

ADRIANA SALGADO PETERS

**O DIREITO À CELERIDADE PROCESSUAL
À LUZ DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS**

MESTRADO EM DIREITO

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA
SÃO PAULO – 2007

ADRIANA SALGADO PETERS

**O DIREITO À CELERIDADE PROCESSUAL
À LUZ DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS**

Dissertação à Banca Examinadora da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC/SP, como exigência parcial para obtenção do título de Mestre em Direito do Estado, subárea Direito Constitucional.

Orientadora: Professora Doutora Flávia Cristina Piovesan.

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA

SÃO PAULO – 2007

Autora: Adriana Salgado Peters

Título: O direito à celeridade processual à luz dos direitos fundamentais

Professor(a) Doutor(a)

Professor(a) Doutor(a)

Professor(a) Doutor(a)

São Paulo , _____ de _____ de 2007

A Deus, pela benção e proteção.

À Ilustre Professora Doutora Flávia Cristina Piovesan, pelas brilhantes aulas ministradas em classe, pelo incentivo e incessante dedicação durante todo o período de orientação.

Aos meus pais pela confiança depositada em minha pessoa e apoio aos meus estudos; ao meu noivo, pela paciência e carinho com meus projetos profissionais.

RESUMO

A Constituição Federal de 1988 é um marco, como documento protetor do princípio da dignidade humana, fundamento da existência e da proteção dos direitos humanos. Neste contexto, esta dissertação traz à baila uma discussão sobre novos paradigmas voltados à concretização do direito fundamental da celeridade processual. A morosidade dos órgãos da Administração Pública e do Poder Judiciário na prestação de uma tutela efetiva às partes, em tempo útil e justo, é um problema sério a ser sanado atualmente, sobretudo em razão: do acúmulo de processos, dos efeitos da globalização sem o proporcional investimento na informatização do Poder Público, da defasagem de recursos destinados ao Poder Judiciário, de leis mais eficazes, dentre outros fatores. Para dimensionar tal problema foi feito um paralelo a respeito da concepção da celeridade processual, como direito fundamental do ser humano, anterior e posterior à Emenda Constitucional n.º 45, de 31-12-2004, que introduziu o inciso LXXVIII ao Artigo 5º, da Constituição Federal de 1988, preceito este que explicitou a celeridade processo como norma constitucional e direito fundamental do ser humano. Pautado na análise deste quadro comparativo, ilustrado com jurisprudências atualizadas e inovadoras referentes à implementação do princípio da celeridade processual, cujos resultados são medidas tempestivas às partes e, portanto, observadores dos princípios de Justiça, verificou-se mudança de paradigma na sociedade brasileira e reconstrução dos meios de conceder efetiva garantia aos direitos humanos. Observou-se, assim, que é tempo de mudança, tempo de tornar o processo mais célere em prol, tanto do ser humano em si considerado como do bem comum da sociedade, da qual aquele é membro, atendendo, assim, ao princípio da dignidade da pessoa humana em todos os setores.

Palavras-chave: celeridade, processo, tempo, direitos humanos, razoável duração.

ABSTRACT

The Federal Constitution of 1988 is a landmark, as a document to protect the principle of human dignity, a cornerstone of the existence and protection of human rights. In this context, this dissertation brings to the fore a discussion on the new paradigms directed toward securing the basic right to a speedy trial. The delay of the agencies of the Public Administration and the Judicial Power in providing effective protection to the parts, in good time, is a serious problem to be solved currently, especially by reason of: the accumulation of processes, the effect of the globalization without the proportional investment in the computerization of the Public Power, the dwindling of resources destined to the Judicial Power, more efficient laws, amongst other factors. To characterize such problem, a parallel has been drawn regarding the conception of the speedy trial as a basic right of the human being, prior and subsequent to the Constitutional Amendment n.º 45, of 12-31-2004, that introduced clause LXXVIII to the Article 5º of the Federal Constitution of 1988, which assured a reasonable duration of proceedings as a basic constitutional norm and a right of the human being. Based on the analysis of this comparative picture, illustrated with up-to-date, innovative jurisprudence regarding the implementation of speedy trial, whose results are timely to the parts involved and, therefore, observant of the principles of Justice, change has been noticed in the paradigms in the Brazilian society and reconstruction of the ways to grant effective guarantee to the human rights. Therefore, it has been observed that it is time to change, time to make the process more swift for the benefit of the human being itself and for the common good of society, of which the former is a member, thus meeting the principle of the dignity of the human being in all sectors.

Word-key: *speedy trial, process, time, human rights, reasonable duration.*

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	09
PARTE I – DIREITOS HUMANOS E DIREITO À CELERIDADE PROCESSUAL.....	12
I HISTÓRICO	13
1 Evolução histórica dos direitos humanos	13
1.1 Antiguidade	13
1.2 Idade Média	18
1.3 Idade Moderna	21
1.4 Idade Contemporânea	29
2 Geração de direitos	31
II FUNDAMENTAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS	38
1 Princípio da dignidade humana	38
2 Universalismo X Relativismo	46
III DEFINIÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS	57
1 Definição afins a definição de “direitos humanos”	59
2 Direitos humanos e direitos fundamentais: uma falsa dicotomia?.....	64
3 Características dos direitos fundamentais	67
IV A FUNDAMENTALIDADE DE UM DIREITO	69
1 O direito a ter direitos	69
2 Direito “fundamental”	71
3 Direitos fundamentais formalmente constitucionais e direitos materiais fundamentais	85
V HISTÓRICO SOBRE CELERIDADE PROCESSUAL	89
PARTE II – DIREITO BRASILEIRO E O DIREITO À CELERIDADE PROCESSUAL	96
VI OS DIREITOS FUNDAMENTAIS À LUZ DAS CONSTITUIÇÕES BRASILEIRAS	97
1 Histórico das constituições brasileiras	97
1.1 A Primeira Constituição Brasileira	98
1.1.1 Período da colonização brasileira	98
1.1.2 A Constituição do Império (1824)	101
1.2 A Primeira Constituição da República (1891)	105
1.3 A Constituição de 1934	108
1.4 A Constituição de 1937	112
1.5 A Constituição de 1946	115

	1.6 A Constituição de 1967	117
	1.6.1 Emenda Constitucional de 1969	119
	1.7 A Constituição Cidadã (1988)	122
VII	O DIREITO À CELERIDADE PROCESSUAL NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO	127
	1 Direito, sistema jurídico e Constituição	127
	2 Aplicabilidade das normas	142
	3 O direito à celeridade processual na Constituição Federal de 1988, pré-Emenda Constitucional n.º 45/2004	151
	4 A atualidade e a convergência das leis mais recentes com a principiologia constitucional, anterior à Emenda Constitucional n.º 45/2004	156
	5 Inovação implementada pela Emenda Constitucional n.º 45/2004	162
VIII	O PROCESSO DE INTERPRETAÇÃO E A PROBLEMÁTICA DOS CONCEITOS INDETERMINADOS	165
IX	PROCESSO	174
	1 Conceito	174
	1.1 Elementos essenciais ao processo	176
	1.1.1 Tempo	176
	1.1.1.1 Origem mitológica	177
	1.1.1.2 Concepções sobre o tempo ao longo da história, da física e da filosofia	180
	1.1.2 Lógica e dialética	197
	1.1.2.1 Histórico	198
	1.1.2.2 Lógica e dialética no processo	206
	2 Processo Jurídico	209
	2.1 Instrumentalidade do processo	210
	2.2 Conceito de processo jurídico	211
	2.2.1 Finalidades do processo jurídico	216
	2.2.2 Efetividade do processo jurídico	220
	2.2.3 Princípios constitucionais gerais orientadores do processo	221
X	CONSTITUIÇÃO COMO PROCESSO	227
	1 Direito e processo, essencialmente constitucionais	227
	2 A interpretação da constituição como forma de participação democrática	232
XI	SIGNIFICADO DA NORMA JURÍDICA CONTIDA NO ARTIGO 5º, INCISO LXXVIII, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988: “RAZOÁVEL DURAÇÃO DO PROCESSO”	238
	1 Problemas causadores da morosidade na prestação da tutela estatal	253
	2 Mecanismos voltados a uma prestação estatal tempestiva	256
	3 Jurisprudência	267
XII	CONCLUSÃO	272

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS 277

BIBLIOGRAFIA COMPLEMENTAR 286

INTRODUÇÃO

O presente trabalho diz respeito à introdução pela Emenda Constitucional n.º 45, de 31 de dezembro de 2004, dentre outros dispositivos, do inciso LXXVIII ao artigo 5º, da Constituição Federal de 1988, assegurando a todos, no âmbito judicial e administrativo “a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação”.

Pautado em um corte epistemológico, essencial a qualquer espécie de estudo, nesta dissertação, serão analisados o significado e a extensão de tornar expresso, no âmbito da Constituição Federal, o princípio da celeridade processual e a expressão desta inovação à luz dos direitos fundamentais.

