e a lentidão na sua resolução, sempre causou insatisfação social àqueles que buscam o Estado-juiz esperando uma tutela adequada, efetiva e justa.

Ora, se o Estado reclamou para si o direito na resolução das controvérsias sociais ao vedar a autotutela, deve este, também, solucioná-las em um prazo razoável, porquanto que, ao não fazê-lo, estará deixando de efetivar a tutela jurisdicional. Silva dispõe acerca do conceito de efetividade, veja-se:

Derivado de efeitos, do latim *effectivus*, de *efficere* (executar, cumprir, satisfazer, acabar), indica a qualidade ou o caráter de tudo o que se mostra efetivo ou que está em atividade. Quer assim dizer o que está em vigência, está sendo cumprido ou está em atual exercício, ou seja, que está realizando os seus próprios efeitos.

Opõe-se, assim, ao que está parado, ao que não tem efeito, ou não pode ser exercido ou executado.

[...] Sem fugir a seu fundamental sentido, na técnica processual, efetividade exprime também esse caráter de efetivo, designando, assim, todo ato processual que foi integralmente cumprido ou executado, de modo a surtir, como é da regra, os desejados efeitos. E, desse modo, se diz efetividade da citação, para indicar a citação efetiva e realmente promovida, efetividade da penhora, para a que já foi executada com a apreensão dos bens nomeados ou não.<sup>129</sup>

Diante disso, tem-se por certo que o acesso à justiça depende de uma tutela efetiva dos direitos, que, por sua vez, estão sujeitos a celeridade processual. Nas palavras de Marinoni:

A problemática da efetividade do processo está ligada ao fator tempo, pois não são raras as vezes que a demora do processo acaba por não permitir a tutela efetiva do direito. Entretanto, se o Estado proibiu a autotutela não pode apontar o tempo como desculpa para se desonerar do grave compromisso de tutelar de forma pronta e adequada os vários casos conflitivos concretos.<sup>130</sup>

<sup>129</sup> SILVA, de Plácido e. **Vocabulário jurídico conciso**. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 287.

<sup>130</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. **Efetividade do processo e tutela de urgência**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1994, p. 37.

Em que pese estas considerações, é notório o abarrotamento das ações nos órgãos jurisdicionais brasileiros tornando lenta a atuação jurisdicional, que tem a contribuição da estrutura do Poder Judiciário, com poucos servidores, mostrando-se deficiente diante da realidade, além de outros fatores legais, estruturais e econômicos.

Diante dessa realidade, precisaram-se buscar soluções para dar efetividade à atividade estatal da jurisdição, uma vez que o objetivo maior do processo é a concretização da justiça; e o Estado, é o detentor do poder de solucionar. Assim foram criadas as tutelas de urgência, já que seu surgimento sempre esteve totalmente atrelado a morosidade da justiça. Primeiramente, surgiram as tutelas cautelares, que tiveram por fim assegurar o resultado útil do processo. Após, diante da ainda constante insatisfatividade da população com a demora nas soluções das lides, veio o legislador criar a chamada tutela antecipada, com base nas idéias revolucionárias defendidas por Marinoni. Esta, diferentemente das primeiras, tiveram por fim antecipar o provimento final do processo, com a efetiva entrega do bem da vida litigado ao requerente desta, diante, apenas, de uma cognição sumária do julgador.

Diante disso, concorda-se que as tutelas denominadas tutelas de urgência são providências de ritos diferenciados, mais ágeis e aptos a tornar o objeto da ação íntegro até decisão final, divididos hoje na legislação brasileira, após a reforma advinda da Lei nº 8.952/1994, em duas modalidades: a já conhecida tutela cautelar e a inovadora tutela antecipada.

Zavascki define de forma adequada o conceito de urgência:

O conceito de urgência, que enseja tutela provisória, deve ser entendido em sentido amplo, mais amplo que o sentido pelo qual é geralmente adotado, ou seja, de representar situação apta a gerar dano irreparável. A urgência, no sentido que aqui se utiliza, está presente em qualquer situação fática de risco ou embaraço à efetividade da jurisdição.<sup>131</sup>

A tutela cautelar visa a assegurar o resultado útil do processo considerado principal. Nery Júnior<sup>132</sup> ensina que "A finalidade do processo cautelar é assegurar o resultado do processo de conhecimento ou do processo de execução.

<sup>131</sup> ZAVASCKI, Teori Albino. **Antecipação de tutela**. São Paulo: Saraiva, 1997. p. 28.

<sup>132</sup> NERY JUNIOR, Nelson; ANDRADE NERY, Rosa Maria. **Código de processo civil comentado e legislação processual civil em vigor**. 10.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 1110.

Marins<sup>133</sup> afirma que a tutela jurisdicional cautelar ostenta a finalidade de assegurar a eficácia da atividade jurisdicional, notadamente nos processos de conhecimento e de execução, desde que se evidenciem os requisitos típicos, a saber: a aparência de um direito (*fumus boni iuris*) e uma situação objetiva de perigo (*periculum in mora*).<sup>134</sup>

Sob a análise da mais antiga forma de pleito emergencial, a tutela cautelar caracteriza-se como uma forma autônoma de proteção jurisdicional que atua de maneira preventiva, acobertando e protegendo determinado direito subjetivo, ou estado de direito legítimo, que se encontra sob ameaça de perecimento em virtude de um dano sabido, iminente e de difícil reparação<sup>135</sup>.

A tutela antecipatória, embora possua certa semelhança com a tutela cautelar, dela se difere, vez que almeja diferentes pressupostos, e nasce como um instrumento que visa à obtenção, igualmente por técnica de cognição sumária, daquilo que a parte viria a conseguir somente no final do procedimento cognitivo normal. De certo, o artigo 273, do Código de Processo Civil dispõe que a tutela antecipatória irá trazer à parte os efeitos da sentença de mérito perseguida, o que custará, por parte do magistrado, o exame aprofundado sobre a verossimilhança do pedido, a sua reversibilidade e a existência de perigo de dano ou abuso do direito de defesa. Passos<sup>136</sup> ensina que "A antecipação da tutela ora prevista no art. 273 do CPC é, em verdade, medida pela qual se empresta, provisoriamente, eficácia executiva à decisão de mérito normalmente desprovida desse efeito. Watanabe<sup>137</sup> afirma que existem duas espécies de tutela antecipada no sistema processual brasileiro:

O art. 273, nos incisos I e II, consagra duas espécies de tutela antecipatória: a) a de urgência (n. I), que exige o requisito do 'fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação'; b) a de proteção ao autor, que não deve sofrer as conseqüências da demora do processo, decorrente do 'abuso de

---

<sup>133</sup> MARINS, Vitor Alberto Azi Bomfim. **Tutela cautelar: teoria geral e poder geral de cautela**. Curitiba: Juruá, 2000.

<sup>134</sup> Esses requisitos constituem o mérito do processo cautelar, posto que sua presença é o objeto do conhecimento do magistrado e da atividade instrutória no processo. Com efeito, a efetiva existência do *fumus boni iuris* e do *periculum in mora* impõem a concessão da medida pleiteada e a procedência da ação cautelar.

<sup>135</sup> SILVA, Ovídio Araújo Batista da; GOMES, Fábio. **Teoria geral do processo civil**. 3.ed. v. 3. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 339.

<sup>136</sup> PASSOS, Calmon de. **Comentários ao código de processo civil**. 8.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998. p. 21.

<sup>137</sup> WATANABE, Kazuo. **Tutela antecipatória e tutela específica das obrigações de fazer e não fazer**. Reforma do Código de Processo Civil. São Paulo: Saraiva, 1996. p. 33. coord. Min.Sálvio de Figueiredo Teixeira.

direito de defesa' ou de 'manifesto propósito protelatório do réu' (n. II), sem necessidade do requisito do periculum in mora.

Em síntese, a tutela antecipatória apresenta-se como uma forma de precaução do direito pretendido contra as intempéries da morosidade que acompanha o processo cognitivo, trazendo a uma das partes o resultado prático daquilo que a sentença iria declarar/condenar futuramente<sup>138</sup>.

Não obstante essas medidas tivessem contribuído para a agilização do trâmite processual, a sociedade continuava clamando pela celeridade do processo, que, ainda, não tinha sido alcançada. A corrida contra o tempo se perdurara. Era, e ainda é, necessário mais. Por isso, surgiu-se a necessidade de normatização do direito à razoável duração do processo, que foi acrescentado pela Emenda Constitucional nº 45, de 08 de dezembro de 2004.

É certo que houve quem indagasse sua existência implícita no ordenamento como decorrência de outros direitos e princípios estabelecidos na Constituição Federal, tais como o direito de ação e acesso à justiça e o devido processo legal. No entanto, a inclusão do direito à razoável duração do processo no rol dos direitos fundamentais do Art. 5º da Constituição Federal representa o anseio social pela solução justa, adequada e célere dos conflitos de interesses. Uma solução que seja realmente eficaz.

Falar em razoável duração do processo seria estabelecer um prazo condizente, regular entre o início, quando o primeiro ato processual é praticado e o fim, quando definitivamente é emitido o provimento jurisdicional invocado. Por exemplo, no processo de conhecimento, do momento processual a partir da distribuição da ação até o trânsito em julgado.

