**UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO
FACULDADE DE DIREITO**

JOÃO CARLOS NAVARRO DE ALMEIDA PRADO

PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA CELERIDADE PROCESSUAL

**São Paulo
2010**

JOÃO CARLOS NAVARRO DE ALMEIDA PRADO

PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA CELERIDADE PROCESSUAL

Dissertação apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, como requisito parcial para a obtenção do título de Mestre em Direito do Estado, sob orientação do Professor Associado Dr. Sérgio Resende de Barros.

**São Paulo
2010**

Nome: João Carlos Navarro de Almeida Prado
Título: Princípio Constitucional da Celeridade Processual

Dissertação apresentada à Faculdade de
Direito da Universidade de São Paulo para
a obtenção do título de Mestre em Direito
do Estado

Aprovada em:

Banca examinadora:

Prof. Dr. Sérgio Resende de Barros

Instituição: FDUSP

Julgamento:

Assinatura: _____

Instituição: FDUSP

Julgamento:

Assinatura: _____

Instituição: _____

Julgamento:

Assinatura: _____

Dedico este trabalho à minha esposa Luciane,
amor da minha vida, sempre me incentivando
nos momentos mais difíceis e acreditando em mim,
e aos meus pais, Amilcar e Izabel, pelo apoio
incondicional durante toda minha vida,
instruindo-me com dedicação e sabedoria.

AGRADECIMENTOS

Externo os mais profundos e sinceros agradecimentos à pessoa que trouxe novas perspectivas à minha vida, meu orientador Sérgio Resende de Barros, por acreditar em mim, concedendo-me um voto de confiança para que este trabalho pudesse ser concretizado. Expresso a ele meu eterno reconhecimento por ter-me acolhido como a um filho, abrindo diversas portas e incentivando minha crescente paixão pelo direito constitucional, muito além da reduzida visão dos cursos e manuais, valorizando a história e a cultura. Meu apreço já nutrido pela docência fortificou-se ao contemplar os ensinamentos deste mestre, atuando com o coração, não apenas com a razão, ministrando lições de vida que jamais esquecerei. Oxalá seja eu capaz de transmitir um pouco de tudo o que aprendi com o mesmo brilhantismo de meu mentor, que tanto sacrificou a vida pessoal para dar o melhor aos seus discípulos. Carregarei a gratidão desta amizade por toda minha vida, disseminando seus valiosos ensinamentos e instigando o gosto pelo estudo deste fascinante mundo do direito constitucional. É o mínimo que posso fazer em retribuição a este grande mestre.

Agradeço também a todos os colegas de mestrado pela profícua e agradável convivência, bem como pelos memoráveis momentos na São Francisco e na Escola Paulista de Direito, lugares tão gratificantes na minha vida acadêmica, especialmente à colega Helen Ortolani, pelas sugestões feitas.

RESUMO

ALMEIDA PRADO, João Carlos Navarro de. *Princípio constitucional da celeridade processual*. 2010. 233f. Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010.

O constituinte reformador decidiu tratar do problema da morosidade da justiça, à semelhança de outros países e de diversos tratados internacionais a respeito. A presente dissertação tem por fulcro a análise do novo inciso LXXVIII do art. 5º da Constituição Federal que instituiu a celeridade processual como direito fundamental. É feita cuidadosa abordagem de todos os princípios constitucionais pertinentes à matéria, especialmente o devido processo legal, desde o seu surgimento, na *common law* inglesa, com a Magna Carta de 1215, evoluindo pela interpretação da Suprema Corte nos Estados Unidos, de modo a conhecer sua vertente substantiva, até ser consagrado no Brasil, de modo expresso, cerca de 200 anos depois, pela Constituição de 1988. Outros princípios apresentam-se igualmente de grande relevância, como o acesso à justiça, eficiência e igualdade. Constatase que não era imprescindível a positivação de regra específica para que a Justiça estivesse jungida ao dever de julgar com rapidez. Revela-se, porém, profícua a abordagem do tema na Constituição, dentre os direitos fundamentais. Verifica-se a ocorrência de eventuais conflitos no plano concreto envolvendo a celeridade processual e os princípios do contraditório e da ampla defesa, bem como a segurança jurídica. Dedicase especial atenção ao papel da Emenda Constitucional n. 45, de 2004 e diversos institutos por ela trazidos no intento de se obter um Poder Judiciário mais célere e organizado de modo mais eficaz e uniforme, embora se constate a necessidade de mudanças que se sobressaem à atuação do legislador. Realiza-se pesquisa histórica e descritiva com supedâneo na doutrina brasileira e no direito comparado, especialmente nas literaturas jurídicas francesa, inglesa, portuguesa e estadunidense. Ao se analisar a repercussão do dispositivo à luz do direito constitucional, nota-se a necessidade de muitas outras alterações para que a Reforma atinja seu desiderato. Constatase que o Poder Judiciário possui papel preponderante na salvaguarda dos direitos fundamentais, de modo que, atuando a contento, a celeridade processual pode se tornar poderoso instrumento de efetividade de tais direitos e da própria Constituição Federal.

PALAVRAS-CHAVE: Princípio constitucional. Celeridade processual. Devido processo legal. Acesso à justiça. Morosidade da Justiça. Direitos fundamentais. Emenda Constitucional n. 45/2004. Efetividade. Normas constitucionais.

ABSTRACT

ALMEIDA PRADO, João Carlos Navarro de. *Celerity of procedure constitutional principle*. 2010. 233f. Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010.

The constituent reformer decided to face the problem of the delays of Justice, likewise that in other countries and various international treaties of the subject. This dissertation focuses on the analysis of the new item LXXVIII of article 5th of the Federal Constitution which set the celerity of procedure as a fundamental right. A careful approach is made from all constitutional principles relevant to the subject, especially the due process of law, since its emergence in the English common law, with the Magna Carta of 1215, evolving through United States Supreme Court's interpretation, in order to meet its substantive aspect, to be explicitly devoted in Brazil, about 200 years later, by the Constitution of 1988. Other principles also have great relevance, such as access to justice, efficiency and equality. It appears to be unessential to insert a specific rule by which the Justice would be bound by duty to judge rapidly. However, it is useful to approach the subject in the Constitution, among the fundamental rights. Possible conflicts are analyzed in concrete plan involving the speedy trial clause and the principles of adversarial and legal defense, as well legal certainty. Proper attention is paid to the role of the 45th Amendment of 2004 and various institutes brought by it, in the attempt to achieve a faster and more uniform and well organized Justice, although evidences the need of changes that overcome the role of the legislator. Takes place a historical and descriptive research takes place in Brazilian doctrine and comparative law, especially in French, English, Portuguese and American legal literature. By analyzing of the clause's effect under the constitutional law, it's notice the demand of many other changes to the Reform reach your goal. It's seen that the Judiciary has a predominant role in safeguarding the fundamental rights, so that, working properly, speedy trial clause may become a powerful tool of effectiveness of such rights and of the own Constitution.

KEYWORDS: Constitutional principle. Celerity of procedure. Due process of law. Access to justice. Slowness of the Courts. Fundamental rights. 45th Amendment of 2004. Effectiveness. Constitutional rules.

ABREVIATURAS

ADC	Ação Declaratória de Constitucionalidade
ADI	Ação Direta de Inconstitucionalidade
ADPF	Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental
AgR	Agravo Regimental
Art.	Artigo
Arts.	Artigos
CEJ/CJF	Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal
cf.	conforme
CF	Constituição Federal
CGJF	Corregedoria-Geral da Justiça Federal
CGJT	Corregedoria-Geral da Justiça do Trabalho
CNJ	Conselho Nacional de Justiça
CNMP	Conselho Nacional do Ministério Público
coord.	Coordenador
CF	Constituição Federal
CRFB	Constituição da República Federativa do Brasil
<i>DJ</i>	<i>Diário da Justiça da União</i>
DJE	Diário da Justiça do Estado
EC	Emenda Constitucional
inc.	inciso
inq.	inquérito
j.	julgado
LICC	Lei de Introdução ao Código Civil
MC	Medida Cautelar
min.	Ministro(a)
MI	Mandado de Injunção
m.v.	maioria de votos
OAB	Ordem dos Advogados do Brasil
org.	organizador
p.	página
p/	para
PEC	Proposta de Emenda Constitucional
PLS	Projeto de Lei do Senado
RE	Recurso Extraordinário
rel.	relator(a)
STF	Supremo Tribunal Federal
T.	Turma
TP	Tribunal Pleno
TJ	Tribunal de Justiça
v.	<i>versus</i>
v.u.	votação unânime

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	10
1. DEVIDO PROCESSO LEGAL E OUTROS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS.....	13
1.1 <i>Common law</i> e o devido processo legal	13
1.2 Acesso à justiça	61
1.3 Outros princípios constitucionais afetos à celeridade	78
1.4 A celeridade em conflito com outros direitos fundamentais	85
2. A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO PRINCÍPIO DA CELERIDADE.....	105
2.1 A Emenda Constitucional nº 45/2004 e o seu contributo para a celeridade.....	105
2.2 Antecedentes no Brasil e experiências no direito comparado e internacional ...	142
2.3 O novo inciso LXXVIII do art. 5º da Constituição Federal	158
2.4 A celeridade processual como fator de efetividade da Constituição	182
CONSIDERAÇÕES FINAIS	215
REFERÊNCIAS.....	221

INTRODUÇÃO

Ninguém é capaz de apossar-se do tempo concretamente, embora possa ele ser mensurado. O seu decurso é alheio a qualquer forma de controle pelo ser humano. Desta forma, é o indivíduo que deve adaptar-se ao tempo, e não o contrário. Toda revolução científica e tecnológica pode buscar a retardação ou a aceleração dos seus *efeitos*, mas nenhuma das duas coisas afeta o tempo *em si mesmo*.

Indo aos dicionários, é possível encontrar um sentido para o vocábulo tempo como sendo a “duração limitada das coisas; a propriedade que elas têm de coexistirem ou de sucederem-se, considerada objetivamente”.¹

Sem dúvida, da acepção acima mencionada, é de se reconhecer que o tempo afeta a sociedade, ou, mais precisamente, a vida de cada ser em relação ao universo e aos seus pares, no plano da memória (passado), das ações (presente) e daquilo que ainda virá (futuro). Assim, sendo o direito uma ciência que rege as relações dos indivíduos em sociedade, é possível vislumbrar a importância que o tempo representa para o universo jurídico.

O tempo é de fundamental relevância para a vida dos direitos. Seja para determinar a sua aquisição (usucapião ou prescrição aquisitiva) ou perda (prescrição extintiva), bem como para cravar o início (termo *a quo* ou inicial) ou término de seu exercício (termo final), ele sempre se fará presente: ele gera e extingue o direito. Assim como o direito não pode impedir a morte, o direito pode regular as consequências do tempo, mas é o tempo que comanda o direito.

Mesmo os direitos ditos *imprescritíveis* sofrem a incidência do tempo. É o caso, *e.g.*, dos direitos à vida, à liberdade, à igualdade e à segurança, cujo termo final se dá com a morte de seu titular, o mesmo ocorrendo com relação ao *jus puniendi* do Estado quanto aos crimes de racismo e a prática de grupos armados civis ou militares contra a ordem constitucional e o Estado Democrático, *ex vi* do disposto no art. 5º, inciso XLII e XLIV da Lei Maior, que, como todo e qualquer crime, resulte na extinção da punibilidade pela morte do agente (art. 107, inciso I, do Código Penal).

Ademais, sempre que a lei resolve determinar o tempo para a prática de um ato – e ela o faz diuturnamente –, fala-se em *prazo*, que nada mais é, assim, do que um *tempo determinado*. Desta feita, o direito utiliza-se da abstração *tempo* para regular o que se passa

¹ Dicionário Contemporâneo da Língua Portuguesa Caldas Aulete. v. II. 5. ed. brasileira. Rio de Janeiro: Delta, 1987, p. 1868.

a denominar *prazos legais*, cuja inobservância pode conduzir à perda da faculdade de se praticar um ato no processo, acarretando o fenômeno da preclusão.

No que toca ao processo, é de igual relevo a máxima carneluttiana de que *o tempo é inimigo do processo*.

Na verdade, o tempo é de grande valia para o processo pois, sem sua limitação, o processo seria algo infinito – como o próprio tempo –, não proporcionando nenhuma solução definitiva ao litígio que lhe deu origem. Assim, é crucial que o processo seja temporalmente finito, sob pena de resultar em um instituto destituído de qualquer utilidade.

Não obstante, é forçoso reconhecer que o processo, como instituto dinâmico, desenvolve suas fases e seus respectivos atos ao longo do tempo, não se perfazendo de modo instantâneo. Todavia, à medida que a dinâmica processual vai se estendendo demasiadamente, protraindo-se por longo período, o tempo se mostra a revelar a falibilidade do processo como instrumento de pacificação dos conflitos e efetividade da Constituição.

Chega-se então ao fenômeno da morosidade da Justiça. Trata-se de óbice das mais diversas causas, conhecida de todos os estudiosos do processo e dos militantes dos meios forenses desde longa data. Contudo, a seriedade com que o tema passou a ser encarado em momentos mais recentes não possui precedentes no Brasil. Seja pelo seu agravamento ou pelo despertar do legislador constituinte quanto à sua importância, o fato é que se está diante de um tema moderno, cuja bibliografia específica ainda é escassa, especialmente tratando da matéria sob perspectiva eminentemente constitucional, fator que aguça ainda mais o desejo de se debruçar sobre as circunstâncias que permeiam o seu debate. Afinal, cumpre ao direito constitucional o estudo da eficácia dos direitos fundamentais, inclusive quando reconhecidos pelo Poder Judiciário.

Assim, empreendendo um enfoque predominantemente constitucional, buscou-se analisar o princípio da celeridade processual como fator de efetivação dos direitos, empreendendo uma investigação científica predominantemente doutrinária; nacional e estrangeira, sobre os princípios correlatos, antes de se analisar, mais detidamente, o princípio objeto desta dissertação.

O objetivo da pesquisa realizada consiste em aquilatar o desenvolvimento do princípio constitucional da celeridade processual e da razoável duração do processo, situando este dentro de um sistema de garantias constitucionais de natureza processual, mormente o devido processo legal e o acesso à justiça, ponderando os reflexos de sua positivação na Constituição Federal e a contribuição para a efetividade desta.

Embora este direito tenha ingressado formalmente no texto magno com a Emenda Constitucional nº 45, de 08 de dezembro de 2004, publicada em 31 de dezembro do mesmo ano, como se verá, à luz de todo o ordenamento jurídico, é possível vislumbrar sua existência mesmo antes da aludida reforma constitucional, extraindo-se-o de outros princípios constitucionais e de diversos tratados internacionais.

O trabalho encontra-se estruturado em duas partes. Primeiramente, são estudados os princípios constitucionais dentre os quais a celeridade processual estaria radcada; além de se analisar alguns possíveis conflitos entre direitos fundamentais, tendo, de um lado, a celeridade processual, e, de outro, o contraditório e a ampla defesa, bem como a segurança jurídica. Na segunda parte, aborda-se os pormenores do princípio da celeridade processual propriamente dito: sua previsão contextualizada com a Emenda Constitucional n. 45/2004, a origem do instituto nas Constituições brasileiras bem como no direito comparado e internacional, suas diversas interpretações, destinatários e beneficiários, aplicabilidade, formas de se controlar em juízo a morosidade do processo e, finalmente, a defesa da celeridade processual como fator de efetividade da Constituição. Por derradeiro, são apresentadas algumas considerações finais em vista de todo o exposto.

Em síntese, este trabalho constitui um ponto de partida para fomentar o debate sobre esta excitante e instigante temática, quiçá contribuindo para o aprimoramento da prestação jurisdicional como forma de assegurar a efetividade da Constituição Federal, que deve nortear todo o ordenamento jurídico.

1. DEVIDO PROCESSO LEGAL E OUTROS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS

1.1 *Common law* e o devido processo legal

O direito surgiu eminentemente como expressão do poder divino, não sendo obra dos homens, mas dos deuses. Tanto que aqueles incumbidos de aplicá-lo, os monarcas e, num segundo momento, os magistrados, exerciam tal função norteados por princípios religiosos, em grande parte concomitantemente ao exercício do sacerdócio. Esta origem sagrada do direito fazia do descumprimento da lei um sacrilégio, uma desobediência aos deuses. Deste modo, as leis eram tidas como imutáveis, não podendo ser revogadas, embora se admitisse a edição de novas leis, ainda que em contradição às anteriores. Ademais, por muitas gerações, as leis não foram escritas, transmitindo-se de geração a geração, como uma tradição sagrada, com a crença e a fórmula de uma oração. Quando as leis passaram a ser escritas, foram armazenadas nos livros sagrados, incorporando-se às cerimônias religiosas, junto aos rituais e orações.² Verifica-se no direito antigo, portanto, a remota origem do direito não escrito e consuetudinário, que persiste até os dias de hoje.

Assim, o intrínseco relacionamento entre o direito e a moral também deita suas raízes no direito advindo da religião. A moral não deixa de ter por desígnio a busca da justiça. Daí a explicação para a distinção de Hobbes entre lei natural, de origem divina, e a lei civil, editada pelo Estado e imposta aos súditos, que seria “constituída por aquelas regras que o Estado lhe impõe, oralmente ou por escrito, ou por outro sinal suficiente de sua vontade, para usar como critério de distinção entre o bem e o mal, isto é, do que é contrário à regra”³. O próprio Estado (*civitas*) é, na lição de Kant, a união de pessoas submetidas às leis de direito.⁴

Kelsen equipara a norma de justiça à norma moral, sendo a primeira, espécie da segunda, o que acaba também a levar o conceito de justiça a se enquadrar no conceito da moral, embora nem toda norma moral seja uma norma de justiça ou constitua este valor.

² FUSTEL DE COULANGES, Numa Denis. *A Cidade Antiga*. Tradução: Fernando de Aguiar. São Paulo: Martins Fontes, 1981, p. 189-201.

³ HOBBS, Thomas. *Leviatã*. Tradução: Heloisa da Graça Burati. São Paulo: Rideel, 2005, p. 156.

⁴; KANT, Immanuel. *Introdução ao Estudo do Direito: doutrina do direito*. Tradução: Edson Bini. Bauru: EDIPRO, 2007, p. 125.

Esta última se distingue por prescrever um determinado *tratamento* de alguém por outrem, ou por parte do legislador ou do juiz.⁵

Guardadas as similitudes entre ambas, é preciso distinguir a lei da moral. Segundo Burdeau, enquanto uma obrigação, do ponto de vista da moral, enseja a coerção por implicar no senso de justiça, juridicamente deve ser obedecida porque o objetivo social exige determinado comportamento ditado pela regra justa. “O que distingue a obrigação jurídica é que ela não decorre diretamente do princípio expresso pela regra, mas do fato de o bem coletivo ou a ordem concebida como desejável supor o respeito da regra”.⁶

Estabelecidas tais premissas, cumpre analisar o desenvolvimento das regras de direito que ocorreu de forma distinta na Europa continental em relação à ilha britânica.

O direito anglo-saxão, praticado em especial na Inglaterra e nos Estados Unidos, países responsáveis pela consagração do devido processo legal, tanto em sua vertente procedimental como substantiva, contrapõe-se ao sistema jurídico romano-germânico, baseado em normas positivadas em leis escritas, formalmente aprovadas pelo órgão legislativo, por vezes com a participação do Poder Executivo, seja na fase de iniciativa, seja na fase final de sanção ou veto.

A *common law* desenvolveu-se na Inglaterra do século XII, com o reinado de Henrique II, que “judicializou” os conflitos, impondo soluções para as controvérsias por meio de processos judiciais perante cortes por ele criadas. A fim de expandir tal jurisdição real, logo no início de seu funcionamento, esses tribunais, em especial o *King’s Bench*, funcionavam de forma itinerante, acompanhando o monarca em suas viagens. Com isto, os tribunais locais, mantidos pelos senhores *feudais*, tiveram seus poderes reduzidos.⁷

O direito inglês, cujo sistema fora transposto com algumas adaptações para os Estados Unidos da América, é baseado nos usos e costumes reconhecidos perante a Justiça,

⁵ Kelsen, Hans. *O problema da justiça*. Tradução: João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 4. Ainda do autor: “O que realmente significa dizer que uma ordem social é justa? Significa que essa ordem regula a conduta dos homens de modo satisfatório a todos, ou seja, que todos os homens encontram nela a sua felicidade. O anseio por justiça é o eterno anseio do homem pela felicidade. É a felicidade que o homem não pode encontrar como indivíduo isolado e que, portanto, procura em sociedade. A justiça é a felicidade social.” Idem, *Teoria geral do direito e do Estado*. Tradução: Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 9. Mais adiante, o autor procura distinguir os campos do direito, da moral e da religião: Ibid., p. 28-29. Ainda acerca da distinção: “No direito, o temor da sanção e o sentimento de se achar obrigado pelo que é válido operam conjuntamente como motivos integrantes da mesma ação; na moral e na convenção, ao contrário, os motivos correspondentes se integram cada um de acordo com sua maneira e independentemente um do outro.” ROSS, Alf. *Direito e Justiça*. 2. ed. Tradução: Edson Bini. Bauru: Edipro, 2007, p. 88.

⁶ BURDEAU, Georges. *O Estado*. Tradução: Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 42.

⁷ PAIXÃO, Cristiano; BIGLIAZZI, Renato. *História constitucional inglesa e norte-americana: do surgimento à estabilização da forma constitucional*. Brasília: Universidade de Brasília/Finatec, 2008, p. 29.

assumindo a forma de um direito jurisprudencial (*judge-made-law*). É dizer, os tribunais e juízes reais de Westminster, ratificando as decisões anteriores, consolidam determinados posicionamentos – os chamados precedentes judiciais. A *common law* sempre foi, inclusive, uma importante fonte da Constituição inglesa. Hoje, o direito inglês é composto também da *statute law*, cujo desenvolvimento se deu à margem da *common law*, retomando significativa importância no século XX.⁸

Os remédios denominados *writs* ganharam espaço como forma de ver reconhecido e observado, no caso concreto, um “costume imemorial” do reino, porém, sem exame estrito entre a concessão da ordem e a subsistência daquele. Com o tempo, especialmente após a Conquista Normanda, os *writs* tornaram-se autêntico meio de criação de direitos, nos casos de questões ainda não apreciadas pelas cortes imperiais, embora preservassem a argumentação relativa ao costume, unindo os dois alicerces da *common law*: os costumes e os precedentes judiciais. Isto era fundamental para o desenvolvimento do sistema, ante a escassez da legislação e mesmo da necessidade de se estabelecer atos normativos com delimitado campo de aplicação, inerente ao direito moderno. Assim, o ordenamento jurídico inglês dependia, inteiramente, da atividade judicial. A gradativa apreciação de novos *writs* se prestava ao julgamento de casos futuros, desenvolvendo o direito inglês no qual *remedies precede rights*.⁹

Isto, contudo, não afasta a existência de leis escritas. Deveras, estas existem, e em grande número, embora não sejam consideradas o tipo *normal* de regra de direito. Isto porque tal status somente vem a ser adquirido após a norma ter sido interpretada e aplicada pelos tribunais. Neste caso, o comando normativo acaba sendo de fato não a lei escrita, mas as próprias decisões judiciais que a aplicam. Antes de exarado o precedente, considera-se não haver direito ou norma sobre a questão (*There is no Law on the point*), malgrado a existência de uma lei formal. Por isso, correto dizer que a *common law* não separou direito posto e costume; visou, em verdade, incorporar estes ao direito comum.¹⁰

⁸ “In a system where judicial precedent applies, judicial decisions are binding and are used to develop the law on a case-by-case basis. The common law has always been an important source of the constitution.” (“Em um sistema no qual o precedente judicial se aplica, as decisões judiciais são obrigatórias e utilizadas para o desenvolvimento do direito baseado nos casos concretos. A *common law* sempre foi uma importante fonte da constituição” – tradução livre.) LEYLAND, Peter. *The Constitution of the United Kingdom – A Contextual Analysis*. Oxford: Hart Publishing, 2007, p. 21. No mesmo sentido: GILISSEN, John. *Introdução histórica ao direito*. 5. ed. Tradução: A. M. Hespanha. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2008, p. 208; e REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*. 17. ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 1990, p. 141-142.

⁹ PAIXÃO; BIGLIAZZI, 2008, p. 30.

¹⁰ DAVID, René. *Os grandes sistemas do direito contemporâneo*. Título original: *Les grands systèmes du droit contemporains*. Tradução Hermínio A. Carvalho. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 459; e PAIXÃO; BIGLIAZZI, 2008, p. 35.

A *common law* teve sua importância mitigada durante a dinastia Tudor, mormente nos reinados de Henrique VIII (1509-1547) e Elisabeth I (1558-1603), com o fortalecimento do rei como chefe de governo, passando-se a adotar outras formas de solução de conflitos. É o caso da jurisdição da *equity*, inspirada no direito canônico e romano, resgatada do século XIII, para permitir a salvaguarda de determinadas liberdades dos súditos pelo rei, em caso de decisões oriundas das cortes do *common law* – então considerado arcaico e obsoleto – cujo excesso de rigor implicasse num resultado injusto. Não obstante, fora utilizado pelos reis ingleses, no século XVI, de modo a favorecer o poder real com caráter de absolutismo. A título ilustrativo, a *Star Chamber* fora um dos principais tribunais de *equity*, caracterizando-se pela desconsideração das garantias processuais da *common law*, consolidadas ao longo dos séculos, no qual os julgamentos realizavam-se de modo mais expedito e com menor rigor no tocante ao exame das provas. Esta dualidade de estrutura perdurou até 1875, quando houve de certo modo uma fusão entre os sistemas com a adoção de uma reforma da organização judiciária inglesa, estabelecendo-se a obrigação do juiz decidir segundo os precedentes judiciais, o chamado princípio do *stare decisis*.¹¹

A *equity*, todavia, não ganhou papel de destaque em relação ao direito na Europa continental. Conforme afirma Ross, a legislação possuía papel de maior relevo na atualização do direito, além do fato de os juízes europeus serem dotados de maior liberdade interpretativa. Em verdade, não há qualquer oposição entre direito e equidade pois, para o autor, esta é parte daquele.¹²

É certo que o direito inglês caracteriza-se pela inexistência de codificações temáticas, tão comuns nos sistemas de tradição romano-germânica. Há apenas o esforço de sistematização do direito para algumas matérias especiais. Na análise de René David, “o direito inglês, que foi elaborado pelas Cortes Reais, apresenta-se aos ingleses como o conjunto das regras processuais e materiais que essas Cortes consolidaram e aplicaram tendo em vista a solução dos litígios.” A norma legal na Inglaterra (*legal rule*) foi sedimentada historicamente, através do processo, tendo alcance restrito, diferentemente da

¹¹ PAIXÃO; BIGLIAZZI, 2008, p. 54, 65-66. No mesmo sentido: GILISSEN, 2008, p. 208, 211-213. Sobre o *stare decisis*, o autor acrescenta: “O precedente judiciário não é no entanto uma verdadeira fonte de direito porque o juiz que proferiu a primeira decisão numa dada matéria teve de encontrar algures os elementos da sua solução, sobretudo no domínio das regras de fundo, chamadas *substantive law*. Segundo a concepção dominante na história jurídica da Inglaterra, cabe ao juiz «dizer o direito», declarar o que é direito; é a *declaratory theory of the common law*: o juiz não cria o direito, constata o que existe; é o seu oráculo vivo, julgando em consciência, segundo a razão.”

¹² ROSS, 2007, p. 329-330.

generalidade obtida pelas normas na França, oriundas da doutrina ou do legislador. Ademais, foram as regras processuais formalistas, adotadas pelas Cortes Reais, que deram origem às categorias e conceitos do direito inglês, motivo pelo qual não há lugar, em solo britânico, para a clássica separação entre direito público e privado.¹³

Da mesma forma, os códigos nos Estados Unidos não apresentam plena correspondência com os códigos dos países de tradição romano-germânica, inclusive no tocante à sua interpretação. Num país de tradição jurisprudencial da *common law*, as codificações não seriam nada além de meras obras de consolidação, e não “um ponto de partida para a elaboração e o desenvolvimento de um novo direito.” Busca-se, assim, a mera reprodução de regra anteriormente formulada pela jurisprudência. Em outras palavras, toda lei demanda interpretação das cortes para adquirir plena aplicabilidade, sendo rara uma decisão que aplica determinada lei sem antes invocar precedentes judiciais.¹⁴

Deste modo, não é de causar estranheza a vida política do povo britânico ser comandada por práticas ou “convenções”, em substituição à regra escrita. Aquelas determinam o que pode ou não pode ser feito, em determinando momento, sujeito a mudanças decorrentes de novas circunstâncias do meio.¹⁵

Desta realidade, nem mesmo a Constituição escapa. As instituições políticas inglesas desconhecem a existência de um texto legal escrito e consolidado, hierarquicamente superior às demais regras, uma lei fundamental do Estado, que estrutura e delimita os poderes deste, bem como assegura a observância de um rol de direitos fundamentais.¹⁶

Na doutrina dos Estados Unidos, Henry Campbell Black conceitua a Constituição como uma lei orgânica e fundamental da nação ou estado (considerando o federalismo altamente descentralizado), seja escrita ou não escrita, estabelecendo a forma e sistema de governo, os princípios básicos pelos quais se rege internamente o país, organizando o

¹³ DAVID, René. *O direito inglês*. Título original: *Le droit anglais*. Tradução Eduardo Brandão. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 03.

¹⁴ Idem, 2002, p. 506.

¹⁵ DAVID, op. cit., p. 75.

¹⁶ “Many constitutions contain a list of basic rights of the citizen. These vary from state to state reflecting the political culture of the ruling group in question. In the family of liberal democratic states to which UK belongs they are primarily ‘negative’ rights in the sense of rights not to be interfered with by the state.” (“Muitas constituições contêm uma lista de direitos básicos do cidadão. Elas variam de país para país, refletindo a cultura política do grupo dominante em questão. Na família das democracias liberais, dentre as quais está o Reino Unido, elas são principalmente constituídas de direitos negativos, no sentido de direitos que não sofrem interferência do Estado.” – tradução livre) ALDER, John. *Constitutional and administrative law*. 7th ed. London: Palgrave Macmillan, 2009, p. 06.

governo e regulando, distribuindo e limitando as funções dos diferentes órgãos, bem como prescrevendo a extensão e o modo de exercício dos poderes soberanos.¹⁷

Por isso, é vista com naturalidade a afirmação de Horst Dippel no sentido de que as liberdades inglesas não decorrem da Constituição, mas sim do caráter britânico e das enraizadas tradições e cultura política do país, ou seja, a parte não escrita da Constituição, suas outras fontes convencionais. Foram estas fontes que lograram impedir o arbítrio no governo constitucional. Não obstante, tal fórmula não é facilmente compreendida e assimilada, especialmente em momentos de crise, o que dificulta sobremaneira a transposição, com sucesso, deste modelo constitucional para países dotados de diferentes tradições e culturas políticas.¹⁸

Aliás, a positivação do direito, especialmente nas últimas décadas, com o advento da União Europeia, é vista como uma árdua tarefa para os ingleses, que demanda uma mudança das prioridades políticas do governo, de forma substancial e duradoura, no intuito de estabelecer uma constituição escrita. Em verdade, o conceito de constituição, em sua compreensão atual, era desconhecido na Inglaterra durante os reinados de Tudor e Stuart, sendo relativamente recente.¹⁹

No Reino Unido, os princípios e regras, quando escritos, são encontrados nos mesmos documentos como fontes de qualquer lei, a saber: Atos do Parlamento (estatutos), normalmente tratando de temas específicos (como as reformas do sistema de Justiça), e os casos decididos pelas cortes que estabelecem precedentes em determinados assuntos, em geral relativos a direitos individuais. Regras destas duas fontes são automaticamente coercitivas como lei e podem ser mudadas do mesmo modo que qualquer outra lei.²⁰

¹⁷ BLACK, Henry Campbell. *Black's Law Dictionary*. St. Paul: West Publishing, 1991, p. 214-215.

¹⁸ DIPPEL, Horst. *História do Constitucionalismo moderno: Novas Perspectivas*. Tradução: António Manuel Hespanha e Cristina Nogueira da Silva. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2007, p. 140.

¹⁹ "A change in the political priorities of government might occur, but the change would need to be substantial and enduring for the massive task of introducing a written constitution to be undertaken and successfully completed." ALLISON, J. W. F. *The English Historical Constitution*. Cambridge: Cambridge University Press, 2007, p. 03. No mesmo sentido: YOSHIKAWA, Eduardo Henrique de Oliveira. *Origem e evolução do devido processo legal substantivo: o controle da razoabilidade das leis do Século XVII ao XXI*. São Paulo: Letras Jurídicas, 2007, p. 65.

²⁰ "Some constitutions such as that of the US are relatively short and expressed in general terms. Others, like that of Portugal, run to hundreds of detailed pages. The UK has no written constitution in this sense. Its principles and rules, if written at all are to be found in the same documents as the sources of any law, namely Acts of Parliament (statutes) usually dealing with particular issues (such as reforms to the court system) and cases decided by the courts which establish precedents on particular issues often relating to individual rights. Rules from these two sources are automatically binding as law and can be changed in the same way as any other law." ("Algumas constituições como a dos Estados Unidos são relativamente curtas e expressas em termos gerais. Outras, como a de Portugal, possui centenas de páginas detalhadas. O Reino Unido não possui constituição escrita neste sentido. Seus princípios e regras, se escritos de algum modo são encontrados nos mesmos documentos que as fontes de qualquer direito, denominados Atos do Parlamento (estatutos)

Há, em verdade, regras e ritos procedimentais que asseguram os direitos e liberdades dos indivíduos, que formam o que se entende por Constituição da Inglaterra²¹. Lá, entre outras concepções desenvolvidas, a *constituição histórica* seria uma diversidade de formas de governo (normas jurídicas e políticas, princípios e práticas relacionadas ao governo) estabelecidas com relevância constitucional pela comunidade política em vista de sua formação histórica.²² Curiosamente, mesmo sem existir uma constituição escrita, há em andamento um movimento de reforma constitucional na Inglaterra, desde 1997²³.

BOGDANOR ilustra esta situação peculiar da ilha britânica:

A verdadeira diferença entre Inglaterra e quase todas as outras democracias é que na Inglaterra as diversas leis constitucionais não estão condensadas em um único documento. Elas não estão codificadas, mas dispersas. A Inglaterra é distinta, juntamente com a Nova Zelândia e Israel, por ter uma constituição mais não codificada do que codificada. Muitos diriam que este sistema é hoje anacrônico, que é tempo do Reino Unido entrar na linha e produzir uma constituição escrita. Os Liberais Democratas há tempos sustentam esta opinião; Gordon Brown, tanto como Chanceler do Tesouro, como na condição de Primeiro Ministro, tem defendido um debate sobre se a Grã-Bretanha deveria adotar uma constituição escrita. A produção desta, porém, não é uma tarefa simples... (tradução livre)²⁴

Ilustrando as dificuldades de compreensão do direito inglês não escrito e os institutos jurídicos, a doutrina afirma que o *habeas corpus* não tem valor em si, pois, além de sua regulamentação, a opinião pública igualmente assume o papel de garantir as liberdades do

normalmente tratando de alguma questão particular (como as reformas do sistema de Justiça) e casos decididos pelas cortes que estabelecem precedentes em questões particulares, por vezes relativas a direitos individuais. Regras destas duas fontes são automaticamente vinculantes como direito, podendo ser modificadas pelo mesmo modo que qualquer outra regra.” – tradução livre.) ALDER, 2009, p. 06-07.

²¹ DAVID, 2006, p. 76.

²² “The historical constitution is, according to this conception, the varying and variable forms of government – the legal and political rules, principles, and practices relating to government – that are established through being given constitutional significance by a political community in view of their historical formation – the modes by which they were attained and the normative historical accounts of their attainment. Its general appeal or legitimacy may be compared with that of a codified or written constitution.” ALLISON, 2007, p. 03.

²³ “We have, then, since 1997, been engaged in a process, by no means yet complete, of constitutional reform. But how, it may be asked, can we reform our constitution when, notoriously, we have no constitution? For the first feature that strikes even the most casual observer of British government is that Britain has no constitution. What can ‘constitutional reform’ mean in a country without a constitution?” BOGDANOR, Vernon. *The New British Constitution*. Oxford: Hart Publishing, 2009, p. 08.

²⁴ “The real difference between Britain and almost every other democracy is that in Britain the various constitutional rules have not been brought together in a single document. They are not codified, but scattered. Britain is distinctive, together with New Zealand and Israel, in that she has an uncoded rather than a codified constitution. Many would say that this arrangement is now anachronistic, and that it is time the British fell into line and produced a codified constitution. The Liberal Democrats have long held this view; and Gordon Brown, both as of the Exchequer and as Prime Minister, has called for a debate on whether Britain should have a codified constitution. To produce a codified constitution, however, is no simple task...” Ibid., p. 09.

cidadão, refutando condutas arbitrárias. Hodiernamente, é possível até mesmo sustentar-se a dispensabilidade de tal remédio, num fenômeno de “superação do direito pelos costumes”, ao menos neste papel de coibidor das arbitrariedades das autoridades públicas. Sua utilidade remanesceria às sanções dos abusos da autoridade familiar ou no contexto de processos de extradição.²⁵

É possível destacar, desde já, o papel de relevo desempenhado pela Corte Real, dentro de um sistema monárquico. Ela é responsável pela elaboração do direito, ainda que no decorrer dos tempos sua influência política tenha sido sensivelmente reduzida frente ao Parlamento. De toda forma, a Coroa ainda usufrui de condição privilegiada frente aos seus súditos em variada gama de questões, como a imprescritibilidade da obrigação de exibição de documentos em juízo e o não cabimento de qualquer ordem judiciária, execução forçada ou mandado de segurança em face dela. Assim, a obtenção de um título judicial em face da Coroa importa na expedição de uma certidão, enviada ao ministério, para cumprimento voluntário, não havendo instrumento idôneo a ordenar a execução da sentença²⁶. Não obstante, a Realeza britânica não é vista como símbolo de desigualdade e atentatória à democracia, mas sim como legítima instituição representativa da nação.

Algumas palavras devem ser ditas a respeito da Justiça inglesa, no intuito de revelar distinções para com o sistema brasileiro, especialmente no tocante à morosidade das instituições.

De início, cumpre dizer que a Justiça britânica é extremamente cara. Se, por um lado, isto tende a cercear o acesso à justiça e a busca das instituições oficiais para ver determinado direito em litígio reconhecido por uma autoridade competente, por outro, tende a inibir demandas de quem busca enriquecer-se ilicitamente por intermédio do Poder Judiciário.

Esta constatação é corroborada por René David, ao assentar que, a despeito do custo excessivo, a justiça inglesa é ágil, sendo raríssimas críticas relativas à duração do processo e à demora da justiça em matéria cível.²⁷

Na seara criminal, à semelhança da organização jurídica narrada por Aristóteles em *A Política*, e o direito brasileiro (art. 98, inciso I, CRFB e Leis n. 9.099, de 26 de setembro de 1995 e 10.259, de 12 de julho de 2001), o direito inglês conhece a distinção entre

²⁵ DAVID, 2006, p. 82.

²⁶ Ibid., p. 90.

²⁷ Esta verificação acaba por afetar, outrossim, o direito de defesa. Ainda segundo o autor: “Grande número de processos termina pela revelia do réu. Este, não tendo bons meios de defesa, assusta-se com um processo que, tradicionalmente na Inglaterra, é caríssimo.”. Ibid., p. 39-40.

infrações de maior e menor gravidade. A princípio, as primeiras são julgadas pela *Crown Court* e as segundas pelas *Magistrate`s Courts*, de poderes mais limitados; porém, tal competência não é marcada pela rigidez. Assim, é frequente que um acusado de infração de maior monta possa optar pela jurisdição das *Magistrate`s Courts*. Tal escolha tem o ônus de acarretar uma quase certa condenação. Em contrapartida, há a vantagem de se ter um veredito célere e não estar sujeito a penas mais graves, de competência restrita da *Crown Court*.²⁸

Raciocínio semelhante diz respeito à jurisdição das Cortes superiores, facultando-se ao interessado em submeter-lhe diretamente determinado litígio, para aplicação mais estrita do direito. Para tanto, é necessário arcar com os significativos custos do processo, além de se demonstrar a denotada importância da causa para que a Corte se digne a apreciá-la.²⁹

Igualmente presente no direito inglês está a repressão à má-fé processual, de forma muito mais enérgica do que ocorre no Brasil. Lá, as Cortes Superiores têm obtido respeito às suas decisões aplicando o instituto do *contempt of Court* (litigância de má-fé). Em caso de não cumprimento de uma decisão, por má-fé ou má vontade, o responsável é considerado culpado por contumácia, estando sujeito inclusive à prisão, o que “aumenta o prestígio das Cortes superiores e contribui, desta maneira, para consolidar fortemente na Inglaterra a ideia de que existe de fato um poder judiciário”.³⁰

Outro ponto de relevante distinção concerne à ausência de um órgão para promoção das ações penais e incumbido de ser o fiscal da lei, como é o Ministério Público na Europa continental. Para os ingleses, tal instituição compromete o bom funcionamento da justiça. Isto porque, ao erigir o seu membro ao mesmo nível do magistrado, coloca as partes em situação de desigualdade, maculando a imparcialidade da Justiça. Assim, à semelhança do processo civil, o processo penal constitui um litígio entre particulares, não envolvendo o poder público, estando ambas as partes abaixo do juiz, num mesmo plano, pouco importando que o acusador seja um policial, por exemplo.³¹

²⁸ “Existem juízes para os casos mínimos, tais como os de um até cinco dracmas, ou pouco mais, pois, se é preciso julgar estas queixas, elas não merecem, porém, ser levadas diante dos grandes tribunais”. ARISTÓTELES. *A política*. Tradução: Roberto Leal Ferreira. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 142. Também a respeito: DAVID, 2006, p. 30. O autor complementa a informação com dados estatísticos: “Em 1973, 365 505 *indictable offences* foram julgadas pelas Magistrates’ Courts (ou seja, 87% do total, enquanto a Crown Court julgou apenas 54408), com grande economia de tempo e de recursos humanos para a justiça inglesa.”

²⁹ DAVID, 2006, p. 68.

³⁰ *Ibid.*, p. 19.

³¹ “O processo penal se desenrola como um processo civil; é um processo entre particulares; não é uma luta desigual entre um acusador público, vestindo uma toga de magistrado, sentando-se no mesmo estrado do juiz,

É este, pois, em linhas gerais, o direito inglês que concebeu a garantia fundamental do devido processo legal, cujo surgimento está umbilicalmente ligado à *Magna Carta Libertatum seu Concordiam inter regem Johannem et Barones pro concessione libertatum ecclesiae et regni Angliae* (Carta Magna das Liberdades ou Concórdia entre o rei João e os Barões para a outorga das liberdades da igreja e do reino inglês)³². É certo, assim, que a evolução do direito inglês confunde-se com a evolução do devido processo legal.

O século XI trouxe à Europa uma notável tendência de centralização do poder, afetando igualmente a sociedade civil e eclesiástica. Em contrapartida, na vigência da monarquia medieval inglesa, a Coroa vivia uma situação econômica desfavorável. Após os reinados de Henry I (1100-1135) e Henry II (1154-1189), John Lackland (1199-1216) assumiu o trono sucedendo seu irmão *Richard the Lionheart* (1189-1199). Com isto, a supremacia do rei sobre os barões feudais, reforçada ao longo do século XII, restou enfraquecida com o novo monarca, que ainda se viu envolvido em uma disputa pelo trono e sucumbiu ao ataque das tropas do rei Filipe Augusto, da França contra o ducado da Normandia.

Visando a sanar a crise financeira e financiar as campanhas bélicas, o rei elevou os tributos, que incidiam especialmente sobre os barões, além de trazer outras imposições tirânicas que lhes causaram revolta, inclusive dando ensejo a um complô para assassinar o rei durante uma expedição ao País de Gales em 1212. As exações fiscais fizeram a nobreza passar a exigir, de tempos em tempos, a fim de adimplir seus impostos, o reconhecimento formal de seus direitos. Houve então um confronto em Runnymede Meadow. Eis parte da descrição do episódio:

Em 1215 o rei convocou um grande Conselho dos barões para um encontro em Northampton, depois da páscoa. Os barões chegaram com uma lista de reivindicações inegociáveis, acompanhados de homens armados; o rei nunca chegou a comparecer. Em 05 de maio os rebeldes formalmente renunciaram a lealdade ao rei John e nomearam Robert Fitz Walter (um membro que havia anteriormente feito parte do complô para matar John) como seu líder. John mantinha um espírito conciliador, colhendo votos, como em uma cruzada em

tendo relações de amizade com este, e um pobre coitado sobre o qual pesam, desde a origem do processo, as suspeitas.” DAVID, 2006, p. 34 e 50.

³² Foi redigida em latim bárbaro, com a palavra Carta, oriunda da língua grega, grafada com *ch*, mas adotada, durante toda a Idade Média, sem a letra *h*, conforme anota COMPARATO, Fábio Konder. *A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos*. VII ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 83. Por outro lado, afirmando que “as origens do *devido processo legal* advêm de épocas remotas, do princípio sagrado de *Justiça* inspirador do direito hebreu e do princípio de *Justiça* dos romanos, consistente em um conceito de *Justiça* universal, que inspirou o direito romano”: MOURA, Elizabeth Maria de. *O devido processo legal na Constituição Brasileira de 1988 e o Estado Democrático de Direito*. São Paulo: Celso Bastos Editor, 2000, p. 137. Ainda para o surgimento do devido processo legal na Inglaterra: VIEIRA, Oscar Vilhena. *Direitos Fundamentais: uma leitura da jurisprudência do STF*. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 473-476.

Março em que ele havia colocado tanto sua pessoa como seus bens sob a proteção da Igreja, esperando manter o apoio do Papa. Deste modo, o rei continuou a fazer propostas para resolução, mas em meados de maio os rebeldes tomaram a cidade de Londres. Em julho, o Papa ofereceu seu apoio excomungando todos os ‘perturbadores do rei’ e seus aliados. Finalmente, o conflito alcançou Runnymede Meadow – um lugar escolhido como ponto intermediário entre o Castelo de Windsor e o acampamento dos rebeldes em Staines – e sob o comando do Arcebispo Langton, foi dado início às negociações para um acordo. Os chamados ‘Artigos dos Barões’ serviram de pauta de discussão e, em 15 de junho de 1215, uma declaração de direitos, em forma de concessão do rei a ‘todos os homens livres do nosso reino, para nós mesmos e nossos herdeiros para sempre’, foi acordada. (tradução livre)³³

Deste modo, sem outra saída, o rei aceitou os termos de uma declaração de direitos imposta pelos barões, jurando respeitar seu conteúdo, que se tornou conhecida como *Magna Carta de Libertatibus*, ou *Great Charter*. Tratava-se de um documento redigido em latim, contendo uma série de direitos, franquias e imunidades, incluindo, dentre diversas salvaguardas de liberdades, na cláusula 13, o direito de ser julgado perante a lei da terra (*per legem terrae, law of the land*). Deste modo, restou estabelecida a monarquia constitucional na Inglaterra, tendo longa duração e atravessando séculos. Ainda hoje, há, inclusive, três disposições em vigor: cláusulas n. 1 (liberdade e direitos da Igreja inglesa), 13 (costumes britânicos) e a já mencionada cláusula 13.³⁴

Além do interesse político dos barões em obter o reconhecimento de suas liberdades frente às cobranças de elevados tributos, também o Clero procurou assegurar determinados

³³ “In 1215 the King summoned a great council of barons to meet in Northampton after Easter. The barons arrived with a list of non-negotiable demands and were accompanied by armed men; the King failed to arrive at all. On 5 May the rebels formally renounced their fealty to John and named Robert Fitz Walter (a member of the earlier plot to kill John) as their leader. John was in a conciliatory mood as, by taking vows as a crusader in March, he had placed both his person and property under the protection of the Church and wished to retain the support of the Pope. The King thus continued to make proposals for settlement, but by mid-May the rebels had the city of London on their side. In July, the Pope offered his support by excommunicating all ‘disturbers of the King’ and their supporters. Finally, the conflict reached Runnymede Meadow – a place chosen as an intermediary point between Windsor Castle and the rebels’ camp at Staines – and under Archbishop Langton negotiations for a settlement commenced. The so-called ‘Articles of the Barons’ served as a discussion paper, and on 15 June 1215 a Charter, in the form of the King’s grant of concessions to ‘all the free men of our kingdom, for ourselves and our heirs for ever’, was agreed.” WICKS, Elisabeth. *The Evolution of a Constitution. Eight Key Moments in British Constitutional History*. Oxford: Hart Publishing, 2006, p. 04.

³⁴ SILVEIRA, Paulo Fernando. *Devido Processo Legal*. 3. ed. rev. e atual. Belo Horizonte: Del Rey, 2001, p. 235; CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. *O devido processo legal e os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 5-7; COMPARATO, 2010, p. 85; FERREIRA, Marco Aurélio Gonçalves. *O Devido Processo Legal: Um Estudo Comparado*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 14-15; PEREIRA, 2008, p. 39; PAIXÃO; BIGLIAZZI, 2008, p. 38; CASTILHO, Ricardo. *Direitos Humanos: Processo histórico – Evolução no mundo, Direitos Fundamentais: constitucionalismo contemporâneo*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 30. Para um completo panorama da Constituição e do governo inglês, do século IX até a primeira metade do século XX: JACQUES, Paulino. *Curso de Direito Constitucional*. Rio de Janeiro: Forense, 1956, 46-58, que conclui: “A Constituição inglesa, peculiar ao povo britânico, ensinou aos povos da Europa e da América que, ao lado de leis escritas institucionais, podem atuar os costumes e os precedentes políticos, integrando a estruturação do Estado com a mesma eficiência que os códigos fundamentais.”

direitos em face do monarca. Nesse sentido, a primeira cláusula referia-se, justamente, à liberdade eclesiástica. Ademais, o documento fora apresentado ao rei justamente pelas mãos do cardeal Stephen Langton, que teve sua nomeação como primaz da Inglaterra denegada pelo rei João que, por isso, chegou a ser excomungado e resultou, em represália, no fechamento de todas as igrejas do país, causando descontentamento geral. Assim, diversas foram as pressões para o reconhecimento dos direitos constantes da Carta. Imediatamente após a assinatura do documento, o Rei João tentou reverter o ato, recorrendo ao Papa Inocêncio III, que chegou a declarar a nulidade do documento, decorrente de sua obtenção mediante coação e pela ausência do consentimento pontifício. Não obstante, tal reconhecimento não impediu a ratificação do conteúdo da Carta nos diversos reinados que se seguiram. Foi reafirmada solenemente em 1216, 1217 e 1225, a partir de quando se tornou direito permanente.³⁵

Embora de reconhecido valor histórico, constituindo um dos principais antecedentes das futuras Constituições, na época, a Carta Magna trouxe benefícios na ordem feudal para poucos³⁶, mas progressiva e lentamente foram estendidos a todos, tendo sido confirmada, com algumas poucas alterações, por sete sucessores do rei João Sem-terra. Por isso, é correta a afirmação de que, no lugar de uma promessa unilateral de um rei, a Magna Carta é, em verdade, uma “convenção passada entre o monarca e os barões feudais, pela qual se lhes reconheciam certos foros, isto é, privilégios especiais.” Seu grande mérito foi o de ter lançado os alicerces da democracia moderna, por meio da limitação do poder dos governantes, além de normas superiores com fundamento no costume ou na religião, pelo reconhecimento de direitos subjetivos dos governados.³⁷

Por outro lado, não se pode ignorar o entendimento no sentido de que, justamente por se tratar de uma carta de compromisso, um pacto entre o monarca e os barões, com direitos e deveres recíprocos, inclusive a possibilidade de quebra da avença em caso de violação das obrigações assumidas (cláusula 61), a Magna Carta não é, propriamente, um documento precursor das constituições modernas. Em contrapartida, deve lhe ser atribuído

³⁵ COMPARATO, 2010, p. 86 e 91. O autor afirma que, quando de sua edição, a Magna Carta foi um “malogro completo”, ao provocar a guerra no afã de assegurar a paz e provocar o dissenso social no intuito de consolidar em lei o direito costumeiro. Além disso, no curto período predeterminado de vigência de três meses, muitas disposições sequer foram executadas. Ver também: FERREIRA, M. A. G., 2004, p. 14; e YOSHIKAWA, 2007, p. 73-74.

³⁶ “We should not forget that the overwhelming majority of the population at this time were not ‘free men’ and so did not enjoy the benefit of this provision”. (“Não devemos nos esquecer de que a esmagadora maioria da população nesta época não era de ‘homens livres’ e assim, não usufruíam dos benefícios desta provisão.” – tradução livre) WICKS, 2006, p. 06.

³⁷ COMPARATO, 2010, p. 83 e 91-92.

o caráter inovador ao estabelecer limites ao poder real, especialmente no tocante à instituição e majoração de impostos e a competência para julgamento pelas cortes reais. Ademais, as liberdades individuais asseguradas em face do Estado – o que, segundo Bobbio, subverteria a concepção política tradicional³⁸ –, como são conhecidas hodiernamente, não foram consagradas na Carta, sendo uma solução de compromissos que buscou o equilíbrio entre os dois *estados* vigentes: a Coroa e os barões ou senhores feudais. Assim, não havendo qualquer ruptura com o regime político vigente, longe está a Magna Carta de possuir caráter “revolucionário”, ainda que, no curso da história, represente “um símbolo importante de várias lutas constitucionais”. Seu intento de solucionar a crise política que assolava o império foi frustrado num primeiro momento, motivo pela qual teve curta duração, embora tenha ganhado notoriedade e importância com as sucessivas reedições.³⁹

Por tais razões, é correto dizer que “a Magna Carta, gradualmente, passou a ser reverenciada como fonte de um vasto conglomerado de direitos e liberdades antigas, os quais foram considerados o nascimento do direito do povo inglês.” Esta extensão dos efeitos ocorreu, ainda na Idade Média, no reinado de Edward III, por ato do Parlamento denominado *Statute of Westminster of the Liberties of London* que introduziu a expressão *due process of law* nos seguintes termos: “Nenhum homem, de qualquer Estado ou condição que seja, deve ser expulso da terra ou moradia, tomado, encarcerado ou condenado à morte, sem ser levado a responder de acordo com o devido processo legal” (tradução livre)⁴⁰.

³⁸ “Afirmar que o homem possui direitos preexistentes à instituição do Estado, ou seja, de um poder ao qual é atribuída a tarefa de tomar decisões coletivas, que, uma vez tomadas, devem ser obedecidas por todos aqueles que constituem aquela coletividade, significa virar de cabeça para baixo a concepção tradicional da política a partir de pelo menos dois pontos de vista diferentes: em primeiro lugar, contrapondo o homem, os homens, os indivíduos considerados singularmente, à sociedade, à cidade, em especial àquela cidade plenamente organizada que é a *res publica* ou o Estado, em uma palavra, à totalidade que por uma antiga tradição foi considerada superior às suas partes; em segundo lugar, considerando o direito, e não o dever, como antecedente na relação moral e na relação jurídica, ao contrário do que havia acontecido em uma antiga tradição através de obras clássicas, que vão de *Dos Deveres* de Cícero a *Deveres do Homem* de Mazzini, passando por *De officio hominis et civis* de Pufendorf.” BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*. Tradução: Carlos Nelson Coutinho. Nova ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004, p. 225.

³⁹ PAIXÃO; BIGLIAZZI, 2008, p. 38-39. Mais adiante, os autores ressaltam que, para Coke, a Carta Magna limitou-se a reconhecer liberdades já existentes à época de sua edição, oriundas dos povos germânicos que chegaram ao solo britânico nos séculos VI e VII. *Ibid.*, p. 68-69.

⁴⁰ “No man, of what Estate or Condition that he be, shall be put out of Land or Tenement, nor taker, nor imprisoned, nor put to Death, without being brought in answer by due Process of Law”. SILVEIRA, 2001, p. 16-17. Em outra passagem, o autor afirma que, apesar da mudança semântica, pode-se dizer que os termos *due process of law* e *law of the land* são equivalentes. *Ibid.*, p. 235; e FERREIRA, M. A. G., 2004, p. 14-15. A respeito da terminologia do *due process*: PEREIRA, 2008, p. 43-44, assentando que as colônias americanas, mesmo após três séculos da mudança do *law of the land* para *due process of law*, optaram por conservar a redação primitiva como fundamento de sua organização política.

Outra importante inovação da Carta Magna foi ter evidenciado, incontestadamente, a submissão de todas as pessoas, sem qualquer exceção e de forma absoluta, ao império da lei da terra ou ao julgamento por seus pares, desvinculando o monarca da lei e da jurisdição, conforme § 39, com as alterações da Carta de 1225:

Nenhum homem livre será detido ou sujeito a prisão, privado dos seus direitos ou de seus bens, declarado fora da lei, exilado ou reduzido em sua condição de qualquer outra forma, nem procederemos ou mandaremos proceder contra ele senão mediante um julgamento justo pelos seus pares ou pela lei da terra. (tradução livre)⁴¹

Consagrou-se, assim, pela primeira vez na história, o princípio do devido processo legal, como garantia inerente à liberdade individual em face da lei. Nota-se que a expressão *law of the land* foi substituída por *due process of law* como resultado de emenda de 1354 à Carta Magna, ganhando, com isso, maior extensão.

A título de esclarecimento, a “lei”, do “*due process of law*” somente é aquela tida como legítima, incorporada e aceita pelo povo, decorrente dos costumes e, ainda, declarada pelos juízes, reafirmando sua origem popular e democrática, além da independência do direito em relação ao poder político. Isto porque, em se tratando do sistema da *common law*, vigente no direito inglês, como já visto, o direito é resultado da análise factual dos casos concretos apreciados nas cortes, consubstanciando os precedentes judiciais. Assim, as matérias já apreciadas passam a seguir o mesmo entendimento adotado anteriormente, conforme a técnica do *stare decisis*, do latim: “*Stare decisis et non quieta movere*” (“Não se deve alterar o que já foi antes decidido”). Com isto, é a opinião da corte (e não propriamente uma norma geral e abstrata), que se torna a *law of the land*. Somente após este procedimento judicial é que o Parlamento, reputando necessário, irá elaborar uma lei escrita consolidando o precedente, que poderá ser ampliado ou restringido.⁴²

Foi deste modo que a Magna Carta transformou-se em símbolo de liberdade sob o império da lei, inicialmente para o povo inglês e depois ganhando o mundo, sendo

⁴¹ “No free man shall be seized or imprisoned, or stripped of his rights or possessions, or outlawed or exiled, or deprived of his standing in any other way, nor will we proceed with force against him, or send others to do so, except by the lawful judgment of his equals or by the law of the land.” COMPARATO, 2010, p. 94. O autor ainda adverte que “embora o texto tenha sido redigido sem divisões nem parágrafos, ele é comumente apresentado como composto de um preâmbulo e de sessenta e três cláusulas”. Ibid., p. 83. Denominando a regra de *princípio da justicialidade*: FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Estado de Direito e Constituição*. 4. ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 36-37. Em outra obra, o autor volta a abordar o tema, sustentando que tal princípio seria complementar à legalidade e à igualdade, garantia destes para subordinar o Estado e seus governantes ao Direito: Idem, *Princípios fundamentais do direito constitucional*. 2. ed. São Paulo: 2010, p. 215.

⁴² SILVEIRA, 2001, p. 19-20; e FERREIRA, M. A. G., 2004, p. 16.

reinterpretada ao longo dos séculos, tornando-se um instrumento legal venerável, dotado de força constitucional para o povo inglês, à semelhança de diversos atos ou documentos legislativos dotados de força constitucional.

Com o advento da Revolução Gloriosa, mormente nos anos de 1688 e 1689, ocorrera o mais importante “momento” constitucional britânico, no qual o Parlamento conquistou sua soberania, por meio do *Bill of Rights*, considerado por Afonso Arinos a “primeira manifestação legislativa da teoria jurídica dos direitos individuais”. Embora versasse quase que exclusivamente sobre matéria política, tratou de alguns importantes direitos individuais, como o direito de petição, liberdade religiosa, garantias de defesa no processo penal, sendo o seu conteúdo incorporado por todas as declarações vindouras das Constituições democráticas. Tratou de fixar um novo arranjo político, atendendo aos anseios de “*estabelecer, demarcar, limitar* de modo ativo – e mediante um texto escrito – os poderes da legislatura e do monarca”. Não houve, propriamente, uma ruptura com o regime, as instituições então vigentes e a *common law*, sempre motivo de orgulho para o povo inglês. A constituição passara a abranger documentos escritos, mas preservando sua parte não escrita e tradicional.⁴³

As conquistas da Revolução influenciaram as colônias britânicas na América do Norte. Iniciada em 1607, a colonização iniciou com 107 colonos enviados para fundar o povoado de Jamestown, que seria o futuro Estado da Virginia. Apesar das semelhanças, ainda no século XVII, ingleses e estadunidenses (então colonos da Inglaterra), concebiam a lei sob distintas perspectivas. Isto porque as colônias da América viam com bons olhos a lei escrita, ao contrário de seus colonizadores, que a consideravam um “perigo de arbítrio e uma ameaça para suas liberdades”⁴⁴. De fato, regras positivadas de cima para baixo, ou seja, por um órgão composto por pessoas de grande prestígio, especialmente proprietários de terra, não poderiam gozar da mesma consideração dos usos e costumes sedimentados ao longo dos tempos, com contornos, ao menos formalmente, mais democráticos. Desta sorte, nota-se que o direito nos Estados Unidos da América, embora oriundo de sua colonizadora, Inglaterra, desde cedo apresentou significativos traços diferenciadores, a começar pela elaboração de uma Constituição escrita.

⁴³ MELO FRANCO, Afonso Arinos de. *Curso de Direito Constitucional Brasileiro*. v. I. *Teoria Geral*. Rio de Janeiro: Forense, 1958, p. 178. No mesmo sentido: PAIXÃO; BIGLIAZZI, 2008, p. 87-89.

⁴⁴ CASTILHO, 2010, p. 51. No mesmo sentido: DAVID, 2002, p. 451.

As liberdades dos ingleses serviram de garantias às liberdades civis que conduziram à Revolução de 1776, que resultou na independência das treze colônias americanas, formando a primeira nação livre do continente, os Estados Unidos.

O estopim da revolução fora, justamente, a não aceitação, por parte dos colonos, do *Stamp Act*, ato do governo inglês a incidir universalmente sobre a colônia sem autorização desta, o mesmo motivo que ensejou a revolta dos barões e a assinatura da Carta de 1215, além da interferência em assuntos políticos da colônia. A metrópole buscava, novamente, por meio da cobrança indiscriminada de tributos, reequilibrar as finanças imperiais. Os colonos exigiam votação nas assembleias perante os governadores-gerais das colônias, sob pena de desrespeito ao § 12 da Carta inglesa, que vedava a cobrança de tributos sem o consentimento geral, sem representação, traduzida na fórmula mundialmente consagrada do “no taxation without representation”⁴⁵. Porém, as exações eram ditadas unilateralmente no Parlamento de Westminster, sem qualquer participação dos colonos, distante política e geograficamente, colocando em xeque as liberdades por eles usufruídas ao longo dos tempos, bem como a viabilidade das atividades mercantis e econômicas da colônia americana. A reação adversa impediu a implementação do *Stamp Act*, ensejando novas medidas para maior controle do comércio e administração das colônias.

Editaram-se, então, em 1767, os *Townshend Acts*, igualmente rechaçados na América do Norte, que foram pavimentando paulatinamente o movimento de independência. No início, parte da colônia ainda ostentava o orgulho da constituição mista inglesa e, com isso, o desejo de permanecer fiel ao império britânico; de outro lado, brotava a crítica à política inglesa, vista como corrupta e decadente.

O desejo de se libertar da Inglaterra ganhou mais força no início de 1776, com a publicação do panfleto *Senso Comum*, de Thomas Paine, conclamando o rompimento definitivo com a Inglaterra e a luta pela independência. Os delegados das colônias foram aderindo, nos meses seguintes, à ideia separatista, até a declaração de 04 de julho lida no Congresso, que elencava os ultrajes ingleses e proclamava a independência. A resistência britânica perdurou até outubro de 1781, com a rendição em Yorktown perante os colonos americanos unidos aos franceses.

As antigas colônias formaram então a Confederação dos Estados Americanos. Nos anos seguintes, a Confederação reestruturou-se em Federação, transferindo a soberania para um poder central e abolindo o direito de secessão dos entes integrantes. Então, em

⁴⁵ SILVEIRA, 2001, p. 21.

1787 veio a lume a Constituição dos Estados Unidos da América. Para Comparato, trata-se do “ato inaugural da democracia moderna, combinando, sob o regime constitucional, a representação popular com a limitação de poderes governamentais e o respeito aos direitos humanos”⁴⁶.

Com isso, era hora de se estabelecer diversas questões de primordial importância, como a escolha de um regime político e a estrutura federativa, num processo de arquitetura que somente viera a ser concluído entre 1787 e 1789, promulgando-se a Constituição dos Estados Unidos e obtendo-se a ratificação dos Estados, respectivamente.

Tal processo de concepção opunha dois grupos ideológicos, o primeiro, formado pelos federalistas, que defendiam a formação de um governo central forte, com atribuições exclusivas, ao lado dos governos dos Estados. De outro lado, estavam os antifederalistas, que defendiam a ampla autonomia dos governos estaduais, com fundamento na história política americana resultante da adoção de um federalismo formado por agregação ou do tipo centrípeta.

Sobre este segundo grupo ideológico, extrai-se a relevante lição da doutrina dos Estados Unidos:

Os opoentes à Constituição, referidos como ‘antifederalistas’, eram especialmente hostis à drástica expansão no poder do governo nacional. Uma sociedade descentralizada poderia alcançar o tipo de homogeneidade e dedicação ao bem público que preveniria o governo de degenerar em tirania do centro ou um choque de interesses privados. Um poderoso governo nacional seria inconsistente com o espírito de força cívica, criando heterogeneidade e distância da esfera de poder, o que minaria os processos deliberativos e a disposição dos cidadãos para subordinar seus interesses privados ao interesse público. Intimamente ligado a esta visão era o desejo dos antifederalistas de evitar disparidades extremas em saúde, educação e poder (tradução livre).⁴⁷

Prevaleceram as ideias federalistas no tocante à estrutura federativa, embora o embate entre os grupos políticos tivesse rendido discussões das mais diversas ordens.

⁴⁶ COMPARATO, 2010, p. 111. Também a esse respeito: TOCQUEVILLE, Alexis de. *A democracia na América: leis e costumes de certas leis e certos costumes políticos que foram naturalmente sugeridos aos americanos por seu estado social democrático*. 2. ed. Tradução: Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 127-129.

⁴⁷ “The Constitution’s opponents, referred to as ‘antifederalists’, were especially hostile to a dramatic expansion in the power of the national government. A decentralized society could achieve the sort of homogeneity and dedication to the public good that would prevent the government from degenerating into tyranny from the center or a mere clash of private interests. A powerful national government would be inconsistent with the spirit of civic virtue, creating heterogeneity and distance from the sphere of power, both of which would undermine deliberative processes and the citizens’ willingness to subordinate their private interests to the public good. Closely connected to this view was the ‘antifederalists’ desire to avoid extreme disparities in wealth, education, and power.” STONE, Geoffrey R. et al. *Constitutional Law*. 6th ed. New York: Aspen, 2009, p. 13.

Um dos pontos em que não houve consenso, já no final dos trabalhos de elaboração da Constituição na Convenção de Filadélfia, foi a proposta de inserção de uma declaração de direitos, oriunda de Elbridge Gerry e George Mason, contrários ao federalismo e à concentração de poderes, que relegava aos governos estaduais um papel secundário e destituído de maior importância. A ideia fora vista pelos federalistas, defensores de um governo nacional, como uma tentativa dissimulada de reduzir as atribuições deste. Assim, acabou sumariamente rejeitada por todos os Estados presentes na Convenção, mas repercutiu como ato de fragilidade do federalismo durante os debates para ratificação da Constituição pelos Estados-membros, considerando que os colonos americanos estavam há muito tempo familiarizados com a noção de direitos fundamentais e inalienáveis. O governo inglês e da colônia não tinham poder para cercear os cidadãos de certos direitos, ainda que não consubstanciados em um texto escrito. Não é de se estranhar, assim, que as declarações de direitos atuais contêm muitos direitos dos cidadãos característicos do período revolucionário da independência das Constituições dos Estados americanos. “Portanto, não surpreende que os debates em torno da constituição federal incluíram discussões da sabedoria e necessidade de incluir um *bill of rights*” (tradução livre).⁴⁸

À época, Thomas Jefferson exercia o posto de embaixador dos EUA na França. Ao tomar conhecimento do conteúdo da Constituição, receoso com a demasiada ingerência centralizadora da União, fez objeções ao texto pela falta de um rol de garantias fundamentais do cidadão contra a intrusão do Estado, ou seja, um *Bill of Rights*, manifestando seu descontentamento em duas cartas. Na primeira delas, endereçada a Madison, em 20 de dezembro de 1787, afirmou: “Let me add that a Bill of rights is what the people are entitled to against every government on earth, general or particular, & what no Just government should refuse, or rest on inferences” (Deixe-me acrescentar que o povo é titular de um *Bill of Rights* contra qualquer governo na terra, geral ou particular, e que nenhum governo justo recusará, ou deixará só na inferência).⁴⁹

⁴⁸ “By 1787, Americans had long been accustomed to the idea of fundamental and inalienable rights. In theory, if not in practice, British and colonial governments – as well as the infant state governments – lacked power to deprive citizens of certain rights. Such rights belonged inherently to all citizens, even in the absence of written protections. Most written enumerations of rights, in fact, were thought to be *declarations* rather than *enactments* of listed rights. The language used in these various documents reflected their declaratory character: They ‘declared’ ‘true, ancient and indubitable rights and liberties’ or ‘self-evident truths,’ and listed ‘natural’ or ‘inherent’ or ‘inalienable’ rights. [...] As indicated, a written bill of rights containing many of the rights we still cherish today was a common feature in Revolutionary-era American constitutions. It is therefore not surprising that the debates over the federal constitution included discussions of the wisdom and necessity of including a bill of rights.” FARBER, Daniel A.; SHERRY, Suzanna. *A History of the American Constitution*. 2nd ed. St. Paul: Thomson/West, 2005, p. 313 e 315.

⁴⁹ JEFFERSON, Thomas. *Writings*. The Easton Press, 1993. v. II, p. 916, *apud*, SILVEIRA, 2001, p. 25-26.

Pouco mais de um ano depois, escreveu novamente criticando a falta de um rol de direitos individuais, desta vez a Francis Hopkinson, em 13 de março de 1789:

O que eu também desaprovei, desde o primeiro momento, foi a falta de um rol de direitos a fim de guardar a liberdade contra o legislativo, bem como os ramos executivos do governo, isto é, para assegurar a liberdade na religião, na imprensa, contra o engajamento militar permanente, e por um julgamento pelo júri em todos os casos determinados pela lei da terra.⁵⁰

Desta sorte, mesmo à distância, Jefferson orientou seus amigos, também oriundos do Estado da Virgínia, Madison e Mason, a proporem ao Congresso emendas à Constituição. A proposta teve sucesso, originando o *Bill of Rights*, consistente nas dez primeiras emendas à Constituição americana, ratificadas e incorporadas em abril de 1791. O que também deve ser dito é que, na verdade, a intenção de Jefferson, ao fazer constar tais garantias na Constituição que vincularia todos os Estados federados, não era alcançar diretamente estes, que já possuíam suas próprias declarações de direitos tidas como satisfatórias, mas sim estabelecer um controle legal sobre o governo central, o que de fato acabou ocorrendo.⁵¹

Assim, quatro anos após a promulgação da Constituição, as dez emendas conhecidas como *Bill of Rights* encarregaram-se de acrescentar um rol de direitos e garantias individuais, representando a única provável vitória dos antifederalistas. Restou igualmente incluído o devido processo legal, finalizando a engenharia constitucional da Constituição dos Estados Unidos.⁵²

Thomas Jefferson entendia que era o momento de abandonar a trilogia de Locke que tinha como base dos direitos naturais, o trinômio *vida, liberdade e propriedade*. Para Jefferson, esta última deveria ser relativizada, de forma a se considerar como principais direitos apenas a vida e a liberdade. Não obstante, manteve-se o sistema trilógico ao se compor a fórmula do devido processo legal, que já era conhecida de diversas das

⁵⁰ “I disapproved from the first moment also was the want of a bill of rights to guard liberty against the legislative as well as executive branches of the government, that is to say to secure freedom in religion, freedom of the press, freedom from a permanent military, and a trial by jury in all cases determinable by the laws of the land.”. JEFFERSON, Thomas. *Writings*. The Easton Press, 1993. v. II, p. 941, *apud*, SILVEIRA, 2001, p. 26. Igualmente abordando as cartas de Jefferson e seu receio pela ausência de um conteúdo semelhante ao *Petition of Rights* de 1628 ou ao *Bill of Rights* de 1689: PEREIRA, S. Tavares. *Devido processo substantivo* (Substantive Due Process). Florianópolis: Conceito Editorial, 2008, p. 57.

⁵¹ CASTRO, 2010, p. 22-26; SILVEIRA, 2001, p. 26-27; CASTILHO, 2010, p. 60; e LEMBO, Cláudio Salvador. *A pessoa: seus direitos*. Barueri: Manole, 2007, p. 45-47.

⁵² CHEMERINSKY, Erwin. *Constitutional Law: principles and policies*. 3rd ed. New York: Aspen, 2006, p. 11-12. No mesmo sentido: SHANOR, Charles A. *American Constitutional Law: Structure and Reconstruction: cases, notes, and problems*. 4th ed. St. Paul: West, 2009, p. 05-06; e PAIXÃO; BIGLIAZZI, 2008, p. 107-109; 115-116; 129; 144-147.

primitivas colônias inglesas, como Virgínia, Delaware, Maryland, Carolina do Norte, Vermont, Massachusetts e New Hampshire.⁵³ A garantia restou redigida, conforme o teor da Emenda n. 5, nos seguintes termos:

Ninguém será detido para responder por um crime capital ou outro tipo de crime infamante, salvo se apresentado ou indiciado perante um Grande Júri, exceto nos casos decorrentes das forças terrestres ou navais ou de milícias, quando em serviço em tempo de guerra ou perigo público; nem qualquer pessoa será julgada por um mesmo delito para ser duas vezes posta em perigo de vida ou integridade física; nem será compelida em qualquer causa criminal a testemunhar contra si mesmo, nem privado de sua vida, liberdade ou propriedade, sem o devido processo legal; nenhuma propriedade privada será levada a uso público, sem justa compensação. (tradução livre)⁵⁴

Tais garantias são reforçadas pela Emenda n. 6, trazendo outras garantias inerentes ao devido processo, em especial o direito a um julgamento rápido e público, *in verbis*:

Em todas as perseguições criminais, o acusado deve desfrutar do direito a um julgamento rápido e público, por um júri imparcial do Estado ou distrito onde o crime tiver sido cometido, distrito este que deverá ter sido previamente estabelecido por lei, bem como a ser informado da natureza e da causa da acusação; a ser confrontado com as testemunhas contrárias; a ter garantida a oitiva das testemunhas a seu favor, e a ter a assistência de um advogado em sua defesa. (tradução livre)⁵⁵

Esta segunda cláusula, como se verá adiante corrobora a tese de que a celeridade processual possui, como principal fonte, desde o *Bill of Rights* da Constituição estadunidense, o princípio do devido processo legal.

Apesar do teor abrangente, prevalecia o entendimento de que tais garantias não alcançavam a jurisdição dos Estados, provocando aplicações díspares em função das diversas Constituições de cada unidade da federação e o princípio federalista – de forte teor

⁵³ SILVEIRA, 2001, p. 27; CASTRO, 2010, p. 9-11, contendo todos os textos das colônias mencionadas. Tratando da trilogia de Locke e o *Bill of Rights* inglês: RUSSOMANO, Rosah de Mendonça Lima. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 1970, p. 212.

⁵⁴ “No person shall be held to answer for a capital, or otherwise infamous crime, unless on a presentment or indictment of a grand jury, except in cases arising in the land or naval forces, or in the militia, when in actual service in time of war or public danger; nor shall any person be subject for the same offense to be twice put in jeopardy of life or limb; nor shall be compelled in any criminal case to be a witness against himself, nor be deprived of life, liberty, or property, without due process of law; nor shall private property be taken for public use, without just compensation.”

⁵⁵ “In all criminal prosecutions, the accused shall enjoy the right to a speedy and public trial, by an impartial jury of the State and district wherein the crime shall have been committed, which district shall have been previously ascertained by law, and to be informed of the nature and cause of the accusation; to be confronted with the witnesses against him; to have compulsory process for obtaining witnesses in his favor, and to have the Assistance of Counsel for his defense.” Segundo Marco Aurélio Gonçalves Ferreira, a expressão “julgamento rápido” significa que deve haver uma razoabilidade de tempo entre o fato e seu direito ao julgamento, sendo igualmente uma garantia constitucional inerente à cláusula do devido processo legal. FERREIRA, M. A. G., 2004, p. 19 e 78.

descentralizador –, pelo qual são outorgadas aos Estados membros competência para legislar sobre direito material e processual.

A respeito, Chemerinsky relata o crucial debate entre a incorporação total ou seletiva do *Bill of Rights* e em que medida os indivíduos poderiam recorrer aos tribunais federais para proteção em face dos governos estaduais e locais. A discussão estabelecia-se em três pontos. O primeiro deles era relativo à história e a intenção dos autores da décima quarta Emenda em fazer incidir o *Bill of Rights* aos Estados, com posições favoráveis para ambos os lados; o segundo ponto do debate da incorporação referia-se ao federalismo, considerando que a aplicação do *Bill of Rights* aos Estados “impunha um conjunto substancial de restrições aos governos estadual e local”, opondo as ideias federalistas e antifederalistas. Por fim, a terceira questão referia-se ao papel apropriado do Judiciário, tendo em vista que, segundo os defensores da incorporação irrestrita, como o *Justice Black*, a incorporação seletiva outorgava aos magistrados muita discricção na apreciação de quais direitos seriam fundamentais; os defensores desta corrente, por seu turno, negavam que ela permitiria escolhas subjetivas dos juízes, afirmando que a incorporação total significaria maior supervisão judicial das ações dos governos locais e do Estado e, deste modo, menos espaço para a democracia operar. Ao final, iria prevalecer o entendimento de que o *Bill of Rights* teria aplicação indistinta aos governos estaduais e locais em todas as instâncias, ressalvadas algumas disposições.⁵⁶

De todo modo, superado o período da Guerra Civil (1861-1865), o Congresso entendeu por bem aprovar uma nova Emenda à Constituição, a fim de harmonizar os direitos assegurados no *Bill of Rights* a todos os cidadãos do país⁵⁷. Após a ratificação por

⁵⁶ “Although the debate over incorporation raged among Justice and scholars during the 1940s, 1950s, and 1960s, now the issue seems settled. Except for the few provisions mentioned above, the Bill of Rights do apply to state and local government and, in almost all instances, with the same content regardless of whether it is a challenge to federal, state, or local actions.” CHEMERINSKY, 2006, p. 501-502 e 507.

⁵⁷ “**Due process clause.** Two such clauses are found in the U.S. Constitution, one in the 5th Amendment pertaining to the federal government, the other in the 14th Amendment which protects persons from state actions.” BLACK, 1991, p. 346. No mesmo sentido: MASSEY, Calvin. *American constitutional law: powers and liberties*. 3rd ed. New York: Aspen, 2009, p. 429; SILVEIRA, 2001, p. 27-29; MATTOS, Sérgio Luís Wetzel de. *Devido Processo Legal e Proteção de Direitos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 29; e PEREIRA, 2008, p. 64-67 e 98, que afirma: “O momento histórico exigia que a União atuasse para consolidar definitivamente o Estado federal, e a emenda 14^a foi um dos instrumentos utilizados. Os fatos vão demonstrar, nos 150 anos subsequentes, que a imposição do *Due Process of Law* às ordens estaduais constitui o movimento mais relevante em direção à uniformização do tratamento jurídico dos cidadãos norte-americanos, quanto aos direitos fundamentais.”. Ao final, diz que a ausência de um instrumento formal que impusesse aos estados-membros um tratamento uniforme dos cidadãos, fez com que o devido processo substantivo tivesse se formado por inspiração jusnaturalista, havendo grande evolução da doutrina após a 14^a Emenda.