O estudo do referido princípio dentro da temática de direitos fundamentais assume, portanto, especial relevância, tendo em vista que estes direitos estão vinculados à limitação da atuação do poder estatal e à estruturação do Estado, como meio de garanti-los, resultando ao final em medidas voltadas ao atendimento da dignidade, liberdade e igualdade do ser humano, características estas que constituem o “núcleo mínimo” de respeito ao ser humano.

Para a análise do significado e do alcance do princípio da celeridade processual no ordenamento jurídico brasileiro, esta dissertação está dividida em duas partes.

A primeira, contém cinco capítulos, versará sobre os direitos humanos, de forma geral, e o princípio da celeridade processual, como um dos direitos fundamentais. No primeiro capítulo, expor-se-á uma visão geral a respeito do surgimento e da evolução dos direitos fundamentais até os dias de hoje; no segundo analisar-se-á no que consiste o fundamento dos direitos humanos; no terceiro, discutir-se-á o que a doutrina entende por direitos fundamentais e as diferentes terminologias

adotadas no decorrer da história; o quarto deverá buscar-se saber qual é o conteúdo de um direito fundamental, as bases da fundamentalidade de um direito; o quinto, por sua vez, cuida do aspecto histórico e do direito comparado referente ao princípio da celeridade processual.

Já a segunda parte deste trabalho contendo mais sete capítulos, tratará do princípio da celeridade processual no direito constitucional brasileiro. No sexto capítulo, analisar-se-á como e em qual extensão os direitos fundamentais foram previstos pelas Constituições brasileiras ao longo da história. Em seguida no sétimo capítulo, fixar-se-á um paralelo sobre a previsão constitucional do princípio da celeridade processual antes e após o advento da Emenda Constitucional n.º 45/2004, enfatizando também a legislação recente existente no ordenamento jurídico brasileiro, antes mesmo da referida Emenda; no oitavo, discutir-se-á a problemática dos conceitos indeterminados, demonstrando a importância do processo interpretativo; no nono capítulo, estudar-se-á a relação tempo e processo, de forma geral e, em seguida, as diretrizes do processo jurídico; na seqüência.

No capítulo dez, será visto a Constituição Federal, base de todo ordenamento jurídico, como processo; no décimo primeiro capítulo, procurar-se-á estabelecer o que seria considerado um “prazo razoável” para a duração de um processo, seja no âmbito jurisdicional, seja no administrativo, expondo as causas do problema, como também propondo algumas soluções; e, por fim, no décimo segundo capítulo, concluir sobre a relevância do princípio da celeridade processual nos dias atuais e a necessidade de sua observância conjugada aos demais princípios do sistema jurídico, ou seja, devido processo legal, ampla defesa, inafastabilidade do Poder Judiciário, dentre outros, tendo por escopo, ao final, garantir um novo paradigma: uma efetiva e tempestiva prestação da tutela estatal, asseguradora de segurança jurídica aos cidadãos.

Embora seja uma previsão importante na Constituição Federal, sobretudo, por estar expresso o inciso LXXVIII do artigo 5º, da Carta Magna de 1988, apresenta um complexo problema, que consiste no conteúdo vago de seus termos, expressando conceitos indeterminados, cuja definição é difícil estabelecer. Diante

desse quadro, recorrer-se-á, inicialmente, à tópica para verificar os primeiros casos que tratam do tema da celeridade processual, visando, ao menos, estabelecer algumas diretrizes a serem seguidas. Na seqüência, buscar-se-á analisar o “tempo justo”, “razoável” do processo com base em uma interpretação sistemática, à luz da “lógica do razoável”, cuja finalidade é identificar a dimensão do referido tempo, bem como quais fatores influenciam em sua restrição ou dilação.

Dessa forma, buscar-se-á com o presente trabalho analisar qual o alcance, o significado, a extensão do direito fundamental da celeridade processual no âmbito do ordenamento jurídico brasileiro e a interação desse princípio com os da efetividade e segurança jurídica, analisando-se, ao final, a possibilidade real, tal como demonstrarão as jurisprudências ora analisadas, de uma prestação estatal célere, útil e justa à solução da lide, bem como à pacificação social, objetivo máximo de um Estado Democrático de Direito, como é a República Federativa do Brasil.

**PARTE I – DIREITOS HUMANOS E O
DIREITO À CELERIDADE PROCESSUAL**

I HISTÓRICO

O histórico dos direitos humanos coincide com a própria evolução da humanidade, como será visto no primeiro tópico. Na seqüência, observar-se-á como foi disciplinada esta matéria nas Constituições brasileiras e como a doutrina classificou a evolução desses direitos.

1 Evolução histórica dos direitos humanos

A evolução histórica dos direitos humanos tem suas raízes na Antigüidade e cresceu concomitantemente à “evolução” da humanidade até culminar na concepção atual sobre os direitos humanos. Trata-se, portanto, de um processo longo e gradual, porém não linear, no decorrer da história, que veio aperfeiçoando-se no sentido de buscar assegurar a todo ser humano seus direitos fundamentais.

1.1 Antiguidade

Inicialmente, é interessante verificar como a sociedade desenvolveu-se desde os seus primórdios até tomar consciência da necessidade de proteção dos direitos humanos.

As diretrizes fundamentais da vida foram estabelecidas logo nos primórdios da civilização. No período entre 600 a.C. e 480 a.C., quando coexistiram alguns dos maiores pensadores da história, tais como: Buda, na Índia; Confúcio, na China; Pitágoras, na Grécia e o profeta Isaías, em Israel, havia uma preocupação dos homens a respeito da essencialidade de suas vidas. Mister se faz também ressaltar que, apesar dessa preocupação comum, os referidos pensadores não tinham nenhuma comunicação entre si.

A partir de então, a história passou a desdobrar as idéias e princípios estabelecidos nesse período, momento em que surgiu a filosofia na Ásia e na Grécia e substituiu-se “*pela primeira vez na História, o saber mitológico da tradição pelo saber lógico da razão*”¹.

Nesse período, também, nasceu a idéia de igualdade entre os seres humanos, consoante afirma Fábio Konder Comparato:

é a partir do período axial que o ser humano passa a ser considerado, pela primeira vez na História, em sua igualdade essencial, como ser dotado de liberdade e razão, não obstante as múltiplas diferenças de sexo, raça, religião ou costumes sociais. Lançavam-se, assim, os fundamentos intelectuais para a compreensão da pessoa humana e para a afirmação de direitos universais, porque a ela inerentes.²

Na Antiga Grécia, vigiam duas concepções a respeito da relação do homem e da natureza, iniciando-se, então, uma preocupação com o estudo do homem como ente nas relações com a natureza.

Uma delas era a **concepção mecanicista**, defendida pelos sofistas³ e epicuristas⁴, segundo a qual as questões do homem eram separadas daquelas da

¹ COMPARATO, Fábio Konder. *A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos*. 2.^a ed., São Paulo: Saraiva, 2001, p. 8.

² *Ibid*, p.1

³ ABBAGNANO, Nicola. *Dicionário de Filosofia*. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 918. “**SOFÍSTICA** (in. *Sophistics*; fr. *Sophistique*; aI. *Sophistik*; it. *Sofistica*). 1. Aristóteles chamou de S. "a sabedoria (*sapientia*) aparente mas não real" (*El. soph.*, 1, 165 a 21), e esse passou a indicar a habilidade de aduzir argumentos capciosos ou enganosos. 2. Em sentido histórico, a S. é a corrente filosófica preconizada pelos sofistas, mestres de retórica e cultura geral que exerceram forte influência sobre o clima intelectual grego entre os sécs. V e N a.C. A S. não é uma escola filosófica, mas uma orientação genérica que os S. acataram devido às exigências de sua profissão. Seus fundamentos podem ser assim resumidos: 1º O interesse filosófico concentra-se no homem e em seus problemas, o que os sofistas tiveram em comum com Sócrates. 2º O conhecimento reduz-se à opinião e o bem, à utilidade. Conseqüentemente, reconhece-se da relatividade da verdade e dos valores morais, que mudariam segundo o lugar e o tempo. 3º *Erística*: habilidade em refutar e sustentar ao mesmo tempo teses contraditórias. 4º Oposição entre natureza e lei; na natureza, prevalece o direito do mais forte.

Nem todos os sofistas defendem essas teses: os grandes sofistas da época de Sócrates (Protágoras e Górgias)

natureza. O agir humano era determinado pela busca do prazer e o afastamento da dor, variando, portanto, em função dos objetos de desejo. Neste contexto, Epicuro entendia que o Direito Natural é uma convenção estabelecida pelos homens para seu próprio proveito, para não prejudicarem uns aos outros.

A outra era a **concepção finalista**, defendida por Platão e Aristóteles, segundo a qual a ação humana subordinava-se à natureza, tendo por escopo alcançar a finalidade última desta. A importância da conduta humana residia não em saber o que levava o homem a agir, mas a busca pela plenitude, pela perfeição de suas atitudes, em consonância com o que determinava a natureza. Assim sendo, a participação dos seres vivos na ordem universal ocorre por meio do instinto, nos animais e da razão, nos homens.