Às vezes pode acontecer do processo caminhar fora do prazo legal, tendo em conta algumas nulidades, seja de um só determinado ato, como também os subseqüentes que dele dependam, mas isto não significaria propriamente um "prejuízo" à razoável duração do processo, mas neste caso seriam empecilhos que fazem parte do risco do trâmite processual. Já, seria um prejuízo à razoável duração do processo, um erro do judiciário ou de algum servidor, o que causaria uma demora processual. Anormalmente, termina o processo civil também, muitas vezes sem percorrer todo o arco do procedimento, quando ocorrem certos fatos excepcionais,

---

<sup>138</sup> VECHIATO JUNIOR, Walter. **Curso de processo civil**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002. p. 228. v.1

previstos no artigo 267 Código (sem julgamento do mérito), o que, certamente, não poderia se cogitar de, nestes casos, ter-se cumprido o preceito fundamental da celeridade, já que não houve, efetivamente, a prestação da tutela jurisdicional.

Certo se diga que o Estado, além de possuir o dever de garantir o resultado útil do processo, deve, ainda, garantir que esta tutela se dê em tempo razoável. Vale citar novamente a célebre frase de Rui Barbosa: "Justiça tardia não é justiça, senão injustiça qualificada e manifesta".

Em primeiro lugar, como já mencionado, a Constituição Federal está intimamente ligada ao problema da efetividade da jurisdição ou acerca do que é razoável duração do processo, pois é ela quem dita a atuação jurisdicional do Estado, cujo instrumento é o processo.

Numa perspectiva técnico-jurídica, o acesso à Justiça prende-se umbilicalmente, a seu aspecto formal, preocupando-se doutrinadores, pensadores e aplicadores do direito, com a efetividade do processo, à guisa de uma efetividade do acesso à Justiça.

Não se trata apenas de um direito de acesso à justiça, é preciso isso e muito mais, como que esse acesso, ao durar o tempo razoável, deve ser suficiente após a finalização do processo, de forma que a pessoa usufrua do bem almejado e buscado através do Judiciário.

Todo Processo deve dar a quem tem um direito tudo aquilo e precisamente aquilo que ele tem o direito de obter. Essa máxima de nobre linhagem doutrinária constitui verdadeiro slogan dos modernos movimentos em prol da efetividade do processo e deve servir de alerta contra tomadas de posição que tornem acanhadas ou mesmo inúteis as medidas judiciais, deixando resíduos de injustiça.<sup>139</sup>

E, citando Cappelletti, conclui-se: "E como já se alertou, 'a Justiça que não cumpre suas funções dentro de um 'prazo razoável' é, para muitas pessoas, uma Justiça inacessível', ao passo que a demora pode representar, ao final, a denegação da própria justiça".<sup>140</sup>

O Direito, dentre os demais objetos constituídos pelo homem não se realiza sozinho. É preciso que o homem o movimente. É o homem que produz e aplica o direito.

---

<sup>139</sup> CINTRA, op. cit., p. 41.

<sup>140</sup> CAPPELLETTI e GARTH, op. cit. .p. 20 e 21.

É, de fato, impossível que aquilo que permanece sempre idêntico a si mesmo (lei) se relacione de forma suportável com o que jamais permanece idêntico a si próprio (as relações humanas).<sup>141</sup>

Theodoro Junior ensina que:

O processo, instrumento de atuação de uma das principais garantias constitucionais - a tutela jurisdicional teve de ser repensado. É claro que, nos tempos atuais, não basta mais ao processualista dominar os conceitos e categoriais básicos do direito processual, como a ação, o processo e a jurisdição, em seu estado de inércia. O processo tem, sobretudo, função política no Estado Social de Direito. Deve ser, destarte, organizado, entendido e aplicado como instrumento de efetivação de uma garantia constitucional, assegurando a todos o pleno acesso à tutela jurisdicional, que há de se manifestar sempre como atributo de uma tutela justa".<sup>142</sup>

Nota-se, assim, que o momento presente requer uma tomada de decisão que sugira mudanças efetivas na reestruturação do Poder Judiciário, posto que o modelo atual não se mostra adequado a atender aos anseios sociais e a cumprir sua missão pacificadora. Por se tratar de direito fundamental consagrado constitucionalmente, é relacionado à dignidade da pessoa humana, fundamento da República Federativa do Brasil, nos termos do Art. 1º da Constituição Federal, representando, assim, campo amplo e fértil para pesquisa e produção científica. Acrescente-se a isso o fato de que a tendência atual para solução célere e eficaz dos conflitos de interesses não é aleatória, mas principalmente deve ser uma mudança de postura política, filosófica e sociológica na concepção do fenômeno jurídico, considerando-se sempre a veloz evolução social.

#### 5.1 A ADEQUADA TUTELA JURISDICONA PRESTAD PEL DIREITO FUNDAMENTAL À RAZOÁVEL DURAÇÃO DO PROCESSO

A tutela jurisdicional, segundo Dinamarco<sup>143</sup>, é "a proteção que por meio do processo e pelo exercício da jurisdição, o Estado dá ao sujeito que tiver razão no litígio". No mesmo sentido, Barroso<sup>144</sup> diz que é "a composição obtida pela intervenção dos órgãos jurisdicionais, substituindo a vontade das partes na decisão

<sup>141</sup> KELSEN. Hans. **A Ilusão da Justiça**. Sérgio Tellaroli (trad.). 3.ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000. p. 499.

<sup>142</sup> THEODORO JÚNIOR, Humberto. Direito civil e processual civil. **Revista Síntese**, v. 6, n.36, jul-ago. 2005a. p. 22 e 23.

<sup>143</sup> DINAMARCO, op. cit., p. 40.

<sup>144</sup> BARROSO, op. cit., 2008, p. 22.

do litígio, através de uma sentença de mérito que aplique o direito material previsto na norma genérica de conduta ao caso concreto".

Contudo, é preciso mais que a tutela jurisdicional. É preciso que esta seja adequada, sendo este o entendimento de Nery Júnior:

[...] pelo princípio constitucional do direito de ação, todos tem o direito de obter do Poder Judiciário a tutela jurisdicional adequada. Não é suficiente o direito à tutela jurisdicional. É preciso que essa tutela seja adequada, sem o que estaria vazio o sentido do princípio.<sup>145</sup>

Igualmente, quanto a adequada tutela jurisdicional, Melo explica:

[...] seria assim aquela que o Estado despense ao jurisdicionado, cumprindo adequadamente os objetivos pleiteados. É a entrega ao cidadão do provimento jurisdicional mais adequada a situação posta em conflito, com o intuito de resolver completamente a lide. A idéia de tutela jurisdicional adequada parte da máxima chioveniana de que o processo, através do Estado, deve dar tudo aquilo e exatamente que se pleiteia. Com isso, não basta que haja apenas tutela jurisdicional, ou seja, não é suficiente que o Estado por meio da jurisdição estabeleça uma solução. É imprescindível que esta solução seja, de fato, adequada aos reclamos daquele que dela necessita.<sup>146</sup>

O objetivo da chamada tutela jurisdicional adequada, diante desses argumentos, é o de fornecer aquela prestação jurisdicional que solucionará a lide no plano do direito material. Em outras palavras, dando essa conotação à tutela, o Estado pretende não só fornecer um caminho para solução, mas efetivamente solucionar o problema a ele colocado.

Ainda, como preleciona Marinoni, este direito encontra respaldo na Constituição Federal:

A jurisdição deve realizar os fins do Estado e, inclusive, permitir a participação popular, através do processo, no poder. Por outro lado, o direito à adequada tutela jurisdicional e à efetividade da defesa são garantias de justiça do cidadão que descendem da Constituição.<sup>147</sup>

Em outro texto, o mesmo autor pondera:

---

<sup>145</sup> NERY JÚNIOR, Nelson. **Princípios do processo civil na constituição federal**. 8.ed. São Paulo: Revista dos tribunais, 2004. p. 132.

<sup>146</sup> MELO, João Paulo dos Santos. Tutela jurisdicional adequada no mandado de injunção. **Jus Navigandi**, Teresina, v. 9, n. 808, 19 set. 2005. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7280>>. Acesso em: 10 nov. 2008.

<sup>147</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. **Novas linhas do processo civil**. 4.ed. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 21.