¾ dos Legislativos estaduais, *ex vi* do art. V da Constituição, passou a vigor a 14ª Emenda de 1868 do seguinte teor:

Todas as pessoas nascidas ou naturalizadas nos Estados Unidos, ou submetidas à sua jurisdição, são cidadãs dos Estados Unidos e do Estado onde elas residam. Nenhum Estado poderá fazer ou executar qualquer lei que restrinja os privilégios ou imunidades dos cidadãos dos Estados Unidos; nenhum Estado privará qualquer pessoa de sua vida, liberdade ou propriedade, sem o devido processo legal; nem negar a qualquer pessoa sob sua jurisdição a igual proteção das leis. (tradução livre)⁵⁸

Com esta Emenda, estendeu-se a proteção dos cidadãos para alcançar os Estados-membros, o que restou consolidado pela Suprema Corte em 1897, interpretando a mencionada Emenda, inclusive ampliando o alcance do devido processo legal, antes restrito aos processos criminais. A fim de distinguir o alcance das duas Emendas, Laurence Tribe anotou:

A cláusula do devido processo legal da décima quarta Emenda (aplicável aos Estados) é compreendida como garantia contra infrações estatais como à liberdades de expressão, imprensa, petição, reunião e culto religioso. A cláusula do devido processo da quinta Emenda (aplicável ao governo federal) tem sido interpretada para incluir um princípio implícito de igual proteção como aquele encontrado expressamente na cláusula de igual proteção da 14ª Emenda. E a cláusula do devido processo tanto da 5ª como da 14ª Emendas são previsões sobre as quais os tribunais têm se embasado para proteger pessoas contra ações arbitrárias do governo, como a retroatividade *in pejus* emanada do legislador ou ações de ‘choques de consciência’ pelos oficiais do governo encarregados de cumprir as leis.⁵⁹

Desta sucinta exposição, é possível verificar o quanto a Constituição dos Estados Unidos representa para os americanos; muito mais do que, p. ex., a Constituição francesa para o francês. Do ponto de vista do significado político, isto se deve ao fato de tal

⁵⁸ “All persons Born or naturalized in the United States, and subject to the jurisdiction thereof, are citizens of the United States and of the State wherein they reside. No State shall make or enforce any law which shall abridge the privileges or immunities of citizens of the United States; nor shall any State deprive any person of life, liberty, or property, without due process of law; nor deny to any person within its jurisdiction the equal protection of the laws.”

⁵⁹ “The Due Process Clause of the Fourteenth Amendment (applicable to the states) is understood to guarantee against state infringement such liberties as speech, press, petition, assembly, and religious exercise. The Due Process Clause of the Fifth Amendment (applicable to the federal government) has been construed to include an implicit equal protection principle like that found explicitly in the Fourteenth Amendment’s Equal Protection Clause. And the Due Process Clauses of both the Fifth and Fourteenth Amendments are provisions on which the courts have relied to protect persons against arbitrary government action, such as unfairly retroactive imposition of liability by legislatures or conscience-shocking actions by governments officials charged with enforcing the laws.” TRIBE, Laurence H. *American Constitutional Law*. v. 1. 3rd ed. New York: Foundation Press, 2000, p. 1335. Nota: a expressão *conscience-shocking* ou *shock-the-Conscience*, usuais no direito dos Estados Unidos, pode ser compreendida como relativas às ações dos agentes do Estado que destoam dos padrões de decência civilizados.

documento, além de ser a carta política, constitui o próprio ato de fundação do país. Já em relação ao conteúdo, a Constituição dos Estados Unidos vai além da organização das instituições políticas, trazendo limitações aos poderes instituídos e às autoridades federais frente aos Estados membros e aos cidadãos. Tal constatação se deve notadamente às dez primeiras emendas de 1789, tidas como a Declaração de Direitos do cidadão americano, de inspiração no direito natural e no contrato social.

Este apego à Constituição de 1787 também deu ensejo a um fenômeno sem precedentes, inclusive no direito inglês, que foi a admissão do controle judiciário de constitucionalidade das leis, por meio do célebre precedente *Marbury v. Madison*, da lavra do *Chief Justice* John Marshall, que revolucionou mundialmente o direito constitucional. Aliás, é possível dizer que o devido processo substantivo encontrou terreno fértil para se desenvolver nos Estados Unidos devido à estrutura do constitucionalismo neste país, fundado em três alicerces: a supremacia da constituição, o controle dos poderes instituídos (o soberano é o povo) e a supremacia judicial.⁶⁰

A Constituição dos Estados Unidos é escrita⁶¹ e, quanto à extensão, é do tipo sintético, composto de sete artigos originais, subdivididos em seções, e vinte e quatro emendas. Sua importância para o constitucionalismo moderno, notadamente por trazer a “*formalidade* constitucional” não encontra precedentes. Conquanto seja de se reconhecer as virtudes de consagrar direitos fundamentais, a separação de poderes e a limitação do governo, tão caras ao constitucionalismo moderno, sua principal conquista foi a ideia de que tal documento deveria ser interpretado e vivido como uma norma supralegal, i.e., hierarquicamente superior às demais, parâmetro de validade de todos os outros atos do ordenamento jurídico⁶².

⁶⁰ DAVID, 2002, p. 494; e PEREIRA, 2008, p. 23, 90-91, 118 e 124. Afirma ainda o autor: “A Doutrina do Devido Processo Substantivo necessitou, para expandir-se, de um ambiente constitucional formal e rígido, fundado na separação de poderes (e, portanto, comprometido com a contenção do poder) e vinculado à proteção dos direitos fundamentais do homem, declarados ou não, entregue a um Poder Judiciário forte e independente. Foi isso exatamente que ocorreu nos Estados Unidos da América”. Ibid, p. 113.

⁶¹ “Assim, poder-se-ia afirmar que a Constituição americana, ao contrário do regime constitucional britânico, é uma constituição escrita, um grupo de leis fundamentais superiores às leis ordinárias, repousando porém nas tradições históricas e no passado do seu povo.” PINTO FERREIRA, Luis. *Direito Constitucional Moderno*, v. 1. São Paulo: Saraiva, 1962, p. 44.

⁶² PAIXÃO; BIGLIAZZI, 2008, p. 92-93. Mais adiante, acrescentam os autores: “Mas a principal ‘aquisição evolutiva’ da forma constitucional, na terminologia luhmanniana, não reside na ‘fundamentalidade’ de suas prescrições ou mesmo no seu caráter ‘fundacional’. A relevância da constituição moderna para a completa delimitação da diferenciação funcional está na condição paradoxal do direito e da constituição na modernidade: a constituição permite a diferenciação *interna* do sistema jurídico e sua re-ligação com a política mediante o acoplamento estrutural propiciado pela constituição. Não é errado dizer que a constituição constitui a si própria.” Ibid., p. 165.

Diferentemente do que ocorre com a Constituição brasileira de 1988, não desce a minúcias que, muitas vezes, acabam por demandar emendas constitucionais para mudanças pontuais. Desta sorte, ganha relevância o trabalho de interpretação. Ao longo dos séculos, o mesmo texto constitucional possibilitou diferentes soluções interpretativas, permitindo a evolução do pensamento da Suprema Corte americana, desde a admissão da escravidão, ocasionando a guerra civil entre os Estados do norte (avessos à escravidão) e os escravocratas do sul, passando pela doutrina da segregação racial (*separated but equal*) até a plena igualdade de todos os cidadãos.

Mesmo o surgimento do controle de constitucionalidade, pelo princípio da nulidade das leis inconstitucionais, desenvolveu-se “em consequência dos costumes anglo-saxões de inviolável respeito da justiça, e da experiência de século e meio de regime federativo”, não havendo qualquer dispositivo na Constituição estabelecendo a nulidade da lei declarada inconstitucional pela Suprema Corte, conforme relata Pedro Calmon⁶³. No início, as cortes estaduais não declaravam a inconstitucionalidade de uma norma estadual em face da Constituição, mas apenas a consideravam contrária à *razoabilidade*, ressaltando a supremacia do Parlamento e o papel do Judiciário, restrito à restauração da intenção original do legislador, aferida em juízo de equidade, evitando que determinado ato legislativo produzisse injustiça em sua aplicação num caso concreto⁶⁴.

Observando este cenário, Tocqueville assevera que, em face do controle jurisdicional de constitucionalidade, os juízes americanos, ainda que de perfil semelhante aos de outras nações, são dotados de grande poder político. Para o autor, esta força política se reflete exclusivamente no fato de tais magistrados exararem suas decisões com base na *constituição* em lugar das *leis*, deixando, inclusive, de aplicar estas quando contrariarem aquela, ou seja, forem inconstitucionais. Tal prerrogativa não se admitiria na França, pois implicaria em outorgar o poder constituinte aos tribunais, que poderiam interpretar uma constituição em caráter definitivo, dominando a sociedade. É certo que a recusa a tal prerrogativa confere ao corpo legislativo o poder de modificar a Constituição, desprovido de quaisquer barreiras legais. Não obstante, conclui o autor, “é melhor ainda conceder o poder de mudar a constituição do povo a homens que representem imperfeitamente as vontades do povo, do que a outros que só representem a si mesmos”.⁶⁵

⁶³ CALMON, Pedro. *Curso de Direito Constitucional Brasileiro*. 4. ed. Freitas Bastos: Rio de Janeiro e São Paulo, 1956, p. 187.

⁶⁴ PAIXÃO; BIGLIAZZI, 2008, p. 153.

⁶⁵ TOCQUEVILLE, 2005, p. 111-114.

Por isso, quase dois séculos depois, ainda se faz tão valioso quanto atual o magistério de John Marshall pelo qual a Constituição é destinada a durar séculos, devendo adaptar-se às variadas crises nos negócios humanos.⁶⁶ Do mesmo modo, o juiz Hughes declarou ser a Constituição dos Estados Unidos “o que dizem os juristas”, em especial pela interpretação desta, exarada pela Suprema Corte, possibilitando o desenvolvimento do direito e o desenrolar da própria história do país.⁶⁷

Na Inglaterra, a vedação do controle judicial sobre as leis é decorrência do princípio da supremacia do Parlamento (*parliament sovereign*), a partir da Revolução Gloriosa de 1688 e que se mantém até hoje, e ausência de uma lei hierarquicamente superior (ainda que não escrita), restando às cortes o papel de intérprete das leis, embora haja doutrina inglesa sustentando o contrário, no sentido de que os juízes também fariam as leis, não se restringindo suas funções à interpretação das normas existentes da *common law*.⁶⁸ Para Pinto Ferreira, haveria uma Constituição não escrita “que deriva da prática constante de regras e costumes sociais consagrados pela tradição histórica.”⁶⁹

O fato é que a repartição das funções estatais inglesas sempre destoou dos moldes tradicionais. O Parlamento, até a época dos Tudor, não tinha a função legiferante como predominante e nem ao menos existia um ‘Poder Judiciário’, cujo termo era utilizado, até a metade do século XVII, como sinônimo de Poder Executivo. A vitaliciedade dos magistrados (e, via de consequência, a consolidação da independência) somente foi estabelecida com o *Act of Settlement* (Lei de Sucessão) de 1701.

Apenas em 2005, com o advento do *Constitutional Reform Act*, é que foi criada a *Supreme Court of Justice*, substituindo o Comitê de Apelação da Câmara dos Lordes como última instância cível e criminal, composto exclusivamente por integrantes da Casa⁷⁰. Buscou-se, com a alteração, dar maior efetividade à separação de poderes entre legislativo e judiciário, especialmente com o advento da União Europeia, *in verbis*:

O Ato de Reforma Constitucional de 2005 cria uma nova Suprema Corte como a mais elevada corte de apelação, transferindo-lhe as funções recursais da Câmara

⁶⁶ Afirmada no julgamento do caso *McCulloch v. Maryland* 17 U.S. (4 Wheat) 316 (1819).

⁶⁷ DAVID, 2002, p. 497-498.

⁶⁸ ALDER, 2009, p. 148. Mais adiante, o autor anota que, segundo a doutrina tradicional, o Parlamento tem poder ilimitado para fazer a lei, não podendo ter um de seus Atos superados pelas cortes, embora estas possam decidir quais documentos são genuinamente ‘Atos do Parlamento’. Ademais, as cortes verificam os atos do Parlamento no exercício da atribuição de interpretar estatutos de forma independente, inclusive sob o aspecto dos valores morais. Ibid, p. 157.

⁶⁹ PINTO FERREIRA, 1962, p. 41. No mesmo sentido: CASTRO, 2010, p. 14.

⁷⁰ YOSHIKAWA, 2007, p. 48-51 e 76. O autor refuta o argumento de que a constituição inglesa não seria dotada de hierarquia superior por ser não escrita ou escrita apenas parcialmente.

dos Lordes e em casos de descentralização do Conselho Privado. A mudança terá efeito em outubro de 2009. As principais razões da medida foram para assegurar a separação de poderes entre legislativo e judiciário e realçar frente à opinião pública a confiança do sistema judicial. Descentralização e o impacto da adesão à União Europeia significam que as cortes têm maior importância política do que tradicionalmente possuíam. Em contrapartida, a Câmara dos Lordes está cada vez mais ativa como órgão político. Parece não haver evidências em um ou outro sentido a respeito da confiança do público no atual regime e não há dúvidas que os *juízes do Parlamento* são independentes na prática. (tradução livre)⁷¹

Verifica-se, deste modo, o distinto *status* usufruído pelo Judiciário na Inglaterra e nos Estados Unidos. Nesse sentido, inclusive fazendo alusão, ao final, à força vinculante dos precedentes da Suprema Corte americana:

Tem sido amplamente reconhecido que as cortes não podem ignorar ou afastar a aplicação da legislação e as cortes não podem revisar a legalidade de um Ato do Parlamento em questões não relacionadas ao direito da Comunidade Europeia. No entanto, as cortes são responsáveis pela interpretação da legislação em casos levados até elas. É preciso que os magistrados exerçam esta função interpretativa quando conhecerem dos casos na primeira instância ou decidirem pontos controvertidos de direito nos recursos. Em outras palavras, o Parlamento é supremo na aprovação das leis, enquanto os juízes têm de decidir o que o Parlamento pretendia quando aprovou uma determinada parte da lei. [...]

O Parlamento soberano é, de acordo com Dicey e outros comentaristas influentes, a regra fundamental da constituição, que reconhece que o Parlamento tem o poder de aprovar ou revogar qualquer lei, incluindo 'leis constitucionais'. Esta doutrina não apenas torna difícil a fortificação de princípios ou leis, mas também significa que a vontade do Parlamento predomina sobre a das cortes. Esta posição no Reino Unido tem sido por vezes contrastada com as constituições escritas. A decisão tomada no caso *Marbury v. Madison* em 1803 convencionou que a Suprema Corte dos Estados Unidos poderia declarar nula por inconstitucionalidade qualquer legislação ou ato do governo federal ou dos Estados que ela considerasse conflitantes com a lei suprema da Constituição. Esta adoção tem o poder de declarar ações de outros órgãos do governo inconstitucionais. Qualquer decisão como esta da Suprema Corte vincula a Administração federal e dos Estados. (tradução livre)⁷²

⁷¹ "The Constitutional Reform Act 2005 creates a new Supreme Court as the highest appellate court transferring to it the appeal functions of the House of Lords and in devolution cases of the Privy Council. This takes effect in October 2009. The main reasons are to ensure a separation of powers between legislature and judiciary and to enhance public understanding of and confidence in the judicial system. Devolution and the impact of EU membership mean that the courts have greater political significance than has traditionally been the case. Conversely the House of Lords is increasingly active as a political body. There seems to be no evidence one way or another about lack of public confidence in the present arrangements and it is not doubted that the Law Lords are independent in practice." ALDER, 2009, p. 148.

⁷² "It has been generally acknowledged that the courts will not ignore or disapply statutes, and the courts cannot review the legality of an Act of Parliament in matters of non-European Community law. However, the courts are responsible for the interpretation of statute law in cases that are brought before them. It is necessary for judges to perform this interpretative function when hearing cases at first instance or when deciding contested points of law on appeal. In other words, Parliament is supreme in passing laws, while judges have to decide what Parliament intended when it approved a particular piece of legislation. [...] Parliament sovereignty is, according to Dicey and other influential commentators, the fundamental rule of the constitution, which recognises (sic.) that Parliament has the power to pass or repeal any law, including 'constitutional laws'. This doctrine [...] not only makes the entrenchment of principles or law difficult but also means that the will of Parliament predominates over that of the courts. The position in the United Kingdom has often been contrasted with codified constitutions. In the United States, the Federal Supreme

Esta maior amplitude de atuação conferida ao Judiciário permitiu, nos Estados Unidos, o exercício de um controle do direito “legislativo ou jurisprudencial, federal ou estadual”, pelo qual a Suprema Corte aferiria a legitimidade das restrições à liberdade ou à propriedade dos cidadãos, sob o critério de razoabilidade. Em contrapartida, esta interpretação do *due process of law* resultou, em muitos setores, numa sensível redução da autonomia dos Estados. É o caso do emblemático julgamento *Roe v. Wade*, de 1973, pelo qual a Suprema Corte dos Estados Unidos declarou a inconstitucionalidade de uma lei do Estado do Texas que criminalizava a conduta da mulher que praticasse aborto. A decisão considerou que a liberdade, assegurada com base na quinta e na décima quarta emenda à Constituição (justamente as que albergam o *due process of law*), abrange o direito à privacidade, inclusive para a mulher interromper livremente a sua gravidez nos três primeiros meses. Este e outros arestos do gênero fez com que se propagasse nos Estados Unidos a expressão “governo dos juízes”.⁷³

É neste cenário que se desenvolve o devido processo legal. Inicialmente, foi concebido como uma garantia meramente processual dos acusados em matéria criminal, à semelhança do julgamento pelo júri e da igualdade de tratamento processual. Com o passar do tempo, o *due process* tornou-se poderoso instrumento judicial, destinado à repressão dos abusos dos governantes (e, depois, dos diversos órgãos inferiores do governo) em relação aos direitos à vida, liberdade e propriedade, erigindo-se, segundo Castro, “no postulado maior da organização social e política dos povos cultos na era moderna”.⁷⁴

A evolução do devido processo legal nos Estados Unidos ao longo dos tempos possibilitou que seu alcance fosse ampliado, adquirindo um segundo viés, de ordem

Court has a constitutional review function. The decision in *Marbury v. Madison* in 1803 established the convention that the US Supreme Court could declare null and void as unconstitutional any statute or action of the federal or state governments which it considered conflicted with the supreme law of the constitution. This convention had the power to declare actions of other branches of government unconstitutional. Any such decision by the Supreme Court will be binding on federal and state institutions.” LEYLAND, 2007, p. 147.

⁷³ DAVID, 2002, p. 500-501. Sobre a proteção de outros direitos, implícitos ou decorrentes da Constituição, com base no precedente *Griswold v. Connecticut*, de 1965, PEREIRA, 2008, p. 70-71; CASTRO, 2010, p. 57-62 e 133 et seq.; e MATTOS, S. L. W. de, 2009, p. 84-85, reconhecendo a proteção de direitos não enumerados expressamente na Constituição americana. Para detalhes do caso *Roe v. Wade*: MASSEY, 2009, p. 483-493; e SHANOR, 2009, p. 531-539.

⁷⁴ CASTRO, 2010, p. 5. No mesmo sentido: SILVEIRA, 2001, p. 235-236. Acrescenta ainda o autor que: “A Suprema Corte americana tem relacionado, por analogia, o princípio do devido processo legal com as garantias da Magna Carta contra as opressões e usurpações derivadas da prerrogativa real, em suporte da conclusão básica de que o devido processo constitui uma limitação sobre os Poderes do governo (Legislativo, Executivo e Judiciário) e não pode ser interpretado de modo a deixar o Congresso (ou as Assembleias Estaduais) livre para fazer qualquer processo como “devido processo legal”, ao seu mero alvitre”. Ibid, p. 237.

substancial ou material, o que já não se sucedeu na Inglaterra. Aliás, a Europa, de um modo geral não está familiarizada ao conceito de devido processo legal, conquanto se faça alusão a processo *justo e equitativo* e à *igualdade de armas*, com base na Convenção Europeia de Direitos do Homem (art. 6º, § 1º)⁷⁵.

Já na América, além do Brasil, como se verá adiante, pode-se mencionar a Argentina, onde a Constituição, em seu art. 18, ao prever o *juicio previo e la defensa en juicio de la persona y de los derechos*, estaria a assegurar o devido processo em sua vertente adjetiva, relacionada ao cumprimento de exigências formais, de trâmite e procedimento para a solução de um litígio. Já o devido processo substantivo consistiria numa garantia constitucional inominada, pela qual as decisões judiciais, no tocante ao seu conteúdo, e mesmo as leis, sejam razoáveis. Faria parte dos direitos não enumerados, com base no art. 33 da Constituição – muito semelhante ao § 2º do art. 5º da Constituição brasileira –, sendo plenamente admitido pela jurisprudência argentina.⁷⁶

Também no Chile, a doutrina reconhece a incidência do devido processo legal impondo a previsão de normas que estabeleçam um tribunal competente, bem como no tratamento da comunicação da demanda ao réu, possibilitando tempo razoável para que ele exerça sua defesa e produza provas.⁷⁷

A primeira dimensão da cláusula verifica-se pela observância do direito de igualdade das partes numa demanda judicial em curso (garantia de ampla defesa, paridade de armas e contraditório), além da forma de execução dos atos normativos e ordens judiciais, não se adentrando no conteúdo, na essência do ato, ou seja, os procedimentos a serem observados em juízo visando eventual supressão de um direito. Almeja-se a proteção dos direitos e garantias fundamentais em uma relação jurídica processual travada em um processo justo e transcorrido regularmente, respeitando todas as garantias que lhe são inerentes, destacadamente a ampla defesa. Por outro lado, com base no *Bill of Rights* da Constituição dos Estados Unidos, consiste a garantia, segundo Chemerinsky, no procedimento a ser seguido pelo governo antes de privar alguém de sua vida, liberdade ou propriedade; a forma de advertência e de interrogatório, proporcionando a defesa do acusado numa determinada ação⁷⁸.

⁷⁵ FAVOREU, Louis et al. *Droit constitutionnel*. 12º ed. Paris: Dalloz, 2009, p. 977.

⁷⁶ SAGÜÉS, Néstor Pedro. *Elementos de derecho constitucional*. Tomo 2. 3ª ed. Buenos Aires: Astrea, 2003, p. 756-757.

⁷⁷ CUADRA, Enrique Evans de la. *Los Derechos Constitucionales*. Tomo II. 3ª ed. atual. por Eugenio Evans Espiñeira. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2004, p. 147-148.

⁷⁸ “*Procedural due process*, as the phrase implies, refers to the procedures that the government must follow before it deprives a person of life, liberty, or property. Classic procedural due process issues concern what

Por seu turno, Rawls o vislumbra na garantia um processo razoavelmente concebido para busca da verdade, em compatibilidade com os outros objetivos do sistema legal.⁷⁹ Massey, porém, em interpretação literal e restrita, ressalta que a regularidade procedimental exigida pelo devido processo apenas se faz presente nos procedimentos em que esteja em jogo a vida, a liberdade ou a propriedade do indivíduo; nos demais casos, é possível o uso de qualquer procedimento, “incluindo os arbitrários e caprichosos” (tradução livre)⁸⁰. Já para Benjamin Constant, conquanto não tenha tratado do devido processo legal em si, concebe a forma como meio de salvaguarda dos direitos, impedindo a incidência da tirania nos tribunais.⁸¹

Já a segunda vertente do devido processo concerne ao exercício do *poder político constitucional* do Poder Judiciário, por meio do qual este controla a própria essência e justiça da lei, apondo a inconstitucionalidade sob as leis consideradas injustas, com fundamento na razoabilidade do senso comum e benefício à sociedade e, em relação às leis que restringem direitos fundamentais, sua necessidade. Para tanto, o governo deve expor amplamente os fundamentos para a adoção da lei questionada, a serem aferidos no caso

kind of notice and what form of hearing the government must provide when it takes a particular action.” CHEMERINSKY, 2006, p. 545. Também a esse respeito, na doutrina brasileira: SILVEIRA, 2001, p. 304. O autor afirma, com base na doutrina constitucionalista americana, se consubstanciar o *procedural due process* no direito da pessoa em “ser ouvida no tempo oportuno e de maneira adequada, promovendo, assim a justiça e a precisão na solução da lide”. Também: CASTRO, 2010, p. 27-34, colacionando julgados acerca da extensão do devido processo legal procedimental inicialmente na área criminal e em seguida estendendo-se à seara cível e administrativa; FERREIRA, M. A. G., 2004, p. 23-24; MOURA, 2000, p. 35-36; MATTOS, S. L. W. de, 2009, p. 19; NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios do processo civil na Constituição Federal*. 8. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: RT, 2004, p. 70.

⁷⁹ RAWLS, John. *Uma teoria da justiça*. Tradução: Jussara Simões. São Paulo: Martins Fontes, 2008, p. 295-296.

⁸⁰ “But this does not mean that due process includes a general right to procedural regularity. Constitutionally speaking, unless the government is depriving a person of a life, liberty, or property interest, it may use any procedure it wants, including arbitrary and capricious procedures.” MASSEY, 2009, p. 430.

⁸¹ “As formas são uma salvaguarda: a abreviação das formas é a diminuição ou a perda dessa salvaguarda. A abreviação das formas é, portanto, uma pena. Assim, se infligimos essa pena a um acusado é que seu crime está demonstrado de antemão. Mas se seu crime está demonstrado, para que um tribunal, qualquer que seja? Se seu crime não está demonstrado, com que direito você o coloca numa classe particular e proscrita e o priva, por uma simples suspeita, do benefício comum a todos os membros do estado social? [...] Por mais imperfeitas que sejam as formas, elas têm uma faculdade protetora que só se lhes pode tirar destruindo-as. Elas são inimigas natas, adversárias inflexíveis da tirania, popular ou outra. Enquanto elas subsistem, os tribunais oporão ao arbítrio uma resistência mais ou menos generosa, mas que serve para contê-lo.” REBEQUE, Henri-Benjamin Constant de. *Escritos de política*. Tradução: Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 166-167. No mesmo sentido: RIVERO, Jean e MOUTOUH, Hugues. *Liberdades públicas*. Tradução: Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 165, assentando que “sem regras processuais coercitivas, nenhuma justiça é possível, pelo menos num contexto liberal. Com efeito, elas oferecem aos indivíduos uma garantia essencial à preservação de seus direitos e de suas liberdades.”

concreto, repudiando-se fórmulas genéricas e lacônicas como “soberania do interesse público sobre o particular”, “interesse nacional” ou “interesse público”.⁸²

Complementando o conceito, Chemerinsky, tendo por aporte a Constituição de 1787, assinala que o *substantive due process* tem por fito aferir a adequação dos motivos para suprimir os direitos à vida, liberdade ou propriedade do indivíduo, justificando suficientemente a decisão estatal. E então conclui acerca da distinção entre ambas as dimensões do devido processo:

Portanto, é possível distinguir o devido processo procedimental do substancial baseado na reparação pleiteada. Se o queixoso está procurando ter uma ação do governo declarada inconstitucional por violar um direito constitucional, o devido processo substantivo está envolvido. Porém, quando uma pessoa ou um grupo está procurando obter declarada a inconstitucionalidade de uma ação do governo pela falta de salvaguardas adequadas, como a comunicação ou o interrogatório, a questão é de devido processo procedimental. (tradução livre)⁸³

Segundo a doutrina clássica, enquanto o aspecto processual garante à pessoa um processo justo, o devido processo substantivo protege a propriedade contra interferências injustas do Estado. Sob outra ótica, pode-se dizer que esta segunda espécie legitima o controle judicial dos atos normativos, parlamentares ou governamentais, nos aspectos da validade material, orientado pelos parâmetros de justiça, razoabilidade ou adequação. Já a primeira vertente convalida o controle judicial da legitimidade formal das decisões do julgador, proferidas em feitos administrativos e judiciais, aferindo-se a regularidade do procedimento adotado. Assim, ambos os institutos apresentam a mesma finalidade, ligada à proteção e garantia dos direitos fundamentais em face de ações injustas perpetradas pelo

⁸² SILVEIRA, 2001, p. 240-242. O autor atribui o atraso à formalização das bases do devido processo legal substantivo, de quase um século, à influência da *common law* e da doutrina de Alexander Hamilton que, malgrado excepcional publicista e federalista, era extremamente conservador; CASTRO, 2010, p. 34-46.

⁸³ “*Substantive due process*, as the phrase connotes, asks whether the government has an adequate reason for taking away a person’s life, liberty, or property. In other words, substantive due process looks to whether there is a sufficient justification for the government’s action. [...] Thus, it is possible to distinguish procedural and substantive due process based on the remedy sought. If the plaintiff is seeking to have a government action declared unconstitutional as violating a constitutional right, substantive due process is involved. But when a person or a group is seeking to have a government action declared unconstitutional because of the lack of adequate safeguards, such as notice and a hearing, procedural due process is the issue.” CHEMERINSKY, 2006, p. 546. No mesmo sentido: MASSEY, 2009, p. 430: “By contrast, substantive due process covers unenumerated substantive rights that are implicit in ‘liberty’ and assesses the government’s justification for their infringement. The focus of procedural due process is to identify substantive rights – life, liberty, or property – to assess whether the government’s procedures for taking them away are constitutionally adequate.” (“Em contrapartida, o devido processo substantivo abrange direitos substantivos não enumerados que estão implícitos na ‘liberdade’ e avalia a justificação do Estado para sua violação. O foco do devido processo procedimental reside na identificação de direitos substantivos – vida, liberdade ou propriedade – para avaliar se os procedimentos estatais para suprimi-los são constitucionalmente adequados” – tradução livre.)

Estado, mas são dotados de estruturas diversas. Nota-se que a doutrina entende ser equívoca a expressão devido processo substantivo, um verdadeiro oxímoro. *Devido processo* deve ser compreendido como procedimento adequado, justo. Procedimentos e processos, porém, não garantem resultados substantivos, ainda que possam influenciar para tanto.⁸⁴

Ainda nos Estados Unidos, sob o crivo da Suprema Corte, o *substantive due process* assumiu igualmente um caráter econômico, relativo à conveniência e razoabilidade das leis reguladoras de atividades econômicas relativas aos direitos dos trabalhadores e à instituição de tarifas. Do final do século XIX até 1937, período conhecido por *Era Lochner*, a liberdade de contratar era considerada pelo tribunal um direito básico, sob as disposições do devido processo legal da liberdade e da propriedade, fortemente inspirada na filosofia do *laissez-faire* que protegia os negócios privados das regulações governamentais. Entendia-se que a Constituição não visava ao tratamento de nenhuma teoria econômica em especial. Porém, com a grande Depressão, após 1937 a Corte muda radicalmente, passando a admitir a regulação do governo em matéria econômica, deixando de impor limites ao Congresso para regular a economia baseada no federalismo ou em definições estritas dos poderes federais, tal qual ocorreu em julgados como *West Coast Hotel v. Parrish*, de 1937 (300 U.S. 379) e, no ano seguinte, *United States v. Carolene Products Co.* (304 U.S. 144).⁸⁵

⁸⁴ BLACK, 1991, p. 346, 836 e 997; e PEREIRA, 2008, p. 12 (prefácio). Para a crítica à expressão *substantive due process*: MASSEY, 2009, p. 443-444 e 429: “Substantive due process is an oxymoron. ‘Due process’ read literally refers to procedures that are suitable, fitting, or appropriate – the procedures that are minimally required for fairness. Procedures and processes do not guarantee substantive outcomes, though they may influence them. By and large, the quest of substantive due process is to identify certain liberties or rights that are not specifically mentioned in the Constitution and to raise a presumption that the government interference with those rights is void.” (“Devido processo substantivo é um oxímoro. ‘Devido processo’ interpretado literalmente refere-se a procedimentos que são adequados e apropriados – os procedimentos minimamente justos. Procedimentos e processos não garantem resultados substantivos, embora possam influenciá-los. Em geral, a busca do devido processo substantivo reside na identificação de certas liberdades ou direitos não expressamente mencionados na Constituição e no estabelecimento de uma presunção de que a interferência estatal sobre estes direitos é indevida” – tradução livre.)

⁸⁵ CHERMERINSKY, 2006, p. 606-607, 623-625; TRIBE, 2000, p. 1335; STONE, 2009, p. 735-752; MASSEY, 2009, p. 460-471; SHANOR, 2009, p. 496-504; TRIBE, Laurence; DORF, Michael: *Hermenêutica Constitucional*. Tradução: Amarilis de Souza Birchall. Belo Horizonte: Del Rey, 2007, p. 83-85; CASTRO, 2010, p. 51-56; FERREIRA, M. A. G., 2004, p. 23-24; MATTOS, S. L. W. de, 2009, p. 32, 38 e 48, que afirma que no julgamento do caso *Allgelyer v. Louisiana* (1897), a Suprema Corte deixou de fazer referência ao devido processo substantivo como mero *obiter dictum* (argumentos expostos de passagem na motivação, em juízos secundários que não influenciem substancialmente a decisão) para convertê-lo em *ratio decidendi*. Já em relação ao *economic substantive due process*, ele teria deixado de ser aplicado para invalidar leis regulamentadoras da atividade econômica, pela Suprema Corte, em 1937, que passou a ensaiar uma revificação do princípio na década de 90, em relação aos *punitive damages*. Também a respeito: MOURA, 2000, p. 61-62 e 78. Esta autora contrasta este duplo fundamento do controle de constitucionalidade nos Estados Unidos (direitos fundamentais e direito econômico), com o modelo brasileiro, relativo a todas as matérias e o modo de produção das leis, não encontrando limitação na

Confrontando-se o devido processo substantivo com o instituto do *judicial review*, este último é utilizado pelas Cortes americanas para resguardar a independência do Judiciário como poder político, além de assegurar as garantias constitucionais básicas do cidadão em face da intrusão e opressão do Estado, consubstanciada em leis ou atos administrativos. Nesse caso, o juízo de compatibilidade é empreendido tendo como objeto a lei e, como parâmetro de confronto, a Constituição, podendo aquela ser declarada nula em caso de inconformidade com a segunda. Já o devido processo substantivo possui um componente extra, pelo qual se afasta da lei o caráter positivista de reger os comportamentos em sociedade, para ser vista em uma concepção negativa, pela qual certos direitos do cidadão, tidos como fundamentais, não podem sofrer ingerências estatais, ressalvados os casos de comprovado interesse público, aferidos de forma prévia, real e concreta, que justifique a relativização do direito, sem nulificá-lo por inteiro, mantendo a sua integridade.

Se pelo *judicial review*, instituído, em 1803, por *John Marshall*, o Judiciário equiparou-se, em dignidade e autonomia, aos demais ramos governamentais, na medida em que, ao exercer sua missão constitucional, passou a ter o poder de anular leis do Congresso e atos administrativos do Executivo que não se conformassem, num confronto de validade vertical, com os princípios e normas constitucionais, com o *substantive due process of law* o Judiciário elevou-se ao patamar de poder político, já que, agora, podia adentrar na análise do conteúdo da própria lei, a fim de verificar se fora editada dentro dos pressupostos de justiça, necessidade e razoabilidade. Portanto, o substantivo devido processo apresenta-se como um ‘plus’ em relação ao *judicial review*, aumentando o caráter de energia política desse fragilizado, e sem representatividade, poder político, porém extremamente essencial à preservação da vida democrática da república e como garantia insuperável dos direitos fundamentais do indivíduo.⁸⁶

Esta foi a concepção adotada desde o nascedouro do devido processo substantivo nos Estados Unidos, ainda em meados do século XIX, pela qual o Poder Judiciário, em suas instâncias inferiores, desvendaram este instrumento eficaz e “indispensável à proteção das garantias individuais básicas, objetivando anular uma lei por ser violadora desses direitos fundamentais” (*Wynehamer v. People – New York*, 1856). No caso, um tribunal do Estado de Nova Iorque invalidou uma lei estadual que proibia o consumo de bebida alcoólica, somente pela análise da substância, consignando-se, de forma inédita, que o

Constituição que justifique sua restrição, a ser aferida *in concreto*. Também tratando da intervenção no domínio econômico na evolução do federalismo norte-americano e do devido processo substantivo: PEREIRA, 2008, p. 50.

⁸⁶ SILVEIRA, 2001, p. 421-422.

devido processo, além de tutelar o modo do procedimento, deve proteger igualmente o conteúdo substantivo da legislação.

Já no ano seguinte, a aplicação do princípio foi ratificada pela Suprema Corte, sob o comando do *Chief Justice Taney* (1837-1864) malgrado o teor discriminatório que o caso envolvia. Trata-se do famoso caso *Dred Scott v. Sandford*, de 1857, no qual Taney consignou que “uma lei que retira do cidadão sua propriedade sobre escravos, simplesmente porque ele os leva a outro território, é arbitrária e desarrazoada e, portanto, violadora do devido processo.” (“a law which deprives a citizen of his property in slaves simply because he brings such property into a territory is arbitrary and unreasonable and hence violative of due process.”) Foi dessa forma, desastrada, diga-se de passagem, que a Suprema Corte inaugurou a interpretação do *due process of law* em sua vertente substantiva e, concomitantemente, dizia não poder o Congresso legislar proibindo a escravidão em um território federal. Entre os fundamentos do aresto, consignou-se, inclusive, a ilegitimidade processual de Dred Scott para estar em juízo, por não ser pessoa no conceito constitucional, devendo a controvérsia ser solucionada à luz do direito de propriedade. Isso em um período em que o Congresso justamente tentava limitar a escravidão nos Estados do sul do país, o que acabou por contribuir para o início da guerra civil. Como consequência, o devido processo substantivo permaneceu uma década sem ser aplicado, até a ratificação da 14ª Emenda à Constituição americana em 09 de julho de 1868.

Alguns outros polêmicos precedentes trouxeram diversas críticas à aplicação do devido processo substantivo. Ele teria sido considerado o instrumento errado para proteção dos direitos substantivos, devendo ser utilizado, em seu lugar, com o advento da décima quarta Emenda à Constituição de 1787, a cláusula pela qual os Estados não poderiam restringir os privilégios ou imunidades dos cidadãos dos Estados Unidos (Seção 1, segunda parte). Porém, a Suprema Corte deu interpretação extremamente restrita a esta cláusula, evitando que o dispositivo fosse utilizado na proteção dos direitos fundamentais, mantendo-se a aplicação, para tanto, do devido processo substantivo, criticado por ser inapropriado. Aliás, muitas censuras ao princípio repousam justamente na proteção de direitos não expressamente enumerados pela Constituição empreendida pela Suprema Corte, que atuaria de forma ilegítima⁸⁷. Inicialmente, a garantia tutelava liberdades

⁸⁷ “Já que não estão mencionadas na Constituição nem a liberdade de decidir interromper a gravidez e nem a liberdade de trabalhar por menos de quatro dólares por hora, não é possível definir a medida constitucional dos valores, sem a adoção de algum recurso de sistema de valores que seja pelo menos parcialmente externo

econômicas e a liberdade de contratar como direito fundamental. Posteriormente, prestou-se à proteção da privacidade e da autonomia pessoal. Nesta evolução, a aplicação da cláusula em questões polêmicas como a limitação da jornada de trabalho de padeiros (*Lochner v. New York*) e a permissão do aborto (*Roe v. Wade*) serviram para fomentar ainda mais críticas.

Em contrapartida, argumentava-se que o devido processo substantivo trazia limites consideráveis ao governo, constituindo “uma restrição ao legislativo bem como aos poderes executivo e judicial do governo, e não pode ser interpretado como para deixar o congresso livre para fazer qualquer ‘due process of law’, pela sua mera vontade”, segundo a Suprema Corte, como assentado em *Murray’s Lessee v. Hoboken Land & Improv. Co.*, em 1856. Conclui-se, então, que o devido processo incorporou disposições do *Bill of Rights* consideradas fundamentais e protegeu estes direitos da interferência do governo, salvo justificativas idôneas.⁸⁸

ao texto da Constituição. [...] por serem humanos, os juízes da Suprema Corte não são capazes de fazer uma separação efetiva entre seus sentimentos íntimos e as prioridades que os deveriam mover, sendo que a subjetividade dessas prioridades e preferências é modelada pela sociedade.” *TRIBE; DORF*, 2007, p. 85-86.

⁸⁸ *CHEMERINSKY*, 2006, p. 547-548. No mesmo sentido: *Idem*, 2000, p. 1332-1334. Afirma o autor, além do desconforto causado com a ampliação do devido processo para a tutela de direitos não previstos expressamente na Constituição: “The Bill of Rights itself had since 1833 been held inapplicable to the states and their subdivisions, and the Supreme Court in the 1870s rendered the Fourteenth Amendment’s Privileges or Immunities Clause essentially meaningless and suggested that the Equal Protection Clause would have little applicability outside the context of racial discrimination. Thus, the federal judiciary settled, as of around 1890s, on the most logical remaining candidate: the Fourteenth Amendment’s command that no state deprive ‘any person of life, liberty, or property, without due process of law’.” (“O próprio *Bill of Rights* foi considerado inaplicável desde 1833 aos Estados e suas subdivisões e a Suprema Corte nos anos de 1870 considerava os privilégios e imunidades da 14ª Emenda essencialmente sem sentido e sugeriu que a cláusula de Proteção Igualitária teria certa aplicação fora do contexto de discriminação racial. Assim, o judiciário federal optou, por volta dos anos de 1890, pelo mais lógico preceito remanescente: o comando da 14ª Emenda pelo qual os estados não podem privar qualquer pessoa de sua vida, liberdade ou propriedade sem o devido processo legal” – tradução livre). Já *Massey* após analisar a extensão do devido processo substantivo na proteção de direitos não expressos na Constituição e as duas “eras” do princípio traz os seguintes questionamentos: “Is the Court the best mechanism to ensure government observance of ‘fundamental’ but constitutionally unexpressed rights? The answer may depend on your view of the legitimate scope of judicial review. Should such unwritten rights be left entirely to legislative discretion? If the answer is no because of fears about oppressive legislation produced by representatives responding to majority sentiment, does that suggest a heightened role for the Court to exercise judicial review to make the democratic process as fair as possible? Is there a middle ground between judicial and legislative supremacy? Is the Court free to locate unwritten rights, assimilate them into the Constitution, and enforce them against governments? If so, are the criteria by which the Court selects the unwritten rights it will enforce sufficiently connected to the Constitution to fetter judicial whim in the selection process? Is it possible to phrase such criteria to confine judicial subjectivity? What makes substantive due process illegitimate when used to enforce unwritten economic liberties, but legitimate when used to enforce unwritten non-economic liberties?” *MASSEY*, 2009, p. 444-445. (“A Corte é o melhor mecanismo para assegurar respeito do Estado aos direitos ‘fundamentais’ não explícitos? A resposta pode depender do ponto de vista do escopo de legitimidade do *judicial review*. Devem tais direitos implícitos ser deixados inteiramente à discricção legislativa? Se a resposta for não, devido ao temor de opressão legislativa causada pelos parlamentares respondendo ao sentimento da maioria, isto sugere um papel mais importante para a Corte apreciar o *judicial review* de modo a fazê-lo da forma mais democrática e justa possível? Há um meio termo entre a supremacia judicial e legislativa? A Corte é livre para declarar direitos implícitos e fundamentá-los na Constituição para fazê-los valer contra os governantes?”

Assim, há de se levar em consideração a advertência de que, enquanto o devido processo legal procedimental seria um “instrumento privilegiado para a resolução de conflitos”, a vertente substantiva deve ser adotada com parcimônia, na medida em que outorga ao Judiciário – poder não majoritário – a competência para avaliar e, se for o caso, rechaçar as decisões dos outros dois Poderes, perpetradas em seu âmbito de discricionariedade, tendo por parâmetros o respeito aos direitos fundamentais no tocante à razoabilidade e proporcionalidade.⁸⁹

De todo modo e mesmo com certos contratempos, o devido processo em ambas as vertentes tem mais de um século e meio de história no direito americano, período no qual, como não poderia deixar de ser, os precedentes se incumbiram de refinar a aplicação do princípio, tendo como norte a verificação de compatibilidade do comando legal frente à Constituição.⁹⁰

Inicialmente a garantia do devido processo circunscrevia-se à proteção do trinômio vida-liberdade-propriedade, excluindo-se outros direitos, inclusive aqueles constantes do *Bill of Rights*. Foi o *Justice Hugo Black* (1937-1971) que se incumbiu de formular as bases da chamada doutrina da “incorporação”, pela qual o devido processo, juntamente com o princípio da igualdade, deveria incidir em colmatação aos demais direitos individuais das primeiras oito emendas à Constituição dos Estados Unidos. Atualmente, a expansão é ainda maior, constatando-se que a jurisprudência americana incumbiu-se de irradiar os efeitos do devido processo a direitos que nem mesmo encontram-se previstos na

Se sim, os critérios utilizados pela Corte para determinar os direitos implícitos são suficientemente lastreados na Constituição para inibir caprichos do juiz no processo de seleção dos direitos? É possível fixar critérios de modo a confinar a subjetividade judicial? O que torna o devido processo substantivo ilegítimo quando usado para fazer valer liberdades econômicas, mas legítimo quando usado para impor liberdades implícitas não-econômicas?” – tradução livre)

⁸⁹ VIEIRA, 2006, p. 482. Para considerações específicas e distintivas dos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade: CASTRO, 2010, p. 190 et seq.

⁹⁰ “An orderly proceeding wherein a person is served with notice, actual or constructive, and has an opportunity to be heard and to enforce and protect his rights before a court having power to hear and determine the case. Phrase means that no person shall be deprived of life, liberty, property or of any right granted him by statute, unless matter involved first shall have been adjudicated against him upon trial conducted according to established rules regulating judicial proceedings, and it forbids condemnation without a hearing.” (“Um procedimento ordenado no qual uma pessoa é provida de prévia notificação atual e substancial, bem como tem a oportunidade de ser ouvida e ver salvaguardados os seus direitos perante uma corte competente para apreciar e julgar o caso. Esta frase significa que nenhuma pessoa será desprovida de sua vida, liberdade ou seus bens ou qualquer direito garantido pelas leis, salvo se a questão apreciada tenha sido primeiramente apresentada contra ela em julgamento conduzido de acordo com as regras reguladoras dos procedimentos judiciais, o que proíbe condenações sem uma audiência” – tradução livre). BLACK, 1991, p. 346 e 997. No mesmo sentido: SILVEIRA, 2001, p. 245-246 e 417-420. O autor acrescenta que, tanto nos Estados Unidos como no Brasil, o devido processo também incide em relação aos regulamentos e atos administrativos deles decorrentes. Ibid., p. 259. Corroborando a contribuição da Suprema Corte no caso *Dred Scott* para a Guerra de Secessão: SHANOR, 2009, p. 06-07; e PEREIRA, 2008, p. 20.

Constituição, embora decorressem dos princípios por ela adotados, como o caso da privacidade.

Podem ainda ser mencionados, como direitos extraídos do devido processo, em matéria criminal, segundo entendimento da Suprema Corte: aviso tempestivo de audiência ou julgamento que informe ao réu as acusações em face dele; oportunidade de confrontar os acusadores e apresentar provas por si próprio perante um júri ou juiz imparcial; presunção de inocência pela qual a culpa deve ser provada mediante meios legalmente obtidos e o veredito deve estar fundamentado nas provas apresentadas; direito do acusado ser advertido de seus direitos constitucionais desde o início do processo penal; proteção contra a autoincriminação; assistência de advogado em todas as fases importantes do processo; e garantia do cidadão não ser julgado mais de uma vez pelo mesmo delito (duplo perigo – *bis in idem*)⁹¹.

Situação semelhante é vivenciada no Brasil, cujo fundamento para ampliação do leque de direitos fundamentais encontra-se positivado na norma de encerramento do art. 5º, § 2º da Constituição Federal. Por isso, é correto asseverar que o devido processo, hodiernamente, é dotado de alta relevância para a defesa dos direitos, alcance jamais imaginado quando de sua concepção na Magna Carta inglesa. E assim deve ser, para que produza efeito prático. “Caso o devido processo legal se contentasse com a mera aprovação da lei, não haveria qualquer limitação à atuação do Poder Legislativo, o que tornaria o preceito inútil”, mera reprodução do princípio da legalidade do art. 5º, II, como assentou o Min. Moreira Alves.⁹²

Tomando por base o valor moralidade política, ao tratar do não recrutamento militar por razões de consciência, pontificou Dworkin que as cláusulas do devido processo e da igual proteção perante a lei “injeta[m] uma extraordinária quantidade de elementos de nossa moralidade política na questão da validade de uma lei”.⁹³

A magnitude do devido processo substantivo na Suprema Corte dos Estados Unidos também é reconhecida pela doutrina:

Uma análise de decisões norte-americanas, dos últimos 150 anos, demonstra como o Devido Processo, pela sua face substantiva, tem sido o fundamento, sempre que a Suprema Corte se manifesta sobre contundentes questões que lhe são apresentadas: direito ao aborto, direitos dos homossexuais, suicídio assistido,

⁹¹ BLACK, 1991, p. 347.

⁹² STF, ADI 958-3/RJ, TP, m.v., rel. Marco Aurélio, j. 11.05.1994, DJ 25.08.1995. No mesmo sentido: SILVEIRA, 2001, p. 255-259 e 698; YOSHIKAWA, 2007, p. 201-204 e 233.

⁹³ DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Título original: *Taking rights seriously*. Tradução: Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 329.

uso de anticoncepcionais (controle de natalidade), defesa das minorias de uma forma geral, preservação dos mecanismos básicos do regime democrático, fortalecimento da federação sem ameaça às liberdades e direitos individuais e com preservação do equilíbrio federativo, defesa de benefícios sociais (incluídos no conceito de propriedade), defesa da propriedade nas mais variadas nuances que o progresso humano, econômico e social fez surgir, discriminação, igualdade racial, o direito de privacidade e seus inúmeros desdobramentos. Enfim, a força substantiva do Devido Processo está na base de marcantes decisões da Suprema Corte, conformadoras da vida da sociedade norte-americana, em termos materiais, desde meados do século XIX.⁹⁴

Outro aspecto que merece realce diz respeito à incidência do devido processo em relação ao legislador, de forma negativa. Nesse sentido, nos Estados Unidos a cláusula impede o Congresso de inovar o ordenamento jurídico de modo a macular direitos do cidadão sem respaldo em sobrepujante e justificável interesse público, na hipótese de a lei vir a ser questionada em juízo, em sede de *judicial review*, efetivado com supedâneo no critério de razoabilidade. Assim, os dois instrumentos combinados (cláusula do devido processo legal e *judicial review*) atuam como salvaguarda do cidadão em face de eventuais ações arbitrárias do Estado, mesmo quando estas estejam resguardadas em leis aprovadas pelos poderes constituídos.

Este juízo de constitucionalidade tanto é feito sob o ponto de vista formal, ou seja, do procedimento de edição da lei, como também do conteúdo, sob o crivo da moralidade e justiça da norma, considerando a expectativa geral de o Estado sempre estabelecer uma “ordem jurídica justa”. Tal controle constitui mecanismo salutar de freios e contrapesos que corporifica o Judiciário como poder político, valorizando o princípio da separação dos Poderes.⁹⁵

O desenvolvimento e o regramento do processo são emanados da representação popular, na medida em que os representantes do povo, no exercício de atividade típica, estabelecem o procedimento de acordo com a lei. Por seu turno, a lei, no dizer de Rousseau, une os direitos aos deveres, reconduzindo a justiça a seu objeto.⁹⁶ Assim, o legislador deve estar cômico da importância de seu dever, para não obstaculizar o Poder Judiciário de exercer, igualmente, sua função precípua.

⁹⁴ PEREIRA, 2008, p. 20.

⁹⁵ SILVEIRA, 2001, p. 260-261 e 265-266. O autor também vislumbra a inconstitucionalidade da norma redigida de forma “vaga, imprecisa, de modo a não ser entendida pelo cidadão comum”, hipótese que gera confusão sobre o seu âmbito e extensão de proteção do comando legal. Diferentemente, na Inglaterra não se admitiu o controle judicial sobre a atuação do venerado Parlamento, conforme anota FERREIRA, M. A. G., 2004, p. 21-23; e CASTRO, 2010, p. 225-229.

⁹⁶ ROUSSEAU, Jean Jacques. *Do Contrato Social*. Tradução de José Cretella Júnior e Agnes Cretella. São Paulo: RT, 2002, p. 57.

Esta roupagem moderna do devido processo abre espaço para o chamado ativismo judicial, que enfrenta o conservadorismo e a inércia do Poder Judiciário, bem como a interpretação sempre restritiva dos comandos legais, para dar lugar a uma visão progressista, que expande ainda mais o princípio do devido processo e imprime uma feição política ao papel constitucional da Justiça.

Não se pode, contudo, olvidar das críticas, no sentido de que a declaração de inconstitucionalidade de uma norma, não por afronta a norma expressa na Constituição, mas pela falta de razoabilidade, foi, para alguns, e continua sendo, um exemplo de “tirania judicial”. Tal raciocínio teria impelido o *Chief Justice Waite*, ao sustentar que “para obter proteção contra os abusos das assembleias legislativas, o povo deve recorrer às urnas, não aos tribunais.”⁹⁷

Este fenômeno ganhou força nos Estados Unidos especialmente no período de 1953-1969, chamado de *Warren Court*, no qual foram proferidas decisões da Suprema Corte consideradas como marcos históricos, tendo como foco a proteção dos direitos do réu em matéria criminal.⁹⁸

Antes de se trazer à baila tais precedentes, é de fundamental importância observar que, nos Estados Unidos, o procedimento judicial criminal somente tem início, formalmente, quando o acusado se declara inocente, pleiteando um julgamento pelo *trial by jury*, a fim de exercer o seu direito de defesa dentro de um devido processo legal, culminando num veredito equânime e imparcial. Nesse sentido, o *due process* constitui um direito constitucional subjetivo dos acusados, que, como regra, dele podem dispor quanto ao seu efetivo exercício e ter sua culpa negociada. A cláusula relaciona-se com a busca da verdade e produção das provas, bem como o julgamento perante o júri. O procedimento do *plea bargaining* norte americano tem a vantagem de reduzir os custos do processo e o número de casos em tramitação, proporcionando maior eficiência administrativa e celeridade da Justiça, além de reduzir o volume de feitos para o Ministério Público, que pode dedicar mais tempo aos casos de maior relevância. Por fim, extrai-se do devido processo legal a garantia do *fair notice*, consistente na ciência da acusação imputada desde a fase pré-processual; além de garantias implícitas como a de ter um *day in the Court*, ouitiva prévia à audiência judicial (*prompt hearing*), que asseguram o direito à defesa

⁹⁷ “For protection against abuses by the legislatures the people must resort to the polls, not to the courts”. YOSHIKAWA, 2007, p. 175 e 185.

⁹⁸ SILVEIRA, 2001, p. 309-310.

pessoal do acusado perante a autoridade judiciária; e o *privilege against self incrimination*⁹⁹.

Bem ilustra a explanação acima o caso *Gideon v. Wainwright*, de 1963, em que o primeiro foi condenado por furto e, sendo pobre, não pode contratar um advogado para sua defesa e não lhe foi nomeado um defensor, em razão de a lei do Estado da Flórida somente tê-lo como obrigatório para crimes graves (*capital offenses*). No caso, a Suprema Corte anulou precedente anterior que rechaçava a assistência jurídica como direito fundamental inerente ao devido processo. Posteriormente, em *Miranda v. Arizona*, de 1966, a Suprema Corte reverteu uma condenação pela justiça estadual por sequestro e estupro, decorrente de confissão obtida na polícia, sem que tenha sido assegurado, de forma indubitável, o direito de o acusado permanecer em silêncio, além de ser assistido por um advogado, contratado ou dativo.

Outros casos possibilitam o reconhecimento de uma variedade de garantias na esfera criminal, em que a não observância do devido processo legal acarreta a invalidade do ato, tais como a revogação de condições de soltura, do livramento condicional, do *sursis* e de regalias de presos por bom comportamento; a transferência de preso para manicômio ou hospital psiquiátrico; e a nomeação de advogado dativo sem tempo hábil para exercer o direito de defesa do acusado de forma efetiva, na preparação e julgamento de um caso capital. Já no período da chamada *Court Burger*, o direito à assistência jurídica foi ampliado para abranger a assistência psiquiátrica (*Argensinger v. Hamlin*, em 1972).¹⁰⁰ Todas as decisões refletem a extensão dos efeitos do devido processo legal, como garantia constitucional, inclusive derogando a legislação estadual em sentido contrário.

Esta abordagem permite anuir à seguinte síntese do alcance do devido processo substantivo:

A cláusula é vista: a) como a sede constitucional unificadora da Doutrina do Devido Processo substantivo e, portanto, como seu epicentro; b) como veículo (*vehicle*) ou ferramenta (*tool*) para proteger, em termos materiais, a vida, a liberdade e a propriedade; c) como a fonte autorizadora das idéias de mobilidade constitucional; d) como elo de ligação da nova ordem constitucional rígida norte-americana com a herança libertária oriunda da pátria-mãe, a Inglaterra; e) como instrumento de harmonização, em termos de direitos e liberdades civis, das

⁹⁹ FERREIRA, M. A. G., 2004, p. 09-10; 36-37; 72-73; 82-83 e 94. O autor contrasta o sistema americano do *Plea bargaining* com brasileiro, pelo qual vigora a indisponibilidade do procedimento e do direito de defesa, além do sigilo do inquérito. Em relação ao privilégio contra a autoincriminação, oriundo do brocardo *Nemo tenetur se detegere*, esta teria dado origem, no Brasil, ao direito de permanecer em silêncio (art. 5º, inciso LXIII, CRFB).

¹⁰⁰ SILVEIRA, 2001, p. 312-313; 317-319. Contudo, tal amplitude do devido processo, revela o autor, já passou por restrições, a fim de combater e reprimir a criminalidade.

ordens constitucionais nacional e estaduais, de modo a fazer prevalecer e garantir, em todo o território nacional, a cidadania nacional; f) como fonte de autoridade para o Poder Judiciário controlar a tensão federativa; g) como fonte de que emergem todos os direitos e liberdades civis, explícitos ou implícitos, inclusive a igual proteção da lei, e h) como fonte (principalmente pela via da *liberty due process clause*) de inúmeros novos direitos substantivos não contemplados explicitamente pela Constituição (intimidade, palavra, aborto etc).¹⁰¹

Um direito inerente ao devido processo, ainda controvertido nos dias de hoje, diz respeito ao chamado duplo grau de jurisdição, pelo qual estaria garantido, ao final do julgamento, o acesso às instâncias superiores para nova análise do mérito da decisão. A controvérsia tem relação direta com a celeridade processual, princípio constitucional radicado no devido processo a ser analisado adiante.

Poder-se-ia sustentar haver este direito como decorrência do regime democrático e do governo republicano. Contudo, a Suprema Corte dos Estados Unidos entende que não haveria um direito constitucional ao apelo, mas apenas de efetivo acesso ao recurso nos casos e condições em que estiver disponível. Já no Brasil, estaria assegurada a garantia ao ter a Constituição incorporado a apelação como condição necessária para o exercício da ampla defesa, que integra o conceito de devido processo legal, além da previsão de competências recursais dos diversos tribunais e da obrigatoriedade de fundamentação das decisões administrativas e judiciárias. Todavia, tal garantia estaria restrita à instância ordinária, ou seja, à decisão e à revisão, não abrangendo as instâncias superiores (em regra para reexame exclusivo de questões de direito), fora dos casos previstos em lei, atendidos os pressupostos específicos para tanto. É a exegese ainda atual do Supremo Tribunal Federal¹⁰². Na Argentina, a jurisprudência reiterada da Corte Suprema tampouco reconhece o acesso a dupla ou múltiplas instâncias como uma garantia constitucional do devido processo.¹⁰³ O panorama não difere no Chile.¹⁰⁴

¹⁰¹ PEREIRA, 2008, p. 112.

¹⁰² STF, RHC 79.785-7/RJ, TP, m.v., rel. Sepúlveda Pertence, j. 29.03.2000, DJ 22.11.2002. No mesmo sentido: SILVEIRA, 2001, p. 325-329; MENDES, Gilmar Ferreira. *Proteção judicial dos direitos fundamentais* in LEITE, George Salomão e SARLET, Ingo Wolfgang (coord.) *Direitos Fundamentais e Estado Constitucional: estudos em homenagem a J. J. Gomes Canotilho*. São Paulo e Coimbra: RT e Coimbra, 2009, p. 376-379. Anota o ministro que a garantia absoluta do duplo grau de jurisdição colocaria em xeque a segurança jurídica, protegida pela coisa julgada, restringindo-se o duplo grau às hipóteses constitucionalmente asseguradas, diante do modelo jurisdicional positivado pela Constituição, inclusive em face do Pacto de San José da Costa Rica. Não obstante, salienta ser possível, com o advento da EC 45/2004, que acrescentou ao art. 5º um § 3º, a instituição de outros mecanismos para efetivação do princípio, embora subordinados aos mesmos requisitos para aprovação das emendas constitucionais.

¹⁰³ SAGÜÉS, 2003b, p. 788.

¹⁰⁴ EGAÑA, José Luis Cea. *Derecho Constitucional Chileno – Derechos, Deberes y Garantías*. Tomo II. Santiago: Ediciones Universidad Católica de Chile, 2003, p. 144; e CUADRA, 2004a, p. 147.

De fato, a Constituição brasileira não alude a um direito geral e irrestrito às instâncias superiores, ainda que preveja diversas competências recursais dos órgãos do Poder Judiciário. Todavia, não se pode esquecer que a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, de 1969 (Pacto de San José da Costa Rica), ratificada pelo Brasil em 1992, assegura aos acusados de um delito, o “direito de recorrer da sentença a juiz ou tribunal superior” (artigo 8º, 2, *h*).

Verifica-se o acentuado papel do princípio do devido processo legal na seara criminal, dando magnífico respaldo ao direito de defesa do réu. Porém, é possível apontar-se igualmente, na área cível, a incidência da cláusula do devido processo. Em geral, esta aplicação diz respeito aos feitos judiciais – embora, por mandamento constitucional do art. 5º, inciso LIV, também deve incidir nos processos administrativos.¹⁰⁵ Em relação ao devido processo procedimental, tem-se um processo justo e adequado, informado pelos direitos fundamentais¹⁰⁶, com lealdade e boa-fé de todos os seus integrantes, aplicando o direito material sem se descurar das exigências do caso concreto para resultar numa proteção judicial efetiva. Relaciona-se, assim, a posições jurídicas fundamentais, que abrangem as garantias do contraditório e da ampla defesa, além de outras como juiz natural e duração razoável do processo, cabendo às autoridades competentes oportunizar o exercício do direito de defesa antes da imposição de qualquer medida sancionadora, de ordem civil ou penal.

É possível, aqui, trasladar a noção de direitos humanos *fundamentais* e *operacionais* concebida por Sérgio Resende de Barros, para quem os primeiros são

¹⁰⁵ “Seja por ignorância, seja pelo arbítrio, ela sempre foi relegada ao limbo pelas autoridades executivas”. SILVEIRA, 2001, p. 331. O autor então passa a expor diversos campos de aplicação do devido processo, fazendo alusão ao princípio da inocência, o inquérito policial, mandado de busca e apreensão, provas obtidas por meios ilícitos, sigilo das comunicações de dados bancários, posição de igualdade processual das partes, intimação pessoal do Ministério Público, utilização de bafômetro e seringas para extração de sangue ou outras matérias, julgamento por juiz natural, direito de acesso à prova, efeitos da revelia e julgamento pelo júri. Ibid, p. 331-415. E, no âmbito administrativo, colaciona exemplos de atos que não observam o devido processo legal: aplicação de multa de trânsito pela só notificação da imposição da penalidade, cancelamento de aposentadoria pelo INSS, mesmo após a descoberta da fraude na sua obtenção, mediante simples oitiva do beneficiário, sem oportunidade de defesa prévia, ou corte de gratificação já incorporada, com base em lei, ao servidor público, mediante portaria em que se alega erro na sua concessão, aplicação de penalidade administrativa ao servidor sem prévia sindicância ou procedimento administrativo, ou ainda desproporcional à latitude do ilícito ou por autoridade incompetente; exigência de depósito ou pagamento de taxa ou multa prévia para admissibilidade de recurso ordinário administrativo ou judicial; ato administrativo comprovadamente imoral ou não razoável quanto aos fins almejados, ainda que recoberto de legalidade. Ibid, p. 299-301.

¹⁰⁶ Segundo Canotilho, “a ideia de procedimento/processo continua a ser valorada como dimensão indissociável dos direitos fundamentais. Todavia, a participação *no* e *através* do procedimento já não é um instrumento funcional e complementar da democracia, mas sim uma dimensão intrínseca dos direitos fundamentais.” CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Estudos sobre direitos fundamentais*. Coimbra: Coimbra, 2004, p. 74.

estruturais, principais, enquanto os segundos são conjunturais, subsidiários em relação àqueles, embora ambas as categorias ocupem o mesmo espaço institucional, compondo um único instituto jurídico dos direitos humanos. Assim como Eros Grau, que anota que o direito não se interpreta em tiras, aos pedaços¹⁰⁷, Barros parte do pressuposto de que os princípios não devem ser analisados de forma estanque ou isolada, mas serem relativizados para se aferir suas relações com os demais princípios, dialeticamente.¹⁰⁸ Desse modo, é possível empreender o seguinte raciocínio: o princípio do devido processo legal pode ser considerado fundamental em relação aos princípios do contraditório, da ampla defesa e do juiz natural, que seriam seus princípios operacionais (aqui tratados como consectários lógicos), isto é, princípios que visam implementar o princípio maior do devido processo. Este, por seu turno, pode ser compreendido como princípio operacional do Estado de Direito e da defesa da Constituição, de modo que todo procedimento não pode descurar-se das garantias processuais das partes (aspecto procedimental), nem o legislador pode atuar desnortado dos valores da proporcionalidade e da razoabilidade (aspecto substancial) e de outros mais comezinhos eleitos pelo constituinte.

Aliás, Siqueira Castro concebe o devido processo como um estágio superior e hipercriativo do dogma da legalidade, erigindo-se este em “ideal supremo de justiça nas nervosas relações entre a autoridade constituída e as autonomias individuais e coletivas”.¹⁰⁹

Não obstante, além de instrumento de garantia do direito de defesa, o devido processo também se presta a caracterizar direito a ações positivas, no tocante à organização e procedimento, ou seja, instrumentos de realização dos direitos fundamentais e “proteção jurídica efetiva”, inclusive para a criação de normas procedimentais e sua aplicação concreta e interpretação pelos tribunais, como ressalta Alexy.¹¹⁰

Semelhante é a lição de Canotilho, ao anotar que o devido processo legal pressupõe regras procedimentais consubstanciadoras de um *processo devido* a amoldar a atividade

¹⁰⁷ “A interpretação de qualquer texto do direito impõe ao intérprete, sempre, em qualquer circunstância, o caminhar pelo percurso que se proteja a partir dele – do texto – até a Constituição. Por isso insisto em que um texto de direito isolado, destacado, desprendido do sistema jurídico, não expressa significado normativo algum.” GRAU, Eros Roberto. *Ensaio sobre a interpretação/aplicação do direito*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 44; 131-132. No mesmo sentido: CARRAZZA, Roque Antonio. *Curso de direito constitucional tributário*. 26. ed., rev., ampl. e atual. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 45, para quem: “um princípio jurídico é inconcebível em estado de isolamento. Ele – até por exigência do Direito (que forma um todo pleno, unitário e harmônico) – se apresenta sempre relacionado com outros princípios e normas, que lhe dão equilíbrio e proporção e lhe reafirmam a importância.”

¹⁰⁸ BARROS, Sérgio Resende de. *Direitos Humanos – Paradoxo da Civilização*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 39.

¹⁰⁹ CASTRO, 2010, p. 133.

¹¹⁰ ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Título original: *Theorie der Grundrechte*. Tradução: Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 474. No mesmo sentido: MATTOS, S. L. W. de, 2009, p. 162-164; 172-173 e 194.

legiferante. Esse tem início desde a criação normativo-legislativa, vinculando a atuação do legislador. Assim, “os objectivos da exigência do processo devido não poderiam ser conseguidos se o legislador pudesse livre e voluntariamente converter qualquer processo em processo equitativo.”¹¹¹

Tais condicionamentos à ação do legislador não impedem, todavia, a desconsideração de procedimentos e formalidades que, no caso concreto, se mostrem inúteis ou desnecessárias à consecução de um processo justo e efetivo.¹¹²

Imperioso, ainda, reconhecer o alcance do devido processo na efetivação do direito de liberdade em sua acepção mais ampla e moderna, abrangendo o aspecto físico e espiritual, a manifestação do pensamento (no que se inclui os pronunciamentos em público), liberdade de reunião, de imprensa e informação, religiosa, sexual, dentre outros aspectos, bem como a privacidade.¹¹³

Enfim, hoje, o devido processo não encontra limitações, doutrinárias ou jurisprudenciais, em sua interpretação e aplicação, conservando-se como um comando aberto, apto a enfrentar a evolução cultural, socioeconômica e tecnológica, como ocorrera com as circunstâncias sociais e os direitos econômicos a partir do *New Deal*. O fato é que o devido processo possibilita o exercício do controle de todos os atos estatais, sejam do Executivo, do Legislativo ou do Judiciário. Trata-se de insuperável “comando de otimização, uma pauta aberta, uma norma dúctil, elástica, sede do indispensável dinamismo evolutivo das prescrições atinentes às liberdades e aos direitos individuais”, permitindo releituras construtivistas e interpretações atualizantes do ordenamento, tendo como essência os valores de justiça, razoabilidade, racionalidade e controle do poder diante do indivíduo.¹¹⁴

Como visto, o devido processo legal remonta à Idade Média, quase oito séculos atrás. Hoje, é possível extrair seu conteúdo, expressa ou implicitamente, interpretando-se o conjunto do texto, da Constituição de diversos países além da Inglaterra e dos Estados Unidos, como Portugal, Espanha, Itália, França e Japão. No Brasil, sua consagração é bem recente, inicialmente restrito à esfera processual penal, alcançando, num segundo

¹¹¹ CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e Teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 493-494.

¹¹² MATTOS, S. L. W. de, 2009, p. 196-197.

¹¹³ SILVEIRA, 2001, p. 699; e NERY JUNIOR, 2004, p. 63.

¹¹⁴ PEREIRA, 2008, p. 67, 75 e 95.

momento, o âmbito cível, até, mais atualmente, chegar à seara dos procedimentos administrativos.¹¹⁵

Nesse sentido, a primeira Constituição brasileira, de 1824, sob o regime imperial de D. Pedro I, nada expressamente consagrou a respeito, salvo de forma vaga, nebulosa e imprecisa em relação aos procedimentos criminais (art. 179, incisos VIII, X e XI). Em grande parte, isto pode ser atribuído à organização política do Império, que atribuía ao monarca, além da chefia do Executivo, um quarto poder, concebido por Benjamin Constant, chamado Moderador, “chave de toda a organização política” (art. 98) que lhe outorgava comando supremo sobre todos os demais, inclusive o Judiciário. Havia, inclusive, previsão para que o rei pudesse suspender os juízes (arts. 101, VII e 154). Deste modo, a garantia de independência da Justiça, ainda que formalmente apregoada (art. 151), tinha seu alcance reduzido, de forma a minar o reconhecimento dos direitos fundamentais, que não poderiam ser devidamente reconhecidos em juízo em face da Coroa.¹¹⁶

A primeira Constituição Republicana, de 1891, não consagrou, outrossim, o devido processo legal, mas expandiu as garantias no campo do processo penal, com o reconhecimento da plena defesa (art. 72, § 16)¹¹⁷. Igualmente as Constituições de 1934, 1937 e 1967, seja pela efêmera duração ou pelo contexto político da época, de cerceamento das liberdades e governos ditatoriais, pouco contribuíram a respeito. Mesmo o texto de 1946, apesar de ampliar os direitos fundamentais, não tratou de forma expressa do devido processo legal. Não obstante, teria surgido como uma garantia nominada, apenas em sua vertente processual ou adjetiva, dos §§ 12 a 16 do art. 153 da Constituição de 1969, em

¹¹⁵ MOURA, 2000, p. 18. A autora aponta que a tradução exata da expressão *due process of law* seria *devido processo da lei*, e não *devido processo legal*, que corresponde a *legal due process*, devendo se distinguir *devido processo da lei* de *devido processo prescrito na lei*, ou seja, *devido processo legal*. Ibid., p. 63. Para os fundamentos extraídos das constituições portuguesa, espanhola, italiana e japonesa, bem como da Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 da França: Ibid., p. 126-128. Ainda no tocante à tradução da expressão, a crítica de Tavares Pereira: “A tradução utilizada pelo constituinte originário brasileiro, focada na dicção procedimental e que, entre outros defeitos, mistura as noções de *law* e lei, é muito criticada pelos especialistas. Esses dois fatos, linguajar procedimentalista e defeito de tradução, atuam como um óbice quase intransponível para se captar o tal alcance substantivo do princípio. Não é um privilégio dos brasileiros essa dificuldade, embora a tradução aqui adotada tenha tornado mais difícil o caminho do entendimento da força substantiva do Devido Processo.” PEREIRA, 2008, p. 19. No mesmo sentido: MATTOS, S. L. W. de, 2009, p. 17; CASTRO, 2010, p. 388.

¹¹⁶ SILVEIRA, 2001, p. 31-32.

¹¹⁷ Sobre a plena defesa, João Barbalho anotou o seguinte comentário ao § 16 do art. 72 da Constituição de 1891: “O pensamento de facilitar amplamente a defesa dos acusados conforma-se bem com o espírito liberal das disposições constitucionais relativas à liberdade individual, que vamos comentando. A lei não quer a perdição d’aquelles que a justiça processa ‘quer só que bem se apure a verdade da accusação e, portanto, todos os meios e expedientes de defesa que não impeçam o descobrimento d’ella devem ser permitidos aos accusados. A lei os deve facultar com largueza, regularizando-os para não tornar tumultuário o processo.” CAVALCANTI, João Barbalho Uchôa. *Constituição Federal Brasileira – Commentarios*. 2. ed. Rio de Janeiro: F. Briguiet e Cia., 1924, p. 436.

especial da garantia de contraditório e ampla defesa, bem como do § 36 do mesmo artigo, semelhante à norma de encerramento contida no atual art. 5º, § 2º sem, contudo, abarcar a dimensão substantiva do princípio nem fazer menção aos direitos constantes de tratados internacionais.¹¹⁸

Assim, somente com o advento da Constituição de 05 de outubro de 1988 é que restou consagrada, de forma expressa e ampla, o devido processo legal, de forma semelhante à garantia da Constituição dos Estados Unidos, nos termos do art. 5º, inciso LIV: “Ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”.

A previsão foi fruto da Emenda Aditiva n. ES24488-4, do deputado constituinte Vivaldo Barbosa, exarando em justificativa o intuito de tornar expresso o devido processo legal advindo do direito anglo-saxão.¹¹⁹

Não obstante, mesmo antes da nova Constituição a doutrina já entendia aplicável o devido processo, ainda que de forma implícita, ante a previsão de seus consectários lógicos, inclusive o devido processo substantivo, motivo pelo qual a positivação não é vista por Ferreira Filho como uma grande novidade.¹²⁰ Por outro lado, registra-se que, para Siqueira Castro, no Brasil vigora uma perigosa indisposição, na doutrina e na jurisprudência, para a aplicação do devido processo como instrumento de controle do mérito dos atos discricionários.¹²¹

Observa-se que a norma faz alusão expressa aos direitos de liberdade e propriedade (esta última na expressão “bens”), mantendo-se a trilogia lockeana *vida, liberdade e propriedade*, sendo a primeira objeto de proteção no *caput* do art. 5º.¹²²

¹¹⁸ CASTRO, 2010, p. 383; SILVEIRA, 2001, p. 34-46; e MATTOS, S. L. W. de, 2009, p. 91.

¹¹⁹ PEREIRA, 2008, p. 17; e MATTOS, S. L. W. de, 2009, p. 20. A respeito da incorporação do princípio com base no direito norte-americano, o autor diz se tratar do fenômeno da “circulação dos modelos jurídicos”, baseada na mera imitação de modelos, ainda que estes “resultem de experiências históricas e linhas evolutivas muito heterogêneas.” Para um retrato completo de toda a tramitação da norma nos trabalhos da Assembleia Nacional Constituinte: CASTRO, 2010, p. 389-391.

¹²⁰ “Pondo-se de lado o aspecto de homenagem ao famoso princípio do direito anglo-americano, é difícil determinar o que trouxe ele de novo para o direito pátrio. Todas as normas que lá fora se arrolam como decorrências deste princípio – e há pouco foram elas explicitadas – já estavam no direito processual constitucional brasileiro. A única projeção que não está ostensiva no nosso direito é o princípio do juiz neutro e imparcial que sempre se considerou implícita e que decorre de normas tradicionais de nosso ordenamento constitucional, segundo se mostra logo em seguida. Quanto ao *due process of law* substantivo, também ele já estava no nosso direito, conforme revelam a doutrina e a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, esta ao aplicar os princípios de razoabilidade e de proporcionalidade (que, aliás, se deduzem do princípio da igualdade, bem entendido).” FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Princípios fundamentais do direito constitucional*. 2. ed. São Paulo: 2010, p. 225.

¹²¹ CASTRO, 2010, p. 161-183, com abundante doutrina e jurisprudência brasileiras.

¹²² SILVEIRA, 2001, p. 47-48. Outros argumentos, além do explanado pelo autor, podem ser mencionados para justificar a ausência da expressa referência ao direito à vida, especialmente a vedação à pena de morte, “salvo em caso de guerra declarada, nos termos do art. 84, XIX”, *ex vi* do art. 5º, inciso XLVII, alínea *a* da CRFB.

Além do inciso LIV, outras garantias do art. 5º podem ser tidas como correlatas ao devido processo legal, como os princípios da legalidade (inciso II), inafastabilidade da jurisdição (inciso XXXV), contraditório e ampla defesa (inciso LV), juiz natural (incisos XXXVII e LIII), irretroatividade das leis (incisos XXXVI, XXXIX e XL), inadmissibilidade das provas obtidas por meios ilícitos (inciso LVI), exigência de ordem judicial para prisão, ressalvada a realizada em flagrante delito (inciso LXI). Outros ainda podem ser lembrados, como a publicidade dos julgamentos e motivação das decisões judiciais (art. 93, inciso IX) e, de forma mais genérica, os princípios da Administração Pública do *caput* do art. 37 (legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência).

Outros dispositivos igualmente poderiam ser lembrados. Há autores, *v.g.*, que fundamentam o devido processo inclusive na dignidade da pessoa humana, por subordinar toda a legislação em um Estado Democrático de Direito, ao lado de legalidade, igualdade e inafastabilidade do controle jurisdicional¹²³. Outros afirmam estar o devido processo e a segurança jurídica umbilicalmente ligados na estrutura de um Estado de direito, sem se descurar da efetividade da jurisdição, constituindo o devido processo “um conjunto de posições jurídicas fundamentais [...] que se relacionam entre si”, o “gênero do qual todos os demais princípios constitucionais do processo são espécies”¹²⁴, sendo o cerne de todas as garantias processuais fundamentais e, quiçá, uma das fontes principais da qual todos os outros direitos do cidadão se irradiam.

Mais especificamente em relação ao devido processo substantivo, sua aplicação em território nacional decorreu de forma natural, sem a ele fazer referência expressa, mas adotando, como razão de decidir, critérios de razoabilidade e proporcionalidade das leis restritivas de direitos, que seriam “princípios ou postulados intercambiáveis, fungíveis entre si”¹²⁵, enquanto outros, como Siqueira Castro afirmam que o Brasil ainda não vivenciou o devido processo substantivo em toda a sua potencialidade.¹²⁶

¹²³ MOURA, 2000, p. 54, 133-135. Para a autora, “o *devido processo legal* é imprescritível na efetivação de um Estado Democrático de Direito”, constituindo um de seus pilares. Já Gilmar Mendes afirma que “tal como a garantia do devido processo legal, o princípio da dignidade da pessoa humana cumpre função subsidiária em relação às garantias constitucionais específicas do processo. Em verdade, a aplicação escoreita ou não dessas garantias é que permite avaliar a real observância dos elementos materiais do Estado de Direito e distinguir a civilização de barbárie.” MENDES, 2009, p. 375.