Platão definiu o Direito ao definir a Justiça como aquilo que possibilita que um grupo qualquer de homens, mesmo que bandidos ou ladrões, conviva e aja com vistas a um fim comum. Trata-se, pois, de uma concepção formal do Direito, sendo este uma técnica de coexistência.

Consoante Aristóteles, o homem é um “animal político”,⁵ ou seja, é um ser social e assim sendo busca constituir formas de organizações que permitam uma convivência harmônica e perfeita em sociedade, tal como é o Estado. Desse modo, ao descobrir e apontar quais são as tendências e comportamentos naturais do homem é desvencilhar o que o homem é por natureza, isto é, estabelecer quais são as leis naturais que regem a vida humana.

sustentaram principalmente as duas primeiras. As outras foram apanágio da segunda geração de sofistas (d. UNTERSTEINER, *I sofisti*, 1949)”.
⁴ABBAGNANO, *op.cit.*, p. 337. “**EPICURISMO** (in. *Epícureanísmy* fr. *Épícuréisme*; al. *Epíkureísmus*, it. *Epícureísmo*). Escola filosófica fundada por Epicuro de Samos no ano 306 a.c. em Atenas. Suas características, que têm em comum com as demais correntes filosóficas do período alexandrino a preocupação de subordinar a investigação filosófica à exigência de garantir a tranquilidade do espírito ao homem, são as seguintes: 1º *sensacionismo*, princípio segundo o qual a sensação é o critério da verdade e do bem (este último identificado, portanto, com o prazer); 2º *atomismo*, com que Epicuro explicava a formação e a transformação das coisas por meio da união e da separação dos átomos, e o nascimento das sensações como ação dos estratos de átomos provenientes das coisas sobre os átomos da alma; 3º *semioteísmo*, pelo qual Epicuro acreditava na existência dos deuses, que, no entanto, não desempenham papel nenhum na formação e no governo do mundo”.

⁵ ARISTÓTELES. *Política*. São Paulo: Edipro, 1995, livro I, 2,.

O Direito, segundo Aristóteles, é “o que pode criar e conservar, no todo ou em parte, a felicidade da comunidade política”⁶, devendo-se recordar que a felicidade, como fim próprio do homem, é a realização ou a perfeição da atividade própria do homem, ou seja a razão⁷. Ademais, “a sanção do Direito é a ordem da comunidade política, e a sanção do Direito é a determinação do que é justo”.⁸ Todavia, o Direito assim entendido é só o Direito Natural que é o melhor e em toda parte é o mesmo. Não se trata do Direito fundado na convenção feita pelos homens, que varia de lugar para lugar, de época para época e de sociedade para sociedade, mas sim o Direito Natural que é “aquilo que tem a mesma força em toda parte e independe da diversidade das opiniões”.⁹

Com base na concepção finalista, os estóicos¹⁰ e outros filósofos da época desenvolveram uma ampla concepção de lei natural, deduzida esta da ordem que governa o mundo, tendo grande repercussão no pensamento ocidental. Para eles, o Direito Natural identifica-se com a Justiça e a Justiça, por sua vez, identifica-se com a razão.

⁶ ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*. São Paulo: Edipro, 2002, livro V, 1129 b 11.

⁷ *Ibid*, livro I, 6, 1098 a 3.

⁸ ARISTÓTELES, *op. cit.*, livro I, 2, 1254 a.

⁹ ARISTÓTELES, *op. cit.*, livro V, 6, 1135 a 17.

¹⁰ ABBAGNANO, *op. cit.*, p. 375-376. “**ESTOICISMO** (in. *Stoicism*; fr. *Stoïcisme*, aI. *Stoicismus*; it. *Stoicismo*). Uma das grandes escolas filosóficas do período helenista, assim chamada pelo pórtico pintado (*Stoá poikile*) onde foi fundada, por volta de 300 a.c., por Zenão de Cício. Os principais mestres dessa escola foram, além de Zenão, Cleante de Axo e Crisipo de Soles. Com as escolas da mesma época, epicurismo e ceticismo, o E. compartilhou a afirmação do primado da questão moral sobre as teorias e o conceito de filosofia como *vida contemplativa* acima das ocupações, das preocupações e das emoções da vida comum. Seu ideal, portanto, é de *ataraxia* ou *apatia* (v.). Os fundamentos do ensinamento estóico podem ser resumidos da seguinte forma: 1º divisão da filosofia em três partes: lógica, física e ética (v. FILOSOFIA); 2º concepção da lógica como *dialética*, ou seja, como ciência de raciocínios hipotéticos cuja premissa expressa um estado de fato, imediatamente percebido (v. ANAPODÍTICO; DIALÉTICA); 3º teoria dos signos, que constituiria o modelo da lógica terminista medieval e o antecedente da semiótica moderna (v. SEMIÓTICA; SIGNIFICADO); 4º conceito de uma Razão divina que rege o mundo e todas as coisas no mundo, segundo uma ordem necessária e perfeita (v. DESTINO; LIBERDADE; NECESSITARISMO); 5º doutrina segundo a qual, assim como o animal é guiado infalivelmente pelo instinto, o homem é guiado infalivelmente pela razão, e a razão lhe fornece normas infalíveis de ação que constituem o direito natural (v. DIREITO; INSTINTO); 6º condenação total de todas as emoções e exaltação da apatia como ideal do sábio (v. APATIA; EMOÇÃO); 7º *cosmopolitismo* (v.), ou seja, doutrina de que o homem não é cidadão de um país, mas do mundo; 8º exaltação da figura do sábio e de seu isolamento dos outros, com a distinção entre loucos e sábios (v. SÁBIO; SABEDORIA).

Ao lado do aristotelismo, o estoicismo foi a doutrina que maior influência exerceu na história do pensamento ocidental. Muitos dos fundamentos enunciados ainda integram doutrinas modernas e contemporâneas”.

Segundo os estóicos, os homens são livres e iguais, cabendo-lhes escolher entre conviverem pacificamente, harmonizando suas ações com a lei eterna e obtendo a felicidade; ou irem contra ela e serem infelizes.

Neste diapasão, Cícero (106-43 a.C.) desenvolveu uma concepção de direito natural que influenciou profundamente o direito moderno, pela qual o direito natural era a disciplina racional indispensável às relações humanas, mas independente da ordem cósmica e de Deus. Tratava-se de uma lei única, eterna e imutável, destinada a governar todos os povos, em todos os tempos e quem não a obedecesse, estaria fugindo de si mesmo e por haver renegado a própria natureza humana, sofreria as mais graves penas.

Por este conceito de Direito, verifica-se o reconhecimento da igualdade de todos os homens, pois em todos eles, em função de sua natureza, revela-se a lei eterna da razão. Aliás, essa lei natural existe antes da existência de qualquer forma de Estado. Por isso, se o povo ou qualquer ser humano pode fazer leis, estas não terão verdadeiro caráter de Direito se não derivarem da primeira. Dessa forma, fica evidenciado que o “Estado de natureza” dominou o pensamento político por muitos séculos.

Na fase do Império, os romanos desenvolveram o conceito de uma natureza comum a todos os homens, que pode ser conhecida pela razão (*ratio*), qualidade exclusiva dos homens, que passou a ser o fundamento das leis.

Mais tarde, com o advento do Cristianismo, asseverou-se, teoricamente, a noção da igualdade de todos os seres humanos, que eram considerados filhos de um Deus único, criador de todas as coisas. Os homens são filhos de Deus, tendo sido criados à sua imagem e semelhança. A natureza e todas as criaturas estão, portanto, submetidas à lei divina e, no caso, também, à lei moral. Entretanto, na prática, eram evidentes as desigualdades sociais, expressadas claramente por meio da escravidão; dos negros considerados *res*, propriedade dos homens brancos; da inferioridade da mulher em relação ao homem; da não valorização das crianças e idosos, dentre outros fatores discriminatórios.

1.2 Idade Média

A Idade Média divide-se em: Alta Idade Média (séculos V a X) e Baixa Idade Média (séculos X a XV). Salienta-se que a Idade Média teve seu apogeu entre os séculos IX e XIII, com o ápice do sistema feudal, período este em que a ciência perdeu a vitalidade e a antiga união com a filosofia dissolveu-se, vindo esta a contrair nova aliança com a teologia. A partir de então, durante séculos, a vida intelectual processou-se sob a orientação da Igreja.

Nos séculos IV e V, Santo Agostinho defendeu a existência de normas reguladoras da ordem universal, que seriam as leis morais naturais que se encontravam no coração de todos os homens, denominadas por ele de “leis eternas”. Estas determinam a conservação da ordem natural da vida, devendo as leis temporais fundar-se nas leis eternas, respeitando-as.