Tal direito não poderia deixar de ser pensado como fundamental, uma vez que o direito à prestação jurisdicional efetiva é decorrência da própria existência dos direitos e, assim, a contrapartida da proibição da autotutela. O direito à prestação jurisdicional é fundamental para a própria efetividade dos direitos, uma vez que esses últimos, diante das situações de ameaça ou agressão, sempre restam na dependência da sua plena realização. Não é por outro motivo que o direito à prestação jurisdicional efetiva já foi proclamado como o mais importante dos direitos, exatamente por constituir o direito a fazer valer os próprios direitos.<sup>148</sup>

Assim, o direito à tutela jurisdicional adequada se encontra implicitamente na Constituição Federal, tendo sido retirado do cerne do art. 5º, XXXV, estando evidente, destarte, que tal dispositivo não garante apenas o acesso ao Judiciário. Ainda assim, tem-se que as normas processuais em vigor não conferem ao órgão jurisdicional do Estado as condições para a devida prestação da tutela jurisdicional. Bedaque diz que "se o processo deve proporcionar a quem tem razão tudo aquilo e exatamente aquilo a que tem direito, verifica-se que as modalidades de tutela jurisdicional mais conhecidas se mostram incapazes de desempenhar tal missão".<sup>149</sup> Ele fundamenta seu entendimento no sentido de que as modalidades tradicionais de tutela não são satisfatórias, na medida em que, atualmente, faz-se necessário uma tutela preventiva, que previna a ocorrência da lesão. Seria isso em decorrência da morosidade do judiciário? De qualquer forma, é mais do que aceito que esta tem o condão de espantar as pessoas de se socorrerem do Poder Judiciário. Aí reside a importância do acréscimo do inciso LXXVIII ao art. 5º da Constituição Federal de 1988 pela Emenda Constitucional n. 45/04, que dispôs:

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

Como visto, o Título II da Constituição Federal prevê os direitos e garantias fundamentais, e encontra-se dividido em cinco capítulos, pode-se dizer que a sistemática adotada pela CF, é de que os direitos fundamentais são considerados gênero das espécies: direitos individuais, coletivos, sociais, direito à nacionalidade e direitos políticos.

---

<sup>148</sup> MARINONI, op. cit.

<sup>149</sup> MARINONI, op. cit. p. 44.

Também já vislumbrado antes, no ordenamento jurídico pode ser observada uma distinção entre normas declaratórias, que estabelecem direitos, e as chamadas normas assecuratórias que são as garantias que asseguram o exercício desses direitos. Assim, o Direito à Razoável Duração do Processo, trata-se de uma norma assecuratória e que precisa ser buscada no caso concreto. Em regra, as normas que consubstanciam os direitos e garantias fundamentais são de eficácia e aplicabilidade imediata, prevista no art. 5º, § 1º da Constituição Federal, com o que se vincula a atuação dos órgãos do Estado. Sendo assim, a concretização do direito fundamental à duração razoável do processo prescinde da edição de novos diplomas legislativos e se impõe em face da legislação infraconstitucional contrária às garantias por ele asseguradas. Nessa linha de raciocínio, que se orienta na direção de atribuir eficácia plena e aplicabilidade imediata às normas que consagram direitos fundamentais, está o magistério de Moraes, *verbis*:

Em regra, as normas que consubstanciam os direitos fundamentais democráticos e individuais são de eficácia e aplicabilidade imediata. A própria Constituição Federal, em uma norma-síntese, determina tal fato dizendo que as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata<sup>150</sup>.

Como já dito outrora, a doutrina, antes mesmo da edição do princípio da razoável duração do processo, já se manifestava sobre sua existência quando da interpretação do direito de ação e do princípio do devido processo legal, argumentando que eles objetivam, também, a realização do processo em um tempo razoável.

Câmara, ao analisar tal dispositivo legal, ressalta que:

Inegavelmente, há processos que demoram demais. [...] É preciso, evidentemente, combater essas demoras patológicas. Não se pode, porém, querer que o processo dê respostas imediatas a quem postula tutela jurisdicional. Algum tempo, perdoe-se a insistência, o processo tem de demorar. Merece registro a célebre afirmação de Carnelutti, que ensina: "o processo dura; não se pode fazer tudo de uma vez. É necessário ter paciência. Semeia-se, como faz o camponês, e se há de esperar para colher. Junto à atenção há de se colocar a paciência entre as virtudes necessárias ao juiz e às partes. Desgraçadamente, estas são impacientes por definição; impacientes como os enfermos, pois sofrem também elas. Uma das funções dos defensores é inspirar-lhes a paciência. O slogan da justiça rápida e segura, que se encontra sempre nas bocas dos políticos inexpertos, contém, desgraçadamente, uma contradição in adiecto; se a

---

<sup>150</sup> MORAES, Alexandre de. **Direitos humanos fundamentais**. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2007, p. 22 e 123.

justiça é segura não é rápida, se é rápida não é segura. Algumas vezes a semente da verdade leva anos, até mesmo séculos, para converter-se em espiga (veritas filia temporis).<sup>151</sup>

Uma tutela efetiva e tempestiva proporciona maior satisfação e justiça para a sociedade, ideal almejado por todos, tendo em vista que hoje o acesso à justiça é amplo e irrestrito, permitindo não só a defesa de direitos lesados, mas também aqueles ameaçados, conforme destaca o inciso XXXV do Art. 5º da Constituição Federal.

O princípio da efetividade que informa a necessidade de o processo ser realizado em um prazo razoável já era invocado pelos operadores do direito para tentar agilizar a tramitação dos processos. O direito fundamental à razoável duração do processo gera agora a obrigatoriedade de sua observância. Contudo, o diploma legal não estipulou o que e quanto seria exatamente o prazo razoável de um processo. Para Araújo, seria a correta observação dos prazos, evitando etapas desnecessárias ao processo, verbis:

Dilações indevidas, aqui, devem ser entendidas como "atrasos ou delongas que se produzem no processo por não observância dos prazos estabelecidos, por injustificados prolongamentos das etapas mortas que separam a realização de um ato processual do outro, sem subordinação a um lapso temporal previamente fixado, e, sempre, sem que aludidas dilações dependam da vontade das partes ou de seus mandatários. Interessante mencionar que duração razoável do processo é conceito vago, que depende da análise de critérios como "a complexidade da causa, o comportamento das partes e a atuação dos órgãos estatais, não só os órgãos jurisdicionais diretamente envolvidos em um dado processo, mas também, de um modo geral, as autoridades administrativas e legislativas, a quem incumbe a responsabilidade de criar um sistema judicial ágil, inclusive dotado de aparato material necessário" (Critérios definidos pela Corte Européia dos Direitos do Homem, 2005)<sup>152</sup>

Assim, o direito à razoável duração do processo no âmbito judicial amplia a garantia do acesso à justiça e através da justa composição do conflito, rápida e eficazmente, bem como o desafogamento da máquina judiciária; tudo fundamentado no ideal de justiça com a busca pela tutela jurisdicional mais adequada ao caso concreto, sendo óbvio, portanto, que a busca pela celeridade processual não pode causar prejuízos à cognição exauriente do processo.

<sup>151</sup> CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições de direito processual civil**. 18.ed. Rio de Janeiro: Lúmen júris, 2008. v.1. p. 57 e 58.

<sup>152</sup> ARAÚJO. op. cit.

E devido a esta falta de estipulação de prazo razoável do processo que Marinoni<sup>153</sup> ressalta a importância da atuação do juiz, que, pode reprimir a conduta do litigante temerário, além de, ao ser pautada no bom senso, dá maior efetividade à tutela dos direitos, uma vez que o juiz tem o poder de determinar a melhor maneira de se efetivar a tutela (não podendo deixar, certamente, de justificar sempre suas escolhas).

Nesse contexto, ainda que as normas processuais em vigor não confirmam ao órgão jurisdicional do Estado as condições necessárias para a devida prestação da tutela jurisdicional, o juiz, ao agir com equilíbrio e baseado na equidade, será apto a prestar a tutela jurisdicional da melhor maneira possível.

## 5.2 A COGNIÇÃO PROCESSUAL E SUA CONGRUÊNCIA COM O TIPO DE TUTELA A SER PRESTADA

Deve-se ter em mente que o direito à cognição adequada está garantido na Constituição Federal, sendo, a partir daí, dada sua relevância para o estudo em questão.

Watanabe ensina que:

O direito à cognição adequada à natureza da controvérsia faz parte, ao lado dos princípios do contraditório, da economia processual, da publicidade e de outros corolários, do conceito de "devido processo legal", assegurado pelo art. 5º, inc. LIV, da Constituição Federal. "Devido processo legal", é, em síntese, processo com procedimento adequado à realização plena de todos esses valores e princípios.<sup>154</sup>

Nesse mesmo sentido é a lição de Bedaque:

A garantia constitucional do devido processo legal abrange a efetividade da tutela jurisdicional, no sentido de que todos têm direito não a um resultado qualquer, mas a um resultado útil no tocante à satisfatividade do direito lesado ou ameaçado. Mas também se inclui nesse contexto o direito à cognição adequada a assegurar o contraditório e a ampla defesa.<sup>155</sup>

---

<sup>153</sup> MARINONI, op. cit., p. 119-120.

<sup>154</sup> WATANABE, Kazuo. **Da cognição no processo civil**. 2.ed. Campinas: Bookseller, 2000. p. 124.

<sup>155</sup> BEDAQUE, op. cit., 2004. p. 791.

Para Câmara<sup>156</sup>: "Cognição é a técnica utilizada pelo juiz para, através da consideração, análise e valoração das alegações e provas suscitadas pelas partes, formar juízos de valor acerca das questões suscitadas no processo, a fim de decidi-las.