¹²⁴ MATTOS, S. L. W. de, 2009, p. 188-190, 253, 156-157; e NERY JUNIOR, 2004, p. 60. O autor anota que bastaria o constituinte ter previsto o *due process of law* para que dele “decorressem todas as consequências processuais que garantiriam aos litigantes o direito a um processo e uma sentença justa.”

¹²⁵ STF, ADI(MC) n. 855-2/PR, TP, m.v., rel. Sepúlveda Pertence, j. 1º.07.1993, DJ 01.10.1993. Esta, aliás, é considerada por alguns a primeira decisão do Supremo com fundamento no devido processo substantivo, cf. MATTOS, S. L. W. de, 2009, p. 97, 102 e 128; e YOSHIKAWA, 2007, p. 227. O relatório da ação, porém,

Utilizando expressamente, na fundamentação do acórdão, o princípio do devido processo substantivo, decidiu o Supremo Tribunal Federal:

SUBSTANTIVE DUE PROCESS OF LAW E FUNÇÃO LEGISLATIVA: A cláusula do devido processo legal – objeto de expressa proclamação pelo art. 5º, LIV, da Constituição – deve ser entendida, na abrangência de sua noção conceitual, não só sob o aspecto meramente formal, que impõe restrições de caráter ritual à atuação do Poder Público, mas, sobretudo, em sua dimensão material, que atua como decisivo obstáculo à edição de atos legislativos de conteúdo arbitrário. A essência do substantive due process of law reside na necessidade de proteger os direitos e liberdades das pessoas contra qualquer modalidade de legislação que se revele opressiva ou destituída do necessário coeficiente de razoabilidade.¹²⁷

Nas palavras de Carlos Velloso, restou bem assentada a distinção entre as duas dimensões do devido processo legal, apreciando a constitucionalidade da avaliação periódica das instituições e dos cursos de nível superior (Provão):

‘Due process of law’, com conteúdo substantivo – ‘substantive due process’ – constitui limite ao Legislativo, no sentido de que as leis devem ser elaboradas com justiça, devem ser dotadas de razoabilidade (*reasonableness*) e de racionalidade (*rationality*), devem guardar, segundo W. Holmes, um real e substancial nexa com o objetivo que se quer atingir. Paralelamente, ‘due process of law’, com caráter processual – ‘procedural due process’ – garante às pessoas um procedimento judicial justo, com direito de defesa.¹²⁸

As mencionadas decisões demonstram que o Supremo Tribunal Federal tem seguido os passos da Suprema Corte americana expandindo os horizontes do devido processo legal, especialmente em sua vertente substantiva. Tal constatação, também vista na doutrina nacional, é de grande relevância, especialmente ao se considerar que a vigente Constituição da República tem pouco mais de duas décadas, se comparada aos mais de dois séculos da cláusula no constitucionalismo estadunidense.

Aliás, com a positivação do devido processo legal na Constituição brasileira, restou facilitada a tarefa de eficaz repressão ao abuso do poder de legislar, por meio do controle

afirma já ter sido utilizado o critério da razoabilidade e proporcionalidade para o reconhecimento de inconstitucionalidade das leis, como o voto do Min. Rodrigues Alckmin (relator para o acórdão) na Representação de Inconstitucionalidade n. 930/DF, julgada em longínquos 05 de maio de 1976, relativa à lei que restringia a liberdade de profissão, garantida como direito fundamental na Carta de 1967.

¹²⁶ CASTRO, 2010, p. 383

¹²⁷ STF, ADI(MC) n. 1063/DF, TP, m.v., rel. Celso de Mello, j. 18.05.1994, DJ 27.04.2001.

¹²⁸ STF, ADI(MC) n. 1511-7/DF, TP, m.v., rel. Carlos Velloso, j. 16.10.1996, DJ 06.06.2003.

da razoabilidade das leis¹²⁹, além, é claro, da própria redemocratização do país advinda do novo texto constitucional.

Ademais, é possível afirmar que a razoável duração do processo constitui direito fundamental integrante do devido processo legal, o que restou estabelecido desde o *Bill of Rights* da Constituição dos Estados Unidos, prevendo a *speedy trial clause* e o *due process of law*.

Assim, a tutela jurisdicional deve ser prestada em tempo hábil a assegurar a efetividade do direito, sob pena de denegação de justiça. Afinal, de que adiantaria o respeito às normas processuais se a sua devida aplicação não pudesse viabilizar a concessão tempestiva da tutela jurisdicional? A lentidão da Justiça causa angústia aos litigantes, que necessitam de meios urgentes e garantias judiciais realmente úteis, a fim de se obter resultados concretos sem demoras indevidas¹³⁰.

Aí reside justamente o grande desafio na infindável busca por um processo rápido, que coloca em posições antagônicas direitos individuais do art. 5º da Constituição igualmente salutares: pelo réu, o contraditório e a ampla defesa com os meios e recursos a ela inerentes (inciso LV); pelo autor, o direito de ação e a celeridade da tramitação do processo (incisos XXXV e LXXVIII).

Isto porque a rapidez do processo não conduz, necessariamente, a um processo incólume de qualquer mácula às garantias processuais fundamentais ou evita o cometimento de erros judiciários, devendo o julgador preservar a efetividade tanto do direito à célere tramitação do feito como as garantias da ampla defesa e do contraditório. Desta sorte, não obstante a dificuldade de se valorar e ponderar tais garantias, ao legislador incumbe a instituição de normas processuais que possibilitem a convivência harmônica entre tais direitos da maior relevância. É dizer, o processo, sendo um mal necessário, deve ter seu procedimento abreviado pelo legislador, simplificando-o ao máximo, mas sem prejuízo do contraditório bilateral, inerente ao processo justo¹³¹.

Do exposto, ao se defender o devido processo legal como fundamento para um procedimento dotado de significativa celeridade, não se pode transpor as demais comezinhas garantias das partes, especialmente o contraditório e a ampla defesa. Todos

¹²⁹ YOSHIKAWA, 2007, p. 237; e MATTOS, S. L. W. de, 2009, p. 92-96.

¹³⁰ “La lentitud de la Justicia y su fenomenal costo operativo, que exaspera a la gente y sume en la angustia al litigante del común, empuja a aferrarse *al proceso urgente* y a las contadas garantías judiciales realmente *útiles*, porque llegan a resultados concretos sin demoras indebidas”. MORELLO, Augusto M. *El proceso civil moderno*. La Plata: Platense, 2001, p. 57; e MATTOS, S. L. W. de, 2009, p. 248.

¹³¹ MATTOS, S. L. W. de, 2009, p. 248-249; e ARRUDA ALVIM, José Manuel. *Manual de Direito Processual Civil*. v. 1. 8. ed. São Paulo: RT, 2003, p. 518.

estes preceitos fundamentais devem nortear o julgador, na sua prestação jurisdicional, e o legislador, ao modificar a legislação processual.

Visto de outro modo, a aparente oposição entre técnica e efetividade não há de prosperar. É perfeitamente possível se conciliar uma técnica adequada, pautando-se pelo respeito aos princípios basilares do direito processual, sem, todavia, relegar a efetividade do processo e o acesso à justiça, consubstanciado em uma prestação jurisdicional em prazo razoável e dotada da utilidade necessária.

A tese da efetividade do processo, que ainda será objeto de desenvolvimento, comporta a necessidade de se manter o equilíbrio do sistema, o que não ocorre quando a duração do feito exorbita o razoável no “afã obsessivo de esgotar todas as possibilidades, mínimas que sejam, de apuração dos fatos”. Assim, os valores *celeridade* e *verdade* devem conviver lado a lado, sem que um sobreponha-se sobre o outro, uma vez que não são incompatíveis entre si.¹³²

Feitas tais considerações, é perfeitamente crível admitir-se que a garantia de tempestividade da tutela jurisdicional já era inerente ao sistema processual, como decorrência do devido processo legal, de forma que o preceito expresso apenas tem o condão de explicitar isto, embora aparentemente venha sendo relegado ao esquecimento dos operadores do direito. Além da garantia de acesso aos tribunais e o consequente *direito ao processo*, deve ser assegurada, ainda, a regularidade deste (direito no processo) em tempo breve e justo, a fim de alcançar o seu desiderato de efetividade dos direitos.¹³³

1.2 Acesso à justiça

O acesso à justiça, mais do que um princípio constitucional, é um movimento que tem por escopo tornar a justiça acessível a toda sociedade, sem percalços de qualquer natureza capazes de inviabilizar a busca do direito lesado ou ameaçado. A concretização do ideal de acesso à justiça deve se escorar em instrumentos hábeis em acolher satisfativamente a demanda dos jurisdicionados. Dele se tem registro, de modo mais significativo, a partir da segunda metade do século XX.

¹³² BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Temas de Direito Processual* – Sexta Série. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 22 e 28.

¹³³ Nesse sentido, PALHARINI JÚNIOR, Sidney. *Celeridade processual – garantia constitucional pré-existente à EC n. 45 – alcance da “nova” norma (art. 5º, LXXVIII, da CF)*. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim et al. (Coord.). *Reforma do Judiciário – primeiras reflexões sobre a Emenda n. 45/2004*. São Paulo: RT, 2005, p. 769-770; e CRUZ E TUCCI, José Rogério. *Tempo e processo*. São Paulo: RT, 1997, p. 87-88.

Antes disso, no século XVIII, fortemente marcado pelo liberalismo econômico, limitava-se o acesso à justiça ao mero direito de petição frente ao Estado, de cunho eminentemente formal, restrito àqueles economicamente aptos a arcar com os custos e delongas do processo, bem como à garantia de igualdade formal entre as partes, desconsiderando-se as variadas condições sociais e econômicas destas e desvinculada da imparcialidade da justiça, legitimando a *vingança privada* entre os litigantes. Já no início do século XIX, inicia-se a preocupação com os direitos de segunda geração ou dimensão, de feição social. Com ela, busca-se a criação de mecanismos idôneos a garantir a efetiva participação dos cidadãos e a consagração de direitos¹³⁴, em especial a aclamada igualdade *material* ou *real*.

Aliás, não sem razão, há quem aponte, como base jusfundamental do acesso à justiça, a dignidade da pessoa humana, dada a qualificada relevância de assegurar a realização dos demais direitos fundamentais¹³⁵.

A doutrina inglesa aponta diversas acepções da expressão acesso à justiça, como se verifica na lição de Francioni, *in verbis*:

De um modo geral a expressão é empregada para significar a possibilidade de o indivíduo trazer uma demanda perante uma corte e tê-la julgada. Em um conceito mais qualificado, acesso à justiça é usado para significar o direito de um indivíduo não apenas ingressar numa corte de justiça, mas ter o seu caso apreciado e julgado em conformidade com os padrões de equidade e justiça. Este segundo conceito fornece um padrão de revisão da administração da justiça no Estado onde a violação do direito ocorreu. Finalmente, num sentido mais estrito, acesso à justiça pode ser usado para descrever assistência jurídica aos necessitados, na ausência da qual os remédios judiciais estariam disponíveis apenas para aqueles que dispusessem de recursos financeiros necessários para adimplir o, muitas vezes proibitivo, custo dos advogados e as custas da administração da justiça (tradução livre).

O autor ainda afirma que a expressão acesso à justiça também usada ordinariamente como sinônimo de *proteção judicial*, ou seja, o direito de procurar um remédio perante uma corte ou tribunal constituído legalmente e que possa garantir independência e

¹³⁴ ANNONI, Danielle. *O direito humano de acesso à justiça no Brasil*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2008, p. 60-61 e 78. Criticando a divisão dos direitos em gerações, considerando a continuidade dos direitos humanos: BARROS, Sérgio Resende de. *Contribuição Dialética para o Constitucionalismo*. Campinas: Millennium, 2008, p. 235.

¹³⁵ DUARTE, Ronnie Preuss. *Garantia de acesso á justiça – Os direitos processuais fundamentais*. Coimbra: Coimbra, 2007, p. 86.

imparcialidade na aplicação do direito¹³⁶, valores dos mais mezinhas para a labuta jurisdicional no entender de Benjamin Constant.¹³⁷

Pode-se dizer que o acesso à justiça corporifica o Estado de Direito, na medida em que revela-se fundamental, para que um Estado faça valer seu ordenamento jurídico, a existência de um sistema no qual todo aquele que sofra, efetiva ou potencialmente, uma lesão a determinado direito, possa obter a devida reparação. Caso contrário, as leis não passarão de declarações de boas intenções, que beneficiam apenas aqueles dotados do poder de se impor perante os demais. Trata-se de “direito geral de proteção jurídica, cujo asseguração é dever inarredável do Estado em face dos cidadãos sendo, ainda, uma imposição do ideal democrático”¹³⁸.

Pode ainda ser considerado como o “acesso aos aparelhos do poder judiciário [...] aos valores e direitos fundamentais do ser humano” ou, numa concepção mais abrangente, um acesso à ordem jurídica justa, que não se limita ao processo e ao Poder Judiciário. Abrange, igualmente, tutela extraprocessual, como a educação e a conscientização a respeito dos próprios direitos (a chamada cidadania participativa), bem como a orientação jurídica em geral.¹³⁹

É imperioso reconhecer que o sistema judiciário, embora sofisticado, é lento e caro; conquanto seja formalmente apreciável, despense tempo e dinheiro dos jurisdicionados.

O movimento de acesso à justiça idealizado por Mauro Cappelletti e Bryant Garth, teria como fases de evolução a assistência judiciária, a representação jurídica para os interesses metaindividuais e, por fim, um *enfoque de acesso à justiça*, que representa a tentativa de se combater as barreiras ao acesso de modo articulado e compreensivo.¹⁴⁰

¹³⁶ “In a general manner it is employed to signify the possibility for the individual to bring a claim before a court and have a court adjudicate it. In a more qualified meaning access to justice is used to signify the right of an individual not only to enter a court of law, but to have his or her case heard and adjudicated in accordance with substantive standards of fairness and justice. In this second meaning it provides a standard of review of the administration of justice in the state where the infringement of a right has occurred. Finally, in a narrower sense, access to justice can be used to describe the legal aid for the needy, in the absence of which judicial remedies would be available only to those who dispose of the financial resources necessary to meet the, often prohibitive, cost of the lawyers and the administration of justice.” FRANCIONI, Francesco. *Access to Justice as a Human Right*. Oxford: Oxford University Press, 2007, p. 01 e 03.

¹³⁷ “Um juiz amovível ou destituível é mais perigoso do que um juiz que comprou seu emprego. Comprar seu cargo é uma coisa menos corrupta do que estar sempre temendo perdê-lo.” REBEQUE, 2005, p. 162.

¹³⁸ DUARTE, 2007, p. 88-89.

¹³⁹ MATTOS, Fernando Pagani. *Acesso à Justiça: um Princípio em Busca de Efetivação*. Curitiba: Juruá, 2009, p. 60; e MARMELSTEIN, George. *Curso de Direitos Fundamentais*. São Paulo: Atlas, 2008, p. 293, que também inclui, no âmbito do acesso à justiça, a formatação de “um processo justo, adequado, transparente, barato, simples, efetivo e democrático”.

¹⁴⁰ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant, *Acesso à Justiça*. Tradução: Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1998, p. 31-73.

A primeira das três ondas foi a busca da democratização do acesso aos órgãos jurisdicionais, por meio do favorecimento das parcelas mais carentes da população, justamente as mais necessitadas de amparo estatal visando o reconhecimento de direitos tantas vezes ignorados.

No Brasil, o Poder Judiciário, desde suas origens, resulta dos movimentos burgueses do século XVIII de cunho eminentemente liberal e marcado pelo individualismo em curso na Europa. Neste liberalismo o Estado soberano fazia-se presente como detentor de todo o Poder Político, inclusive chamando para si o monopólio da Justiça. Tal contexto, aliado à carência econômica de grande parte da população, o desconhecimento dos direitos básicos, entre outros fatores, em especial a morosidade da tutela jurisdicional, vieram a constituir os principais entraves ao acesso à justiça.¹⁴¹ Assim, imperava a frase de Ovídio: *Curia pauperibus clausa est* (O tribunal está fechado para os pobres).

Deveras, é de se proteger esta parcela especial da população, tendo em vista que a Justiça *é para todos*. Aqueles impossibilitados economicamente de arcar com as despesas de um processo não podem ser excluídos. O acesso à justiça, leciona Canotilho, “é um acesso materialmente informado pelo princípio da igualdade de oportunidades”.¹⁴²

Nesse sentido, determina a Constituição brasileira que o Estado deve conceder *assistência jurídica integral e gratuita* (art. 5º, inciso LXXIV). A norma segue a tradição das Constituições brasileiras de 1934 (art. 113, n. 32), 1946 (art. 141, § 35) e 1967 (art. 150, § 32), sem grandes modificações. A Constituição Europeia igualmente assegurou a “assistência judiciária a quem não disponha de recursos suficientes, na medida em que essa assistência seja necessária para garantir a efectividade do acesso à justiça” (Parte II, Título VI, art. II-107º), mantendo regra de igual teor da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia (art. 47).

A regra reconhece que “o serviço judiciário é caro, pressupõe sempre certos recursos financeiros. Mas o amparo judicial não pode ser privilégio dos ricos nem dos remediados, deve ser acessível a todos”, como pontifica Themistocles Brandão Cavalcanti, comentando a Constituição de 1946¹⁴³.

A assistência jurídica e o acesso à justiça se relacionam umbilicalmente, expressando que medidas destinadas a reduzir os obstáculos de ir a juízo, especialmente de

¹⁴¹ MATTOS, F. P., 2009, p. 63. Arrolando inúmeros entraves ao acesso à justiça no Brasil: CASTRO, 2010, p. 229-232.

¹⁴² CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 501.

¹⁴³ CAVALCANTI, Themistocles Brandão. *A Constituição Federal Comentada*. v. III. José Konfino Editor: Rio de Janeiro, 1949, p. 261.

natureza econômica, provendo a assistência jurídica, constitui desdobramento da garantia fundamental de acesso à justiça e tentativa de imprimir-lhe efetividade.¹⁴⁴

O tema também desperta atenção alhures. Na Argentina, é visto como forma de assegurar a tutela judicial efetiva aos hipossuficientes, “a fim de litigar isentos de taxas e impostos, ou a exigência destes em determinadas instâncias ou processos” (tradução livre).¹⁴⁵

Esta prestação assistencial do Estado encontra suporte também no princípio da igualdade material, pela previsão de tratamento diferenciado a pessoas substancialmente desiguais, na medida de suas desigualdades, a merecer desenvolvimento em separado.

Ademais, a realização de condutas estatais positivas em prol do cidadão representa, outrossim, o segundo estágio evolutivo dos direitos fundamentais. Inicialmente, o povo lutou pela garantia de direitos de cunho eminentemente individualista, pelos quais a Constituição representava uma arma contra o próprio Estado. Em um segundo momento, notadamente após a Primeira Guerra Mundial, reivindicou-se direitos sociais, de cunho econômico, visando melhores condições de vida e de trabalho.

O benefício em questão, especialmente com a nova rubrica da Constituição de 1988 – *assistência jurídica integral e gratuita* –, abrange tanto a garantia da assistência judiciária como também os benefícios da justiça gratuita ou gratuidade processual. Esta última consiste na dispensa provisória das despesas do processo, concedida pelo juiz da causa; já a assistência judiciária é exercida por órgãos do Estado, cuja finalidade é garantir, além da isenção de despesas, a “indicação de advogado”, como assinala Pontes de Miranda, ressaltando ainda o “dever de organização” por parte dos entes políticos de estruturar tais serviços¹⁴⁶. Inclui-se, outrossim, a assistência extrajudicial, ou seja, a orientação de direitos e o auxílio em âmbito processual-administrativo.¹⁴⁷

¹⁴⁴ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Temas de Direito Processual* – Quinta Série. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 49.

¹⁴⁵ “Lo dicho obliga, por ejemplo, a instrumentar un eficiente régimen de asistencia letrada oficial y gratuita para personas de escasos recursos, como el instituto de la ‘declaratoria de pobreza’, a fin de litigar sin el pago de determinadas tasas e impuestos, o la inexistencia de éstos en determinados fueros o procesos, y obviamente, un régimen de plena libertad para los abogados, a fin de realizar la defensa de sus clientes”. SAGÜÉS, 2003b, p. 760.

¹⁴⁶ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários à constituição de 1967*. Tomo V. São Paulo: RT, 1968, p. 601-602.

¹⁴⁷ Nesse sentido, anota EGAÑA, a respeito de garantia congênere da Constituição chilena: “La norma en examen se refiere, como hemos dicho, a la defensa jurídica. Esta es más amplia que la defensa judicial. En efecto, aquella se actualiza no solo ante el Poder Judicial, sino que de frente a cualquier órgano que ejerza jurisdicción, sea o no un magistrado, y, también, de cara a autoridades públicas carentes de potestad jurisdiccional.” EGAÑA, 2003, p. 144.

Aliás, a justiça gratuita, como visto, é uma preocupação antiga do legislador brasileiro, que se denota da Lei 1.060 de 05 de fevereiro de 1950, ainda vigente. Não obstante, a Constituição de 1988 outorgou às defensorias públicas o nobre mister de “orientação jurídica e a defesa, em todos os graus, dos necessitados, na forma do art. 5º, inciso LXXIV” (art. 134, *caput*). Ao consagrar a assistência *jurídica* em substituição à assistência *judiciária*, reforçada pelo qualificativo *integral*, verifica-se a notável ampliação do benefício, não somente na esfera judicial, mas também aos atos jurídicos de modo geral, como a representação em processos administrativos e atos notariais, a prestação de aconselhamento e orientação em assuntos jurídicos.

Assim, para desempenho deste nobre mister, concebeu-se uma instituição exclusivamente dedicada à defesa das pessoas economicamente desfavorecidas, qual seja, a Defensoria Pública. Consagrou-se, deste modo, o modelo público de assistência jurídica, à semelhança do que se idealizou na Itália, na segunda metade do século XIX, reservando tal atribuição a funcionários estatais organizados em carreira equiparada à do Ministério Público, mas que restou abandonada por ser demasiadamente onerosa. Com isto, a “Defensoria dos pobres” restou substituída pelo chamado “ofício honorífico e obrigatório” desempenhado por advogados e procuradores¹⁴⁸, que guarda similitudes ao sistema de advocacia dativa e convênios que ainda vigoram no Brasil, suplantando a pequeníssima estrutura ainda reinante na Defensoria Pública brasileira nos dias de hoje.

Nesse sentido, no mais rico e populoso Estado da Federação, até 2005 não havia sido criada a Defensoria Pública. A tarefa era executada pela Procuradoria Geral do Estado de São Paulo, por meio de sua Procuradoria de Assistência Judiciária, além de convênio com a seccional paulista da Ordem dos Advogados do Brasil e outras entidades, que credenciavam advogados interessados em atender hipossuficientes e atuar como defensores dativos. Somente em 09 de janeiro 2006 o governo do Estado sancionou a Lei Complementar 988, organizando a Defensoria Pública e instituindo o regime jurídico da carreira de Defensor Público do Estado. Remanescem, ainda, os Estados de Santa Catarina, Paraná e Goiás, que ainda não implementaram devidamente suas Defensorias Públicas.

Buscando o fortalecimento da instituição, a Emenda Constitucional nº 45/2004 acrescentou ao art. 134 da Constituição o § 2º assegurando às Defensorias Públicas estaduais “autonomia funcional e administrativa e a iniciativa de sua proposta orçamentária

¹⁴⁸ CAPPELLETTI, Mauro. *Processo, Ideologias e Sociedade*. v. I. Tradução: Elício de Cresci Sobrinho. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2008, p. 200. Também sobre os modelos de assistência jurídica: Idem; GARTH, 1998, p. 31-47.

dentro dos limites estabelecidos na lei de diretrizes orçamentárias e subordinação ao disposto no art. 99, § 2º”.

Nota-se que a garantia de autonomia funcional e administrativa tem o condão de coibir indevidas ingerências governamentais e subordinações, assegurando liberdade na organização de seu serviço administrativo e pessoal. A *possibilidade* de reivindicar seu orçamento, apresentando proposta, constitui um primeiro passo em direção à autonomia financeira, salutar ao aprimoramento e valorização de suas funções, essenciais para milhões de brasileiros em todo o país. Há de se lembrar, todavia, que o orçamento definitivo ainda permanece na alçada do Poder Executivo. A medida visa, outrossim, a garantir a imparcialidade na prestação de seus serviços, sem vínculo hierárquico junto ao Poder Executivo que, por tantas vezes, figura no polo passivo das ações patrocinadas pelos defensores públicos.¹⁴⁹

Cumpra ainda advertir que, mesmo a total e irrestrita isenção de custas, acompanhada da assistência jurídica integral e gratuita, ainda são insuficientes para democratizar o acesso à justiça da forma desejável.

Quanto mais humilde o cidadão, mais receoso ele estará em levar fatos relevantes de sua vida (muitas vezes de foro íntimo) a pessoas estranhas que sequer sabe onde encontrá-las. Isto sem contar o próprio desconhecimento dos cidadãos acerca de seus direitos básicos e as diuturnas violações perpetradas das mais diversas formas no seio social.

Destarte, torna-se curial empreender campanhas de esclarecimento e divulgação dos trabalhos da Defensoria Pública e das questões ligadas ao acesso à justiça. Assim, obter-se-á maior conhecimento dos direitos fundamentais, como forma de fortalecimento dos preceitos constitucionais da cidadania, de se construir uma sociedade mais justa e solidária e o bem de todos (arts. 1º, II e 3º, I e IV).

No plano internacional, a assistência jurídica também foi objeto de atenção das Nações Unidas, que aprovaram a *Convenção sobre o Acesso Internacional à Justiça*, em 25 de outubro de 1980, que entrou em vigor em 01/05/1988, garantindo “assistência judiciária para procedimentos judiciais referentes a matéria civil e comercial em outro Estado Contratante, nas mesmas condições que receberiam caso fossem nacionais ou

¹⁴⁹ SOUZA, Silvana Cristina Bonifácio. *Efetividade do processo e acesso à justiça à luz da reforma*, in TAVARES, André Ramos; LENZA, Pedro; ALARCÓN, Pietro de Jesús Lora (Coord.). *Reforma do Judiciário analisada e comentada*. São Paulo: Método, 2005, p. 58-59.

residentes habituais daquele Estado” (art. 1º). No Brasil, a presente Convenção recentemente foi incorporada pelo Decreto Legislativo n. 658, de 01º de setembro de 2010.

A segunda ora renovatória do acesso à justiça diz respeito à representação jurídica para os interesses metaindividuais. Deveras, é possível falar-se em direitos ou interesses metaindividuais (gênero), dos quais direitos ou interesses individuais homogêneos, coletivos e difusos são espécies, conforme a classificação consagrada no Brasil pelo Código de Defesa do Consumidor (art. 81, parágrafo único), em que pese Cappelletti e Garth terem empregado a expressão interesses *difusos* como gênero.

O desenvolvimento das lides coletivas ocorreu no campo das relações de trabalho, por meio do deslocamento dos conflitos dos indivíduos isoladamente considerados para as categorias. Contudo, houve um desaparecimento destas lides em razão da Segunda Guerra Mundial, que levou à supressão das associações profissionais que constituíam o *eixo do ordenamento*¹⁵⁰.

Tal momento histórico representou a evolução dos direitos de segunda dimensão ou geração, de conteúdo econômico social, especialmente afetos ao indivíduo na condição de trabalhador, para os novos direitos de terceira dimensão, atrelados ao ideal de solidariedade e à solução dos problemas da moderna sociedade coletivizada.

Estes interesses facilitam o acesso à justiça, na medida em que um direito lesado em montante diminuto para uma única pessoa pode representar uma lesão de grandes proporções quando experimentado coletivamente. Em tais situações, dificilmente alguém se disporia a pleitear seu interesse de forma solitária. Daí a importância de se instituir regras sobre a legitimidade para que determinados entes representem a coletividade em juízo, a chamada *representação extraordinária* ou *substituição processual*.

A existência de procedimentos coletivos (*Massenverfahren* na terminologia alemã) constitui manifestação do direito a um procedimento justo, vez que tais instrumentos possibilitam a “intervenção colectiva dos cidadãos na defesa de direitos económicos, sociais e culturais de grande relevância para a existência colectiva”, como meio ambiente, saúde, consumidor e patrimônio cultural¹⁵¹.

¹⁵⁰ CARNELUTTI, Francesco. *Instituições do Processo Civil*. v. I. Tradução: Adrián Sotero de Witt Batista. São Paulo: Classic Book, 2000, p. 92-93 e 140-141.

¹⁵¹ CANOTILHO, 2003, p. 514. Relacionando o acesso à justiça e a terceira dimensão de direitos, anota Abreu: “Não é surpreendente, portanto, que o direito ao acesso à justiça tenha conquistado particular atenção na medida em que as reformas do também chamado Estado-Providência buscaram armar os indivíduos de novos direitos substantivos em sua qualidade de consumidores, locatários, empregados e, mesmo, cidadãos.” ABREU, Gabrielle Cristina Machado. *A Duração Razoável do Processo como Elemento Constitutivo do Acesso à Justiça: novas perspectivas após a Emenda Constitucional n. 45, de dezembro de 2004*. Florianópolis: Conceito Editorial, 2008, p. 28-29.

Há de se observar, porém, que para a adequada tutela judicial dos interesses metaindividuais, é imperioso rever a concepção de alguns institutos processuais como ação, processo, jurisdição e coisa julgada¹⁵², sob pena de tais direitos, já consagrados constitucionalmente, não alcançarem a eficácia almejada.

Os benefícios da tutela coletiva não se esgotam aí. Ela também possui grande relevância para o objeto central deste estudo, qual seja, o princípio constitucional da celeridade processual.

Com efeito, um único dano comum a milhares de pessoas pode dar ensejo a milhares de processos de cunho idêntico, assoberbando ainda mais o Poder Judiciário. O grande número de juízes a analisar estas ações – que por si só já representa uma contribuição para o congestionamento da Justiça e, conseqüentemente, resulta em serôdia processual – enseja outro grave problema: o risco de decisões conflitantes. Tendo em vista que o juiz é um ser humano dotado de suas especificidades, sua formação individualizada, ideologias e convicções ou mesmo o ponto de vista sobre dada matéria, faz com que fatos idênticos possam receber análise valorativa diferenciada por parte de cada juiz. Vigora aqui o velho provérbio: *cada cabeça uma sentença*. As decisões conflitantes geram a sensação de instabilidade jurídica que, por sua vez, causa o descrédito e desinteresse da população em pleitear os próprios direitos. A Constituição deixa, destarte, de exaurir toda a sua eficácia.

Não bastasse este problema, tais demandas só serão definitivamente solucionadas ao chegarem aos tribunais de segunda instância – novamente despejando milhares de recursos em órgãos ainda mais sufocados pelo volume de feitos – ou, o que é mais provável, ao atingirem um tribunal superior. Não é inútil lembrar que todas estas milhares de causas, repita-se, de matéria idêntica, poderão ter o mesmo caminho e desfecho tardio. Por isso, é certo que a chamada *class action* reduz custos e atividades em relação às centenas de demandas individuais de idêntico objetivo. Em que pese sua maior duração e vulto, a litigância coletiva traz benefícios às partes, tais como a divisão de custas e a uniformidade de decisões, bem como ao sistema, que aprecia um único processo.¹⁵³

Deste modo, não restam dúvidas sobre a nítida redução de custo e tempo dos processos de índole coletiva, além de proporcionar aos cidadãos menos favorecidos, seja

¹⁵² Nesse sentido, ROSAS, Roberto. *Direito Processual Constitucional. Princípios Constitucionais do Processo Civil*. 3. ed. São Paulo: RT, 1999, p. 23.

¹⁵³ GAJARDONI, Fernando da Fonseca. *Técnicas de aceleração do processo*. Franca: Lemos & Cruz, 2003, p. 178.

do ponto de vista cultural, técnico ou econômico, verdadeiro e efetivo acesso aos tribunais, cuja condição atuaria como elemento inibitório às demandas individuais.¹⁵⁴

Destarte, o fortalecimento do sistema de proteção dos interesses metaindividuais contribuirá inegavelmente para o fortalecimento do acesso à justiça, além de servir de fator inibitório de práticas ilícitas e abusivas. Ademais, o processo coletivo prestará grande cooperação à almejada tempestividade processual.

Seguindo esta linha de fortalecimento das demandas coletivas, a Constituição Federal de 1988 inovou ao prever, ao lado do tradicional instituto do mandado de segurança, o mandado de segurança coletivo dentre os remédios constitucionais (art. 5º, inciso LXX), regulamentado pela Lei n. 12.016, de 07 de agosto de 2009. Ademais, o instituto do mandado de injunção, criado também pela Constituição da República (art. 5º, LXXII), tem sido admitido, por criação pretoriana do Supremo Tribunal Federal, na modalidade coletiva¹⁵⁵.

Corroborando a importância da defesa de processos de massa, o Supremo Tribunal Federal tem visto com bons olhos a ação civil pública, com ampla legitimidade do Ministério Público para a defesa dos interesses metaindividuais, o que se comprova pelo acórdão contendo ementa do seguinte teor:

POLÍTICA JUDICIÁRIA - MACROPROCESSO - ESTÍMULO. Tanto quanto possível, considerado o direito posto, deve ser estimulado o surgimento de macroprocesso, evitando-se a proliferação de causas decorrentes da atuação individual.
LEGITIMIDADE - AÇÃO CIVIL PÚBLICA - MINISTÉRIO PÚBLICO - CARTÕES DE CRÉDITO - PROTEÇÃO ADICIONAL - DISPOSIÇÃO CONTRATUAL. O Ministério Público é parte legítima na propositura de ação civil pública para questionar relação de consumo resultante de ajuste a envolver cartão de crédito.¹⁵⁶

É de se atentar, contudo, para a primordial exigência de adaptação da dogmática jurídica, concebida pelo modelo político liberal, dos códigos tradicionais, visando tutelar interesses metaindividuais que “desorganizam a estrutura formal do ordenamento vigente”, sob pena se frustrar a celeridade e economia processual esperadas. A demanda por tais

¹⁵⁴ CRUZ E TUCCI, 1997, p. 136-138.

¹⁵⁵ V.g., STF, MI 20-4/DF, TP, v.m., rel. Celso de Mello, j. 19.05.1994, *DJ* 22.11.1996; MI 102-2/PE, TP, m.v., rel. p/ o acórdão Carlos Velloso, j. 12.02.1998, *DJ* 25.10.2002; MI 361-1/RJ, TP, m.v., rel. p/ o acórdão Sepúlveda Pertence, j. 08.04.1994, *DJ* 17.06.1994.

¹⁵⁶ STF, RE 441.318/DF, 1ª T., v.u., rel. Marco Aurélio, j. 25.10.2005, *DJ* 24.02.2006.

pleitos gerará um impacto na estrutura do Judiciário, que deverá se ajustar para atendê-la.¹⁵⁷

Encerrando as ondas de acesso à justiça, pela rubrica *enfoque de acesso à justiça*, Cappelletti e Garth apontam uma *ampla variedade de reformas* atinentes a perseguir o acesso à justiça, como alterações nas formas de procedimento, mudanças estruturais no Poder Judiciário, incluindo a criação de novos tribunais, a utilização de leigos ou “paraprofissionais” até mesmo como juízes e defensores, a prevenção de litígios, bem como a facilitação da resolução das controvérsias simples, inclusive por meios privados, entre outras inovações que exorbitam a esfera judicial.¹⁵⁸

Sem dúvida, a concretização do acesso à justiça, entre outros aspectos, passa pela reforma das normas processuais, buscando a simplificação e a brevidade. É o que procurou a lei para aceleração e simplificação dos procedimentos judiciais da Alemanha (*Gesetz zur Vereinfachung und Beschleunigung gerichtlicher Verfahren*), de 3 de setembro de 1976 que, segundo Cappelletti, modificou o Código de Processo Civil (novo artigo 272, 1 ZPO – *Zivilprozess Ordnung*) determinando, entre outros aspectos, a solução das causas em uma única audiência.

Esta almejada simplificação e brevidade não pode, contudo, ser implementada com o atropelo das garantias fundamentais dos litigantes, “essencialmente as de um julgador imparcial e do contraditório”.¹⁵⁹

No Brasil, vale mencionar a importante contribuição das Minirreformas do Código de Processo Civil, desenvolvida em três fases (anos de 1994, 2001-2002 e a partir do final de 2005), com mudanças de monta já efetivadas e outros projetos de lei que seguem em discussão, incluindo um novo Código de Processo Civil, apresentado ao Senado Federal em meados de 2010 por uma Comissão de Juristas presidida pelo Ministro Luiz Fux, do Superior Tribunal de Justiça, criada pela mesma câmara alta após quase um ano de trabalho¹⁶⁰.

Outro ponto digno de nota reside na mudança do conceito de “justiça”, que deve se preocupar, primordialmente, com a *justiça social*, no sentido de se buscar proteger as camadas menos favorecidas da população, com procedimentos compatíveis com esta

¹⁵⁷ FARIA, José Eduardo. *Ordem legal x Mudança social: a crise do Judiciário e a formação do magistrado*. In: FARIA, José Eduardo (org.). *Direito e Justiça – a função social do Judiciário*. São Paulo: Ática, 1989, p. 104. No mesmo sentido: CRUZ E TUCCI, 1997, p. 109.

¹⁵⁸ CAPPELLETTI; GARTH, 1998, p. 71.

¹⁵⁹ *Ibid.*, p. 79.

¹⁶⁰ PLS 166 de 2010. Informações sobre a tramitação no sítio do Senado Federal na internet disponíveis em: <http://www.senado.gov.br/atividade/materia/detalhes.asp?p_cod_mate=97249>. Acesso em 04 out. 2010.

qualidade, marcado pelos “baixos custos, informalidade e rapidez, por julgadores ativos e pela utilização de conhecimentos técnicos bem como jurídicos”.¹⁶¹

O acesso à justiça e a instrumentalidade do processo constituem dois robustos sustentáculos do ordenamento processual e, por via de consequência, da tempestividade do processo. Conjugando-se o acesso à justiça e a instrumentalidade do processo, o sistema processual, pautado pelos princípios e garantias constitucionais, convergir-se-á num “instrumento acessível, bem administrado, justo e provido da maior produtividade possível”. O direito processual, em sua concepção instrumentalista, é o amálgama da efetividade e do acesso à justiça, favorecendo os escopos da jurisdição no Estado contemporâneo.¹⁶²

Em relação aos procedimentos administrativos, é necessário distinguir os dois sistemas existentes e a possibilidade de sua reapreciação pelo Poder Judiciário.

No sistema dito francês vigora o chamado *contencioso administrativo*, marcado pela dualidade de jurisdição, tendo, ao lado do Poder Judiciário independente, tribunais administrativos com autoridades administrativas desempenhando função jurisdicional. Por isso, é certa a conclusão de Sampaio Dória de que o Judiciário não é Poder na França, senão mera autoridade pública, ramo do Executivo, não havendo, rigorosamente, separação de poderes. Aliás, durante muito tempo se discutiu a natureza do Judiciário enquanto poder independente do Executivo¹⁶³, ainda rendendo debate o tema em alguns países, como no México¹⁶⁴, sem se olvidar do magistério de Kant no sentido de que “nem o chefe do Estado nem seu governante podem *julgar*, mas somente designar juízes como magistrados”.¹⁶⁵

¹⁶¹ CAPPELLETTI; GARTH, 1998, p. 93-94.

¹⁶² NALINI, José Renato. *O juiz e o acesso à justiça*. 2. ed. São Paulo: RT, 2000, p. 176. No mesmo sentido: RODRIGUES, Horácio Wanderlei. *EC n. 45: Acesso à justiça e prazo razoável na prestação jurisdicional*. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim et al. (Coord.). *Reforma do Judiciário – primeiras reflexões sobre a Emenda n. 45/2004*. São Paulo: RT, 2005, p. 284.

¹⁶³ SAMPAIO DÓRIA, Antônio Roberto de. *Direito Constitucional (Teoria Geral do Estado)*. v. 1, Primeiro Tomo. 5. ed. rev. São Paulo: Max Limonad, 1962, p. 282-283; CAVALCANTI, Themistocles Brandão. *Manual da Constituição*. 2. ed. Rio de Janeiro: Zahar, 1963, p. 208-210; MALUF, Sahid. *Curso de Direito Constitucional*. v. 2 (Parte Especial). 7. ed. São Paulo: Sugestões Literárias, 1973, p. 261; RIVERO; MOUTOUH, 2006, p. 159. Sobre o funcionamento deste sistema de dualidade de jurisdição: CARRÉ DE MALBERG, Raymond. *Contribution à la Théorie générale de l'État*. Paris: Dalloz, 2004, p. 773-777; VEDEL, Georges. *Manuel élémentaire de droit constitutionnel*. Réédition présentée par Guy Carcassonne et Olivier Duhamel. Paris: Dalloz, 2002, p. 564; HAMON, Francis e TROPER, Michel. *Droit Constitutionnel*. 31^e ed. Paris: L.G.D.J., 2009, p. 878; RIVERO; MOUTOUH, 2006, p. 281-297; JACQUES, 1956, p. 256-262, retratando a evolução da matéria no direito constitucional brasileiro; e BASTOS, Celso Seixas Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra. *Comentários à Constituição Federal de 1988*. v. 2. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 171; e FERREIRA FILHO, 2010, p. 229-234.

¹⁶⁴ A respeito de ser o Judiciário um poder ou um “departamento” do Poder Executivo no México, Ramirez entende pouco importar a conclusão pois, de qualquer modo, deve-se assegurar a independência do órgão judicial e dotá-lo das atribuições necessárias para exercício da sua função, em equilíbrio com os demais

No sistema de jurisdição una, ao qual o ordenamento pátrio sempre se manteve fiel, com alguns percalços ditatoriais, as decisões de órgãos administrativos não são dotadas da imunização absoluta pela coisa julgada, sendo passíveis de revisão.

Não obstante, Ángela Vivanco adverte que não apenas as cortes e membros do Poder Judiciário exercem a função jurisdicional, mas também órgãos com atribuição de emitir pronunciamento a respeito da lei aplicável, como no caso do Chile, as Superintendências, ao impor sanções, o *Servicio de Impuestos Internos* (SII), por meio de seu diretor, e o Congresso Nacional, no julgamento de *acusação constitucional*.¹⁶⁶ Em Portugal, lição semelhante profere Jorge Miranda, mencionando tribunais administrativos e tributários, o Tribunal de Contas e os tribunais militares instituídos em estado de guerra, além de tribunais marítimos, arbitrais e “julgados de paz”.¹⁶⁷ Ainda que seja válida a menção, tendo plena aplicação no direito administrativo brasileiro, trata-se, em verdade, de função *judicante*, desprovida de caráter jurisdicional.

No Brasil, as vias administrativas, embora legalmente regulamentadas, à exceção da Justiça Desportiva (art. 217, § 1º da CRFB), não são mais do que mera opção ao administrado, que poderá se socorrer do Judiciário em busca de seus direitos, ainda que violados pelo próprio Estado. É dizer, ao Estado é facultado criar uma estrutura administrativa para conhecimento de reclamações e recursos administrativos, mas sempre em caráter opcional para o administrado, jamais por imposição legal¹⁶⁸.

Isto porque o art. 5º, inciso XXXV, da Constituição estabelece que “a lei não afastará da apreciação do Poder Judiciário nenhuma lesão ou ameaça a direito”, seguindo a tradição brasileira estabelecida a partir da Constituição de 1946 (art. 141, § 4º), embora restrita à lesão (não abarcando a ameaça a direito) e tutelando tão só os direitos individuais.

Desde então, a garantia somente veio a sofrer abalos em dois momentos históricos. O primeiro deles foi durante o Estado Novo, sob o qual vigeu a Constituição de 1937 de Getúlio Vargas, apelidada de “polaca” ou, para Sérgio Resende de Barros, uma

Poderes: RAMIREZ, Felipe Tena. *Derecho Constitucional Mexicano*. Cidade do México: Editorial Porrúa, 1976, p. 503-504.

¹⁶⁵ KANT, 2007, p. 129.

¹⁶⁶ VIVANCO M., Ángela. *Curso de Derecho Constitucional – Bases conceptuales y doctrinarias Del Derecho Constitucional*. Tomo I. 2ª ed. ampl. Santiago: Ediciones Universidad Católica de Chile, 2007, p. 259. No mesmo sentido: CUADRA, 2004a, p. 143 e; Idem, *Los Derechos Constitucionales*. Tomo III. 3ª ed. atual. por Eugenio Evans Espiñeira. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2004, p. 456-457.

¹⁶⁷ MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. Tomo IV – *Direitos Fundamentais*. 3. ed. Coimbra: Coimbra, 2000, p. 261.

¹⁶⁸ AFONSO DA SILVA, José. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 33. ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 431 e 554.

*pseudoconstituição*¹⁶⁹. Sob tal regime de exceção, foram excluídos da apreciação do Judiciário atos de Chefe de Estado e de seus auxiliares diretos, por meio de decretos-leis em afronta a direitos individuais.¹⁷⁰

Posteriormente, o problema se repetiu num segundo hiato democrático, durante a vigência da Constituição de 1967. Dentre as *Disposições Gerais e Transitórias*, o *caput* do art. 173 determinou que “Ficam aprovados e excluídos de apreciação judicial os atos praticados pelo Comando Supremo da Revolução de 31 de março de 1964”, além de outros fundamentados em atos institucionais e complementares ou adicionais¹⁷¹ do Governo federal, incluindo cassações de mandatos eletivos e impedimentos para exercício de cargos legislativos e do Poder Executivo em âmbito estadual e municipal (incisos I a III). No mesmo sentido determinaram o Ato Institucional n. 5, de 13 de dezembro de 1968, que exclui a si próprio e os atos deles decorrentes de apreciação judicial (art. 11) e o art. 182 da Emenda Constitucional n. 1, de 17 de outubro de 1969.

Ademais, o art. 111 desta Constituição pretérita, na redação dada pela EC n. 1/1969 dispôs que “A lei poderá criar contencioso administrativo e atribuir-lhe competência para o julgamento das causas mencionadas no artigo anterior”, que dizia respeito a litígios nas relações trabalhistas travados entre servidores e a União. A disposição chegou a ser alterada pela EC n. 07/1977 que, dentre outras normas a respeito, determinou, no art. 153, § 4º: “O ingresso em juízo poderá ser condicionado a que se exauram previamente as vias administrativas, desde que não exigida garantia de instância, nem ultrapassado o prazo de cento e oitenta dias para a decisão sobre o pedido”. Não obstante as inovações, o contencioso administrativo não se desenvolveu no Brasil.¹⁷²

A garantia de *proteção judiciária* se radica no princípio da separação dos poderes, estando intrinsecamente relacionada à independência e imparcialidade do juiz, à garantia do juiz natural, ao direito de ação e de defesa, sendo, em suma, a *principal garantia dos direitos subjetivos*. Nesse sentido, o magistério de Sampaio Dória:

¹⁶⁹ BARROS, 2008, p. 212.

¹⁷⁰ MALUF, 1973, p. 355.

¹⁷¹ “Importa distinguir os atos adicionais dos atos institucionais. Os adicionais emendam em parte a Constituição em vigor, em adesão à qual se mantêm. Os institucionais têm subsistência normativa própria. Mantêm no todo a Constituição que modificam em parte.” BARROS, 2008, p. 213. Ainda sobre a diferença, sustentando serem os atos institucionais “manifestações do poder constituinte originário [que] criam, assim, a ordem jurídica sem estarem fundados nela”, ao passo que os atos complementares seriam de natureza legislativa, não constitucional, equivalentes, portanto, às leis complementares: FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Comentários à Constituição Brasileira (Emenda Constitucional n.º 1, de 17-10-1969, com as alterações introduzidas pelas Emendas Constitucionais até a de n.º 22, de 29-6-1982)*. 3. ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 1983, p. 719-720.

¹⁷² Para minuciosa análise da matéria: BASTOS, Celso Seixas Ribeiro. *Curso de Direito Constitucional*. 8. ed. atual. e aument. São Paulo: Saraiva, 1986, p. 180-185.

A providência preliminar da garantia dos direitos do homem é a independência do poder judiciário, precedido pelo desmantelamento da onipotência irresponsável do executivo, mercê de um parlamento onde o povo possa vingar sua vontade soberana.

Onde não houver poder judiciário, par a par com os dois outros poderes, todos harmônicos e independentes entre si, a civilização política, que haja, salvo a hipótese de uma civilização extratificada pelos séculos, como na Inglaterra, é precária ou pouco vale.

Só quando, na organização dos poderes, o judiciário é independente do executivo e do legislativo, como entre si estes dois, só assim valem as declarações constitucionais dos direitos do homem e do cidadão. Apenas a substituição da onipotência do rei, ou do ditador, pela vontade soberana de uma assembléia nacional, não basta à garantia dos direitos do homem.¹⁷³

Outros preceitos constitucionais revelam-se comprometidos com a defesa do acesso à justiça gravados na Constituição Federal, tais como o fundamento republicano da *dignidade da pessoa humana* (art. 1º, inciso III), que não pode ser plenamente reconhecido sem a via aberta à Justiça; os objetivos fundamentais de se construir uma sociedade livre, justa e solidária, da erradicação da pobreza e da marginalização e a promoção do bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação (art. 3º, incisos I, III e IV). Desta feita, com base no princípio da efetividade ótima, o acesso à justiça deve ser densificado pelo juiz no caso concreto, ainda que à míngua de leis concretizadoras¹⁷⁴.

O inciso XXXV do art. 5º da Constituição é dotado de importância e alcance dos mais amplos, albergando, inclusive, a tutela preventiva, na medida em que protege a mera *ameaça a direito*. Esta proteção é crucial para evitar que injustiças e lesões muitas vezes irreparáveis venham a se consumir, de forma que um acesso à justiça, para ser efetivo, deve atuar prevenindo e não apenas remediando os danos já perpetrados.

Ademais, a garantia de acesso à justiça não pode se circunscrever apenas ao formal acesso aos órgãos judiciários, sem que se garanta, outrossim, efetividade dos mecanismos à disposição do jurisdicionado. Sendo a pacificação dos conflitos, a produção de justiça e a efetividade dos direitos escopos da jurisdição, a garantia da inafastabilidade deve ser efetivada por um procedimento justo, que proporcione às partes litigantes a exposição de

¹⁷³ SAMPAIO DÓRIA, Antônio Roberto de. *Direito Constitucional (Teoria Geral do Estado)*. v. 1, Segundo Tomo. 5. ed. rev. São Paulo: Max Limonad, 1962, p. 712-713.

¹⁷⁴ NALINI, 2000, p. 42 e 171. Também o ensinamento de PAROSKI, no sentido de que “Parte das modificações levadas a cabo [pela CF/88] está em sintonia com o entendimento de que não basta a Constituição assegurar o acesso aos órgãos judiciários, devendo garantir também acesso aos meios de obtenção de tutela jurisdicional adequada, célere, econômica e efetiva, ou disponibilizar à população meios alternativos de solução de conflitos que se revistam desses atributos.”. PAROSKI, Mauro Vasni. *Direitos Fundamentais e Acesso à Justiça na Constituição*. São Paulo: LTr, 2008, p. 183.

suas respectivas teses perante um julgador imparcial, por meio de um processo justo, que assegure a consecução de seus fins¹⁷⁵.

Toda esta exposição torna inarredável a conclusão de que o acesso à justiça, aliado ao princípio da igualdade (*in casu*, de acesso aos órgãos judiciários), constitui desmembramento do devido processo legal. O respeito a este favorece um efetivo acesso à justiça, contribuindo para uma decisão justa. A Suprema Corte americana igualmente entende que o direito de ser ouvido em uma corte constitui aspecto essencial do devido processo legal, reconhecendo “o direito constitucional fundamental de acesso aos tribunais” (*Bounds v. Smith*, 430 U.S. 817, 828, 1977)¹⁷⁶.

Com o substantivo devido processo viabilizou-se o princípio da igualdade perante a lei, não só no sentido formal da palavra, mas o transformando em realidade concreta, sobretudo nas coisas práticas e corriqueiras da vida, de modo que a igualdade seja sentida como coisa palpável, tangível e alcançável. Assim, através do substantivo devido processo legal, todo aquele que estiver marginalizado, ou por se inserir numa minoria insular, ou na grande maioria despojada de representatividade política, terá acesso ao Poder Judiciário, que, como um dos Poderes independentes do Estado, tem o dever, ao interpretar a Constituição, de fazê-la prevalecer, ainda que contra os interesses das minorias oligárquicas e refratárias às mudanças tendentes a transformar o país politicamente pobre numa grande nação politizada, proporcionando ao povo iguais oportunidades, com o banimento de privilégios intoleráveis no mundo moderno, no qual pretende-se viver em completa igualdade.¹⁷⁷

Assim, sendo uma das vertentes do devido processo legal, o acesso à justiça não pode descurar, igualmente, do princípio da celeridade processual, que constitui uma de suas unívocas raízes.

Deveras, toda pessoa, natural ou jurídica, que sofre ou se encontra na iminência de sofrer uma lesão a um determinado direito pode bater às portas do Poder Judiciário. Todavia, esta garantia deve compreender não apenas um formal acesso à Justiça, mas subsídios materiais eficazes para se prover uma tutela efetiva e real aos interesses do jurisdicionado, bem como uma ordem jurídica justa e célere, até mesmo para não comprometer a dignidade da pessoa humana. O acesso à justiça se alicerça e se materializa

¹⁷⁵ DUARTE, 2007, p. 20. No mesmo sentido: PAROSKI, 2008, p. 138. Para o autor, o acesso à justiça compreende, além da facilitação do ingresso em juízo, o fornecimento de todos os meios adequados no decorrer do processo, incluindo a duração razoável. Assim, seria o mais básico de todos os direitos fundamentais, pois assegura os demais em caso de violação. E conclui: “Numa sociedade em que a ordem jurídica não garante a preservação ou o restabelecimento de direitos, na iminência de sofrer lesão ou lesados, respectivamente, incluindo os direitos civis, políticos, culturais, econômicos e sociais, não se pode falar em pleno acesso à justiça.”

¹⁷⁶ CHEMERINSKY, 2006, p. 907; e MATTOS, S. L. W. de, 2009, p. 180-181.

¹⁷⁷ SILVEIRA, 2001, p. 699 e 700.

por meio de uma tutela efetiva, real, rápida e eficiente aos interesses do litigante que, frustrado na tentativa de solucionar pacífica e diretamente seus conflitos, se viu obrigado a postular um pronunciamento judicial favorável sobre seu direito.¹⁷⁸

Afinal, de que adianta abrir as portas do Poder Judiciário para o jurisdicionado adentrar, se, uma vez dentro, o demandante não consegue dele sair? E, como já consagrou Ruy Barbosa, na *Oração aos Moços* “justiça atrasada não é justiça, senão injustiça qualificada e manifesta”.

Depreende-se de tais apontamentos a intrínseca relação ao aludido movimento de acesso à justiça de Cappelletti e Garth, mais especificamente quanto à sua terceira onda, galgada no *enfoque de acesso à justiça*, tornando sua lição fecunda e atual.

Não se pode descurar, outrossim, da noção de processo como instrumento para salvaguarda e efetividade dos direitos do cidadão. Não tendo o processo um fim em si mesmo (caráter instrumental), deve ele constituir ferramenta eficiente e ágil na defesa de quem o utiliza. É dizer: o acesso à justiça deve ser real e efetivo e não meramente formal e destituído de eficácia prática. Por isso, o processo deve ser apto a dar vazão a todo o tipo de conflito que chegue ao seu conhecimento. Deste modo, o acesso à justiça, como ordem jurídica justa, tornar-se-á cada vez mais palatável, fortificando valores e direitos fundamentais para o ser humano, garantido por um processo concebido como instrumento hábil e célere na proteção dos direitos materiais. Com isto, a garantia do acesso à justiça tende a se ampliar.¹⁷⁹

Em que pese a indeterminabilidade do que seja *prazo razoável de duração do processo*, introduzido pelo constituinte derivado no art. 5º, inciso LXXVIII adiante tratado, é de se reconhecer que o Judiciário, imiscuindo-se do dever de rapidez na condução dos processos, omite a entrega da prestação jurisdicional de forma adequada, em afronta ao art. 5º, inciso XXXV da CRFB. Desta forma, a tempestividade da tutela jurisdicional estaria compreendida dentre os direitos humanos, no âmbito do acesso à justiça.¹⁸⁰

¹⁷⁸ ALMEIDA PRADO, João Carlos Navarro de. *Direito à celeridade processual*. Jornal Tribuna do Direito, São Paulo, n. 150, p. 12, out. 2005; PALHARINI JÚNIOR, 2005, p. 768; ROSAS, 1999, p. 212; e SPALDING, Alessandra Mendes. *Direito Fundamental à tutela jurisdicional tempestiva à luz do inciso LXXVIII do art. 5º da CF inserido pela EC n. 45/2004*. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim et al. (Coord.). *Reforma do Judiciário – primeiras reflexões sobre a Emenda n. 45/2004*. São Paulo: RT, 2005, p. 31.

¹⁷⁹ SOUZA, 2005, p. 51-4; e MAIA, Mairan. *Tutela Jurisdicional como Escopo do Estado de Direito e os Princípios do Devido Processo Legal, Contraditório e Ampla Defesa*. In: *Princípios Constitucionais Fundamentais: estudos em homenagem ao professor Ives Gandra da Silva Martins*. VELLOSO, Carlos Mário da Silva; e ROSAS, Roberto; AMARAL, Antonio Carlos Rodrigues do (Coord.). São Paulo: Lex, 2005, p. 729.

¹⁸⁰ PATTO, Belmiro Jorge. *Aspectos da dimensão temporal do processo civil nas alterações advindas da EC N. 45, de 8 de dezembro de 2004*. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim et al. (Coord.). *Reforma do*

A inexistência de tutela adequada ao caso concreto reputa negação por parte do Estado do dever de prestação de justiça, dentro de um prazo razoável e dotada dos meios necessários à sua efetivação. A dilatação demasiada do processo macula o acesso, que deve ser facilitado com a tempestiva prestação jurisdicional. Ademais, inegável a repercussão social da tutela jurídica tempestiva, tendo em vista a busca de uma justiça mais eficiente e pronta, consubstanciada num interesse próprio, que indiretamente representa o interesse de toda a sociedade.¹⁸¹

A luta em prol do acesso à justiça, combatendo a morosidade do processo deve resultar da soma de esforços cada vez mais numerosos, de todos os seguimentos do direito. Em verdade, é imperioso reconhecer a relação entre inafastabilidade da jurisdição, celeridade processual e devido processo legal, como formadores de um acesso à justiça qualificado como preceito maior de garantia de efetividade dos direitos fundamentais, indispensável no Estado de Direito constitucional. Assim, a ausência de garantia de prestação jurisdicional adequada para todos constitui indevida restrição ao direito fundamental do acesso à justiça, “colocando em xeque a própria constitucionalidade da Constituição”¹⁸².

Adverte-se, finalmente, que de nada adianta o ordenamento jurídico prever paulatinamente uma gama cada vez maior de direitos se seu gozo for prejudicado pela dificuldade de reconhecimento perante o Judiciário. Em outras palavras, “se os tribunais pudessem postergar a decisão sem términos previsíveis que devem ditar cada caso controvertido, os direitos poderiam restar indefinidamente sem reconhecimento”.¹⁸³

1.3 Outros princípios constitucionais afetos à celeridade

O direito à tempestividade do processo, trazido pela Emenda Constitucional n. 45/2004 “tem por missão cumprir desiderato do Estado Democrático de Direito que tem, entre outros fundamentos centrais, os de valorizar a cidadania e zelar pela dignidade da

Judiciário – primeiras reflexões sobre a Emenda n. 45/2004. São Paulo: RT, 2005, p. 119; GAJARDONI, 2003, p. 49; e ANNONI, 2008, p. 245.

¹⁸¹ RODRIGUES, 2005, p. 287; NALINI, 2000, p. 107; ARAÚJO, Francisco Fernandes de. *Responsabilidade Objetiva do Estado pela Morosidade da Justiça*. Campinas: Copola, 1999, p. 228; e ANNONI, 2008, p. 180-183. Esta última autora pondera, como consequência da morosidade da justiça, além da violação ao acesso à justiça, a ocorrência de outros ônus sociais, de ordem econômica (encargos contratuais, dificuldade na obtenção de financiamentos e investimentos), além de prejudicar o consumidor, o próprio Estado e, deste modo, todos os cidadãos.

¹⁸² MATTOS, F. P., 2009, p. 69-70 e 73.

¹⁸³ “Si los tribunales pudiesen diferir sin términos previsibles la decisión que deben dictar en cada caso controvertido, los derechos podrían quedar indefinidamente sin reconocimiento”. SAGÜÉS, 2003b, p. 762.

pessoa humana”¹⁸⁴. Assim, após ter-se cuidado do princípio maior do devido processo legal, bem como do acesso à justiça, há de se tratar de outros princípios correlatos à celeridade.

À semelhança do que ocorre com a Administração Pública, deve a Justiça exercer suas atribuições e competências pautadas pela *eficiência*, princípio este inserido no texto constitucional entre os postulados do art. 37, *caput* pela denominada *Reforma Administrativa* levada a cabo pela Emenda Constitucional n. 19 de 1998. O princípio tem por foco e destinatário imediato a Administração Pública, expresso na ideia da racionalização de custos com a otimização de resultados.

Esta relação entre eficiência e rapidez nos processos não é novidade. A Constituição de 1934, previa, no art. 113, que catalogava os direitos e garantias individuais, em seu item 35, a obrigação da lei assegurar “o rápido andamento dos processos nas repartições públicas, a comunicação aos interessados dos despachos proferidos, assim como das informações a que estes se refiram”. Semelhante previsão adveio na Lei Maior de 1946 (art. 141, § 36, I). Comentando este último comando normativo, Sampaio Dória anotou que “a rapidez no andamento dos processos nas repartições públicas é [...] questão de eficiência de serviços, condenação da calaçaria e sinecuras, bom senso em ações”¹⁸⁵.

A celeridade processual *a priori* toma por base o fornecimento das ferramentas materiais e instrumentais para agilizar o trâmite processual, endereçada precipuamente ao Poder Judiciário. Todavia, há uma intrínseca relação entre celeridade e Administração, na medida em que buscam fazer com que o Estado, aqui compreendido como a junção de todos os seus poderes ou funções, seja um prestador de serviços adequados. E, dentre os serviços por ele prestados, que fazem parte do gênero *serviços públicos*, encontra-se a espécie *serviço judiciário* ora em foco, de caráter obrigatório e exclusivo do Poder Público, por conta da vedação de se ‘fazer justiça’ pelas próprias mãos, inclusive para fins penais (art. 345, do Código Penal).

Deste modo, os agentes públicos envolvidos na prestação do serviço judiciário, como em qualquer outro desempenhado pelo Estado, devem “zelar pela mais lúdima consecução da eficiência, buscando reduzir ao máximo os custos gerais da atividade

¹⁸⁴ DELGADO, José Augusto. *Reforma do Poder Judiciário – Art. 5º, LXXVIII, da CF*. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim et al. (Coord.). *Reforma do Judiciário – primeiras reflexões sobre a Emenda n. 45/2004*. São Paulo: RT, 2005, p. 355.

¹⁸⁵ SAMPAIO DÓRIA, Antônio Roberto de. *Direito Constitucional*. v. 4. *Comentários à Constituição de 1946*. São Paulo: Max Limonad, 1960, p. 691. Já Themistocles Cavalcanti relaciona o dispositivo ao preceito de moralidade: CAVALCANTI, T. B., 1949, p. 263.

estatal, uma vez que esta só existe em função do cidadão”. Do contrário, tem-se nítido caso de *serviço público imperfeito*, o que inclui a letargia processual e a denegação de justiça.¹⁸⁶

A análise semântica do *caput* do art. 37 da Lei Maior conduz à idêntica conclusão. Nesse sentido, os princípios da Administração Pública insertos na cabeça do art. 37 do texto constitucional são de aplicação a todos os entes públicos, incluindo o Poder Judiciário e o Executivo, na medida em que a norma alude à “administração pública direta e indireta *de qualquer dos Poderes* da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios” (grifos não originais). A expressão destacada permite que se faça esta exegese ampliativa da norma, alcançando todos os entes políticos em todas as funções típicas e atípicas de Poder. Assim, não haveria “maior demonstração de ineficiência do que a morosidade injustificada dos processos”¹⁸⁷, tanto judiciais como administrativos.

A isto se pode acrescentar, que o termo *administração pública* em iniciais minúsculas, designam a função, e não o órgão. Por fim, a referência a *Poderes*, com a inicial maiúscula, designa Executivo, Legislativo e Judiciário, à semelhança do que o ocorre no art. 2º da Constituição da República.

A doutrina administrativista já se incumbiu de incorporar o princípio da celeridade processual como corolário da eficiência administrativa, *in verbis*:

O novo mandamento, cuja feição é a de direito fundamental, tem por conteúdo o princípio da eficiência no que se refere ao acesso à justiça e estampa a inegável reação contra a insatisfação da sociedade pela excessiva demora dos processos, praticamente tornando inócuo o princípio do acesso à justiça para enfrentar lesões ou ameaças a direito (art. 5º, XXXV, CF). Note-se que a nova norma constitucional não se cinge aos processos judiciais, mas também àqueles que tramitam na via administrativa, muitos destes, da mesma forma, objeto de irritante lentidão. Não basta, porém, a inclusão do novo mandamento; urge que outras providências sejam adotadas, em leis e regulamentos, para que a disposição possa vir a ter efetividade.¹⁸⁸

¹⁸⁶ PATTO, 2005, p. 119. No mesmo sentido: ANNONI, 2008, p. 177; AFONSO DA SILVA, José. *Comentário Contextual à Constituição*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 176. Este autor aponta o novel inciso LXXVIII do art. 5º como complemento do inciso XXXV e do princípio da eficiência do *caput* do art. 37. Por fim, cumpre transcrever a crítica de Sérgio Sérulo da Cunha: “Quanto ao judiciário, o modo como vem aplicando no Brasil o ‘princípio da celeridade’ – eliminando processos em vez de solucioná-los – lembra-me o que ouvi contar sobre a disciplina do trânsito em Cuba: avaliava-se a eficiência das autoridades a partir do número de ocorrências, até se descobrir, nos distritos mais eficientes, o costume de não registrá-las. Finalidade do processo judicial é a solução do litígio, se possível com presteza. Solução sem presteza é deficiência. Presteza sem solução é ineficiência.” CUNHA, Sérgio Sérulo da. *Fundamentos de Direito Constitucional: constituição, tipologia constitucional, fisiologia constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 209.

¹⁸⁷ VARGAS, Jorge de Oliveira. *A garantia fundamental contra a demora no julgamento dos processos*. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim et al. (Coord.). *Reforma do Judiciário – primeiras reflexões sobre a Emenda n. 45/2004*. São Paulo: RT, 2005, p. 345.

¹⁸⁸ CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 22. ed., rev., ampl. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 29. No mesmo sentido: SILVEIRA, Fabiana Rodrigues. *A morosidade no Poder Judiciário e seus reflexos econômicos*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2007, p. 153.

Em se admitindo a incidência do princípio da eficiência sobre o serviço judiciário, é igualmente imperioso perquirir a aplicação de outras normas atinentes aos serviços em geral, inclusive a irradiação dos efeitos da revolução consumerista sobre o Poder Público. Observa-se que a proteção do consumidor constitui direito fundamental, nos termos do art. 5º, inciso XXXII da Carta Republicana de 1988, efetivada com o advento da Lei 8.078/90, o Código de Defesa do Consumidor.

A esse respeito, tal codificação estabelece como princípio da Política Nacional das Relações de Consumo a “racionalização e melhoria dos serviços públicos”, *ex vi* do art. 4º, inciso VII. O mesmo arcabouço jurídico prevê, em seu art. 6º, inciso X, como direito básico do consumidor a “adequada e eficaz prestação dos serviços públicos em geral”.

Desta forma, a atividade jurisdicional constitui serviço público – aliás, da maior relevância – do qual o demandante é o consumidor e o Estado é fornecedor. Assim, os serviços judiciários devem observar as normas pertinentes às relações de consumo, em especial as acima citadas, cumprindo o Estado seu dever constitucional de promover a defesa do consumidor. É viável, desta sorte, a reparabilidade do jurisdicionado por danos materiais e morais, com suporte na Carta Política e no Código de Defesa do Consumidor, em razão da má-prestação do serviço judiciário, sendo, inclusive, remunerado pelo pagamento das taxas judiciárias, além de ser mantido por toda a coletividade, através do pagamento de tributos. Assim, a atividade judicante deve se pautar pelos princípios correspondentes às relações de consumo, dentre os quais a adequada e eficaz prestação, racionalização e melhoria de seus serviços¹⁸⁹.

Vale dizer que o serviço judiciário é defeituoso quando não fornece ao seu consumidor, o jurisdicionado, um resultado que razoavelmente dele se espera, expectativa que inclui, como não poderia deixar de ser, a tempestividade. Em não havendo uma resposta em prazo razoável, o serviço passa a ser defeituoso, fato ensejador da demanda contra o Estado, aplicando-se a teoria da responsabilidade objetiva, constitucionalmente prevista, e também estabelecida no próprio Código de Proteção ao Consumidor.¹⁹⁰

Ainda acerca dos princípios constitucionais do *caput* do art. 37 da Constituição, em sendo a moral um “corpo de preceitos e regras para dirigir as ações do homem, segundo a justiça e a equidade natural”¹⁹¹, um serviço lento, moroso, intempestivo e que, por isso,

¹⁸⁹ ALMEIDA PRADO, 2005, p. 12.

¹⁹⁰ ARAÚJO, F. F. de, 1999, p. 282-3. No mesmo sentido, VARGAS, 2005, p. 345-346.

¹⁹¹ Dicionário, 1987, p. 1284.

enseja desconfiança de descaso por parte do cidadão, certamente encontra-se em desacordo à moralidade administrativa.

Deste modo, é de se conferir à agilização do processo um cunho ético-moralizante da tutela jurisdicional, de sorte que, além de observar a legalidade, deve o administrador ou aqueles que atuam em nome do Estado, como os magistrados empreender ritmo à tramitação processual compatível com os anseios de quem bate às portas do Judiciário em busca de justiça. Em razão do princípio da moralidade administrativa, extrai-se o preceito ético de consecução do bem comum, de forma a não causar prejuízo a quem quer que seja, podendo-se inferir que “o atuar com moralidade na administração pública e na prática de atos judiciais também significa atender com efetividade e presteza os serviços reclamados pelos administrados e jurisdicionados”¹⁹².

Por seu turno, a legalidade constitui garantia do Estado Democrático de Direito, com assento constitucional logo no inciso II do art. 5º, pelo qual “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”. Assim, garante-se a manutenção da ordem e o respeito ao direito de cada um. Remota de antigo provérbio atribuído a Cícero: “para sermos livres, precisamos ser escravos da lei”.

Quanto ao indivíduo, a legalidade constitui um direito e dever fundamental, ao qual ninguém pode se eximir de cumprir, nem mesmo sob a escusa de desconhecimento da lei (art. 3º da Lei de Introdução ao Código Civil), de origem no brocardo latim *ignorantia legis neminem excusat*. O poder público, por seu turno, se submete ao regime da estrita legalidade (art. 37, *caput*) pelo qual só pode atuar *nos limites* estabelecidos em lei.

Embora a legislação processual não estabeleça, como regra, a fixação de prazos para a conclusão dos procedimentos, há uma série de prazos para a prática de determinados atos processuais a cargo do magistrado. Ocorre que tais prazos são de natureza imprópria, de maneira que a não prática do ato dentro do interstício fixado pela lei não acarreta qualquer consequência de ordem processual e, na prática, mesmo de natureza administrativo-disciplinar, embora se identifique uma violação ao princípio da legalidade.

A prática dos atos fora dos prazos legais ou em prazos razoáveis, além de violar dever legal e moral, caracteriza *atividade judiciária danosa* a fundamentar a responsabilidade civil do Estado. Deveras, a intempestiva prestação jurisdicional, independente de dolo ou culpa do agente judiciário, constitui prestação tardia, imperfeita do serviço público, gerando em favor do jurisdicionado prejudicado, segundo Francisco

¹⁹² ARAÚJO, F. F. de, 1999, p. 280.

Araújo, o direito de ser indenizado pelo Estado¹⁹³. O direito à efetiva e justa prestação jurisdicional, sem delongas, reflete ainda, para Adriana Salgado Peters, a cidadania e a dignidade da pessoa humana como fundamentos basilares (art. 1º), os objetivos fundamentais de construção de uma sociedade livre, justa e solidária e a promoção do bem de todos (art. 3º), além da prevalência dos direitos humanos (art. 4º)¹⁹⁴.

Embora louvável o esforço para se prestigiar a celeridade processual, radicando-a no maior número possível de preceitos constitucionais, em especial os constantes do Título I, alguns parâmetros dependeriam de uma exegese que, em alguns casos, extrapolaria a *mens legis*, não sendo necessário ir tão longe para se chegar a conclusões similares, passíveis de maior persuasão e convencimento. Do contrário, a se utilizar dos princípios fundamentais e demais garantias constitucionais sem maior embasamento jurídico, corre-se o sério risco de banalizar o texto constitucional, servindo a tudo mas, ao mesmo tempo, a nada, implicando em inefetividade da Constituição. Por isso, ao se listar princípios fundantes da celeridade, o operador do direito deve atuar *cum grano salis*, de modo a não dar mais valor à aparência do que à essência.

Finalmente, o princípio constitucional da igualdade ou isonomia é um dos mais caros ao ordenamento jurídico pátrio, sendo indissolúvelmente associado à democracia desde a Antiguidade, o que levou o constituinte a repeti-lo incessante e pleonasticamente na Constituição da República.

Ainda dentre os princípios fundamentais, a redução das *desigualdades* sociais e regionais constitui um dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil (art. 3º, III). Nos princípios regentes nas relações internacionais, o Brasil adota a *igualdade* entre os Estados (art. 4º, V). Ao tratar dos direitos fundamentais, o caput do art. 5º exala de maneira indisfarçável a exortação ao princípio igualitário ao prever que “todos são *iguais* perante a lei, *sem distinção de qualquer natureza* garantindo-se [...] a inviolabilidade do direito à [...] *igualdade* ...”. Não bastasse isto, o constituinte ainda entendeu por bem, logo em seguida, dispor no inciso I do mesmo art. 5º que “homens e mulheres são *iguais* em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição”.

Outras tantas normas poderiam ser aqui elencadas, como a vedação aos entes políticos de “instituir tratamento *desigual* entre contribuintes que se encontrem em situação

¹⁹³ ARAÚJO, F. F. de, 1999, p. 240-241; 247-248.

¹⁹⁴ PETERS, Adriana Salgado. *O direito à celeridade processual à luz dos direitos fundamentais*. Dissertação (Mestrado em Direito). Pontifícia Universidade Católica, São Paulo, 2007, p. 153. Com tais fundamentos, a autora procura firmar a aplicabilidade imediata a todas as normas de direitos fundamentais.

equivalente” (art. 150, II, CRFB), sempre evidenciando a mesma tutela isonômica constitucional.

Tamanha preocupação justifica-se como meio de se garantir, de forma concreta e real, a instituição de um Estado efetivamente Democrático de Direito, abolindo privilégios outrora vigorantes sem legítima razão de ser.

Assim, é de se concluir que a garantia isonômica dirige-se, não só ao aplicador da lei, mas também ao próprio legislador, que deve “dispensar tratamento equânime às pessoas”, ressalvada a licitude de tratamento desigual, na presença de um critério desigualador pertinente, acrescido de nexo lógico a um bem concreto privilegiado pela Lei Maior. Em outras palavras, quando a desigualdade é praticada visando igualar materialmente pessoas, à luz de valores constitucionais de maior quilate, o *discrímen* ou fator de discriminação deve ser tido como válido, “como exigência do próprio conceito de justiça”¹⁹⁵.

Tem-se, aí, a igualdade material ou real, concebida por Aristóteles e trazida ao Brasil por Ruy Barbosa consistente em tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais na medida de suas desigualdades. No caso da Justiça, diferenças de cunho econômico, social e cultural afastam a isonomia material, que devem, o quanto possível, ser suplantadas pelo Estado. Afinal, pessoas economicamente desiguais tendem a sentir, de maneiras diversas, ou quase antagônicas, os efeitos da morosidade da justiça. É certo que o constituinte, visando efetivo acesso à justiça, procurou criar meios de se proteger o hipossuficiente, ao assegurar-lhes assistência jurídica integral e gratuita e ordenar a criação da Defensoria Pública.

Inobstante tais esforços, o abrigo constitucional é insuficiente para fazer frente aos mais avantajados financeiramente, que podem se prestar a litigar indefinidamente, sem qualquer enfraquecimento, embora minando a resistência dos mais humildes, que dificilmente conseguem levar às instâncias superiores a causa legítima agasalhadora do direito violado.

É neste mesmo diapasão que a longa duração do processo causa a desigualdade e a injustiça social, na medida em que o pobre possui menor resistência que o rico. Esse, por seu turno, pode aguardar incólume a lentidão da justiça, saindo, desta maneira, beneficiado. Assim, a lentidão do processo pode transformar-se em perigosa arma na mão

¹⁹⁵ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Conteúdo jurídico do princípio da igualdade. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 9 e 41-48. No mesmo sentido, AFONSO DA SILVA, 2010, p. 215-217; e FERREIRA FILHO, 2009b, p. 280-281.

dos mais ricos que, ao se apropriarem indevidamente de direitos de pessoas menos favorecidas, podem oferecer-lhes parte do apossado injustamente, evitando a contenda contra pessoa que presumidamente terá uma defesa precária.¹⁹⁶

Os efeitos para o processo oriundos das desigualdades econômicas são abordados na dissertação de Francisco Araújo que anota:

O atraso não é uma derrota, é uma conquista das classes dominantes. O próprio cidadão também capta a indispensabilidade dessa reforma [da Justiça], uma vez que ele é a vítima direta do difícil acesso, da lentidão e do custo operacional elevado, impostos pela máquina burocrática jurisdicional, que, na maioria das vezes, o priva de receber a prestação jurisdicional.

Para o autor, além de ricos e pobres, as mazelas do processo atingem desigualmente particulares e o Poder Público, englobando os seus agentes. Nesse sentido, a preclusão fulmina direitos processuais das partes, embora não atinja o magistrado ou tribunal quando descumpre os prazos legais. Este descompasso afronta o postulado isonômico, importando tratamento inconstitucional.¹⁹⁷

De todo modo, não se pode admitir que do processo alguns auferam benefícios, enquanto outros vejam nele seus direitos perderem-se com o tempo, principalmente considerando-se que este segundo grupo constitui a grande massa da sociedade brasileira. Assim, para que esta tenha de fato assegurado um efetivo acesso à justiça, o processo deve deixar de favorecer a uns poucos especuladores forenses, para se transformar num instrumento de exercício de cidadania, em condições de plena igualdade processual-material, bem como de efetividade dos direitos da Constituição.

1.4 A celeridade em conflito com outros direitos fundamentais

Direito e garantia fundamental podem ser distinguidos quanto à função, sendo a primeira reservada para as disposições declaratórias ou enunciativas de direitos, enquanto a segunda constitui norma assecuratória do direito, visando dar-lhe efetividade; ou ainda, no caso do primeiro, “condições em si de vida e desenvolvimento do homem dentro da sociedade”, enquanto a segunda não seria condição em si da vida humana, de forma

¹⁹⁶ CRUZ E TUCCI, José Rogério. *Garantia da prestação jurisdicional sem dilações indevidas como corolário do devido processo legal*. RePro, abr-jun. São Paulo: RT, 1992, p. 66/72-78. *Apud*, VARGAS, 2005, p. 343-344; e GAJARDONI, 2003, p. 47-48.

¹⁹⁷ ARAÚJO, F. F. de, 1999, p. 90 e 281.

permanente, “mas condições de emergência, quando das violações do direito, por abusos de poder”¹⁹⁸.