Na Alta Idade Média, vigia a idéia de que os homens estavam submetidos a uma ordem superior, divina, razão pela qual deviam obediência às suas regras. Neste período, o indivíduo só era considerado quando pertencente a um feudo. Assim, afirma Enrique Eduardo Lewandovski:

...na ordem política medieval, jamais se aceitou, de fato ou de direito, a idéia de que o indivíduo possuísse uma esfera de atuação própria, desvinculada da polis. Desconhecia-se completamente a noção de direitos subjetivos individuais oponíveis ao Estado.¹¹

Houve, porém, um aspecto positivo nessa época, o homem passou a ser considerado “como um ser moral, e não apenas como um ser social”, o que implicava que “enquanto seres morais, ou seja, enquanto membros da *civitas Dei*, todos os homens eram iguais, sem embargo das distinções de status circunstancialmente registradas na cidade terrena”¹².

¹¹ LEWANDOWSKI, Enrique Ricardo. *Proteção dos Direitos Humanos na Ordem Interna e Internacional*. São Paulo: Forense, 1984, p.8.

¹² *Ibid*, p.8

Com o fortalecimento das relações mercantis, a estrutura feudal entrou em crise. Começaram a surgir as cidades e uma sociedade estruturada em classes. Nesse momento, eclodiu a burguesia, cujo interesse era a instituição de um poder forte e centralizado, que suplantasse a autoridade da nobreza. Ao mesmo tempo, havia o interesse dos reis que desejavam fortalecer-se politicamente, submetendo a nobreza e limitando a atuação da Igreja. Assim, no final do século XI, a união dos reis e da burguesia pelos mesmos interesses levou ao processo de formação das monarquias nacionais.

A ***Magna Charta Libertatum de 1215*** foi um documento de extrema relevância dessa época, que submetia o governante a um corpo escrito de normas, cuja finalidade era limitar as arbitrariedades cometidas pelo monarca. Neste sentido, afirma Roscoe Pound que a Magna Carta

Não era simplesmente a primeira tentativa em termos jurídicos o que se converteu nas idéias diretoras do governo constitucional. Estabeleceu-as sob forma de limitações ao exercício da autoridade, não de concessões destinadas a libertar a ação humana da autoridade. Formulou-as como proposições jurídicas, de sorte a poderem tornar-se, como de fato se tornaram, parte da lei ordinária da terra [*ordinary law of the land*] que se invocasse como qualquer outro preceito jurídico no curso ordinário de litígio regular.¹³

Por isso, tal documento é considerado **o embrião dos direitos humanos**, destacando-se, nesta seara, o parágrafo 39 da Magna Carta que estabelecia que: “Nenhum homem livre poderá ser preso, detido, privado de seus bens, posto fora da lei ou exilado sem julgamento de seus pares ou por disposição da lei”.¹⁴

Verificou-se, também, que a constatação ética da necessidade de se resguardar certos direitos adveio da fusão da doutrina judaico-cristã com o Contratualismo. Para a primeira, o homem foi criado “à imagem e semelhança de Deus”, sendo a igualdade e liberdade características divinas presentes em toda as pessoas. Para o segundo, a origem do Estado consiste em uma convenção entre seus membros, daí a imprescindibilidade de garantir esta liberdade contra os abusos cometidos pelos governantes do poder.

¹³ POUND, Roscoe. *Liberdades e garantias constitucionais*, tradução: E. Jacy Monteiro. 2ª ed., São Paulo: Ibrasa, 1976, p. 9.

No século XIII, período da Baixa Idade Média, São Tomás de Aquino (1225-1274) defendeu a existência de uma lei universal que regula o comportamento de todos os seres, inclusive do ser humano. Seguindo Aristóteles, referido pensador afirma que o ser humano, como qualquer ser, tem certas tendências enraizadas em sua natureza, distinguindo-se dos demais animais pela sua racionalidade e por ser capaz de compreender suas próprias tendências naturais e procurar adequar sua conduta àquelas. Assim, sendo, segundo São Tomás de Aquino, a lei natural decorre de três aspectos naturais, a saber: a) o ser humano tende a conservar sua existência; b) tende a procriar e c) busca conhecer a verdade e viver em sociedade.

Por tudo isso, haveria a exigência das leis civis, criadas pelo homem, submeterem-se aos preceitos do Direito Natural, que é originário da natureza racional do homem. Conseqüentemente, em caso de conflito entre ambos existe o direito de resistência por parte dos homens, reivindicando seus direitos naturais, frente à arbitrariedade dos governantes. Em suma, a lei natural como princípio ordenador da conduta humana, está em harmonia com a ordem geral do universo, baseada em último grau na lei eterna, na lei divina.

Durante toda a Antiguidade e a Idade Média, o Direito Natural conservou a função de fundamento e, às vezes, de modelo ao Direito Positivo. Assim sendo, todo esse período constituiu-se em um limite e disciplina para toda forma de autoridade estatal, servindo, ao mesmo tempo, para justificá-la. Todavia, a partir do século XII, o Direito Natural passou a ter outras funções, tais como: ser base para a reivindicação de novos princípios normativos, como a tolerância religiosa e a limitação do poder do Estado e fundar os primeiros nortes do Direito Internacional, apesar do surgimento das monarquias absolutistas, fulcradas, mais ou menos intensamente, no maquiavelismo.

Pode-se dizer que, em termos gerais, a Idade Média marcou um período de retrocesso no que tange à conscientização e ao reconhecimento dos direitos do homem.

¹⁴ AZAMBUJA, Darcy. *Teoria geral do Estado*. 16ª ed., Porto Alegre: Globo, 1977, p. 156.

1.3 Idade Moderna

A partir do século XIV, as transformações que ocorreram abalaram toda a estrutura concebida que davam sustentação à organização social e política da época, culminando, tais mudanças, com o Iluminismo (período entre a Revolução Inglesa de 1688 e a Revolução Francesa de 1789).

Durante o Iluminismo e o Jusnaturalismo desenvolvidos na Europa, entre os séculos XVII e XVIII, a idéia de direitos humanos inscreveu-se, inclusive estendendo-se aos ordenamentos jurídicos de diversos países.

A Idade Moderna, vigente entre os séculos XV a XVIII, foi um período marcado pelo Renascimento, no plano cultural; pela Reforma Protestante, no religioso; pelo Absolutismo, no político e pelo Capitalismo Comercial, no econômico.

A exaltação do valor humano, como meio e finalidade, fundamentou o chamado “**Humanismo Renascentista**”, cujo ideal era reviver a Antiguidade Clássica. **O valor fundamental da doutrina humanista é a pessoa humana**, o sentimento, a originalidade e a superioridade do homem sobre as forças obscuras da natureza.

A filosofia e a ciência baseavam-se em Aristóteles. São Tomás de Aquino, como visto, introduziu uma solução global, proclamando a unidade profunda da verdade por meio do acordo da fé com a razão. Todavia, no fim do século XV, as verdades da fé não comportavam uma análise racional, havendo separação entre estes dois campos, com destaque ao campo da razão.

Na época do Renascimento, verifica-se que as artes estavam voltadas ao homem. De todas as belezas naturais, o belo humano era o elemento mais próximo do ideal estético. Na arquitetura, vislumbrava-se a harmonia das “divinas proporções” e o

equilíbrio das massas; a escultura imortalizou o corpo humano em sua nudez; e a pintura¹⁵ retratou o homem em variadas situações e sentimentos.

O homem, por ser o centro da reflexão humanista, elaborou uma ética individual e social. A primeira, repousava no otimismo, sendo o indivíduo considerado naturalmente bom e próximo ao plano divino. A segunda, fixava que a ética individual preservava a liberdade e tudo aquilo que permitisse à pessoa uma escolha racional do bem.

Este período trouxe a elaboração de um distinto conceito de vida e de homem, constituído por tratados morais e filosóficos, bem como um novo conceito político.

Fundamentados na cultura do Renascimento e do fortalecimento do capitalismo nasceram os argumentos políticos para uma ideologia justificadora do Estado Moderno Absolutista, destacando-se, na época, Nicolau Maquiavel (1469-1527). Este defendia que o soberano deveria ficar acima das considerações morais, aplicando o princípio de que “os fins justificam os meios”, pois a “razão do Estado” sobrepunha-se a tudo e até “a força é justa quando necessária”.¹⁶

Em 1628, surgiu, na Inglaterra, a ***Petition of Rights*** que, seguindo as diretrizes da Carta Magna de 1215, trouxe inovações relevantes no que tange à proteção dos direitos individuais, estabelecendo a necessidade de consentimento do Parlamento para realização de inúmeros atos. Observa-se, aqui, a forte influência do pensamento iluminista, que fazia os homens iguais pela razão, que lhes é inerente. Neste momento, o conceito de direito natural foi proposto sob a égide do racionalismo, porque ele tinha nascido humano e não em virtude de sua classe social, grupo étnico ou outro fato desse teor.

A evolução da mencionada doutrina estóica, que defendia a supremacia da “natureza”, culminou no **Contratualismo**, movimento este que teve como seus maiores representantes Hobbes, Locke e Rousseau.