Nesta mesma afirmação reside sua importância para o direito processual, já que ao juiz é dada a atribuição de, através de uma sentença de mérito, conferir certeza jurídica à existência ou inexistência do direito afirmado pelo demandante em sua petição inicial. Pois, como continua Câmara:

Para prolatar o provimento capaz de permitir que se alcance esta finalidade, é preciso que o juiz examine e valore as alegações e as provas produzidas no processo, a fim de emitir seus juízos de valor acerca das mesmas. A esta técnica de análise e valoração é que se dá o nome de cognição.<sup>157</sup>

Acerca do objeto da cognição no processo jurisdicional expõe:

Há que se referir, em primeiro lugar, aos autores que defendem a idéia de que o objeto da cognição é um binômio, formado pelos pressupostos processuais e pelas "condições da ação". De outro lado, encontramos os defensores da idéia segundo a qual o objeto da cognição judicial é formado por um trinômio de questões: "condições da ação", pressupostos processuais e mérito. Não se pode, ainda, deixar de referir a teoria segundo a qual o objeto da cognição seria um quadrinômio: pressuposto processual, supostos processuais, "condições da ação" e mérito da causa.<sup>158</sup>

No entanto, se posiciona diferentemente dos demais, afirmando que:

Reiteramos, agora, a idéia ali enunciada, de que o objeto da cognição é sim, formado por um trinômio de questões, mas não o trinômio tradicionalmente enunciado. Em vez de falarmos em pressupostos processuais, "condições da ação" e mérito da causa como componentes do objeto da cognição, parece-nos mais acertado falar-se que os componentes de tal trinômio são questões preliminares, questões prejudiciais e mérito da causa (objeto do processo)<sup>159</sup>.

Machado<sup>160</sup> assevera que a própria classificação dos processos — a distinção ontológica entre as três espécies — reside justamente no objeto cognoscível e na forma que se o conhece. Assim, para ele, o tipo de tutela a ser

<sup>156</sup> CÂMARA, op. cit., p. 263.

<sup>157</sup> Idem.

<sup>158</sup> Ibid., p. 264.

<sup>159</sup> Idem.

<sup>160</sup> MACHADO, Antônio Cláudio da Costa. **Tutela antecipada**. 2.ed. São Paulo: Oliveira Mendes, 1998. p. 77.

prestada está sempre atrelada a atividade cognoscível do juiz. Nesse ínterim, o autor esclarece:

Na verdade, a cognição funciona como um ponto de contato, ou uma 'ponte', que permite a ligação entre a realidade do direito material e a de um processo que proponha a realizá-lo o mais plenamente possível. Talvez, melhor do que 'ponte' seja a idéia culinária de 'ingrediente' para identificar a cognição como elemento integrante do *modus faciendi* dos procedimentos judiciais, uma vez que o fenômeno cognitivo, ao se expressar ritualmente desta ou daquela maneira por meio da regulamentação dos atos do juiz, dará este ou aquele colorido ao procedimento como um todo, tornando-o mais ou menos habilitado para a realização satisfatória da vontade do direito material, numa ótica sócio jurídica<sup>161</sup>.

Adentra-se, então, às espécies cognitivas. Em que pese não haver consenso doutrinário, pode-se verificar uma certa uniformidade no pensamento da maioria dos autores que trataram do tema. Nesse sentido, pode-se examinar a cognição em dois planos, o horizontal (da extensão ou amplitude) e o vertical (da profundidade). No plano horizontal se encontram:

a) A cognição plena (quando todos os componentes do trinômio são apreciados) - é a mais freqüente no processo de conhecimento, já que o princípio da economia processual impõe se busque a existência de um processo capaz de assegurar o máximo de vantagem com o mínimo de dispêndio. Assim sendo, na maioria dos processos cognitivos o objeto da cognição é inteiramente analisado pelo juízo, com o que se garante que a sentença resolverá a questão submetida ao crivo do Judiciário da forma mais completa possível;

b) A cognição limitada (quando ocorre alguma restrição na amplitude da cognição) - exemplo disso é o que se tem nas "ações possessórias", em que não se pode examinar a existência de domínio (vedação da "exceção de domínio"). A cognição é, portanto, limitada, restringindo-se à análise da posse.

No plano vertical, tem-se 3 espécies de cognição:

a) Exauriente - é aquela em que a decisão judicial será proferida com base em juízo de certeza (certeza esta jurídica e não psicológica). A cognição exauriente permite a resolução definitiva da questão trazida ao crivo do judiciário, impedindo, assim, o surgimento de processo que tenha o mesmo objeto (coisa julgada). Suas principais características são: a existência de um contraditório antecedente ao provimento jurisdicional e a possibilidade de o provimento assim

---

<sup>161</sup> Ibid., p. 74.

proferido ser alcançado pela imutabilidade e indiscutibilidade da coisa julgada substancial. É freqüente nos módulos processuais de conhecimento.

b) Sumária - se caracteriza por levar o juiz a emitir um provimento baseado em juízo de probabilidade, ou seja, que há fortes indícios no sentido da existência do direito. Por isso que Câmara afirma que este

[...] não poderá jamais ser tido por imutável e indiscutível, já que não é capaz de afirmar a existência do direito, sendo - portanto - incapaz de ser alcançado pela imutabilidade e indiscutibilidade decorrentes da autoridade de coisa julgada substancial.<sup>162</sup>

Exemplos destas cognições ocorrem no âmbito das cautelares e da tutela antecipada.

c) Superficial - leva o juiz a um juízo de possibilidade. Difere do juízo de probabilidade, típico da cognição sumária, pois este se realiza após a produção de algumas provas.

A cognição superficial é típica das decisões liminares em processo cautelar (mas não em todas as liminares, visto que algumas são deferidas com base em cognição sumária, como no caso do mandado de segurança).

Pode-se, pois, afirmar que a decisão liminar será deferida com base numa cognição que, no plano vertical, encontra-se um "degrau" acima daquela exigida para o provimento final do processo onde a mesma é prolatada. Assim, por exemplo, no processo de conhecimento de rito ordinário, o provimento final - a sentença - é proferido com base em cognição exauriente. Conseqüência disso é que a liminar antecipatória dos efeitos da sentença deverá ser deferida com base em cognição sumária (um "degrau" acima). Já no processo cautelar, em que o provimento final é de cognição sumária, a liminar deverá ser proferida à luz de um juízo de mera verossimilhança, ou seja, cognição superficial.

Afirme-se, por fim, que as diversas modalidades de cognição podem ser combinadas num mesmo processo, sendo possível admitir-se a existência de processos com cognição plena e exauriente, plena e sumária, limitada e exauriente, e todas as outras combinações que se revelem possíveis entre a amplitude (plano horizontal) e a profundidade (plano vertical) da cognição.

---

<sup>162</sup> CAMARA, op. cit., p. 269.

Ora, apesar de nas tutelas de urgência a atividade do julgador não ser exauriente, deve-se sopesar o fato de que se tratam de tutelas provisórias, em que, ainda que em momento posterior, a cognição exauriente terá de ser exercida. Isto faz com que se harmonize, totalmente, a estrutura do ordenamento jurídico brasileiro; como se verá, com maior profundidade, no tópico a seguir.

### 5.3 TENSÃO ENTRE SEGURANÇA JURÍDICA E EFETIVIDADE PROCESSUAL

A situação processualística brasileira, de fato, está caótica, no entanto buscar solução para este problema exigindo tão pura e simplesmente esforços humanos dos operadores do Direito, não solucionaria sozinho, visto que é nítida a necessidade de maior investimento no aparelho estatal e estrutura hoje oferecida. O que se quer dizer é que a norma deve estar em conexão com a realidade dos fatos, não pode estar dissociada do mundo dos fatos sociais, sob pena de simplesmente existir um despótico direito, apenas positivado, mas sem o respaldo da necessária aceitação e compreensão, por parte da sociedade. Não se pode negar ainda que a realização de determinadas diligências, por si só consomem tempo razoável, o problema toma dimensão, quando este tempo deixa de ser razoável.

Deve-se cuidar ainda que a busca por essa celeridade no trâmite processual tão sonhada, não comprometa as garantias processuais e materiais. Como, por exemplo, o princípio da segurança jurídica<sup>163</sup> e o da efetividade processual. Assim, o processo deve ser um meio de solução justa das controvérsias. Quando se pensa a Justiça, não se está apenas querendo observar o aspecto formal da justiça, nem seu caráter processual. Argumenta-se com um valor que antecede a lei e o processo.

Ponto interessante do princípio da celeridade a ser esclarecido é que, muito embora possa parecer de natureza de interesses individuais, o direito à razoável duração do processo, ao adentrar na previsão da Constituinte assumiu

---

<sup>163</sup> "Segurança jurídica. O princípio da segurança jurídica é tido como elemento constitutivo da noção do estado democrático de Direito e é considerado pelo constitucionalista português J. J. Gomes Canotilho como afirmação de que os indivíduos têm o direito de poder contar com o fato de que aos seus atos ou às decisões públicas concernentes a seus direitos, posições ou relações jurídicas fundadas sobre normas jurídicas válidas e em vigor se vinculem a efeitos previstos e assinados por estas mesmas normas; o que exige a confiabilidade, a clareza, a razoabilidade e a transparência dos atos do poder. (SILVA, de Plácido e, op. cit., p. 654)

dimensão maior, visando tutelar o direito de uma coletividade. O direito se nutre de solidariedade e não será legítimo quando os seus objetivos forem contrários à satisfação geral. Quando o Estado não observa os comandos constitucionais para implementar e garantir plenamente os direitos individuais e coletivos, sociais e políticos de uma nação, está violando a ordem pública.

O direito deve conferir certeza, como uma ordem genérica e interna, onde existem indicações e garantias. A certeza de alcançar o bem almejado assegura determinada perspectiva, mas é somente dentro de determinada ordem que a certeza e a Justiça adquirem sentido.