Na França, assim como nos Estados Unidos, a Constituição de 1791 igualmente cuidou das *garantias dos direitos*, que seriam “regras de direito positivo e obrigatório, com valor vinculante e impositivo, em especial, ao legislador”, consistente na alínea 3 do Título Primeiro que dispõe: “Le pouvoir législatif ne pourra faire aucune loi qui porterait atteinte et mettrait obstacle à l’exercice des droits naturels consignés dans le présent titre et garantis par la constitution” (o legislador não fará nenhuma lei que possa prejudicar e dificultar o exercício dos direitos naturais previstos no presente título e garantidos pela Constituição – tradução livre), o que se manteve nas Constituições posteriores.¹⁹⁹

De toda forma, a expressão *direitos fundamentais* é em regra utilizada em sentido amplo, abrangendo a categoria dos direitos e das garantias. Na esfera internacional, é mais comumente empregada a expressão *direitos humanos*, que tem o mérito de identificar seus destinatários, embora as expressões sejam equivalentes ou, segundo Sérgio Resende de Barros, constituam “um só instituto jurídico”.²⁰⁰

A doutrina apresenta as mais diversas definições sobre direitos fundamentais ou direitos humanos. Sem embargo, sua essência foi exemplarmente captada por Sérgio Resende de Barros, que pontificou:

Direitos humanos são *poderes-deveres*. Constituem direitos que ao mesmo tempo são deveres dos indivíduos humanos entre si mesmos – de todos para com cada um e de cada um para com todos – nos aspectos objetivos e subjetivos necessários a manter a humanidade pela manutenção da comunidade humana fundamental, isto é, pela preservação dos fatos e valores que são logicamente porque são historicamente comuns e necessários à humanidade.²⁰¹

¹⁹⁸ SAMPAIO DÓRIA, 1962b, p. 794. No mesmo sentido: AFONSO DA SILVA, 2010, p. 186-187. Na doutrina chilena, Egaña, após expor um triplice significado da expressão *garantía*, na acepção mais restrita, afeta aos direitos fundamentais, fornece a seguinte definição: “Finalmente, llégase al sentido estricto o más restringido del término en estudio. Aquí, las garantías se refieren a conceptos y procesos jurídicos, comprendiendo el acceso, simple y directo, a los órganos que ejercen jurisdicción para que, en un proceso justo o debido, o a través de procedimientos sumarisimos y eficaces, otorguen real tutela, preventivamente o *ex post*, al ejercicio de los derechos esenciales.” EGAÑA, 2003, p. 35.

¹⁹⁹ “Dans les constitutions américaine et française et, en particulier, celle du 14 septembre 1791, on rencontre, à côté des déclarations des droits, l’expression des *garanties des droits*. Celles-ci se présentent comme des règles positives et obligatoires, ayant valeur *contraignante* et s’imposant, en particulier, au législateur.” GICQUEL, Jean e GICQUEL, Jean-Éric. *Droit constitutionnel et institutions politiques*. 23^e ed. Paris: Montchrestien, 2009, p. 96.

²⁰⁰ BARROS, 2003, p. 29.

²⁰¹ Ibid., p. 1.

A doutrina aponta, como dois caracteres básicos dos direitos e garantias fundamentais a universalidade e a relatividade (ou limitabilidade)²⁰². O primeiro expressa a ideia de igualdade, na medida em que todos os seres humanos, sem exceção, titularizam direitos fundamentais, diante do que estes podem ser definidos como aqueles indispensáveis à existência humana, necessários para assegurar a todos uma vida livre e justa.

Já no que pertine à relatividade, é certo que tais direitos por vezes se colidem com outros da mesma ou de outra natureza. Assim, v.g., o direito de propriedade de um indivíduo pode ser exercido até onde inicia o direito de propriedade de outrem; a liberdade de expressão esbarra no direito à intimidade, e assim por diante. Kant atribui a esta característica o predicado de *lei universal do direito*, pela qual “age externamente de modo que o livre uso de teu arbítrio possa coexistir com a liberdade de todos de acordo com uma lei universal”, impondo um dever geral à sociedade. Em outras palavras, os direitos fundamentais de cada indivíduo impõem limites gerais a toda sociedade que deve respeitá-los, bem como ao Estado. Esta, aliás, a grande conquista do movimento constitucionalista, pelo qual se estabeleceu um rol de direitos a fim de frear o poder do soberano, fazendo da Constituição uma arma do povo em face do Estado.²⁰³

Nesse sentido é o preciso magistério de Léon Duguit:

Mas, por força das circunstâncias, a salvaguarda dos direitos individuais de todos demanda uma limitação respectiva dos direitos de cada indivíduo. Daí resulta que, na doutrina individualista, o Estado de direito, de um lado, impõe a todos o respeito aos direitos individuais de cada indivíduo e, de outro, impõe uma limitação aos direitos individuais de cada um, para assegurar a proteção dos direitos individuais de todos. Assim, o direito subjetivo pode se elevar a direito objetivo; o direito objetivo baseia-se no direito subjetivo” (tradução livre).²⁰⁴

²⁰² Sem embargo do pensamento de José Afonso da Silva, que elenca como características dos direitos fundamentais historicidade, inalienabilidade, imprescritibilidade, irrenunciabilidade: AFONSO DA SILVA, 2010, p. 180-182. Em sentido semelhante: ARAÚJO, Luiz Alberto David e NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. *Curso de Direito Constitucional*. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 140-148.

²⁰³ KANT, 2007, p. 47. No mesmo sentido: RIVERO; MOUTOUH, 2006, p. 208-210; KELSEN, 2005, p. 122-124; FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*. 35. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 288-289; MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 26. ed. São Paulo: Atlas, 2010, p. 27-28.

²⁰⁴ “Mais, par la force même des choses, la sauvegarde des droits individuels de tous rend nécessaire une limitation respective des droits individuels de chacun. D'où il suit que dans la doctrine individualiste, la règle de droit d'une part impose à tous le respect des droits individuels de chacun, et d'autre part impose une limitation aux droits individuels de chacun, pour assurer la protection des droits individuels de tous. Ainsi on part du droit subjectif pour s'élever au droit objectif; on fonde le droit objectif sur le droit subjectif.”. DUGUIT, Léon. *Manuel de droit constitutionnel*. Paris: Panthéon-Assas, 2007, p. 03.

Esta relatividade destina-se a compatibilizar diversos direitos titularizados por todas as pessoas, possibilitando uma convivência harmônica em sociedade. Em caso de colidência, a solução será distinta conforme se trate de regras ou de princípios. As primeiras dispensam a ponderação no caso concreto de conflito, por estabelecerem deveres definitivos que desconsideram as possibilidades fáticas e normativas; em caso de confronto entre duas regras, decreta-se a invalidade de uma delas ou abre-se uma exceção para manutenção de ambas. Já os princípios são submetidos à técnica de ponderação e carregam consigo deveres preliminares, sopesados concretamente de acordo com as possibilidades fáticas e normativas; em ocorrendo um conflito, ambos se conservarão válidos, avaliando-se, casuisticamente, qual deles prevalecerá.²⁰⁵

Princípio jurídico, seja ele expresso ou implícito, pode ser compreendido, segundo entendimento de Roque Antonio Carrazza, como um enunciado lógico dotado de alta generalidade, que “ocupa posição de preeminência nos vastos quadrantes do Direito e, por isso mesmo, vincula, de modo inexorável, o entendimento e a aplicação das normas que com ele se conectam”. Tal preeminência os coloca em posição de maior relevância dentro do sistema jurídico em relação às regras, especialmente os princípios constitucionais.²⁰⁶

Já para Robert Alexy, os princípios consistem em *mandamentos de otimização*, cuja satisfação ocorre em gradação variada, de acordo com possibilidades fáticas e jurídicas, estas últimas com base nos princípios e regras colidentes. Não contêm mandamentos definitivos, mas tão somente *prima facie*. As regras, por seu turno, não admitem grau de atendimento: ou são ou não são satisfeitas. Em sendo válidas, devem fazer exatamente o que elas exigem. Assim, são “*determinações* no âmbito daquilo que é fática e juridicamente possível”. Deste modo, regras e princípios são diferenciados de modo qualitativo, e não quanto ao grau. Tais premissas levam à conclusão de que um conflito

²⁰⁵ ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios – da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 8. ed. ampl. e atual. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 26. O autor ainda traz diversos critérios surgidos na doutrina para distinguir regras e princípios, quais sejam, o do *caráter hipotético-condicional*, o do *modo final de aplicação*, do *relacionamento normativo*, do *fundamento axiológico*. Ibid., 39-64. Arrolando diversos critérios formulados na doutrina a respeito da referida distinção: ALEXY, 2008, p. 86 et seq.

²⁰⁶ CARRAZZA, 2010, p. 44-45. Em relação à maior relevância dos princípios, o autor faz a seguinte didática ilustração: “acutillar um princípio constitucional é como destruir os mourões de uma ponte, fato que, por certo, provocará seu desabamento. Já, lanhar uma regra corresponde a comprometer uma grade desta mesma ponte, que, apesar de danificada, continuará de pé”. Então conclui: “Portanto, tudo se congrega a indicar que as leis e demais atos normativos de igual ou inferior hierarquia, além de deverem obedecer às regras constitucionais, precisam ser interpretados e aplicados de forma o mais congruente possível com os princípios encartados no Código Supremo.” Ibid., p. 57.

entre regras somente pode ser solucionado por meio da previsão de uma exceção no sentido previsto pela outra, ou ainda, pela declaração de invalidade de uma delas.²⁰⁷

Quanto à primeira hipótese, nem sempre a exceção encontra-se prevista no ordenamento, caso em que “o aplicador avaliará a importância das razões contrárias à aplicação da regra, sopesando os argumentos favoráveis e contrários à criação de uma exceção diante do caso concreto”.²⁰⁸ Já no último caso, a aferição da norma inválida deve considerar, primeiramente, a hierarquia das regras que, sendo diversas, impõe solução em favor da de maior grau. Assim, v.g., uma regra constitucional prevalece sobre uma regra legal e esta sobrepõe-se em relação a uma regra de menor hierarquia com ela conflitante (decreto, regulamento, portaria, instrução normativa, ordem de serviço etc.). Em se tratando de regras de mesma hierarquia, aplica-se o critério da especialidade (*lex specialis derogat legi generali*) e, por fim, o cronológico (*lex posterior derogat legi priori*).²⁰⁹

Cumpra agora analisar o conflito entre princípios que, na verdade, ocorre apenas na aparência, permitindo que os direitos sejam conciliados, de modo a se obter uma solução no embate de dois direitos fundamentais.

Primeiramente, cumpre ressaltar a existência de duas teorias para a solução de tais confrontos. A primeira delas pauta-se pela hierarquização dos direitos fundamentais, pela qual se classificam os direitos em diversas categorias, uns sobrepostos a outros, considerando a maior ou menor importância. Nesse sentido, a título de exemplo, o direito à vida, a proibição à tortura e à escravidão estariam em um patamar superior em relação a outros, como a intimidade, a honra, as liberdades de informação e de reunião. De outro lado, está o modelo do *balancing test* ou *ponderação de direitos*, pelo qual a solução ocorre sem pronúncia de invalidade de qualquer deles, mas sim se encontrando aquele que

²⁰⁷ ALEXY, 2008, p. 90-91 e 104. Na primeira hipótese referida pelo autor, não há, em verdade, conflito propriamente dito, pois ambas as regras permanecem válidas e são aplicadas, na medida em que uma regra admite que outra excepcione sua aplicação.

²⁰⁸ ÁVILA, 2008, p. 54-55.

²⁰⁹ ALEXY, 2008, p. 92-93. Ávila critica a teoria, entendendo possível a ocorrência de um conflito concreto entre regras, com solução no plano da aplicação, por meio da ponderação entre as finalidades em questão, fora, assim, do plano da validade, além de apontar diversas inconsistências e a prevalência das regras quando em confronto com um princípio, argumentando que “descumprir o que já foi objeto de decisão é mais grave do que descumprir uma norma cuja função é servir de razão complementar ao lado de outras razões para tomar uma futura decisão. Ou dito diretamente: descumprir uma regra é mais grave do que descumprir um princípio. Até porque, sem outro argumento a modificar a equação, o ônus de superar uma regra é maior do que aquele exigido para superar um princípio. Ao contrário do que se crê, portanto, a opção legislativa pela regra reforça sua insuperabilidade preliminar. [...] A escolha de um meio específico de atuação do Poder Público por meio da positivação de uma regra faz com que o Poder Legislativo ou o Poder Executivo não fiquem livres para escolher outro meio, por melhor que lhes possa parecer.” ÁVILA, 2008, p. 53-54; 87-91; 104 e 109.

tenha precedência ou maior peso em face do outro em cada caso concreto²¹⁰. É esta a teoria acolhida e adotada mundialmente pela doutrina, que merecerá maiores considerações.

Para a solução dos conflitos entre direitos fundamentais com base na ponderação de interesses, incide a chamada *lei de colisão*, que reflete a essência dos princípios como “mandamentos de otimização: em primeiro lugar, a inexistência de relação absoluta de precedência e, em segundo lugar, sua referência a ações e situações que não são quantificáveis.” Quando se trata de direitos fundamentais, não é possível estabelecer, *a priori*, uma relação de prevalência, posto que somente à luz do caso concreto é possível avaliar, em cada hipótese, qual garantia tende a preponderar, aquela que se apresente mais conforme a Constituição. Na síntese de Eros Grau, “em cada caso armam-se diversos *jogos de princípios*, de sorte que diversas soluções e decisões, em diversos casos, podem ser alcançadas, umas privilegiando a decisividade de certo princípio, outras a recusando”.²¹¹

A solução, porém, ainda que obtida somente à luz do caso concreto, não resulta de mero improviso ou casuísmo do intérprete, mas deve seguir determinados critérios e passos que conduzirão ao resultado final.

Surge então o princípio ou postulado da proporcionalidade ou razoabilidade, pelo qual se procura resolver conflitos entre princípios constitucionais de igual relevância. Para alguns, trata-se de princípio. Porém, dada a finalidade específica de dirimir conflitos entre princípios, não poderia ser colocado ao lado destes, motivo pelo qual acolhe-se, aqui a expressão postulado ou *máxima* da proporcionalidade. Ávila compreende tratar-se da categoria dos “postulados hermenêuticos”. Para compreensão interna e abstrata do ordenamento jurídico, vislumbra nos postulados *normas de segundo grau*, com a função de estruturar a aplicação de outras normas que descrevem, ao invés de comportamentos, modos de raciocínio e argumentação, distinguindo-se tanto dos princípios como das regras.²¹²

Já Eros Grau vislumbra papel de especial relevo da proporcionalidade e razoabilidade como postulados normativos da interpretação e aplicação do direito, aptos apenas a orientar a formulação da chamada *norma de decisão*, a incidir na aplicação do direito, salientando que “*interpretação e aplicação* do direito não se realizam

²¹⁰ VIVANCO M., 2007, p. 434-438; RIVERO; MOUTOUH, 2006, p. 210-211. No mesmo sentido, na doutrina argentina, apontando a prevalência da *cotización de los derechos* frente à tese negatória dos conflitos entre direitos fundamentais, tendo como principal intérprete os tribunais, em especial a Corte Suprema, como intérprete final da Constituição: SAGÜÉS, 2003b, p. 311-15; e CASTRO, 2010, p. 197-198.

²¹¹ GRAU, 2009, p. 195. No mesmo sentido: ALEXU, 2008, p. 99; e DUARTE, 2007, p. 181 et seq.

²¹² ÁVILA, 2008, p. 123 et seq.

autonomamente [...] embora os juízes delas abusem para justificar a transgressão do sistema”.²¹³

Seja qual for o critério distintivo entre princípios e regras adotado, a proporcionalidade não pode ser enquadrada em nenhuma das categorias, por isso o status de postulado, que apresenta os seguintes traços diferenciadores em relação às normas: a) quanto ao nível, estão os postulados no metanível ou segundo nível, enquanto as normas objeto de aplicação residem no primeiro nível; b) quanto ao objeto, indicam os postulados a estrutura de aplicação de outras normas, já estas descrevem comportamentos (regras) ou promovem fins (princípios); c) quanto ao destinatário, os postulados têm os aplicadores, enquanto as normas aqueles que devem obedecê-las. Já a razoabilidade é tratada por Ávila de modo distinto, conquanto por vezes seja vista na doutrina como sinônimo de proporcionalidade, concebendo três acepções principais:

Primeiro, a razoabilidade é utilizada como diretriz que exige a relação das normas gerais com as individualidades do caso concreto, quer demonstrando sob qual perspectiva a norma deve ser aplicada, quer indicando em quais hipóteses o caso individual, em virtude de suas especificidades, deixa de se enquadrar na norma geral. Segundo, a razoabilidade é empregada como diretriz que exige uma vinculação das normas jurídicas com o mundo ao qual elas fazem referência, seja reclamando a existência de um suporte empírico e adequado a qualquer ato jurídico, seja demandando uma relação congruente entre a medida adotada e o fim que ela pretende atingir. Terceiro, a razoabilidade é utilizada como diretriz que exige a relação de equivalência entre duas grandezas.²¹⁴

A disseminação mundial da proporcionalidade como técnica de resolução de conflitos de princípios constitucionais teve por principal expoente Robert Alexy, aperfeiçoando as ideias de Ronald Dworkin.

Assim, por conta da inexistência de relação de precedência entre princípios consagradores de direitos fundamentais, os casos de colisão demandam um sopesamento entre eles pela aplicação da máxima da proporcionalidade e suas três “máximas parciais” da necessidade, adequação e proporcionalidade em sentido estrito. Enquanto as duas primeiras “decorrem da natureza dos princípios como mandamentos de otimização em face das possibilidades *fáticas*”, a última “decorre do fato de princípios serem mandamentos de otimização em face das possibilidades jurídicas”²¹⁵.

²¹³ GRAU, 2009, p. 191-192.

²¹⁴ ÁVILA, 2008, p. 135-138; 179 e 152. O autor ainda traz as distinções entre razoabilidade e proporcionalidade e explica os critérios de aplicação dos três elementos desta última. Ibid., p. 159 et seq.

²¹⁵ Ibid., p. 117-118. No mesmo sentido: CASTRO, 2010, p. 203-208, além de farta jurisprudência brasileira. Ibid., p. 208-221.

A *adequação* implica numa relação entre o meio utilizado e o fim almejado. Ou seja, se a restrição a um determinado direito fundamental poderá, de fato, ensejar a consecução de um fim maior. A *necessidade* visa aferir se o meio utilizado é necessário para o alcance da finalidade, não havendo outro menos gravoso de igual eficácia. É dizer: verifica-se a possibilidade de emprego de outros meios pelo poder público que possam alcançar a mesma finalidade, restringindo determinado direito em menor intensidade.²¹⁶ Por fim, a *proporcionalidade em sentido estrito* é verificada pela comparação entre a importância do fim perseguido e a intensidade do direito fundamental restringido. Com isso, diante de um confronto entre direitos fundamentais, é possível encontrar a solução, em cada caso concreto, de qual deverá prevalecer em dadas circunstâncias fáticas.

Esta relação de conflituosidade entre direitos fundamentais também ocorre no campo processual. Em verdade, constitui árdua tarefa estabelecer um procedimento judicial que, ao mesmo tempo em que assegure o devido processo legal e seus consectários, como contraditório e ampla defesa, prime pela simplificação e consequente celeridade.

Assim, é correta a afirmação de que “um exagerado prestígio à celeridade, por questões óbvias, pode sacrificar a aptidão do processo para chegar a uma solução justa”, concluindo-se que o sistema processual:

Não pode descuidar a existência de outros direitos processuais fundamentais, os quais devem ser harmonizados com o direito à duração razoável do processo, de maneira que o processo tenha o seu curso abreviado, sem o sacrifício daqueles.

[...]

Pode-se, assim, afirmar uma tendencial primazia de certos direitos processuais fundamentais sobre o direito à duração razoável do processo. Exemplo é o contraditório ou o acesso à justiça em sentido estrito, o direito à prova, o direito à igualdade no processo e o direito à fundamentação das decisões. Assim é porque, de outra forma, estaria afetada, com grande gravidade, a própria teleologia do processo, qual seja a aptidão para a prolação de uma decisão justa.

[...]

Realmente, em uma série de situações, a busca pela celeridade processual contende com outros direitos processuais fundamentais. O que se defende é que razões de economia não podem servir de fundamento para a restrição aleatória de garantias constitucionais do processo. Por vezes, a ponderação de bens deve ser concretamente verificada, analisando-se as particularidades da causa e o grau de afetação individual de uma determinada intervenção restritiva.²¹⁷

Delineadas tais premissas, será possível aferir algumas hipóteses de conflito entre a celeridade processual e outras garantias processuais constitucionais e o modo pelo qual se

²¹⁶ ÁVILA, 2008, p. 170.

²¹⁷ DUARTE, 2007, p. 210-211.

deve proceder à compatibilização no ordenamento, obtendo-se um sistema harmônico e equilibrado.

Primeiramente, cumpre contrapor os institutos constitucionais fundamentais da celeridade processual e as garantias do contraditório e da ampla defesa. O primeiro relacionado mais diretamente ao direito de ação do autor, e as segundas ao direito de exceção ou defesa do réu. Sobre este conflito, há um paralelo tão íntimo que constitui a estrutura mesma do processo²¹⁸.

O processo, de acordo com a doutrina moderna, é todo procedimento realizado em contraditório. Assim, confrontados os institutos fundamentais da ação e da defesa (tese e antítese), o juiz, por meio da jurisdição, realiza o julgamento (síntese). Com isto, estar-se-á assegurando a paridade de armas ou isonomia processual entre as partes²¹⁹.

Não se há de questionar a legitimidade do mandamento constitucional que assegura o contraditório e a ampla defesa “com os meios e recursos a ela inerentes”, *ex vi* do art. 5º, inciso LV, como emanações do princípio maior do devido processo legal. Sua previsão é indissociável da ideia de um processo justo, em que ambas as partes tenham direito de narrar os seus argumentos e formular as provas que melhor lhes aprouverem para, ao final, serem apreciadas sob o crivo de um órgão imparcial e independente.

Esta relação deve ocorrer com base no equilíbrio de forças, de sorte que o magistrado não tenda para nenhum dos polos da relação jurídica controvertida (partes parciais) que, por seu turno, devem ter igualdade de condições ao postular seus interesses da forma que lhes sejam mais oportunas.

Do mesmo modo, ao conceber as regras processuais, o legislador deve se pautar pelo balanceamento de forças, trazendo a lume um procedimento que materialize o devido processo legal.

O regime democrático tende a cristalizar e fortalecer o direito dos litigantes a fazer valer suas razões de forma cada vez mais ampla. Não por acaso é comum, em regimes políticos de exceção, que a liberdade seja restrita em todas as suas aspirações, inclusive quanto às garantias processuais. As restrições surgem, até mesmo, como forma de legitimar a derrocada, a assunção ao poder e sua manutenção por meio da força.

²¹⁸ “Entre la libertad de acudir a la autoridad de parte del actor y la libertad de defenderse del demandado, existe un paralelo tan íntimo que constituye la estructura misma del proceso” COUTURE, Eduardo J. *Fundamentos del Derecho Procesal Civil*. 4ª ed. Buenos Aires: B de F, 2005, p. 80.

²¹⁹ Nesse sentido, BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Poderes instrutórios do juiz*. 3. ed. São Paulo: RT, 2001, p. 67; e ARRUDA ALVIM, 2003, p. 517.

Como não poderia deixar de ser, os ares democráticos que inspiraram a elaboração da Carta Política de 1988 e circularam, de modo geral, por todo o ordenamento, sufragaram em sua plenitude as garantias constitucionais do devido processo legal, em especial o contraditório e a ampla defesa. O próprio Pretório Excelso teve papel fundamental na consolidação destes direitos, imprimindo efetividade e concretude a institutos antigos vistos sob uma nova concepção política.

A advocacia foi, assim, paulatinamente, galgando um respeito cada vez maior das garantias processuais do réu, especialmente na seara penal, transformando o processo em um instrumento eminentemente democrático. Quanto maiores as oportunidades de defesa, maior o zelo à liberdade e a consagração dos novos tempos, sob os auspícios de uma *Constituição Cidadã*.

Porém, em nome do *direito de defesa*, excessos são cometidos. Por conta disto, é forçoso concluir que o alicerce do edifício jurídico processual encontra-se abalado, demandando reparos para preservá-lo e mantê-lo erguido como base maior do Estado de direito.

Operadores do direito passaram a se valer do processo não apenas para provar, dentro de louvável liberdade, os fatos sob os quais se embasa a argumentação jurídica. Mais do que isso, em causas com poucas chances de êxito, em que não haveria oportunidade de se lograr um resultado substancialmente proveitoso, viu-se possível protelá-la ao máximo em detrimento da parte contrária. Desta sorte, quem mais se depara com achaques da Justiça é, justamente, aquele que aciona o Poder Judiciário no afã de resgatar o bem jurídico ilegítimamente afetado. Afinal, o réu não encontra dificuldades em se desvencilhar da submissão ao pedido do autor.

Constata-se que o processo pode ser retardado ao máximo, como forma de evitar uma decisão final inevitavelmente desfavorável. Todos os meios de prova e todas as instâncias recursais são utilizadas para subterfúgios, chicanas processuais, enfim, toda sorte de expedientes jungidos num único escopo: protelar, ao máximo, dolosamente, a solução da demanda.

Às vezes, uma derrota certa chega até a ser evitada. Na seara penal, fatos criminosos são alcançados pela prescrição e, no processo civil, o feito é conturbado de tal maneira que a Justiça se queda impedida de proferir um julgamento final ou o autor, vencido pelo cansaço, opta por transacionar interesses que lhe seriam inteiramente legítimos, desistindo de obtê-lo integralmente.

Este comportamento do réu acaba por prejudicar o legítimo detentor do interesse em litígio, que, muitas vezes, a esperar anos a fio pelo chapado atendimento de seu pleito, opta em fazer concessões em prol da pronta obtenção de parte do direito. Daí o conhecido dito popular de que “mais vale um mau acordo do que uma boa demanda”.

É de se reconhecer que há uma “visão romântica de que não se deve impedir a parte de postular até o limite do possível”²²⁰, o que resulta na inaplicabilidade dos mecanismos processuais inibidores da litigância de má-fé, da lide temerária e da restrição aos recursos.

Destarte, a morosidade do sistema jurisdicional, tão combatida e atacada, mostra-se vantajosa para alguns. Pessoas absolutamente cônscias de suas responsabilidades contratam advogados, muitas vezes a cifras de grande vulto, premeditadamente apenas para protelar o desfecho da lide, obstruindo a Justiça.

Para estes, a morosidade, além de benéfica, pode até ser lucrativa, compensando uma futura derrota nos tribunais, em momento postergado no tempo, de modo que a final condenação não alcançará os rendimentos obtidos com o investimento do montante objeto da demanda.

Constata-se com isso que o prejuízo causado ao demandante que aguardou a formação da coisa julgada material tem, como contrapartida, um réu que pôde conservar consigo o bem da vida litigioso durante o interminável curso do processo, sendo “presenteado pela desmedida duração”. Desta forma, o processo tende sempre a beneficiar o réu que não tem razão, caso em que seu efetivo interesse é manter o objeto da contenda em seu poder pelo maior tempo possível, sendo o processo incapaz de reverter esse desígnio. Tal situação constitui imenso contrassenso do sistema, possibilitando que réu lucre com a demora do processo, a permanecer indevidamente em poder da coisa, auferindo-lhe seus frutos.²²¹

Esta dialética subversiva deve ser combatida, em defesa da celeridade processual, reservando o processo para comportamentos idôneos e fornecendo ao juiz os subsídios necessários para prolatar a decisão mais acertada.

Pero lo escrito no puede llevar a pensar que se contemplan múltiples acciones y recursos, ya que entonces puede promoverse el abuso, facilitar la lentitud e

²²⁰ Entrevista de Luiz Roberto Barroso ao Consultor Jurídico, disponível em: <http://www.conjur.com.br/2006-mai-14/judiciario_deixou_departamento_tecnico>. Acesso em 19 ago. 2009.

²²¹ ARAÚJO, F. F. de, 1999, p. 92-93; CRUZ E TUCCI, 1997, p. 68; GAJARDONI, 2003, p. 47-48; e ANNONI, 2008, p. 223. Esta última autora levanta a seguinte contradição, sem respondê-la diretamente: “o exercício do amplo e irrestrito direito à defesa e ao contraditório conduziria à demora na prestação da justiça. Então, o exercício de um direito conduziria à violação de outro?”

inducir la ineficacia que, que por supuesto, equivale a denegación de la justicia impetrada. El exceso de garantismo puede, entonces, derivar en inseguridad jurídica.²²²

Algumas medidas altamente eficazes, do ponto de vista pragmático e acelerador, têm despertado calorosos debates doutrinários e jurisprudenciais.

Um deles é a chamada penhora *online*, surgida na Justiça do Trabalho, em convênio com o Banco Central do Brasil, pelo sistema Bacen Jud²²³. Hoje, encontra-se regulada no Código de Processo Civil, em seu art. 655-A, na redação dada pela Lei n. 11.382/2006, como meio de execução. Certamente, é da mais extrema valia dos interesses dos credores, mormente os trabalhistas, na medida em que inverte a equação a favor destes e não mais dos devedores, que muitas vezes, ardilosamente, se ocultavam ou protelavam o feito, imiscuindo-se de suas obrigações.

A prática, consistente no bloqueio dos valores depositados em conta bancária do devedor, garante a celeridade na satisfação do crédito. Todavia, “por vezes, essa mesma celeridade pode ocasionar prejuízos irreparáveis ao devedor que se vê privado de valores, necessários para o normal desenvolvimento de suas atividades”²²⁴.

Desde que não utilizada de forma abusiva, paralisando atividades produtivas indevidamente ou o atendimento de necessidades inadiáveis do indivíduo, o instrumento é de grande proveito para efetivação da Justiça, permitindo ao juiz o bloqueio de valores em espécie e o cumprimento das ordens judiciais eletronicamente, o que garante economia de tempo e dinheiro dos cofres públicos, prestando-se à efetividade da tutela jurisdicional (art. 5º, incisos XXXV e LXXVIII) e o direito de propriedade exercido de acordo com sua função social (art. 5º, incisos XXII e XXIII).

O mesmo se diga da quebra de sigilo fiscal e bancário. A preservação absoluta e irrestrita da intimidade, ainda quando esgotadas todas as diligências praticadas para localizar patrimônio penhorável, impede o efetivo acesso à Justiça, de forma que o processo executivo venha a cumprir seu desiderato²²⁵. Deste modo, em que pese o

²²² EGAÑA, 2003, p. 144.

²²³ Maiores informações disponíveis em: <<http://www.bcb.gov.br/?BCJUD>>. Acesso em 21 nov. 2010.

²²⁴ SCARTEZZINI, Ana Maria Goffi Flaquer. *O prazo razoável para a duração dos processos e a responsabilidade do Estado pela demora na outorga da prestação jurisdicional*. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim et al. (Coord.). *Reforma do Judiciário – primeiras reflexões sobre a Emenda n. 45/2004*. São Paulo: RT, 2005, p. 46.

²²⁵ OLIVEIRA, Robson Carlos de. *O princípio constitucional da razoável duração do processo, explicitado pela EC n. 45, de 08.12.2004, e sua aplicação à execução civil: necessidade de que o Poder Judiciário através dessa norma-princípio flexibilize as regras jurídicas e passe a aplicá-las, garantindo um efetivo e qualificado acesso à Justiça*. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim et al. (Coord.). *Reforma do Judiciário – primeiras reflexões sobre a Emenda n. 45/2004*. São Paulo: RT, 2005, p. 679-680.

constituente ter salvaguardado a intimidade e a vida privada (art. 5º, inciso X), bem como a inviolabilidade das correspondências e das comunicações (art. 5º, XII), legitima-se a mitigação a tais direitos como forma de assegurar o resultado prático da decisão judicial ou mesmo da investigação criminal, como já decidiu o Supremo Tribunal Federal²²⁶.

Se devido processo legal e seus consectários lógicos do contraditório e da ampla defesa, entendidos em suas acepções clássicas, são erigidos a verdadeiros dogmas do direito constitucional e processual, constantes do rol de direitos individuais e coletivos do art. 5º da Constituição Federal, a tempestividade do processo assim também deve o ser, erigida que foi a direito fundamental no inciso LXXVIII do mesmo art. 5º.

Assim, como se conciliar tais valores e garantias, tão próximas, mas por vezes antagônicas, ao se traçar as regras legislativas do processo (e desse fazer parte efetivamente, como sujeito processual parcial – autor e réu – ou imparcial – o juiz)?

Ainda que aqui se postule a valorização da tempestividade da Justiça, não se há de defender, para tanto, a necessidade de exterminar as garantias do contraditório e da ampla defesa, tão caras para a construção de um Estado democrático e de uma sociedade livre e justa.

Muito longe está esta a Justiça, desprovida de garantias de efetividade, de se mostrar compatível com o Estado Democrático de Direito estabelecido pela Constituição Federal. Um sistema é concebido por regras harmônicas, capaz de conciliar os pontos de vista contrapostos (tese e antítese) para, com o devido equilíbrio de valores, chegar-se à solução que se revele mais justa (síntese).

Por outro lado, um sistema em que um único processo pode ter recursos que podem alcançar uma centena e a decisão final somente será proferida quando o juiz estiver com a mais inabalável, segura e absoluta convicção da verdade dos fatos, leve quanto tempo for necessário, não traduz um ideal de justiça, ainda que constatada na prática.

O que se almeja alcançar, destarte, é a busca do equilíbrio, a valoração *in concreto* entre direitos fundamentais, que se resolve, como visto, não por critérios de validade, mas de preponderância. O ideal e quiçá utópico equilíbrio pressupõe, assim, análise dos valores contrapostos à luz da proporcionalidade.

Colhe-se da doutrina tal raciocínio, *in verbis*:

Cabe a ponderação de que a razoável duração do processo não pode ser um valor máximo que se sobrepõe a todos os outros direitos e garantias fundamentais. O

²²⁶ STF, Inq-AgR n. 897-5/DF, TP, m.v., rel. Francisco Resek, j. 23.11.1994, DJ 24.03.1995.

tempo é essencial para o bom andamento do processo e para o amadurecimento das decisões e nem sempre uma causa com rápida condução converge para uma decisão adequada e justa. É necessário coadunar o devido processo legal à razoável duração do processo, para que a justiça funcione, ao mesmo tempo, com presteza e firmeza nas decisões.²²⁷

Para equilibrar a balança entre a celeridade do processo e o exercício do direito de defesa, é necessário transpor axiomas jurídicos como duplo grau de jurisdição (que se torna triplo, quádruplo, quádruplo...) e uma certeza jurídica atrelada ao maior número possível de julgadores apreciando e reapreciando o litígio.

Sem dúvida, mudanças desta natureza trarão acirradas polêmicas e severas críticas, dado o profundo conservadorismo que circunda o meio forense, das vestes ao vocabulário empregado, num medo indescritível por tudo que seja novo, freando o progresso. Porém, grandes mudanças demandam proporcional coragem para quebrar paradigmas.

No que toca à restrição à ampla recorribilidade, defendendo a *efetivação federativa*, pela qual as demandas devem ser julgadas definitivamente no âmbito dos Estados, reservando-se ao Supremo Tribunal Federal somente o exame de matérias de interesse nacional, há quem proponha a extinção de todos os tribunais superiores, como forma de redução maciça de custos de manutenção, além de agilizar o julgamento final das demandas. Desta forma, “o princípio federativo valorizará os Tribunais Estaduais, dando-lhes maior poder e prestígio e os correspondentes deveres”.²²⁸

A sugestão, porém, não se pauta pelo equilíbrio. Não se discute a necessidade de uma reformulação das competências constitucionais do Supremo Tribunal Federal e dos tribunais superiores, o que timidamente teve início com a *Reforma do Judiciário*, conforme se verá adiante.

Em suma, a existência de uma determinada garantia não resulta na impossibilidade de sua redução, como forma de adequação do sistema. Sob esta ótica, penhora *online*, quebra de sigilo bancário e fiscal e outros instrumentos congêneres idôneos, se utilizados dentro de certos limites, numa análise de ponderação de interesses, são bem-vindos pelo ordenamento jurídico.

Na análise do conflito entre a celeridade processual e os demais direitos processuais fundamentais, chegou-se a conclusão semelhante, *in verbis*:

²²⁷ SILVEIRA, 2007, p. 157. No mesmo sentido: PETERS, 2007, p. 249.

²²⁸ PRUDÊNCIO, Carlos; FARIA, José Eduardo; ANDRADE, Lédio Rosa. *Modernização do Poder Judiciário – A Justiça do Futuro*. Tubarão: Studium, 2003, p. 61-62.

Sempre que for impossível se compatibilizar uma prestação jurisdicional célere e a aptidão do processo para o alcance de resultados justos (o que só é possível se forem observados aqueles direitos processuais fundamentais), tem-se que se deve preferir uma injustiça temporal da solução (pela excessiva duração), à respectiva injustiça material. Não se nega que, em um contexto utópico, ambas devem se fazer presentes. Todavia, a regra prevalente há que ser a última.

Não que a compressão dos demais direitos processuais fundamentais não possa contemplar a celeridade processual, apesar do maior prestígio daqueles em uma eventual ponderação de bens. Todavia, deve a indigitada compressão ser necessária, adequada e proporcionada em sentido estrito. Soluções meramente utilitaristas, onde os direitos processuais fundamentais sejam sacrificados em homenagem à operatividade do sistema, sobretudo quando a eficácia dos expedientes de agilização são duvidosos, devem ser evitadas.

[...] A conformação do procedimento com vistas à assecuração de uma solução mais rápida para os litígios não pode prescindir da aferição da legitimidade constitucional mediante os critérios de proporcionalidade já acima aludidos.²²⁹

Afinal, a justiça deve tutelar todos os princípios-garantias, censurando comportamentos ilícitos e afastando pretensões indevidas, como a balança carregada por Têmis, a Deusa da Justiça, representando o equilíbrio do aplicador da lei.

Além de se fundar no zelo ao contraditório e à ampla defesa, o excesso de cautela legal e judicial com os procedimentos também se funda na segurança jurídica de que devem ser dotadas as decisões judiciais.

A segurança, ao lado de vida, liberdade, igualdade e propriedade, constitui um dos cinco direitos básicos sufragados na cabeça do art. 5º da Constituição Federal. Esta garantia alcança as relações jurídicas, protegendo-as em face de uma nova lei – intangibilidade do ato jurídico perfeito, do direito adquirido e da coisa julgada (art. 5º, inciso XXXVI, CRFB).

Ademais, como direito básico e princípio de larga amplitude, a segurança deve pautar a condução do processo, revestindo-o de formalidades que protejam as garantias processuais das partes em juízo. O próprio princípio da presunção de inocência ou não prévia culpabilidade, constitucionalmente assegurado no art. 5º, inciso LVII, não deixa de ser uma medida de segurança jurídica, evitando que um acusado sofra antecipadamente as consequências de uma eventual e incerta condenação antes do trânsito em julgado.

Assim, tendo em vista a possibilidade de revisão, o juiz deve evitar expedir atos de cunho invasivo ao patrimônio, à liberdade e à intimidade dos litigantes ou ainda de atos cuja reversão possa não ser possível, em consonância com o devido processo legal.

Desta forma, antes da prolação de uma decisão final, deve o juiz, à luz dos fatos narrados e das provas produzidas, estar *seguro* para exarar o veredito. É dizer, não pode ser

²²⁹ DUARTE, 2007, p. 214-215.

precipitado ou deixar de observar o tempo necessário ao amadurecimento da causa e os postulados maiores do contraditório e da ampla defesa, no ímpeto de buscar a solução em tempo mínimo. Mesmo assim, aos sucumbentes restará ainda acionar as instâncias recursais, o que, porém, não garante a conformação com a decisão e o atingimento da tão almejada segurança jurídica.²³⁰

Ocorre que tal retórica pode abarcar a tentativa velada de se retardar o processo, quando não há interesse em seu término ou diante de uma derrota inevitável.

Por isso, à semelhança do exposto em relação ao contraditório e à ampla defesa, que acabam sendo utilizados como escudos para a impunidade e a perpetração de injustiças, a segurança jurídica também pode se apresentar como óbice à celeridade processual.

Do choque entre segurança e celeridade, não deve sempre esta última sair vitoriosa, como sói ocorrer em todo o conflito entre princípios constitucionais. O resultado mais célere nem sempre é o mais efetivo, a celeridade processual não pode ser valorada a ponto de sacrificar o acesso à justiça de forma igualitária, o devido processo legal e a efetividade da defesa, dentre outros direitos fundamentais. Além disso, a ligeireza da decisão não pode se converter em leviandade, assim como a pressa em irreflexão. Por isso, a expedita tramitação do processo pode assegurar presteza e efetividade da jurisdição, o que se contrapõe à segurança concreta da apuração do direito, de modo que o tempo que traz a morosidade é indispensável à concretização da justiça. Daí a difícil missão do legislador e do juiz de encontrar soluções que conciliem tais interesses, buscando um processo dotado de efetividade, mas sem negligenciar as garantias fundamentais das partes, de modo a obter, o quanto possível, um processo justo.²³¹

... o equilíbrio e a harmonia entre a segurança, certeza e celeridade na prestação jurisdicional revelam-se não raras vezes inviável em razão da situação jurídica

²³⁰ BEZERRA, Márcia Fernandes. *O direito à razoável duração do processo e a responsabilidade do Estado pela demora na outorga da prestação jurisdicional*. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim et al. (Coord.). *Reforma do Judiciário – primeiras reflexões sobre a Emenda n. 45/2004*. São Paulo: RT, 2005, p. 470; e DOTTI, René Ariel. *Breves notas sobre a Emenda n. 45*. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim et al. (Coord.). *Reforma do Judiciário – primeiras reflexões sobre a Emenda n. 45/2004*. São Paulo: RT, 2005, p. 633.

²³¹ CARVALHO, Fabiano. *EC n. 45: Reafirmação da garantia da razoável duração do processo*. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim et al. (Coord.). *Reforma do Judiciário – primeiras reflexões sobre a Emenda n. 45/2004*. São Paulo: RT, 2005, p. 221; MATTOS, S. L. W. de, 2009, p. 189-190; e ANNONI, 2008, p. 196. A autora complementa: “Apenas aparentemente esses dois princípios são antagônicos. Em verdade, é o equilíbrio entre esses dois postulados que garantirá a justiça aplicada ao caso concreto. No entanto, é preciso ter-se em conta que esse equilíbrio não fica a cargo da discricionariedade do magistrado ou do tribunal, mas sim do Direito, regido pela equidade, boa-fé, justiça social e valores de cada sociedade, em dada época.”

que se pretende tutelar. A definitividade indispensável a propiciar a certeza e segurança exige o desenvolvimento de atividade cognitiva exauriente obtida por meio de procedimento apto a contemplar a realização dos meios de prova em direitos admitidos, percorrendo, destarte, interregno temporal que pode não atender a celeridade indispensável à tempestiva prestação da tutela jurisdicional.²³²

A angústia gerada pela incerteza do resultado da demanda decorrente da lentidão do processo, que traduz uma sensação de *insegurança jurídica*, é tão nociva quanto o não acolhimento da pretensão em momento breve. *Mutatis mutandis*, o cidadão que teve violado o seu direito e aguardou pacientemente o andamento da causa para, ao final, recuperar o bem jurídico lesado, pode não ter o sentimento de pleno restabelecimento de seu *status quo ante*, em decorrência do longo período de sofrimento que a Justiça não pode compensar. Por isso, uma tutela desfavorável, mas tempestiva, pode ter maior aptidão de pacificação social do que aquela de provimento favorável mas tardio, que, de certo modo, acaba por revelar-se inútil²³³.

Em um juízo de ponderação, não se pode, a pretexto de garantir a segurança jurídica, permitir que um processo corra anos a fio, não gerando qualquer consequência material antes do trânsito em julgado. Em última análise, a segurança jurídica, como forma de obtenção de certeza, nunca será total. Por mais que o processo seja conduzido com parcimônia e a causa esteja *madura* e pronta para ser resolvida, sempre haverá a possibilidade de se cometer uma injustiça, daí porque o ordenamento admite a revisão criminal e a ação rescisória no juízo cível.

Portanto, a certeza propriamente dita – que traria absoluta segurança jurídica – constitui um valor intangível, malgrado o comprometimento do juiz em aclarar a verdade. Desta forma, não se justifica tutelar, por meio de formalismos e praxes inócuas, um valor, que nunca será absoluto, em detrimento de outro, qual seja, a celeridade, de igual magnitude, mas ignorado no meio jurídico, ainda que salutar para a sobrevivência do sistema.

Como também se passa em outros conflitos envolvendo princípios e garantias fundamentais, o equilíbrio e a ponderação mostram-se essenciais para que sejam concomitantemente garantidas a justiça no caso concreto e a efetividade da tutela jurisdicional. Ademais, é possível se assegurar as garantias processuais de modo mais informal, racionalizando os recursos e simplificando os atos, se possível buscando a

²³² MAIA, 2005, p. 726.

²³³ SPALDING, 2005, p. 36.

conciliação das partes previamente à instauração da demanda. Diante do conflito ora posto, o desequilíbrio entre a segurança jurídica, de um lado, e a celeridade processual e a efetividade de direitos, de outro, é causa de inconformismo e insatisfação de todos aqueles que se socorrem da Justiça. É preciso resguardar as garantias fundamentais do processo, especialmente o devido processo legal e todos os seus consectários, que impõem determinadas formalidades ao processo, as quais não podem, contudo, preponderar frente o direito material discutido, sendo as mínimas necessárias para proporcionar a defesa adequada e a rápida e efetiva prestação jurisdicional.²³⁴

Deste modo, poderá haver significativo ganho de efetividade do processo judicial, da Justiça como um todo e, em especial, dos direitos fundamentais constitucionalmente proclamados, que por vezes não transpõem a folha de papel a adquirem eficácia social.

Tal conflito revela a necessidade de equacionar os valores processo/tempo e segurança, que são forças antagônicas a ser conciliadas, mas priorizando-se a celeridade dos processos.

O dilema entre **segurança** e **processo** (e o conceito de devido processo legal) deve ser repensado para os padrões atuais, a fim de que, em algumas situações, o inatingível ideal de certeza absoluta seja preterido, em benefício de uma tutela mais célere. Celeridade não pode ser confundida com precipitação. Segurança não pode ser confundida com eternização.²³⁵

O truncado dilema, visto por outro ângulo, pode trazer nova e palpitante reflexão. O transcurso de longo período da ocorrência dos fatos até a devida apuração em juízo torna as condições menos propícias para o órgão julgador solucionar, com segurança e justiça, o litígio. Isto contribui para tutela prestada de modo intempestivo e de menor qualidade, além de causar insegurança ou instabilidade jurídica²³⁶, devido às plúrimas interpretações dos fatos e do direito por diversos órgãos, por vezes de forma antagônica.

A segurança demanda tempo para que o processo possa desenvolver-se de modo cauteloso. Todavia, em nome desta mesma segurança, vista por um enfoque diverso, o

²³⁴ CRUZ E TUCCI, 1997, p. 66; PRUDÊNCIO; FARIA; ANDRADE, 2003, p. 65-66; e PAROSKI, 2008, p. 329.

²³⁵ GAJARDONI, 2003, p. 203-204 e 41-42. Corroborando a preocupação com a tempestividade da demanda, Araújo assenta que as garantias outorgadas à defesa, embora inerentes à lei processual, devem ser sopesadas “segundo as necessidades do tempo e os legítimos valores da sociedade a quem servem”, à luz da garantia maior do acesso à justiça substancial, por meio da efetiva tutela jurisdicional em razoável tempo. ARAÚJO, F. F. de, 1999, p. 112-3.

²³⁶ GAJARDONI, 2003, p. 46 e 48; PETERS, 2007, p. 249; e BEAL, Flávio. *Morosidade da Justiça = Impunidade + Injustiça*. Florianópolis: OAB/SC, 2006, p. 193. Este último alude à inefetividade dos direitos decorrente da morosidade, concluindo que, por vezes, seria “preferível ao cidadão uma sentença injusta, mas rápida, do que nenhuma sentença ou uma sentença justa e correta, mas tardia”.

processo não pode se perpetuar no tempo, sob pena de o juiz prolatar decisão que não traduza a realidade dos fatos, apagada pelo transcurso do tempo, deixando de produzir a almejada justiça.

Suponha-se uma ação que, atravessando décadas, foi apreciada por diversos magistrados, sem que nenhum deles pudesse desenvolvê-la até o final. Em assumindo um novo juiz a presidência da causa, sem qualquer conhecimento anterior dos fatos e visando dirimi-la, por mais tecnicamente preparado que esteja, o magistrado limitar-se-á a julgar com supedâneo no mundo frio e por vezes distorcido dos autos. Neste caso, qual segurança o tempo trouxe ao processo? Ainda que o esforçado juiz, procurando se inteirar dos fatos, pretenda reinquirir testemunhas ou refazer outras provas, o tempo poderá impedir a reconstituição destas, restando tão somente as reminiscências históricas dos autos para subsidiar o julgamento. Este fenômeno é sentido especialmente nas comarcas de primeira entrância (atualmente chamadas de *entrância inicial*), que constituem o primeiro degrau na carreira do magistrado.

Por isso, o tempo causa verdadeira celeuma ao processo. Sua brevidade prestigia a celeridade, embora possa macular a segurança, o contraditório e a ampla defesa. Seu prolongamento, de certo modo, coteja o contraditório, a ampla defesa e a segurança jurídica, mas até, contraditoriamente, fere a celeridade e a própria segurança da decisão!

Daí, a restrição à ampla recorribilidade imposta pelos pressupostos recursais alinhavados na Constituição e nas leis, em prestígio às decisões dos magistrados que tiveram um primeiro e mais profundo contato com a causa e, conseqüentemente, também à segurança jurídica.

Na França, o Conselho Constitucional tem limitado expressamente o direito de recorrer em favor da segurança jurídica, compatibilizando tais valores pela validação das leis que modificam os procedimentos judiciais para fazer preponderar a primeira.²³⁷

O equilíbrio é tão essencial para uma vida saudável quanto para um processo escorreito. Ao contrário do dilema shakesperiano *ser ou não ser, eis a questão*, a segurança deve *ser*, mas não a ponto de tamanha demasia torná-la *não ser*. O valor segurança não pode ser defenestrado do processo nem ser erigido a axioma intocável. A prudência conduz à incidência na correta medida, que preconiza as balizas do processo como um todo, não se indispondo com a justiça ou a celeridade da decisão.

²³⁷ MATHIEU, Bertrand; VERPEAUX, Michel. *Contentieux constitutionnel des droits fondamentaux*. Paris: L.G.D.J., 2002, p. 731. Os autores ainda ressaltam não ter até o momento o Conselho Constitucional se pronunciado expressamente em relação ao direito ao duplo grau de jurisdição. Ibid, p. 733-734.

Como visto, ao direito de ação do autor se contrapõe o direito de exceção ou de defesa do réu. Embora a celeridade processual esteja irretorquivelmente ligada aos interesses daquele que demanda em juízo, muitas vezes a solução da lide é igualmente de interesse do réu, que busca muito mais do que somente se defender, ostentando interesse em aclarar a situação jurídica controvertida. Neste caso, a prematura extinção do processo, por desídia ou vontade do autor, impediria a definitiva pacificação do conflito.

Não por outro motivo, o Código de Processo Civil estabeleceu que, após decorrido o prazo para resposta – portanto, devidamente instaurada a relação processual com juiz, autor e réu – “o autor não poderá, sem o consentimento do réu, desistir da ação” (art. 267, § 4º).

A norma, nitidamente valorizando o interesse público na prestação jurisdicional e a segurança jurídica, em detrimento da vontade exclusiva daquele que inicialmente movimentou a engrenagem judiciária, corrobora a tese de que o réu também possui direito à tutela jurisdicional. Desta forma, ao se imprimir a rápida solução da demanda, considera-se não só os interesses do autor, mas igual direito ao réu, que também é atingido pelo atraso na prestação jurisdicional. Pensar o contrário seria presumir abstratamente a má-fé e o intuito procrastinatório por parte de todos os réus, o que é verdadeiro equívoco, já que muitas vezes estes logram obter a improcedência da demanda sem qualquer estratagem.²³⁸

Assim, em consonância com a isonomia processual entre as partes, a garantia constitucional deve atuar ambivalentemente, em favor de autor e do réu. A afirmação justifica-se até mesmo porque, a partir do momento em que o Estado chamou para si a responsabilidade de dirimir os conflitos surgidos na sociedade, vedando em princípio a autotutela, é de interesse público a conclusão de todas as controvérsias postas em juízo, tornando efetivos os direitos consagrados no ordenamento, notadamente aqueles salvaguardados na Constituição.

²³⁸SPALDING, 2005, p. 36; e ARAÚJO, F. F. de, 1999, p. 333.

2. A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO PRINCÍPIO DA CELERIDADE

2.1 A Emenda Constitucional nº 45/2004 e o seu contributo para a celeridade

Se a Emenda Constitucional n. 19/98 foi batizada de *Reforma Administrativa*, a de número 41/2004 recebeu a alcunha de *Reforma Previdenciária*, a Emenda Constitucional nº 45, de 08 de dezembro de 2004, por seu turno, foi denominada de *Reforma do Judiciário*, embora regras de teor diverso tenham sido objeto de sua incidência. O fato é que uma das maiores preocupações desta Reforma circunscreve-se ao objeto deste estudo: a malfadada e indisfarçável morosidade da Justiça e a almejada celeridade processual.

A própria Emenda incumbiu o Congresso Nacional de instalar comissão mista com o fito de elaborar “os projetos de lei necessários à regulamentação da matéria nela tratada, bem como promover alterações na legislação federal objetivando tornar mais amplo o acesso à Justiça e mais célere a prestação jurisdicional”, nos termos do art. 7º da EC 45/2004.

A Reforma almejou tornar o trâmite dos processos mais ágil e eficiente, de sorte a efetivar os direitos materiais, postulando condições para que a Justiça se fortaleça prestando serviços de melhor qualidade e maior segurança. Por outro lado, buscou dar maior transparência, racionalidade e modernidade ao Judiciário, a fim de recuperar sua credibilidade, conquanto ainda haja muito a se fazer para construir “uma Justiça mais efetiva, ágil, democrática e cidadã”.²³⁹

Mais do que isso, a Emenda busca combater, no dizer de Paulo Bonavides, uma *crise constituinte*, que tem, justamente no Judiciário, o poder mais vulnerável dentro da organização política. Este sofre com a letargia e burocracia, à semelhança da impunidade e corrupção governamental dos poderes eminentemente políticos. Estes, porém, é que demandam maior transformação, dizimando os vícios que contaminam o poder público. Por isso, não seria correto falar em crise do Judiciário, mas em crise do Estado, mais especificamente no Poder Executivo, de onde se irradia aos demais Poderes. De todo modo, no que toca à Justiça, remanesce a árdua tarefa de reduzir o hiato entre a Constituição e a realidade, entre a norma formal e sua eficácia, a lei e a justiça. Porém, é imperioso atentar para a quantidade de magistrados, de todo insuficiente para atender à

²³⁹ SOUZA, 2005, p. 52. No mesmo sentido: ABREU, 2008, p. 117-118; ROSAS, 1999, p. 190; CAGGIANO, Monica Herman Salem. *Emenda Constitucional n. 45/2004*. São Paulo: Revista Brasileira de Direito Constitucional, ESDC, n. 5, jan./jun. 2005, p. 185-186.

demanda da população, além de condições materiais condignas à relevância da função e preservação da autonomia dos magistrados e do Poder Judiciário como um todo. Somente o atendimento de tais exigências é que poderá fazer a Reforma do Judiciário atender aos desideratos de democratização e eficácia da Justiça.²⁴⁰

Verifica-se, desta sorte, que a Reforma é tida por muitos como tímida e pouco eficaz. Teria ela apenas sinalizado em direção à busca de celeridade que, se um dia vier a ser alcançada, demandará muito mais esforço do que a aprovação de uma emenda constitucional. Chegou-se a afirmar que ela não teria levado em consideração o acesso à justiça e a efetividade do processo, sendo o direito à *razoável duração do processo* mera promessa desprovida de ressonância prática. Ademais, tal timidez acarreta a inefetividade de seus desígnios, à semelhança de tantos outros direitos previstos na Lei Fundamental que não saíram da folha de papel, em alusão às ideias de Ferdinand Lassalle quanto à constituição escrita, dada a programaticidade dos comandos normativos, que se somaria a outros direitos sociais mortificados no formalismo. Assim, é de se vislumbrar a decepção da comunidade jurídica, que aguardava muito mais no trato de questão de tão acentuada importância.²⁴¹

Ademais, malgrado a incomum preocupação do legislador com a tempestividade do processo, muitas das normas trazidas demandam destinação de vultosos recursos do erário para o Poder Judiciário serem de fato implementadas.

Somente quando este Poder receber os recursos necessários para a informatização da Justiça, contratação de servidores e juízes em número suficiente, criação de novos foros e ampliação dos já existentes, a Reforma do Judiciário poderá, efetivamente, agasalhar a concretude desejada.

De todo modo, a preocupação com a serôdia processual norteou o constituinte reformador em diversas disposições que, direta ou indiretamente, visam sanar este pernicioso problema, merecendo algumas reflexões.

²⁴⁰ E conclui o autor: “Mas se o Judiciário cumprir a tarefa de salvaguarda da Constituição, a democracia sobreviverá, e a sociedade das gerações futuras ser-lhe-á imensamente agradecida.” BONAVIDES, Paulo. *Do país colonial ao país neocolonial (A derrubada da Constituição e a recolonização pelo golpe de Estado institucional)*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 73-85.

²⁴¹ FERREIRA, Luiz Alexandre Cruz; TÁRREGA, Maria Cristina Vidotte Blanco. *Reforma do Poder Judiciário e direitos humanos*. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim et al. (Coord.). *Reforma do Judiciário – primeiras reflexões sobre a Emenda n. 45/2004*. São Paulo: RT, 2005, p. 455; LOPES, João Batista. *Reforma do Judiciário e efetividade do processo civil*. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim et al. (Coord.). *Reforma do Judiciário – primeiras reflexões sobre a Emenda n. 45/2004*. São Paulo: RT, 2005, p. 330; e CAGGIANO, 2005, p. 186.

Primeiramente, cumpre abordar mudanças tendentes ao aprimoramento da jurisdição constitucional no Brasil. Dentre elas, destacam-se a criação dos institutos da repercussão geral, da súmula vinculante e o efeito vinculante no controle abstrato de constitucionalidade.

O Supremo Tribunal Federal é o órgão protagonista da chamada jurisdição constitucional que, segundo a doutrina francesa, “designa todas as instituições e técnicas pelas quais é assegurada, sem restrições, a supremacia da Constituição” (tradução livre).²⁴²

Não obstante, a corte exerce, outrossim, uma gama de competências diversas, originárias e recursais, tornando amiúde imperiosa a apreciação de feitos à luz do ordenamento infraconstitucional. A título exemplificativo, ao julgar processos de extradição (art. 102, I, g, da Constituição Federal), o tribunal analisa, *e.g.*, os fatos sob os aspectos da tipicidade, da prescrição e outras causas extintivas de punibilidade; da mesma forma, os julgamentos de ação penal originária (art. 102, I, *b*), que podem ainda ser precedidos de um inquérito sob jurisdição da própria corte, tramitando do mesmo modo que um processo penal nos juízos de primeira instância, embora facultada a delegação dos atos instrutórios (art. 3º, inciso III da Lei n. 8.038 de 1990, na redação dada pela Lei n. 12.019, de 2009). Por fim, cumpre mencionar os inúmeros *habeas corpus* impetrados, muitos deles concedidos, para trancamento de ação penal por fundamentos como atipicidade da conduta e incidência do princípio da insignificância. Em comum a todas as situações mencionadas, o fato de não se tratarem de matérias eminentemente constitucionais, ainda que se alicercem na Constituição para fundamentar as decisões.

Esta hipertrofia de competências é nociva ao desempenho do importante papel de corte constitucional desempenhado pelo Supremo Tribunal Federal no Brasil, que exerce a nobilíssima atribuição de Guardião da Constituição (art. 102, *caput* da CF). Em razão disso, não se lhe devem ser atribuídas funções de instância revisora de causas e intérprete da legislação federal (competência, aliás, constitucionalmente atribuída ao Superior Tribunal de Justiça), sobrecarregando o tribunal, impedindo o pleno exercício de suas atribuições eminentemente constitucionais, tanto de natureza jurídica como política. No dizer de Sampaio Dória, o Supremo “não é uma côrte de recursos, instância última de apelações em geral”, tendo o papel de “escudo da Constituição contra abusos do poder, em defesa das instituições e dos direitos do homem [...] em defesa da Constituição”²⁴³.

²⁴² FAVOREU et al., 2009, p. 227.

²⁴³ SAMPAIO DÓRIA, Antônio Roberto de. *Direito Constitucional. Comentários à Constituição de 1946*. v. 3. São Paulo: Max Limonad, 1960, p. 438. Em sentido semelhante, mas entendendo cabível a manutenção

Semelhante é o entendimento de Themistocles Brandão Cavalcanti, comentando a Constituição de 1946:

Na organização Constitucional do regime tem o Supremo Tribunal Federal função peculiar. Como órgão de jurisdição comum, em certos casos, entre outros exerce uma função eminente no mecanismo do sistema Constitucional, figurando como árbitro na solução das controvérsias que afetam a vida Constitucional.

Esta situação peculiar do Supremo Tribunal, decorre, em grande parte, da sua competência para apreciar e decidir sobre a validade dos atos executivos ou legislativos em face à Constituição e para declarar a sua inconstitucionalidade, prerrogativa conquistada à luz da prática do sistema judiciarista americano, na longa vida do regime.

O Supremo Tribunal Federal exerce, dentro do sistema jurisdicional, funções peculiares, não só como instância ordinária de recursos mas também como Tribunal político, por excelência, toda vez que se trate de situar a questão a ele submetido, dentro do plano constitucional.

A função política do Supremo Tribunal, decorre de sua posição na estrutura do regime e do papel histórico que lhe tem sido atribuído na sua formação constitucional.²⁴⁴

Em que pese esta acentuada relevância de atribuições, o tempo trouxe ao Supremo Tribunal Federal certa benevolência na admissão recursal para as mais diversas matérias. Este fenômeno se circunscreve à inteligência e amplitude da expressão *questão constitucional*. Nesse sentido, os tribunais de cúpula são legitimados a empreender a correspondente hermenêutica constitucional, sendo conhecida nos meios jurídicos a afirmação de que *a Constituição é aquilo que o Supremo Tribunal Federal diz ser*.

Corroborando esta afirmação, anota Hebert Hart que, baseado nesta premissa, é irrelevante eventual erro do tribunal, que não teria quaisquer consequências para o sistema. Deve-se ainda distinguir, em relação às decisões da corte, os caracteres da *definitividade* e da *infallibilidade*, esta última nem sempre presente. Ademais, a assertiva permite ainda concluir que os tribunais não estão sempre vinculados por regras quando julgam, na medida em que o direito é o que eles dizem ser.²⁴⁵

Observa-se que em regra os processos iniciam-se na primeira instância, sendo reapreciados, tanto em matéria de direito como probatória, por um tribunal estadual ou federal e, por fim, atendidos os requisitos constitucionais e legais, tenham um exame último por um tribunal superior e/ou pelo Supremo Tribunal Federal.

das competências de julgamento das autoridades com foro por prerrogativa de função e os litígios entre a União e os Estados estrangeiros: BEAL, 2006, p. 207. Por fim, a respeito da confluência entre o Direito e a Política no contexto da jurisdição constitucional, no qual “ora o jurídico se ‘politiza’, ora o político se ‘juridiciza’”: CASTRO, 2010, p. 234-236. O autor ainda reserva todo o Capítulo VII da obra para abordar as chamadas “questões políticas”.

²⁴⁴ CAVALCANTI, Themistocles Brandão. *A Constituição Federal Comentada*. v. II. José Konfino Editor: Rio de Janeiro, 1948, p. 314.

²⁴⁵ HART, Herbert L. A. *O conceito de direito*. 5. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2007, p. 155.

Contudo, nem sempre o direito perseguido pode aguardar toda esta tramitação, em geral excessivamente longa. Assim, não se há de negar que a necessidade de esaurimento das vias ordinárias, para a maioria das causas (não afetas à competência originária dos tribunais), poderia levar ao perecimento do direito e, assim, à denegação do acesso à justiça. Por isso, em casos de urgência, os requisitos devem ser interpretados de forma a não permitir o perecimento do direito almejado, abrindo espaço para a jurisdição cautelar constitucional.

Visando minimizar o risco da perda do direito, a Alemanha permite que o recurso constitucional possa ser conhecido de plano, isto é, antes de esgotadas as vias ordinárias, desde que demonstrado o interesse geral da questão ou o risco de grave lesão ao direito pleiteado. Esta lição é trazida pelo Ministro Gilmar Mendes no Supremo Tribunal Federal:

No direito alemão, a *Verfassungsbeschwerde* (recurso constitucional) está submetida ao dever de esaurimento das instâncias ordinárias. Todavia, a Corte Constitucional pode decidir de imediato um recurso constitucional, caso se demonstre que a questão é de interesse geral ou se demonstrado que o requerente poderia sofrer grave lesão caso recorresse à via ordinária (Lei Orgânica do Tribunal, § 90, II).²⁴⁶

No Brasil, verifica-se semelhante exegese na aplicação do verbete 691 da Súmula do Supremo Tribunal Federal, que veda o cabimento de *habeas corpus* impetrado perante o tribunal contra decisão monocrática do relator que, em *habeas corpus* requerido a tribunal superior, indefere a liminar. A própria Corte Suprema vem tratando de afastar sua incidência em hipóteses excepcionais, tornando esta uma prática diuturna.

A título ilustrativo, o precedente abaixo carrega este exegese:

CONSTITUCIONAL. PENAL. PROCESSUAL PENAL. **HABEAS CORPUS**. PRISÃO PREVENTIVA DECRETADA POR CONVENIÊNCIA DA INSTRUÇÃO CRIMINAL. LIMINAR INDEFERIDA PELO RELATOR, NO STJ. SÚMULA 691-STF.

I. – Pedido trazido à apreciação do Plenário, tendo em consideração a existência da Súmula 691-STF.

II. – Liminar indeferida pelo Relator, no STJ. A Súmula 691-STF, que não admite **habeas corpus** impetrado contra decisão do Relator que, em HC requerido a Tribunal Superior, indefere liminar, admite, entretanto, abrandamento: diante de flagrante violação à liberdade de locomoção, não pode a Corte Suprema guardiã-maior da Constituição, guardiã-maior, portanto, dos direitos e garantias constitucionais, quedar-se inerte.

III. – Precedente no STF: HC 85.185/SP, Ministro Cezar Peluso, Plenário, 10.8.2005. Exame de precedentes da Súmula 691-STF.²⁴⁷

²⁴⁶ STF, ADPF 76/TO. Rel. Gilmar Mendes, no exercício da presidência – decisão monocrática (j. 13.02.2006, DJ 20/02/2006).

²⁴⁷ STF, HC 86864 MC/SP, TP, m.v., rel. Carlos Velloso, j. 20.10.2005, DJ 16.12.2005.

Em que pese o grave nível de congestionamento dos tribunais superiores, brasileiros ou alienígenas, há, na lição da Corte Constitucional Alemã e do Supremo Tribunal Federal, o cuidado de não impor uma vedação intransponível, em vista do caso concreto e a necessidade de medidas urgentes e acauteladoras.

Assim, a depender do interesse da questão ou da gravidade da lesão que o requerente poderia sofrer nas instâncias inferiores, é crucial a existência de uma válvula de escape para admissibilidade de acesso às cortes superiores, a fim de se assegurar uma tutela jurídica *tempestiva e eficaz*.

Este problema ganha contornos de maior revelo ao se constatar que o Poder Judiciário tem sido tomado por uma quantidade colossal de processos, que cresce dia a dia. Como não poderia deixar de ser, o Supremo Tribunal Federal não foge desta realidade. Por isso, urge a necessidade de providências que preservem e dignifiquem a jurisdição constitucional do tribunal, em detrimento de matérias que poderiam ser decididas, em última instância, pelos tribunais federais e estaduais ou, quando muito, pelos tribunais superiores.

Por outro lado, em relação à admissibilidade dos recursos pela Corte maior, em se emprestando uma interpretação rígida e excessivamente estrita, somente poucas decisões que, em última instância, de forma textual, flagrante e indubitosa contrariassem dispositivo da Constituição Federal poderiam ensejar o apelo extraordinário. Com isto, o desrespeito à Lei Maior, que já ocorre amiúde, tenderia a aumentar, devido à ausência de mecanismos de proteção adequados. Assim, a função de guardião da Constituição pelo Pretório Excelso estaria esfrangalhada.

De outra parte, uma exegese demasiadamente elástica, como a que se vê com a admissão de recursos cuja tese ventila ofensa indireta, reflexa e oblitera à Constituição, redundaria na cabal imprestabilidade de todas as instâncias recursais inferiores. Ter-se-ia, destarte, o juízo *a quo*, incumbido de realizar a instrução do feito e a análise de todas as questões fáticas do caso e, após alguns anos nos tribunais estaduais ou federais e posterior apreciação pelo Superior Tribunal de Justiça – todas inócuas para a solução definitiva – a causa chegaria ao Supremo onde, finalmente, poderia ser julgada em definitivo. Resultaria, assim, amesquinhada a função da corte constitucional, que se veria a julgar brigas entre vizinhos, cobranças de débitos e outras questões de relevância social ou coletiva (que não se confunde com a relevância para as partes) congêneres – o que já ocorre atualmente.

Seria como se consolidar um direito subjetivo à apreciação da causa pela corte máxima, independentemente da repercussão social, jurídica ou política da questão discutida.

O desfecho final desta epopeia seria uma verdadeira tragicomédia: o Supremo Tribunal Federal, no ímpeto de analisar todas as controvérsias que lhe são submetidas, terminaria por não lograr exercer exitosamente o seu papel primordial de definitivo intérprete da Constituição, soterrado por uma infinidade de causas das mais variadas natureza, incompatíveis com um tribunal constitucional, independentemente de sua natureza e posição na estrutura dos poderes (integrante do Poder Judiciário, como nos Estados Unidos e no Brasil, ou como órgão autônomo, caso da Alemanha)²⁴⁸.

É imperioso, assim, reduzir a tarefa do Pretório Excelso tão somente para as hipóteses em que se deva exarar *ultima ratio*, a interpretação da Constituição Federal, a hermenêutica e a jurisdição constitucionais, a efetiva guarda da Lei Republicana Fundamental – não a solução de casos concretos!

Almeja-se, deste modo, seguir a experiência da Corte Constitucional alemã, que não constitui uma instância nova ou revisora das jurisdições ordinárias, nem mesmo um Tribunal ou “Supertribunal de revisão” competente a revisar os julgados dos tribunais inferiores, mas sim uma função especial, qualificada de *jurisdição constitucional*. Esta, para ser efetiva, deverá formar a jurisprudência a ser adotada por todo o Poder Judiciário, gozando as decisões da corte de efetiva autoridade.²⁴⁹

Nos Estados Unidos, há diversos instrumentos para evitar o congestionamento das instâncias superiores, que são dotadas de poder discricionário para conhecimento dos recursos extraordinários. Desde 1925, com a edição do *The Judges Bill Act*, em 90% dos

²⁴⁸ Comentando os dois modelos de jurisdição constitucional, um chamado americano e o outro europeu, baseados em diferentes concepções de separação dos poderes e de estrutura do sistema jurisdicional, no qual este último confia o exercício da jurisdição constitucional a uma jurisdição especialmente constituída para este fim, e não aos juízes ordinários: FAVOREU et al., 2009, p. 229-251.

²⁴⁹ HAMON; TROPER, 2009, p.861. Os autores ainda exemplificam as funções da jurisdição constitucional exercida pelo Conselho Constitucional da França, conquanto ressaltem a variada gama de temas, como a hierarquia das normas, o equilíbrio de poderes e a garantia dos direitos fundamentais e, nos últimos anos, a segurança jurídica. No mesmo sentido: MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição constitucional: o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 14-15. Semelhante é a lição de Barroso: “Sem embargo, mesmo que se mantenha o modelo inspirado na Suprema Corte americana, em lugar da alternativa européia das Cortes Constitucionais, é imperativa a redução ampla das competências do Supremo Tribunal Federal, para limitá-las às questões verdadeiramente constitucionais e relevantes. Será inevitável, também, um mecanismo de filtro no sistema de recursos, que chegam às muitas dezenas de milhares, com grande inflação de agravos de instrumento contra a denegação de seguimento de recursos extraordinários. Como em todas as demais partes do mundo, a jurisdição constitucional, para que seja bem exercida, tem de se concentrar em um número limitado de casos, na escala das centenas e não dos milhares. Não pode versar trivialidades.” BARROSO, Luís Roberto. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas – limites e possibilidades da Constituição brasileira*. 8. ed. atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 171-172.

casos, a apreciação da causa pelo tribunal depende da concessão de um *writ of certiorari*, mediante a comprovação de *special and important reasons* para o seu acolhimento (assuntos constitucionais e de relevância nacional). Como resultado, a Suprema Corte tem apreciado uma de cada doze questões que lhe são submetidas pelo *writ of certiorari*, redigindo anualmente decisões em cerca de cento e trinta a cento e sessenta casos. Todo o restante, de um universo de seis mil recursos aproximadamente, é considerado pela Corte de interesse insuficiente para justificar sua apreciação.²⁵⁰

Nesse sentido, visando reduzir a atuação recursal da corte maior, a Emenda Constitucional n. 45, de 08 de dezembro de 2004 acrescentou um § 3º ao art. 103 do texto constitucional estabelecendo que “No recurso extraordinário o recorrente deverá demonstrar a repercussão geral das questões constitucionais discutidas no caso, nos termos da lei, a fim de que o Tribunal examine a admissão do recurso, somente podendo recusá-lo pela manifestação de dois terços de seus membros”.

Nota-se que o instituto da repercussão geral deita raízes na *arguição de relevância*, prevista no art. 119, § 1º da Constituição brasileira de 1967, concebido igualmente pelo constituinte derivado reformador (EC 7/1977), mas que não chegou a ser disciplinado.

Regulamentando o dispositivo, a Lei n. 11.418, de 19 de dezembro de 2006, acrescentou os arts. 543-A e 543-B ao Código de Processo Civil. Considera a Lei, para efeito da repercussão geral, *questões relevantes* as do ponto de vista econômico, político, social ou jurídico que ultrapassem os interesses subjetivos da causa (art. 543-A, § 1º). A lei também considera a presença de repercussão geral quando o recurso ataca decisão contrária à súmula ou jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal (§ 3º).

Quando afastada a repercussão geral, a decisão valerá para todos os recursos sobre matéria idêntica, os quais serão indeferidos liminarmente, ressalvada a modificação do posicionamento (§ 5º). O Código também estabelece a possibilidade, a juízo do relator, de se admitir terceiros para se manifestar sobre a matéria (§ 6º). Em havendo pluralidade de recursos extraordinários com teses idênticas, o tribunal *a quo* remeterá ao Pretório Excelso um deles, sobrestando os demais, os quais serão automaticamente inadmitidos se negada a existência de repercussão geral (art. 543-B, §§ 1º e 2º).

Atribuiu-se ao Supremo Tribunal Federal a regulamentação, em seu regimento interno, de diversos aspectos procedimentais, *ex vi* da cabeça do novel art. 543-B, estabelecendo-se que a repercussão geral deve ser comprovada por *preliminar formal e*

²⁵⁰ DAVID, 2002, p. 480; e SILVEIRA, 2001, p. 646-647.

fundamentada (art. 13, V, *c* do RISTF). O Regimento regulamentou a matéria em seus arts. 322 a 329, atualizados pela Emenda Regimental n. 21/2007.

Contribui-se, deste modo, a que a corte máxima possa dedicar-se às matérias que lhes são precípuas, como o controle de constitucionalidade, tanto na sua feição abstrata como concreta.

Este tema, aliás, é justamente o objeto de outras duas importantes inovações da Reforma do Judiciário. Sendo o Supremo Tribunal Federal o guardião da Constituição, a sua compreensão a respeito da constitucionalidade dos atos normativos deve balizar todo o Poder Judiciário. Evita-se, assim, decisões conflitantes e a necessidade de se recorrer àquele para ver reconhecido para si determinado entendimento já adotado e pacificado pela Corte em decisões desprovidas de eficácia *erga omnes* e efeito vinculante e, por isso, não obrigatórias às instâncias inferiores.

Antes mesmo da Reforma constitucional ora tratada, já se sustentava a necessidade de se determinar às decisões do Tribunal Constitucional efeito que vinculasse toda a Justiça, quando dotadas de quorum qualificado de dois terços de seus membros, em sessão plenária, a exemplo da Suprema Corte dos Estados Unidos²⁵¹.

A primeira das inovações certamente foi uma das questões mais polêmicas trazidas pela Reforma do Judiciário: a criação da súmula vinculante.

As súmulas, editadas pelo Supremo Tribunal Federal desde longa data²⁵², passaram a ostentar efeito vinculante, com inspiração no direito português e estadunidense pela doutrina do precedente (*stare decisis*)²⁵³. Trata-se de uma atribuição com certos contornos normativos, dispondo o novo art. 103-A da Carta Política:

O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços dos seus membros, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, aprovar súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma estabelecida em lei.

O quorum qualificado de oito dos onze ministros busca garantir o consenso majoritário da corte. A súmula tem por objeto expor o entendimento acerca dos aspectos de validade, interpretação e eficácia de norma sobre a qual paire “controvérsia atual entre

²⁵¹ SILVEIRA, 2001, p. 646.

²⁵² A primeira delas, relativa à vedação de expulsão de estrangeiro casado com brasileira ou que tenha filho brasileiro dependente da economia paterna, foi aprovada em 13 de dezembro de 1963.

²⁵³ LEMBO, 2007, p. 214.

órgãos judiciários ou entre esses e a administração pública que acarrete grave insegurança jurídica e relevante multiplicação de processos sobre questão idêntica” (§ 1º).

Nos termos da lei regulamentadora do procedimento, “a aprovação, revisão ou cancelamento de súmula poderá ser provocada por aqueles que podem propor a ação direta de inconstitucionalidade” (§ 2º do art. 103-A da CRFB).

Porém, a grande questão acerca do tema diz respeito à eficácia da súmula e das consequências de seu descumprimento. Nesse sentido, estabelece o § 3º do mesmo art. 103-A que:

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

Convém mencionar a discussão, hoje já enfraquecida, acerca da constitucionalidade da inovação, pelo entendimento firmado em parte da magistratura brasileira e da advocacia²⁵⁴, pelo qual as súmulas com efeito vinculante violariam a independência dos magistrados e sua livre convicção, implicando em interferência externa no sistema judiciário, mediante pressão e controle das decisões judiciais, a inafastabilidade do Poder Judiciário, bem como acarretariam o engessamento dos magistrados e da jurisprudência e o dinamismo da justiça, concedendo poder normativo ao Supremo Tribunal Federal, o que não poderia se compatibilizar com a justificativa de agilização dos processos.²⁵⁵

O que não se pode confundir é a função de inovar o direito com a elaboração de enunciados que consolidam a aplicação do direito posto. Conforme adverte Carré de Malberg, o direito pronunciado pelo juiz no julgamento de um processo, vale somente para o caso concreto, não podendo ser erigido a regra comum.²⁵⁶

²⁵⁴ A seccional paulista da Ordem dos Advogados do Brasil, diante da aprovação da súmula vinculante no âmbito da Comissão de Constituição e Justiça do Senado Federal, emitiu nota oficial, em 18 de março de 2004, publicada em diversos jornais, repudiando o ato, afirmando a entidade que “mais do que engessar, a súmula vinculante fossiliza a interpretação do Direito”. Ordem dos Advogados do Brasil – Seção de São Paulo. Disponível em: <<http://www.oabsp.org.br/noticias/2004/03/18/2317/>>. Acesso em 04 out. 2010.

²⁵⁵ SCARTEZZINI, 2005, p. 45. PAROSKI, 2008, p. 323. Sustentando a inutilidade da inovação devido aos magistrados já aplicarem os entendimentos jurisprudenciais dos tribunais superiores, além de não impedir recursos a essas cortes, inclusive acerca da aplicabilidade da súmula em casos concretos, BEAL, 2006, p. 209.

²⁵⁶ “En résumé donc, l’autorité juridictionnelle ne peut pas ériger en règle commune le droit qu’elle est parfois appelée à dire d’une façon initiale pour trancher les procès : le droit dit par le juge ne vaut que comme droit d’espèce, et en cela, *legis vicem non obtinet*”. CARRÉ DE MALBERG, 2004, p. 745.