¹⁵ VICENTINO, Cláudio e MARONE, Gilberto Tibério. *História Geral*. São Paulo: Anglo, 1991, p. 67, segundo Leonardo da Vinci, com base em Pitágoras, “O universo esconde em suas aparências uma espécie de matemática real”.

Thomas Hobbes (1588-1679) cria que o homem em seu estado de natureza sofria com a “guerra de todos contra todos”, uma verdadeira anarquia, sendo imprescindível a criação de um órgão que garantisse a segurança das pessoas. Com tal finalidade, os indivíduos alienaram sua liberdade ao Estado, detentor de todo o poder, o qual só seria retirado do governante se ele não assegurasse aos cidadãos a segurança desejada. Dessa forma, Hobbes colocou a doutrina do contrato a serviço do poder absoluto e assim afirmou:

a origem do grande Leviatã ou, com mais respeito, do Deus mortal a quem, depois de Deus imortal, devemos nossa paz e defesa, pois por essa autoridade conferida pelos indivíduos que o compõem, o Estado tem tanta força e poder que pode disciplinar a vontade de todos para a conquista da paz interna e para a ajuda mútua contra os inimigos externos.¹⁷

Contra este abuso exagerado do poder real, na Inglaterra, no ano de 1679, teria surgido o **Habeas Corpus Act**, instituindo um dos mais importantes instrumentos de garantia eficaz do direito de liberdade de locomoção, isto é, o direito de ir, vir, permanecer e ficar a todos os indivíduos, importância esta, aliás, preservada até os dias atuais.

Na mesma época, no período de 1688/1689, ocorreu também a famosa Revolução Gloriosa, que pôs, efetivamente, fim ao absolutismo inglês e culminou com a proclamação da Declaração de Direitos (**Bill of Rights**), que limitou o poder real, deixando ao Parlamento a verdadeira direção do país. Assim, assegurou-se sua supremacia sobre a vontade do rei.

John Locke (1632-1704), em sentido contrário ao de Thomas Hobbes, utilizou o Contratualismo para demonstrar a tese de que o poder político é necessariamente limitado e que o contrato é um acordo entre os homens para unirem-se em uma sociedade política.

No contexto, Locke afirmava a existência de certos direitos fundamentais do homem, como a vida, a liberdade e a propriedade. Para este pensador, no estado natural, o homem era bom, sendo a liberdade individual transferida ao Estado para que

¹⁶ MAQUIAVEL, Nicolau. *O príncipe*. São Paulo: Martins Fontes, 1995.

¹⁷ HOBBS, Thomas. *Leviatã*. São Paulo: Edipro, s/d, livro II, 17; e <http://www.philosophy.pro.br/jusnaturalismo.htm>.

este melhor garantisse os direitos do indivíduo, podendo os cidadãos retirar o poder concedido ao governante, caso ele não atendesse aos anseios da comunidade, isto é, eles teriam o direito de retomar a liberdade originária.

Constata-se que o pensamento liberal inglês, desenvolvido pela filosofia de John Locke, triunfou setenta anos antes da Revolução Francesa.

Na França, no fim do século XVII, em virtude da complexa realidade, ou seja, as contradições entre o absolutismo político e o desenvolvimento do capitalismo fecundaram idéias novas, em cujo nome negava-se o Antigo Regime, razão pela qual o governo monárquico, enfraquecido, solicitou o apoio da classe burguesa, que recusou as condições impostas pela monarquia, determinando, assim, sua queda.

A ideologia da burguesia francesa desse período baseava-se na “filosofia das luzes”, no pensamento liberal, na razão, no espírito crítico e na fé na ciência. Desta forma, o movimento iluminista procurou chegar às origens da humanidade, compreender a essência das coisas e das pessoas e observar o homem natural.

O **Iluminismo** adotou como ideologia o racionalismo, assim a razão adquiriu valor transcendental e a maioria dos pensadores da época eram deístas, ou seja, acreditavam em Deus, como força infinita. Deste modo, Deus regulava o mundo por meio de leis eternas e imutáveis, bastando estudar a natureza para conhecer as leis divinas.

Os filósofos, por sua vez, acreditavam que a sociedade ideal deveria ser organizada visando à felicidade do homem, que só podia nascer do respeito aos direitos humanos, resultantes das leis naturais. Entretanto, para conquistar essa felicidade, os homens assinaram entre si um contrato, escolhendo seu governo, como forma de garantir-lhes a felicidade, a liberdade e direitos inerentes.

No Iluminismo, o princípio da igualdade essencial dos seres humanos foi estabelecido sob o prisma de que todo homem tem direitos resultantes de sua própria natureza, ou seja, firmou-se a noção de que o homem possui certos direitos

inalienáveis e imprescritíveis, decorrentes da própria natureza humana e existentes independente do Estado.

A concepção, que se espalhou pelos ordenamentos de vários países, era a de que os direitos individuais eram preexistentes, portanto, não eram criações do Estado e, assim sendo deveriam ser respeitados, cabendo ao Estado zelar pela sua observância.

Nesta época, destacou-se Jean J. Rousseau (1712-1778), quem entendia que o homem natural seria instintivo. Em razão disso, o contrato social foi criado como forma de garantir, ao mesmo tempo, a igualdade e a liberdade por meio da soberania popular, pela qual os homens cediam parte de sua liberdade para a realização do bem comum.

Para Rousseau, os indivíduos, em si considerados, são totalmente desprovidos de direitos e só são vistos como cidadãos de um Estado. Para este autor, os homens tornam-se iguais “por convenção e direito legal” e, por isso, “o direito de cada indivíduo a seu estado particular está sempre subordinado ao direito supremo da comunidade”.¹⁸ Assim sendo, o contrato social tem por escopo “legitimar” o referido vínculo social, não sendo algo natural.

Na época, também, surgiu Charles Louis de Secondat, barão de Montesquieu (1688-1775) que apresentou sua teoria da tripartição do poder (*In* “Do Espírito das Leis”) como forma de garantir o bom governo e controlar os arbítrios estatais, garantindo os direitos básicos do homem.

Dessa forma, sua teoria expunha uma forma do poder ser controlado pelo próprio poder, tendo em vista que as funções judiciária, legislativa e executiva seriam independentes, porém, harmônicas entre si. Tratava-se, portanto, de uma teoria de freios e contrapesos do poder, garantindo, ao final, os direitos do homem em face do

¹⁸ ROUSSEAU, Jean Jacques. *Do contrato social*, tradução Lourdes Santos Machado. São Paulo: Nova cultura, 1999, livro I, caps. IV e VII e livro II, cap. IV, “O poder soberano, por mais absoluto, sagrado e inviolável que seja, não passa nem pode passar dos limites das convenções gerais, (...) só restam estas como base de toda autoridade legítima existente entre os homens”.

Estado. Enfim, era a realização de um regime de liberdade, com o governo fundado na lei.

Os fisiocratas, protagonistas do pensamento iluminista, julgavam que todo bom governo era constitucional e que o monarca deveria executar as benfeitorias públicas, meio este de garantir os direitos naturais do homem e a segurança da propriedade.

O Iluminismo como o pioneirismo inglês, sobretudo, as idéias de John Locke tiveram grande influência nas Constituições das colônias inglesas na América do Norte.

Em 16/06/1776, a **Declaração de Direitos de Virgínia**¹⁹ garantiu o direito à vida, à liberdade e à propriedade, como também tornou expresso outros direitos humanos, tais como: o princípio da legalidade, o devido processo legal a liberdade de imprensa e a liberdade religiosa, além de assegurar todo poder ao povo, consubstanciando, assim, “as bases dos direitos dos homens”²⁰. Esta Declaração consiste no primeiro catálogo de direitos do homem na história da humanidade.

Em seguida, com a **Declaração de Independência dos Estados Unidos**²¹, em 04/07/1776, a ênfase foi a limitação do poder estatal e a valorização da liberdade individual. Este documento, inclusive, influenciou a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão (França, 1789), em razão de seu conteúdo, bem como serviu de exemplo às outras colônias do continente americano²².

Posteriormente, em 1787, foi promulgada a **Constituição dos Estados Unidos**²³ que consolidou algumas barreiras contra o Estado, como a tripartição do poder e a afirmação que todo poder vem do povo. Todavia, artigos que expressavam, claramente, os direitos individuais foram introduzidos apenas em 1791, quando foram

¹⁹ <http://www.cefetsp.br/edu/eso/cidadania/declaracaovirginia.html>, a Declaração de Direitos do estado da Virgínia prevê que “todos os homens são por natureza igualmente livres e independentes e têm certos direitos inatos de que, quando entram no estado de sociedade, não podem, por nenhuma forma, privar ou despojar de sua posteridade, nomeadamente o gozo da vida e da liberdade, com os meios de adquirir e possuir propriedade e procurar e obter felicidade e segurança”.

²⁰ SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 23ª ed., São Paulo: Malheiros, 2004, p. 153-154.

²¹ http://www.arqnet.pt/portal/teoria/declaracao_vport.html.