O acesso à Justiça não significa mera admissão ao processo ou a possibilidade de ingresso em juízo, mas para que haja o efetivo acesso à justiça é indispensável que, ao lado de outros fatores, este processo se dê em tempo razoável. Nesse sentido são as palavras de Zavascki:

O direito fundamental à efetividade do processo - que se denomina também, genericamente, direito de acesso à justiça ou direito à ordem jurídica justa - compreende, em suma, não apenas o direito de provocar a atuação do Estado, mas, também e principalmente o de obter, em prazo adequado, uma decisão justa e com potencial de atuar eficazmente no plano dos fatos.<sup>164</sup>

No que tange à segurança jurídica, é óbvio, pois, que o demandado (e também o demandante) possuem o direito fundamental à cognição exauriente, assim entendida a que submete as soluções definitivas dos conflitos a procedimentos prévios nos quais são oportunizados aos litigantes o contraditório, a ampla defesa e a interposição de recursos, sendo este o corolário do princípio da segurança jurídica. Assim, para que ocorra a perfeita harmonização dos princípios constitucionais, não pode haver, simplesmente, a eliminação de um dos direitos colidentes. O que deve acontecer, de fato, é a sobrevivência de todos os direitos fundamentais, senão de modo absoluto, pelo menos relativizados, tendo-se sempre presente que "o intérprete ou o concretizador da Constituição deve limitar-se a uma tarefa de concordância prática que sacrifique no mínimo necessário ambos os direitos"<sup>165</sup> Cruz e Tucci assim assevera:

---

<sup>164</sup> ZAVASCKI, Teori Albino. **Antecipação da tutela**. 6.ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 66.

<sup>165</sup> CANOTILHO, J. J. Gomes; MOREIRA, Vidal. **Fundamentos da constituição**. Coimbra: Coimbra, 1991. p. 136.

Não se pode olvidar, nesse particular, a existência de dois postulados que, em princípio, são opostos: o da segurança jurídica, exigindo, como já salientado, um lapso temporal razoável para a tramitação do processo, e o da efetividade deste, reclamando que o momento da decisão final não se procrastine mais do que o necessário. Obtendo-se um equilíbrio destes dois regramentos -segurança / celeridade - emergirão as melhores condições para garantir a justiça no caso concreto, sem que, assim, haja diminuição no grau de efetividade da tutela jurisdicional.<sup>166</sup>

Diante disso, a fórmula encontrada para viabilizar a convivência entre segurança jurídica e efetividade da jurisdição é a da concessão de medidas de caráter provisório, que possam superar as situações de risco de perecimento de quaisquer dos direitos.

Dessa forma, as medidas antecipatórias e as cautelares são instrumentos que possibilitam a convivência dos direitos fundamentais da segurança jurídica, da efetividade da jurisdição e da celeridade processual, mediante, claro, a devida harmonização. "E é nesta função instrumental concretizadora que ditas medidas legitimam-se constitucionalmente"<sup>167</sup>.

Frise-se que tais medidas são o passaporte para se alçar a Justiça, já que esta, como nos ensina Silva<sup>168</sup> é "o que se faz conforme o Direito ou segundo as regras prescritas em lei".

Deve-se atentar, contudo, que as medidas antecipatória e cautelar não são as únicas maneiras de se concretizar o princípio da razoável duração do processo. A lei também autoriza a utilização de outras vias pelo juiz, bem como, criou, recentemente, o processo eletrônico como meio agilizador do processo.

Assim, não se devem reprimir novas idéias que sirvam para auxiliar na presteza judicial. Muito pelo contrário, é preciso que se busquem inovações, a todo custo, para se chegar, um dia, a plena concretização do princípio previsto no art. 5º, LXXVIII do Texto Magno.

#### 5.4 OUTRAS TÉCNICAS ASSEGURADORAS DA EFETIVIDADE DO PROCESSO DIFERENTES DA TUTELA DE URGÊNCIA

Cruz e Tucci dispõe acerca de alguns mecanismos de aceleração do processo que não as tutelas de urgência, entre eles, o procedimento monitorio, uma

<sup>166</sup> CRUZ E TUCCI, op. cit., p. 66.

<sup>167</sup> ZAVASCKI, op. cit., p. 71.

<sup>168</sup> SILVA, de Plácido e, op. cit., p. 459.

vez que este possibilita, através de procedimento simples e expedito, a obtenção, pelo credor, de título executivo, tratando-se de modelo procedimental de cognição sumária. Além dele, são aceleradores do processo também as ações coletivas, pois seu ajuizamento implica evidente redução de custo e tempo, se comparados com aqueles dispendidos em centenas de demandas individualmente aforadas para atingir idêntico escopo.

Do mesmo modo, o autor acredita que existem mecanismos endoprocessuais que auxiliam na celeridade processual, são suas palavras:

Em várias etapas do procedimento, à luz do sistema erigido pelo nosso Código de Processo Civil, é dever do juiz reprimir a conduta abusiva do litigante temerário, aplicando-se, e. g., a sanção: a) do art. 18, nas hipóteses do art. 17, I, IV e VI; b) do art. 196, quando os autos não forem oportunamente devolvidos; c) do par. ún. do art. 538, quando manifestamente protelatórios os embargos de declaração; d) do art. 601, nas situações do art. 600; e) do art. 881, em caso de atentado (art. 879) etc.<sup>169</sup>

Algumas modificações recentes promovidas no Código de Processo Civil já tiveram por objetivo tornar mais célere e efetiva a prestação jurisdicional. Como exemplo, tem-se o mais recente caso das súmulas vinculantes. Tais súmulas visam o desafogamento do judiciário e celeridade processual, em que pese tenham gerado divergências e discussões acerca de sua legalidade.

Ainda, existem várias possibilidades de solução que podem ser trabalhadas em conjunto, como a recuperação da falta de estrutura, seja através do melhor aparelhamento do Estado, maior número de servidores qualificados, reformas e construções de instalações e compra de equipamentos e programas de informática. Nesse sentido, Marinoni sinala:

O grande problema, na verdade, está em construir tecnologias que permitam aos jurisdicionados obter uma resposta jurisdicional tempestiva e efetiva. Isto é difícil não somente porque a necessidade de tempestividade modifica-se de acordo com as mudanças da sociedade e dos próprios direitos, mas também porque o Estado apresenta dificuldades em estruturar-se de modo a atender a todos de forma efetiva.<sup>170</sup>

Necessário se faz extinguir as causas que impeçam ou desanimem o indivíduo de litigar. A previsão constitucional do princípio da razoável duração do

<sup>169</sup> CRUZ E TUCCI, op. cit. p. 124.

<sup>170</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. **O custo e o tempo do processo civil brasileiro**. Disponível em:

processo busca justamente isso. Visa eliminar a demora do Judiciário que tanto assusta a população. Antigamente os trabalhos jurídicos, as petições, bem como, expedientes judiciários, eram todos manuscritos. Após, os trabalhos puderam ser agilizados com o surgimento das máquinas de escrever e a taquigrafia. Na segunda metade do século XX, novamente o mundo jurídico passou por uma revolução, com o surgimento dos computadores.

Quando acreditava-se que a agilidade na tramitação jurídica estava em seu auge, tendo em vista a impressão de dados, novamente o mundo jurídico vem passando por transformações com o agora surgimento do mundo eletrônico. A tendência é de que não hajam mais volumosos autos de 200 laudas tramitando - emperrando as prateleiras dos fóruns e repartições, sem mencionar aqui, os benefícios ecológicos por esta diminuição significativa na utilização de papéis, a redução de valores com transporte de autos e aluguéis de arquivos, e por fim o prejuízo que a perda de uma folha pode acarretar às partes. A realidade é de que os computadores continuarão a fazer parte, ativamente, da vida dos operadores do direito, mas desta vez estes deverão se acostumar com as petições, documentos, citações, despachos, sentenças e outros atos processuais, realizados todos por computadores interligados em rede ou pela internet.

Ademais, muitos advogados, juízes e servidores já convivem com essa nova realidade eletrônica, como é o caso dos Juizados Especiais Federais. Na Justiça Federal da região sul (4.<sup>a</sup> Região), o sistema de autos virtuais foi batizado como e-proc. (Resolução nº 49, de 14 de julho de 2010).

Todo mudança gera medo, mas para evitar que algo dê errado, será necessário tempo, adaptação, investimentos e claro, o amparo paralelo do princípio da segurança jurídica. Segurança é a tranquilidade do exercício dos direitos fundamentais, pois não basta ao Estado criar e reconhecer direitos ao indivíduo, possui também o dever de zelar por eles. Segurança das relações jurídicas é o conjunto das condições que permitem às pessoas o conhecimento antecipado das conseqüências jurídicas de seus atos.

Assim, a Lei n. 11.419 promulgada em 19 de dezembro de 2006, que trata acerca do processo eletrônico, representa isso, a segurança jurídica, pois preocupou-se em formalizar estas mudanças, regulamentando a informatização do

processo judicial (autos virtuais), e, inclusive o uso de assinatura eletrônica como forma de agilizar a prática de atos processuais.