De toda forma, a inovação tem o claro escopo de uniformizar os entendimentos do Tribunal máximo por toda a Justiça, reduzindo o número de recursos, o que contribui para a celeridade processual. Resguarda-se, ademais, a plena apreciação do caso concreto por todas as instâncias da causa, que podem afastar a aplicação do verbete sumular quando assim entender cabível, sob juízo revisório do Supremo Tribunal pela via reclusatória.

Por isso, a adoção do instrumento é idônea a tornar mais rápida e eficiente a tutela jurisdicional, tendo em conta a drástica redução dos recursos, além de garantir maior segurança jurídica, estimulando uma cultura de estabilidade das decisões judiciais.²⁵⁷

Ademais, se o Supremo Tribunal Federal tem como função precípua a de guardião da Constituição (art. 102, *caput*), suas decisões devem ser valorizadas e servir de base para o julgamento de questões similares. É dizer, o juiz irá exercer sua livre convicção na apreciação das provas, mas, em se tratando de matéria de constitucional, conduzir-se-á de acordo com os enunciados da Corte Maior.

A matéria veio a ser regulamentada pela Lei n. 11.417, de 19 de dezembro de 2006, que estabeleceu, como objeto da súmula vinculante, a *controvérsia atual que acarrete grave insegurança jurídica e relevante multiplicação de processos sobre idêntica questão* (art. 2º, § 1º).

A Lei ainda ampliou o rol dos legitimados à propositura de edição, revisão ou cancelamento de enunciado de súmula vinculante, incluindo, além dos mesmos habilitados ao controle concentrado de constitucionalidade, o Defensor Público-Geral da União, os Tribunais Superiores, de Justiça, Regionais Federais, Regionais do Trabalho, Regionais Eleitorais e Militares (art. 3º, incisos VI e XI). Ademais, ao Município foi facultada igual iniciativa, em caráter incidental, nos processos em que seja parte (§ 1º). À semelhança do controle de constitucionalidade e da repercussão geral, foi facultado ao relator admitir a manifestação de terceiros (art. 3º, § 2º), o que amplia e democratiza o debate.

Copiou-se, outrossim, a previsão de *modulação dos efeitos da decisão* oriunda do controle de constitucionalidade por ação direta, previsto no art. 27 da Lei n. 9.868 de 1999. Com isto, a Súmula Vinculante, que tem eficácia imediata, pode ter seus efeitos vinculantes, por decisão de 2/3 dos ministros da Suprema Corte, restringidos ou postergados para outro momento, com base em *razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse público* (art. 4º da Lei n. 11.417/2006).

²⁵⁷ PATTO, 2005, p. 117-119. Acrescentando ainda “a retomada da credibilidade do Judiciário (igual solução para os casos iguais)”: PAROSKI, 2008, p. 323.

No que tange ao cabimento da reclamação da decisão que contrariar enunciado de súmula vinculante, *sem prejuízo dos recursos ou outros meios admissíveis de impugnação* (art. 7º), a Lei de regência inovou ao prever, no tocante à omissão ou ato da administração pública, o prévio esgotamento das vias administrativas (§ 1º), antes do manejo da medida reclamationária.

Por fim, as súmulas até então editadas pelo Tribunal Constitucional²⁵⁸, quando não havia previsão de efeito vinculante, precisam, para que lhes seja atribuída tal eficácia, ser confirmadas por dois terços dos integrantes da corte e publicação na imprensa oficial (art. 8º da EC nº 45/2004).

No tocante à segunda novidade acerca do controle de constitucionalidade, agora pela via abstrata, estabelece o § 2º do art. 102 da Constituição, em sua nova redação dada pela Emenda Constitucional nº 45/2004:

As decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, nas ações diretas de inconstitucionalidade e nas ações declaratórias de constitucionalidade produzirão eficácia contra todos e efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal.

Ao lado das súmulas vinculantes, o efeito vinculante na ação direta de inconstitucionalidade constitui instrumento hábil a uniformizar a jurisprudência e evitar a proliferação de feitos idênticos com decisões conflitantes, além de vincular a Administração Pública, que muitas vezes resiste em se curvar às decisões judiciais, mesmo as oriundas do tribunal supremo da República.

Nesse sentido, transportando os mesmos argumentos tecidos sobre o propósito aceleratório empreendido pelas súmulas vinculantes, é de se identificar a mesma implicação quanto ao efeito vinculante nas ações diretas de controle abstrato ou concentrado de constitucionalidade. Ambos são importantes mecanismos de uniformização da interpretação constitucional e de inibição à multiplicação de ações sobre questões idênticas, proporcionando segurança jurídica e isonomia entre os cidadãos²⁵⁹; sem se olvidar, repita-se, de um exame mais criterioso das questões admitidas à análise do Tribunal Supremo, bem como a extensão dos efeitos de suas decisões.

²⁵⁸ A última antes da reforma, publicada em 26 de novembro de 2003, foi a de número 736. Após o advento da EC 45/2004, nenhum outro verbete foi editado sem que se tratasse de uma súmula vinculante.

²⁵⁹ RODRIGUES, 2005, p. 291.

Ademais, a mudança era imperiosa para não deixar o sistema desequilibrado. Embora com algumas ressalvas também prestes a serem corrigidas²⁶⁰, a ação direta de inconstitucionalidade e a ação declaratória de constitucionalidade são, de fato, ambivalentes, de forma que a procedência de uma equivale à improcedência da outra e vice versa. Por isso, não fazia sentido que, pelo texto constitucional, a ação declaratória de constitucionalidade, criada pela EC n. 3/1993 fosse dotada de eficácia *erga omnes* e efeito vinculante enquanto sua cara-metade não se revestisse dos mesmos atributos, embora infraconstitucionalmente a lei que rege o processo e o julgamento de ambas as ações, uniformizasse seus efeitos (art. 28, parágrafo único, da Lei 9.868/1999).

Não se pode, todavia, ignorar as críticas a tais inovações. Segundo Mônica Herman Caggiano, em que pese o intuito do constituinte reformador de transformar o Supremo Tribunal Federal em Corte Constitucional de modelo europeu, desanuviando o tribunal para exercer com presteza o seu mister, desarticulando a explosão de litigiosidade, o efeito vinculante fragiliza a garantia da inafastabilidade do Poder Judiciário. A inovação, que se inspira no respeito ao precedente existente na *common law*, na doutrina do *stare decisis*, bem como nos modelos germânico (§ 31, abs. 1 da Lei do Tribunal Constitucional alemão) e português (art. 282 da Constituição portuguesa), foi além delas, bloqueando a análise de casos envolvendo a matéria já apreciada pela corte e criando “uma ligadura irremovível das instâncias inferiores a pronunciamentos do Excelso Pretório”. Como consequência, o efeito vinculante torna-se “mecanismo otimizador da estagnação da jurisprudência e, mais que isso, relevante fator repressivo e inibidor do talento construtivo que lhe é próprio e que a posiciona como força motriz na renovação do direito”.²⁶¹

A fim de evitar a incidência destes nefastos efeitos, cumpre esperar que a Suprema corte não se descuide de acompanhar a evolução da sociedade e, com isto, a interpretação do direito, revendo seus entendimentos sempre que estiver diante de novos paradigmas, sob pena do engessamento do direito promovido pela lei ser substituído pelo das súmulas e decisões dotadas de efeito vinculante.

Ainda alinhavada à ideia de valorização da jurisdição constitucional, a EC 45/2004 transferiu a competência para “homologação de sentenças estrangeiras e a concessão de *exequatur* às cartas rogatórias” do Supremo Tribunal Federal para o Superior Tribunal de Justiça (art. 105, I, *i*, CRFB). De fato, tratando-se de procedimento de natureza

²⁶⁰ Em especial o objeto da ADI, que, mais amplo, abrange lei e atos normativos federais ou estaduais, enquanto a ADC exclui de seu âmbito os atos estaduais (art. 102, I, a, CRFB).

²⁶¹ CAGGIANO, 2005, p. 188-194.

eminentemente formal, não havia por que deixá-la sob responsabilidade do *guardião da Constituição*. A iniciativa poderia ser repetida em relação a outras competências, originárias e recursais, como julgamento de determinadas autoridades dotadas de foro por prerrogativa de função (art. 102, I, alíneas *b* e *c*); litígios do art. 102, I, *e*; extradição (art. 102, I, *g*) e o recurso ordinário por crime político (art. 102, II, *b*); sem prejuízo de, presentes os pressupostos constitucionais, serem submetidas à corte maior noutro momento posterior.

Destarte, inegável a contribuição da Reforma do Judiciário para o fortalecimento da jurisdição constitucional e do verdadeiro papel do Supremo Tribunal Federal de intérprete maior da Constituição, condigno com o constitucionalismo contemporâneo. Afinal, a magnitude destas atribuições não pode ser diluída ou diminuída por um volume de serviço tal que leve à vala comum controvérsias de maior e de diminuta proeminência. Ademais, a Justiça constitucional do século XXI também é orientada pelo princípio da celeridade processual, o que inexoravelmente implica na restrição do acesso à cúpula do sistema judicial. Novas reformas poderão tornar o Supremo, de fato, uma Corte Constitucional, como é de se esperar de todo guardião da Lei Maior sob a égide de um Estado de Direito.

A EC 45/2004 trouxe ainda diversas medidas destinadas, no dizer de Caggiano, à “garantia da efetividade da presteza da prestação jurisdicional”²⁶². No intuito de reger o funcionamento da Justiça em todo o território nacional, evitando grandes distorções decorrentes das autonomias de cada tribunal, a Reforma determinou a ininterruptividade da atividade jurisdicional, a distribuição imediata dos processos e a delegação de atos não decisórios aos auxiliares do magistrado.

Certamente o funcionamento ininterrupto da Justiça possibilita maior rapidez na tramitação dos feitos. A extinção das férias forenses remete à indagação de lógica cartesiana: se a sociedade não possui período anual no qual os conflitos cessam ou não ocorrem, permanecendo em estágio letárgico, porque a Justiça, incumbida de debelá-los, deve paralisar suas atividades?

E mais: se a maioria das, de modo geral, não podem ser interrompidas uma vez por ano para que todos os funcionários do setor desfrutem de recesso anual, porque a Justiça, serviço público essencial, gozará deste privilégio?

Na já aludida perspectiva de que a Justiça presta um serviço público, deve esta pautar-se pelos seus princípios próprios, dentre os quais tem lugar a *continuidade*. Afinal,

²⁶² CAGGIANO, 2005, p. 188.

não pode o administrado-jurisdicionado se vir impingido de defender seu direito tão-logo lhe seja violado, ou esteja na iminência de sê-lo, se o fato ocorrer em determinado período do ano. Por isso, a essencialidade dos serviços jurisdicionais, de caráter altamente relevante, demanda sua ininterruptividade.²⁶³

Por isso, a novidade trazida pelo inciso XII do art. 93 da Constituição veio pôr fim às *férias forenses*, à exceção dos tribunais superiores e do Supremo Tribunal Federal, estabelecendo que “a atividade jurisdicional será ininterrupta, sendo vedado férias coletivas nos juízos e tribunais de segundo grau, funcionando, nos dias em que não houver expediente forense normal, juízes em plantão permanente”.

As férias forenses já não se coadunam com a realidade brasileira, à semelhança do agourento dito popular de que “o país só começa a funcionar depois do carnaval”. Afinal, se os direitos não ficam paralisados em certo período do ano, em estágio de hibernação da ordem jurídica e da vida social, as férias forenses constituem prática que deve ser abolida, especialmente residindo na esfera pública²⁶⁴.

É evidente, porém, que o novo mandamento não agradou a todos. O fim das férias forenses implica (ou deveria implicar) na realização normal de todos os atos inerentes ao processo, incluindo as audiências e os prazos processuais. Por conta disto, no caso da classe dos advogados, sustentou-se que a novidade impediria os causídicos autônomos ou integrantes de pequenos escritórios gozarem do tradicional período de descanso, para muitos, o único do ano.

Por outro lado, houve ainda quem sustentasse a revogação dos arts. 173, 174 e 179 do Código de Processo Civil que, aplicados conjuntamente, estabelecem o regime especial de contagem de prazos no período das férias forenses, bem como as regras da Lei Orgânica da Magistratura que se referem ao tema, além de postular a revogação de “toda e qualquer disposição em leis de organização judiciária que contrarie a regra da ininterruptibilidade da prestação jurisdicional e da vedação das férias coletivas”.²⁶⁵

No primeiro período de recesso sob á égide da nova disposição, em fins de 2004, os Tribunais de Justiça realizam normalmente as já abolidas férias forenses, sob a alegação de

²⁶³ ARAÚJO, F. F. de, 1999, p. 87 e 122. Segundo o autor, a abolição das férias forenses já era pensada antes da Emenda 45, coibindo situações esdrúxulas como a concessão de férias individuais no ano de 1997 a quarenta magistrados paulistas ingressantes na carreira no mesmo ano, após somente quatro meses de exercício, enquanto o Judiciário se vê sobrecarregado e carente de magistrados em número suficiente. No mesmo sentido: NALINI, 2000, p. 72.

²⁶⁴ PATTO, 2005, p. 115.

²⁶⁵ LIMA, Patrícia Carla de Deus. *A contagem dos prazos no processo civil a partir da Reforma do Judiciário*. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim et al. (Coord.). *Reforma do Judiciário – primeiras reflexões sobre a Emenda n. 45/2004*. São Paulo: RT, 2005, p. 564.

que não haveria tempo hábil para se revogá-las, já estando “programadas” por determinações anteriores dos Tribunais, malgrado o comando constitucional absoluto de incidência imediata.

No ano seguinte, a matéria foi objeto de outro grande debate. Desta vez, não se poderia alegar novamente a impossibilidade de se determinar o recesso em tempo hábil. Outra escusa precisava ser encontrada.

Assim, em São Paulo reuniram-se as principais figuras da AASP (Associação dos Advogados de São Paulo), do Conselho Seccional da OAB e da presidência do Tribunal de Justiça para buscar uma solução consensual.

Diante de reivindicações semelhantes em outros Estados da Federação – como requerimentos da seccional da OAB do Paraná e dos Sindicatos dos Advogados do Rio de Janeiro –, o Conselho Nacional de Justiça, órgão criado pela mesma Emenda Constitucional nº 45/2004, incumbido de realizar o controle externo do Poder Judiciário, normatizou a questão, com base no art. 103-B, § 4º, incisos I e II do texto magno, exarando os seguintes *considerandos*, dentre outros pontos:

Que a suspensão do expediente forense no período de 20 de dezembro a 6 de janeiro, constitui antiga reivindicação dos advogados, sobretudo os de menor poder econômico e não vinculados a grandes escritórios profissionais;
Que a existência de critérios conflitantes, quanto à suspensão do expediente forense, gera incerteza e insegurança entre os usuários da Justiça, podendo inclusive prejudicar o direito de defesa e a produção de provas;
Que o caráter ininterrupto da atividade jurisdicional é garantido, quando da suspensão do expediente forense no período noturno, nos fins-de-semana e nos feriados, através de sistema de plantões judiciários.

Deste modo, o Conselho editou a Resolução nº 8, de 29 de novembro de 2005. Nela, determinou que “Os Tribunais de Justiça dos Estados poderão, por meio de deliberação do Órgão Competente, suspender o expediente forense no período de 20 de dezembro a 6 de janeiro, garantindo o atendimento aos casos urgentes, novos ou em curso, através de sistema de plantões” (art. 1º).

Determinou-se que “a deliberação que aprovar a suspensão do expediente forense suspenderá, igualmente, os prazos processuais e a publicação de acórdãos, sentenças e decisões, bem como a intimação de partes ou advogados, na primeira e segunda instâncias, exceto com relação às medidas consideradas urgentes” (art. 2º). Apenas se ressalvaram da resolução as audiências e sessões de julgamento já designados até a data da publicação da Resolução em tela, nos termos de seu art. 3º.

Com a devida vênia do colendo Conselho Nacional de Justiça, integrado por juristas da mais ilibada reputação, a solução, de caráter diplomático e injurígeno, causou certa perplexidade e aparente confronto com a Constituição Federal, no que tange à regra da ininterruptividade da Justiça.

Assim, não fora o novo órgão criado para exercer o controle externo do Poder Judiciário e, com isso, recuperar a confiança pública na magistratura, tendo, dentre atribuições inerentes a este controle, a busca pela Justiça tempestiva, à semelhança do que ocorrera na Argentina em 1994, com a criação do *Consejo de la Magistratura y Jurado de Enjuiciamiento*²⁶⁶?

Afinal, no que se diferenciam as férias forenses – insista-se, abolidas pela EC 45/2004 – do *recesso* permitido pelo Conselho Nacional de Justiça?

Poderia se dizer que, no recesso, os atos de natureza urgente (concessão de medidas cautelares, liminares e antecipatórias em geral) não são atingidos, ocorrendo sua prática normalmente. Todavia, mesmo na vigência das férias forenses estes atos também poderiam ser praticados pelos juízos, sob pena de completa denegação do acesso à justiça, de sorte que não há diferença alguma neste ponto.

A única assimetria concerne aos atos não urgentes já designados para data compreendida no período do recesso. Deste modo, há um funcionamento *parcial* da Justiça. Os atos até então designados são realizados normalmente, exigindo a presença dos causídicos nas datas estipuladas. Porém, os magistrados, cientes da regra, já adotariam a cautela de não designar audiências para este período.

Os juízes, por seu turno, exerceriam suas funções “normalmente”. Contudo, não poderiam realizar nenhuma outra audiência no período, além das já designadas, bem como não teria efeitos a prolação de qualquer decisão, impedindo-se o início da fluência de qualquer prazo.

Dando um retumbante exemplo para todo o Brasil, os Tribunais de Justiça dos Estados de Goiás, Rio de Janeiro e Rio Grande do Sul determinaram a não realização de recesso forense, mantendo normalmente os prazos processuais entre os dias 20 de dezembro a 06 de janeiro de 2006.

Conforme dados divulgados pelo então presidente do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, desembargador Sérgio Cavalieri Filho, o fim do recesso permitiu aumentar produtividade. Foram divulgados em 19 de janeiro de 2006 os primeiros resultados que

²⁶⁶ Sobre o *Consejo de la Magistratura y Jurado de Enjuiciamiento*, SAGÜÉS, Néstor Pedro. *Elementos de derecho constitucional*. Tomo 1. 3ª ed. Buenos Aires: Astrea, 2003, p. 632-44.

comprovam o aumento da produtividade no Judiciário fluminense durante o período correspondente. De acordo com a projeção feita, foram julgadas 75 mil ações a mais em comparação com igual período 2004/2005. Só em dezembro, o aumento da produtividade no primeiro grau foi de 81%. Com relação à segunda instância, a produtividade aumentou em 135% em relação a 2004. “Se tivéssemos parado durante o recesso estaríamos em débito com a sociedade no julgamento de 75 mil ações”, afirmou Cavalieri.

O TJ-RJ divulgou também a produtividade do mês de dezembro sem o recesso forense comparando os dados obtidos com os mesmos no período do ano anterior, quando houve o sobrestamento das atividades. Na 1ª instância, foram distribuídos 98.653 processos. Em 2004, esse número foi de 71.547. Foram julgados 84.129 contra 46.539 em igual período. Na 2ª instância, foram distribuídos 8.552 recursos cíveis em 2005. No ano anterior, os números foram de 5.107. O número de recursos julgados teve aumento considerável. Em 2005, foram apreciados 11.245 recursos contra 4.240 do ano anterior. “Isso demonstra que há advogados querendo e precisando trabalhar. Em face da resistência, o resultado foi melhor do que o esperado”, comemorou Cavalieri.²⁶⁷

Assim, Goiás, Rio de Janeiro e Rio Grande do Sul deram um exemplo ao restante do país de combate à morosidade da Justiça e fiel cumprimento de seus desígnios constitucionais.

Em sentido diametralmente oposto ao aqui acastelado, afirmou-se haver perfeita adequação e constitucionalidade dos recessos forenses, na medida em que, *tecnicamente*, não haveria *interrupção* dos serviços jurisdicionais, pois a Justiça permaneceria atuando, em regime de plantão, para analisar os pedidos de caráter urgente. Assim, tanto as férias coletivas como o recesso a elas correspondente “em momento algum contribuíram para o retardamento da função jurisdicional, tampouco significaram, propriamente, interrupção dessa atividade do Estado”.²⁶⁸

Com o devido respeito, semelhante conclusão parece colidir frontalmente com a *mens legis* da Reforma do Judiciário. Se adotadas as proposições tecidas, a vedação às férias forenses seria absolutamente inócua, emasculada de qualquer sentido, seja na busca da tempestividade do processo, seja para ordenação dos trabalhos do Poder Judiciário.

²⁶⁷ Informações obtidas no *site* do próprio Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, disponíveis em: <<http://www.tj.rj.br>> e em <<http://www.assprevisite.com.br/PagJuridica.html>>. Acesso em 18 jun. 2006.

²⁶⁸ SANTOS, Evaristo Aragão. *A EC N. 45 e o tempo dos atos processuais*. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim et al. (Coord.). *Reforma do Judiciário – primeiras reflexões sobre a Emenda n. 45/2004*. São Paulo: RT, 2005, p. 210-212.

Bastaria a menção à obrigatoriedade dos plantões judiciais nos dias em que não há expediente forense para se buscar os desideratos propostos.

Estar-se-ia quebrantando, com semelhante conclusão ora guerreada, um dos mais importantes princípios da hermenêutica constitucional, o princípio da máxima efetividade da norma constitucional pelo qual, na lição de Canotilho, a “uma norma constitucional deve ser atribuído o sentido que maior eficácia lhe dê”.²⁶⁹ A manutenção do recesso forense, em substituição às abolidas férias coletivas, que deram lugar ao princípio da ininterruptividade da Justiça, salvo melhor juízo, substitui o princípio da máxima efetividade pelo princípio da *total inefetividade*.

Ademais, os dados estatísticos colacionados, oriundos do TJ-RJ que não realizou o recesso forense em 2005, ainda que não acompanhado de forma expressiva²⁷⁰, constituem informações empíricas idôneas a atestar a contribuição com a busca por um Judiciário mais célere e eficiente.

Outra alteração efetivada pela Reforma do Judiciário, visando modificar o funcionamento da Justiça, diz respeito ao acúmulo de feitos, especialmente nos tribunais. Nestes, muitos recursos chegam e aguardam até mesmo alguns anos a fio sem que sejam ao menos autuados e processados. O que se dirá então do prazo para julgamento?!

Assim, com o escopo de dizimar uma verdadeira “montanha” de autos a espera de um destino, determinou o inciso XV do mesmo art. 93 da Lei Política Fundamental que “a distribuição de processos será imediata, em todos os graus de jurisdição”. O mesmo será aplicado aos processos no âmbito do Ministério Público (art. 129, § 5º).

A doutrina já vinha sustentando a implantação da medida. Criticava-se a praxe de se distribuir uma cota semanal de processos nos tribunais, que não se presta a solucionar os

²⁶⁹ CANOTILHO, 2003, p. 1224.

²⁷⁰ Ilustrando a realidade da maioria dos tribunais brasileiros, o Provimento n. 1.834/2010, do Tribunal de Justiça de São Paulo, adotou o recesso forense próximo, nos seguintes termos:

CONSIDERANDO a necessidade de manter o atendimento à população e a continuidade da prestação jurisdicional, nos termos do artigo 93, XII, da Constituição Federal;

CONSIDERANDO o pleiteado pela Ordem dos Advogados do Brasil – Seção São Paulo, Associação dos Advogados de São Paulo e Instituto dos Advogados de São Paulo;

CONSIDERANDO o disposto na Resolução nº 8 do Conselho Nacional de Justiça, a respeito do expediente forense no período natalino, RESOLVE:

Artigo 1º - Ficam suspensos os prazos processuais no período compreendido entre 20 de dezembro de 2010 e 07 de janeiro de 2011.

Parágrafo único – A suspensão não obsta a prática de ato processual de natureza urgente e necessário à preservação de direitos.

Artigo 2º - Nesse período é vedada a publicação de acórdãos, sentenças, decisões e despachos, bem como a intimação de partes ou advogados, na Primeira e Segunda Instâncias, exceto com relação às medidas consideradas urgentes e aos processos penais envolvendo réus presos, nos processos correspondentes.

Artigo 3º - Este Provimento entrará em vigor na data de sua publicação.

São Paulo, 09 de novembro de 2010. (DJE - Cad. I Adm de 19.11.2010, p. 03 e 04)

milhares de feitos que esperam ser entregues ao relator. Assim, “a distribuição imediata forçaria uma estratégia de aceleração dos julgamentos”, como o salutar expediente das *pautas temáticas*, em que feitos análogos são apreciados por atacado, ou mesmo a dispensa de fundamentação dos acordos confirmatórios de sentença de primeiro grau.²⁷¹

A medida é dotada de um caráter ético inegável, movida pelas mais nobres intenções, mas sua eficácia ainda se mostra questionável.

Ao que se parece, longe está de resolver a real causa do problema. Deveras, o acúmulo de feitos aguardando distribuição deve-se ao soberbo volume de trâmites já em curso que cresce diariamente, aliado ao inferior contingente de servidores e magistrados responsáveis pelo processamento e julgamento. Assim, o constituinte derivado tentou solucionar um problema atacando o efeito, e não a causa. Como consequência, houve apenas a transferência da “montanha” de autos: das dependências dos tribunais para os gabinetes dos magistrados.

Destarte, é insuficiente distribuir o feito sem que haja juízes em quantidade suficiente para atender toda esta demanda. A solução requer, ainda, estrutura moderna, material e servidores. Do contrário, a distribuição imediata trará uma impressão absolutamente falsa de agilidade.²⁷²

Mais uma medida empreendida pela Emenda 45 concerne à tramitação dos processos, que deverá integrar o futuro e aguardado Estatuto da Magistratura, embora, desde já, esteja apto a produzir efeitos. O novel inciso XIV do art. 93 da Carta Política, dispõe que “os servidores receberão delegação para a prática de atos administração e atos de mero expediente sem caráter decisório”.

A norma é de grande relevância, pois objetiva afastar o juiz da burocracia judiciária, a fim de que empreenda todos os seus esforços na atividade fim de exercício da jurisdição.

Deste modo, o funcionamento da repartição e tudo o que diga respeito aos trâmites cartoriais internos – meras atividades-meio, embora relevantes – serão descentralizados do magistrado para os servidores da justiça. Afinal, deve o magistrado dedicar-se à atividade-fim, às decisões judiciais, de sorte que o emprego de sua força de trabalho nas atividades-meio constituiria um enorme desperdício de recursos.²⁷³

²⁷¹ NALINI, 2000, p. 108.

²⁷² SOUZA, 2005, p. 54.

²⁷³ ARAÚJO, F. F. de, 1999, p. 86.

A novidade radica no Código de Processo Civil que, em seu art. 162, § 4º, dispõe, *in verbis*: “Os atos meramente ordinatórios, como a juntada e a vista obrigatória, independem de despacho, devendo ser praticados de ofício pelo servidor e revistos pelo juiz quando necessários”.

O preceito, entre outros atinentes ao escopo acelerador das reformas processuais, tais como a introdução do regime de citação por carta como regra geral, coopera com a redução do tempo do processo, dispensando-se a baldada conclusão dos autos.²⁷⁴

Nota-se, todavia, que o constituinte foi além da mera delegação da prática de atos que independam de qualquer despacho do juiz, cuja permissão derivava da norma do estatuto processual acima reproduzida, pois inclui a transferência de atos propriamente judiciais, desde que não dotados de cunho decisório.

Assim, a relativa autonomia concedida aos serventuários da Justiça proporcionará melhor aproveitamento da labuta do magistrado. Este deve, o quanto possível, reservar-se ao estudo das questões fáticas e jurídicas relevantes para a solução da lide, desvencilhando-se de toda a tramitação burocrática que infecciona o processo e devem ser abolidas ao máximo.

É de se alertar, quando da regulamentação da norma, que os serventuários delegados para a prática de atos meramente ordinatórios deverão ser devidamente treinados para tanto, para que estejam cômicos de que praticam atos processuais, fazendo às vezes do magistrado.

De tais atos, dada a ausência de qualquer carga decisória, nem ao menos cabe recurso, conforme estabelece o art. 504 do Código de Processo Civil.

Aos mais atávicos, a medida pode parecer um desatino, atentando contra o princípio da indelegabilidade da jurisdição. Contudo, não há qualquer mácula ao referido princípio, tendo em vista que a delegação concerne exclusivamente aos atos de mero expediente que, pelo próprio nome, não são dotados de nenhum conteúdo decisório e se prestam apenas a dar andamento formal ao feito.

Desta feita, é de se assentar que o papel do magistrado no Judiciário moderno deve passar longe da burocracia judiciária, que, embora necessária em certa medida, para empreender regularidade e segurança aos feitos judiciais, deve ser desempenhada por aqueles que têm por papel primordial auxiliar o Poder Judiciário na consecução de suas finalidades.

²⁷⁴ GAJARDONI, 2003, p. 154.

Resta, agora, aguardar a aplicação do dispositivo e sua devida regulamentação no Estatuto da Magistratura que virá substituir a atual Lei Orgânica da Magistratura (Lei Complementar nº 35/1979).

No tocante ao modo pelo qual o Poder Judiciário se estrutura e organiza, a Reforma do Judiciário introduziu a exigência de que o número de juízes na unidade jurisdicional seja proporcional à efetiva demanda judicial e à respectiva população; possibilitou a descentralização dos tribunais de segundo grau por meio de câmaras regionais; e estabeleceu critérios objetivos para a promoção de magistrados.

A proporcionalidade do número de magistrados, advinda no art. 93, inciso XIII da CRFB, ataca diretamente a fatídica realidade acerca da desigualdade do volume de trabalho das varas judiciais e os critérios para a criação de novos ofícios. A esse respeito, colhe-se o seguinte relato:

As varas novas, com menos serviços do que as já existentes, costumam ser reservadas de forma injusta para os apaniguados dos tribunais; as varas mais bem consideradas, no aspecto de terem pouco serviço e com pessoal de cartório bem treinado, como é o caso das varas de família e sucessões da capital [de São Paulo], por exemplo, são destinadas aos juízes mais bem conceituados ou protegidos perante as cúpulas dos tribunais, e assim por diante. Há varas no interior do Estado, por exemplo, que chegam a ter mais de dez mil processos em andamento, apenas com um juiz, enquanto outras da capital têm menos de mil processos, para dois magistrados permanentes.²⁷⁵

Deveras, a política interna existente em toda a Justiça, embora salutar para a defesa dos interesses comuns dos magistrados, tem, como contraponto, a possibilidade de se dar azo a situações como a acima descrita. Na medida em que um grupo político assume o comando de um tribunal, seus integrantes podem ser beneficiados em promoções, remoções ou outras benesses, o que absolutamente não favorece os jurisdicionados.

Como tantas outras regras aqui comentadas, aguarda-se que a implementação deste comando possa de fato se prestar a atender ao fim colimado de celeridade da prestação jurisdicional que rege toda a Reforma do Judiciário. No caso específico da proporcionalidade do número de juízes, impende-se a realização de um detalhado levantamento estatístico para que, em cada Estado, se tenha um mapeamento do índice de congestionamento de cada vara. Assim, os tribunais poderão realocar magistrados e servidores, bem como, quando criados novos cargos e varas, saber o local mais necessitado para sua implantação.

²⁷⁵ ARAÚJO, F. F. de, 1999, p. 159.

A questão ainda remete à discussão os gastos públicos limitados pela Lei de Responsabilidade Fiscal, ao Poder Judiciário, em 6% para despesas com pessoal, conforme estatuído nos arts. art. 19 e 20, I, *a*, II, *b*. Há inclusive entendimento pelo qual a nova exigência constitucional de se ter uma quantidade de juízes proporcional à efetiva demanda e população teria revogado este teto da Justiça, sob pena de “mortificação absoluta do dispositivo”. Ademais, por se tratar de um direito social constitucional, não se poderia condicionar sua fruição à limitação de natureza econômica.²⁷⁶

A norma, de natureza eminentemente programática, à semelhança da que introduziu o princípio da celeridade processual, já sofre críticas da doutrina, por ser destituída de eficácia prática, em razão das acostadas limitações de natureza fiscal. Afirma-se que a regra traz a ilusória expectativa de empreender uma constante estimativa da proporcionalidade do número de processos e do número de habitantes para cada juiz, o que não ocorrerá por falta de critérios objetivos de proporcionalidade. Restará, assim, aos Conselhos Superiores da Magistratura dos Tribunais ou, em último caso, ao Conselho Nacional de Justiça, definir tais parâmetros. Na primeira hipótese, haverá o risco de multiplicidade de critérios, se definidos individualmente por cada tribunal²⁷⁷.

Antes de se falar em revogação da Lei de Responsabilidade Fiscal, ou de total ineficácia prática da inovação, deve-se tentar buscar um equilíbrio, adequando a realidade fática da distribuição dos juízes à luz do novo preceito constitucional e da reserva do possível, sem que, para tanto, devam os Estados, *hic et nunc*, prover milhares de novos cargos desordenadamente.

Assim, antes de ampliação de sua estrutura, deve o Judiciário reorganizar – ou mesmo organizar – o quadro atualmente existente, fazendo um balanceamento do serviço de forma equânime para cada magistrado. Feito isto, já se terá dado um largo passo na redução da morosidade judiciária.

Mais especificamente em relação à estrutura orgânica do Poder Judiciário, sempre com o fito de tornar a justiça mais ágil e acessível, a Emenda Constitucional nº 45/2004 modificou os arts. 107, 115 e 125 do texto constitucional, os quais tiveram acrescentados parágrafos determinando a instalação da *justiça itinerante*.

Esta tem por finalidade a “realização de audiências e demais funções da atividade jurisdicional, nos limites territoriais da respectiva jurisdição, servindo-se de equipamentos

²⁷⁶ FERREIRA, L. A. C.; TÁRREGA, 2005, p. 461-462.

²⁷⁷ PAULA, Jônatas Luiz Moreira de. *Reforma do Poder Judiciário e celeridade processual sob a perspectiva da tridimensionalidade do processo*. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim et al. (Coord.). *Reforma do Judiciário – primeiras reflexões sobre a Emenda n. 45/2004*. São Paulo: RT, 2005, p. 337.

públicos e comunitários”, nos termos do § 2º do art. 107, do § 1º do art. 115 e do § 7º do art. 125, no âmbito, respectivamente, dos Tribunais Regionais Federais, dos Tribunais Regionais do Trabalho e dos Tribunais de Justiça.

Com o mesmo enfoque de descentralização do Poder Judiciário, os tribunais mencionados lograram a faculdade de constituírem Câmaras Regionais. Estabelece a Emenda 45/2004 que ditos tribunais poderão “funcionar descentralizadamente, constituindo Câmaras Regionais, a fim de assegurar o pleno acesso do jurisdicionado à justiça em todas as fases do processo”, nos termos do § 3º do art. 107, do § 2º do art. 115 e do § 6º do art. 125.

Na medida em que a Justiça se aproxima do povo, indo até onde os conflitos de interesse são travados, o Poder Judiciário se legitima democraticamente, ampliando o acesso à justiça. A brevidade é proporcionada com a realização do maior número possível de atos da instrução probatória, dispensando a locomoção de partes e testemunhas às sedes dos juízos, muitas vezes a léguas de distância.

Tais medidas estruturais representam maior racionalização do tempo do processo, abreviando sua tramitação e imprimindo efetividade ao direito à tutela jurisdicional em prazo razoável. De fato, é vital para o adequado atendimento dos jurisdicionados a presença física do Poder Judiciário – garantindo-lhes o acesso à justiça. A descentralização do Judiciário em primeiro e segundo grau – pela Justiça Itinerante e pelas Câmaras Regionais, respectivamente – ainda que de forma transitória, isto é, atendendo uma determinada localidade durante certo período, promove a aproximação da Justiça à população das comunidades mais afastadas. Estas, embora por vezes relegadas pelos poderes públicos, não menos litigiosas quantitativa e qualitativamente que as aglomerações urbanas das grandes metrópoles. Aliás, é necessário se priorizar a prestação dos serviços jurisdicionais nas regiões periféricas de baixíssima renda de grandes contingentes populacionais, tirando a Reforma da letra da lei, de modo a suprimir a artificial barreira entre o povo e a jurisdição.²⁷⁸

Em sentido semelhante, comentando a inclusão das Justiças estaduais na estrutura do Poder Judiciário Federal empreendida pela Constituição de 1967, no art. 112, na redação dada pela Emenda Constitucional n. 1/1969, anotou Paulino Jacques: “Sem dúvida, a descentralização dos serviços da Justiça, a economia processual e a comodidade

²⁷⁸ RODRIGUES, 2005, p. 291.

das partes constituem pressupostos de uma justiça rápida, barata e atuante, como o exige o regime democrático.”²⁷⁹

Outra inovação fruto da Reforma do Judiciário efetivada pela EC 45/2004 foi a determinação de se instalar várias especializadas, com competência exclusiva para questões agrárias, especialmente para dirimir conflitos fundiários, mediante proposta do Tribunal de Justiça. A nova redação do art. 126 da Constituição Federal é mais efetiva do que a redação original, que apenas falava em designação de juízes de entrância especial para tratar da matéria.

Deveras, a particularidade ostentada pelos conflitos agrários e fundiários demanda proporcional especialização por parte dos magistrados. A medida requer formação interdisciplinar que sopesse aspectos sociológicos de ordem econômica, social e psicológica das invasões, ao lado das questões jurídicas. Oxalá com isto seja possível o Estado fornecer a adequada prestação jurisdicional, “com a celeridade necessária à pacificação do meio social abalado pelas invasões.”²⁸⁰

Com o implemento trazido, varas e ofícios judiciais especializados nas questões agrárias serão estruturados, o que, por certo, trará maior eficiência. Esta seara impescinde de sensibilidade diferenciada por parte do magistrado, que deverá se pautar pela função social da propriedade e os ditames constitucionais inerentes à política agrícola e fundiária e à reforma agrária (arts. 5º, inciso XXIII e 184 *usque* 191).

Resta aguardar a implantação, especialmente nas regiões onde os conflitos fundiários são mais frequentes, como na região amazônica, Nordeste e no pontal do Paranapanema, no interior de São Paulo. Espera-se, ainda, participação mais efetiva do Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária – INCRA, de forma a dar cumprimento ao Plano de Reforma Agrária.

Em relação à carreira dos magistrados, a Reforma ora comentada introduziu parâmetros objetivos para promoção por merecimento, estabelecendo, no art. 93, II, *c*, *in verbis*: “aferição do merecimento conforme o desempenho e pelos critérios objetivos de produtividade e presteza no exercício da jurisdição e pela frequência e aproveitamento em cursos oficiais ou reconhecidos de aperfeiçoamento”.

²⁷⁹ JACQUES, Paulino. *A Constituição Explicada (A Emenda Constitucional número 1, de 17 de outubro de 1969, e Atos Institucionais básicos, anotados, com os respectivos textos na íntegra)*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1970, p. 112.

²⁸⁰ NALINI, 2000, p. 79.

Em complemento, a alínea *e* do mesmo art. 93, II dispôs: “não será promovido o juiz que, injustificadamente, reter autos em seu poder além do prazo legal, não podendo devolvê-los ao cartório sem o devido despacho ou decisão”.

Com ambas as inovações, busca-se valorizar o juiz dedicado, que procura se atualizar e aperfeiçoar seus conhecimentos técnicos por meio de cursos, e também procura manter a orem em seu gabinete, sem atrasos significativos. É certo que os retardamentos são, em grande parte, decorrentes do estrondoso volume de trabalho, mas não se pode deixar de assentar que a falta de organização e zelo para com a tão nobre função também acarreta a lentidão da Justiça. Tal constatação não impede que magistrados com atuação vocacionada para outros misteres sejam contemplados com promoções que camuflam o trabalho em atraso e desprestigiam os juízes pontuais e abnegados. Isto sem contar a possibilidade de que critérios subjetivos para a ascensão funcional possam repercutir em velada submissão dos magistrados de primeira para com os de segunda instância que comandam os tribunais.

Por isso, é fundamental a existência de diversos meios de fiscalização, internos e externos, das atividades dos magistrados, inclusive com controles estatísticos de produtividade, além de critérios objetivos que valorizem a moralidade nas promoções por merecimento, no tocante aos atos jurisdicionais, bem como à organização administrativa dos ofícios judiciais²⁸¹.

Outro ponto de acirrada discussão ocasionado pela EC 45/2004 é o pertinente à criação de um órgão de controle externo do Poder Judiciário.

A esse respeito, a doutrina já debatia a matéria, com opiniões favoráveis, como forma de legitimar e democratizar a Justiça, única das três funções não composta por membros eleitos pelo voto democrático. Falava-se em uma “caixa-preta” do Judiciário, intocável aos demais poderes políticos.

Nas discussões travadas durante a Assembleia Nacional Constituinte, havia previsão de se instituir um Conselho Nacional de Justiça, mas o projeto da Comissão de Sistematização acabou por excluir por completo a instituição de tal órgão incumbido do controle da atividade administrativa e do desempenho dos deveres funcionais tanto do Poder Judiciário como do Ministério Público, cuja composição contaria com a indicação do Congresso Nacional e da Ordem dos Advogados do Brasil.²⁸²

²⁸¹ ABREU, 2008, p. 99; e BEAL, 2006, p. 206. Este último autor defende ainda a implantação de um sistema estatístico de produtividade e controle da demora processual.

²⁸² BARROSO, 2006, p. 134.

De outro lado, existe uma forte resistência a qualquer tipo de controle externo, entendendo ser uma forma de suprimir a independência do Judiciário e dos magistrados garantida constitucionalmente (arts. 2º, 95, 96 e 99). A respeito da relevância da independência dos magistrados, ressalta Karl Loewenstein: “La independencia de los jueces en el ejercicio de las funciones que les han sido asignadas y su libertad frente a todo tipo de interferencia de cualquier otro detentador del poder constituye la piedra final en el edificio del Estado democrático constitucional de derecho”. Nesse sentido, parte da doutrina entende que as atribuições do Conselho não se subsumem à fiscalização e vigilância, tipificando, em verdade, instrumento de dominação que pode atentar à independência do magistrado.²⁸³

Por outro lado, ressalta-se que já existiria um órgão, tanto na Justiça estadual como federal, com função fiscalizatória, qual seja a Corregedoria, incumbida de realizar o controle disciplinar de magistrados e servidores; bem como o controle interno de cada vara, feito pelos respectivos juízes, facultando-se a participação da Ordem dos Advogados do Brasil e do Ministério Público. Ademais, no tocante aos atos administrativos oriundos de magistrado ou tribunal, é pacífico o cabimento de medidas judiciais para questioná-los, além do controle financeiro e orçamentário exercido pelo Tribunal de Contas (arts. 74 e 75 da CRFB). A própria exigência de motivação das decisões judiciais (art. 93, inciso IX da Constituição Federal), possibilita a fiscalização dos juízes pelos advogados. Já o Legislativo teria, como forma de modificar entendimentos do Supremo Tribunal Federal, editar normas em sentido contrário, inclusive emendas constitucionais. Em suma:

Extrai-se de tudo isso, que já existem mecanismos suficientes para o controle do Poder Judiciário. Só falta exercê-los satisfatoriamente, se e quando necessário. É evidente que não há de se cogitar da criação de órgão espúrio (longe da vontade do povo) para controlar o Judiciário, pois um poder estatal só pode ser controlado legitimamente pelos outros dois, jamais por um órgão colegiado submetido, na maioria das vezes, aos impulsos dos poderes e às pressões populares. O Judiciário, pela sua própria natureza, tem de ficar fora do alcance dessas pressões momentâneas, a fim de se prevalecer a independência de seus julgamentos, que só deve se ater à justiça e jamais aos interesses de uma maioria irrefletida e passageira.

[...]

No Brasil, sem tradição democrática e, ao contrário, estando o poder secularmente vinculado às elites, nada seria mais nefasto. Num país em que o Legislativo tem historicamente se portado de forma fisiológica e o Executivo, de modo dominador, o Poder Judiciário ainda é a esperança do povo.

²⁸³ LOEWENSTEIN, Karl. *Teoría de la Constitución*. Tradução para o espanhol: Alfredo Gallego Anabitarte. Barcelona: Ariel, 1986, p. 294; e CAGGIANO, 2005, p. 200.

Havendo controle externo, mortas estarão a liberdade e a cláusula do devido processo. Esta, que garante aquela e a evidencia, mal chegou a germinar no Brasil.²⁸⁴

Neste contexto de enorme desconfiança, foi criado o Conselho Nacional de Justiça, órgão integrante do Poder Judiciário (art. 92, I-A da CRFB). Porém, as mencionadas críticas levaram a novidade a ser atacada por meio de ação direta de inconstitucionalidade, proposta pela Associação dos Magistrados Brasileiros (AMB). Desta feita, o reconhecimento da validade do advento do Conselho somente ocorreu com o julgamento da ação pelo Supremo Tribunal Federal, que teve quatro votos vencidos. Eis os pontos principais do acórdão:

[...]

2. INCONSTITUCIONALIDADE. Ação direta. Emenda Constitucional n. 45/2004. Poder Judiciário. Conselho Nacional de Justiça. Instituição e disciplina. Natureza meramente administrativa. Órgão interno de controle administrativo, financeiro e disciplinar da magistratura. Constitucionalidade reconhecida. Separação e independência dos Poderes. História, significado e alcance concreto do princípio. Ofensa a cláusula constitucional imutável (*cláusula pétrea*). Inexistência. Subsistência do núcleo político do princípio, mediante preservação da função jurisdicional, típica do Judiciário, e das condições materiais do seu exercício imparcial e independente. Precedentes e súmula 649. Inaplicabilidade ao caso. Interpretação dos arts. 2º e 60, § 4º, III, da CF. Ação julgada improcedente. Votos vencidos. São constitucionais as normas que, introduzidas pela Emenda Constitucional n. 45, de 8 de dezembro de 2004, instituem e disciplinam o Conselho Nacional de Justiça, como órgão administrativo do Poder Judiciário nacional.

[...]

4. PODER JUDICIÁRIO. Conselho Nacional de Justiça. Órgão de natureza exclusivamente administrativa. Atribuições de controle da atividade administrativa, financeira e disciplinar da magistratura. Competência relativa apenas aos órgãos e juízes situados, hierarquicamente, abaixo do Supremo Tribunal Federal. Preeminência deste, como órgão máximo do Poder Judiciário, sobre o Conselho, cujos atos e decisões estão sujeitos a seu controle jurisdicional. Inteligência dos arts. 102, *caput*, inc. I, letra “r”, e 103-B, § 4º, da CF. O Conselho Nacional de Justiça não tem nenhuma competência sobre o Supremo Tribunal Federal e seus ministros, sendo esse o órgão máximo do Poder Judiciário nacional, a que aquele está sujeito.²⁸⁵

Abstraída a polêmica de seu advento, nos pouco mais de cinco anos de existência, o órgão já deu mostras que pode desempenhar importante papel no desiderato do controle do fluxo temporal dos processos no Judiciário. Pelo mandamento constitucional, incumbe-lhe, dentre outras, a atribuição de fiscalizar o cumprimento dos deveres funcionais dos juízes, nos termos do art. 103-B, § 4º.

²⁸⁴ SILVEIRA, 2001, p. 630-634.

²⁸⁵ STF, ADI 3.367-1/DF, TP, m.v., rel. Cezar Peluso, j. 13.04.2005, DJ 22.09.2006, p. 29.

Sobre o novo órgão, no pertinente à fiscalização da morosidade, é salutar mencionar que, dentre os diversos tipos de processo previstos no Regimento Interno do Conselho, há a atribuição, outorgada à sua Corregedoria, de realizar inspeções e correições para apuração de fatos relacionados a deficiências graves dos serviços judiciais (art. 65).

Não fosse o suficiente, o Capítulo IV do Título V do Regimento é inteiramente destinado à *representação por excesso de prazo* contra magistrado, servidor judiciário e auxiliares, a ser formulada por qualquer interessado, por meio de petição, podendo o Plenário instaurar o procedimento disciplinar competente (art. 80 e §§).

Haja vista as atribuições administrativas, este órgão destituído de função jurisdicional parece ser peça chave na engrenagem da celeridade, no exercício do controle externo do Poder Judiciário, embora pertencente a este mesmo Poder.

Por isso, no exercício de seu poder normativo constitucionalmente assegurado, no tocante à expedição de atos regulamentares, o órgão aprovou o Código de Ética da Magistratura Nacional em 18 de setembro de 2008. Destaca-se o tratamento da independência do magistrado, no Capítulo II (arts. 4º a 7º), da imparcialidade, no Capítulo III (arts. 8º e 9º), da transparência, incluindo o relacionamento com a imprensa, no Capítulo IV (arts. 10 a 14), da diligência e dedicação, no Capítulo VI, que inclui o dever do magistrado “velar para que os atos processuais se celebrem com a máxima pontualidade e para que os processos a seu cargo sejam solucionados em um prazo razoável, reprimindo toda e qualquer iniciativa dilatória ou atentatória à boa-fé processual” (art. 20). Por fim, menciona-se o Capítulo X, relativo ao conhecimento e capacitação, visando à prestação de um serviço de qualidade, determina formação contínua tanto nas matérias jurídicas como nas técnicas relevantes ao exercício da função, almejando a proteção dos direitos humanos e o desenvolvimento dos valores constitucionais, além do dever de colaborar para o desenvolvimento do Direito e da administração da Justiça (arts. 29 a 36).

Tal codificação revela-se de valiosa presteza para o Judiciário, especialmente considerando a omissão, até o momento, na edição do Estatuto da Magistratura, em consonância com o art. 93 da Constituição da República.

Outro ponto de relevo diz respeito às resoluções editadas pelo Conselho, consistentes em instrumentos regulatórios para o cumprimento das leis, no exercício da gestão da Justiça. Desde o advento do órgão, foram editadas mais de cento e vinte resoluções dos mais variados temas. Destacam-se: férias coletivas nos juízos e tribunais de segundo grau (Resolução n. 3, de 16 de agosto de 2005); exercício de cargos de direção e assessoramento no Judiciário por parentes, cônjuges e companheiros de magistrados e

servidores (Resolução n. 7, de 18 de outubro de 2005, alterada pelas Resoluções n. 09/2005 e 21/2006); definição de atividade jurídica para fins de inscrição em concurso público na carreira da magistratura (Resolução n. 11, de 31 de janeiro de 2006); limites de despesas com pessoal e encargos sociais do Poder Judiciário (Resolução n. 26, de 05 de dezembro de 2006); inspeção em estabelecimentos penais pelos juízes de execução criminal (Resolução n. 47, de 18 de dezembro de 2007); organização do Núcleo de Estatística e Gestão Estratégica nos órgãos do Poder Judiciário (Resolução n. 48, de 18 de dezembro de 2007); implantação e funcionamento do Cadastro Nacional de Adoção (Resolução n. 54 de 29 de abril de 2008); rotinas do procedimento de interceptação de comunicações telefônicas e de sistemas de informática e telemática (Resolução n. 59, de 09 de setembro de 2008, com alterações da Resolução n. 84, de 06 de julho de 2009); instituição do mencionado Código de Ética da Magistratura Nacional (Resolução n. 60, de 19 de setembro de 2008); constrição de valores em dinheiro por intermédio do Convênio BACENJUD, conhecido como *penhora online* (Resolução n. 61, de 07 de outubro de 2008); uniformização nacional dos números dos processos judiciais (Resolução n. 65, de 16 de dezembro de 2008); controle estatístico e acompanhamento de prisões provisórias (Resolução n. 66, de 27 de janeiro de 2009, com diversas alterações); serviço de assistência judiciária voluntária (Resolução n. 62, de 10 de fevereiro de 2009); planejamento e gestão estratégica (Resolução n. 70, de 18 de março de 2009); plantão judiciário (Resolução n. 71, de 31 de março de 2009); concessão de autorização de viagens para o exterior de crianças e adolescentes (Resolução n. 74, de 28 de abril de 2009); regulamentação dos concursos públicos para ingresso na carreira da magistratura (Resolução n. 75, de 12 de maio de 2009) e de outorga de Delegações de Notas e de Registro (Resolução n. 81, de 09 de junho de 2009); princípios do Sistema de Estatística do Poder Judiciário (Resolução n. 76, de 12 de maio de 2009); suspeição por foro íntimo (Resolução n. 82, de 09 de junho de 2009); medidas para redução da taxa de congestionamento na Justiça (Resolução Conjunta CNJ. CGJF.CGJT. n. 01, de 04 de agosto de 2009); jornada de trabalho no Poder Judiciário, preenchimento de cargos em comissão e limite de servidores requisitados (Resolução n. 88, de 08 de setembro de 2009); mutirões carcerários para revisão periódica de prisões e medidas de segurança e internações de adolescentes (Resolução n. 89, de 16 de setembro de 2009); Modelo de Requisitos para Sistemas Informatizados de Gestão de Processos e Documentos do Poder Judiciário (Resolução n. 91, de 29 de setembro de 2009); mecanismos de revisão periódica das prisões provisórias e definitivas, das medidas de segurança e das internações de adolescentes (Resolução Conjunta CNJ.CNMP. n. 01, de 29

de setembro de 2009); Projeto Começar de Novo para reinserção social de presos, egressos do sistema carcerário e de cumpridores de medidas alternativas (Resolução n. 96, de 27 de outubro de 2009); inspeção nos estabelecimentos e entidades de atendimento ao adolescente e implantação do cadastro nacional de adolescentes em conflito com a lei (Resolução n. 77, de 26 de maio de 2009); Planejamento Estratégico de Tecnologia da Informação e Comunicação no âmbito do Poder Judiciário (Resolução n. 99, de 24 de novembro de 2009); publicação das informações referentes à gestão orçamentária e financeira, aos quadros de pessoal e estruturas remuneratórias de tribunais e conselhos (Resolução n. 102, de 15 de dezembro de 2009); política institucional na Execução de Penas e Medidas Alternativas à Prisão (Resolução n. 101, de 15 de dezembro de 2009); medidas administrativas para segurança e criação de Fundo Nacional de Segurança (Resolução n. 104, de 06 de abril de 2010, com alterações da Resolução n. 124/2010); documentação de depoimentos por sistema audiovisual e realização de interrogatório e inquirição de testemunhas por videoconferência (Resolução n. 105, de 06 de abril de 2010); critérios objetivos para promoção por merecimento de magistrados (Resolução n. 106, de 06 de abril de 2010); instituição do Fórum Nacional do Judiciário para monitoramento e resolução das demandas de assistência à saúde (Resolução n. 107, de 06 de abril de 2010); cumprimentos de alvarás de soltura e movimentação de presos do sistema carcerário (Resolução n. 108, de 06 de abril de 2010); instituição do Fórum de Assuntos Fundiários (Resolução n. 110, de 06 de abril de 2010); instituição de mecanismos de controle dos prazos prescricionais em matéria criminal (Resolução n. 112, de 06 de abril de 2010); execução de penas privativas de liberdade e medida de segurança (Resolução n. 113, de 20 de abril de 2010); gestão de precatórios (Resolução n. 115, de 29 de junho de 2010 com alterações da Resolução n. 123/2010); divulgação de dados processuais eletrônicos na internet e expedição de certidões judiciais (Resolução n. 121, de 05 de outubro de 2010).²⁸⁶

Todo o conteúdo mencionado demonstra a importância que representa o Conselho Nacional de Justiça para solução de diversos percalços do sistema de justiça no Brasil, que jamais eram aventados pela ausência de um órgão precipuamente destinado à tomada de decisões na esfera administrativa do Poder Judiciário, em âmbito nacional.

²⁸⁶ Conselho Nacional de Justiça. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/index.php?option=com_content&view=category&layout=blog&id=57>. Acesso em 22 nov. 2010.

Cumpra apenas destacar, dada a nítida relação com o tema principal aqui desenvolvido, a mencionada Resolução Conjunta n. 01, de 04 de agosto de 2009, que estabelece medidas para redução da taxa de congestionamento na Justiça. Sua origem está no II Encontro Nacional do Judiciário, realizado em Belo Horizonte, em fevereiro de 2009, no qual se estabeleceu dez Metas de Nivelamento visando “proporcionar maior agilidade e eficiência à tramitação dos processos, melhorar a qualidade do serviço jurisdicional prestado e ampliar o acesso do cidadão brasileiro à justiça.” São elas:

1. Desenvolver e/ou alinhar planejamento estratégico plurianual (mínimo de 05 anos) aos objetivos estratégicos do Poder Judiciário, com aprovação no Tribunal Pleno ou Órgão Especial.
2. Identificar os processos judiciais mais antigos e adotar medidas concretas para o julgamento de todos os distribuídos até 31/12/2005 (em 1º, 2º grau ou tribunais superiores).
3. Informatizar todas as unidades judiciárias e interligá-las ao respectivo tribunal e à rede mundial de computadores (internet).
4. Informatizar e automatizar a distribuição de todos os processos e recursos.
5. Implantar sistema de gestão eletrônica da execução penal e mecanismo de acompanhamento eletrônico das prisões provisórias.
6. Capacitar o administrador de cada unidade judiciária em gestão de pessoas e de processos de trabalho, para imediata implantação de métodos de gerenciamento de rotinas.
7. Tornar acessíveis as informações processuais nos portais da rede mundial de computadores (internet), com andamento atualizado e conteúdo das decisões de todos os processos, respeitado o segredo de justiça.
8. Cadastrar todos os magistrados como usuários dos sistemas eletrônicos de acesso a informações sobre pessoas e bens e de comunicação de ordens judiciais (Bacenjud, Infojud, Renajud).
9. Implantar núcleo de controle interno.
10. Implantar o processo eletrônico em parcela de suas unidades judiciárias.²⁸⁷

Segundo as estatísticas do próprio Conselho, a Meta de Nivelamento n. 2 foi alcançada com êxito por todos os tribunais superiores, à exceção do Superior Tribunal de Justiça, que não deixou de ter exitoso desempenho de 91,61% de processo julgados. Nos tribunais regionais federais, completou-se a Meta nas 4ª e 5ª Regiões, alcançando as demais os montantes de 72,79% (1ª Região), 86,79% (2ª Região) e 70,28% (3ª Região). Já em relação aos Estados, simplesmente nenhum deles cumpriu a Meta, obtendo os melhores índices os Tribunais de Justiça do Amapá (96,69%), seguido do Acre (86,76%), Rio de Janeiro (85,40%) e Pará (84,99%). Negativamente, lideraram o ranking os Estados de Minas Gerais (57,54%), Ceará (53,60%) e Piauí (52,19%), mas nada comparável ao

²⁸⁷ Conselho Nacional de Justiça. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/index.php?Itemid=963>>. Acesso em 04 nov. 2010.

Tribunal de Justiça da Bahia, que obteve impressionante índice de 31,85%, o que representa 198.743 processos julgados e um passivo de 425.348 feitos.²⁸⁸

Ainda que tais ambiciosas metas não sejam facilmente alcançadas, nota-se que, de forma inédita, o Judiciário está dotado de objetivos concretos arrolados em metas de planejamento estratégico. Até a criação do Conselho Nacional de Justiça, eram muito precários os serviços de radiografia do Poder Judiciário como um todo. Cada órgão funcionava de maneira própria, com peculiaridades das mais diversas, muitas delas fruto de tradições formalísticas não justificáveis na atualidade. Ademais, nunca foi segredo o despreparo do magistrado para administrar a justiça, natural para quem não teve formação nesta área do conhecimento, o que ocasionava muitas deliberações de cunho político e brigas de igual natureza entre os agrupamentos formados nos tribunais. Decisões eram tomadas em atenção aos interesses do grupo dominante, não dando a devida importância aos interesses dos destinatários da atividade jurisdicional: os cidadãos.

Por isso, é com bons olhos que se analisa a atuação do Conselho, especialmente voltada ao combate do problema localizado no calcanhar de Aquiles do Judiciário nacional, que vem se agravado gradativamente. Enfrentando bravamente a relutância de alguns redutos absolutamente avessos a qualquer controle, poderá haver grande progresso rumo à legitimação democrática do Poder Judiciário. Não sendo esta oriunda das urnas e do voto direto, é de ser bem vista toda iniciativa que procure dar maior transparência e controle sobre uma das funções primordiais do Estado.

A par de todas estas considerações pertinentes à Reforma de 2004, além do protagonista inciso LXXVIII do art. 5º da CRFB, visto a seguir, que resume todo o desígnio da emenda, clarificando o obstinado intuito de superar os entraves do Poder Judiciário com repercussões na duração do processo, algumas críticas são imperiosas.

A tradição positivista brasileira faz pensar que muitas vezes novas leis sejam a solução para os problemas da sociedade. É assim com a criminalidade, em relação à qual muitos defendem leis mais rígidas para diminuí-la. O direito processual não foge à regra. Contra a morosidade da justiça, as reformas legislativas destacam-se dentre as soluções.

A lei, no Estado liberal, tinha o fito de assegurar a liberdade, sendo o *referencial jurídico de todo o comando da sociedade*.²⁸⁹ Desta forma, incumbia ao juiz aclarar a *vontade do legislador*, realizando atividade interpretativa meramente literal ou semântica.

²⁸⁸ Conselho Nacional de Justiça, contendo estatísticas completas, incluindo os tribunais do trabalho, eleitorais e militares, além de outros dados. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/index.php?Itemid=963>>. Acesso em 04 nov. 2010.

Diferentemente de Hobbes, que vislumbrava na sentença do juiz atividade interpretativa²⁹⁰, encontra-se a clássica afirmação de Montesquieu pela qual o juiz seria, singelamente, *la bouche qui prononce les paroles de loi* (a boca que pronuncia as palavras da lei). Em sua obra maior, *Do Espírito das Leis*, de 1748, Montesquieu teorizou a separação das funções do Estado entre Executivo, Legislativo e Judiciário, diferentemente de John Locke, que não se referia a este último²⁹¹. Em relação ao Judiciário, o senhor de La Brède chega a dizer que, na monarquia, por não comportar leis tão simples como no despotismo, seriam necessários tribunais. Nos governos republicanos, a lei deveria ser observada literalmente, sendo seus julgamentos expressão de seu texto exato. Assim, o juiz teria a incumbência de lavrar “as decisões que devem ser conservadas, aprendidas para que se julgue hoje como se julgou ontem”. As decisões consubstanciavam mera atividade de “aplicação” das leis, cujo conteúdo era determinado segundo a vontade de seu autor, o legislador. “Quem fala não é um sujeito humano, mas um texto”, cabendo ao juiz a mera subsunção do caso à norma jurídica previamente estabelecida, em sentido idêntico ao contido nela.²⁹² Enfim, seria ele um ser inanimado, impedido de dosar a força ou o rigor da lei.

Ainda na França, segundo relata Carré de Malberg, a Assembleia Nacional de 1789 originalmente concebia a função jurisdicional como atividade de aplicação da lei. Foi durante o desenvolvimento de seus trabalhos que a maioria dos integrantes decidiu construir o Judiciário como um terceiro Poder, completamente independente do Poder

²⁸⁹ ARRUDA ALVIM, 2003, p. 185.

²⁹⁰ “A interpretação da lei da natureza é a sentença do juiz constituído pela autoridade soberana, para ouvir e determinar as controvérsias que dela pendem, e consiste na aplicação da lei ao caso em questão. Pois no ato de judicatura o juiz não faz mais do que examinar se o pedido de cada uma das partes é compatível com a equidade e a razão natural, sendo portanto a sua sentença uma interpretação da lei da natureza; interpretação essa que é autêntica não porque a sua sentença é pessoal, mas porque é dada pela autoridade do soberano, pela qual ela se torna uma sentença do soberano; que então se torna lei para as partes em litígio.” HOBBS, 2005, p. 162-163.

²⁹¹ O autor fazia alusão aos poderes legislativo, executivo e federativo, além de outro poder chamado *natural* inerente ao homem antes de entrar em sociedade. A respeito da separação entre legislativo e executivo, afirma: “como as leis elaboradas de imediato e em pouco tempo têm força constante e duradoura, e requerem uma perpétua *execução* ou assistência, é necessário haver um *poder permanente*, que cuide da *execução* das leis que são elaboradas e permanecem vigentes. E assim acontece, muitas vezes, que sejam separados os poderes *legislativo* e *executivo*.” LOCKE, John. *Dois tratados sobre o governo*. Tradução: Julio Fischer. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 514-517.

²⁹² SECONDAT, Charles-Louis, Barão de la Brède e de MONTESQUIEU. *O Espírito das Leis*. Título original: *De l'Esprit des lois*. Tradução: Fernando Henrique Cardoso. São Paulo: Nova Cultura, 1997, p. 113 *et seq.* No mesmo sentido: MÜLLER, Friedrich. *Metodologia do Direito Constitucional*. 4. ed. rev., atual. e ampl. Tradução: Peter Naumann. São Paulo: RT, 2010, p. 126-127.

Executivo²⁹³. Não obstante, a doutrina ainda diverge a respeito de a Constituição ter realmente estabelecido um Judiciário independente, cuja natureza política seria desvantajosa em relação a uma Justiça exclusivamente jurídica, que, na verdade, não passaria de uma quimera, temendo-se elevar ao poder um corpo profissional de juízes, o que, para Georges Vedel, a França não estaria preparada. De todo modo, com a Constituição de 1946 houve um esforço para assegurar a independência da Justiça.²⁹⁴

Já no final do século XIX, a *mens legislatoris* foi sendo substituída pela *mens legis*. Desta forma, permitiu-se a evolução e atualização do direito desvincilhada da atividade legislativa formal, então pregada por Chiovenda, pela qual “os juízes rigorosamente fiéis à lei conferem aos cidadãos maior garantia e confiança do que os farejadores de novidades em geral subjetivas e arbitrárias”. Com isto, a lei adotou a feição de um instrumento atualizado em relação ao tempo de sua aplicação.²⁹⁵ A doutrina brasileira do início do século XX não destoou desta tendência, como anota João Barbalho, inclusive fazendo menção ao controle de constitucionalidade, *in verbis*:

A magistratura que agora se installa no paiz, graças ao regimen republicano, não é um instrumento cego ou mero interprete na execução dos actos do poder legislativo. Antes de applicar a lei cabe-lhe o direito de exame, podendo dar-lhe ou recusar-lhe sanção, si Ella lhe parecer conforme ou contrária á lei organica. O poder de interpretar as leis, disse o honesto e sabio juiz americano, envolve necessariamente o direito de verificar si ellas são conformes ou não á Constituição, e neste ultimo caso cabe-lhe declarar que ellas são nullas e sem effeito. Por esse engenhoso mecanismo consegue-se evitar que o legislador, reservando-se a faculdade de interpretação, venha a collocar-se na absurda situação de juiz em sua propria causa.²⁹⁶

Assim, o juiz, assumindo com postura moderna o seu desiderato, passou a suprir, ainda que de ofício, eventuais deficiências probatórias das partes, deixando de ser reles *convidado de pedra do processo*. Passou a observar os fins sociais da norma e as exigências do bem comum (art. 5º da LICC), contornando obstáculos burocráticos inúteis impostos pela lei para alcançar a solução da lide. Em outras palavras, deixa o magistrado

²⁹³ CARRÉ DE MALBERG, 2004, p. 719. Adiante o autor aponta a mudança de concepção da função jurisdicional, de mera aplicação e interpretação da legislação, para o poder de dizer o direito, conquanto deva se limitar este poder criativo (p. 741).

²⁹⁴ “Il est vrai que l'essentiel n'est pas qu'il existe un pouvoir judiciaire. Les inconvénients de celui-ci seraient peut-être plus grands que ses avantages car un « pouvoir » est par nature politique : il est chimérique de concevoir un véritable « pouvoir » judiciaire qui serait un pouvoir exclusivement juridique. Or, on a les plus fortes raisons de craindre l'élévation au rang de pouvoir d'un corps professionnel de juges. En tout cas la France ne paraît guère disposée à faire cette expérience.” VEDEL, 2002, p. 562.

²⁹⁵ CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de Direito Processual Civil*. v. I. 2. ed. Tradução: Paolo Capitanio. Campinas: Bookseller, 2000, p. 63; e ARRUDA ALVIM, 2003, p. 185.

²⁹⁶ CAVALCANTI, J. B. U., 1924, p. 294.

de ser “mero expectador da vida social, aplicando mecanicamente a lei ao caso concreto, num apego desmesurado a um legalismo aparente e injusto”, para assumir papel mais ativo, visando à concretização dos valores democráticos e do verdadeiro acesso à justiça na sua compreensão moderna.²⁹⁷

Deixando de ser a boca que pronuncia as palavras da lei, o juiz, além do administrador e do legislador, estaria vinculado a uma função de *dever-poder*, incumbindo-lhe, quando necessário para conferir efetividade ao direito, integrar o ordenamento jurídico, inclusive, em sendo indispensável, inovando-o primariamente.²⁹⁸

Ao atuar deste modo, o juiz assume seu verdadeiro papel de pacificador de conflitos e garantidor dos direitos fundamentais, sem se desvencilhar da imparcialidade que lhe é inerente, de forma a ser muito mais do que uma figura burocrática para se tornar responsável pela distribuição da justiça com maior rapidez e simplicidade. Este mesmo juiz que pode procrastinar um processo anos a fio pode ser o maior aliado da celeridade, caso vislumbre a magnitude de sua missão e avalie como proceder com maior eficácia, utilizando os instrumentos disponíveis da melhor forma possível.

Afinal, se excesso de burocracia fosse sinônimo de segurança, o erário não seria amiúde atingido por golpes e fraudes milionárias, que chegam a levar anos até serem descobertas, quando isto de fato ocorre. Postula-se, pois, a transformação da realidade retratada por Calamandrei de que “a importação da justiça é vigiada mais severamente que a de drogas estupefacientes”.²⁹⁹

Constata-se, assim, que as alterações legais são meros anódinos para um problema conjuntural muito maior, que envolve uma gama de valores, passando pela mentalidade dos sujeitos processuais, desde os magistrados até os próprios advogados, da eficácia das decisões finais, do grau de educação e instrução da população, mormente no que tange à consciência e esclarecimento quanto aos próprios direitos, bem como a devida estruturação do Poder Judiciário. Do contrário, o inciso LXXVIII do art. 5º da Constituição da República corre o risco de se tornar mais uma promessa, uma norma “puramente teórica, desprovida de eficácia”.³⁰⁰

²⁹⁷ CORREIA, Marcus Orione Gonçalves. *Direito Processual Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 1998, p. 11. No mesmo sentido: PAROSKI, 2008, p. 135; e MATTOS, S. L. W. de, 2009, p. 251.

²⁹⁸ GRAU, Eros Roberto. *A ordem economia na Constituição de 1988 (Interpretação e crítica)*. 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 282.

²⁹⁹ CALAMANDREI, Piero. *Eles, os juízes, vistos por um advogado*. Tradução de Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 155.

³⁰⁰ ABREU, 2008, p. 98. No mesmo sentido: ANNONI, 2008, p. 271-272.

Nesse sentido, nega-se eficácia à solução dos problemas da sociedade com a mera edição de novas leis, pois a complexidade da questão demanda saídas igualmente complexas, de longo prazo, o que não impede a obtenção de algumas melhorias com a reformulação do arcabouço jurídico.³⁰¹

Com isso, não se pode afirmar que as reformas legislativas são inócuas, mas estão longe de ser um antídoto para uma doença que, uma vez ministrado, sanará *in totum* a pandemia. São elas “paliativos de um sistema precário que urge por modificações estruturais”. Para se obter uma solução efetiva, é imprescindível uma política de ampliação do acesso à justiça por meio de uma melhor distribuição de renda, maiores oportunidades de trabalho, educação acessível e de qualidade, combate à corrupção e ao nepotismo e reformas radicais da técnica processual ou a própria substituição do sistema vigente. A ineficiência deste questiona sua legitimidade, permitindo soluções de conflitos por vias paralelas baseadas na força, favorecendo a autotutela e a barbárie.³⁰²

Do ponto de vista da sociologia jurídica, chega-se à mesma conclusão de que as reformas, embora salutareis para reduzir os custos econômicos da morosidade da justiça, não são uma panaceia. Assim, devem elas ser coligidas ao lado de outros fatores como a organização judiciária e a distribuição territorial dos magistrados³⁰³.

Por isso, nem todas as soluções hão de passar, inexoravelmente, pela mudança da legislação, sendo imperiosa uma mudança de mentalidade e postura dos operadores do direito, em grande parte arraigados a formalismos inúteis, que freia o tempo do processo. Não se cogita a reles adoção de soluções unicamente favoráveis ao término do processo de forma mais veloz, ignorando a evolução do direito processual que busca empreender maior *efetividade ao processo como meio de acesso à justiça*. Afinal, o processo “não é mero instrumento técnico a serviço da ordem jurídica, mas, acima disso, um poderoso instrumento ético destinado a servir à sociedade e ao Estado”.³⁰⁴

³⁰¹ PRUDÊNCIO; FARIA; ANDRADE, 2003, p. 76-77.

³⁰² RODRIGUES, 2005, p. 285-286.

³⁰³ FARIA, José Eduardo. *Introdução à sociologia da administração da justiça*. In: FARIA, José Eduardo (org.) *Direito e Justiça – a função social do Judiciário*. São Paulo: Ática, 1989, p. 47-48.

³⁰⁴ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Temas de Direito Processual – Terceira Série*. São Paulo: Saraiva, 1984, p. 30. No mesmo sentido: CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. 24. ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 47; BEAL, 2006, p. 232, que sustenta a necessidade de boa vontade do Poder Judiciário visando a “reforma de seus próprios métodos de gerenciamento em prol da celeridade processual”, em detrimento da modificação da legislação e da própria Constituição Federal. Por fim, defendendo a desburocratização, a racionalização da produção legislativa e o desapego ao excessivo formalismo ou “processualismo” em detrimento do direito material do caso concreto, como meios de se desafogar o Judiciário e garantir a efetividade das leis: SILVEIRA, 2007, p. 160.

É necessário simplificar o direito, como meio de facilitar o acesso à justiça, o que demanda leis mais claras e, de preferência, consolidadas em um único diploma para cada matéria. Facilita-se, assim, sua compreensão, inclusive permitindo a interpretação sistêmica, “tudo a favorecer a sua rápida aplicação em benefício da solução em tempo razoável do litígio”³⁰⁵.

Busca-se, em suma, um processo com *dimensão social*³⁰⁶, que facilite o acesso do cidadão a não apenas pleitear seu direito com sucesso, mas compreender o funcionamento da máquina judiciária, o porquê do acolhimento ou indeferimento de seu pleito.

2.2 Antecedentes no Brasil e experiências no direito comparado e internacional

Conquanto a novel disposição tenha o mérito de suscitar discussão sobre a matéria, não chega a ser novidade a previsão da garantia à expedita tramitação dos processos. Analisando-se as constituições brasileiras pretéritas, os tratados internacionais em âmbito global, europeu e interamericano, bem como o ordenamento interno de outros países, verifica-se que a questão é conhecida e abordada amplamente.

No Brasil, ainda no período imperial, a primeira Constituição, de 1824 não tratou de resguardar nem mesmo o acesso à justiça, que se consubstanciava em privilégio restrito e elitista, devido às altas custas judiciais e as dificuldades de contratação de advogados³⁰⁷. Assim, não era de se estranhar o fato de a Carta imperial não ter assegurado qualquer garantia relativa à ágil tramitação processual.

O sucessivo regramento constitucional de 1934 igualmente olvidou-se de abordar o acesso à justiça, conquanto tenha trazido certos avanços relativos aos direitos civis, políticos e sociais, num contexto político de transição da democracia liberal para a democracia social inspirado nas constituições mexicana de 1917 e alemã de Weimar, de 1919. Não obstante, previu expressamente a garantia da celeridade processual, no art. 113, que catalogava os direitos e garantias individuais, estabelecendo, no item 35, a obrigação da lei assegurar “o rápido andamento dos processos nas repartições públicas, a comunicação aos interessados dos despachos proferidos, assim como das informações a que estes se refiram”. Semelhante previsão adveio na Lei Maior de 1946 (art. 141, § 36, I).

³⁰⁵ DELGADO, 2005, p. 368-370.

³⁰⁶ ROSAS, 1999, p. 210.

³⁰⁷ PAROSKI, 2008, p. 172-173.

Assim, não se trata de tema inédito nas Constituições brasileiras, embora pouco se tenha visto para tornar tal previsão efetiva.

Embora seja muito sentida aqui a letargia do processo, o problema não constitui exclusividade brasileira, sendo objeto de inquietude em sistemas jurídicos alhures³⁰⁸. Não obstante, verifica-se que o Brasil está atrás nesta corrida contra o tempo, havendo uma demanda sempre proporcionalmente maior do que o Poder Judiciário pode atender, a despeito de pontuais melhorias experimentadas.

Somente em 2004, foi introduzida na Constituição Federal uma norma destinada a garantir a razoável duração dos processos e os meios que assegurem a celeridade de sua tramitação. Não que antes não houvesse essa garantia, mas a Emenda Constitucional nº 45 denota uma louvável, embora tardia, preocupação com o tema.

No plano infraconstitucional, o ordenamento tem sofrido sucessivas modificações, sempre com o fito de simplificar e acelerar os procedimentos, como também ocorre em legislações alienígenas.

A título de exemplo, na Alemanha, a profunda revisão da *Zivilprozessordnung*, em 1976, concentrou, em uma única audiência, toda a atividade de instrução, debate e julgamento da causa, além de outras inovações de monta. Igualmente, na Argentina as alterações recentes tiveram por escopo a exclusão de formalidades inúteis, a simplificação dos atos processuais e o fortalecimento dos poderes judiciais de rejeição imediata de incidentes infundados e protelatórios. Além destes, Itália e Espanha penam igualmente com o vagaroso trâmite processual.³⁰⁹ Trata-se, enfim, de um problema global.

Em muitos países, as partes que buscam uma solução judicial precisam esperar dois ou três anos, ou mais, por uma decisão exequível. Os efeitos dessa delonga, especialmente se considerados os índices de inflação, podem ser devastadores. Ela aumenta os custos para as partes e pressiona os economicamente fracos a abandonar suas causas, ou a aceitar acordos por valores muito inferiores àqueles a que teriam direito.³¹⁰

Cappelletti se insurgia, algumas décadas atrás, contra o sistema processual de nações em que o processo chega a levar dois ou três anos para ser definitivamente

³⁰⁸ Segundo Flávio Beal, nos países desenvolvidos, repete-se o problema da morosidade, por vezes mais acentuada que no Brasil, em que pese haver um número muito maior de juízes por habitante. Em razão disso, haveria, diferentemente daqui, rapidez na tramitação em primeira instância e uma letargia judiciária concentrada nas instâncias superiores, devido ao elevado número de recursos. Então conclui que “o que se pode afirmar, com certeza e consciência tranqüila, é que os nossos juízes, em sua grande maioria, trabalham muito mais e melhor do que os juízes do Primeiro Mundo.” BEAL, 2006, p. 117-118 e 125.

³⁰⁹ BARBOSA MOREIRA, 1984, p. 56; e LOPES, 2005, p. 328.

³¹⁰ CAPPELLETTI; GARTH, 1988, p. 20-21.

concluído, sem ter tido a oportunidade de se deparar com a atual realidade forense brasileira, comparativamente mais morosa.

Para ilustrar a dimensão global da intempestividade da Justiça, é salutar trazer a lume algumas estatísticas a respeito da média de duração dos processos em diversos tribunais. Com base no relatório sobre administração da Justiça de 1998, na Itália, no período de 1991-1997, a duração média das ações em primeiro grau era de cerca de quatro anos. No Japão, sob a égide de uma codificação anterior, um processo poderia levar alguns anos, superando uma década até decisão da Corte Suprema. A Inglaterra adotou uma codificação processual civil em 1999 visando suprimir as deficiências temporais da multissecular *common law*, com prazos rígidos, embora descumpridos. Nos Estados Unidos, em determinadas localidades, o processo perdura, até a decisão da corte (*trial*), de três a cinco anos. Por fim, na França, toma cerca de nove meses o procedimento médio em primeira instância, transpondo os quinze meses em sede de apelação, alcançando vinte e um meses, em média, na primeira instância em *Pointe-à-Pitre*, e outros, vinte meses em *Aix-en-Provence* para a apreciação da apelação.³¹¹

Este quadro fez com que a busca por uma justiça célere fizesse das constituições mundo afora um terreno comum para positivar garantias a respeito. Deste modo, os exemplos a seguir trazidos, além de tantos outros que valeriam menção, demonstra que a previsão, como garantia fundamental, da menor duração do processo, é uma tendência mundial nas Constituições contemporâneas, bem como nos Códigos ou Tratados Internacionais.