²² SILVA, *op. cit.*, p. 157.

²³ <http://www.embaixada-americana.org.br/index.php?action=materia&id=643&submenu=106&itemmenu=110>.

adicionadas a ela **dez Emendas** (*Bill of Rights*, baseadas na Carta Magna, *Petition of Rights* e *The Declaration of Rights*, todas inglesas), que tratavam de alguns direitos individuais fundamentais para a liberdade.

Apesar disso, tais Emendas vigoram até hoje, demonstrando o caráter atemporal desses direitos fundamentais. Ressalte-se, também, que os direitos arrolados na Constituição norte-americana têm caráter exemplificativo, já que, constantemente, novos direitos fundamentais podem ser declarados e incorporados à Lei Fundamental dos Estados Unidos da América.

Da mesma maneira, um pouco mais tarde, em ação de rebeldia contra os abusos decorrentes do absolutismo francês, cujo poder tinha origem divina, eclodiu a **Revolução Francesa** (1789). Os ideais franceses da época são explicitados por Siéyes, em sua obra “Que é o Terceiro Estado?”, ao apresentar as seguintes indagações:

- 1 – O que é o Terceiro Estado? TUDO.
- 2 – O que ele foi até o presente na ordem política? NADA.
- 3 – O que ele exige? SER ALGUMA COISA.²⁴

Observa-se, assim, que a Revolução Francesa deu origem aos ideais representativos dos direitos humanos: a liberdade, a igualdade e a fraternidade e com ela foi aprovada a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, dando origem ao Estado de Direito contemporâneo.

Na **Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão**, o pressuposto é o valor absoluto da dignidade humana, razão pela qual a elaboração do conceito de pessoa abarcou a integração de valores, sob o prisma de que a pessoa dá preferência em sua vida e elege-os como fundamentais. Daí, estes passaram a ser eleitos como os mais importantes para o ser humano. Neste contexto, é mister destacar que, enquanto as Declarações norte-americanas, a exemplo de seus antecedentes ingleses, preocuparam-se mais com os direitos concretos dos cidadãos do que propriamente

²⁴ SIÉYS, Emmanuel. *Que es el Tercer Estado?*, Madrid: Aguilar, 1973, p. 5-15.

com os direitos do homem²⁵, a Declaração francesa de 1789 era “mais abstrata, mais ‘universalizante’”.²⁶

Diante do significado deste período na história dos direitos humanos, é interessante analisar as causas e finalidades contidas no preâmbulo, parcialmente transcrito, da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, cujos efeitos repercutem até os dias atuais:

Os representantes do povo francês, constituídos em Assembléia Nacional, considerando que a ignorância, o esquecimento ou o desprezo pelos direitos do homem são a causa das infelicidades públicas e da corrupção dos governantes, resolveram expor numa declaração solene os direitos naturais, inalienáveis e sagrados do homem, a fim de que essa declaração, sempre presente para todos os membros do corpo social, lhes lembre permanentemente de seus direitos e deveres; a fim de que os atos do poder legislativo e do poder executivo, podendo ser a todo momento comparados com a finalidade de todas as instituições políticas, sejam mais respeitados; a fim de que as reclamações dos cidadãos, fundamentadas a partir de agora em princípios simples e incontestáveis, voltem-se sempre para a manutenção da Constituição e a felicidade de todos²⁷.

A Revolução Francesa, portanto, marcou o espírito de liberdade, igualdade e fraternidade, ou seja, período em que os homens tinham plena liberdade, apesar de empecilhos de ordem econômica; eram iguais, ao menos em relação à lei; e deveriam ser fraternos, auxiliando uns aos outros.

O movimento teológico e racionalista ora visto fez surgir o conceito de direito natural, que culminou com a doutrina de Immanuel Kant (1724-1804). Para ele, o Estado originou-se de um ato originário do povo e como tal, legítimo, pelo qual todos renunciaram à liberdade externa para retomá-la imediatamente como membros de um corpo comum. Assim constituído, o Estado tornou-se um instrumento fixador de leis, leis estas, por consequência, criadas pelos próprios cidadãos. Neste diapasão, vislumbra-se também que a liberdade era tida como um imperativo categórico fundamental para se conceber a figura humana.

²⁵ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Direitos Humanos Fundamentais*. 7ª ed., São Paulo: Saraiva, 2005, p. 20.

²⁶ SILVA, *op. cit.*, p. 157.

²⁷ <http://www.dhnet.org.br/direitos/anthist/dec1789.htm>.

Observa-se que a contribuição de Kant foi de elevada importância para a construção do princípio dos direitos universais da pessoa humana. Segundo Fábio Konder Comparato, Kant asseverava “que só o ser racional possui a faculdade de agir segundo a representação de leis ou princípios; só um ser racional tem vontade, que é uma espécie de razão denominada razão prática”,²⁸ também afirmava “que as regras jurídicas, às quais os homens passam a sujeitar-se, devem ser elaboradas pelos membros da associação”²⁹.

Pelo **pensamento kantiano**, verifica-se que o ser humano não existe como meio para uma finalidade, mas existe como um fim em si mesmo, isto é, **todo homem tem como fim natural a realização de sua própria felicidade**, daí resultando que todo homem tem **dignidade**. Por consequência, não basta ao homem o dever negativo de não prejudicar alguém, como lhe é essencial o dever positivo de trabalhar para a felicidade alheia, consoante tal teoria.

Ao se analisar esta breve evolução histórica sobre a origem do Estado e, por consequência, dos direitos humanos, conclui-se que a concepção kantiana foi salutar no reconhecimento dos direitos do homem necessários à formulação de políticas públicas de conteúdo econômico e social.

1.4 Idade Contemporânea

O Estado contemporâneo tem como característica primordial a supremacia do Direito, de modo que todas as ações do governo devem estar de acordo com as leis, em um primeiro momento e, com a Constituição, posteriormente. Dessa forma, verifica-se que o Direito é, portanto, o centro de equilíbrio nas relações entre governo e sociedade.

²⁸ COMPARATO, *op. cit.*, p. 20.

²⁹ LEWANDOWSKI, *op. cit.*, p. 41.

Fica evidenciada a busca na organização estatal do máximo de juridicidade, reconhecendo-se no Estado, a existência de um poder jurídico, “procurando reduzir a margem de arbítrio e discricionariedade e assegurar a existência de limites jurídicos à ação do Estado.”³⁰

Os séculos XIX e XX, por conseqüência, foram marcados pela crescente necessidade de positivação no que tange à proteção dos direitos humanos, sobretudo, após a Segunda Guerra Mundial.

A partir do século XX, a regulação dos direitos econômicos e sociais passou a incorporar as Constituições Nacionais. A primeira Carta Magna, a revolucionar a positivação de tais direitos, foi a **Constituição Mexicana de 1917**, que versava sobre a função social da propriedade.

A **Constituição de Weimar de 1919**, pelo seu capítulo sobre os direitos econômicos e sociais, foi o grande modelo seguido pelas novas Constituições Ocidentais.

Com a barbárie da Segunda Grande Guerra, os homens conscientizaram-se da necessidade de não se permitir que aquelas monstruosidades ocorressem novamente, de se prevenir os arbítrios dos Estados. Isto culminou na criação da **Organização das Nações Unidas (ONU)** e na declaração de inúmeros Tratados Internacionais de Direitos Humanos, como “A Declaração Universal dos Direitos do Homem”, como ideal comum de todos os povos.

A partir da segunda metade do século XX, iniciou-se a real positivação dos direitos humanos que cresceu em importância e em número, em razão dos inúmeros acordos internacionais. O pensamento formulado nesse período acentua o caráter único e singular da personalidade de cada indivíduo, derivando daí que todo homem tem dignidade individual e, com isto, a **Declaração Universal dos Direitos Humanos**, em seu Artigo 6.º, declara: “Todo homem tem direito de ser, em todos os lugares, reconhecido como pessoa perante a lei”³¹.

³⁰ DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de Teoria Geral do Estado*. 21ª ed., São Paulo: Saraiva, 2001, p. 128.

³¹ <http://www.dhnet.org.br/direitos/deconu/textos/integra.htm>.

Vislumbra-se, portanto, que a evolução dos direitos humanos coincide com a história do homem e do constitucionalismo, o qual, por sua vez, culminou na concepção contemporânea de direitos humanos. Ademais, constata-se que tal evolução, tanto no sentido normativo como no sentido executivo, foi muito rápida no último século, motivo pelo qual esses direitos adquiriram um papel essencial na doutrina jurídica, apesar de apenas serem realmente reconhecidos por meio da **Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948**.

Atualmente, não se pode discutir a existência desses direitos, já que, além de amplamente consagrados pela doutrina, estão presentes em várias leis fundamentais, inclusive, na do Brasil, como se pode verificar na Constituição Federal de 1988.