Apesar disso tudo, é certo que existem outros mecanismos extraprocessuais de aceleração do processo, como, por exemplo a ampliação do uso da mediação e da arbitragem, o que vem ajudar na diminuição da quantidade de processos que ingressam todos os dias no judiciário (e seu conseqüente desafogamento), além de ser um meio mais rápido de resolução da lide, já que conta com menor número de usuários, cumprindo, também, o princípio Democrático de Direito, por se tratar de um canal de participação popular.

## 6 MÉTODOS EXTRAJUDICIAIS DE SOLUÇÃO DE CONFLITOS

Mediação e arbitragem são duas formas de se obter solução pacífica sobre qualquer conflito, e, se mais utilizadas, contribuiriam de forma significativa para atenuar a mora processual.

Na mediação sempre prevalece a vontade das partes, já na arbitragem, um ou mais árbitros, sempre em número ímpar devem decidir o litígio.

### 6.1 A ARBITRAGEM

A arbitragem é uma técnica alternativa para a solução de controvérsias, através da intervenção de uma ou mais pessoas que recebem seus poderes de uma convenção do Estado, sendo destinada a assumir a eficácia de sentença judicial. É assegurada pela Lei nº. 9.037/96.

As instituições Arbitrais são organizações privadas que administram o procedimento arbitral, procurando facilitá-lo, sem emitir qualquer julgamento sobre o conflito. Elas são responsáveis pela comunicação entre as partes e os árbitros, pelas correspondências em geral, podendo arquivar cópias de todo o procedimento arbitral durante o seu curso.

Além disso, cada instituição tem um regulamento, com as regras que devem ser seguidas pelas partes e pelos árbitros durante a arbitragem, para organizar o procedimento arbitral, bem como postular por intermédio de advogado que poderão acompanhar as partes.

Pode ser árbitro, de acordo com a interpretação da Lei nº 9.037/96, qualquer pessoa capaz e que tenha a confiança das partes. No desempenho de sua função o árbitro deve proceder seguindo sempre os princípios da arbitragem que são: imparcialidade, independência, competência, diligência e discricção.

O árbitro é considerado juiz de fato, e a sentença que proferir não fica sujeita a recurso ou homologação pelo Poder Judiciário.

O entendimento pela escolha da arbitragem, na visão da maioria dos doutrinadores está embasado nos principais motivos:

1. A rapidez
2. A economia
3. Menos formalismo

4. Maior amplitude do poder de julgar para os árbitros
5. E o sigilo

Outro fator de suma importância que deve ser apontado é que a arbitragem é mais barata se comparada a justiça comum, isso, claro, na maioria das vezes, já que podem haver exceções.

Ela vem sendo muito utilizada internacionalmente, principalmente com o advento da globalização. O Brasil, por exemplo, tem optado pela arbitragem nos contratos celebrados com o Mercosul que envolvem direitos patrimoniais disponíveis. Até mesmo porque, as questões que podem ser solucionadas pela arbitragem são as relativas a direitos que tenham valor econômico e que possam ser comercializados ou transacionados livremente por seus donos.

Ressalta-se, contudo, que por meio da arbitragem o Poder Judiciário é excluído, desde que a escolha tenha sido feita livremente por todos os envolvidos. Assim, a decisão tomada pelo árbitro tem a mesma força que a sentença de um juiz de Direito, ou seja, é uma decisão obrigatória, que vincula as partes de forma definitiva. Deve-se ter em mente, entretanto, que na arbitragem não são admitidos recursos, diferentemente do que ocorre na Justiça Comum, onde a pessoa que perde pode recorrer da decisão para instâncias superiores. Todavia, se houver violação inconteste a certos direitos, a decisão do árbitro poderá ser anulada pelo Poder Judiciário. Frise-se, ainda, que

A Lei de Arbitragem deixa a cargo das partes a escolha, isto é, se querem ver sua lide julgada por juiz estatal ou por juiz privado. Seria inconstitucional a Lei de Arbitragem se estipulasse arbitragem compulsória, excluindo do exame, pelo Poder Judiciário, a ameaça ou lesão a direito.<sup>171</sup>

Utilizar-se do juízo arbitral, portanto, é uma forma de contribuição para a celeridade na solução dos litígios, evitando formalidades que venham a desestimular ou dificultar o acesso à justiça. Pois, a demora no devido processo legal, sim, seria ferir princípio constitucional, que tem como diretriz garantir a todos o acesso à justiça. Uadi Lammêgo Bulos conclui: "De fato, a grande preocupação

---

<sup>171</sup> Supremo Tribunal Federal. Sentença Estrangeira, 5.206, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. 08/05/97, encontrado em NERY JÚNIOR, Nelson, NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código de Processo Civil Comentado e Legislação Extravagante**. 10. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 1392.

nesse crepúsculo de século é a efetividade do processo. A presteza e a celeridade do trabalho jurisdicional nunca foram tão exigidos como agora"<sup>172</sup>.

Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery em contrapartida defendem que "A arbitragem não ofende os princípios constitucionais da inafastabilidade do controle jurisdicional, nem do juiz natural"<sup>173</sup>. A arbitragem é opcional, não poderá ser imposta a nenhuma das partes e, sendo assim, não retira de ninguém o direito ao acesso à justiça, mas sim objetiva pacificar de forma mais rápida e desafogar a sobrecarregada justiça comum. Quanto à questão do juiz natural, o citado autor afirma que a arbitragem "não fere o juiz natural, pois as partes já estabelecem, previamente, como será julgada eventual lide existente entre elas"<sup>174</sup>. Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery ensinam ainda que, enquanto na justiça comum as nulidades precisam ser declaradas sob pena de comprometimento de todo o processo, na justiça arbitral, irregularidades formais não contaminam a solução que alcançou seus objetivos.

## 6.2 A MEDIAÇÃO

A Mediação também é um dos meios alternativos de solucionar controvérsias, litígios e impasses, onde por meio de um terceiro, dotado de neutralidade e imparcialidade e de confiança das partes, que poderão ser pessoas físicas ou jurídicas, por elas livre e voluntariamente escolhido, intervém entre elas agindo como um "facilitador", que através de sua habilidade leva as partes a encontrarem a solução para as suas pendências.

Importante ressaltar que o Mediador não decide, quem decide a lide são as partes, portanto, o Mediador se utiliza de sua habilidade e das técnicas da "arte de mediar", levando as partes a decidirem.

Assim quando as partes não conseguem chegar a um acordo por seus próprios meios, recorrem a uma terceira pessoa que faz o papel de mediador, que é aquele que as auxilia na resolução da questão, utilizando-se de critérios justos

---

<sup>172</sup> BULOS, Uadi Lammêgo. **Arbitragem: constitucionalidade.** Disponível em <<http://www.gmpadvogados.com.br/gerenciador/upload/publicacoes/Conferencia%20Arbitragem.pdf>>. Acesso em: 20. Maio. 2010.

<sup>173</sup> NERY JÚNIOR. op. cit., 1999, p. 1392.

<sup>174</sup> Idem.

e adequados de modo a minimizar as queixas de ambas as partes e evitando a procura pelo Poder Judiciário.

A Mediação, portanto, é um método extrajudicial de resolução de conflitos, onde um terceiro, totalmente neutro e dotado de imparcialidade, mobiliza as partes para um acordo. O mediador auxilia as partes a identificar, discutir e resolver as questões do conflito.

Assim, o mediador por meio de técnicas específicas, se valendo de conhecimentos de outras áreas, como a psicologia e negociações legais, ajuda as partes a restabelecerem o processo de comunicação e a avaliarem objetivos e opções, conduzindo a um termo de entendimento para mútua satisfação. Mais uma vez, reforça-se: não se trata de um procedimento impositivo, pois o mediador não possui qualquer poder de decisão sobre as partes. Ademais, ela pode ser aplicada a vários tipos de conflitos, seja na área de família, divórcio, comercial, sucessões, empresarial, trabalhista, educacional, comunitário, hospitalar, meio ambiente, entre outras.

Com isso, salvam-se o tempo dos juízes e o trabalho do cartorário. De outra forma, essas pessoas teriam que cuidar deles. Os temas e as posições das partes são clareados pela mediação, de modo que, mesmo não havendo o acordo, o tribunal é beneficiado, em virtude da precisão dos argumentos. Finalmente, a mediação freqüentemente salva tempo e dinheiro para os próprios litigantes, já que é oferecida gratuitamente e assegurado o sigilo durante o processo. Pode produzir, ainda, acordos que atendam às necessidades das partes de modo melhor do que a decisão contida numa sentença judicial.

Cumprе ressaltar aqui que mediação não é uma tentativa de acordo, se tratando sim de um processo pacífico de resolução de conflitos em que um terceiro independente e imparcial coordena reuniões conjuntas ou separadas com as partes envolvidas em conflito. Seu objetivo, entre outros, é o de estimular o diálogo cooperativo entre elas para que alcancem a solução das controvérsias em que estão envolvidas. Nele se busca propiciar momentos de criatividade para que as partes possam analisar qual seria a melhor opção face à relação existente, geradora das controvérsias. Nesse sentido, o acordo passa a ser a consequência lógica resultante de um bom trabalho de cooperação realizado ao longo de todo o procedimento e não sua premissa básica.