Já em 1215, na Inglaterra, a *Magna Charta Libertatum*, aqui estudada, trazia em seu § 40, do original em latim: “*Nulli vendemus, nulli negabimus, aut differemus rectum aut justiciam*” (a ninguém venderemos, negaremos ou retardaremos direito ou justiça). Daí se depreende quão antiga é a preocupação com o tema.

A enxuta Constituição dos Estados Unidos da América, do ano de 1787, com as dez emendas trazidas pelo *Bill of Rights* de 1789, passou a prever garantia semelhante à estampada na Constituição brasileira mais de dois séculos depois, constante da 6ª Emenda, já transcrita no início deste trabalho. A esse respeito, a doutrina americana aponta as seguintes razões que ensejam violação da *speedy trial*:

Quatro fatores são considerados para determinar se o atraso não foi razoável: (1) duração do atraso; (2) a justificação do governo para o atraso; (3) se e como o

³¹¹ GAJARDONI, 2003, p. 42-43.

acusado exerceu seu direito a um rápido julgamento; e (4) prejuízo causado pelo atraso, como uma prisão preventiva prolongada. Um julgamento, tão logo após o indiciamento, como durante a acusação, com diligência razoável, pode preparar isto; um julgamento de acordo com as regras estabelecidas, livre de atrasos caprichosos e opressivos, mas o tempo dentro do qual deve ser satisfeita a garantia depende das circunstâncias. O que constitui um 'rápido julgamento' depende das circunstâncias de cada caso (tradução livre).³¹²

A regra restringe-se à matéria penal, trazendo a garantia de que “*em todas as acusações, o réu deve usufruir do direito a um julgamento rápido e público*”. Na interpretação do dispositivo, a Suprema Corte considera tempo injustificado, dentre outros, “aquele decorrente da pendência prolongada de acusação contra um indivíduo sem que se denote qualquer esforço para a conclusão do caso” (tradução livre). Quando a negligência do Estado causa atraso seis vezes maior que o normal, já é suficiente para apreciar um *judicial review*, equivalente ao recurso extraordinário brasileiro.³¹³

Na França, mesmo não tendo sido adotada uma legislação específica para procedimentos, tratando de prioridade de julgamento e casos de urgência, como se passou na Espanha, por exemplo, diversos procedimentos aceleradores têm sido implementados nas esferas criminal, cível e administrativa. No ano 2000, inseriu-se no Código de justiça administrativa disposição pela qual devem ser tomadas as medidas necessárias para salvaguardar direitos fundamentais em caso de urgência, pronunciando-se o julgador em até quarenta e oito horas (art. L 521-2). Com isto, tornou-se possível a qualquer pessoa, física ou jurídica, obter, num curto espaço de tempo, perante um tribunal administrativo,

³¹² “(...) four factors to be considered in determining whether delay was unreasonable: (1) Length of delay; (2) the government’s justification for the delay; (3) whether and how the defendant asserted his right to a speedy trial; and (4) prejudice caused by the delay, such as lengthened pretrial incarceration. A trial had as soon after indictment as prosecution, with reasonable diligence, can prepare for it; a trial according to fixed rules, free from capricious and oppressive delays, but the time within which it must be had to satisfy the guaranty depends on the circumstances. What constitutes a “speedy trial” depends on the circumstances of each case” BLACK, 1991, p. 974. Cumpre transcrever também o verbete *Speedy Trial Act*: “Lei Federal de 1974 estabeleceu um conjunto de prazos para a realização de grandes atos (e.g. informação, indiciamento, acusação) nas perseguições de crimes federais. 18 U.S.C.A. § 3161 *et seq.* Em qualquer caso envolvendo um réu acusado de um delito, o oficial de justiça, no menor tempo possível, deve, depois de consultar o advogado do réu e o advogado de acusação, designar o caso para julgamento em dia certo ou aguardar data mais próxima no calendário forense do foro judicial, de modo a assegurar um rápido julgamento. 18 U.S.C.A. §3161(a).” (tradução livre) Federal Act of 1974 establishing a set of time limits for carrying out the major events (e.g. information, indictment, arraignment) in the prosecution of federal criminal cases. 18 U.S.C.A. § 3161 *et seq.* In any case involving a defendant charged with an offense, the appropriate judicial officer, at the earliest practicable time, shall, after consultation with the counsel for the defendant and the attorney for the Government, set the case for trial on a day certain, or list it for trial on a weekly or other short-term trial calendar at a place within the judicial district, so as to assure a speedy trial. 18 U.S.C.A. §3161(a).

³¹³ “When the Government’s negligence thus causes delay six times as long as that generally sufficient to trigger judicial review”. CRUZ E TUCCI, 1997, p. 78.

seja em primeira instância ou em sede de recurso ao Conselho de Estado, uma sanção por violação grave e manifestamente ilegal a um direito fundamental em caso de urgência.³¹⁴

Em contrapartida, as verbas orçamentárias destinadas à Justiça francesa ainda são consideradas modestas. Como resultado do descaso governamental, aliado ao aumento paulatino do número de processos – fruto da complexidade e do crescimento quantitativo do direito – a França vivencia um cenário de serôdia processual. Isto sem contar o número insuficiente de magistrados, que trabalham mal equipados, retardando os julgamentos, o que “compromete a eficácia e lhes mina a autoridade”. Este quadro também enseja violação da Convenção Europeia dos Direitos Humanos (arts. 5º, § 3º, e 6º, § 1º), o que já rendeu diversas condenações ao país perante o Tribunal de Estrasburgo.³¹⁵

A Constituição da África do Sul de 1996 estabelece que “todo acusado tem o direito a um julgamento justo, o que inclui o direito de ter seu julgamento iniciado e concluído sem atraso não razoável” (artigo 34, (3), d) – tradução livre.³¹⁶

Dispositivo semelhante é visto na Carta de Angola de 1992, dispondo que “qualquer cidadão submetido a detenção preventiva deve ser levado perante um juiz competente para legalizar a detenção e ser julgado dentro do período estabelecido pela lei ou libertado” (artigo 38) – tradução livre.³¹⁷

Antígua e Barbuda, em sua Constituição de 1981 estabelece que “se uma pessoa presa ou detida mencionada na subseção (5) (b) desta seção não é julgada dentro de um prazo razoável, então, sem prejuízo de procedimentos futuros que possam ser instruídos contra ela, a pessoa deve ser libertada incondicionalmente ou sob condições razoáveis, incluindo particularmente tantas condições quantas sejam razoavelmente necessárias para assegurar que ela compareça em data posterior para julgamento ou procedimentos preliminares e sujeita à subseção (4) desta seção, podendo dentre tais condições se incluir a fiança” (Seção (5), subseção (6)) – tradução livre.³¹⁸

³¹⁴ FAVOREU et al., 2009, p. 890-891.

³¹⁵ RIVERO; MOUTOUH, 2006, p. 166-167.

³¹⁶ Constitution of the Republic of South Africa. Bill of Rights. Arrested, detained and accused persons. 34. (3) Every accused has a right to a fair trial, which includes the right - (d) to have their trial begin and conclude without unreasonable delay.

³¹⁷ Constitutional Law of the Republic of Angola. PART II – FUNDAMENTAL RIGHTS AND DUTIES Article 38. Any citizen subject to preventive detention shall be taken before a competent judge to legalize the detention and be tried within the period provided for by law or released.

³¹⁸ The Antigua and Barbuda Constitutional Order 1981. 5. Protection of Right to Personal Liberty. Subsection 6. If any person arrested or detained as mentioned in subsection (5) (b) of this section is not tried within a reasonable time, then, without prejudice to any further proceedings which may be brought against him, he shall be released either unconditionally or upon reasonable conditions, including in particular such conditions as are reasonably necessary to ensure that he appears at a later date for trial or for proceedings preliminary to trial and, subject to subsection (4) of this section, such conditions may include bail.

A Constituição Argentina de 1853 com as reformas da *Ley* nº 24.430 sancionada em 15/12/1994 e promulgada em 03/01/1995 traz disposição semelhante ao mandado de segurança brasileiro, dotada da nítida rapidez, estabelecendo que “Toda pessoa pode interpor ação livre e rápida de amparo, sempre que não existir outro meio judicial mais idôneo, contra todo ato ou omissão de autoridades públicas ou de particulares, que de forma atual ou iminente, lesione, restrinja, altere ou ameace, com arbitrariedade ou manifesta ilegalidade, direitos e garantias reconhecidos por esta Constituição, tratado ou lei” (art. 43) – tradução livre.³¹⁹ Além disso, doutrina e jurisprudência reconhecem o princípio da *justicia pronta*, como ordenador de uma exigência de “lograr una justicia rápida dentro de lo razonable”, considerando inconstitucional o prolongamento indefinido dos processos, a atividade jurisdicional dispendiosa ou inútil, assegurando o direito a uma via idônea para impulsionar o processo em curso.³²⁰

O texto constitucional argentino também estabelece, como atribuição do Conselho da Magistratura, no art. 114: “editar os regulamentos relacionados com a organização judicial e todos aqueles que sejam necessários para assegurar a independência dos juízes e a eficaz prestação dos serviços da justiça” – tradução livre.³²¹

O Canadá ordena em seu texto constitucional que “Toda pessoa acusada de um delito tem o direito (a) de ser informada sem atrasado não razoável sobre o delito de que é acusada; (b) ser julgada dentro de um tempo razoável” (art. 11) – tradução livre.³²² Tal garantia é aquilatada pela análise do interesse protegido, dos beneficiários do direito, da relevância do atraso, dos diversos fatores para aferição da justificativa da demora, dos instrumentos idôneos para enfrentar a violação ao direito.³²³

A Constituição da República Portuguesa de 1976, mais ampla e explícita no trato da matéria, estabelece textualmente:

Artigo 20.º (Acesso ao direito e tutela jurisdicional efectiva)

³¹⁹ Constitución de la Nación Argentina. Primera Parte. Capítulo Segundo. Nuevos Derechos Y Garantías. Art. 43.- Toda persona puede interponer acción expedita y rápida de amparo, siempre que no exista otro medio judicial más idóneo, contra todo acto u omisión de autoridades públicas o de particulares, que en forma actual o inminente lesione, restrinja, altere o amenace, con arbitrariedad o ilegalidad manifiesta, derechos y garantías reconocidos por esta Constitución, un tratado o una ley.

³²⁰ SAGÜÉS, 2003b, p. 763.

³²¹ “El Consejo de la Magistratura (...) Serán sus atribuciones: 6. Dictar los reglamentos relacionados con la organización judicial y todos aquellos que sean necesarios para asegurar la independencia de los jueces y la eficaz prestación de los servicios de justicia”.

³²² The Constitution Act, 1982. Part I – Canadian Charter of Rights and Freedoms. Legal Rights. Proceeding in criminal and penal matters. 11. Any person charged with an offence has the right (a) to be informed without unreasonable delay of the specific offence; (b) to be tried within a reasonable time.

³²³ CRUZ E TUCCI, 1997, p. 79.

[...]

4. Todos têm direito a que uma causa em que intervenham seja objecto de decisão em prazo razoável e mediante processo equitativo.

5. Para defesa dos direitos, liberdades e garantias pessoais, a lei assegura aos cidadãos procedimentos judiciais caracterizados pela celeridade e prioridade, de modo a obter tutela efectiva e em tempo útil contra ameaças ou violações desses direitos.

A Lei Maior de Portugal consagra garantia congênere em matéria processual penal:

Artigo 32.º (Garantias de processo criminal)

[...]

2. Todo o arguido se presume inocente até ao trânsito em julgado da sentença de condenação, devendo ser julgado no mais curto prazo compatível com as garantias de defesa.

A Constituição Mexicana de 1917 reza que “Toda pessoa tem direito de ter a justiça administrada por tribunais que estarão livres para distribuí-la nos prazos e términos fixados pelas leis, emitindo suas resoluções de maneira pronta, completa e imparcial” (artigo 17) – tradução livre.³²⁴

A Constituição da República Italiana de 1947, com a reforma da Lei Constitucional 23 de 1999, n. 2, art. 1, passou a assegurar que “A jurisdição atua mediante o processo justo regulado pela lei. Todo processo se desenvolve pelo contraditório entre as partes, em condições de igualdade, diante de um juiz terceiro e imparcial. A lei deve assegurar a duração razoável do processo” (artigo 111) – tradução livre.³²⁵

A Constituição espanhola de 1978 estabelece no art. 24:

1. Todas as pessoas têm direito de obter a tutela efetiva dos juízes e tribunais no exercício de seus direitos e interesses legítimos, sem que, em nenhum caso, possa resultar ausência de defesa. 2. Do mesmo modo, todos têm direito a um juiz ordinário predeterminado pela lei, à defesa e à assistência técnica, a ser informado sobre a acusação formulada contra si, a um processo público sem dilações indevidas e com todas as garantias, a utilizar os meios de prova pertinentes à sua defesa, a não se autoincriminar, a não se confessar culpado e à presunção de inocência. (tradução livre)³²⁶

³²⁴ Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Título Primero. Capítulo I – De las Garantías Individuales. Artículo 17. Ninguna persona podrá hacerse justicia por sí misma, ni ejercer violencia para reclamar su derecho. [...] Toda persona tiene derecho a que se le administre justicia por tribunales que estarán expeditos para impartirla en los plazos y términos que fijen las leyes, emitiendo sus resoluciones de manera pronta, completa e imparcial. Su servicio será gratuito, quedando, en consecuencia, prohibidas las costas judiciales.

³²⁵ Costituzione della Repubblica Italiana. Titolo IV – La Magistratura. Sezione I – Ordenamento giurisdizionale. Ogni processo si svolge nel contraddittorio tra le parti, in condizioni di parità, davanti a giudice terzo e imparziale. La legge ne assicura la ragionevole durata.

³²⁶ La Constitución Española. Título I – De los derechos y deberes fundamentales. Capítulo Segundo – Derechos y libertades. Sección 1ª – De los derechos fundamentales y de las libertades públicas. Artículo 24.

Sobre este regramento, o Tribunal Constitucional da Espanha, entendeu, em 1985, que a norma não constitucionalizou direito aos prazos legais, mas sim o direito fundamental de toda pessoa ter sua causa solucionada dentro de um prazo razoável, que constitui conceito indeterminado ou aberto, cuja concretude será assegurada em cada caso concreto, por meio de parâmetros objetivos, como deliberado em sentença de 14 de março de 1984.³²⁷

Em matéria criminal, está consignado no art. 17 da Carta Espanhola:

A detenção preventiva não poderá durar mais que o tempo estritamente necessário à realização das averiguações tendentes ao esclarecimento dos fatos e, em qualquer caso, no prazo máximo de setenta e duas horas, o detido deverá ser posto em liberdade ou à disposição da autoridade judicial. (tradução livre)³²⁸

Determina ainda a Carta hispânica, com certa ousadia: “Os danos causados por erro judicial, assim como os que sejam consequência do funcionamento anormal da Administração da Justiça darão direito a uma indenização a cargo do Estado, conforme a lei” (art. 121) – tradução livre.³²⁹

A Colômbia positivou em sua Constituição de 1991 que “Toda pessoa terá ação de tutela para reclamar perante os juízos, em todo momento e lugar, mediante um procedimento preferencial e sumário, por si mesma ou por quem atue em seu nome, a proteção imediata de seus direitos constitucionais fundamentais, quando estes resultem vulnerados ou ameaçados pela ação ou omissão de qualquer autoridade pública” (artigo 86) – tradução livre.³³⁰

1. Todas las personas tienen derecho a obtener la tutela efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión.

2. Asimismo, todos tienen derecho al juez ordinario predeterminado por la ley, a la defensa y a la asistencia de letrado, a ser informados de la acusación formulada contra ellos, a un proceso público sin dilaciones indebidas y con todas las garantías, a utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa, a no declarar contra sí mismos, a no confesarse culpables y a la presunción de inocencia (tradução livre).

³²⁷ BARTOLOME, Fernandez-Viagas. *El derecho a un proceso sin dilaciones indebidas*, p. 43-44. *Apud*, CRUZ E TUCCI, 1997, p. 76.

³²⁸ Artículo 17. (...) 2. La detención preventiva no podrá durar más del tiempo estrictamente necesario para la realización de las averiguaciones tendentes al esclarecimiento de los hechos, y, en todo caso, en el plazo máximo de setenta y dos horas, el detenido deberá ser puesto en libertad o a disposición de la autoridad judicial.

³²⁹ Los daños causados por error judicial, así como los que sean consecuencia del funcionamiento anormal de la Administración de Justicia darán derecho a una indemnización a cargo del Estado, conforme a la ley.

³³⁰ Constitución Política de la República de Colombia de 1991. Título II – De los derechos, las garantías y los deberes. Capítulo IV – De la protección y aplicación de los derechos. Artículo 86. Toda persona tendrá acción de tutela para reclamar ante los jueces, en todo momento y lugar, mediante un procedimiento preferente y sumario, por sí misma o por quien actúe a su nombre, la protección inmediata de sus derechos

Na carta de 1967 da Bolívia encontra-se sacramentado que “Toda pessoa tem direito, em igualdade de condições e em todo processo judicial ou administrativo: a ser julgado sem dilações indevidas no processo” (art. 16) – tradução livre.³³¹

Finalmente, a Constituição chilena recém-reformada profundamente em 2005, conquanto não estabeleça, expressamente, a celeridade processual, determina, no art. 19, inciso 3º, quarta parte, que “Toda sentença de um órgão que exerça jurisdição deve fundar-se em um processo prévio tramitado legalmente. Incumbirá ao legislador estabelecer sempre as garantias de um procedimento e uma investigação racionais e justos” (tradução livre).³³² A esse respeito, a doutrina equipara o *proceso justo* ao devido processo legal, expedindo a determinação aos tribunais para funcionarem com independência e eficiência, e, dentre outras coisas, “*rapidez y oportunidad en las decisiones*”³³³.

Obviamente, trata-se de uma mera abordagem ilustrativa, corroborando a tese de que o Brasil, ao assegurar, no apagar das luzes do ano de 2004 o direito a um processo célere, no inciso LXXVIII do art. 5º de sua Carta Política, apenas seguiu uma tendência mundial.

Nota-se ainda que, em grande parte dos textos constitucionais aqui catalogados, há uma acentuada preocupação com a garantia de celeridade nos processos de natureza criminal. Este fenômeno se justifica, dada a maior relevância do direito fundamental de liberdade frente aos processos de natureza civil que *a priori* não se prestam a cercear a livre locomoção do indivíduo.

Por fim, a Constituição espanhola é digna de láureas, consagrando a tese da responsabilidade civil do Estado em decorrência do funcionamento anormal da Justiça, em nível normativo-constitucional, o que, no Brasil, está longe de ser acolhido pela jurisprudência.

Além dos textos constitucionais, a apreensão com a letargia judiciária fez com que a celeuma transpusesse as fronteiras nacionais.

constitucionales fundamentales, cuando quiera que éstos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública.

³³¹ Constitución Política de la República de Bolivia. Título Segundo – Garantías de la Persona. Artículo 16º. – Garantía del estado de inocencia y el derecho a ser oído en proceso. [...] III. Toda persona tiene derecho, en igualdad de condiciones y en todo proceso judicial o administrativo: [...] d. A ser juzgado sin dilaciones indebidamente en el proceso.

³³² Toda sentencia de un órgano que ejerza jurisdicción debe fundarse en un proceso previo legalmente tramitado. Corresponderá al legislador establecer siempre las garantías de un procedimiento y una investigación racionales y justos.

³³³ EGAÑA, 2003, p. 157-159 ; e CUADRA, 2004a, p. 142-144.

O desígnio mundial de prover uma tutela jurisdicional de forma tempestiva levou as nações a incluir em diversos Pactos Internacionais normas sobre esta temática, estabelecendo garantias que refletem a preocupação já externada no ordenamento interno.

Este fenômeno não denota a mera repetição pleonástica de comandos legislativos emasculada de utilidade. Pelo contrário, busca sensibilizar todas as nações da importância de assumir um compromisso, continental ou mundial, de combater o ponto nodal de estrangulamento do Poder Judiciário, especialmente no trato do direito à liberdade.

Com isto, independentemente do Estado parte prever em sua legislação a garantia da razoável duração do processo, esta positivação pode decorrer da internalização de tratados internacionais celebrados e ratificados perante organismos regionais ou globais do qual faça parte.

Num mundo cada vez mais globalizado, cujas transações internacionais são estabelecidas diariamente e em escala global, por meio de comunicações diretas, de pouco adianta uma nação superar os seus percalços políticos, econômicos e jurídicos se os seus vizinhos e demais parceiros não fizerem o mesmo. A título de exemplo, considere-se conglomerados econômicos que celebram entre si vultosos acordos comerciais. Se uma das partes situa-se em país que desrespeita os direitos trabalhistas (empregando mão de obra escrava ou infantil, v.g.) ou o sistema judiciário e a legislação nacional se mostram em desacordo com os tratados internacionais, a outra contratante sabe que poderá ter seus negócios prejudicados. Daí a importância de se fixar parâmetros legislativos mínimos e um sistema de Justiça operante e confiável, contornando as profundas diferenças que permeiam o ordenamento de cada membro de um bloco.

O mesmo se diga em relação ao direito de ir e vir dos cidadãos no território de outras nações, cujo respeito há de ser mútuo, minimizando os conflitos diplomáticos ocasionados por infração à lei aborígine que nem sempre encontra correspondência no país de origem.

Inexoravelmente, esta discussão passa pelo estabelecimento, em tratados internacionais, da garantia de todo cidadão, nacional ou estrangeiro, de ser julgado celeremente quando acusado pela prática de um crime.

Ainda que se esteja diante de conceitos jurídicos indeterminados, de sorte que a mesma garantia apresente resultados práticos distintos e até antagônicos, a leitura de alguns tratados releva a importância do tema, imprimindo caráter pedagógico. É dizer: onde não há consciência sobre a relevância de uma Justiça rápida, uma primeira semente

estará plantada, para que governantes, políticos e juízes do amanhã possam colher os frutos.

Assim, traz-se à colação alguns documentos internacionais que se destacam no trato da matéria, evidenciando o reconhecimento, desde longa data, da necessidade de enfrentamento da vagarosa prestação jurisdicional, não obstante haja de se advertir que “as próprias Cortes Internacionais esbarram no problema no tempo e como vencê-lo antes de ser vencido por ele”³³⁴.

Primeiramente, o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, de 1966, estabelece:

Art. 9º. 3. Qualquer pessoa presa ou encarcerada em virtude de infração penal deverá ser conduzida, sem demora, à presença do juiz ou de outra autoridade habilitada por lei a exercer funções judiciais e terá o direito de ser julgada em prazo razoável ou de ser posta em liberdade.

[...]

Art. 14. 3. Toda pessoa acusada de um delito terá direito, em plena igualdade, às seguintes garantias mínimas:

a) ser informada, sem demora, em uma língua que compreenda e de forma minuciosa, da natureza e dos motivos da acusação contra ela formulada;

[...]

c) a ser julgada sem dilações indevidas.

Por seu turno, o Pacto de San José da Costa Rica, que foi incorporado no ordenamento jurídico brasileiro em 1992, previu, *in verbis*:

Art. 7º: *Direito à liberdade pessoal.*

[...]

5. Toda pessoa presa, detida ou retida deve ser conduzida, sem demora, à presença de um juiz ou outra autoridade autorizada por lei a exercer funções judiciais e tem o direito de ser julgada em prazo razoável ou de ser posta em liberdade [...]

Art. 8º: *Garantias judiciais.*

1. Toda pessoa tem direito a ser ouvida com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável por um juiz ou tribunal competente [...]

A Convenção Europeia para Proteção dos Direitos Humanos e Liberdades Fundamentais reconhece que “a Justiça que não cumpre suas funções dentro de ‘um prazo razoável’ é, para muitas pessoas, uma Justiça inacessível”.³³⁵ Eis o texto convencional:

³³⁴ ANNONI, 2008, p. 183.

³³⁵ CAPPELLETTI; GARTH, 1998, p. 21-22. O texto convencional é apontado como o primeiro a assegurar internacionalmente, como direito humano, a garantia de um processo sem dilações indevidas. Ademais, teria o mérito de haver influenciado os Estados signatários a adotarem, no âmbito de suas constituições nacionais, semelhante previsão, como ocorreu na Espanha e na Alemanha. Nesse sentido: ANNONI, 2008, p. 206-208.

Artigo 5.º

[...]

3. Qualquer pessoa presa ou detida nas condições previstas no parágrafo 1, alínea c), do presente artigo deve ser apresentada imediatamente a um juiz ou outro magistrado habilitado pela lei para exercer funções judiciais e tem direito a ser julgada num prazo razoável, ou posta em liberdade durante o processo. A colocação em liberdade pode estar condicionada a uma garantia que assegure o comparecimento do interessado em juízo.

Artigo 6.º

1- Qualquer pessoa tem direito a que a sua causa seja examinada, equitativa e publicamente, num prazo razoável por um tribunal independente e imparcial, estabelecido pela lei [...]

3- O acusado tem, como mínimo, os seguintes direitos:

a) Ser informado no mais curto prazo, em língua que entenda e de forma minuciosa, da natureza e da causa da acusação contra ele formulada.

Em matéria criminal, a Corte de Estrasburgo, aplicando a diretriz, empreendeu análise sobre o período de detenção de indivíduos, no julgamento dos casos *Neumeister* e *Wemhoff*, com base no critério da razoabilidade e na presunção de inocência, decidindo contra o Estado austríaco:

A Corte, para facilitar o exame, entende que o caso deve ser examinado seguindo sete ‘critérios’, ‘fatores’ ou ‘elementos’, a saber: I – A efetiva duração da detenção. A Corte não deseja dizer que tenha de fixar um ‘limite temporal absoluto’ de duração da prisão. Tampouco se trata de mensurar esta duração em si mesma, mas, sim, de utilizá-la como um dos critérios que permitam determinar o seu caráter razoável. II – A duração da prisão preventiva em relação à natureza da infração, extensão da pena prevista e que deve ser aplicada em caso de condenação e, ainda, sistema legal de cumprimento da pena no caso concreto. A esse respeito, a Corte adverte que a duração da prisão preventiva pode variar consoante a natureza da infração, a extensão da pena prevista e da pena que seria aplicada ao caso. Não obstante, para apreciar a relação entre a pena e a duração da prisão preventiva, segundo a Corte, deve ter-se em conta a presunção de inocência estabelecida no art. 6.2 da Convenção. Se a duração da detenção se aproxima excessivamente à da pena aplicável, não estaria sendo integralmente respeitado o princípio da presunção da inocência. III – Os efeitos materiais, morais e de outra natureza que a detenção produz sobre o detido. IV – A conduta do acusado: a) Contribuiu ele para atrasar ou acelerar a instrução e os debates? b) Se atrasou o procedimento como resultante da apresentação de requerimentos de liberdade provisória, de apelações e de outros recursos? c) Pediu a liberdade mediante fiança ou ofereceu outras garantias para assegurar seu comparecimento em juízo? V – As dificuldades da instrução do caso (a complexidade dos fatos ou do número de tetsemunhas (sic.) e acusados, necessidade de colher provas no estrangeiro, etc.). VI – O modo pelo qual se realizou a instrução: a) o sistema que rege a instrução; b) a direção da instrução pelas autoridades (o cuidado e a maneira de condução da instrução). VII – A atuação das autoridades judiciais: a) o exame dos pleitos de liberdade durante a instrução; b) a sentença do caso.³³⁶

Nota-se, deste modo, que a Europa tem procurado dar efetividade ao direito de ser julgado sem dilações indevidas, superando as dificuldades que a questão enseja.

³³⁶ Fernandes-Viagas Bartolome, *El derecho a un proceso sin dilaciones indebidas*, cit., p. 79-80. Apud CRUZ E TUCCI, 1997, p. 83-84.

Por fim, mas não menos importante, à semelhança da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia (art. 47), é a previsão inscrita na Constituição Europeia, na Parte II, Título VI, destinado à Justiça que, prevê, em seu art. II-107º, segunda e terceira partes – Direito à acção e a um tribunal imparcial, *in verbis*:

Toda a pessoa tem direito a que a sua causa seja julgada de forma equitativa, publicamente e num prazo razoável, por um tribunal independente e imparcial, previamente estabelecido por lei. Toda a pessoa tem a possibilidade de se fazer aconselhar, defender e representar em juízo.
É concedida assistência judiciária a quem não disponha de recursos suficientes, na medida em que essa assistência seja necessária para garantir a efectividade do acesso à justiça.

Tais convenções resultam de um longo e paulatino trabalho de discussão e amadurecimento, cujo produto final somente é obtido após nocivas consequências do problema já se mostrarem sensíveis. Espera-se que o mundo não tenha de aguardar um colapso da Justiça e a abolição das garantias de defesa e do devido processo legal para conhecer um processo célere e efetivo. Afinal, a soberania de cada país não pode ser empecilho à observância de direitos elementares do indivíduo.

É relevante trazer à baila a experiência italiana, com base no já mencionado art. 111 da Constituição de 1947.

Buscando implementar a Convenção Europeia dos Direitos do Homem, bem como a mencionada disposição constitucional, editou a Lei 89, de 24 de março de 2001, que garante indenização no caso de violação dos prazos de processo, por dano patrimonial ou não patrimonial. Fixou parâmetros para aferir a razoabilidade da duração do feito, adotando, para tanto, o entendimento da jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos Humanos, dispondo, em seu art. 2º:

2. Para o reconhecimento da violação o juízo considerará a complexidade do caso e, em relação a ele o comportamento das partes e do órgão julgador, e também aquele das demais autoridades que foram chamadas a concorrer ou contribuir para o seu desfecho.

A respeito de tais critérios, que também vieram a ser adotados pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, a complexidade da causa permite aquilatar se a demora é atribuída aos órgãos e agentes da justiça ou ao caso em si. O comportamento dos litigantes pode afastar eventual responsabilidade do Estado-juiz, quando este não der causa ao atraso, embora seja o responsável por conduzir o processo e coibir condutas procrastinatórias das partes, sob pena de ser-lhe imputada a responsabilidade decorrente de

sua omissão. Por fim, a conduta das autoridades ou do órgão jurisdicional abrange tanto os atos da pessoa do magistrado³³⁷, na condução do feito, como os mecanismos de justiça como um todo, já que o primeiro atua e faz presente o segundo.

A ação deve ser sentenciada em quatro meses, contada de seu ajuizamento, tendo força executiva imediata (art. 3º, 6); pode ser proposta dentro de seis meses do trânsito em julgado, ou mesmo durante a pendência do processo em que foi comprovada a indevida mora na prestação jurisdicional (art. 4º, 1).

Com a possibilidade de se pleitear, perante a Corte Europeia, indenização por danos materiais e morais oriundos da alargada extensão do processo, cidadãos italianos cujos processos suplantavam dois ou três anos passaram a se valer de pedidos indenizatórios perante o órgão internacional, o que congestionou os trabalhos da própria Corte.

Buscando resolver o impasse, a Itália tratou de aprovar a aludida reforma constitucional de 1999, assegurando a duração razoável do processo, bem como alterações em seu código de processo civil, permitindo o ajuizamento das demandas indenizatórias – outrora apresentadas perante a Corte Europeia – na própria Justiça italiana.

Sobre os critérios para fixação do *quantum* indenizatório, seguiu-se a mesma orientação da Corte Europeia, considerando a complexidade do caso, o comportamento das partes, do magistrado e dos auxiliares do juízo, fixando o valor com fulcro no art. 2056 do Código Civil Italiano, observando tão somente o tempo excedente à razoável duração do processo. Além disso, a condenação tem natureza indenizatória, não reparatória, não se prestando a sanar todo o mal oriundo da exorbitante duração do processo, mas trazer uma justa compensação. Poder-se-á falar em reparação, porém, diante da comprovação de eventuais prejuízos materiais sofridos.

Como resultado da aplicação da lei nos primeiros anos de sua vigência, não se alcançou o desiderato de reduzir a morosidade da justiça italiana, pois os pleitos de indenização sobrecarregaram ainda mais os órgãos judiciais, de tal sorte que o processo civil italiano permanece *lento e insatisfatório*.³³⁸ Assim, nem sempre a saída mais justa, de compensar a morosidade da Justiça, é aquela que apresenta os melhores resultados.

Neste contexto, a Itália permanece em busca de novas soluções para a letargia de seu sistema judiciário. Está em tramitação projeto para instituir a chamada lei do *processo breve*, já aprovada pelo Senado e em discussão na Câmara dos Deputados. A medida busca

³³⁷ ANNONI, 2008, p. 218-223 e 227-228.

³³⁸ HOFFMAN, Paulo, *O direito à razoável duração do processo e a experiência italiana*. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim et al. (Coord.). *Reforma do Judiciário – primeiras reflexões sobre a Emenda n. 45/2004*. São Paulo: RT, 2005, p. 582-584.

definir o tempo máximo de duração do processo, após o qual ele deverá ser extinto. Com isto, para os crimes cuja pena máxima for menor do que dez anos, os processos deverão se encerrar em seis anos e meio; os de pena maior em sete anos e meio, em todas as instâncias; os crimes mais graves deverão ser apurados em até dez anos. A oposição, porém, entende que o judiciário italiano não terá condições de adimplir os curtos prazos propostos, o que poderia ensejar a impunidade de criminosos não julgados dentro do interstício fixado. Ademais, a *Associazione Nazionale Forense*, uma espécie de conselho dos advogados no país, levantou alguns pontos contrários ao projeto, especialmente que a extinção do processo, com base no transcurso de determinado lapso temporal, violaria o direito das partes a ver o processo julgado com uma decisão de mérito, o que não atende à garantia da razoável duração do processo. Outras entidades igualmente criticam a proposta, defendendo uma reforma estrutural da Justiça, cuja discussão se prolonga no tempo³³⁹.

Outro exemplo digno de nota advém dos Estados Unidos, onde a *American Bar Association* publicou estudo com o tempo tolerável de duração dos processos na justiça norte-americana, propondo a standardização dos prazos, destituída de maior cientificidade. Não obstante, iniciativas do gênero podem ser utilizadas para trazer balizamentos, norteando os operadores do direito, mormente os membros do Poder Judiciário. Eis o levantamento:

a) *causas cíveis*:

a.1) *casos cíveis em geral*: 90% destes devem ser iniciados, processados e concluídos dentro de 12 meses; sendo que os 10% restantes, em decorrência de circunstâncias excepcionais, dentro de 24 meses;

a.2) *casos cíveis em sumários*: processados perante juizados de pequenas causas (*small claims*), devendo ser finalizados em 30 dias;

a.3) “*relações domésticas*”: 90% destas pendências devem ser iniciadas e julgadas ou encerradas de outro modo no prazo de 30 dias; 98% dentro de 6 meses e 100% em um ano.

b) *causas criminais*:

b.1) *crimes graves (felony)*: 90% dos respectivos processos devem ser extintos no prazo de 120 dias, a contar da data do fato; 98% em 180 dias e 100%, no máximo, em um ano;

b.2) *crimes menos graves e contravenções (misdemeanor)*: 90% dos processos devem ser concluídos em 30 dias e 100% no prazo máximo de 90 dias;

b.3) *delitos praticados por menores (juvenile)*: em caso de prisão do acusado, a solução da questão não pode ultrapassar 24 horas; caso contrário, o julgamento deve ocorrer dentro de 30 dias³⁴⁰.

³³⁹ PINHEIRO, Aline. *Itália quer fixar em lei anos de vida de uma ação*. 25 set. 2010. Consultor Jurídico. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2010-set-25/italia-fixar-lei-quantos-anos-durar-processo>>. Acesso em 05 out. 2010.

³⁴⁰ *ABA Standards Relating to Court Delay Reduction*, referido por Bryant G. Garth, Delay and settlement in civil litigation: notes toward a comparative and sociological perspective, in *Studi in onore di Vittorio Denti*. v. 2, cit., p. 163-5. Apud, CRUZ E TUCCI, 1997, p. 77-78.

Conquanto não seja possível seguir a risca tais apontamentos como uma cartilha, os dados apontados podem influenciar a atuação da Justiça, pressionando-a em casos que destoam sensivelmente dos critérios propostos.

Por fim, não se poderia deixar de abordar o tratamento da matéria perante a Corte Europeia de Direitos Humanos.

Criado pela Convenção de Roma, o Tribunal Europeu dos Direitos Humanos analisou casos de violação à tempestividade do processo garantida na Convenção Europeia para Salvaguarda dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais. Estatísticas apontam, inclusive, no sentido de que a tempestiva tutela jurisdicional seria, justamente, o direito mais reclamado à corte. *In verbis*:

Dados da própria Corte Européia revelam que o direito humano mais violado, conseqüentemente o mais tutelado, é o constante do artigo 6.1 da Convenção de Roma, ou seja, o direito a uma tempestiva tutela jurisdicional. Só para termos uma idéia, em 1999, dos 177 casos apreciados pela Corte, 137 reclamavam de violação à referida garantia (77%). Desses 167, foi constatada a violação em 83 deles (61%), sendo que, em outros 32 processos (23%), o Estado ofensor e o jurisdicionado se compuseram amigavelmente, sem oportunidade para que o Tribunal supranacional declarasse, ou não, violado o direito. Em apenas 7 casos apreciados (5%), decidiu a Corte não ter havido violação ao art. 6.1 da Convenção, tendo, nos demais 15 processos analisados no período (11%), se declarado sem jurisdição, ou admitido ter sido apresentada a reclamação intempestivamente.³⁴¹

Em precedente de grande repercussão de 1987, a Corte Europeia condenou a Itália a indenizar por danos morais uma cidadã que demandava por mais de dez anos nas cortes daquele país sem que o processo ainda fosse concluído, causando “estado de prolongada ansiedade pelo êxito da demanda”.³⁴²

Verifica-se que, na Europa, embora ainda não se tenha sanado ainda o problema da lentidão, os cidadãos que necessitam ir a juízo não são apenados por conta desta mazela, podendo se valer do sistema continental para terem reconhecido este direito, pleiteando indenização pelos danos experimentados pelo atraso na prestação jurisdicional.

Esta experiência do velho continente certamente será dotada de forte conteúdo pedagógico, inibindo dilações indevidas e pressionando as nações europeias a sanar o quanto antes a demora nos julgamentos.

³⁴¹ GAJARDONI, 2003, p. 51. No mesmo sentido, inclusive trazendo o posicionamento da Corte pelo reconhecimento do dano moral, fruto da ansiedade, do descrédito e da insegurança, além do dano material, decorrente da morosidade da justiça: ANNONI, 2008, p. 212, 215 e 297.

³⁴² Para o inteiro teor da decisão, CRUZ E TUCCI, 1997, p. 69-75.

Assim, o reconhecimento da responsabilidade do Estado pela morosidade da Justiça é dotado de forte carga coercitiva e inibitória, dirigida aos três Poderes da Nação: ao Executivo, impõe o dever de aparelhar adequadamente os serviços judiciais para não ser apenado em pleitos indenizatórios; ao Legislativo, determina o compromisso político de reformar a legislação processual tornando o processo o mais ágil possível; por fim, ao Judiciário, no exercício da função jurisdicional, tornar concreto o dever de *assegurar a todos, a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação*.

2.3 O novo inciso LXXVIII do art. 5º da Constituição Federal

Embora o novel dispositivo tenha sido introduzido expressamente no texto constitucional com a EC 45/2004, a celeridade processual era ínsita ao sistema jurídico, seja com base nos princípios correlatos expostos anteriormente, seja como dogma inerente à função jurisdicional, de modo que a interpretação sistemática da Constituição já implicava em processos expeditos, à luz de uma garantia implícita de rápida tramitação, da razoabilidade e da proporcionalidade, não se justificando o cerceamento de um direito em decorrência da morosidade do Estado.³⁴³

Ademais, com a ratificação pelo Brasil da Convenção Interamericana sobre os Direitos Humanos, o chamado *Pacto de San Jose da Costa Rica*, internalizou-se a previsão da garantia judicial de todo acusado ser ouvido dentro de um *prazo razoável*, inserida no art. 8º, § 1º. Nesse sentido, é de se lembrar que o rol de direitos e garantias expressos na Constituição Federal não constituem *numerus clausus*, não excluindo outros como, *in casu*, os decorrentes dos tratados internacionais ratificados pelo país (art. 5º, § 2º). Assim, a garantia internacional foi devidamente incorporada em 06 de novembro de 1992, quando o Decreto 678 promulgou o aludido Pacto, conquanto doutrina e jurisprudência divirjam quanto à hierarquia dos tratados internacionais de direitos humanos.

Acrescenta-se que o devido processo legal e todos os demais princípios afetos à celeridade já tratados corroboram a tese de que a exigência de um processo tempestivo já era ínsita ao ordenamento jurídico constitucional brasileiro.³⁴⁴

A celeridade processual passou a constar do rol do art. 5º do texto constitucional, como direito subjetivo do cidadão. A partir do momento em que uma norma passa a

³⁴³ PATTO, 2005, p.118; FERREIRA, L. A. C.; TÁRREGA, 2005, p. 464.

³⁴⁴ Nesse sentido: ABREU, 2008, p. 83.

integrar o corpo constitucional – seja ela oriunda do poder constituinte originário ou emanada do poder derivado reformador – seu conteúdo ganha *status* hierárquico diferenciado, superior, nos ordenamentos dotados de uma constituição rígida, que prevalece mundialmente na atualidade³⁴⁵.

Tendo em vista que incumbe à Constituição traçar princípios, diretivas e limites ao conteúdo das leis vindouras, como anota Kelsen³⁴⁶, todo o ordenamento jurídico deverá se compatibilizar ao novo regramento.

Nesse sentido, lapidar a lição de Sérgio Resende de Barros, para quem, apesar de não vislumbrar nas emendas constitucionais emanção do poder constituinte, mas mera competência de reforma ou “procedimento de emenda constitucional autorizado ao Poder Legislativo”, leciona:

[...] em sentido amplo, todas as normas inseridas na Constituição assumem *ipso facto* um teor político, ainda que versem outras matérias. A Constituição é uma decisão política que tende a alcançar a vida social em toda a sua amplitude: não só ordenar estritamente a política, mas ordenar politicamente a economia, a família, a educação, a cultura, o desporto, o lazer e outras matérias sociais. Direito constitucional é direito político. A Constituição fixa em normas políticas substâncias diversas.³⁴⁷

No que tange à inserção do inciso LXXVIII ao art. 5º do texto constitucional, em que pese a anterior garantia análoga prescrita no Pacto de San José da Costa Rica, integrante dos direitos fundamentais, não se trata de incremento em vão.

A novidade delineia, sobretudo, a acentuada preocupação para com a morosidade da justiça, sinalizando uma série de transformações – sejam de natureza legislativa, estrutural ou interpretativa.

Poder-se-á, com uma boa dose de coragem, nortear o intérprete maior no controle de constitucionalidade das mudanças processuais que abreviem os procedimentos

³⁴⁵ A título exemplificativo, comentando a Constituição do Grão-Ducado de Luxemburgo, anotou Schmit: “Devido ao seu caráter de Lei Fundamental, a Constituição é revestida de maior estabilidade que a lei ordinária. Esta estabilidade é atribuída à rigidez da Lei constitucional, que resulta de formalidades mais rigorosas que as previstas para a lei ordinária, para a elaboração de emendas constitucionais. [...] O formalismo que reveste estas emendas é necessário para dar maior estabilidade ou rigidez que as distinguem da lei ordinária.” (tradução livre) “En raison de son caractère de Loi fondamentale, la Constitution est revêtue d’une plus grande stabilité que la loi ordinaire. Cette stabilité est due à la rigidité de la Loi constitutionnelle, qui se traduit par des formalités plus exigeantes que celles prévues pour la loi ordinaire, en vue de mettre en oeuvre les révisions constitutionnelles. [...] Le formalisme attaché à ses révisions est censé lui donner une plus grande stabilité, voire une rigidité qui la distingue de la loi ordinaire”. SCHMIT, Paul. *Précis de droit constitutionnel – Commentaire de la Constitution luxembourgeoise*. Luxembourg: Saint Paul, 2009, p. 82-83.

³⁴⁶ KELSEN, Hans. *Jurisdição Constitucional*. Rev. técnica Sérgio Sérulo da Cunha. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 131.

³⁴⁷ BARROS, 2008, p. 206, 224; 245-246.

mitigando as hoje infinitas oportunidades de defesa. Será possível ainda, acrescentando-se uma farta porção de ousadia, responsabilizar o Estado pela demora na outorga da prestação jurisdicional.

Além de direito subjetivo do cidadão, há doutrina conferindo-lhe o caráter da inalienabilidade e indisponibilidade, impondo verdadeiro dever ao magistrado de imprimir a celeridade devida independentemente da vontade dos litigantes³⁴⁸.

Por outro lado, há quem distinga processo sem dilações indevidas e justiça acelerada. É o caso de Canotilho, *in verbis*:

Note-se que a exigência de um *processo sem dilações indevidas*, ou seja, de uma protecção judicial em tempo adequado, não significa necessariamente ‘justiça acelerada’. A ‘aceleração’ da protecção jurídica que se traduz em diminuição de garantias processuais e materiais (prazos de recurso, supressão de instâncias excessiva) pode conduzir a uma justiça pronta mas materialmente injusta. Noutros casos, a existência de processos céleres, expeditos e eficazes – de especial importância no âmbito do direito penal mas extensiva a outros domínios [...] – é condição indispensável de uma protecção jurídica adequada.³⁴⁹

Em que pese o rigor metodológico adotado pelo autor lusitano, na essência, a garantia de um processo *sem dilações indevidas* e, igualmente, da justiça aceleradora, pode ser perfeitamente equiparável à garantia de celeridade processual em estudo. A concessão do provimento jurisdicional de forma expedita aliada à aceleração do trâmite procedimental com a redução e simplificação da marcha processual convergem para uma Justiça mais proveitosa e acessível à população.

É indispensável, ademais, alertar que a inserção de dispositivo constitucional assegurando celeridade processual ou tempestividade da tutela será de todo inútil se não for acompanhada de mecanismos efetivos que possam atacar o âmago das causas da morosidade judiciária, o que demanda esforço conjunto de toda a sociedade³⁵⁰.

Em outras palavras, tal direito não será mais ou menos respeitado apenas por constar expressamente da Constituição, caso tal inserção não venha acompanhada de uma mudança de mentalidade de todos os operadores do direito. Trata-se, tão somente, de um impulso inicial, sinalizando o desígnio do legislador em aperfeiçoar o sistema de justiça no tocante à duração do processo.

³⁴⁸ PAULA, 2005, p. 334.

³⁴⁹ CANOTILHO, 2003, p. 499.

³⁵⁰ “No basta el reconocimiento constitucional o el de los Tratados de rango superior o inviolables, de esas Libertades Fundamentales, porque ellos no son suficientes si no son seguidos por una continua y granítica voluntad de los propios ciudadanos, partícipes y activos, *en mantener en vilo a la totalidad del elenco de los derechos esenciales mediante el ejercicio puntual de las garantías*, que en cada supuesto de lesión o amenaza los pone en crisis”. MORELLO, 2001, p. 57-58.

A especificação expressa de determinados direitos na própria Constituição não tem qualquer efeito aditivo, ou seja, não qualifica nenhuma garantia como passível de ser individual e autonomamente considerada. Cuida-se, sim, de simples reforço que decorre da especificação, sem no entanto, conferir às emanações especificadas qualquer autonomia. Continuam a integrar-se (estar adscritas) àquele direito fundamental geral.³⁵¹

A partir de tais parâmetros é possível o estudo da eficácia da norma, tendo por norte a configuração do preceito como direito subjetivo de qualquer pessoa, física ou jurídica.

Cumprido, porém, advertir que, em que pese a consagrada distinção terminológica entre *direito* e *garantia*, para fins de alusão à celeridade processual, far-se-á sua referência, ora como direito, ora como garantia, indistintamente. Tem-se, *in casu*, a presença concomitante de um *direito* à celeridade processual, bem como uma *garantia* à razoável duração do processo. Frente à intrínseca e mesmo indissociável simbiose entre ambos, não se justificaria tratar distintamente da celeridade, observando, a cada momento, se seu emprego será feito como direito ou garantia.³⁵²

A Proposta de Emenda Constitucional (PEC) n. 29/2000, a qual veio a ser aprovada e batizada de *Reforma do Judiciário*, trazendo a garantia fundamental inserida no art. 5º do texto constitucional – por sinal, a única que não consta do texto originário do art. 5º –, é fruto de anterior proposta de emenda, de número 96-C, encaminhada pelo Deputado Hélio Bicudo, ainda em 1992. A PEC 29/2000 resultou da reunião dos pontos de consenso entre as principais correntes políticas do Congresso Nacional, sendo aprovada na Câmara dos Deputados no ano 2000 e somente quatro anos mais tarde no Senado Federal. Algumas divergências resultaram na propositura de nova proposta de emenda, de número 358/2005, chamada de *PEC paralela* da reforma do Judiciário. Dentre as mudanças, estão diversas medidas de modernização da justiça, incluindo a proibição ao nepotismo, extensão da ação declaratória de constitucionalidade para lei ou ato normativo estadual, criação da súmula impeditiva de recurso, limitação a uma recondução ao Procurador-Geral da República,

³⁵¹ DUARTE, 2007, p. 134-135.

³⁵² A distinção em direitos e garantias sempre teve grande interesse em Portugal, conforme a seguinte lição: “Os direitos representam só por si certos bens, as garantias destinam-se a assegurar a fruição desses bens; os direitos são principais, as garantias são acessórias e, muitas delas, adjetivas (ainda que possam ser objecto de um regime constitucional substantivo); os direitos permitem a realização das pessoas e inserem-se directa e imediatamente, por isso, nas respectivas esferas jurídicas, as garantias só nelas se projectam pelo nexo que possuem com os direitos; na acepção jusracionalista inicial, os direitos *declaram-se*, as garantias *estabelecem-se*.” MIRANDA, 2000, p. 95.

aumento do prazo de aquisição de vitaliciedade para três anos para magistrados e membros do Ministério Público³⁵³.

No que toca ao princípio constitucional da celeridade processual, a PEC 29/2000 trazia a seguinte redação para o novo inciso LXXVIII do art. 5º da Constituição Federal:

A todos, no âmbito judicial ou administrativo, são assegurados a razoável duração do processo, como direito público e subjetivo, e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação, sendo assegurado à Fazenda Pública, ao Ministério Público e à Defensoria Pública prazos especiais, na forma da lei.

Como se vê, a norma restou aprovada com certa timidez³⁵⁴, suprimindo a expressão ‘direito público e subjetivo’, embora o preceito possa assim ser encarado à luz de uma exegese protetiva dos direitos fundamentais, como referido anteriormente.

Ademais, o projeto pretendia constitucionalizar os prazos dilatados conferidos pela legislação processual (arts. 188 do Código de Processo Civil; 5º, § 5º da Lei n. 1.060, de 5 de fevereiro de 1950 e 128, inciso I da Lei Complementar n. 80, de 12 de janeiro de 1994) à Fazenda Pública, ao Ministério Público e à Defensoria Pública. A ideia, além de estar na contramão da celeridade, constitui regra que deve o quanto antes ser abolida do sistema jurídico, por burlar frontalmente o princípio da igualdade em matéria processual. Neste ponto, andou bem o Congresso Nacional ao suprimir o acréscimo.

Deste modo, restou assim redigido o texto final da norma inserta no inciso LXXVIII do art. 5º da Constituição Federal: *A todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação.*

De sua literalidade, extrai-se desde logo o alcance da garantia, tanto em relação aos processos de âmbito judicial como administrativo. Ademais, a norma pode ser decomposta em duas garantias: (1) a razoável duração do processo e (2) os meios que garantam a celeridade de sua tramitação.

Embora a finalidade seja a mesma, ao que parece, a primeira parte dirige-se ao Poder Judiciário e à Administração Pública, que devem, desde logo, assegurar que os

³⁵³ Acompanhamento da tramitação e obtenção do texto integral encontram-se no *site* da Câmara dos Deputados na internet. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/sileg/Prop_Detalhe.asp?id=274765>. Acesso em 04 out. 2010.

³⁵⁴ No mesmo sentido, ressaltando não ter a EC 45/2004 trazido resultados significativos, inserindo direitos sem eficácia real: ANNONI, 2008, p. 271.

processos tenham uma duração razoável, provendo medidas adequadas para tanto, sob pena de responsabilidade civil do Estado e/ou pessoal do agente³⁵⁵.

Em relação à magistratura, esta tem a incumbência de zelar pela celeridade dos julgamentos, segundo afirmou o Ministro do Superior Tribunal de Justiça, Luiz Fux, no 5º Congresso de Administração da Justiça, realizado pelo Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal (CEJ/CJF). Para Fux, a lentidão dos julgamentos, em que pese não ser de responsabilidade exclusiva do Poder Judiciário, macula a legitimidade da função dos magistrados, tida como um *compromisso social*. Na oportunidade, ressaltou ainda que a razoabilidade da duração do processo somente pode ser aferida à luz do caso concreto³⁵⁶, à semelhança do que aqui se defende.

Já a segunda parte do dispositivo, ao que tudo indica, tem o legislador e o Poder Executivo como destinatários, que deverão conceber os meios garantidores da celeridade a ser impressa na tramitação dos processos judiciais e administrativos. Pode ser mencionado, v.g., o dever de ampliar as causas que seguem os ritos sumários ou dos Juizados Especiais e, o que parece indispensável, as verbas necessárias para a devida melhoria estrutural do Poder Judiciário, aumentando o número de magistrados, servidores e investimentos em tecnologia e recursos materiais³⁵⁷.

A inovação alinha-se ao âmbito da *proteção judicial efetiva*, no dizer de Gilmar Mendes, no sentido de assegurar tal proteção em tempo adequado. Um processo judicial que perdure indefinidamente macula frontalmente tal proteção, além da dignidade da pessoa humana, “na medida em que permite a transformação do ser humano em objeto dos processos estatais”. Além disso, o novel dispositivo imporia determinações ao Poder Público no exercício de suas três funções estatais, envolvendo a consecução de políticas públicas para aperfeiçoamento da prestação jurisdicional e modernização e simplificação do processo, tornando efetiva a garantia do acesso à justiça e resguardando os direitos fundamentais em caso de lesão ou ameaça. A garantia da proteção judicial efetiva constitui fundamento do Estado Democrático de Direito, pois “não há Estado de direito, nem democracia, onde não haja proteção efetiva de direitos e garantias fundamentais”³⁵⁸; assim

³⁵⁵ SLAIBI FILHO, Nagib. *Reforma da Justiça (Notas à Emenda Constitucional nº 45, de 8 de dezembro de 2004)*. Niterói: Impetus, 2005, p. 23-24; e GÓES, Gisele Santos Fernandes. *Razoável duração do processo*. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim et al. (Coord.). *Reforma do Judiciário – primeiras reflexões sobre a Emenda n. 45/2004*. São Paulo: RT, 2005, p. 265.

³⁵⁶ Notícias do Superior Tribunal de Justiça – Sistema Push, de 05 dez. 2005. Disponível em: <http://www.stj.gov.br/webstj/Noticias/Detalhes_Noticias.asp?seq_noticia=15969>. Acesso em 12 jun. 2006.

³⁵⁷ PAULA, 2005, p. 334-335; PETERS, 2007, p. 165 e 258.

³⁵⁸ MENDES, 2009, p. 382 e 400.

como a Constituição tem o papel de concretizar o Estado de direito, “postulado básico para a existência de um regime efetivo de liberdades”³⁵⁹.

Corroborar a tese da destinação da norma ao legislador o fato de, ao lado da Reforma constitucional do Poder Judiciário efetivada pela Emenda Constitucional 45/2004, ter ganhado espaço na pauta de discussões do Parlamento uma série de projetos de reformas infraconstitucionais do processo, jungidas pelo escopo aceleratório. Ademais, caso não fosse do intento do constituinte reformador a exegese ora realizada, não teria ele utilizado duas expressões apartadas, embora de certa equivalência, unidas pela conjunção aditiva *e* (razoável duração *e* os meios que garantam a celeridade).

Há, deste modo, um duplo direcionamento. Um primeiro dirigido a qualquer cidadão, na medida em que a norma estabelece direitos fundamentais; e, em segundo, uma ordem dirigida ao Poder Público, responsável por garantir o direito à prestação jurisdicional dentro de um prazo razoável e criar os meios necessários para sua efetivação.³⁶⁰

Quanto aos beneficiários da norma, à garantia fundamental deve se dar ampla interpretação, abrangendo pessoas físicas e jurídicas, inclusive as de direito privado, nacionais e estrangeiras, à semelhança do que ocorre com os direitos fundamentais de modo geral, ressalvados aqueles inerentes à pessoa humana, como a liberdade de locomoção e o respeito à integridade física.

Em relação à eficácia e aplicabilidade, sem embargo dos outros métodos pertinentes, parte-se da classificação formulada por José Afonso da Silva, de normas constitucionais de eficácia plena, limitada e contida. De início, não é possível aceitar a configuração do inciso LXXVIII como norma de eficácia plena. Isto porque o constituinte não forneceu todos os elementos indispensáveis para a aplicação do preceito fundamental. Assim, mister se faz uma integração da norma por meio de regras infraconstitucionais, não bastando em si mesma a disposição isolada ora em análise. Alia-se a isto o fato de que a presente norma abarcar um princípio, não uma regra delimitada.

Por outro lado, não se vislumbra o dispositivo como de eficácia contida, que se apresentam como normas de eficácia plena, com a peculiaridade de se facultar ao legislador infraconstitucional a redução de seu alcance (eficácia redutível ou restringível), o que não se faz aqui presente.

³⁵⁹ RIVERO; MOUTOUH, 2006, p. 143. Concluem os autores que o Estado constitucional “atende ao duplo objetivo de garantia fundamental das liberdades das pessoas e da proteção da ordem democrática liberal”. *Ibid.*, p. 145.

³⁶⁰ RODRIGUES, 2005, p. 288.

Resta então, por exclusão, enquadrar a novel disposição como norma de eficácia limitada, a qual imprescinde de complementação infraconstitucional para irradiar todos os seus efeitos. Dentre suas subcategorias, o princípio da celeridade processual inclui-se entre as normas programáticas declaratórias de princípios programáticos³⁶¹.

Em consequência, leciona José Afonso da Silva que as normas de eficácia programática não estabelecem por si só, normatividade suficiente para produzir todos os seus efeitos essenciais, condicionando-se à legislação futura, à atividade não só do legislador ordinário, mas também da administração e da jurisdição, a fim de obedecer ao conteúdo da norma constitucional bem como realizar os fins sociais do Estado.³⁶²

É essencial, assim, esclarecer que o direito à celeridade processual, para produzir efeitos em sua plenitude, não depende de *uma* lei regulamentadora do dispositivo que tenha por escopo disciplinar o exercício do direito à razoável duração do processo e dos meios que garantam a celeridade de sua tramitação. Demanda-se, na verdade, uma *interpositio legislatoris* ampla, espaiada por todo o ordenamento jurídico-processual, modificando-o de tal modo que, em sua *conjuntura*, a celeridade possa ser garantida.

Este desiderato deve ser implementado tanto pela revisão dos procedimentos jurisdicionais e administrativos, como também, se for o caso, pela criação de novos instrumentos e mecanismos que garantam, para situações específicas, a tempestividade do processo.

Em relação à instrumentalidade das formas no direito processual, em compreensão muito semelhante à tempestividade do processo ora em análise, verifica tratar-se de verdadeiro princípio programático que deve nortear não só a atividade do legislador, mas também do julgador, aliás, principal destinatário da norma. Na condução dos processos sujeitos à sua jurisdição, o magistrado, ainda que desprovido de mecanismos legais específicos, deve se pautar pela solução das controvérsias postas em análise com a maior brevidade possível, evitando delongas desnecessárias e apego a formalismos inúteis. As exigências processuais não devem ser tratadas como fins em si mesmas, “senão como instrumentos a serviço de um fim”.³⁶³

Alguns, porém, analisam a disposição de maneira pessimista, na medida em que, tendo conteúdo programático, não se mostra *pronta* a produzir *efeitos concretos*. Critica-se

³⁶¹ No mesmo sentido: LEMBO, 2007, p. 213.

³⁶² AFONSO DA SILVA, José. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 82-83 e 138.

³⁶³ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. v. II. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 599. Especificamente sobre o tema: Idem, *A Instrumentalidade do Processo*. 12. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2005.

o método de cláusula aberta utilizada pelo reformador, que destitui o preceito de efeito prático, além de apenas ter reforçado uma garantia já existente na Constituição, sem criar meios materiais hábeis a tornar a celeridade processual uma realidade, o que não dispensa verdadeira reestruturação do arcaico Poder Judiciário e da legislação processual, abrangendo inúmeros fatores que deveriam ter integrado a Emenda Constitucional. É imperiosa, assim, a atuação da celeridade processual nas ditas *três dimensões do processo*. No que toca à dimensão procedimental, a norma imporia observação da dinâmica e dos prazos processuais; sob o ponto de vista instrumental, institui a celeridade processual como direito fundamental ao razoável tempo de formação e efetivação de direitos; por fim, na vertente política, a garantia se constitui escopo da jurisdição.³⁶⁴

Malgrado a programaticidade da garantia constitucional, não se pode condicionar por completo a exigência do louvável direito às futuras intervenções legislativas. Em se tratando de uma norma constitucional, esta já produz efeitos imediatos.

Por certo, as normas jurídicas, sejam elas de qualquer hierarquia, ressalvadas as normas permissivas, são caracterizadas pela previsão de sanção, segundo Kelsen, voltada à obtenção de uma determinada conduta humana “ligando à conduta oposta um ato de coerção socialmente organizado”.³⁶⁵ Aí reside a diferença entre o direito e a moral. Ou, no dizer de Alf Ross, a obediência ao direito resulta, dentre outros fatores, da imposição da norma pela aplicação da força, se necessário. Porém, o autor afirma que a possibilidade de a pessoa ser levada à juízo, sujeita a uma sentença e execução, também induzem comportamentos lícitos. Corrobora a afirmação o aumento dos crimes praticados em circunstâncias excepcionais, caracterizadas pelo funcionamento defeituoso da polícia e dos tribunais. Por isso, a força do direito teria “o temor e o respeito, por um lado, a força e a ‘validade’, por outro”³⁶⁶. Tais ideias são de grande utilidade ao se empreender análise acerca da celeridade processual como fator de efetividade da Constituição, a ser desenvolvida adiante, o que demanda o perfeito funcionamento do aparato jurisdicional, incluindo, na esfera criminal, a fase pré-processual, de cunho investigatório, de incumbência das polícias civil e federal.

No mesmo diapasão, Tocqueville reputa a obediência à lei, nos Estados Unidos, a um interesse pessoal de cada cidadão, ainda que seus interesses, num determinado cenário político, sejam minoritários. Isto porque, amanhã, ele integrará a maioria, desejando ver

³⁶⁴ SOUZA, 2005, p. 53; e PAULA, 2005, p. 333-334.

³⁶⁵ KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. Traduzido por João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 29-30; 70-71.

³⁶⁶ ROSS, 2007, p. 77-84.

respeitadas as leis por toda a sociedade. Assim, acaba por se estabelecer uma obediência às leis pelo cidadão como se elas fossem suas, um contrato do qual fosse parte, sabendo que, ao entender ser afetado por uma lei específica, poderá buscar meios de alterá-la. “Primeiro submete-se a ela como um mal que se impôs a si mesmo, em seguida como um mal passageiro.”³⁶⁷

Ante tais considerações, em que pese a nítida limitação do preceito, como toda norma constitucional, este esforço inicial, por si só, não é inócuo, produzindo relevantes efeitos no mundo jurídico, a saber: a) revoga de imediato a normatividade antecedente por ela não recepcionada; b) produz, no dizer do Supremo Tribunal Federal, *efeito paralisante* da atividade legislativa que não esteja em conformidade com a norma; c) serve de parâmetro para interpretação e aplicação pelo Judiciário da lei que vier a ser criada, bem como para controle de constitucionalidade desta.³⁶⁸

Assim, todas as normas que, a partir de agora, sejam editadas, em matéria processual, devem se pautar pela celeridade processual, de sorte que qualquer ato normativo que venha a obstaculizar o acesso à Justiça célere será eivado de inconstitucionalidade material.

Especificamente em relação ao inciso LXXVIII do art. 5º em comento, estaria presente uma eficácia jurídica imediata, constante no condicionamento das atividades da Administração e do Poder Judiciário. Além disso, haveria também uma eficácia social do preceito, que é postergada ao reconhecimento específico de compatibilidade da garantia em cada lei a ela posterior³⁶⁹, semelhante ao mencionado efeito de parâmetro de constitucionalidade.

Há louváveis orientações doutrinárias que almejam dar à norma aplicabilidade imediata, à luz do § 1º do art. 5º da CRFB, que ordena a aplicação imediata das normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais.

³⁶⁷ TOCQUEVILLE, 2005, p. 281-282.

³⁶⁸ Barroso substitui o item *b* por outros dois: “(2) vinculam o legislador, de forma permanente, à sua realização; (3) condicionam a atuação da administração pública: BARROSO, 2006, p. 151. Por seu turno e de modo semelhante, José Afonso da Silva arrola as seguintes situações de eficácia jurídica imediata, direta e vinculante das normas programáticas: “I – estabelecem um dever para o legislador ordinário; II – condicionam a legislação futura, com a consequência de serem inconstitucionais as leis ou atos que as ferirem; III – informam a concepção do Estado e da sociedade e inspiram sua ordenação jurídica, mediante a atribuição de fins sociais, proteção dos valores da justiça social e revelação dos componentes do bem comum; IV – constituem sentido teleológico para a interpretação, integração e aplicação das normas jurídicas; V – condicionam a atividade discricionária da Administração e do Judiciário; VI – criam situações jurídicas subjetivas, de vantagem ou de desvantagem”. AFONSO DA SILVA, 2008, p. 164. Em sentido semelhante na doutrina portuguesa: MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. Tomo II – *Constituição*. 5. ed. Coimbra: Coimbra, 2003, p. 278-281.

³⁶⁹ PALHARINI JÚNIOR, 2005, p. 781.

Assim, busca-se erigi-lo a direito e garantia fundamental de âmbito superior, um *direito humano* incondicionado e autoaplicável, “sob pena de desmoronamento da viga mestra do sistema jurídico, qual seja a Constituição Federal”.³⁷⁰

Há, igualmente, quem veja contradição na existência de um direito fundamental consubstanciado em norma de eficácia programática, considerando servir a fundamentalidade do direito para embasar decisões, contendo em si o princípio da dignidade humana, não constituindo mero comando formal.³⁷¹ A celeridade representa também exercício da cidadania, sendo “uma norma-princípio que está no núcleo do sistema constitucional e do ordenamento processual”, a ser lida conjuntamente aos princípios do acesso à justiça, devido processo legal e eficiência e assim ganhar imediata efetividade³⁷².

Em que pese o esforço para empreender maior concretude ao princípio da celeridade processual, algumas ressalvas devem ser feitas. Primeiramente, a definição de um preceito como de eficácia ou aplicabilidade plena ou limitada não está relacionada à importância da matéria, mas à construção normativa, inclusive do ponto de vista semântico. A partir daí é que se pode aferir a possibilidade de aplicá-lo prescindindo ou não de outros instrumentos complementares.

Assim, conferir eficácia imediata à norma que é essencialmente limitada pode gerar um desajuste metodológico no sistema de aplicabilidade. Não se quer, com isso, defender o atavismo jurídico, minando o surgimento de novas formas de ver o direito, em especial os fundamentais. Todavia, não se pode simplesmente estampar eficácia diversa por ato volitivo do intérprete, baseado na importância de que se reveste a norma.

Poder-se-ia, aqui, fazer uma alusão à teoria de Ferdinand Lassalle sobre a Constituição e os fatores reais de poder, que ainda será explanada adiante. Para ele, de nada adianta chamar de Constituição aquilo que não se traduz nos fatores reais de poder, aperfeiçoando o pensamento do abade Sieyès no contexto da Revolução Francesa, trazendo lição metafórica de riquíssima compreensão:

Podem os meus ouvintes plantar no seu quintal uma macieira e segurar no seu tronco um papel que diga: ‘Esta árvore é uma figueira.’ Bastará esse papel para transformar em figueira o que é uma macieira? Não, naturalmente. E embora conseguissem que seus criados, vizinhos e conhecidos, por uma razão de solidariedade, confirmassem a inscrição existente na árvore de que o pé plantado

³⁷⁰ GÓES, 2005, p. 266.

³⁷¹ SILVEIRA, 2007, p. 149-150 (nota explicativa n. 323).

³⁷² ABREU, 2008, p. 97.

era uma figueira, a planta continuaria sendo o que realmente era e, quando desse frutos, destruiriam estes a fábula, produzindo maçãs e não figos.³⁷³

O exemplo é autoexplicativo, dispensando maiores considerações. Busca-se aqui interpretar a garantia de sorte a outorgar-lhe a maior magnitude possível, mas não de maneira fantasiosa ou desprovida de maior embasamento teórico, e sim à luz de elementos factíveis da teoria da Constituição e do direito constitucional.

Outra hipótese aventada diz respeito à mensuração da rapidez do andamento da causa dentro dos limites da razoabilidade. Nesse sentido, os princípios se distinguem dos postulados pelo fato de esses últimos atuarem com força maior que os primeiros, sendo afirmações incontestáveis, verdades acima dos princípios, que são regras-base de direito a serem seguidas. A celeridade processual, entendida como norma de autoaplicação, teria sua imperatividade radicada no princípio da razoabilidade. Com fulcro neste raciocínio, a norma em comento seria um postulado que “não admite, portanto, qualquer interpretação que vise diminuir a verdade nela exprimida e deve atuar com a integridade da força cogente que possui”.³⁷⁴

Tais ponderações traduzem as aspirações de toda a sociedade e se encontram em perfeita consonância com os postulados defendidos neste estudo, construindo-se uma argumentação para justificar a força cogente do direito à tempestividade do processo sem tecer afirmações artificiosas e contrárias a toda labuta até então desenvolvida pela hermenêutica constitucional.

De fato, para que a morosidade do sistema possa ser efetivamente dizimada, são necessários coragem e espírito combativo, desprovido de idiosincrasias atávicas, permitindo, destarte, a evolução do direito processual e a efetividade do direito como um todo, mormente os fundamentais.

Em síntese, a garantia à tempestividade do processo sinaliza em direção à prevalência do conteúdo (direito) sobre a forma (processo), de modo que a sociedade está “a exigir uma postura *menos formal e mais efetiva* do Estado na solução dos conflitos”³⁷⁵.

³⁷³ LASSALLE, Ferdinand. *A Essência da Constituição*. 6. ed. Tradução: Walter Stönnner. Título original: *Über die Verfassung*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001, p. 37. Já Sieyès anotou que “O poder só exerce um poder real enquanto é constitucional. Só é legal enquanto é fiel às leis que foram impostas. A vontade nacional, ao contrário só precisa de sua realidade para ser sempre legal: ela é a origem de toda a legalidade.” SIEYÈS, Emmanuel Joseph. *A Constituinte Burguesa*. Título original: *Qu'est-ce que Le Tiers État?* 4. ed. Tradução: Norma Azevedo. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001, p. 50.

³⁷⁴ DELGADO, 2005, p. 356-357.

³⁷⁵ SILVA, Valclir Natalino da. *O princípio constitucional da razoável duração do processo (art. 5º, LXXVIII, da CF)*. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim et al. (Coord.). *Reforma do Judiciário – primeiras reflexões sobre a Emenda n. 45/2004*. São Paulo: RT, 2005, p. 785.

Deste modo, reestrutura-se o devido processo legal para dotá-lo de um sustentáculo principal consistente na celeridade processual, equilibrando-se os demais valores fundamentais, como contraditório e ampla defesa.

A fim de assegurar a devida efetividade ao preceito, é necessário fixar parâmetros para compreensão da razoável duração do processo, bem como perquirir meios de controle judicial da tempestividade do processo.

Do exame da redação da disposição, verifica-se que o reformador constituinte utilizou-se de conceitos jurídicos indeterminados ou, como prefere Eros Grau, *termos indeterminados de conceitos*³⁷⁶. Em verdade, quando a Constituição fala em *razoável* duração do processo, embora notório seu objetivo de busca da celeridade, o emprego de conceito relativo, indeterminado e aberto impede que a norma produza, desde logo, todos os seus efeitos, fazendo incutir o dever de se interpretar a norma à luz de todo o sistema.

O fenômeno das cláusulas indeterminadas é traço característico do novo Código Civil, em conceitos como *boa-fé objetiva* e *função social dos contratos* amplamente difundidos. Como traço característico, permitem ao juiz moldar a norma à luz de realidade, inclusive, sua permanente atualização, frente aos novos anseios sociais, extraíndo a *mens legis* mais adequada ao caso concreto. Diferentemente, nas normas de conteúdo absolutamente rígido, o juiz encontra dificuldades em imprimir uma mudança de orientação, sendo engessado quanto à sua aplicação. Consequentemente, dificulta a evolução doutrinária e jurisprudencial.

A técnica das cláusulas indeterminadas tem sido utilizada cada vez mais, na atividade parlamentar, o que traduz a tendência de ampliação dos poderes do juiz no que toca à interpretação da norma legal, solucionado os conflitos que lhes são submetidos nos fundamentos de sua decisão, ensejando revisão da teoria da separação dos poderes. Em se concedendo a última palavra na interpretação dos direitos fundamentais ao Poder Judiciário, não há como se negar que a atividade interpretativa desempenhada pelo magistrado, num julgamento envolvendo normas de conteúdo aberto, implica no exercício de um poder sobre outras pessoas e, consequentemente, numa ação de caráter político, e

³⁷⁶ “Em inúmeros textos afirmei ser isso de todo insustentável, dado que – assim argumentava eu – a *indeterminação* apontada em relação a eles não é dos conceitos (idéias universais), mas de suas expressões (termos). Daí minha insistência em aludir a *termos indeterminados de conceitos*, e não a *conceitos indeterminados*. Este ponto era e continua a ser, para mim, de importância extremada: não existem *conceitos indeterminados*. Se é indeterminado o *conceito*, não é *conceito*. O mínimo que se exige de uma suma de idéias, abstrata, para que seja um conceito é que seja determinada. Insisto: todo conceito é uma suma de idéias que, para ser conceito, tem de ser, *no mínimo*, determinada; o mínimo que se exige de um conceito é que seja determinado. Se o conceito não for, em si, *uma suma determinada de idéias*, não chega a ser conceito.” GRAU, 2009, p. 238-239. No mesmo sentido: CARVALHO, 2005, p. 219.

não meramente técnico-jurídico, malgrado a ausência de legitimidade democrática, oriunda da escolha popular exercida pelo voto.³⁷⁷

A solução interpretativa em tais casos, conforme o magistério de Eros Grau, reside em preencher estas noções ou “conceitos” com dados extraídos da realidade, abrangendo as concepções políticas preponderantes, bem como o contexto em que em que expressão encontra-se inserida.³⁷⁸

Partindo-se desta diretriz, no caso do texto em análise, razoável significa conforme a razão; logicamente plausível; moderado; satisfatório. No sentido do texto constitucional “é o tempo suficiente para a completa instrução processual e adequada decisão do litígio e, ao mesmo tempo, hábil para prevenir danos derivados da morosidade da justiça e para assegurar a eficácia da decisão”. *Prazo razoável* pode ainda ser entendido como “a duração justa e satisfatória do processo, o tempo suficiente, adequado e aceitável à realização dos atos processuais”, exigindo bom senso na ponderação das circunstâncias do caso concreto “em busca da justiça e da equidade”.³⁷⁹

O artifício das cláusulas indeterminadas também foi utilizado para se introduzir, na Constituição Portuguesa, o *direito a um processo célere e prioritário*, como leciona Canotilho:

Devem reter-se, numa primeira aproximação, alguns tópicos: a) o preceito constitucional (art. 20.º/4) constitui, desde logo, uma *imposição constitucional* no sentido de o legislador ordinário conformar os vários processos (penal, civil, administrativo) no sentido de assegurar por via preferente e sumária a protecção de direitos, liberdades e garantias; b) a consagração de procedimentos judiciais céleres e prioritários não significa a introdução de uma *acção ou recurso de amparo* especificamente dirigida à tutela de direitos, liberdades e garantias, mas de um *direito constitucional de amparo* de direitos a efectivar através das vias judiciais normais; c) a efectivação deste direito pressupõe uma nova *formatação processual* tendente a responder às exigências de celeridade e prioridade (assim, por exemplo, redução de prazos, eliminação de eventuais recursos hierárquicos necessários no contencioso administrativo).³⁸⁰

Do mesmo modo, a 6ª Emenda à Constituição dos Estados Unidos já analisada, que garante o direito a um rápido julgamento, não comporta interpretações e/ou soluções uniformes. Tribe e Dorf sustentam que, na hipótese de uma pessoa permanecer encarcerada por três anos, aguardando julgamento, caso a Suprema Corte entenda ter aí ocorrido a

³⁷⁷ VIEIRA, 2006, p. 60. Para traçar estas conclusões, o autor realiza um acurado estudo do tema das cláusulas indeterminadas com escólio na doutrina estrangeira, analisando a distinção entre regras e princípios. No mesmo sentido: PATTO, 2005, p. 103.

³⁷⁸ GRAU, 2009, p. 240.

³⁷⁹ BEZERRA, 2005, p. 470; e ANNONI, 2008, p. 204.

³⁸⁰ CANOTILHO, 2003, p. 506-507.

denegação do direito, poderia se considerar que o tribunal, na verdade, estaria a criar um direito, considerando que a Constituição não prevê a garantia de um julgamento em menos de três anos. Assim, não seria possível afirmar, com satisfatório grau de certeza, se houve rapidez ou não no julgamento ocorrido dentro deste prazo, por se tratar de juízo largamente subjetivo, assim como o seria o direito de ter relações sexuais sem fecundação (realizar aborto), como parte das “liberdades” salvaguardadas pela 14ª Emenda. Daí o porque do surgimento de diversas correntes filosóficas para interpretação das cláusulas abertas da Constituição. Dividem-se entre os partidários que conferem esta atribuição aos juízes ou ao legislador. Pela filosofia do comedimento judicial, os magistrados deveriam “formalizar um método de atribuir conteúdos específicos para os termos vagos da Constituição”, considerando o sistema da jurisprudência da intenção original como de valor neutro.

Sem a possibilidade de qualquer consenso, o problema deve ainda ser ponderado à luz dos chamados *níveis de generalização*, ainda que a técnica não traga uma solução unívoca e definitiva, considerando que um mesmo direito pode ser amplo em uma dimensão e restrito em outra, com diversas possibilidades de conclusão. Destarte, impossível negar à Suprema Corte a manipulação dos graus de generalização, exigindo-lhe cruciais escolhas acerca da interferência ou não nos direitos fundamentais baseadas em práticas sociais anteriores e históricas.³⁸¹

Do exposto, é de se findar tal ordem de considerações asseverando que não se reputam válidas eventuais críticas sobre a técnica utilizada na construção da garantia de celeridade. Sendo um princípio, antes de tudo, dotado de acentuada generalidade e abstração. Não teria condições o reformador da Constituição de cravar regra de alcance perfeitamente pré-estabelecido, em norma de eficácia plena que dispensasse qualquer *interpositio legislatoris*. As regras procedimentais devem ser dotadas de um mínimo de elasticidade para que cada processo *in concreto* possa se amoldar aos ditames legais, sob pena de sua aplicação restar inviável.

Denota-se assim que a *mens legislatoris* foi justamente atrair a atenção do legislador ordinário – em que pese ser este representado pelo mesmo órgão, o Congresso Nacional que, por suas casas, cumula as atribuições de constituinte reformador e legislador ordinário – e os aplicadores do direito quanto à necessidade de rever concepções em torno da duração do processo. Sem embargo da possibilidade de se garantir direito de amplitude

³⁸¹ TRIBE; DORF, 2007, p. 86-89; 95-105.

ainda maior, que justifica as críticas tecidas sobre a timidez da Reforma, dentro dos objetivos traçados, a norma mostrou-se relevante.

Para que a cláusula constitucional não se torne mero *protocolo de boas intenções*, é crucial se perquirir qual o tempo razoável de um processo.

Seria possível estabelecer com precisão milimétrica prazos máximos *a priori* conforme a complexidade da causa, as provas a serem produzidas, os incidentes processuais e outras peculiaridades inerentes a todas as causas?