Diante de todo o exposto, conclui-se que o pensamento moderno:

é a convicção generalizada de que o verdadeiro fundamento da validade – do Direito em geral e dos direitos humanos em particular – já não deve ser procurado na esfera sobrenatural da revelação religiosa, nem tampouco numa abstração metafísica – a natureza como essência imutável de todos os entes do mundo. Se o direito é uma criação humana, o seu valor deriva, justamente, daquele que o criou. **O que significa que esse fundamento não é outro, senão o próprio homem, considerado em sua dignidade substancial de pessoa...**³².

Verifica-se, assim, que o ser humano ocupou o epicentro de todas as atividades desenvolvidas pelas estruturas sociais de poder, pelas instituições e tal concepção, sobretudo, após a Segunda Guerra Mundial, diante da ruptura com os direitos humanos, disseminou-se além de cada Estado de Direito, flexionando, inclusive, o até então, rígido conceito de soberania, tornando este também um instrumento voltado à reconstrução dos direitos humanos, uma vez que a proteção destes deixou de ser uma questão doméstica e tornou-se imperativa a toda comunidade internacional.

³² COMPARATO, Fábio Konder. “Fundamento dos direitos humanos”, in *Cultura dos Direitos Humanos*. MARCÍLIO, Maria Luiza e PUSSOLI, Lafaiete (organizadores), São Paulo: LTR, 1998, p. 60 (grifos nossos).

2 Gerações de direitos

A partir da análise do quadro supra, referente à origem histórica dos direitos humanos³³, a doutrina classificou tais direitos em quatro gerações, considerando-os, especialmente, a partir do final do século XVIII.

Note-se, porém, que esta classificação dos direitos humanos em gerações tem finalidade apenas organizativa e didática. Ademais, há divergências na doutrina quanto ao reconhecimento das gerações de direitos fundamentais, tais como: há autores que não reconhecem a natureza dos “direitos de solidariedade”, como fundamentais; outros que entendem não haver a quarta geração de direitos, outros que não admitem a terminologia “gerações”³⁴, dentre outras dissonâncias.

³³ A questão da fonte, da origem dos direitos humanos não é unívoca na doutrina, havendo, basicamente, quatro correntes a respeito do assunto, a saber: jusnaturalista, positivista, relativista e pós-positivista, as quais, em muitas decisões, influenciam-se reciprocamente.

A corrente **jusnaturalista** defende que os direitos humanos são inerentes à própria natureza do ser humano, oriundos da essência do ser humano. Não são decorrentes do que é fixado pelo homem, mas estão na natureza, sendo, portanto, originários e inalienáveis, oponíveis ao próprio poder soberano. A crítica a esta teoria é que não é possível conceber um direito dissociado de uma relação jurídica, todavia, esta concepção subsiste considerando sua integração aos valores diretos das relações intersubjetivas.

A corrente **positivista**, por sua vez, partindo da noção de sistema e de um critério de racionalidade intrínseca, sem contradições e sem lacunas, defende que os direitos humanos são tão-somente aqueles assegurados por lei. Logo, o que a lei não previr, não é direito humano protegido. Por sua vez, a atividade jurisdicional está limitada a uma operação racional, qual seja: à subsunção da norma, elemento integrador de um sistema fechado de conceitos jurídicos. Neste âmbito, discute-se o *apartheid*, a pena de morte etc. Critica-se, também, a fixação de posições na pirâmide normativa dos vários direitos, assumindo assim, alguns posição de supremacia uns sobre outros, relegando a ponderação dos bens jurídicos em colisão.

Para a corrente **relativista**, os direitos humanos advêm dos sistemas morais, religiosos e/ou políticos, os quais estabelecem parâmetros específicos para a criação desses direitos. Por exemplo, o Estado Islâmico não admite a monogamia, visão típica da sociedade ocidental. Outros exemplos estão na guerra de Kosovo, na qual a maioria da população era iugoslava, ou seja, não tinha origem sérvia e os sérvios praticavam atos de natureza genocida, visando atender ideais específicos de seu povo; no nazismo, cuja intenção dos alemães era preservar os direitos apenas para a raça pura ariana etc.

Por fim, a corrente **pós-positivista** rompe com o critério formal e lógico de pura subsunção à norma jurídica e defende o “primado da indagação da vida e da valoração da vida” (LARENZ, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito*. Tradução de José Lammego, 3ª ed., Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997, p. 64), voltado à “ciência prática” ou “dogmática do Direito”. Este entendimento confere maior mobilidade e liberdade ao magistrado para que tome a decisão mais adequada ao caso concreto, após uma operação também valorativa dos reais interesses tutelados pela norma. Enfim, trata-se de uma verdadeira *integração da norma*, sobretudo as de natureza principiológica (como a da dignidade humana), *aos valores supralegais e transcendentes inerentes no meio social* (que não consistem em mera ordem natural pressuposta), alicerces do próprio sistema jurídico, como ressaltado no item anterior.

Note-se, portanto, que **nenhuma sociedade nega a existência de direitos humanos fundamentais, todavia, divergem quanto a sua origem, sua fundamentação**, adotando uma das acepções acima.

³⁴ GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Processo Constitucional e Direitos Fundamentais*. 2ª ed., São Paulo: Celso Bastos, 2001, p. 39.

Em geral, a doutrina majoritária classifica quatro gerações de direitos fundamentais, como se verá, a seguir.

São considerados **direitos de primeira geração** aqueles oriundos das Revoluções ocorridas nos séculos XVII e XVIII, que substituíram a relação Estado-súdito pela relação Estado-cidadão. Tais direitos surgiram com a criação do Estado de Direito, na época do Estado Moderno, momento em que o Estado não apenas produzia as normas jurídicas, como também passou a submeter-se a elas.

Neste período, o indivíduo começou a relacionar-se com o Estado por meio do Direito e, desse modo, o Estado Moderno tornou-se expressão jurídica da vontade da sociedade, cuja manifestação ocorreu por meio de leis que passaram a ser votadas pelo Parlamento.

Pelo fato do Estado de Direito limitar a própria atuação estatal e, ao mesmo tempo, garantir as liberdades individuais, a doutrina majoritária entende que a primeira geração protege as chamadas liberdades públicas, cuja característica principal reside no fato de garantirem uma esfera de atuação ao indivíduo da qual resta afastada a ingerência do Estado, que deve, a seu turno, protegê-las (grifos nossos).

Nesta época, importantes inovações ocorreram em diferentes searas do Direito. No Direito Civil, surgiu o princípio da liberdade dos contratos, atendendo aos interesses da burguesia, pois delimitava o poder de atuação do Estado na esfera privada. Referência importante desta inovação foi o grande modelo de Código Civil produzido por Napoleão Bonaparte. Já no Direito Penal, o princípio da legalidade trouxe relevante avanço, tal como pode ser constatado no livro “Dos Delitos e Das Penas”, de César Bonesana, Marquês de Beccaria. Paralelamente, no campo do Direito Processual Penal, estabeleceram-se regras garantidoras da ampla defesa, do contraditório, do devido processo legal etc., protegendo o indivíduo de decisões arbitrárias, abusivas.

No que tange ao Direito Constitucional, vislumbrou-se que a lei é o meio de atuação do indivíduo na sociedade, razão pela qual fazê-la e alterá-la é um direito fundamental do indivíduo. Daí, nasceu a positivação dos direitos políticos, dos direitos

de organização social, do exercício do poder, da liberdade de imprensa, dentre outros. Já no que diz respeito aos Direitos Humanos, iniciou-se um processo de proteção da incolumidade física ou psíquica de todo e qualquer ser humano, sendo este período marcado pela conscientização da importância do ser humano, bem como pelos primeiros documentos voltados, especificamente, a proteção deles. Enfim, correspondem aos direitos de primeira geração, os direitos civis e políticos, cujo prisma histórico correlaciona-se à fase inaugural do constitucionalismo do Ocidente, como observado no capítulo anterior.

Na Constituição Federal de 1988, são considerados direitos de primeira geração os chamados direitos individuais e coletivos, expressos, sobretudo, no [Artigo 5º](#) daquela.

Os **direitos de segunda geração**, por sua vez, surgiram no século XIX, sendo frutos das chamadas “Revoluções Sociais”, tendo em vista que tais direitos envolvem os interesses de uma determinada classe, de uma certa categoria.

Na Europa, a revolução industrial gerou um crescimento da população nas cidades e êxodo rural. Os operários trabalhavam em condições insalubres, em longas jornadas etc., motivo pelo qual, então, surgiram os direitos de classes sociais. Exemplo, foi o movimento cartista, grande movimento sindical do século XIX, inspirado em uma Carta Social, voltada a assegurar o direito semanal remunerado, a redução de jornada de trabalho, melhores salários e outros direitos aos trabalhadores.

No direito brasileiro, a Constituição Federal de 1824 foi a expressão brasileira das Revoluções Sociais, ou seja, dos direitos humanos de segunda geração e do constitucionalismo. Dom Pedro I tinha o título de ser o constitucionalista do Brasil. Posteriormente, a Revolução de 1930 representou uma vitória sobre o arcaísmo da República Velha, época em que Getúlio Vargas criou a Consolidação das Leis Trabalhistas, que, por sua vez, deu origem ao Direito do Trabalho; Direito Previdenciário e Direito Administrativo.