Na mediação procura-se evidenciar que o conflito é natural, inerente aos seres humanos. Sem o conflito seria impossível haver progresso e provavelmente as relações sociais estariam estagnadas em algum momento da história. Se não houvesse insatisfação, as situações da vida permaneceriam iguais, constantes. Portanto, o conflito e a insatisfação tornam-se necessários para o aprimoramento das relações interpessoais e sociais. O que se reflete como algo bom ou ruim para as pessoas é a administração do conflito. Se for bem administrado, ou seja, se as pessoas conversarem pacificamente ou se procurarem a ajuda de uma terceira pessoa para que as auxilie nesse diálogo - será o conflito bem administrado. Se as pessoas, por outro lado, se agredirem física ou moralmente ou não conversarem, causando prejuízos para ambas, o conflito terá sido mal administrado. Assim, não é o conflito que é ruim, pelo contrário, ele é necessário. A sua boa ou má administração é que resultará em desfecho positivo ou negativo.

## CONCLUSÃO

Muito se tem discutido e controvertido ao redor do que seria, teoricamente, a duração razoável de um processo. Como se trata de um preceito geral (pois possui conceito indeterminado) é muito difícil restringi-lo a uma descrição apta a apontar-lhe limites temporais precisos: assim, só o exame *in concreto* é capaz de determinar, caso a caso, se ocorreu ou não extrapolação da duração razoável, vez que são tantos os fatores influenciadores na maior ou menor delonga da resposta jurisdicional.

No método funcional, todavia, o primeiro parâmetro empregado na aferição da razoabilidade da duração de um processo centra-se no princípio do devido processo legal e no princípio da legalidade: a demora decorrente da inobservância dos prazos legais infligidos aos juízes, tribunais e órgãos auxiliares; bem como o atraso proveniente de produção de provas desnecessárias ou de diligências inúteis; ou, até mesmo, a anulação tardia do processo, ocasionando sua dispendiosa repetição, quando era plausível, no nascedouro, se sanar o defeito; ou a extensa interrupção da marcha processual a fim de se efetivar audiência de instrução e julgamento, quando o caso é, legalmente, de julgamento antecipado da lide; todas essas ocorrências, e muitas outras de desvio descalculado do procedimento traçado pela lei processual, são modelos de evidente violação à garantia constitucional da razoável duração do processo, com forte comprometimento da efetividade do acesso à justiça.

É dessa forma que o tema que se desenvolveu compreendeu problemáticas e questões controversas que ainda necessitam de estudo incessante em vista da importância que este princípio assume no cenário jurídico atual, considerando o acúmulo de processos no Poder Judiciário e a lentidão na sua resolução. O trabalho foi centrado no direito processual civil, com enfoque para o direito constitucional, em face do princípio do acesso à justiça e da efetividade processual. Por isso buscou-se um estudo preliminar sobre Constituição e direitos fundamentais, pois deve-se compreender a Constituição como Lei Fundamental, e também reconhecer não só a supremacia da Constituição na ordem jurídica, como também os meios para garanti-la juridicamente. Após passou-se ao estudo do Direito e Processo, com abordagem de conceitos fundamentais do Direito, tais

como: sua concepção, ordenamento jurídico, jurisdição, processo e tutela jurisdicional, vez que imprescindíveis para embasarem o presente trabalho.

Concluiu-se, destarte, que a saída encontrada para o "desafogamento do judiciário" e para a materialização do direito tema do presente, tido como garantia fundamental, foram as já utilizadas tutelas de urgência, além da difusão de práticas de mediação e arbitragem, que estão ainda carentes de devida e real utilização no Brasil. A perspectiva adequada de avaliação da relação entre a mediação e a arbitragem com o Poder Judiciário é de colaboração mútua. Incentivar a mediação, a conciliação e a arbitragem significa fortalecer a sociedade para que ela possa discutir e resolver os seus conflitos, deixando para a esfera jurisdicional aqueles litígios que obrigatoriamente necessitam de sua apreciação (direitos indisponíveis, por exemplo) ou aqueles para os quais as pessoas não estão aptas a resolver. Igualmente, compreendeu-se que o processo eletrônico, aliado com a possibilidade futura de se fixar prazos para o término da lide, e com a potencial ampliação da margem de fixação dos prazos pelos julgadores, são de extrema valia na consecução do direito cerne da presente. Tudo isso, somado a alguns mecanismos

que devem ser mais utilizados quando o processo não anda na marcha que deveria (tais como, a reclamação na corregedoria e o mandado de segurança contra o processo que demora irrazoavelmente), farão toda a diferença no deslinde da demanda, que, conseqüentemente, irá caminhar mais velozmente, satisfazendo não só as partes, como também os integrantes do Poder Judiciário (servidores e magistrados), e do Poder Legislativo, que tem a atividade típica de editar as regras jurídicas que compõem o sistema.

## REFERÊNCIAS

- AGRA, Walber de Moura et al. **Comentários à reforma do poder judiciário**. Rio de Janeiro: Forense, 2005.
- ALVIM, José Eduardo Carreira. **Teoria geral do processo**. 11.ed. Rio de Janeiro: Forense jurídica, 2008.
- ARAÚJO, Francisco Fernandes de. **Do prazo razoável na prestação jurisdicional**. Disponível em: <<http://kplus.cosmo.com.br/materia.asp?co=15&rv=Direito>>. Acesso em: 10 dez. 2006.
- AZEVEDO, Pedro Pontes de. **Normas constitucionais inconstitucionais oriundas do poder constituinte originário**. 2003. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/>>. Acesso em: 16 jan. 2010.
- BARBOSA, Rui. **Comentários à constituição federal brasileira**. São Paulo: Saraiva, 1983. tomo II.
- BARROSO, Carlos Eduardo Ferraz de Mattos. **Teoria geral do processo e processo de conhecimento**. 8.ed. São Paulo: Saraiva, 2008. v.11.
- BASTOS, Celso Ribeiro. **Hermenêutica e interpretação constitucional**. 2.ed. São Paulo: Celso Bastos Editor, 1999.
- BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Direito e processo: influência do direito material sobre o processo**. 4.ed. São Paulo: Malheiros, 2006.
- BELLINETTI, Luiz Fernando. **Sentença civil: perspectivas conceituais no ordenamento jurídico brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.
- BERMUDES, Sérgio. **Introdução ao processo civil**. 4.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.
- \_\_\_\_\_. **A reforma do judiciário pela emenda constitucional nº 45**. Rio de Janeiro: Forense, 2005.
- BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Rio de Janeiro: Elsevier, 1992. p. 4.
- BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico**. 4.ed. Brasília: EdUNB, 1994.
- BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 8.ed. São Paulo: Malheiros, 1999.
- \_\_\_\_\_. **A constituição aberta**. 3.ed. São Paulo: Malheiros, 2004.
- BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Aspectos de teoria geral dos direitos fundamentais**. In: *Hermenêutica Constitucional e Direitos Fundamentais*, 2a parte. Brasília: Ed. Brasília Jurídica. Instituto Brasiliense de Direito Público, 2002.

BULOS, Uadi Lammêgo. **Arbitragem: constitucionalidade**. Disponível em: <<http://www.gmpadvogados.com.br/gerenciador/upload/publicacoes/Conferencia%20Arbitragem.pdf>>. Acesso em: 20 maio. 2010.

BUZAID, Alfredo. **A ação declaratória no direito brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 1943. n. 53.

CAETANO, Marcelo. **Direito constitucional**. Rio de Janeiro: Forense, 1987.

CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições de direito processual civil**. 18.ed. Rio de Janeiro: Lúmen júris, 2008. v.1.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7.ed. Coimbra: Almedina, 2004.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MOREIRA, Vidal. **Fundamentos da constituição**. Coimbra: Coimbra, 1991.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. Traduzido por Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988.

CARNEIRO, Athos Gusmão. **Jurisdição e competência**. 13.ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

CARNELUTTI, Francesco. **Estúdios de derecho procesal**. Trad. Esp. De Santiago Sentis Melendo. Buenos Aires: EJEA, 1952. v.2.

\_\_\_\_\_. **Instituições do processo civil**. Tradução de Adrián Sotero De Witt Batista. Campinas: Servanda, 1999.

CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de direito processual civil**. 3.ed. Trad. Brás. De J. Guimarães Menegale. São Paulo: Saraiva, 1969. v.2.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**. 26.ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

CONSULTOR JURÍDICO. 2008. Disponível em: <[HTTP://www.conjur.com.br](http://www.conjur.com.br)>. Acesso em: 28 jan. 2011.

CONVENÇÃO EUROPÉIA PARA SALVAGUARDA DOS DIREITOS DO HOMEM E DAS LIBERDADES FUNDAMENTAIS: subscrita em Roma, em 4 de novembro de 1950: com as modificações introduzidas pelo Protocolo nº 11. Disponível em: <<http://www.echr.coe.int/Convention/webConvenPOR.pdf>>. Acesso em: 15. maio 2008.

CRITÉRIOS DEFINIDOS PELA CORTE EUROPÉIA DOS DIREITOS DO HOMEM (European Court of Human Rights). Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7783>>. Acesso em: 27 nov. 2006.

CRUZ E TUCCI, José Rogério. **Tempo e processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **O poder dos juízes**. São Paulo: Saraiva, 2002.

DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS HUMANOS. Disponível em: <[http://portal.mj.gov.br/sedh/ct/legis\\_intern/ddh\\_bib\\_inter\\_universal.htm](http://portal.mj.gov.br/sedh/ct/legis_intern/ddh_bib_inter_universal.htm)>. Acesso em: 12 Jan. 2010.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil**. 4.ed. São Paulo: Malheiros, 2001. v.1.

\_\_\_\_\_. **Os escopos do processo civil e a técnica processual**. Disponível em: <<http://www.leonildoc.ocwbrasil.org>> . Acesso em: 19 out. 2008.

\_\_\_\_\_. **A instrumentalidade do processo**. 6.ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1998.

DINIZ, Maria Helena. **Norma constitucional e seus efeitos**. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 1992.

FACHIN, Zulmar. **Curso de direito constitucional**. 3.ed. São Paulo: Método, 2008a.

\_\_\_\_\_. **Direitos fundamentais e cidadania**. São Paulo : Método, 2008b.

FARIA, José Eduardo. **Poder e legitimidade**. São Paulo: Perspectiva, 1978. parte III.

FERREIRA FILHO. Manoel Gonçalves. **A democracia possível**. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 1974.

FERREIRA, Pinto. **Curso de direito constitucional**. 9.ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

GAJARDONI, Fernando da Fonseca. Reflexos do tempo no direito processual **civil** (anotações sobre a qualidade temporal do processo civil brasileiro e europeu). **Revista de Processo**, São Paulo: Ed. RT, n. 153, nov. 2007.

GAMA, Ricardo Rodrigues. **Efetividade do processo civil**. Campinas: Bookseller, 2002.

IHERING, Rudolf Von. **A Luta Pelo Direito**. São Paulo: Ed Martin Claret, 2001.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 1994.

\_\_\_\_\_. **A Ilusão da justiça**. Sérgio Tellaroli (trad.). 3.ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

LASSALE, Ferdinand. **Que é uma constituição?**. Fonte Digital, São Paulo, 1933. Disponível em: <<http://www.ebooksbrasil.org/eLibris/constituicao1.html>>. Acesso em: 22 dez. 2009.

LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquematizado**. São Paulo: Método, 2007.

LIMA, Hermes. **Introdução à ciência do direito**. 28.ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1986.

LIMA, Lucas Rister de Sousa. Questões novas e velhas sobre a morosidade processual. **Jus Navigandi**, Teresina, v. 11, n. 1054, 21 maio 2006. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/8428>>. Acesso em: 2 mar. 2010.

LUNO, Antonio Enrique Perez. **Derechos humanos, estado de derecho y constitución**. 6.ed. Madrid: Tecnos, 1999.

MACHADO, Antônio Cláudio da Costa. **Tutela antecipada**. 2.ed. São Paulo: Oliveira Mendes, 1998.

MARIA da Penha recebe indenização depois de sete anos de espera. **Consultor Jurídico**. 2008. Disponível em: <[HTTP://www.conjur.com.br](http://www.conjur.com.br)>. Acesso em: 28 jan. 2011.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Efetividade do processo e tutela de urgência**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1994.

\_\_\_\_\_. O direito à tutela jurisdicional efetiva na perspectiva da teoria dos direitos fundamentais. **Jus Navigandi**, Teresina, v. 8, n. 378, 20 jul. 2004. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=5281>>. Acesso em: 22 jun. 2009.

\_\_\_\_\_. **Curso de processo civil: teoria geral do processo civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. v.1.

\_\_\_\_\_. **O Custo e o tempo do processo civil brasileiro**. Disponível em: <<http://www.professormarinoni.com.br/admin/users/05.pdf>> Acesso em: 11 mar. 2008.

\_\_\_\_\_. **Novas linhas do processo civil**. 4.ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

\_\_\_\_\_. O direito à tutela jurisdicional efetiva na perspectiva da teoria dos direitos fundamentais. **Jus Navigandi**, Teresina, v. 8, n. 378, 20 jul. 2004. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=5281>> . Acesso em: 15 dez. 2006.

MARINS, Vitor Alberto Azi Bomfim. **Tutela cautelar: teoria geral e poder geral de cautela**. Curitiba: Juruá, 2000.

MARTIGNAGO, Gisella. Resenha de: Hesse, Konrad. A força normativa da constituição. Porto Alegre: Fabris, 1991. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, São Paulo: Ed. RT., n. 64, jul.-set. 2008.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 22.ed. São Paulo: Malheiros, 1997.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Elementos de direito administrativo**. 3.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992.

\_\_\_\_\_. **Curso de direito administrativo**. 12.ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

MELO, João Paulo dos Santos. Tutela jurisdicional adequada no mandado de injunção. **Jus Navigandi**, Teresina, v. 9, n. 808, 19 set. 2005. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7280>>. Acesso em: 10 nov. 2008.

MENDES, Gilmar Ferreira. COELHO, Inocêncio Mártires. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 3.ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional**. Coimbra: Coimbra, 1993.

MORAES, Alexandre de. **Direitos humanos fundamentais**. 8.ed. São Paulo: Atlas, 2007.

MORAIS, José Luis Bolzan. **As crises do Judiciário e o acesso à justiça**. In: AGRA, Walber de Moura. **Comentários à reforma do poder judiciário**. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

NERY JÚNIOR, Nelson. **Princípios do processo civil na constituição federal**. 8.ed. São Paulo: Revista dos tribunais, 2004.

NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código de processo civil comentado e legislação processual civil em vigor**. 10.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

\_\_\_\_\_. **Código de processo civil comentado e legislação extravagante**. 10.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

NÓBREGA, Helena Tafas. **Considerações acerca do ordenamento jurídico, valor, princípios, normas e cláusulas gerais**. Disponível em: <<http://www.tex.pro.br>>. Acesso em: 19 out. 2008.

OLIVEIRA JUNIOR, José Alcebíades. **Teoria jurídica e novos direitos**. Rio de Janeiro : Lumen Juris, 2000.

PASSOS, Calmon de. **Comentários ao código de processo civil**. 8.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

PINHO, Rodrigo César Rebello. **Teoria geral da constituição e direitos fundamentais**. 8.ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

RANELLETTI, Oreste. **Le guarentizie della giustizia pubblica amministrazione**. 1934.

RIZZATTO NUNES, Luiz Antônio. **Curso de direito do consumidor**. São Paulo: Saraiva, 2004.

ROCHA, Fernanda. **O que é direito?** Universidade de Brasília. 2006. Disponível em: <<HTTP://www.aprender.unb.br>>. Acesso em: 12 out. 2008.

ROCHA, José de Albuquerque. **Teoria geral do processo**. 4.ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

ROQUE, Sebastião José. **Introdução ao estudo do direito**. 2.ed. São Paulo: Ícone, 2004.

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

SCHEER, Milene de Alcântara Martins. A dimensão objetiva do direito fundamental ao acesso à justiça e a efetividade da norma constitucional. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, São Paulo: Ed. RT, n. 54, jan.-mar. 2006.

SCHMITT, Carl. **Teoría de la constitución**. México: Ed. Nacional, 1961.

SERRANO JÚNIOR, Odoné. **Responsabilidade civil do estado por atos judiciais**. Curitiba: Juruá, 1996.

SILVA, De Plácido e. **Vocabulário jurídico conciso**. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 7. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

\_\_\_\_\_. **Curso de direito constitucional positivo**. 32.ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

SILVA, Ovídio Araújo Batista da; GOMES, Fábio. **Teoria geral do processo civil**. 3.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. v.3.

STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do direito**. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. **A criação e realização do direito na decisão judicial**. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

TELLES JUNIOR, Goffredo. **O povo e o poder**: o conselho do planejamento nacional. São Paulo: Malheiros, 2003.

TEMER, Michel. **Elementos de direito constitucional**. 16.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

THEODORO JUNIOR, Humberto. Direito civil e processual civil. **Revista Síntese**, v. 6, n. 36, jul-ago. 2005a.

\_\_\_\_\_. Alguns reflexos da Emenda Constitucional 45, de 08.12.2004, sobre o processo civil. **Revista de Processo**, São Paulo: Ed. RT, n. 124, jun. 2005b.

\_\_\_\_\_. **Direito e processo**: direito processual civil ao vivo. Rio de Janeiro: Aide, 1997. v.5.

VECHIATO JUNIOR, Walter. **Curso de processo civil**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002. v.1.

VELOSO, Zeno. **Controle jurisdicional de constitucionalidade**. 3.ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

XIMENES, Julia Maurmann. **Reflexões sobre o conteúdo do estado democrático de direito**. Disponível em: <[www.iesb.br](http://www.iesb.br)>. Acesso em: 15 fev. 2011.

WATANABE, Kazuo. **Da cognição no processo civil**. 2.ed. Campinas: Bookseller, 2000.

\_\_\_\_\_. **Tutela antecipatória e tutela específica das obrigações de fazer e não fazer**: Reforma do Código de Processo Civil. São Paulo: Saraiva, 1996. p. 33. coord. Min.Sálvio de Figueiredo Teixeira.

ZAVASCKI, Teori Albino. **Antecipação da tutela**. 6.ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

\_\_\_\_\_. **Antecipação de tutela**. São Paulo: Saraiva, 1997.

ZIMMERMANN, A. **Curso de direito constitucional**. 2.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.