Sem dúvida a resposta a indagações como esta hão de ser negativas. Por mais bem intencionado que fosse o legislador e objetivasse sanar definitivamente a morosidade da Justiça, não lograria dar tal concretude ao preceito. Isto porque a lei é, por excelência, uma norma geral e abstrata – especialmente os princípios positivados – enquanto cada processo é dotado de particularidades próprias, de tramitação individualizada e diferenciada. Tais predicados fogem do alcance do legislador, que está impedido de estabelecer a estandardização de prazos.

Resta, assim, fazer um exame de ponderação casuística, para se aferir, em cada processo, concreta e singularmente considerado, se a duração exorbitou os limites da razoabilidade³⁸².

Adotando-se esta análise caso a caso, poderia se utilizar como parâmetro de avaliação a matéria debatida, sendo razoável a duração compatível com a natureza da causa e os atos praticados ao longo do processo, ou ainda, de forma geral, a análise da complexidade do processo. Poder-se-ia, outrossim, considerar a importância do direito material envolvido para se aferir a celeridade auspiciada. Assim, uma ação de investigação de paternidade cumulada com alimentos, que, em razão dos valores envolvidos, deve ser julgada em tempo menor do que uma ação ordinária de cobrança de crédito bancário. Deste modo, ao invés de se fixar critério objetivo a partir de dados exteriores ao processo, a celeridade deveria ser aquilatada tendo por norte “a natureza da pretensão e a urgência da efetivação da medida”, como corolário da dignidade da pessoa humana³⁸³.

Por certo, o *case by case approach* não é critério excludente de outros. Pelo contrário, o juiz, ao aplicar a lei, deve sempre considerar todas as circunstâncias da causa *sub judice*, imprimindo maior rapidez na sua tramitação na medida em que o feito permitir.

³⁸² Nesse sentido: MATTOS, S. L. W. de, 2009, p. 249. Sustentando que a vagueza da norma permite inclusive entendimentos de que a razoável duração do processo não significa, necessariamente, um processo rápido, mesmo sendo erigida a garantia constitucional, face à falta de consenso em torno da definição da norma: PAROSKI, 2008, p. 273; e PETERS, 2007, p. 169.

³⁸³ BEZERRA, 2005, p. 470. No mesmo sentido: ARAÚJO, F. F. de, 1999, p. 255; FERREIRA, L. A. C.; TÁRREGA, 2005, p. 455; e PETERS, 2007, p. 253.

É dizer: embora o juiz esteja permanentemente obrigado a pautar sua atuação na busca da celeridade, a forma e a intensidade deste desígnio será variante em cada caso, dada a impossibilidade de fixação de *standards*, seja pelo legislador, seja pelo juiz. Portanto, a letra fria da lei deve ganhar vida pelas mãos do julgador, que envidará todos os esforços para imprimir efetividade à tutela jurisdicional, cuja intensidade dependerá das circunstâncias do litígio concreto.

Por outro lado, nota-se haver doutrina aplicando o mandamento constitucional e, no afã de encontrar critérios precisos acerca da definição da razoável duração dos processos, toma por suporte os prazos legais estabelecidos para atos processuais.

Neste caso, tem-se em conta que a lei, salvo exceções nem de longe observadas, não estabelece prazos certos, determinados, de acordo com o tipo de procedimento – até pelas dificuldades advindas de seu cumprimento. Assim, tal critério haveria de se pautar pelos prazos específicos de cada ato processual estabelecidos pelo legislador. Desta forma, cada ato do processo poderia ser individualmente controlado quanto ao dever de celeridade.

A esse respeito, manifesta-se Alessandra Spalding, defendendo o dever do Estado de zelar pelo cumprimento dos prazos procedimentais definidos no ordenamento. Mesmo nos casos em que inexista tal demarcação, estaria o Estado obrigado a conceder tutela jurisdicional dentro de prazo razoável, suplantando as lacunas por meio da hermenêutica, de forma a concretizar a garantia constitucional.³⁸⁴

Adotando a fórmula dos prazos legais, a garantia constitucional poderia também se desdobrar em uma perspectiva dos prazos de cada ato processual individualmente considerado, e uma segunda relativa ao prazo da demanda como um todo, iniciando-se com a propositura da ação e ultimada pela efetiva prestação jurisdicional final do Poder Judiciário, em todas as instâncias.

³⁸⁴ SPALDING, 2005, p. 34-35. Também a respeito: PETERS, 2007, p. 250-253. Já ANNONI coloca, ao lado da determinação de prazos legais para os atos judiciais, como forma efetiva de redução da duração do processo, as seguintes medidas: “a) a adequação da infra-estrutura física e humana do Poder Judiciário, capaz de atender à demanda em cada região do país; b) a institucionalização de meios alternativos de resolução de conflitos; c) a informatização dos cartórios e juízos e a implementação do uso das tecnologias disponíveis, a exemplo de intimações por correio eletrônico e audiências por videoconferência; d) o fortalecimento e a ampliação dos procedimentos conciliatórios, incluindo-se as estatísticas de conciliação dentre os requisitos para a promoção dos magistrados; e) a capacitação para a cidadania, os direitos humanos, a conciliação, a mediação e a arbitragem de todos os agentes judiciários, incluindo os magistrados, no intuito de promover a celeridade processual como princípio constitucional, o qual todos são responsáveis por efetivar; e f) a simplificação dos procedimentos, com a redução dos recursos disponíveis e resgate da oralidade e da informalidade em todos os processos.” ANNONI, 2008, p. 302-303.

Há quem vá ainda mais longe, defendendo a fixação de prazos legais rígidos para os ritos processuais, ainda que este seja alheio ao ofício jurisdicional e todas as dificuldades a ele inerentes.

Nesta linha de interpretação, tendo como base a nova redação da alínea *e* do inciso II do art. 93 da Constituição Federal, que impede a promoção de juízes que não cumprirem os prazos legais injustificadamente, o próprio texto constitucional estaria fixando, como prazo razoável, o prazo legal, segundo Horácio Rodrigues³⁸⁵.

A adoção do critério da somatória dos prazos legalmente estabelecidos para os atos processuais poderia se adequar a sistemas processuais, como o brasileiro, marcados pela presença de preclusões e prazos peremptórios em sua maioria. Os prazos processuais são “concebidos em vista das circunstâncias de fato da demanda, do direito a ser protegido, do contraditório e da ampla defesa”, devendo ser respeitados não só pelas partes mas também pelo órgão jurisdicional.³⁸⁶

Nesse sentido, “bastaria uma só lei fixar todos esses prazos, como inovação moralizadora no sistema processual brasileiro”. A fixação objetiva do prazo razoável (que na verdade passaria a ser prazo *máximo*), seria equivalente ao dobro da somatória de todos os prazos legalmente estabelecidos para o juízo *a quo* e metade desta equação para as instâncias superiores. As medidas de urgência se pautariam por critérios especiais frente às peculiaridades do caso concreto e, sendo patente eventual prejuízo ao postulante decorrente da não apreciação ensejaria a responsabilidade civil objetiva do Estado por danos materiais e morais, seja em processo civil, criminal, trabalhista ou outro tipo.³⁸⁷

A tese ora referida mostra-se semelhante à surgida doutrinariamente no processo penal e abraçada pela jurisprudência brasileira, pela qual, após o decurso da soma dos prazos legalmente estabelecidos até o encerramento da instrução processual, haveria constrangimento ilegal sanável com a restituição da liberdade do acusado.

Aproveitando-se o processo civil desta construção, o processo de rito ordinário deveria ter a duração da soma dos prazos de cada fase do procedimento, desde o ajuizamento da ação até a prolação da sentença, totalizando, a princípio, o prazo de 131 dias, ressalvadas situações excepcionais, como a demora na publicação das intimações pela

³⁸⁵ RODRIGUES, 2005, p. 289.

³⁸⁶ GAJARDONI, 2003, p. 59-60.

³⁸⁷ ARAÚJO, F. F. de, 1999, p. 262-266.

imprensa oficial, a realização de prova pericial ou testemunhal em comarca distinta e a presença de mais de um réu.³⁸⁸

É de se reconhecer a luta para se implementar, de todos os modos possíveis, a rapidez na outorga definitiva da tutela jurisdicional. Todavia, salvo como critério orientador, seu acolhimento, em caráter vinculante, vislumbra-se inviável na atualidade.

As *variáveis* a excetuar a aplicação do prazo, de tão corriqueiras tornam-se presentes em todo processo. É o caso da publicação na imprensa oficial dos despachos proferidos no decorrer da causa, o que impossivelmente poderia ocorrer no mesmo dia de sua prolação e, ainda que ocorresse prontamente, teria a contagem do prazo iniciada no dia posterior, se útil, na forma do art. 184 do estatuto processual civil.

Nem mesmo se vislumbra viável a fixação de prazos específicos para cada espécie de ação, pois as peculiaridades do caso concreto podem sugerir que uma decisão justa e correta demande mais tempo do que outra, em que pese a identidade dos pedidos. Por isso, “o estabelecimento de prazos acaba por viciar a formação do processo ou forçar sua conclusão, aceitando a duração limitada como um fim em si mesmo e não mais um princípio a ser observado”.³⁸⁹

Em se adotando a diretiva ora criticada, o juiz exerceria seu ofício quantitativa e não qualitativamente, produzindo decisões *por atacado*, a pretexto de manter seu expediente em dia, desconsiderando por completo as peculiaridades inerentes a cada caso. Com isto, até seria possível obter-se uma decisão célere, mas, em grande parte, muito aquém da realização de justiça.

Assim, a *práxis* forense mostra inviável o respeito ao prazo sugerido de 131 dias ou outro fixado rigidamente. Todavia, a proposta revela-se de considerável valia como forma de nortear o comportamento dos sujeitos processuais, notadamente aquele responsável pela célere condução do processo, além de incutir no legislador a iniciativa de medidas que busquem aproximar a realidade do idealmente almejado, como forma de dar pleno cumprimento à exigência de tempestividade do processo.

Oxalá no futuro seja perfeitamente viável a adoção de critérios congêneres, quiçá com prazos ainda mais reduzidos e peremptórios, sem, contudo, se abrir mão da qualidade e segurança do serviço jurisdicional.

³⁸⁸ SPALDING, 2005, p. 38.

³⁸⁹ HOFFMAN, 2005, p. 577.

De forma mais moderada, poder-se-ia obter um critério de razoabilidade da duração da demanda fruto da combinação de diretrizes gerais da lei e da direção do juiz no caso concreto.

Esse concurso de vontades parece ser uma interessante opção, na medida em que preserva o papel do legislador, de editar os comandos que regem os procedimentos jurisdicionais, sem retirar do juiz o seu papel de aplicar a lei à luz do caso concreto, considerando as circunstâncias pertinentes. Assim, o processo em prazo razoável seria o resultante da observância dos prazos pelas partes, aliadas ao impulso oficial do órgão jurisdicional. Sem apego a *parâmetros estatísticos*, vale-se de “considerável dose de bom senso”.³⁹⁰

Bom senso, aliás, pode se mostrar muito mais operante do que reformas legislativas. É imperiosa a adoção de uma exegese moderna, comprometida com resultados práticos, o que se coaduna com as ideias aqui sustentadas.

Passados em revista os posicionamentos acerca da definição da razoável duração do processo, cumpre ainda analisar os meios de se exigir concretamente o seu esmorecimento cumprimento frente aos poderes públicos, ou seja, os instrumentos idôneos a amparar a vítima da morosidade do sistema.

Uma primeira solução seria se valer do sistema recursal para que os juízos superiores determinassem as medidas necessárias à rapidez do trâmite processual não engendradas pelas instâncias inferiores. Todavia, a apreciação do mérito de um recurso poderia demandar o transcurso de tempo maior do que o processo teria naturalmente. Assim, o provimento de eventual recurso seria emasculado de utilidade.

Além disso, tal expediente causaria certa celeuma aos recursos. Deveria o jurisdicionado abordar a questão da morosidade em sede de apelação juntamente com as demais razões recursais em caso de improcedência da demanda? Se houvesse um julgamento favorável poderia a parte apelar baseada neste único fundamento, independentemente de haver sucumbência? Deveria ser manuseada outra espécie recursal, como o agravo, trazendo a lentidão da causa como única questão? Na hipótese de um recurso que abordasse também matéria de fato ou de direito, a desceleridade seria matéria de mérito ou preliminar? Incumbiria contrarrazoar o recurso à parte contrária ou ao próprio

³⁹⁰ PALHARINI JÚNIOR, 2005, p. 782. No mesmo sentido, associando os prazos legais à interpretação jurisprudencial para considerar a variedade dos casos concretos, para então concluir que a razoabilidade da duração de um processo será sempre relativa, razão pela qual a Reforma do Judiciário não fixou um período determinado de tempo: SILVEIRA, 2007, p. 153 e 155. Por fim, sustentando como razoável duração do processo “aquele necessário ao amadurecimento da causa, viabilizando a tutela jurisdicional justa, oportuna e efetiva”: ABREU, 2008, p. 93.

magistrado? Ambas as partes poderiam se insurgir contra este fato? A partir de quando passaria a fluir o prazo recursal? Que influência este recurso traria para o mérito da causa? E, finalmente, o mais importante de tudo: qual a consequência do provimento deste recurso?

Estas e outras tantas questões que poderiam ser suscitadas mostram as dificuldades de se utilizar o aparato recursal *de lege lata* para controlar a vagarosidade processual. Comprometimento e boa vontade parecem ser insuficientes neste caso.

Ademais, sem um remédio específico, poderia se inviabilizar qualquer efeito prático, seja por *falta de amparo legal* – motivo utilizado amiúde para denegação de pedidos, embora não constitua *motivação* idônea – ou supressão de instância. Formulando interessante sugestão nesse sentido Canotilho:

... sugere a necessidade de criação, no nosso ordenamento jurídico, de uma *acção constitucional de garantia* perante os tribunais ordinários (comuns ou administrativos) caracterizada pela *prioridade e celeridade do processo*. Trata-se aqui de uma *actio* e de um *processo* em sentido rigoroso: o cidadão (partidos, associações) dispõe de um *actio* (sic.) perante o tribunal que se desenvolve segundo um *iter processualis* adequado: preferente, célere e eficaz. A estrutura desse *direito processual/material* é semelhante à providência de *Habeas Corpus*. Em termos de direito comparado, não é necessário ir muito longe. Basta analisar com atenção o instituto do *Mandado de Segurança*, consagrado no direito brasileiro ou o «*Procedimiento preferente y sumário*» para tutela das liberdades e direitos consagrados na Constituição Espanhola de 1978.³⁹¹

Todavia, antes de se decretar a cabal impossibilidade jurídica do controle pelas vias recursais, de duas maneiras poderá haver o seu aproveitamento.

Em primeiro lugar, frente ao regramento ora posto, não haveria impedimento de, no momento em que a instância recursal apreciasse a causa, por solicitação de qualquer das partes, ou mesmo *ex officio*, fosse analisada a ocorrência de eventual irregularidade temporal no juízo *a quo*, para que fosse apurada responsabilidade do magistrado ou mesmo de seus auxiliares na esfera administrativa, por meio da Corregedoria Geral de Justiça. Aliás, tendo esta função eminentemente de controle disciplinar dos magistrados, é imperiosa sua atuação séria e incisiva no combate à falta de agilidade do sistema.

Além disso, providências *de lege ferenda* poderiam ser adotadas regulamentando este controle pelas vias recursais, dentre as modalidades atualmente existentes, com pequenas adaptações, como introdução de nova hipótese de cabimento da apelação ou do recurso ou a mera permissibilidade expressa de controle da matéria pelo juízo *ad quem*.

³⁹¹ CANOTILHO, 2004, p. 79.

Muitos percalços surgirão, embora seja uma possibilidade viável de tratar da matéria, decorrido um razoável período de adaptação.

Poderia se cogitar também do cabimento do *writ of mandamus* para assegurar um direito líquido e certo à razoável duração do processo, levando o caso aos tribunais. Na doutrina, há quem sustente o seu cabimento para garantia da celeridade na tramitação dos processos, desde que esgotados os recursos judiciais idôneos a evitar o dano, conforme a nova Lei do Mandado de Segurança (art. 5º da Lei n. 12.015, de 07 de agosto de 2009)³⁹².

Não obstante, é de se indagar se os tribunais brasileiros, mormente os mais conservadores, à semelhança do controle feito pelas instâncias recursais, estariam dispostos a enfrentar tais questões.

Num momento em que tanto se fala de racionalização do Poder Judiciário, especialmente nos tribunais superiores, com a irreversível tendência de se restringir a admissibilidade dos recursos, é de se esperar uma resposta negativa a pleito como estes, salvo em hipóteses excepcionalíssimas. Afinal, o que ocorreria se todos os litigantes se dessem conta de que, com um simples *writ*, seja possível obter pronta resposta de uma demanda judicial?

Deste modo, a praxe forense parece erguer uma forte muralha frente a tais supostos direitos líquidos e certos que, aliás, são de difícil comprovação, posto que simultaneamente assegurado a todos de forma indistinta e a ninguém especialmente. Sempre restarão brechas para acolhimento de alegadas razões de excesso de prazo. Desta sorte, *data venia*, o uso de remédios milagrosos e *heroicos* parece ser difícil de vingar.

Por outro lado, tomando por base a afirmação de que a duração razoável do processo constitui garantia fundamental, há quem sustente o cabimento de arguição de descumprimento de preceito fundamental pela violação da tempestividade do processo, em razão do ato omissivo ou comissivo resultante na violação da garantia, perante o Supremo Tribunal Federal.³⁹³

Não obstante, novamente uma série de empecilhos mostram-se presentes.

Em primeiro lugar, a medida somente poderia ser manuseada pelos legitimados legais, quais sejam, os mesmos admitidos à ação direta de inconstitucionalidade (art. 2º, I, da Lei n. 9.882 de 1999), tendo em vista o veto presidencial ao inciso II, que concedida legitimidade a “qualquer pessoa lesada ou ameaçada por ato do Poder Público”. Assim,

³⁹² DANTAS, Paulo Roberto de Figueiredo. *Direito Processual Constitucional*. 2. ed., rev. e ampl. São Paulo: Atlas, 2010, p. 44.

³⁹³ CARVALHO, 2005, p. 217-218.

somente poderiam se valer da arguição aqueles arrolados nos oito incisos que se seguem ao *caput* do art. 103 do texto constitucional. Desta forma, tendo em vista esta representatividade, não se revela verossímil que algum deles deveria se prestar a defender interesse particular de pessoa prejudicada pela demora de um processo ou, mesmo que o fizesse, tal manuseio seria legítimo, por envolver um conflito individualizado de interesses.

Não bastasse a legitimidade ativa ser extremamente restrita, a competência, reservada ao Supremo Tribunal Federal, nos termos do art. 102, § 1º da Lei Republicana Fundamental acarreta grande tribulação. Afinal, não faria sentido que o guardião da Constituição assumisse a função, em caráter originário e final, de fiscal da celeridade de todos os processos da Justiça brasileira.

Apresenta-se ainda, como obstáculo a esta via, a subsidiariedade expressa, *ex vi* do art. 4º, § 1º da mesma Lei n. 9.882/99, de forma que o arguidor – que, como visto, não será o próprio lesado – teria a árdua tarefa de demonstrar a inexistência de qualquer outro meio eficaz para sanar a lesividade.

Outro mecanismo lembrado como meio de se pleitear o fiel cumprimento dos prazos legalmente assinalados junto à Administração Pública ou Poder Judiciário é o direito de petição (art. 5º, XXXIV, *a* da CRFB), além de meios informais como a reclamação e a representação³⁹⁴.

O direito de petição segue tradição inaugurada com a Constituição do Império, embora ainda careça de maior efetividade prática no Brasil. Não obstante, é possível que o instrumento mostre-se viável para solicitar esclarecimentos a respeito da demora ocorrida no processo. Todavia, em que pese sua utilização perante repartições públicas em geral, mostra-se de duvidosa utilidade perante o Poder Judiciário.

Os órgãos jurisdicionais têm competência para conhecer de demandas cujo rito procedimental é descrito em lei, ainda que se trate de medidas inominadas, como as cautelares atípicas. Já o direito de petição constitui instrumento informal, apresentado pelo cidadão e respondido pela Administração, o que lhe torna de uso improvável para a finalidade em cotejo.

Tendo em vista que o inciso LXXVIII do art. 5º constitucionaliza o princípio da celeridade processual em norma de eficácia limitada, é de se analisar o cabimento do mandado de injunção, considerando a falta de norma regulamentadora que torne inviável o exercício deste direito constitucional, com fulcro no art. 5º, inciso LXXI da Constituição.

³⁹⁴ DOTTI, 2005, p. 634.

A utilização deste *writ* poderia vislumbrar pertinente forma de *apelo ao legislador* para introduzir modificações gerais no sistema de modo a torná-lo mais ágil, *i.e.*, compeli-lo a editar norma(s) regulamentadora(s) do direito ao processo tempestivo. Contudo, quanto à possibilidade de a medida injuntiva ter o condão de controlar eventual falta de ligeireza no caso concreto, seu manejo se mostra improvável, especialmente em face do tratamento jurisprudencial da matéria.

A esse respeito é elucidativo apreciar um caso concreto, em que esta medida foi utilizada, menos de um mês após a publicação da Emenda Constitucional nº 45/2004.

Trata-se do Mandado de Injunção n. 375, impetrado não com a finalidade de obter providência relacionada à lentidão de um processo específico, mas atacar a inércia da União Federal na regulação normativa do direito à celeridade.

O Supremo Tribunal Federal não conheceu da ordem. Entendeu que não fora caracterizada a mora legislativa. O critério de configuração do estado de inércia legiferante consistiria na superação excessiva de prazo razoável. Tendo a injunção sido impetrada menos de um mês da introdução do inc. LXXVIII do art. 5º da Constituição no ordenamento jurídico, ainda durante o recesso do Congresso Nacional, é impossível se falar em estado de *inertia agendi vel deliberandi*.³⁹⁵

Em que pese o não conhecimento da medida, o Supremo Tribunal Federal já sinalizou que seu cabimento depende, à semelhança do que também exige o novel dispositivo, da duração de um processo excedente ao que se considere *razoável*, o que, *ipso facto*, afasta o preenchimento do pressuposto por meio de critérios rígidos pré-estabelecidos.

Por fim, há ainda autores que identificam no novel dispositivo um direito subjetivo negativo pelo qual o cidadão pode exigir judicialmente a cessação de condutas que afrontem o direito à razoável duração do processo, como a criação de procedimentos dentro do processo com o escopo de reprimir condutas atentatórias contra tal garantia³⁹⁶.

Deveras, tal procedimento já existe. A litigância de má-fé, que deita raízes no chamado *contempt of court*, regulada no processo civil, considera como ato atentatório ao exercício da jurisdição a conduta de se criar embaraços à efetivação dos provimentos jurisdicionais. De todo modo, *mutatis mutandis*, aplica-se a subterfúgios utilizados com o intuito de impedir a rápida solução do litígio. Há, inclusive, proposta em tramitação para incluir a litigância de má-fé no Código de Processo Penal (art. 5º do Projeto de Lei n.

³⁹⁵ STF, AgR no MI n. 375/PR, TP, v.u., rel. Carlos Velloso, j. 19.12.1991, DJ 15.05.1992.

³⁹⁶ BEZERRA, 2005, p. 470.

7.357, de 2010, da Câmara dos Deputados, que modifica diversos dispositivos do Código, atendendo a anteprojeto do Conselho Nacional de Justiça); bem como na Consolidação das Leis do Trabalho, responsabilizando a parte e o advogado, quando for o caso (Projeto de Lei n. 7.769, de 2010, da Câmara dos Deputados, que acrescenta os arts. 793-A e 793-B ao Decreto-lei n. 5.452, de 1º de maio de 1943).

Ademais, quando o constituinte propugna por *meios que garantam a celeridade de sua tramitação* [do processo], abre para o legislador possibilidades ilimitadas de se efetivar a norma constitucional. A escolha dos mecanismos eleitos para buscar a almejada celeridade ficam ao alvedrio do poder legiferante, sem que haja mesmo qualquer limitação inserta na Constituição.

Trata-se de uma procuração em branco passada pelo constituinte para que a União, por meio do Poder Legislativo, no exercício de sua atividade típica, elabore normas que almejem maior rapidez nas controvérsias postas em juízo.

De qualquer modo, com a promulgação da EC 45/2004, foram despendidos significativos esforços no intuito de democratizar a Justiça, restando agora o grande desafio de efetivar a Reforma, para que ela não se torne vã promessa política.

2.4 A celeridade processual como fator de efetividade da Constituição

As normas constitucionais, apenas por constarem da Lei Maior, nem sempre adquirem, de imediato, toda a densidade de seu conteúdo, exaurindo todos os seus efeitos. Por vezes, são necessários atos que complementem o comando constitucional, regulamentando o seu exercício ou trazendo os instrumentos necessários para deixar o campo de abstração do arcabouço jurídico para alcançar a realidade. Em outras situações, a não observância do preceito constitucional, seja por terceiros ou pelo próprio Estado, enseja a utilização da via jurisdicional para ver respeitado o direito. Em ambos os casos, surge o problema da busca da efetividade dos direitos constitucionais e da própria Constituição, o que ganhou nova dimensão com a redemocratização do país, que culminou com a proclamação da Carta de 05 de outubro de 1988 e o surgimento de novos direitos³⁹⁷.

³⁹⁷ “No atual quadrante mundial, corporificam-se as reivindicações em prol da efetividade dos direitos fundamentais, estando-se a exigir do Judiciário, ou do Estado, em sentido lato, no plano individual ou no plano coletivo, meios e modos de efetivação. [...] A democracia retorna ao Brasil com a Constituição de 1988, que representa o fim de um longo ciclo de autoritarismo institucional e o marco do Estado Democrático de Direito no País. A partir de sua promulgação, começam a tomar corpo os movimentos sociais que exigem

Porém, muito antes a efetividade das normas constitucionais já despertava a atenção da doutrina, especialmente Ruy Barbosa, que, de modo pioneiro no Brasil, pontificou a respeito:

Não há, numa Constituição, cláusulas a que se deva atribuir meramente o valor moral de conselhos, avisos ou lições. Todas têm força imperativa de regras, ditadas pela soberania nacional ou popular de 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 seu critério, os habilite a exercerem. A Constituição não se executa a si mesma: antes requer a ação legislativa, para lhe tornar efetivos os preceitos.³⁹⁸

Cumpre destacar, com escólio na doutrina de Eros Grau, que o direito positivo visa à *conservação dos meios*, definindo o Estado as regras de um jogo pelas quais o indivíduo se vale das formas do direito para realizar os fins dele indivíduo, compreendendo a predisposição dos instrumentos indispensáveis para atingir tal desiderato. Assim, o direito não tem um fim em si mesmo, visando, em verdade, estabelecer os *meios* para alcance dos fins do indivíduo e da sociedade³⁹⁹; à semelhança do processo, poderia se acrescentar, que igualmente não possui um fim em si mesmo, se prestando a ver consagrados direitos ameaçados ou violados, tornando a Constituição aplicável⁴⁰⁰.

Por isso, tanto o direito como o processo devem ser realizados visando à concretização de seus desígnios, que não se limitam à mera aplicação da norma ou da decisão final mas, respectivamente, à consagração dos valores sociais democraticamente estabelecidos pelo legislador e a efetivação dos direitos consagrados no ordenamento ameaçados ou violados por ação ou omissão de terceiros.

E a obediência ao ordenamento jurídico, para John Rawls, deve, a princípio, se sobrepor até mesmo a eventual injustiça da lei, assim como a validade jurídica da norma confrontada com o texto constitucional não implica em necessária concordância com o seu

a efetivação dos direitos fundamentais de forma igualitária e eficiente e de um sistema jurídico mais atuante, moderno e participativo.” ABREU, 2008, p. 29-31.

³⁹⁸ BARBOSA, Ruy. *Comentários à Constituição Federal Brasileira*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 1933, p. 488-489.

³⁹⁹ GRAU, Eros Roberto. *O direito posto e o direito pressuposto*. 6. ed., rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 104.

⁴⁰⁰ “Pero hay un hecho claro más allá de cualquier pretensión teórica: existe la interpretación de la Constitución. Y por otro lado la interpretación de carácter instrumental, adjetiva o procesal de las normas que “actúan” o hacen “aplicable” la Constitución; es decir, las normas que permiten el trámite de pretensiones o de contenciosos a través de un proceso y que precisamente por eso son procesales.” BELAUNDE, Domingo García. *Interpretación constitucional e procesal constitucional*. In LEITE, George Salomão e SARLET, Ingo Wolfgang (coord.) *Direitos Fundamentais e Estado Constitucional: estudos em homenagem a J. J. Gomes Canotilho*. São Paulo e Coimbra: RT e Coimbra, 2009, p. 117.

teor. A elaboração de uma constituição justa deve atender ao princípio da liberdade igual, tendo, deste modo, maiores chances de conduzir a uma legislação justa e eficaz, em consideração aos fatos gerais da sociedade em questão. Conquanto observados tais ditames, ter-se-á um procedimento imperfeito, ante a ausência de qualquer processo político factível para aferir a justiça das leis. Não se pode olvidar, outrossim, da necessidade de obediência da constituição estabelecida em razão da regra da maioria. O Estado de direito implica no “dever de obedecer a leis injustas em razão do nosso dever de apoiar uma constituição justa: sendo os seres humanos o que são, há muitas ocasiões em que esse dever entrará em cena.”⁴⁰¹ Acrescenta-se à argumentação do autor que eventuais excessos do legislador que perpetrem injustiças e maculem direitos do indivíduo poderão ser reparados judicialmente, em atenção ao postulado do devido processo legal analisado em minúcias no início deste trabalho.

Igualmente nesse sentido deve ser empreendida toda a interpretação do direito: visando a concretização das regras que regem as relações travadas em sociedade, sob pena de sanção. Sem esse instrumento de coerção, o direito deixaria de ter força cogente, não passando de recomendação desprovida de meios eficazes de efetivação. Daí a correta lição de Eros Grau, no sentido de que “interpretação e concretização se superpõem. Inexiste, hoje, interpretação do direito sem concretização; esta é a derradeira etapa daquela”⁴⁰², em sentido semelhante ao que Carrazza denomina *princípio da interpretação efetiva*⁴⁰³.

E mais: não apenas a interpretação, mas a aplicação do direito também tem o escopo de dotá-lo de efetividade. Assim, a afirmação de que determinado direito é dotado de aplicação imediata implica em reconhecer sua autossuficiência, sua independência em relação a qualquer outro ato legislativo ou administrativo necessário para usufruir de efetividade.⁴⁰⁴

Nesse sentido é o magistério de Carlos Ayres Britto, ao sustentar que as normas constitucionais devem ser interpretadas concedendo-lhe a maior eficácia possível, somente se admitindo eventual restrição de efetividade quando ela própria demandar, de maneira indubitosa, o adjutório de uma regra intercalar para então exarar seus efeitos em plenitude. Assim, “no ápice do dilema entre reconhecer pleno-operância de uma norma constitucional e sua dependência de regração de menor estirpe, a opção do exegeta só pode ser pela

⁴⁰¹ RAWLS, 2008, p. 437-443.

⁴⁰² GRAU, 2009, p. 29.

⁴⁰³ CARRAZZA, 2010, p. 53, para quem “as normas constitucionais veiculadoras de direitos fundamentais não de receber a interpretação que maior efetividade lhes empreste. Daí falar-se em *princípio da interpretação efetiva* das normas constitucionais, máxime daquelas que consagram direitos fundamentais.”

⁴⁰⁴ GRAU, 2004, p. 279.

operância plena da regra maior”, sob pena de transformar a lei maior em lei menor e vice-versa, numa nítida e indevida inversão de valores.⁴⁰⁵

Cumpra ainda discernir a efetividade jurídica da efetividade social da norma jurídica. A primeira delas consiste na aptidão do comando legal para produzir os efeitos que lhe são inerentes, regulando as situações que lhe dizem respeito. Esta noção é próxima à de validade (*Geltung*), que, no dizer de Otto Bachof, abrange duas espécies: a *positividade* (existência da norma como expressão de um poder efetivo) e a *obrigatoriedade* (vinculação jurídica dos destinatários da regra).⁴⁰⁶ Tal aspecto se distingue da *eficácia social*, aqui designada apenas como efetividade, “a concretização do comando normativo, sua força operativa no mundo dos fatos”, ou seja, a realização da norma, a atuação concreta de sua função social, aproximando o *dever-ser* normativo do *ser* da realidade social. Na verdade, a segunda pressupõe a primeira, na medida em que, para adquirir efetividade ou eficácia social, a norma deve estar formalmente apta a atuar, i.e., dotada de eficácia jurídica para irradiar todos os seus efeitos precípuos.⁴⁰⁷

É salutar a compreensão de Sérgio Resende de Barros a respeito, para quem a efetividade da Constituição constitui um processo que integra a eficácia jurídica à eficácia social e, “nessa soma, a efetividade é o acatamento do direito pela práxis social”. E completa:

A todo o Ocidente, a história mostrou mais: não basta garantir a eficácia jurídica sem buscar a eficácia social. Não basta declarar **direitos individuais**. Nem acrescentar direitos individuais a direitos individuais, mesmo que sejam direitos de ação. Urge cuidar dos recursos materiais para usufruí-los: completar a efetividade. Urgência, que tem acelerado o processo dos direitos humanos, inclusive como reflexo do próprio dinamismo da sociedade civil em se proteger da inércia e a solécia dos agentes estatais, traduzidas em desmandos e desvios da sociedade política.⁴⁰⁸

⁴⁰⁵ BRITO, Carlos Augusto Ayres de Freitas. *Teoria da Constituição*. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 198 e 200.

⁴⁰⁶ BACHOF, Otto. *Normas constitucionais inconstitucionais?*. Título original: *Verfassungswidrige Verfassungsnormen?* Tradução: José Manuel M. Cardoso da Costa. Coimbra: Almedina, 1994, p. 42.

⁴⁰⁷ BARROSO, 2006, p. 82-83.

⁴⁰⁸ BARROS, 2008, p. 178 e 239. Em sentido semelhante: “Uma norma só é aplicável na medida em que é eficaz. Por conseguinte, eficácia e aplicabilidade das normas constitucionais constituem fenômenos conexos, aspectos talvez do mesmo fenômeno, encarados por prismas diferentes: aquela como potencialidade; esta como realizabilidade, praticidade.” AFONSO DA SILVA, 2008, p. 60. Igualmente a respeito da distinção em estudo: “Coincidem os conceitos de *efetividade* e de *eficácia social*. Já a *eficácia*, neste novo sentido atribuído ao vocábulo, designa o modo de apreciação das conseqüências das normas jurídicas e de sua adequação aos fins por elas visados. *Eficácia*, então, implica a realização efetiva dos resultados buscados pela norma. Esses resultados – fins – aliás, podem ser explicitados em outras normas, as *normas-objetivo*.” GRAU, 2004, p. 284-285. Tratando do problema das normas adotadas que contrastam com a consciência coletiva e os valores primordiais da sociedade, anota Miguel Reale: “Há casos de normas legais, que, por contrariarem as tendências e inclinações dominantes no seio da coletividade, só logram ser cumpridas de

Semelhante a lição de Kelsen, distinguindo a vigência da eficácia da norma, embora a presença da segunda, ainda que em grau mínimo, seja pressuposto da primeira, *in verbis*:

Como a vigência da norma pertence à ordem do dever-ser, e não à ordem do ser, deve também distinguir-se a vigência da norma da sua eficácia, isto é, do fato real de ela ser efetivamente aplicada e observada, da circunstância de uma conduta humana conforme à norma se verificar na ordem dos fatos. Dizer que uma norma vale (é vigente) traduz algo diferente do que se diz quando se afirma que ela é efetivamente aplicada e respeitada, se bem que entre vigência e eficácia possa existir uma certa conexão. Uma norma jurídica é considerada como objetivamente válida apenas quando a conduta humana que ela regula lhe corresponde efetivamente, pelo menos numa certa medida.⁴⁰⁹

No caso das normas constitucionais, o problema ganha acentuada relevância, na medida em que a Constituição é a lei fundamental de organização do Estado, responsável por eleger e assegurar os direitos mais relevantes do indivíduo, por isso denominados *fundamentais*. Assim, de nada adianta a preocupação com o periférico se o cerne do ordenamento jurídico, as normas dotadas de maior relevância, não gozam do devido respeito e efetividade. Por isso, qualquer análise da efetividade dos direitos é emasculada de utilidade se não tomar, como ponto de partida, como alicerce central, os direitos constitucionalmente assegurados sob a rubrica da fundamentalidade.

Sérgio Sérulo da Cunha adverte sobre a distinção entre o plano lógico da eficácia, que diz respeito à incidência da lei; do plano concreto, que versa sobre a aplicação da norma, a “realização do preceito legal, a coincidência entre seu enunciado e os fatos, tal como passam a existir nas relações materiais de poder.” Quando ocorre um descompasso neste quesito, tem-se a inefetividade da Constituição, cujas consequências podem alcançar a ilegitimidade do regime por perda de seu fundamento, bem como a inconstitucionalidade do ordenamento e da atuação estatal. O autor justifica a maior dificuldade em se impor judicialmente o cumprimento das normas constitucionais em relação às leis em geral, considerando o maior temor imposto pelas sanções destas do que aquelas. Por outro lado, o maior violador da Constituição, especialmente no que toca à salvaguarda de direitos, é o próprio Estado, impondo entraves de ordem política e administrativa para a execução das decisões, muitas delas exaradas em sede complexa de jurisdição constitucional.

maneira compulsória, possuindo, desse modo, validade formal, mas não *eficácia* espontânea no seio da comunidade.” REALE, 1990, p. 112.

⁴⁰⁹ KELSEN, 2003c, p. 11-12. Do mesmo autor, distinguindo validade e eficácia da norma jurídica e abordando o princípio da eficácia: Idem, 2005, p. 42-62 e 173-174 e 177-178.

Acrescenta o autor que, a fim de lograr a almejada efetividade, a Constituição é dotada de garantias extrínsecas e intrínsecas. As primeiras, externas à Constituição, correspondem às condições sociais para sua realização. Nesse sentido, o desenvolvimento político e econômico assume papel fundamental para a Constituição alcançar maior obediência. A sociedade deve ter consciência do valor simbólico da Constituição, da classe política e dos profissionais do direito ao povo em geral. Já as garantias intrínsecas integram o texto da Constituição, consistindo nos instrumentos para torná-la efetiva, como o exercício dos direitos políticos, as situações de anormalidade constitucional (intervenção federal, estado de defesa e estado de sítio), as limitações de competências e o modo de previsão dos direitos fundamentais. A respeito desta última, a necessidade de implementação ou complementação de direitos pelo legislador ou a possibilidade deste restringir a eficácia da norma, ou mesmo a redação defeituosa, capaz de possibilitar interpretações contrárias ao comando normativo, contribuem para o déficit de efetividade constitucional. Para fazer frente a esta constatação, o constituinte valeu-se do tratamento da inconstitucionalidade por omissão.⁴¹⁰

Este descompasso no ordenamento jurídico afasta o Estado de Direito para dar ensejo ao *Estado legal* de Carré de Malberg concebido com base restrita ao regime político francês do início do século XX, na vigência da Lei Constitucional de 1875. Segundo o autor, no então vigente Estado legal, o Poder Executivo se limita à mera execução das leis, enquanto o Estado de direito é conduzido em benefício dos cidadãos, inclusive para protegê-los contra o arbítrio estatal.⁴¹¹

Aperfeiçoando estas noções, Sérgio Resende de Barros cunhou a expressão *Estado de legalidade*, que constitui a degeneração do Estado de direito, impedindo a atuação da lei na concreção dos valores sociais e dos direitos fundamentais, ignorando-se os resultados da aplicação da norma. Surge então o fenômeno do *legalismo*, pelo qual a lei procura dar uma roupagem com aparência de legalidade ao autoritarismo do soberano, legislando-se

⁴¹⁰ CUNHA, 2004, p. 18; e Idem, *Fundamentos de Direito Constitucional*. v. 2: *Morfologia e Técnica Constitucional*. São Paulo: Saraiva: 2008, p. 310-312.

⁴¹¹ O autor então aponta diversos traços diferenciadores do Estado de direito em relação ao Estado legal. CARRÉ DE MALBERG, 2004, p. 489-494. Ainda sobre o Estado legal: FERREIRA FILHO, 2007, p. 41 et seq. Sobre a justicialidade no Estado Legal, anota o autor: “O controle judicial, em face do caráter formalístico do Estado Legal, reduz-se aos aspectos exteriores, formais. Indaga meramente se há lei ou ato normativo com força de lei regularmente editado para aferir a validade de qualquer ato, mormente de governo. Não chegando ao conteúdo da norma, pondo fora do seu alcance a justiça, evidentemente não encara de ordinário a questão da igualdade. O respeito à lei tende a confundir-se com a subserviência ao legislador, ainda que este seja manifestamente violador da justiça.” Ibid., p. 63.

segundo suas conveniências políticas.⁴¹² No dizer de Eros Grau, “sob a aparência de sujeição ao ‘domínio da lei’ atua um Estado que lança mão da *legalidade* como instrumento de opressão e opróbrio”. No que toca aos direitos fundamentais, impera o Estado de legalidade em relação à base econômica que impede à maioria da população o exercício material de seus direitos individuais, sendo a lei, mais uma vez segundo Grau, “um dado de pura abstração”, reles “expressão formal do Estado de Direito”.⁴¹³

Tal situação pode dar ensejo, segundo Barros, ao chamado *legalismo programático*, pelo qual determinados direitos, de cunho econômico-social, ainda que formalmente previstos, não são de imediato *executáveis*, deixando de ganhar efetividade. Como consequência, a *Constituição-cidadã* torna-se mera *constituição-papelã*, ou seja, “um grandioso papel escrito, mas para ser mal interpretado e desempenhado: de fato, um papelão.” Assim, revelam-se indispensáveis mecanismos de garantia dos direitos, de conformidade à exposição do autor, *in verbis*:

A prática mostrou que não bastava a Constituição para garantir contra a espoliação. Foi preciso garanti-la para garantir. Daí, o **controle de constitucionalidade**. Por sua vez, a declaração garantiria os direitos dos governados. Bastaria declarar. A realidade também mostrou que, além de declarar, cumpria garantir a declaração. Em suma, fez-se necessário garantir as garantias: **buscar efetividade**. Primeiramente, a eficácia jurídica foi garantida no plano da própria eficácia jurídica pela inclusão de **direitos de ação** em uma segunda tiragem das declarações de direitos individuais.⁴¹⁴

Por isso, a efetividade da Constituição imprescinde de um Estado eminentemente de Direito, no qual o Poder Judiciário seja capaz de fazer valer os direitos fundamentais, quando as garantias e os demais mecanismos de proteção se mostrem falíveis. Por isso, o Judiciário é, no dizer de Themistocles Cavalcanti, “um dos principais instrumentos da liberdade política e da estabilidade jurídica dos indivíduos e das instituições”⁴¹⁵, ou ainda, como salienta Rosah Russomano, o “órgão capaz de opor-se às demasias ou arbitrariedades do Legislativo e do Executivo, tutelando os direitos inerentes à pessoa humana, dos quais se tornou, progressivamente, refúgio e guardião”.⁴¹⁶

⁴¹² BARROS, 2008, p. 237.

⁴¹³ GRAU, 2005, p. 169.

⁴¹⁴ E acrescenta: “Comumente, a ideologia do legalismo, pela via das normas programáticas, reduz o constitucionalismo social a letra morta, obstruindo a efetivação da **justiça distributiva** que busca distribuir mais equanimemente por todos a riqueza social produzida pela participação de todos no modo de produção, mas que o capitalismo tende a concentrar nas mãos de alguns: os proprietários dos meios e instrumentos de produção.” BARROS, 2008, p. 140-142 e 237.

⁴¹⁵ CAVALCANTI, T. B., 1963, p. 205.

⁴¹⁶ RUSSOMANO, 1970, p. 174-175. No mesmo sentido: CUNHA, 2008, p. 313.

Partindo desta premissa, é possível arrolar determinados pressupostos para a efetividade dos direitos constitucionalmente salvaguardados:

- 1) a Constituição, sem prejuízo de sua vocação prospectiva e transformadora, deve conter-se em limites de razoabilidade no regramento das relações de que cuida, para não comprometer o seu caráter de instrumento normativo da realidade social;
- 2) as normas constitucionais têm sempre eficácia jurídica, são imperativas e sua inobservância espontânea enseja aplicação coativa;
- 3) as normas constitucionais devem estruturar-se e ordenar-se de tal forma que possibilitem a pronta identificação da posição jurídica em que investem os jurisdicionados;
- 4) tais posições devem ser resguardadas por instrumentos de tutela adequados, aptos à sua realização prática.⁴¹⁷

De fato corretas se mostram tais ponderações. De nada adianta a Constituição prometer mais do que o Estado possa cumprir. Aliás, nesse sentido questiona-se o ânimo constituinte ao prever setenta e oito incisos na declaração de direitos do art. 5º, além de todos os outros assegurados ao longo de duzentos e cinquenta artigos, isto sem adentrar nas disposições transitórias, que já beiram uma centena. Corre-se um grave risco de direitos de maior relevância serem diluídos em meio a outros de questionável importância constitucional. Não que a Constituição devesse ser elaborada com grande timidez e comedimento. Ela deve sim traçar metas a serem perseguidas a longo prazo. Porém, deve se mostrar factível, alcançável, sob pena de perder sua autoridade de lei maior que vincula todo o Poder e o ordenamento jurídico para se tornar mera declaração de boas intenções, destituída de efetividade. Neste caso, a eficácia jurídica de todo o seu conteúdo não sairá da “folha de papel”, pois toda lei é criada para adquirir sua eficácia social. São, no dizer de Bandeira de Mello, determinações, e não meros “conselhos, opinamentos, sugestões”⁴¹⁸.

A aludida Constituição “folha de papel” advém das ideias de Ferdinand Lassalle, lançadas em uma conferência proferida para operários e intelectuais na Prússia, em 1863, intitulada *Que é uma Constituição? (Über die Verfassung)*. O trabalho ganhou

⁴¹⁷ BARROSO, 2006, p. 86. Em outra obra, o autor bem ilustra o raciocínio, relatando a existência de uma “crença desenganada de que é possível salvar o mundo com papel e tinta”, por meio de previsões de excessos irrealizáveis que tencionam o intérprete a “negar o caráter vinculativo da norma, distorcendo, por este raciocínio, a força normativa da Constituição. As ordens constitucionais devem ser cumpridas em toda a extensão possível. Ocorrendo a impossibilidade fática ou jurídica, deve o intérprete declarar tal situação, deixando de aplicar a norma por esse fundamento e não por falta de normatividade.” BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 221.

⁴¹⁸ “A Constituição não é um simples ideário. Não é apenas uma expressão de anseios, de aspirações, de propósitos. É a transformação de um ideário, é a conversão de anseios e aspirações em regras impositivas. Em comandos. Em preceitos obrigatórios para todos: órgãos do Poder e cidadãos.” BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Eficácia das normas constitucionais e direitos sociais*. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 11.

notoriedade, servindo de base para a concepção sociológica de Constituição. Segundo o autor, dentre outras coisas, a lei fundamental deve ser uma lei básica, servindo de fundamento para as demais leis, irradiando-se através das demais leis do sistema. Ademais, ganham relevância os chamados *fatores reais do poder*, que guardam semelhança com os *poderes de fato* de Burdeau, que são aqueles que constituem a força ativa e eficaz em uma determinada sociedade, informando “todas as leis e instituições jurídicas vigentes, determinando que *não possam ser*, em substância, *a não ser tal como elas são*”⁴¹⁹. No caso da Alemanha do século XIX em que vivia Lassalle, seriam os fatores reais a monarquia, a aristocracia, a grande burguesia e os banqueiros.

Deste modo, a essência da Constituição residiria, justamente, na *soma dos fatores reais do poder que regem uma nação*. Esta é a chamada *constituição real e efetiva*. Quando estes são condensados em um texto escrito, tornam-se o direito, as instituições jurídicas, a constituição jurídica ou escrita, por ele também chamada de *folha de papel*. Enquanto esta última existe nos países que adotam uma constituição escrita, característica dos tempos modernos, a constituição real e efetiva é inerente a todas as nações, dotadas dos seus fatores reais do poder. A Constituição escrita somente poderá ser considerada *boa e duradoura* quando corresponder à constituição real e efetiva, deitando suas raízes nos fatores reais do poder, sob pena de um inevitável conflito no qual aquela sucumbirá frente a esta, que traduz a realidade social da nação. Nesse sentido, revela-se desnecessário se apregoar a defesa da Constituição, quando ela reflete os fatores reais do poder, já que este respeito é inerente ao sistema, sendo a Constituição invulnerável. A tese é corroborada por Alf Ross, ao anotar que “todo poder soberano *de jure* tem como antecessor um poder soberano *de facto*”.⁴²⁰

Então sintetiza Lassalle seu raciocínio de forma conclusiva:

Os problemas constitucionais não são problemas de *direito*, mas do *poder*; a *verdadeira* Constituição de um país somente tem por base os fatores reais e efetivos do poder que naquele país vigem e as constituições escritas não têm valor nem são duráveis a não ser que expressem fielmente os fatores do poder que imperam na realidade social: eis aí os critérios fundamentais que devemos sempre lembrar.⁴²¹

⁴¹⁹ Para o autor, os poderes de fato teriam como desígnio maior se tornar o Poder oficial, e com isso “assegurar para si a dominação dos meios de criação do direito positivo”: BURDEAU, 2005, p. 73-78.

⁴²⁰ ROSS, 2007, p. 83.

⁴²¹ LASSALLE, 2001, *passim*.

Cumpra salientar que, segundo adverte Sérgio Resende de Barros, dentre os fatores reais do poder, o fator econômico tem papel preponderante na vida individual e social, de tal sorte a condicionar a constitucionalização do Estado pela sociedade civil. Em outras palavras, a Constituição não pode levar à ruína o modo de produção vigente numa sociedade civil burguesa, conquanto se admitam alterações pontuais de maior ou menor relevo, preservando sua essência, sua substância primária, que constitui o limite de possibilidade da Constituição, seu pressuposto lógico. Ademais, dirigindo-se diretamente à teoria de Lassalle, assenta Barros que o autor adotou uma visão restrita somente aos fatores reais do poder, sem despendar a devida atenção à reação do fato cultural sobre os fatores reais, que faz a Constituição mesma se converter em fator real, de modo a “reagir sobre os fatores reais para ordenar os fatos sociais”. Por fim, anota que a constituição real é o alicerce material da constituição formal resultante da evolução da *constituição total*, que tem por extrato normativo a *constituição jurídica*.⁴²²

Aderindo a tais considerações, afirma Cunha que “a efetividade é tanto maior quanto maior a inserção cultural da norma, de modo que o mundo civil é mais produtor de certezas do que o mundo constitucional.”⁴²³

As ideias de Lassalle ecoaram pela Europa, ensejando resposta de seu compatriota Konrad Hesse no opúsculo *A Força Normativa da Constituição (Die Normative Kraft Der Verfassung)*. Nele, Hesse afirma que a concepção de Lassalle parte do pressuposto de que há uma tensão permanente entre a norma estática e racional representada pela constituição jurídica, e a realidade fluida, prejudicando a eficácia da primeira, sucumbindo a constituição jurídica frente à constituição real. Esta última seria uma negação da segunda, contrapondo-se o direito constitucional com a própria essência da Constituição, desvalorando-se este enquanto ciência jurídica. Deste modo, estar-se-ia desprezando o Direito Constitucional como ciência normativa, como se fora ciência da realidade, caso da sociologia e da ciência política. Assim, esta cadeira “não estaria a serviço de uma ordem estatal justa, cumprindo-lhe tão somente a miserável função – indigna de qualquer ciência

⁴²² BARROS, 2008, p. 26; 58-62; 227-228 e 257. E arremata o autor: “a elaboração de uma Constituição pelos que representam a sociedade não visa **em princípio** defender a classe dominante nem a dominada, mas as relações estruturais da própria sociedade e, mormente, a estrutura basilar do modo em que se produz e reproduz a vida social. Na proporção em que fuja desse princípio, a constitucionalização corre o risco de gerar normas constitucionais socialmente ineficazes, ou seja, **inefetiváveis**.” E em outro momento: “Sem dúvida, ao ser fundada pelos fatos, a Constituição está submetida a uma necessidade ativa. Mas também, enquanto fundamento do direito, ela submete os fatos a uma **necessidade relativa**. O que depende da efetividade do direito constitucional. Sem efetividade, falha a disciplina normativa. A solução dos problemas fica entregue aos fatores reais. Aí o direito fica reduzido a letra morta.”

⁴²³ CUNHA, 2008, p. 312-313.

– de justificar as relações de poderes dominantes”, convertendo-se em mera ciência do *ser* e não do *dever ser*.⁴²⁴

Para evitar que isto aconteça, o autor ressalta a necessidade de se encontrar um caminho entre, de um lado, a total falta de normatividade pelo predomínio das relações fáticas e, de outro, uma normatividade desprovida de quaisquer elementos da realidade. A primeira, especialmente de natureza constitucional, imprescinde da realidade, tendo sua essência na vigência, ou seja, na possibilidade de concretizar faticamente a situação por ela regulada. Esta pretensão de eficácia não pode desconsiderar as condições históricas de sua realização, de ordem natural, técnica, econômica e social; porém, vai além da mera conformação desta pretensão às condições fáticas sociais e políticas, procurando ordená-las, estabelecendo uma relação de coordenação entre constituição real e constituição jurídica. Assim, na medida em que essa última vai logrando sua pretensão de eficácia, a Constituição adquire a devida força normativa. Para tanto, deve construir o futuro olhando para o presente, quer dizer, a Constituição deve estar vinculada às forças espontâneas do meio social e às tendências preponderantes do seu tempo, de modo a estabelecer uma “ordem geral objetiva do complexo de relações da vida”. Deve se atentar, outrossim, para a prática da Constituição, além do seu conteúdo, por todos os partícipes da vida constitucional, partilhando da chamada *vontade de Constituição*, para desenvolvimento desta força normativa, além de uma interpretação da Constituição subordinada ao princípio da *ótima concretização da norma*. E complementa:

Mas, a força normativa da Constituição não reside, tão-somente, na adaptação inteligente a uma dada realidade. A Constituição jurídica logra converter-se, ela mesma, em força ativa, que se assenta na natureza singular do presente (*individuelle Beschaffenheit der Gegenwart*). Embora a Constituição não possa, por si só, realizar nada, ela pode impor tarefas. A Constituição transforma-se em força ativa se essas tarefas forem efetivamente realizadas, se existir a disposição de orientar a própria conduta segundo a ordem nela estabelecida, se, a despeito de todos os questionamentos e reservas provenientes dos juízos de conveniência, se puder identificar a vontade de concretizar essa ordem. Concluindo, pode-se afirmar que a Constituição converter-se-á em força ativa se fizerem-se presentes, na consciência geral – particularmente, na consciência dos principais responsáveis pela ordem constitucional –, não só a *vontade de poder* (*Wille zur Macht*), mas também a *vontade de Constituição* (*Wille zur Verfassung*).

Então, conclui o autor:

Em síntese, pode-se afirmar: a Constituição jurídica está condicionada pela realidade histórica. Ela não pode ser separada da realidade concreta de seu

⁴²⁴ HESSE, 1991, p. 10-11.

tempo. A pretensão de eficácia da Constituição somente pode ser realizada se se levar em conta essa realidade. A Constituição jurídica não configura apenas a expressão de uma dada realidade. Graças ao elemento normativo, ela ordena e conforma a realidade política e social. As *possibilidades*, mas também os *limites* da força normativa da Constituição resultam da correlação entre ser (*Sein*) e dever ser (*Sollen*).

A Constituição jurídica logra conferir forma e modificação à realidade. Ela logra despertar ‘a força que reside na natureza das coisas’, tornando-a ativa. Ela própria converte-se em força ativa que influi e determina a realidade política e social. Essa força impõe-se de forma tanto mais efetiva quanto mais ampla for a convicção sobre a inviolabilidade da Constituição, quanto mais forte mostrar-se essa convicção entre os principais responsáveis pela vida constitucional. Portanto, a intensidade da força normativa da Constituição apresenta-se, em primeiro plano, como uma questão de vontade normativa, de vontade de Constituição (*Wille zur Verfassung*).⁴²⁵

Aderindo à argumentação de Hesse, afirma Barros não ser unilateral a relação entre texto (constituição formal) e contexto (fatores reais de poder). Isto porque a Constituição tanto atua sobre as forças sociais que a determinam como ela própria as determina. Deste modo, “a efetividade constitucional pode gerar e generalizar a **vontade da Constituição**. O texto constitucional adquire força cultural na medida em que se insere no contexto social”.⁴²⁶

Igualmente partindo da teoria de Hesse, Müller sustenta haver, na força normativa da constituição, um elemento de política constitucional de concretização, muito mais do que um ponto de vista da metódica da interpretação constitucional. Com base nesta teoria, o Tribunal Constitucional Alemão desenvolveu a chamada *efetividade dos direitos fundamentais*, como princípio de interpretação, pelo qual se busca dar interpretação ampla aos direitos fundamentais, escorado no enunciado “*in dubio pro libertate*”.⁴²⁷

Do embate de ideias de Lassalle e Hesse, não se pode subtrair a razão de nenhum dos autores. A Constituição jurídica pode e deve adquirir força normativa, a fim de modificar a realidade fática de uma sociedade, embora seja esta uma tarefa árdua e paulatina, que não se cumpre da noite para o dia. Nesse sentido, o Supremo Tribunal Federal tem empreendido um grande esforço para concretizar diversas conquistas da Constituição Federal de 1988, como a presunção de inocência, a vedação às provas ilícitas e o devido processo legal. Por outro lado, ainda resta muito a ser feito, considerando que muitas disposições ainda carecem de efetividade, tendo existência restrita à folha de papel. Seja pela falta de atuação do legislador e do administrador para regulamentar determinadas matérias e empregar os recursos orçamentários necessários, e, até mesmo, vontade política,

⁴²⁵ HESSE, 1991, p. 14-16, 18-19, 21-22 e 24.

⁴²⁶ BARROS, 2008, p. 229.

⁴²⁷ MÜLLER, 2010, p. 85.

parte da Constituição sucumbe frente aos fatores reais do poder, refratários às mudanças, que permitem a manutenção de práticas nefastas em muitos rincões do país como a compra de votos e o coronelismo.

Vislumbrando a possibilidade de a Constituição não passar de rele folha de papel ante sua hipertrofia, Ferreira Filho coloca em dúvida a real fundamentalidade de todos os direitos enunciados pela Constituição de 1988. Tal situação poderia exigir uma desvalorização do sentido de *fundamental*, que de *essencial* seria reduzido a *importante*, à semelhança da inflação que reduz o valor da moeda. Esta “inflação de direitos fundamentais” estaria inclusive fazendo a doutrina a estabelecer requisitos para que um determinado direito seja, de fato, assim considerado, sendo o problema mais grave em relação aos direitos de solidariedade (direitos de terceira dimensão), na medida em que não tutela interesses individuais, mas coletivos.

Assim, analisando-se o art. 5º da Constituição Federal seria possível identificar diversas constelações de direitos fundamentais, tendo-se, em torno de um direito fundamental considerado como “principal”, diversos outros que seriam seus satélites, de valor secundário, que funcionariam como “garantias” daquele. Tal situação não seria diferente da Constituição de 1967, que reconhecia os mesmos direitos básicos do indivíduo, à exceção da igualdade (vida, liberdade, segurança e propriedade), de modo que “todos os demais, que enunciam os vários parágrafos deste artigo, não passam de desdobramento destes quatro que são, verdadeiramente, os direitos fundamentais”.

Ademais, prossegue o autor, tendo em conta o grave risco da hipertrofia dos direitos fundamentais resultar em inefetividade da Constituição, o constituinte teria procurado prevenir tal risco com a disposição do aqui estudado § 1º do art. 5º, mas que não logra “fazer aplicável o inaplicável”, tampouco legitima o juiz a suprir a ineficácia, concedendo arbitrariamente uma ou outra feição a um direito não dotado de todos os seus elementos para completa aplicabilidade. Em verdade, haveriam instrumentos específicos para tanto, caso da ação de inconstitucionalidade por omissão e o mandado de injunção.⁴²⁸

Canotilho também aborda a inefetividade da Constituição hipertrofiada, desconectando a realidade fática do texto formal, no prefácio de sua tese de doutoramento, fruto do otimismo constituinte na consagração dos direitos, *in verbis*:

⁴²⁸ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Aspectos do direito constitucional contemporâneo*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 298-304; e Idem, 1983, p. 587.

Nestas linhas condensam-se alguns dos problemas levantados pela hipertrofia de imposições constitucionais. Elas são, muitas vezes, expressão mais de uma «ética de convicção» do que de uma «ética de responsabilidade prática», e, por isso, a consequência será a da grandiloquência nas palavras e a da fraqueza nos actos. Os constituintes moderados aceitam, no momento fundacional, compromisso emancipatórios (sic.) semanticamente formulados, mas não acreditam neles, nem tencionam levá-los à prática. Isto demonstra, porém, duas coisas. Em primeiro lugar, revela que é preciso parcimónia normativa quanto a posituação constitucional de imposições. Em segundo lugar, torna-se necessário manter a *externalização* das acções constitucionais tendentes a assegurar o cumprimento da Constituição.⁴²⁹

Por outro lado, ainda que enseje tais questionamentos, a postura do constituinte, também rende encômios na doutrina, inclusive se comparada à Constituição dos Estados Unidos, a que se opõe radicalmente em relação ao perfil liberal e consequente extensão. Este é o magistério de Sérgio Resende de Barros:

Também frequentam o direito constitucional essas soluções devidas à ingenuidade ideológica. Como a que ignora o condicionamento histórico-social para explicar a relativa ineficácia de constituições recentes, como a brasileira de 1988, pelo fato de não ser constituição sintética como a dos Estados Unidos de 1787, mas prolixas. Relaciona-se a efetividade constitucional com o número de artigos (ou até de páginas). Olvida-se o fato de ser aquela uma constituição liberal não-intervencionista, feita há mais de duzentos anos, bem mais limitada em seu conteúdo e mais simples em sua aplicação do que a Constituição brasileira de 1988, que representa uma recente geração de constituições sociais, nas quais o intervencionismo se alarga abundantemente.⁴³⁰

Sem abrandar o debate, uma singela constatação deve ser feita. Ainda que o constituinte de 1988 tenha realizado uma hipertrofia da declaração de direitos fundamentais – o que era de se esperar ante a transição de um regime ditatorial para o restabelecimento da democracia – muitas das disposições que antes se encontravam aglutinadas em um único dispositivo (outrora parágrafos, hoje alíneas), foram desmembradas em diversas, muitas das quais inclusive mantendo igual teor. É o caso, v.g., do direito de propriedade, antes assim definido no art. 153. § 22 na redação dada pela EC n. 1/1969:

⁴²⁹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador – Contributo para a Compreensão das Normas Constitucionais Programáticas*. 2. ed. Coimbra: Coimbra, 2001, p. XVII. Contudo, importante salientar que relata Ferreira Filho que o próprio Canotilho teria decretado a “morte” da Constituição dirigente, que seria substituída por uma “Constituição aberta”, embora ressalte ainda não haver publicação do autor lusitano a tal respeito. Em momento posterior Ferreira Filho faz a seguinte crítica às normas programáticas, características das constituições dirigentes: “a massa de disposições programáticas que incham as Constituições contemporâneas, mormente nos capítulos sobre a ‘ordem económica’ e sobre a ‘ordem social’, igualmente contribui para a desvalorização da ideia de Constituição. Frequentemente fruto de desejos em descompasso com o possível, não raro essas normas permanecem letra morta. Ora, quando uma parcela da Constituição é ressentida como não cogente, a imperatividade de toda a Constituição com isso perde.” FERREIRA FILHO, 2007, p. 67-69; 92-94.

⁴³⁰ BARROS, 2008, p. 152.

É assegurado o direito de propriedade, salvo o caso de desapropriação por necessidade ou utilidade pública ou por interesse social, mediante prévia e justa indenização em dinheiro, ressalvado o disposto no art. 161, facultando-se ao expropriado aceitar o pagamento em título da dívida pública, com cláusula de exata correção monetária. Em caso de perigo público iminente, as autoridades competentes poderão usar da propriedade particular, assegurada ao proprietário indenização ulterior.

O longo dispositivo abrange o conteúdo, no atual texto constitucional, do art. 5º, incisos XXII, XXIV, XXV e arts. 182, § 4º, inciso III e 184, *caput*. Portanto, com o emprego da técnica de desmembramento em substituição à aglutinação, pode-se obter melhor sistematização da matéria, sendo natural que a Constituição inflasse quanto ao número de artigos e parágrafos.

Retomando o tema de fundo, não se deve reduzir o papel das normas constitucionais a mero retrato fiel do mundo real, como se fora um espelho da sociedade. Incumbe à Constituição traçar objetivos “por mais utópicos que sejam”, assegurando direitos fundamentais de paulatina implementação, “um projeto para o futuro”.⁴³¹ Porém, não se pode aprovar um monumento jurídico que acabe por se revelar um estelionato constitucional, ante uma infinidade de garantias que não são factivamente implementadas dentro do tempo oportuno, negando a credibilidade que a Constituição deveria ostentar.

A título comparativo, na Argentina, segundo relata Sagües, os direitos arrolados na Constituição de 1853-1860, quando em contraste com outros textos no direito comparado, é deveras discreto, o que evitaria uma *crise de expectativa*. Por conta do contexto histórico quando de sua edição, a Carta seguiu a filosofia individualista e liberal, chamado de *liberalismo passivo*, partidário do *abstencionismo estatal* e do *laissez faire, laissez passser*. Deste modo, não prevê direitos *reais*, que são de fato praticados, mas apenas direitos *potenciais e formais*, cujo gozo depende das possibilidades do interessado. Exemplifica-se com a igualdade. Diferentemente do Brasil, o art. 16 da Constituição Argentina assegura apenas a igualmente formal perante a lei, e não a igualdade *real de situações*, não almejando criar uma sociedade igualitária de fato. Com a reforma constitucional de 1957, um novo marco ideológico, chamado *liberalismo ativo*, fez consignar direitos sociais e dos trabalhadores, com pretensões de realidade, que obrigariam o Estado a *facilitar positivamente* a concretização efetiva de tais direitos, como salários justos, participação nos lucros, seguridade social integral, aposentadorias e pensões e acesso a uma vida digna.

⁴³¹ MARMELSTEIN, 2008, p. 71-72.

Como resultado, tais direitos revelam-se distorcidos ou descumpridos, total ou parcialmente. O desrespeito a essas garantias pode ser atribuído, em parte, à manipulação da teoria das *cláusulas programáticas*, “que relegam sua efetivação à vontade discricionária do legislador”.⁴³²

Coerente com este pensamento, Konrad Hesse anota que, além das disposições técnico-organizatórias, a Constituição deve se limitar a *poucos princípios fundamentais* que apresentem conteúdo capaz de ser concretamente desenvolvido. Evita-se, assim, a constitucionalização de interesses efêmeros ou particulares que tenderão a ensejar sucessivas revisões constitucionais que mais valorizam exigências de ordem fática do que a ordem normativa vigente, “com a inevitável desvalorização da força normativa da Constituição”, maculando ainda sua estabilidade, elementar para desfrutar de eficácia.⁴³³

A programaticidade das constituições veio a lume com a Constituição alemã de Weimar, de 1919. Conforme relata Paulo Bonavides, tal fenômeno dissolveu o conceito jurídico de Constituição advindo do Estado liberal e dos juristas positivistas. O grande problema causado por esta nova concepção de lei constitucional diz respeito à dificuldade – ou mesmo impossibilidade – de transportar os princípios e direitos enunciados do campo abstrato para a ordem concreta das normas, ou seja, imprimir efetividade ao comando constituinte. Isto porque tais textos, apesar de terem recebido um enriquecimento de conteúdo, apresentam baixo grau de *juridicidade* (normatividade mínima e programaticidade máxima) ante a previsão de postulados abstratos, teses doutrinárias e “futuros comportamentos estatais”, enfim, normas cuja concretização demanda esforço hercúleo de transformação da realidade para gozarem de efetividade, no qual o *jurídico* perde espaço para o *político*.

Estes direitos sociais, prossegue o autor, são fundamentais para que a liberdade também seja real e eficaz para as camadas menos abastadas da sociedade. Constituem direitos de participação e de repartição, demandando uma postura ativa do Estado e a concretização de liberdade real e não apenas formal ou jurídica. Diferente, portanto, dos

⁴³² SAGÜÉS, 2003b, p. 292-294. Comentando o entusiasmo inicial com a promulgação da Constituição de 1988 e a subsequente “decepção constitucional, ante a ausência de compromisso político sincero em cumprir os ambiciosos objetivos previstos pelo poder constituinte”: MARMELESTEIN, 2008, p. 70-71.

⁴³³ HESSE, Konrad. *A Força Normativa da Constituição*. Título original: *Die Normative Kraft Der Verfassung*. Tradução: Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991, p. 21-22. Em sentido semelhante: “A eficácia normativa da Constituição se torna a partir daí condição insubstituível para contrabalançar o peso e a força da realidade, a saber, de um *statu quo* fático, muitas vezes rebelde à mudança e ao respeito das prescrições emanadas do consenso, tornando, assim, difícil e atropelado o exercício normal da vontade democrática num regime de liberdade e segurança de direitos.” BONAVIDES, Paulo. *Constituinte e Constituição: a democracia, o federalismo e a crise contemporânea*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 96.

direitos clássicos liberais, que possuem uma legitimidade e universalização abstrata, arraigada na consciência, suficientes para mantê-los efetivos. Como resultado, vislumbra-se “graves deformações ou retrocessos teóricos de negativa repercussão sobre a aplicabilidade das normas constitucionais” e consequente “quebrantamento e erosão dos alicerces jurídicos [...], acarretando assim danos à eficácia e positividade da norma suprema”.

Para solucionar esta crise constitucional, conclui ele, cumpre-se reconstruir o conceito jurídico de constituição, imprimindo valor normativo às suas disposições, de modo a atribuir eficácia vinculante às normas programáticas. Afinal, está-se diante de normas jurídicas, demandando, ao lado do conceito *político*, que é deveras indissociável de uma Constituição, a adequada e eficaz concepção *jurídica* da constituição, reconciliando-se estes dois conceitos.⁴³⁴

Ademais, é fundamental a arquitetura de um sistema para fazer valer os direitos nas hipóteses em que suas garantias se mostrem falhas, seja de natureza administrativa, caso do direito de petição, seja de cunho jurisdicional, tais como os remédios constitucionais. Para tanto, o controle jurisdicional e o direito de ação não podem encontrar limites legais ou serem exercitáveis por meio de um procedimento que se prolonga no tempo de forma excessiva e desarrazoada. Neste sentido é que a celeridade processual presta a sua parcela de contribuição para a efetividade da Constituição.

No âmbito jurídico, o Direito enquanto decisão só será justo se apresentar hoje possibilidades de satisfazer, num futuro próximo, tangível, os desejos dos demandantes. O processo, portanto, reúne, nesse diapasão, toda a responsabilidade por trilhar o caminho para o futuro, para a felicidade, uma vez que encera (sic.) temporalmente todas as fases que os demandantes deverão percorrer rumo à decisão. Isso implica dizer que é o processo jurídico que detém

⁴³⁴ BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 25. ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 232-237; e Idem, *A Constituição aberta: Temas políticos e constitucionais da atualidade, com ênfase no Federalismo das Regiões*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 184-185. Nesta obra, o autor ainda traz a seguinte constatação e advertência: “Essa liberdade e esses direitos, de incontestável natureza social, têm ainda alcance indefinido e extensão polêmica, correndo nas Constituições o risco de ficar sempre vazados em proposições demasiado abrangentes, genéricas e vagas, de teor programático, com o flanco aberto às evasivas dos intérpretes e dos aplicadores. Enquanto perdurar esse entendimento da impossibilidade de fixar-lhes limites ou determinar até onde o Estado pode e deve ser o distribuidor justo de bens materiais, os direitos sociais terão dificuldade de fazer-se ‘acionáveis’ ou ‘justiciáveis’, padecendo na praxe de graves falhas de aplicação, diante dos comportamentos omissivos do Estado. Em virtude disso, a estabilidade social, longe de converter-se em estabilidade jurídica, seria primeiro a expressão de uma política social imprevisível ou cambiante, e não o instrumento corretivo das desigualdades sociais.” Por fim, cumpre mencionar o estudo do autor a respeito da legitimidade da Constituição de 1988 levando-se em consideração o processo constituinte de sua elaboração que se encontra encerrado apenas do ponto de vista formal, ante as muitas leis regulamentadoras necessárias a imprimir a aplicabilidade a diversos pontos de fundamental importância do texto constitucional: Idem; ANDRADE, Paes de. *História Constitucional do Brasil*. 9. ed. Brasília: OAB Editora, 2008, p. 493-496.

o relógio do tempo do Direito e que pode, ou não, aplacar a angústia da espera e diminuir a distância entre o evento fático (passado) e a satisfação da resposta jurisdicional (futuro).⁴³⁵

A efetividade do processo, buscada por meio da economia de custo e de tempo, possibilita um melhor resultado da prestação jurisdicional, para os jurisdicionados e para o próprio Estado, a fim de assegurar o respeito aos valores constitucionais de maneira concreta e efetiva, com soluções justas e tempestivas. Em outras palavras, a mera declaração dos direitos não terá qualquer efetividade se não forem instituídos os meios para sua realização, incluindo procedimentos adequados, equitativos⁴³⁶ e céleres.

Por isso a importância, segundo Jorge Miranda, de assegurar, ao lado dos chamados *direitos fundamentais materiais*, os direitos *procedimentais*, tanto de ordem substantiva (relativos à participação no procedimento) como adjetiva (regras procedimentais acerca da tutela dos demais direitos). Daí a necessidade, sob a égide do Estado de Direito, de se assegurar proteção jurisdicional aos direitos fundamentais, pois “só assim valerão inteiramente como direitos”.⁴³⁷

Deste modo, tem-se resguardada a tríplice função do Estado em relação aos direitos fundamentais: respeito (não violação), proteção (não permitir que a violação ocorra) e promoção (possibilitar o gozo do direito por todos).⁴³⁸

Todavia, a realidade nem sempre observa a hierarquia das normas que eleva a Constituição ao topo do ordenamento jurídico. Constitui um verdadeiro paradoxo constatar que, justamente as normas dotadas de maior supremacia e superlegalidade, sejam as de menor eficácia, respeito e aplicabilidade. “Quantas normas constitucionais permanecem ficam letra morta! E quantos preceitos da constituição dispõem num sentido e a prática constitucional resolve em outro!”.⁴³⁹ Tem-se inegável descompasso entre a constituição formal – a letra da lei – e a constituição efetiva ou material – que vigora na realidade dos fatos e tem eficácia real. Na França, a doutrina ressalta a praxe de se editar leis em desconformidade com a Constituição, o que deve ser combatido pelo controle de constitucionalidade, garantindo-se o respeito e supremacia àquela.⁴⁴⁰

⁴³⁵ ANNONI, 2008, p. 195.

⁴³⁶ ABREU, 2008, p. 88.

⁴³⁷ MIRANDA, 2000, p. 93-95 e 256-257.

⁴³⁸ MARMELSTEIN, 2008, p. 285 et seq.

⁴³⁹ AFONSO DA SILVA, 2008, p. 16-17.

⁴⁴⁰ “Le plus fréquent, c'est que le législateur passe outre à la volonté du Constituant et vote des lois qui ne respectent pas les règles et les procédures posées par lui. La loi n'est pas conforme à la Constitution. A priori la situation paraît sans originalité et relever des mêmes voies de droit - du type recours por excès de pouvoir - qui permettent d'imposer le respect de la Constitution à l'exécutif dans son activité normative. La conformité

Pertinente o registro de Bandeira de Mello nesse mister:

... a Constituição não é um mero feixe de leis, igual a qualquer outro corpo de normas. A Constituição, sabidamente, é um corpo de normas qualificado pela posição altaneira, suprema, que ocupa no conjunto normativo. É a Lei das Leis. É a Lei Máxima, à qual todas as demais se subordinam e na qual todas se fundam. É a lei de mais alta hierarquia. É a lei fundante. É a fonte de todo o direito. É a matriz última da validade de qualquer ato jurídico.⁴⁴¹

A esse problema também dedicou atenção Karl Loewenstein, constatando uma crise da democracia constitucional na metade do século XX resultando uma desvalorização funcional e perda de prestígio da Constituição, mesmo nos países desenvolvidos. Duas seriam as causas desta celeuma: a não observância rígida da lei maior como era de costume, mesmo nos países de tradição normativa, por parte dos detentores do poder, que descuidam amiúde de seus deveres constitucionais; e a alarmante indiferença dos destinatários do poder frente à Constituição, caracterizando uma *atrofia da consciência constitucional*. Verifica-se uma deliberada desobediência à Constituição, que permanece como letra morta. Em alguns casos, isto se deve ao fato de uma determinada disposição se apresentar, desde logo, como de impossível realização. Porém, em grande parte tal descumprimento ocorre por razões puramente políticas, como um governo que esteja no poder em dado momento e entenda – ainda que de modo ilegítimo, acrescente-se – que determinada prescrição constitucional contraria seus interesses, ou os partidos que comandam os corpos legislativos apresentam objeções a uma dada norma; ou ainda a pressão social e econômica de alguns grupos de interesses ou a política exterior.

Sobre a segunda causa de desvalorização, compreende o autor que se passou um distanciamento emocional e intelectual dos destinatários do poder em relação à Constituição, tendo hodiernamente pouco significado para as pessoas simples. Sua leitura desperta interesse de minúscula parcela da população, não tratando daqueles que realmente poderiam dela usufruir. Neste sentido, o direito constitucional teria se convertido numa ciência oculta, acessível a uma minoria de juristas. O texto constitucional também teria sua parcela de responsabilidade, na medida em que são cada vez mais complexos, fruto de manipulações de políticos profissionais, perdendo o elo de identificação ou valor afetivo

de la loi à la Constitution sera assurée par un contrôle de la constitutionnalité des lois. Celui-ci garantira le respect de la volonté du Constituant et par là suprématie de la Constitution. En son absence, le législateur apparaît comme supérieur au Constituant, ou au mieux son égal, puisque ce que l'un a fait l'autre peut le défaire, il n'y plus de prééminence hiérarchique de la Constitution sur la loi.” ARDANT, Philippe; MATHIEU, Bertrand. *Institutions Politiques et Droit Constitutionnel*. 21^e ed. Paris: L.G.D.J., 2009, p. 99.

⁴⁴¹ BANDEIRA DE MELLO, 2010, p. 12.

para com o povo que rege e deixando de ser uma realidade viva da sociedade. Em relação aos países de constituições mais recentes, que tais leis demandam tempo para adentrarem na consciência da nação, propiciando à comunidade o conhecimento de suas vantagens e desvantagens paulatinamente, até ser capaz de exercer “uma poderosa influência educativa”. Ao invés disto, verifica-se uma relação de indiferença mútua entre a Constituição e o povo por ela regido. Conquanto o povo esteja apto a reivindicar justiça social e seguridade econômica, nem a mais perfeita das constituições mostra-se apta a atender tais desígnios. “A constituição não pode salvar o abismo entre pobreza e riqueza; não pode dar nem comida, nem casa, nem roupa, nem educação, nem descanso, é dizer, as necessidades essenciais da vida”. Nos países em que a situação revela-se mais favorável, a conquista não se deve à Constituição, mas teria ocorrido apesar e fora dela. As questões essenciais da vida diária da população igualmente não são decididas pelos órgãos constitucionalmente estabelecidos, mas pelos grupos de interesses e partidos políticos.

Aquilo que a Constituição descreve completa e detalhadamente, relativamente ao processo político travado pelos detentores de poder, não concernem ao homem médio. A Constituição deixou de atender ao seu maior desígnio: a criação de uma ordem social a prova de choques e crises. Por isso, conquanto tenha a constituição escrita conquistado, quantitativamente, quase o mundo inteiro, do ponto de vista qualitativo, vive seu ponto mais baixo de prestígio, refletindo uma crise do Estado democrático constitucional do futuro. O constitucionalismo ocidental demonstrou um otimismo ingênuo ao reputar suficiente dar ao povo uma boa constituição para que dela fosse feito um bom uso, mas acabou por arvorar “panaceias escatológicas de flautas mágicas dos caçadores de ratos”.

Conclui o autor exarando que a Constituição não se mostrou hábil em controlar e limitar o poder político, evitando o retorno de uma autocracia que, agora, com feição moderna, pode perverter a Constituição, convertendo-a em instrumento legitimador de poder ilimitado. E, finalizando em relação ao distanciamento do cidadão para com a lei fundamental, asseverou:

Aun los Estados que han mantenido su conformación democrático-constitucional, la masa de la población, con pocas excepciones, se ha alejado visiblemente de sus constituciones. Cada vez más, los procedimientos constitucionales van siendo sustituidos por la dinámica extraconstitucional de los grupos pluralistas a los que están unidos íntimamente la vida y la felicidad de cada ciudadano. La revitalización de la consciencia constitucional en los destinatarios del poder tiene una importancia crucial si la sociedad democrático-constitucional quiere sobrevivir. Cómo tendrá que ser llevada a cabo esta tarea – bien acercando al pueblo a su constitución a través de medidas educativas, o

acercando las constituciones al pueblo, reformándolas y modernizándolas –, es algo que se escapa a la visión del autor.⁴⁴²

Quando se aborda os direitos constitucionais, mostra-se relevante a distinção entre garantias *sociais*, consistentes no provimento, por parte do Estado, das necessidades materiais dos cidadãos, de ordem individual e coletiva; *políticas*, relativas à forma e condições para exercício do poder no Estado (atreladas essencialmente aos direitos políticos); e *jurídicas*, atinentes aos instrumentos protetivos dos direitos de ordem processual, em caso de ameaça ou violação aos direitos, exercitáveis perante o Poder Judiciário, protagonista maior da interpretação do ordenamento jurídico e incumbido de ditar, em caráter definitivo, a solução cabível das controvérsias, aplicando a lei ao caso concreto. Para tanto, há dois institutos fundamentais destinados ao cumprimento das normas em geral: o direito à tutela jurisdicional, consagrado pelo direito de ação ou inafastabilidade do Poder Judiciário (art. 5º, inciso XXXV da CRFB) e o devido processo legal. Na verdade, acesso à justiça implica numa prestação jurisdicional em prazo razoável, exarando uma decisão justa, eficaz e efetiva, que igualmente são características inerentes ao devido processo legal. Destarte, este pressupõe a efetividade da jurisdição. Impossível, por isso, dissociar tais garantias.⁴⁴³

Em síntese, a doutrina da efetividade da Constituição e a exigibilidade judicial dos direitos fundamentais pode ser assim apresentada:

Todas as normas constitucionais são normas jurídicas dotadas de eficácia e veiculadoras de comandos imperativos. Nas hipóteses em que tenham criado direitos subjetivos – políticos, individuais, sociais ou difusos – são elas, como regra, direta e imediatamente exigíveis, do Poder Público ou do particular, por via das ações constitucionais e infraconstitucionais contempladas no ordenamento jurídico. O Poder Judiciário, como consequência, passa a ter papel ativo e decisivo na concretização da Constituição.⁴⁴⁴

A proteção jurisdicional, além de ser alicerce do Estado de Direito, restou consolidada pela Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, em seu artigo VIII, *in verbis*: “Toda pessoa tem o direito de receber dos Tribunais nacionais competentes

⁴⁴² LOEWENSTEIN, 1986, p. 222-231.

⁴⁴³ BARROSO, 2006, p. 119-123; 134-135; e MATTOS, S. L. W. de, 2009, p. 252.

⁴⁴⁴ BARROSO, 2010, p. 223. Adiante o autor arremata: “O *positivismo constitucional*, que deu impulso ao movimento, não importava em *reduzir* o direito à norma, mas sim em *elevá-lo* a esta condição, pois até então ele havia sido menos do que norma. A efetividade foi o rito de passagem do velho para o novo direito constitucional, fazendo com que a Constituição deixasse de ser uma miragem, com as honras de uma falsa supremacia, que não se traduzia em proveito para a cidadania”. Ibid, p. 225. No mesmo sentido: MARMELSTEIN, 2008, p. 150-153.

recurso efetivo para que os atos que violem os direitos fundamentais que lhe sejam reconhecidos pela Constituição ou pela lei”. Igualmente a Convenção de Salvaguarda dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais, aprovada em Roma, em 1950, assegura a toda pessoa o direito de ter sua causa julgada com equidade e num prazo razoável (art. 6º, 1).

Destarte, a possibilidade do cidadão socorrer-se do Judiciário para ver seus direitos respeitados ou reestabelecidos atende ao ideal de um efetivo e materialmente consagrado Estado de Direito, que assegura aos cidadãos um poder jurídico de agir perante uma autoridade jurisdicional, inclusive em face de atos estatais que solapem seus direitos, segundo Carré de Malberg⁴⁴⁵.

Ademais, a efetividade da Constituição depende, inexoravelmente, da organização da sociedade civil como instrumento de pressão aos poderes constituídos, o que ganhou relevância durante o regime militar, suplantando a atuação dos partidos políticos, que restou obstruída. Assim, desempenhou fundamental papel entidades como a Ordem dos Advogados do Brasil e outras de caráter político (Confederação Nacional dos Bispos do Brasil – CNBB); científico (Sociedade Brasileira para o Progresso da Ciência – SBPC); sindicatos e entidades de classe, de determinados seguimentos sociais e de minorias; ambientais, além das organizações não governamentais. Trata-se, pois, de indispensável mecanismo informal, não institucionalizado, de cunho político e social, salutar para o controle da efetividade do direito, exigindo o cumprimento do direito posto e a “conformação da atuação do Poder Público ao sentimento coletivo”. É a chamada cidadania participativa, que atua como instrumento de estabilização, não de transformação, refletindo – e não promovendo – as conquistas sociais fruto de lento e paulatino amadurecimento das reivindicações populares.⁴⁴⁶

Salutar, porém, a advertência de Sérgio Resende de Barros de que “sem a escolta dos seus intelectuais, a sociedade civil poderá ter instituições escamoteadas pelo agenciamento constituinte. Como tem na Constituição de 1988”.⁴⁴⁷ Ademais, para que a propalada participação da sociedade seja efetiva, a cultura política deve se compatibilizar com a Constituição que o rege, sob pena de ineficácia, fruto de um idealismo constitucional, como relata Ferreira Filho, *in verbis*:

⁴⁴⁵ CARRÉ DE MALBERG, 2004, p. 489-490.

⁴⁴⁶ BARROSO, 2006, p. 125-127.

⁴⁴⁷ BARROS, 2008, p. 179.

Tal disparidade seria essencialmente o fruto do descompasso entre o constitucionalizado e o possível, num dado momento, para um determinado povo. Quer dizer, a consagração, em toda a pureza, de fórmulas abstratamente ideais, sem levar em conta o povo que deve vivenciá-las e os fatores condicionantes de sua cultura, produz essa ineficácia por idealismo. As normas postas estão de tal modo acima da cultura política do povo que não obtêm a adesão dele, por serem para ele incompreensíveis. Isto ocorre igualmente quando instituições são transplantadas de um Estado para outro, sem que se tenham em conta as condições de sua formação e arraigamento acolá, sem que se leve em consideração aqui a realidade que vai recebê-las.

Evidentemente, isto não significa que a Constituição, para ser eficaz, deva ser uma constituição histórica, resultante de uma evolução natural, gerada inconscientemente pelos homens através da sucessão de eventos. Mas sim que as normas de uma Constituição devem estabelecer um dever-ser que eventualmente aprimore uma situação estabelecida, dentro dos limites do possível. Isto é, as mudanças não podem ser nem exageradas nem bruscas demais, devem graduar-se em função do nível de cultura política alcançado pelo povo e dos demais fatores condicionantes da ordem política. Na ponderação desse possível, está a sabedoria, a prudência, diriam os romanos, do constituinte.⁴⁴⁸

Quanto mais próximo o povo estiver da tomada das decisões políticas, cobrando soluções para os problemas que o aflige, melhor tende a ser o desempenho dos poderes políticos democraticamente instituídos. Da mesma forma, quanto maior o número de intérpretes da constituição, fomentando o debate e a maturação de seus institutos, maior respeito e efetividade a Constituição terá.

Compartilhando deste ideal, Peter Häberle escreveu seu opúsculo *Hermenêutica Constitucional – a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição*. Segundo ele, deve haver amplo círculo de participantes do processo de interpretação, para que este seja pluralista, em processo de feição difusa, que rompe o modelo de “sociedade fechada” nos quais a interpretação restringe-se subjetivamente aos magistrados e objetivamente aos procedimentos formais. Todos aqueles que, por algum modo, acabam por “viver” a norma, ou são dela destinatários, tendem a se tornar, de forma lata, seu intérprete ou cointérprete. Desta sorte, devem integrar o processo de interpretação os órgãos de Estado, as potências públicas, os cidadãos – individual e coletivamente organizados –, de modo que “os critérios de interpretação constitucional hão de ser tanto mais abertos quanto mais pluralista for a sociedade”.⁴⁴⁹

⁴⁴⁸ FERREIRA FILHO, 2007, p. 98.

⁴⁴⁹ HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica Constitucional. A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição*. Título original: *Die offene gesellschaft der verfassungsinterpreten. Ein beitrag zur pluralistischen und “prozessualen” verfassungsinterpretation*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002, p. 11-15.

A Constituição Federal buscou imprimir efetividade aos direitos fundamentais com um dispositivo de relativa simplicidade, sentenciando, no § 1º do art. 5º que “as normas definidoras de direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”. A norma foi fruto da Comissão Provisória de Estudos Constitucionais (Comissão Afonso Arinos), que trazia em seu anteprojeto a seguinte redação: “Art. 10. Os direitos e garantias constantes desta Constituição têm aplicação imediata”.⁴⁵⁰

Em verdade, tal previsão segue outras congêneres existentes alhures. É o caso da Lei Fundamental da República Federal da Alemanha (“Os direitos fundamentais aqui enunciados constituem preceitos jurídicos diretamente aplicáveis, que vinculam os Poderes Legislativo, Executivo e Judicial” – art. 1º, item 3); da Constituição Portuguesa (“Os preceitos constitucionais respeitantes aos direitos, liberdades e garantias são diretamente aplicáveis e vinculam as entidades públicas e privadas” – art. 18, item 1); da Constituição de Cabo Verde de 1992 (“as normas constitucionais relativas aos direitos, liberdades e garantias são directamente aplicáveis” – art. 18º); e da Constituição da República Oriental do Uruguai de 1969:

Art. 332. Los preceptos de la presente Constitución que reconocen derechos a los individuos, así como los que atribuyen facultades e imponen deberes a las autoridades públicas, no dejarán de aplicarse por falta de la reglamentación respectiva, sino que ésta será suplida, recurriendo a los fundamentos de leyes análogas, a los principios generales de derecho y a las doctrinas generalmente admitidas.

A esse respeito, Jorge Miranda informa ser tal norma fruto da revolução copernicana do Direito público europeu, sob os auspícios da Constituição alemã de 1949 (art. 1º, n. 3). Por meio dele, verifica-se que a Constituição passa a impor comportamentos dos órgãos e agentes do poder, conformando o relacionamento destes com os cidadãos, independentemente de regulamentação legislativa, que não mais se faria necessária.⁴⁵¹

Já Canotilho relata que, até meados do século XX, imperava na Europa um ar de dúvida a respeito da *validade, vinculatividade, atualidade e força obrigatória geral* dos direitos fundamentais arrolados nos textos constitucionais, que restavam enfraquecidas, demandando-se leis regulamentadoras para adquirir robustez jurídica. Do contrário, não passavam de meras declarações político-constitucionais. Deste modo, dispositivos como os

⁴⁵⁰ BARROSO, 2006, 139-140. O autor defende a regra, conquanto nela reconheça pouca lógica, incumbindo ao Poder Judiciário a tarefa de aplicar as normas constitucionais em caso de descumprimento, não havendo, outrossim, óbice à concretização do preceito constitucional em caso de falta de lei integradora, com base na regra do art. 4º da Lei de Introdução do Código Civil para integração do direito nos casos de omissão da lei.

⁴⁵¹ MIRANDA, 2000, p. 311.

acima transcritos almejam reforçar a positividade dos direitos fundamentais, outorgando uma força normativa autônoma que prescinde de lei concretizadora. Não obstante este esforço, não é possível reconhecer, a todos os direitos fundamentais, o status de direitos subjetivos dotados de teor absoluto, mas permitem ao indivíduo invocar tais direitos em seu favor. Já a aplicabilidade direta dependeria de um grau suficiente de determinabilidade da norma, “um conteúdo jurídico-constitucional, em que se defina o âmbito de proteção de um direito fundamental e os respectivos efeitos jurídicos e, ainda, as dimensões fundamentais das restrições necessárias à harmonização de direitos conflitantes.” Devem ser atendidos os pressupostos de fato, as consequências ou efeitos jurídicos e as cláusulas restritivas do âmbito de proteção de modo suficientemente determinado, a fim de garantir efetividade e vinculatividade das normas consagradoras de direitos e garantias fundamentais.⁴⁵²

Na França, a doutrina e o Conselho Constitucional buscam igualmente assegurar aplicabilidade imediata a direitos fundamentais, dispensando *interpositio legislatoris*:

Conforme observado anteriormente, o Conselho Constitucional considera que todos os direitos fundamentais são imediatamente aplicáveis no exercício de seu controle. Em várias decisões, o Tribunal Constitucional foi além de deixar claro que tanto as autoridades administrativas como judiciais devem aplicar diretamente as normas constitucionais. E, de fato, as autoridades estão agora a aplicar diretamente a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, o Preâmbulo da Constituição de 1946 e os princípios fundamentais reconhecidos pelas leis da República, sem passar pelo intermédio da lei. (tradução livre)⁴⁵³

Verifica-se, deste modo, uma tendência mundial em assegurar aplicabilidade imediata aos direitos fundamentais, não os relegando ao alvedrio do administrador ou à atuação do legislador. Contudo, tal preceito encerra interpretações diversas, não se tendo, até o momento, havido um consenso do significado e alcance deste preceito, seja na doutrina pátria, seja no direito comparado, constituindo, segundo Ingo Wolfgang Sarlet um dos temas mais polêmicos do direito constitucional na atualidade⁴⁵⁴.

⁴⁵² CANOTILHO, 2004, p. 145-149.

⁴⁵³ “Comme nous l'avons constaté précédemment, le Conseil constitutionnel considère que l'ensemble des droits fondamentaux inscrits sont d'application immédiate lorsqu'il exerce son contrôle. Dans plusieurs décisions, le juge constitutionnel va au-delà en laissant clairement entendre que tant les autorités administratives que juridictionnelles doivent appliquer directement les normes constitutionnelles. Et effectivement les autorités appliquent désormais directement la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen, le Préambule de la Constitution de 1946 et les principes fondamentaux reconnus par les lois de la République sans passer par l'intermédiaire de la loi.” FAVOREU et al., 2009, p. 885.

⁴⁵⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 8. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 273-274.

Da análise da disposição poderia se compreender que, sendo os direitos e garantias fundamentais de aplicação imediata, não faria sentido que a mesma Constituição previsse, dentre os remédios constitucionais, o mandado de injunção “sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania”, *ex vi* do art. 5º, inciso LXXI. Todavia, antes de se concluir que tais dispositivos encerrariam uma verdadeira contradição, tratam-se de comandos que se complementam. Por isso, é verossímil assentar que todos os direitos fundamentais possuem aplicação imediata. Aqueles que se encontram prescritos em normas de eficácia limitada (de princípios institutivos ou de princípios programáticos) terão tal aplicabilidade justamente pela aplicação do mandado de injunção – que, deste modo, faz a *mediação* do direito fundamental, cuja aplicabilidade, a bem da verdade, não seria imediata, mas mediata, considerando a necessidade de instrumento para a devida integração do direito.⁴⁵⁵

Tratando da eficácia dos direitos fundamentais, Ingo Sarlet destaca as diversas interpretações doutrinárias possíveis da regra em comento. No tocante à situação topográfica do dispositivo, afirma não ser possível restringi-lo aos direitos e garantias individuais e coletivos do art. 5º, considerando que o § 1º refere-se aos “direitos e garantias fundamentais”, fórmula genérica que abarcaria todas as disposições desta natureza constantes do texto constitucional. Haveria ainda entendimento de que uma exegese restritiva se imporia tendo em vista que o constituinte teria dito mais do que pretendida, considerando a literalidade das palavras. Ademais, a hermenêutica aplicável ao caso não pode olvidar que a Constituição brasileira não distingue os direitos de liberdade dos

⁴⁵⁵ Em sentido semelhante: Ibid., p. 278-279. O autor conclui a respeito: “Todavia, por mais sedutora que nos pareça a tese dos que propugnam, em última análise, a inexistência de normas programáticas na Constituição, com base numa exegese que integra o princípio da aplicabilidade direta dos direitos fundamentais e dos institutos do Mandado de Injunção e da inconstitucionalidade por omissão, entendemos não corresponder ela ao nosso sistema constitucional vigente.” Igualmente o magistério de Ferreira Filho, que, após louvar a intenção dos constituintes em dar efetividade aos direitos da Constituição, entende não ser o dispositivo em estudo suficiente para atingir tal desiderato, quando não se tratar de norma constitucional completa, ou seja, dotada de todos os elementos necessários para adquirir pronta e completa efetividade. E conclui: “A aplicação imediata das normas definidoras de direitos e garantias fundamentais tem por limite a natureza das coisas. Isto é, não pode ter aplicação imediata, diga o que disser a Constituição, uma norma incompleta. E a melhor prova disso é que a Constituição, que no art. 5º, § 2º [*rectius*, § 1º], afirma solenemente a aplicação imediata das normas definidoras de direitos e garantias fundamentais, prevê no mesmo art. 5º, LXXI, um mandado de injunção para o caso em que direitos, liberdades e prerrogativas fundamentais inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania não podem ser exercidos por falta de norma regulamentadora...” FERREIRA FILHO, 2009b, p. 314-315. Por fim, Cláudio Lembo vislumbra duas possibilidades de aplicação do dispositivo: as futuras *leis regulamentadoras* dos direitos e garantias teriam aplicabilidade no dia de sua publicação *ou então* os direitos e garantias expressos na Constituição vigorariam a partir da própria vigência do texto constitucional, podendo-se fazer uso dos instrumentos garantidores do art. 5º (remédios constitucionais), salvo quando a norma não exigir lei infraconstitucional. O autor adere ao segundo posicionamento. LEMBO, 2007, p. 226.

direitos sociais, sendo ambos integrantes do gênero direitos fundamentais, submetidos ao mesmo regime jurídico. Assim, deve-se adotar uma concepção materialmente aberta dos direitos e garantias fundamentais, que conteria todo o Título II da Constituição bem como todas as outras normas de previsão de direitos fundamentais. Atende-se, deste modo, ao § 2º do art. 5º, que confere caráter meramente exemplificativo ao rol de direitos do mesmo artigo.

Mais especificamente em relação aos posicionamentos doutrinários do mencionado § 1º, Sarlet anota haver três orientações. Uma primeira, mais restrita, que não vislumbra a possibilidade de se conferir aplicabilidade imediata a direitos que não a possuem, não se podendo alterar a natureza das coisas, estando, quando o caso, tal eficácia subordinada aos termos da lei. Num ponto intermediário, confere-se aplicabilidade imediata a todos os direitos, ressalvando-se apenas aqueles para os quais o constituinte expressamente tenha reservado a concretização ao legislador, bem como aqueles cujas previsões não contêm todos os elementos mínimos indispensáveis a assegurar a pronta aplicabilidade, independentemente de qualquer outra providência. Por fim, a terceira posição dirige-se ao outro extremo, conferindo imediata aplicabilidade mesmo às normas de cunho eminentemente programático, possibilitando “o gozo de direito subjetivo individual, independentemente de concretização legislativa”. Aliás, poderia se advogar a tese de que não existem normas de eficácia programática, considerando que a Constituição teria criado os instrumentos hábeis para possibilitar o exercício de todos os direitos fundamentais, em especial o mandado de injunção e a ação direta de inconstitucionalidade por omissão.

Independentemente do posicionamento adotado, destaca o autor que o comentado § 1º almejou evitar um esvaziamento dos direitos fundamentais, que poderiam, no caso de demandar atuação suplementar do legislador ou do administrador, resultar em letra morta da Constituição. Não obstante, a previsão não teria o condão de, por si só, impedir que determinados direitos somente pudessem ter real eficácia após o tratamento da matéria pelo legislador, mas impõe aos Poderes públicos o dever de maximizar a eficácia dos direitos fundamentais, nos âmbitos legislativo, executivo e judiciário, ou ainda para todos os órgãos públicos e particulares. Ademais, eventuais omissões poderiam ser suplantadas por meio das regras de integração do direito constantes do art. 4º da Lei de Introdução ao Código Civil, que determina ao juiz a aplicação ao caso concreto da analogia, dos costumes e dos princípios gerais de direito nas hipóteses de omissão da lei. Ressalta, ainda, que, em relação aos direitos sociais de natureza prestacional, outros fatores devem ser levados em consideração, como os limites da reserva do possível, a legitimidade dos

tribunais para a implementação de direitos consubstanciados em programas socioeconômicos (o chamado *ativismo judicial*) e a colisão com outros direitos fundamentais. Então concluir ter a norma cunho eminentemente principiológico, um “mandamento de otimização (ou maximização)”, pelo qual todo o poder público deve propiciar a maior eficácia possível aos direitos fundamentais. Destarte, restaria estabelecida uma presunção de imediata aplicabilidade dos direitos fundamentais, devendo eventual recusa na aplicação ser fundamentada e devidamente justificada.⁴⁵⁶

Vislumbrando o imediato cumprimento dos direitos fundamentais pelos particulares e aplicação pelo Estado, sem qualquer suplementação legislativa ou administrativa, de modo a torná-los jurídico ou formalmente efetivos, encontra-se a doutrina de Eros Grau. O autor relega o caráter meramente programático de tais preceitos, que passam a ostentar autoexecutoriedade. Porém, não se pode conferir efetividade *material* ou eficácia apenas com escólio no § 1º do art. 5º. Desta feita, as decisões judiciais que determinam o atendimento de determinado direito não garante a devida produção das condutas requeridas pelas normas individuais exaradas pelo Judiciário, nem mesmo os resultados buscados por estas normas. Em síntese, deve-se repudiar a carência de eficácia das normas ditas programáticas, levando-se em consideração o mandamento em estudo, conjugado com os meios de supressão da inconstitucionalidade por omissão, ainda que não se alcance, com isto, a *imediata* aplicabilidade desejada pela norma.⁴⁵⁷

Flávia Piovesan inicialmente ressalta que os direitos e garantias fundamentais são “dotados de especial força expansiva, projetando-se por todo o universo constitucional e servindo como critério interpretativo de todas as normas do ordenamento jurídico”. Então, a respeito do art. 5º, § 1º em comento, sustenta se tratar de princípio que realça a força normativa de todos os direitos fundamentais, estabelecendo um regime jurídico próprio para eles, pelo qual os Poderes Públicos devem conferir-lhes eficácia máxima e imediata. Com isto, busca-se assegurar a “força dirigente e vinculante” de tais preceitos, tornando-os diretamente aplicáveis perante os três Poderes.⁴⁵⁸

Estudando a aplicabilidade das normas constitucionais, José Afonso da Silva vislumbrou dois significados para o aludido dispositivo. Primeiramente a regra significaria que as normas definidoras de direitos e garantias fundamentais seriam aplicáveis “até onde as instituições ofereçam condições para seu atendimento”; em segundo lugar, que o

⁴⁵⁶ SARLET, 2007, p. 273-285.

⁴⁵⁷ GRAU, 2004, p. 287-288.

⁴⁵⁸ PIOVESAN, Flávia Cristina. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*. 11. ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 35-36.

Judiciário não poderia se negar a aplicar tais normas quando instado diante de uma situação concreta alcançada pelo direito, devendo reconhecê-lo de acordo com as instituições existentes. Ademais, a mencionada regra, atrelada ao mandado de injunção, “torna todas as normas constitucionais potencialmente aplicáveis diretamente”, além da previsão, na Constituição, da inconstitucionalidade por omissão e a iniciativa popular.⁴⁵⁹

Poderia ainda se sustentar que o reconhecimento de direitos fundamentais como normas de eficácia limitada subverteria o sistema, condicionando o exercício do direito à atuação regulamentadora do legislador, de modo a conceder ao poder constituído mais poderes do que o próprio poder constituinte. A falta de efetividade de determinado direito, devido à ausência de norma regulamentadora, deve ser suplantada judicialmente, concedendo-se as medidas cabíveis para concretizá-lo, dando plena eficácia ao § 1º do art. 5º, que não distingue os direitos fundamentais em categorias acerca do grau de aplicabilidade. Deste modo, torna-se possível o reconhecimento de direitos subjetivos diretamente da Constituição, atuando o Judiciário como uma espécie de “catalisador da vontade constitucional”, em função quase legislativa, que extrai diretamente da Constituição os valores a incidirem no caso concreto, afastando, se necessário, eventual texto legal incompatível com a lei suprema. Para tanto, não há como se impedir o exercício do ativismo judicial por juízes modernos que efetivam a Constituição em detrimento das leis.⁴⁶⁰

Aliás, o Judiciário, na condição de aplicador último do direito, pode ser instado a suprir eventual negativa na aplicação de um determinado direito por parte da Administração, do Legislativo ou de particular, conferindo efetividade imediata ao preceito. Para Eros Grau, o órgão jurisdicional estaria autorizado, inclusive, a inovar o ordenamento jurídico para suprir possíveis lacunas a macular a exequibilidade do direito, realizando a atividade de integração da lei há muito positivada no já mencionado art. 4º da

⁴⁵⁹ AFONSO DA SILVA, 2008, p. 165-166.

⁴⁶⁰ MARMELSTEIN, 2008, p. 293-297. Eis a justificativa do autor para o ativismo judicial: “Veja que esse ativismo judicial é justificado em razão do compromisso do Estado com os direitos fundamentais. Em um modelo jurídico onde não há preocupação em efetivar direitos fundamentais, valoriza-se sobremaneira a lei em detrimento dos valores constitucionais. Em modelos assim, o bom juiz é aquele que conhece todas as leis e as aplica mecanicamente. Já em um modelo centrado nos direitos fundamentais, o bom juiz é aquele que, além de conhecer as leis, preocupa-se em efetivar os valores e objetivos previstos pelo constituinte. Como o modelo brasileiro é totalmente comprometido com o princípio da dignidade da pessoa humana e com os direitos fundamentais, então é justificável maior ativismo judicial em favor da efetivação/concretização desses direitos.”

LICC, produzindo, e não apenas reproduzindo direito. Confere-se, deste modo, *efetividade jurídica* ou *formal* ao direito, tornando-o exequível.⁴⁶¹

Esta deveria ser a lógica, não fosse a interpretação restritiva e limitada empreendida pelo Supremo Tribunal Federal na *práxis* do mandado de injunção, maculando tanto o instituto como o próprio § 1º do art. 5º, problema este também enfrentado alhures.⁴⁶²

Até há alguns anos, a eficácia prática decorrente da concessão da injunção esvaziava o conteúdo do remédio, limitando-se a corte suprema a dar ciência ao Poder omissor (em regra, o Legislativo) da mora na regulamentação do dispositivo, sem maiores consequências. Prevaleceu, pois, inicialmente, a teoria *não concretista*, com a mera *exortação ao legislador* através do reconhecimento formal da inércia do Poder Público.

Felizmente, os anos de descaso do Congresso Nacional e do Poder Executivo na elaboração das regras para exercício de determinados direitos, como a regulamentação da greve dos servidores, ainda não advinda, completados vinte e dois anos de vigência da Constituição de 1988, modificou o alcance do mandado de injunção dado pelo Pretório Excelso. Em 2007, ao apreciar os mandados de injunção nºs 712/PA e 670/ES, sob a relatoria dos ministros Eros Grau e Gilmar Mendes (inaugurando a divergência do julgamento) a corte concedeu a medida para aplicar, subsidiariamente, a lei de greve nos serviços essenciais (Lei n. 7.783, de 28 de junho de 1989), até que a mora legislativa seja purgada, assentando, entre outras valorosas considerações, que, em tais situações, incumbe à corte decidir suprimindo tal omissão, por não se prestar, em matéria de mandado de

⁴⁶¹ GRAU, 2004, p. 281-283 e 286.

⁴⁶² AFONSO DA SILVA, 2007, p. 177. O autor sustenta que, em regra, os direitos e garantias individuais encontram-se tutelados em normas constitucionais de aplicabilidade imediata, enquanto os direitos econômicos, sociais e culturais muitas vezes necessitam de outros comandos para lhes completar a eficácia, propiciando a devida aplicação. Com base nessas considerações, conclui dizendo que, para esta última espécie de norma, o valor do § 1º do art. 5º pode ser assim sintetizado: primeiramente, tais preceitos “são aplicáveis até onde possam, até onde as instituições ofereçam condições para seu atendimento. Em segundo lugar, significa que o Poder Judiciário, sendo invocado a propósito de uma situação concreta nelas garantida, não pode deixar de aplicá-las, conferindo ao interessado o direito reclamado, segundo as instituições existentes.” Também abordando o problema da efetividade de determinados direitos sociais que, por residirem, em sua grande maioria, em normas programáticas, os leva a percorrer uma “trajetória mais ingrata”: BARROSO, 2006, p. 143 et seq. Em Portugal, aludindo sobre a problemática do *silêncio legislativo inconstitucional*, assentou Canotilho: “A construção incompleta e inconsequente do instituto da inconstitucionalidade por omissão acaba por relegar, afinal, a questão das omissões legislativas para o terreno mais vasto do não-cumprimento da constituição, onde a luta político-constitucional e a acentuação do elemento participativo do princípio democrático sobrelevam a juridicização e processualização estrita dos problemas político-constitucionais.” Ao final da exposição, o autor levanta duas teses que merecem transcrição, em vistas das semelhanças com os instrumentos existentes no Brasil: “6.10 – A *ação constitucional de defesa* por lesão de direitos fundamentais, derivada de comportamento omissivo do legislador, não possui grande alcance prático: limita-se a uma simples declaração de inconstitucionalidade por silêncio legislativo. 6.11 – O *controle abstracto de normas*, embora possibilite o alargamento democrático do controlo das omissões legislativas, também não ultrapassa a mera *declaração* (desprovida de mecanismos de exequibilidade) do comportamento omissivo do legislador.” CANOTILHO, 2001, p. 357 e 482.

injunção, “a emitir decisões desnutridas de eficácia” (ementa do MI 712/PA, item 5)⁴⁶³. Com isto, a corte passou a adotar a posição concretista geral e individual direta⁴⁶⁴, ao menos em algumas matérias pontuais, como o direito de greve do servidor público.

Os operadores do direito, por seu turno, têm missões de maior relevância para efetivação dos direitos fundamentais, dentre as quais a rápida tramitação dos processos. Tal dever abrange não apenas magistrados, mas também membros do Ministério Público e advogados, que se encontram no mesmo plano de ordem moral. Assim, mesmo as partes possuem parcela de responsabilidade pela duração maior ou menor do processo. A efetividade do processo depende, dentre outros fatores, da mentalidade de todos os envolvidos e dos próprios litigantes cujo comportamento pode influir significativamente no desenrolar do processo.⁴⁶⁵

O homem é um ser social, que invariavelmente reage às mais diversas formas de estímulos e situações de seu cotidiano. Durante seu desenvolvimento, a personalidade humana vai sendo moldada, de acordo com as influências recebidas do seu ambiente de vida. Quando a pessoa opta em seguir uma carreira jurídica, sua bagagem de vida será necessariamente utilizada em sua vida profissional e trará reflexos na sua atuação.

Assim, é de se questionar a formação profissional do jurista, diante da falta de controles efetivos, quer sobre a equação quantidade-qualidade de bacharéis e sua absorção pelo mercado de trabalho, quer no que toca à qualidade do ensino, à frequência aos cursos, à aprovação e diplomação dos estudantes. Assim: ter um diploma de bacharel em Direito, hoje, não significa habilitação profissional para as carreiras jurídicas.⁴⁶⁶

O Poder Judiciário deve se preocupar com a formação do magistrado desde seu recrutamento. Contudo, o sistema de seleção vigente se limita a avaliar a memorização de informações teóricas e textos de lei, doutrina e jurisprudência, que refletem uma cultura técnico-burocrática e formação dogmático-positivista, condizente com o papel de juiz-executor e juiz-delegado, escravos da lei que têm incutidos desde logo os dogmas da *inércia*, *imparcialidade* e *neutralidade*, incompatíveis com as matérias complexas e atuais

⁴⁶³ Abordando este julgamento: ALMEIDA PRADO, João Carlos Navarro. *O Direito de greve do servidor público*. L&C – Revista de Administração Pública e Política, n. 109, p. 41-42, jul. 2007. Para detida análise do tratamento da omissão constitucional: BARROSO, 2006, p. 153 et seq. O autor sintetiza ao final que “ao Judiciário cabe sempre fazer prevalecer a Constituição, quer suprimindo os atos normativos com ela incompatíveis, quer suprimindo as omissões legislativas que embaraçam sua efetivação.”

⁴⁶⁴ MORAES, 2010, p. 177. O autor colaciona diversos julgados e elenca nominalmente os ministros do Supremo com os respectivos posicionamentos.

⁴⁶⁵ CALAMANDREI, 2000, p. 54. No mesmo sentido: BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Temas de Direito Processual* – Quarta Série. São Paulo: Saraiva, 1989, p. 5.

⁴⁶⁶ MAZZILLI, Hugo Nigro. *Introdução ao Ministério Público*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 44.

hodiernamente submetidas ao Poder Judiciário. Tem-se um juiz de tradição normativista-formalista da dogmática jurídica, atávico, comandado por vetustos axiomas. Por isso, seria bem vindo um *juiz rebelde*, que nutre atributos como *flexibilidade*, *polivalência*, *criatividade* e *intuição*, capazes de atender às exigências de uma sociedade heterogênea, emergente e periférica.⁴⁶⁷ Aquilo que foi plantado no cabedal de informações do estudante na vida acadêmico-universitária é adubado e nutrido por bancas de concurso de viés clássico, que tendem a engessar o direito, perpetuando entendimentos ultrapassados que destoam do pensamento jurídico moderno, principalmente no que toca à aplicação do texto constitucional e à efetividade do direito e da Justiça.

Em relação ao Ministério Público, não se pode descuidar de sua missão constitucional de *zelar pelo efetivo respeito dos Poderes Públicos e dos serviços de relevância pública aos direitos assegurados nesta Constituição, promovendo as medidas necessárias à sua garantia*, nos termos do inciso II do art. 129 da Constituição Federal. Tendo em conta que, no conceito constitucional de *Poderes Públicos* encontra-se a Justiça, bem como na alusão a *serviços de relevância pública*, não se poderia excluir o serviço judiciário, sendo dever institucional de todos os membros do órgão ministerial combater a morosidade do processo, valorizando a própria instituição e a Justiça, da qual, aliás, depende grande parte de suas funções. Deste modo, o Ministério Público deve se apresentar como importante aliado na tutela da celeridade processual.

Já o advogado, em sendo o primeiro juiz da causa, ao lhe ser pedido aconselhamento, deve usar de bom senso, atuando de forma imparcial, buscando a *desinfecção judiciária*, de forma que será útil, do ponto de vista social, pronunciar o maior número de *sentenças de improcedência* em seu escritório. Deste modo, sendo o seu mais precioso trabalho realizado antes do processo, fulminando litígios através do aconselhamento à negociação de forma sábia para evitar, a todo custo, que se atinja “aquele paradoxismo doentio que torna indispensável a recuperação na clínica judiciária”.⁴⁶⁸

Ademais, o Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil – OAB (Lei 8.906/94) estabelece, dentre as finalidades da entidade, a defesa da Constituição, da ordem jurídica do Estado democrático de direito, dos direitos humanos e da justiça social e do aperfeiçoamento da cultura e das instituições jurídicas, além de pugnar pela boa aplicação

⁴⁶⁷ PRUDÊNCIO; FARIA; ANDRADE, 2003, p. 160; NALINI, 2000, p. 52 e 152-8. Criticando o sistema de recrutamento de magistrados na Argentina: SAGÜÉS, 2003b, p. 760.

⁴⁶⁸ CALAMANDREI, 2000, p. 147-148.

das leis e pela *rápida administração da justiça*, nos termos do art. 44, inc. I do referido Estatuto. O melhor meio de defender a Constituição é contribuindo para torná-la efetiva. Assim, a atuação pautada pela colaboração com o sistema de justiça galga credibilidade a toda a classe da advocacia, além de ter significativo relevo na efetivação dos direitos constitucionais, o que inexoravelmente depende de uma prestação jurisdicional célere.

Por tudo isso, é possível constatar que a celeridade processual constituiria um dos principais meios para assegurar a efetividade dos direitos. De fato, não é a única e nem suficiente por si só, mas possui papel determinante em relação à eficácia não apenas dos direitos, mas da própria prestação jurisdicional. Afinal, o Poder Judiciário deve ser o pronto-socorro dos direitos fundamentais. E este socorro somente será efetivo se for de fato *pronto*, ou seja, tempestivo.

Por isso, irretorquível a lição de Egaña, ao anotar que “la mejor protección de los derechos humanos, sin embargo, está en la eficacia del sistema, o sea, en el acceso a una justicia rápida y efectiva”.⁴⁶⁹ Deste modo, o homem, ao viver em sociedade, poderá atingir seu desiderato de busca da felicidade pois, segundo Kelsen, “Justiça é felicidade social, é a felicidade garantida por uma ordem social”.⁴⁷⁰

A efetividade da Constituição nada mais faz do que prover os meios para tornar uma sociedade justa e democrática, em que os cidadãos sejam plenamente realizados.

⁴⁶⁹ EGAÑA, 2003, p. 144.

⁴⁷⁰ KELSEN, Hans. *O que é justiça?* Tradução: Luís Carlos Borges. São Paulo, Martins Fontes, 2001, p. 2.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A novel celeridade processual, como todo princípio constitucional, não constitui uma ilha incomunicável, mas é parte de um arquipélago interligado de princípios e direitos fundamentais que se relacionam mutuamente, num sistema em perfeita simbiose.

Deste modo, até a consignação expressa no catálogo de direitos e garantias fundamentais, outros princípios se prestaram a atender aos desígnios de uma prestação jurisdicional expedita, a começar pelo devido processo legal.

O *due process of law* encontrou na *common law* inglesa e estadunidense o terreno fértil para se desenvolver ao longo dos séculos, especialmente pelo trabalho hermenêutico desenvolvido pela Suprema Corte dos Estados Unidos. Tudo começou com a Magna Carta de 1215 que, longe de ter sido concebida como uma Constituição, em sua moderna concepção, tratou-se de um acordo firmado entre o monarca João Sem Terra e os barões feudais que exigiam o reconhecimento de determinados direitos para si – não para toda a população. Por isso, somente séculos depois é que se pode notar a dimensão daquele ato muito mais político do que jurídico, um verdadeiro marco para o direito constitucional revisitado até os dias de hoje.

Nos Estados Unidos o devido processo legal foi igualmente incorporado com a independência declarada à ilha britânica, dentre as garantias das primeiras dez emendas acrescentadas à Constituição de 1787, conhecidas como *Bill of Rights*. Aliás, a *common law* daquele país foi o ambiente propício para a evolução do princípio, especialmente por obra da Suprema Corte, que paulatinamente propiciando alcance cada vez maior, expandindo-o em toda a sua potencialidade e acompanhando as mudanças da sociedade americana. Assim, sem alteração do texto constitucional, o trabalho de interpretação possibilitou uma dimensão jamais imaginada do devido processo legal, em suas vertentes procedimental e substantiva, afetando tratamento de matérias como direitos econômicos, escravidão e aborto. Contudo, uma das maiores contribuições foi o favorecimento do controle de constitucionalidade, consagrado, em contornos definitivos, no julgamento do mundialmente conhecido caso *Marbury v. Madison*.

Esta evolução, embora tardia, também ecoou no Brasil com o advento da Constituição de 1988. Inicialmente restrita à observância das formalidades do direito posto nos processos cíveis e criminais, a garantia do devido processo foi paulatinamente ganhando espaço para servir de baliza de razoabilidade das leis, evitando-se que da aplicação destas decorressem decisões injustas. Destarte, a Constituição de 1988

possibilitou que o devido processo legal se tornasse um princípio maior, a albergar uma série de outras garantias fundamentais, em especial o acesso à justiça e a inafastabilidade da jurisdição (art. 5º, inciso XXXV); contraditório e ampla defesa (inciso LV); juiz natural (incisos XXXVII e LIII) e a celeridade processual. Por isso, esta última constitui, sem sombra de dúvidas, decorrência lógica do *due process*. Afinal, não há como se admitir que um procedimento se desenvolva validamente e de modo razoável, quando se arrasta anos a fio, sem uma solução definitiva, que torne efetivo o direito perseguido.

Por outro lado, além de encontrar sua origem e fundamento de validade no devido processo legal, a celeridade processual deve ser colmatada com diversos outros princípios constitucionais, que sempre devem ser analisados em conjunto, dialeticamente. É o caso do acesso à justiça, cuja evolução fora de grande valia para o aprimoramento das instituições da Justiça, especialmente no que tange à garantia dos meios jurisdicionais para as pessoas desprovidas de recursos financeiros. Porém, tal princípio não pode subsistir se não estiver intrinsecamente relacionado à rápida tramitação do processo, pois a Justiça, além de ser acessível, deve ser eficaz na tarefa de reconhecimento dos direitos violados, o que inexoravelmente deve ocorrer em tempo hábil para o jurisdicionado usufruir dignamente da decisão que lhe seja favorável.

Em outras palavras, o acesso à justiça deve ser efetivo e para todos. *Efetivo* porque não basta a existência de uma engrenagem judicial se todos seus componentes não funcionarem de forma harmônica, resultando em soluções eficientes, de efeito pacificador para as partes que dependem da resposta estatal para resolução do conflito e efetividade dos direitos. *Para todos* porque uma justiça elitizada somente afasta ainda mais os menos favorecidos, carentes por serviços públicos de toda natureza, desde educação e saúde, até *justiça* nos órgãos da *Justiça*.

Para que se promova concretamente uma transformação social, atendendo aos desígnios do constituinte de 1988 de construir uma sociedade livre justa e solidária e a redução das desigualdades sociais, é indispensável que os direitos catalogados na Carta Republicana ganhem plena efetividade e concretude, o que depende de um Poder Judiciário ativo, que torne reais as garantias abstratas da otimista Constituição da República.

O mesmo se diga dos princípios constitucionais da Administração Pública, mormente os da moralidade e eficiência. Considerando que a atividade jurisdicional constitui serviço público qualificado pela essencialidade, protegendo-se o jurisdicionado em sua condição de consumidor, a tempestividade da Justiça nada mais busca do que

concretizar a eficiência, a moralidade e a legalidade. Para tanto, não é necessário qualquer vilipêndio às demais garantias fundamentais, dado que, por se tratar de um sistema, as garantias processuais podem conviver harmonicamente, compondo os eventuais conflitos entre direitos fundamentais de maneira individualizada, no caso concreto.

Isto porque, apesar de todos os princípios constitucionais consagradores de garantias fundamentais serem astros da mesma constelação chamada Constituição Federal, por vezes eles se encontram em zonas de conflito, buscando ocupar o mesmo espaço e atuando em prol de interesses antagônicos. Assim como na física, em que dois corpos não podem ocupar o mesmo espaço, um direito deve ceder lugar para que outro seja realizado. Em tais situações, cumpre ao intérprete ponderar, diante do caso concreto, qual deles deve prevalecer, em juízo de ponderação, não de validade, em que pese a dificuldade de se encontrar soluções unívocas e isentas de críticas. É o que ocorre em situações que colocam, em lados opostos, a celeridade processual e o contraditório e a ampla defesa ou a segurança jurídica. Em ambos os casos, chega-se à conclusão de que a brevidade do processo não pode ser buscada a qualquer custo, desconsiderando as garantias das partes litigantes e os meios que esta almeja exercer na defesa de seus direitos, olvidando-se igualmente da busca da verdade real que trará a devida segurança jurídica, ainda que isto venha implicar num processo mais vagaroso. Isto não implica em asseverar, todavia, que o réu necessariamente terá interesse em procrastinar o feito, beneficiando-se da letargia processual. Por vezes, será de seu interesse provar, o quanto antes, a injustiça de uma acusação, de modo que pode também ser afetado pelos efeitos nefastos da morosidade processual.

A Emenda Constitucional 45/2004, aquém do aguardado pela comunidade jurídica e pela sociedade em geral em termos de transformação da Justiça brasileira, reflete apenas um impulso inicial. Assim, com efeito, de nada adianta a instituição de um preceito constitucional – mormente pela limitada eficácia, conquanto não seja insignificante – se este não for fortemente corroborado por profundas reformas na legislação e na administração da Justiça. O culto à forma faz do Brasil um paraíso da burocracia. Porém, eventual pretexto de busca de segurança jurídica não é corroborado pela realidade fática. Nesse sentido, ainda que não tenha combatido direta e eficazmente a lentidão da Justiça, a Emenda Constitucional n. 45/2004 aprimorou a estrutura e organização do Poder Judiciário nos mais diversos aspectos, desde a jurisdição constitucional exercida pelo Supremo Tribunal Federal, com a criação de instrumentos como a repercussão geral, a súmula vinculante e o efeito vinculante nas ações diretas de inconstitucionalidade, passando pelo

fim das férias forenses e a possibilidade de o magistrado delegar a servidores a movimentação do processo para os atos não decisórios, além de fixar critérios objetivos para criação de novas varas e promoção de magistrados e funcionamento da Justiça em primeiro e segundo graus.

Ademais, para que tudo isto pudesse ser eficazmente implementado e fiscalizado, foi criado o Conselho Nacional de Justiça, que hodiernamente tem se destacado como um dos principais responsáveis pela busca de um Judiciário mais expedito. Não obstante, nada disto terá a eficácia almejada se os próprios operadores do direito não se conscientizarem da necessidade de mudança de velhas praxes, que nenhuma reforma constitucional ou legal poderá alterar.

Foi louvável a inovação constitucional por meio da introdução do novo princípio da celeridade processual no ordenamento jurídico, embora não se tratasse de previsão inédita nas constituições brasileiras e até mesmo estrangeiras ou nos tratados internacionais mundiais e da Europa e América. Trata-se de uma *tentativa* de se combater esta grande mazela da Justiça.

Isto porque a serôdia processual não ocorre apenas em âmbito nacional. Deveras, trata-se de problema que atinge todo o mundo, o que tem levado muitos países, à semelhança do Brasil, a positivar em seus textos constitucionais a garantia da razoável duração do processo. Ante os resultados ainda insatisfatórios, denota-se que as tentativas aventadas no plano legislativo, semelhantes, por sinal, às brasileiras, estão ainda longe de atingir o âmago do problema, além de ilustrar a complexidade envolvida, que escapa de soluções simplistas ou mágicas.

Não obstante, a positivação de garantias afetas à rápida duração dos processos também é corroborada em diversos tratados intencionais. Aliás, conquanto cada país deva manter sua soberania, respeitando suas peculiaridades, as comunidades internacionais são hoje uma realidade inexorável. Problemas comuns, como o aqui estudado, devem ser enfrentados conjuntamente, para que os blocos cresçam de modo uniforme. As experiências bem sucedidas devem ser utilizadas como modelo no aperfeiçoamento do Judiciário. Os problemas enfrentados por um país repercutem e prejudicam os demais. Num mundo globalizado, para se usufruir dos bônus é preciso suportar e superar os ônus dos parceiros. Por isso, uma Justiça moderna e eficiente é fundamental para adequada manutenção das relações internacionais, do ponto de vista estritamente jurídico, bem como na seara política e econômica.

Como todo princípio, não impõe regras concretas, como prazos peremptórios e sanções por atrasos; é árdua e quiçá intangível a definição precisa da razoável duração do processo. Não obstante, presta-se a nortear a atividade do julgador, que deve solucionar a lide dentro do menor espaço de tempo possível; ao legislador, por meio de processo que favoreça a evolução do sistema processual em ganho de tempo (mas sem perda da qualidade); ao administrador, estruturando material e financeiramente o Judiciário de modo condigno para o fiel desempenho de suas funções e colaborando na atividade legislativa. Assim, os destinatários da prestação jurisdicional usufruirão dos benefícios concretos que o princípio da brevidade almeja conquistar.

Por outro lado, conquanto o novel inciso LXXVIII do art. 5º tenha sido um primeiro passo e não seja suficiente para lograr vencer a guerra contra a lentidão e o acúmulo de processos, não se trata de um solitário soldado a enfrentar todo um exército. Há agora um combatente erigido à patente de norma fundamental que, de tal importância, é recoberta pelo manto da cláusula pétrea. Assim, deve atuar como regra-matriz, ordenando, toda a tramitação processual no Poder Judiciário, bem como na Administração Pública. Com isto, mais do que um bravo e quixotesco soldado, haverá um general encarregado de uma das mais nobres e salutareis missões para o aperfeiçoamento das instituições democráticas.

A efetividade dos direitos fundamentais e da própria Constituição é, hoje, um dos principais problemas do direito constitucional, especialmente no tocante aos direitos sociais, que demandam uma atuação positiva do Estado e aportes financeiros de monta que nem sempre estão entre as prioridades dos governantes. Por outro lado, a efetividade muitas vezes somente é assegurada judicialmente, garantindo-se a fruição de um direito. Nesse sentido, o funcionamento ágil da Justiça revela-se crucial para que os direitos fundamentais possam ser exercidos por seus destinatários em caso de inobservância ou conflitos de interesse, motivo pelo qual a celeridade processual constitui inegável fator de efetividade da Constituição Federal e todos os direitos por ela tutelados.

Têmis, a Deusa da justiça, é dotada de uma balança em uma mão para pesar o direito com o devido equilíbrio e de uma espada na outra para defendê-lo. Sem a espada, segundo Ihering, o direito se torna impotente.⁴⁷¹ Assim, a justiça morosa é a justiça sem espada, impossibilitada de impor a contento suas decisões. Infelizmente, é de se reconhecer que a Justiça tem se ocupado mais com a balança do que com a espada. Deste modo, o

⁴⁷¹ IHERING, Rudolf von. *A Luta pelo Direito*. 8. ed. Tradução: João de Vasconcelos. Rio de Janeiro: Forense, 1990, p. 1.

processo tramita burocrática e vagarosamente, mas muitas vezes acaba por resultar no perecimento do direito sem a devida resposta e entrega da prestação jurisdicional a quem de direito ou quando os litigantes já se compuseram, por meios, muitas vezes, não ortodoxos.

Não obstante, é preciso envidar todos os esforços necessários para implementação da celeridade processual, desatando-se o nó-górdio que possibilite reconduzir o Poder Judiciário à credibilidade social, que deve fazer parte de sua natureza essencial. Desta forma, igualmente ter-se-á resguardado o acesso à justiça de forma efetiva e o pleno respeito ao cânone do devido processo legal; que, por seu turno, irá fomentar a efetividade dos direitos fundamentais e da própria Constituição da República como um todo.

Com isto, o direito constitucional revigorar-se-á, pois terá a seu favor, a celeridade processual, permitindo-lhe realizar sua verdadeira vocação de efetivar direitos humanos, propiciando o desenvolvimento de uma sociedade livre, justa e solidária, como determinou o legislador constituinte.

REFERÊNCIAS

- ABREU, Gabrielle Cristina Machado. *A Duração Razoável do Processo como Elemento Constitutivo do Acesso à Justiça: novas perspectivas após a Emenda Constitucional n. 45, de dezembro de 2004*. Florianópolis: Conceito Editorial, 2008.
- AFONSO DA SILVA, José. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.
- _____. *Comentário Contextual à Constituição*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.
- _____. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 33. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.
- ALDER, John. *Constitutional and administrative law*. 7th ed. London: Palgrave Macmillan, 2009.
- ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Título original: *Theorie der Grundrechte*. Tradução: Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.
- ALMEIDA PRADO, João Carlos Navarro de. *Direito à celeridade processual*. *Jornal Tribuna do Direito*, São Paulo, n. 150, p. 12, out. 2005.
- ALLISON, J. W. F. *The English Historical Constitution*. Cambridge: Cambridge University Press, 2007.
- ANNONI, Danielle. *O direito humano de acesso à justiça no Brasil*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2008.
- ARAÚJO, Francisco Fernandes de; *Responsabilidade Objetiva do Estado pela Morosidade da Justiça*. Campinas: Copola, 1999.
- ARAÚJO, Luiz Alberto David e NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. *Curso de Direito Constitucional*. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.
- ARDANT, Philippe; MATHIEU, Bertrand. *Institutions Politiques et Droit Constitutionnel*. 21^e ed. Paris: L.G.D.J., 2009.
- ARISTÓTELES. *A política*. Tradução: Roberto Leal Ferreira. São Paulo: Martins Fontes, 2006.
- ARRUDA ALVIM, José Manuel. *Manual de Direito Processual Civil*. v. 1. 8. ed. São Paulo: RT, 2003.
- ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios – da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 8. ed. ampl. e atual. São Paulo: Malheiros, 2008.
- BACHOF, Otto. *Normas constitucionais inconstitucionais?*. Título original: *Verfassungswidrige Verfassungsnormen?*. Tradução: José Manuel M. Cardoso da Costa. Coimbra: Almedina, 1994.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Conteúdo jurídico do princípio da igualdade*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

_____. *Eficácia das normas constitucionais e direitos sociais*. São Paulo: Malheiros, 2010.

BARBOSA, Ruy. *Comentários à Constituição Federal Brasileira*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 1933.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Temas de Direito Processual – Quarta Série*. São Paulo: Saraiva, 1989.

_____. _____. – Quinta Série. São Paulo: Saraiva, 1994.

_____. _____. – Sexta Série. Saraiva: São Paulo, 1997.

_____. _____. – Terceira Série. São Paulo: Saraiva, 1984.

BARROS, Sérgio Resende de. *Contribuição Dialética para o Constitucionalismo*. Campinas: Millennium, 2008.

_____. *Direitos Humanos – Paradoxo da Civilização*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

_____. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas – limites e possibilidades da Constituição brasileira*. 8. ed. atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

BASTOS, Celso Seixas Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra. *Comentários à Constituição Federal de 1988*. v. 2. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

_____. *Curso de Direito Constitucional*. 8. ed. atual. e aument. São Paulo: Saraiva, 1986.

BEAL, Flávio. *Morosidade da Justiça = Impunidade + Injustiça*. Florianópolis: OAB/SC, 2006.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Poderes instrutórios do juiz*. 3. ed. São Paulo: RT, 2001.

BELAUNDE, Domingo García. *Interpretación constitucional e procesal constitucional*. In: LEITE, George Salomão e SARLET, Ingo Wolfgang (coord.) *Direitos Fundamentais e Estado Constitucional: estudos em homenagem a J. J. Gomes Canotilho*. São Paulo e Coimbra: RT e Coimbra, 2009.

BEZERRA, Márcia Fernandes. *O direito à razoável duração do processo e a responsabilidade do Estado pela demora na outorga da prestação jurisdicional*, in WAMBIER, Teresa Arruda Alvim et al. (Coord.). *Reforma do Judiciário – primeiras reflexões sobre a Emenda n. 45/2004*. São Paulo: RT, 2005.

BLACK, Henry Campbell. *Black's Law Dictionary*. St. Paul: West Publishing, 1991.

BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*. Tradução: Carlos Nelson Coutinho. Nova ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BOGDANOR, Vernon. *The New British Constitution*. Oxford: Hart Publishing, 2009.

BONAVIDES, Paulo. *A Constituição aberta: Temas políticos e constitucionais da atualidade, com ênfase no Federalismo das Regiões*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

_____. *Constituinte e Constituição: a democracia, o federalismo e a crise contemporânea*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

_____. *Curso de direito constitucional*. 25. ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2010.

_____. *Do país colonial ao país neocolonial (A derrubada da Constituição e a recolonização pelo golpe de Estado institucional)*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

_____.; ANDRADE, Paes de. *História Constitucional do Brasil*. 9. ed. Brasília: OAB Editora, 2008.

BRITO, Carlos Augusto Ayres de Freitas. *Teoria da Constituição*. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

BURDEAU, Georges. *O Estado*. Tradução: Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

CAGGIANO, Monica Herman Salem. *Emenda Constitucional n. 45/2004*. São Paulo: Revista Brasileira de Direito Constitucional, ESDC, n. 5, jan./jun. 2005.

CALAMANDREI, Piero. *Eles, os juízes, vistos por um advogado*. Tradução de Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

CALMON, Pedro. *Curso de Direito Constitucional Brasileiro*. 4. ed. Freitas Bastos: Rio de Janeiro e São Paulo, 1956.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador – Contributo para a Compreensão das Normas Constitucionais Programáticas*. 2. ed. Coimbra: Coimbra, 2001.

_____. *Direito constitucional e Teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

_____. *Estudos sobre direitos fundamentais*. Coimbra: Coimbra, 2004.

CAPPELLETTI, Mauro. *Processo, Ideologias e Sociedade*. v. I. Tradução: Elício de Cresci Sobrinho. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2008.

_____.; GARTH, Bryant, *Acesso à Justiça*. Tradução: Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1998.

CARNELUTTI, Francesco. *Instituições do Processo Civil*. v. I. Tradução: Adrián Sotero de Witt Batista. São Paulo: Classic Book, 2000.

CARRAZZA, Roque Antonio. *Curso de direito constitucional tributário*. 26. ed., rev., ampl. e atual. São Paulo: Malheiros, 2010.

CARRÉ DE MALBERG, Raymond. *Contribution à la Théorie générale de l'État*. Paris: Dalloz, 2004.

CARVALHO, Fabiano. *EC n. 45: Reafirmação da garantia da razoável duração do processo*, in WAMBIER, Teresa Arruda Alvim et al. (Coord.). *Reforma do Judiciário – primeiras reflexões sobre a Emenda n. 45/2004*. São Paulo: RT, 2005.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 22. ed., rev., ampl. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

CASTILHO, Ricardo. *Direitos Humanos: Processo histórico – Evolução no mundo, Direitos Fundamentais: constitucionalismo contemporâneo*. São Paulo: Saraiva, 2010.

CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. *O devido processo legal e os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

CAVALCANTI, João Barbalho Uchôa. *Constituição Federal Brasileira – Commentarios*. 2. ed. Rio de Janeiro: F. Briguiet e Cia., 1924.

CAVALCANTI, Themistocles Brandão. *A Constituição Federal Comentada*. v. II. José Konfino Editor: Rio de Janeiro, 1948.

_____. _____. v. III. José Konfino Editor: Rio de Janeiro, 1949.

_____. *Manual da Constituição*. 2. ed. Rio de Janeiro: Zahar, 1963.

CHEMERINSKY, Erwin. *Constitutional Law: principles and policies*. 3rd ed. New York: Aspen, 2006.

CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de Direito Processual Civil*. v. I. 2. ed. Tradução: Paolo Capitanio. Campinas: Bookseller, 2000.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. 24. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

COMPARATO, Fábio Konder. *A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos*. VII ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010.

CORREIA, Marcus Orione Gonçalves. *Direito Processual Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 1998.

COUTURE, Eduardo J. *Fundamentos del Derecho Procesal Civil*. 4^a ed. Buenos Aires: B de F, 2005.

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

CUADRA, Enrique Evans de la. *Los Derechos Constitucionales*. Tomo II. 3ª ed. atual. por Eugenio Evans Espiñeira. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2004.

_____. _____. Tomo III. 3ª ed. atual. por Eugenio Evans Espiñeira. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2004.

CUNHA, Sérgio Sérulo da. *Fundamentos de Direito Constitucional: constituição, tipologia constitucional, fisiologia constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2004.

_____. *Fundamentos de Direito Constitucional*. v. 2: *Morfologia e Técnica Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2008.

DANTAS, Paulo Roberto de Figueiredo. *Direito Processual Constitucional*. 2. ed., rev. e ampl. São Paulo: Atlas, 2010.

DAVID, René. *O direito inglês*. Título original: *Le droit anglais*. Tradução Eduardo Brandão. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

_____. *Os grandes sistemas do direito contemporâneo*. Título original: *Les grands systèmes du droit contemporains*. Tradução Hermínio A. Carvalho. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

DELGADO, José Augusto. *Reforma do Poder Judiciário – Art. 5º, LXXVIII, da CF*, in WAMBIER, Teresa Arruda Alvim et al. (Coord.). *Reforma do Judiciário – primeiras reflexões sobre a Emenda n. 45/2004*. São Paulo: RT, 2005.

Dicionário Contemporâneo da Língua Portuguesa Caldas Aulete. v. II. 5. ed. brasileira. Rio de Janeiro: Delta, 1987.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. V. II. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

DIPPEL, Horst. *História do Constitucionalismo moderno: Novas Perspectivas*. Tradução: António Manuel Hespanha e Cristina Nogueira da Silva. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2007.

DOTTI, René Ariel. *Breves notas sobre a Emenda n. 45*, in WAMBIER, Teresa Arruda Alvim et al. (Coord.). *Reforma do Judiciário – primeiras reflexões sobre a Emenda n. 45/2004*. São Paulo: RT, 2005.

DUARTE, Ronnie Preuss. *Garantia de acesso á justiça – Os direitos processuais fundamentais*. Coimbra: Coimbra, 2007.

DUGUIT, Léon. *Manuel de droit constitutionnel*. Paris: Panthéon-Assas, 2007.

DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Título original: *Taking rights seriously*. Tradução: Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

EGAÑA, José Luis Cea. *Derecho Constitucional Chileno – Derechos, Deberes y Garantías*. Tomo II. Santiago: Ediciones Universidad Católica de Chile, 2003.

FARBER, Daniel A.; SHERRY, Suzanna. *A History of the American Constitution*. 2nd ed. St. Paul: Thomson/West, 2005.

FARIA, José Eduardo. *Introdução à sociologia da administração da justiça*. In: FARIA, José Eduardo (org.). *Direito e Justiça – a função social do Judiciário*. São Paulo: Ática, 1989.

_____. *Ordem legal x Mudança social: a crise do Judiciário e a formação do magistrado*, in FARIA, José Eduardo (org.). *Direito e Justiça – a função social do Judiciário*. São Paulo: Ática, 1989.

FAVOREU, Louis et al. *Droit constitutionnel*. 12^e ed. Paris: Dalloz, 2009.

FERREIRA, Luiz Alexandre Cruz; TÁRREGA, Maria Cristina Vidotte Blanco. *Reforma do Poder Judiciário e direitos humanos*, in WAMBIER, Teresa Arruda Alvim et al. (Coord.). *Reforma do Judiciário – primeiras reflexões sobre a Emenda n. 45/2004*. São Paulo: RT, 2005.

FERREIRA, Marco Aurélio Gonçalves. *O Devido Processo Legal: Um Estudo Comparado*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Aspectos do direito constitucional contemporâneo*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

_____. *Comentários à Constituição Brasileira (Emenda Constitucional n.º 1, de 17-10-1969, com as alterações introduzidas pelas Emendas Constitucionais até a de n.º 22, de 29-6-1982)*. 3. ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 1983.

_____. *Curso de Direito Constitucional*. 35. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

_____. *Estado de Direito e Constituição*. 4. ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007.

_____. *Princípios fundamentais do direito constitucional*. 2. ed. São Paulo: 2010.

FRANCIONI, Francesco. *Access to Justice as a Human Right*. Oxford: Oxford University Press, 2007.

FUSTEL DE COULANGES, Numa Denis. *A Cidade Antiga*. Tradução: Fernando de Aguiar. São Paulo: Martins Fontes, 1981.

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

GICQUEL, Jean e GICQUEL, Jean-Éric. *Droit constitutionnel et institutions politiques*. 23^e ed. Paris: Montchrestien, 2009.

GILISSEN, John. *Introdução histórica ao direito*. 5. ed. Tradução: A. M. Hespanha. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2008.

GÓES, Gisele Santos Fernandes. *Razoável duração do processo*, in WAMBIER, Teresa Arruda Alvim et al. (Coord.). *Reforma do Judiciário – primeiras reflexões sobre a Emenda n. 45/2004*. São Paulo: RT, 2005.

GRAU, Eros Roberto. *A ordem economia na Constituição de 1988 (Interpretação e crítica)*. 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2004.

_____. *Ensaio sobre a interpretação/aplicação do direito*. 5. ed., rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2009.

_____. *O direito posto e o direito pressuposto*. 6. ed., rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2005.

HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica Constitucional. A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição*. Título original: *Die offene gesellschaft der verfassungsinterpreten. Ein beitrag zur pluralistischen und “prozessualen” verfassungsinterpretation*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002.

HAMON, Francis e TROPER, Michel. *Droit Constitutionnel*. 31^e ed. Paris: L.G.D.J., 2009.

HART, Herbert L. A. *O conceito de direito*. 5. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2007.

HESSE, Konrad. *A Força Normativa da Constituição*. Título original: *Die Normative Kraft Der Verfassung*. Tradução: Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991.

HOBBS, Thomas. *Leviatã*. Tradução: Heloisa da Graça Burati. São Paulo: Rideel, 2005.

HOFFMAN, Paulo, *O direito à razoável duração do processo e a experiência italiana*, in WAMBIER, Teresa Arruda Alvim et al. (Coord.). *Reforma do Judiciário – primeiras reflexões sobre a Emenda n. 45/2004*. São Paulo: RT, 2005.

IHERING, Rudolf von. *A Luta pelo Direito*. 8. ed. Tradução: João de Vasconcelos. Rio de Janeiro: Forense, 1990.

JACQUES, Paulino. *A Constituição Explicada (A Emenda Constitucional número 1, de 17 de outubro de 1969, e Atos Institucionais básicos, anotados, com os respectivos textos na íntegra)*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1970.

_____. *Curso de Direito Constitucional*. Rio de Janeiro: Forense, 1956.

KANT, Immanuel. *Introdução ao Estudo do Direito: doutrina do direito*. Tradução: Edson Bini. Bauru: Edipro, 2007.

KELSEN, Hans. *Jurisdição Constitucional*. Rev. técnica: Sérgio Sérulo da Cunha. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

_____. *O problema da justiça*. Tradução: João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

_____. *O que é justiça?* Tradução: Luís Carlos Borges. São Paulo, Martins Fontes, 2001.

_____. *Teoria geral do direito e do Estado*. Tradução: Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

_____. *Teoria Pura do Direito*. Traduzido por João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

LASSALLE, Ferdinand. *A Essência da Constituição*. 6. ed. Tradução: Walter Stöner. Título original: *Über die Verfassung*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

LEMBO, Cláudio Salvador. *A pessoa: seus direitos*. Barueri: Manole, 2007.

LEYLAND, Peter. *The Constitution of the United Kingdom – A Contextual Analysis*. Oxford: Hart Publishing, 2007.

LIMA, Patrícia Carla de Deus. *A contagem dos prazos no processo civil a partir da Reforma do Judiciário*, in WAMBIER, Teresa Arruda Alvim et al. (Coord.). *Reforma do Judiciário – primeiras reflexões sobre a Emenda n. 45/2004*. São Paulo: RT, 2005.

LOCKE, John. *Dois tratados sobre o governo*. Tradução: Julio Fischer. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

LOEWENSTEIN, Karl. *Teoría de la Constitución*. Tradução para o espanhol: Alfredo Gallego Anabitarte. Barcelona: Ariel, 1986.

LOPES, João Batista. *Reforma do Judiciário e efetividade do processo civil*, in WAMBIER, Teresa Arruda Alvim et al. (Coord.). *Reforma do Judiciário – primeiras reflexões sobre a Emenda n. 45/2004*. São Paulo: RT, 2005.

MAIA, Mairan. *Tutela Jurisdicional como Escopo do Estado de Direito e os Princípios do Devido Processo Legal, Contraditório e Ampla Defesa*. In: *Princípios Constitucionais Fundamentais: estudos em homenagem ao professor Ives Gandra da Silva Martins*. VELLOSO, Carlos Mário da Silva; ROSAS, Roberto; AMARAL, Antonio Carlos Rodrigues do (Coord.). São Paulo: Lex, 2005.

MALUF, Sahid. *Curso de Direito Constitucional*. v. 2 (Parte Especial). 7. ed. São Paulo: Sugestões Literárias, 1973.

MARMELSTEIN, George. *Curso de Direitos Fundamentais*. São Paulo: Atlas, 2008.

MASSEY, Calvin. *American constitutional law: powers and liberties*. 3rd ed. New York: Aspen, 2009.

MATHIEU, Bertrand; VERPEAUX, Michel. *Contentieux constitutionnel des droits fondamentaux*. Paris: L.G.D.J., 2002.

MATTOS, Fernando Pagani. *Acesso à Justiça: um Princípio em Busca de Efetivação*. Curitiba: Juruá, 2009.

MATTOS, Sérgio Luís Wetzel de. *Devido Processo Legal e Proteção de Direitos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

MAZZILLI, Hugo Nigro. *Introdução ao Ministério Público*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição constitucional: o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

_____. *Proteção judicial dos direitos fundamentais* in LEITE, George Salomão e SARLET, Ingo Wolfgang (coord.) *Direitos Fundamentais e Estado Constitucional: estudos em homenagem a J. J. Gomes Canotilho*. São Paulo e Coimbra: RT e Coimbra, 2009.

MELO FRANCO, Afonso Arinos de. *Curso de Direito Constitucional Brasileiro*. v. I. *Teoria Geral*. Rio de Janeiro: Forense, 1958.

MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. Tomo II – *Constituição*. 5. ed. Coimbra: Coimbra, 2003.

_____. _____. Tomo IV – *Direitos Fundamentais*. 3. ed. Coimbra: Coimbra, 2000.

MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 26. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

MORELLO, Augusto M. *El proceso civil moderno*. La Plata: Platense, 2001.

MOURA, Elizabeth Maria de. *O devido processo legal na Constituição Brasileira de 1988 e o Estado Democrático de Direito*. São Paulo: Celso Bastos Editor, 2000.

MÜLLER, Friedrich. *Metodologia do Direito Constitucional*. 4. ed. rev., atual. e ampl. Tradução: Peter Naumann. São Paulo: RT, 2010.

NALINI, José Renato. *O juiz e o acesso à justiça*. 2. ed. São Paulo: RT, 2000.

NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios do processo civil na Constituição Federal*. 8. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: RT, 2004.

OLIVEIRA, Robson Carlos de. *O princípio constitucional da razoável duração do processo, explicitado pela EC n. 45, de 08.12.2004, e sua aplicação à execução civil: necessidade de que o Poder Judiciário através dessa norma-princípio flexibilize as regras jurídicas e passe a aplicá-las, garantindo um efetivo e qualificado acesso à Justiça*, in WAMBIER, Teresa Arruda Alvim et al. (Coord.). *Reforma do Judiciário – primeiras reflexões sobre a Emenda n. 45/2004*. São Paulo: RT, 2005.

PAIXÃO, Cristiano; BIGLIAZZI, Renato. *História constitucional inglesa e norte-americana: do surgimento à estabilização da forma constitucional*. Brasília: Universidade de Brasília/Finatec, 2008.

PALHARINI JÚNIOR, Sidney. *Celeridade processual – garantia constitucional pré-existente à EC n. 45 – alcance da “nova” norma (art. 5º, LXXVIII, da CF)*, in WAMBIER, Teresa Arruda Alvim et al. (Coord.). *Reforma do Judiciário – primeiras reflexões sobre a Emenda n. 45/2004*. São Paulo: RT, 2005.

PAROSKI, Mauro Vasni. *Direitos Fundamentais e Acesso à Justiça na Constituição*. São Paulo: LTr, 2008.

PATTO, Belmiro Jorge. *Aspectos da dimensão temporal do processo civil nas alterações advindas da EC N. 45, de 8 de dezembro de 2004*, in WAMBIER, Teresa Arruda Alvim et al. (Coord.). *Reforma do Judiciário – primeiras reflexões sobre a Emenda n. 45/2004*. São Paulo: RT, 2005.

PAULA, Jônatas Luiz Moreira de. *Reforma do Poder Judiciário e celeridade processual sob a perspectiva da tridimensionalidade do processo*, in WAMBIER, Teresa Arruda Alvim et al. (Coord.). *Reforma do Judiciário – primeiras reflexões sobre a Emenda n. 45/2004*. São Paulo: RT, 2005.

PEREIRA, S. Tavares. *Devido processo substantivo* (Substantive Due Process). Florianópolis: Conceito Editorial, 2008.

PETERS, Adriana Salgado. *O direito à celeridade processual à luz dos direitos fundamentais*. Dissertação (Mestrado em Direito). Pontifícia Universidade Católica, São Paulo, 2007.

PINTO FERREIRA, Luis. *Direito Constitucional Moderno*. v. 1. São Paulo: Saraiva, 1962.

PIOVESAN, Flávia Cristina. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*. 11. ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários à constituição de 1967*. Tomo V. São Paulo: RT, 1968.

PRUDÊNCIO, Carlos; FARIA, José Eduardo; ANDRADE, Lédio Rosa. *Modernização do Poder Judiciário – A Justiça do Futuro*. Tubarão: Studium, 2003.

RAMIREZ, Felipe Tena. *Derecho Constitucional Mexicano*. Cidade do México: Editorial Porrúa, 1976.

RAWLS, John. *Uma teoria da justiça*. Tradução: Jussara Simões. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*. 17. ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 1990.

REBEQUE, Henri-Benjamin Constant de. *Escritos de política*. Tradução: Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

RIVERO, Jean e MOUTOUH, Hugues. *Liberdades públicas*. Tradução: Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

RODRIGUES, Horácio Wanderlei. *EC n. 45: Acesso à justiça e prazo razoável na prestação jurisdicional*, in WAMBIER, Teresa Arruda Alvim et al. (Coord.). *Reforma do Judiciário – primeiras reflexões sobre a Emenda n. 45/2004*. São Paulo: RT, 2005.

ROSAS, Roberto. *Direito Processual Constitucional. Princípios Constitucionais do Processo Civil*. 3. ed. São Paulo: RT, 1999.

ROSS, Alf. *Direito e Justiça*. 2. ed. Tradução: Edson Bini. Bauru: Edipro, 2007.

ROUSSEAU, Jean Jacques. *Do Contrato Social*. Tradução de José Cretella Júnior e Agnes Cretella. São Paulo: RT, 2002.

RUSSOMANO, Rosah de Mendonça Lima. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 1970.

SAGÜÉS, Néstor Pedro. *Elementos de derecho constitucional*. Tomo 1. 3ª ed. Buenos Aires: Astrea, 2003.

_____. _____. Tomo 2. 3ª ed. Buenos Aires: Astrea, 2003.

SAMPAIO DÓRIA, Antônio Roberto de. *Direito Constitucional (Teoria Geral do Estado)*. v. 1, Primeiro Tomo. 5. ed. rev. São Paulo: Max Limonad, 1962.

_____. _____. v. 1, Segundo Tomo. São Paulo: Max Limonad, 1962.

_____. _____. v. 3. *Comentários à Constituição de 1946*. São Paulo: Max Limonad, 1960.

_____. _____. v. 4. *Comentários à Constituição de 1946*. São Paulo: Max Limonad, 1960.

SANTOS, Evaristo Aragão. *A EC N. 45 e o tempo dos atos processuais*, in WAMBIER, Teresa Arruda Alvim et al. (Coord.). *Reforma do Judiciário – primeiras reflexões sobre a Emenda n. 45/2004*. São Paulo: RT, 2005.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 8. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

SCARTEZZINI, Ana Maria Goffi Flaquer. *O prazo razoável para a duração dos processos e a responsabilidade do Estado pela demora na outorga da prestação jurisdicional*, in WAMBIER, Teresa Arruda Alvim et al. (Coord.). *Reforma do Judiciário – primeiras reflexões sobre a Emenda n. 45/2004*. São Paulo: RT, 2005.

SCHMIT, Paul. *Précis de droit constitutionnel – Commentaire de la Constitution luxembourgeoise*. Luxembourg: Saint Paul, 2009.

SECONDAT, Charles-Louis, Barão de la Brède e de MONTESQUIEU. *O Espírito das Leis*. Título original: *De l'Esprit des lois*. Tradução: Fernando Henrique Cardoso. São Paulo: Nova Cultura, 1997.

SHANOR, Charles A. *American Constitutional Law: Structure and Reconstruction: cases, notes, and problems*. 4th ed. St. Paul: West, 2009.

SILVEIRA, Fabiana Rodrigues. *A morosidade no Poder Judiciário e seus reflexos econômicos*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2007.

SILVEIRA, Paulo Fernando. *Devido Processo Legal*. 3. ed. rev. e atual. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

SIEYÈS, Emmanuel Joseph. *A Constituinte Burguesa*. Título original: *Qu'est-ce que Le Tiers État?* 4. ed. Tradução: Norma Azevedo. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

SILVA, Valclir Natalino da. *O princípio constitucional da razoável duração do processo (art. 5º, LXXVIII, da CF)*, in WAMBIER, Teresa Arruda Alvim et al. (Coord.). *Reforma do Judiciário – primeiras reflexões sobre a Emenda n. 45/2004*. São Paulo: RT, 2005.

SLAIBI FILHO, Nagib. *Reforma da Justiça (Notas à Emenda Constitucional nº 45, de 8 de dezembro de 2004)*. Niterói: Impetus, 2005.

SOUZA, Silvana Cristina Bonifácio. *Efetividade do processo e acesso à justiça à luz da reforma*, in TAVARES, André Ramos; LENZA, Pedro; ALARCÓN, Pietro de Jesús Lora (Coord.). *Reforma do Judiciário analisada e comentada*. São Paulo: Método, 2005.

SPALDING, Alessandra Mendes. *Direito Fundamental à tutela jurisdicional tempestiva à luz do inciso LXXVIII do art. 5º da CF inserido pela EC n. 45/2004*, in WAMBIER, Teresa Arruda Alvim et al. (Coord.). *Reforma do Judiciário – primeiras reflexões sobre a Emenda n. 45/2004*. São Paulo: RT, 2005.

STONE, Geoffrey R. et al. *Constitutional Law*. 6th ed. New York: Aspen, 2009.

TOCQUEVILLE, Alexis de. *A democracia na América: leis e costumes de certas leis e certos costumes políticos que foram naturalmente sugeridos aos americanos por seu estado social democrático*. 2. ed. Tradução: Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

TRIBE, Laurence H. *American Constitutional Law*. v. 1. 3rd ed. New York: Foundation Press, 2000.

_____.; DORF, Michael: *Hermenêutica Constitucional*. Tradução: Amarilis de Souza Birchall. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

VARGAS, Jorge de Oliveira. *A garantia fundamental contra a demora no julgamento dos processos*, in WAMBIER, Teresa Arruda Alvim et al. (Coord.). *Reforma do Judiciário – primeiras reflexões sobre a Emenda n. 45/2004*. São Paulo: RT, 2005.

VEDEL, Georges. *Manuel élémentaire de droit constitutionnel*. Réédition présentée par Guy Carcassonne et Olivier Duhamel. Paris: Dalloz, 2002.

VIEIRA, Oscar Vilhena. *Direitos Fundamentais: uma leitura da jurisprudência do STF*. São Paulo: Malheiros, 2006.

VIVANCO M., Ángela. *Curso de Derecho Constitucional – Bases conceptuales y doctrinarias Del Derecho Constitucional*. Tomo I. 2ª ed. ampl. Santiago: Ediciones Universidad Católica de Chile, 2007.

YOSHIKAWA, Eduardo Henrique de Oliveira. *Origem e evolução do devido processo legal substantivo: o controle da razoabilidade das leis do Século XVII ao XXI*. São Paulo: Letras Jurídicas, 2007.

WICKS, Elisabeth. *The Evolution of a Constitution. Eight Key Moments in British Constitutional History*. Oxford: Hart Publishing, 2006.

Sites da internet

Câmara dos Deputados na internet. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/>>. Acesso em 04 out. 2010.

Conselho Nacional de Justiça. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br>>. Acesso em 04 nov. 2010.

Consultor Jurídico. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/>>. Acesso em 19 de agosto de 2009.

Ordem dos Advogados do Brasil – Seção de São Paulo. Disponível em: <<http://www.oabsp.org.br/>>. Acesso em 04 out. 2010.

Senado Federal. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/>>. Acesso em 04 out. 2010.

Superior Tribunal de Justiça. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/>>. Acesso em 12 jun. 2006.

Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Disponível em: <<http://www.tjrj.jus.br/>>. Acesso em 18 jun. 2006.