Assim sendo, a segunda geração ficou caracterizada pela proteção aos direitos econômicos, culturais e sociais, albergados já pelas Constituições do início do

século XX (constitucionalismo do Estado Liberal), tendo atingido reconhecimento internacional por meio da Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948, tendo em vista que a partir daquela época, “o Estado assumiu a função de planificar, regular, dirigir, controlar e supervisionar a vida sócio-econômica”³⁵, consoante assevera Karl Loewenstein (grifos nossos).

Esta proteção aos direitos econômicos e sociais figurou essencial para a defesa dos direitos civis e políticos, como assevera Flávia Piovesan:

(...) sem a efetividade dos direitos econômicos, sociais e culturais, os direitos civis e políticos se reduzem a meras categorias formais, enquanto que, sem a realização dos direitos civis e políticos, ou seja, sem a efetividade da liberdade entendida em seu mais amplo sentido, os direitos econômicos, sociais e culturais carecem de verdadeira significação. Não há mais como cogitar da liberdade divorciada da justiça social, como também infrutífero pensar na justiça social divorciada da liberdade. Em suma, todos os direitos humanos constituem um complexo integral, único e indivisível, em que os diferentes direitos estão necessariamente inter-relacionados e são interdependentes entre si.³⁶

Ao se fazer um paralelo entre estas duas gerações de direitos, observa-se que, contrariamente, aos direitos da primeira geração, que impunham uma atitude abstencionista do Estado, o que se exige na segunda geração é uma atitude positiva, intervencionista, a fim de prover a justiça social e os meios indispensáveis ao gozo desses direitos por seus titulares.

Já os **direitos de terceira geração**, correspondem aos direitos de solidariedade, consagrados em documentos internacionais do final do século XX, resultantes da "consciência de novos desafios, não mais à vida e à liberdade, mas especialmente à *qualidade* de vida e à *solidariedade* entre os seres humanos de todas as raças ou nações"³⁷.

³⁵ LOEWENSTEIN, Karl. *Teoría de la Constitución*. Tradução: ANABITARTE, Alfredo Gallego, Barcelona: Editorial Ariel S.A., 1970, p. 399.

³⁶ PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*. São Paulo: Max Limonad, 1996, p. 161.

³⁷ FERREIRA FILHO, *op. cit.*, p. 57, grifos no original.

Isto porque o século XX conheceu um universo de tecnologia, sem precedentes, para a espécie humana e foi cenário de duas guerras mundiais, que puseram em risco a própria vida da humanidade.

Os direitos de terceira geração cuidam de interesses pertencentes não apenas ao indivíduo em si considerado ou a uma classe de direito, mas de interesses da coletividade como um todo. Exemplos: direito ao meio ambiente, do consumidor, direitos difusos, anti-racistas, direitos culturais de determinados grupos étnicos, direito de propriedade sobre o patrimônio comum da humanidade, direito de comunicação, dentre outros (grifos nossos).

Por fim, os **direitos de quarta geração**, admitidos apenas por parte da doutrina³⁸, cuidam dos “efeitos cada vez mais traumáticos da pesquisa biológica, que permitirá manipulações do patrimônio genético de cada indivíduo”³⁹, como já se vê neste início de século XXI, com a identificação do número de genes do ser humano.

Esta geração visa à proteção dos direitos que as pessoas têm como indivíduos da espécie humana, na acepção literal do termo, na acepção genética. Estuda-se, portanto, atualmente, a biogenética, a bioética, a lei de patentes de microrganismos vivos (envolvendo também a dimensão religiosa, moral...), as mudanças artificiais que podem ser feitas nos nascituros (ex.: escolha do sexo, da cor dos olhos etc.), da lei de clonagem, dentre outras (grifos nossos).

Fazendo uma análise de todas as gerações acima expostas, Manoel Gonçalves Ferreira Filho⁴⁰ destaca que **cada uma delas revelou uma grande capacidade de incorporar desafios**: na primeira, foi o arbítrio governamental; na segunda, os discrepantes desníveis sociais e na terceira, a luta contra a deterioração da qualidade da vida humana e outras mazelas. Pode-se acrescentar que o problema enfrentado pela quarta geração é a fixação de limites no que tange à manipulação do patrimônio genético, considerando a existência de um núcleo ético mínimo.

³⁸ LAFER, Celso. *A Reconstrução dos Direitos Humanos*. São Paulo: Companhia das Letras, 1988.

³⁹ BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*, tradução Carlos Nelson Coutinho, 5ª reimpressão. Rio de Janeiro: *Campus*, 1996, p. 6.

⁴⁰ FERREIRA FILHO, *op. cit.*, p. 6.

Neste âmbito, ao analisar **o princípio da celeridade processual**, objeto deste trabalho, pode-se afirmar tratar-se de um direito de **primeira geração**, ou seja, intrínseco às liberdades públicas. Isto significa que o Estado tem uma postura abstencionista em relação à esfera de atuação do indivíduo que, por sua vez, ao exigir a prestação da tutela estatal fixa ao **Estado um dever** não apenas de agir, mas **de agir em um prazo legalmente fixado**, o que evidencia que o Estado também está **submetido ao Direito**.

Tal conclusão, por sua vez, confirma o que já foi exposto no capítulo I, ao demonstrar que os direitos classificados nas gerações de direitos supracitadas apresentam-se de modo **não-linear** no decorrer da História.

Nesse sentido, refere Norberto Bobbio que os direitos fundamentais “são direitos históricos, ou seja, nascidos em certas circunstâncias, caracterizadas por lutas em defesa de novas liberdades contra velhos poderes e nascidos de modo gradual, não todos de uma vez e nem de uma vez por todas”.⁴¹

Diante do exposto, verifica-se que **a sociedade e o Direito são dinâmicos**, sempre existindo, portanto, **novos desafios** e novas regras delimitadoras desses, bem como a necessidade de **novas roupagens, buscando-se garantir a efetividade de direitos já existentes**, tendo por finalidade proteger o indivíduo, como ser humano e membro da sociedade.

⁴¹ BOBBIO, *op. cit.*, p. 5.

II FUNDAMENTAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS

1 Dignidade da Pessoa Humana

Neste tópico, buscar-se-á explicitar uma breve noção sobre o princípio da dignidade humana, essência, fundamento dos direitos humanos, desenhando suas linhas gerais, em face da complexidade, vaguidade e carga valorativa da referida expressão, o que torna difícil uma exata delimitação.

O Direito, conjunto de normas gerais e positivas, em regra ditadas por um poder soberano (Estado), voltado a regular uma vida social harmônica, garantindo às pessoas direitos e deveres, sendo fruto da criação humana, como visto anteriormente. O fenômeno do Direito de pautar condutas humanas para permitir a convivência, advém da própria natureza humana, pois esta tem por objetivo buscar a **ordem**⁴²; sendo, portanto, inerente à racionalidade humana, enfim, uma necessidade do ser humano⁴³. Neste diapasão, afirma-se que a **dignidade da pessoa humana é o fundamento**⁴⁴ **da existência e da proteção dos direitos humanos** e como o ser

⁴² Neste ponto, observa-se a dialeticidade do Direito. Para conceber uma noção de ordem, é pressuposto admitir a existência da desordem. Sequencialmente, visando a caracterização da eunomia (plenitude de normas; ordem), surgiram a Constituição e as leis, com o escopo de, assim, abolir a anomia (não existência de normas) e o caos. Neste aspecto, verifica-se **que há sociedade com leis, mas, sem Estado**, pois para existir lei, não é necessária a existência do Estado, como se verifica nas sociedades primitivas; no povo cigano; no povo judeu etc. Isto porque **a lei nasce da vontade e esta manifesta-se no “espírito das leis”**, conforme se pode extrair das interpretações de Hannah Arendt e de Montesquieu.

⁴³ Questiona-se se o Direito é uma necessidade do homem, inerente à racionalidade ou uma manifestação de cada sociedade. Todavia, ao analisar a natureza gregária do ser humana, entendo que o Direito é inerente a este.

⁴⁴ *Enciclopédia das Ciências Filosóficas*, § 121 *apud* COMPARATO, Fábio Konder. “Fundamento dos direitos humanos”, in *Cultura dos Direitos Humanos*. MARCÍLIO, Maria Luiza e PUSSOLI, Lafaiete (organizadores), São Paulo: LTR, 1998, p. 61, segundo Hegel, “fundamento só existe como fundamento de algo, de outro coisa”. O fundamento, a fonte, a

humano é igual, como integrante da raça humana, em todo e qualquer lugar. Pode-se afirmar que os direitos humanos são universais, no que tange à estrutura e validade⁴⁵. Norberto Bobbio ensina, neste sentido, que a razão justificativa última dos valores supremos da sociedade está no ser que constitui, em si mesmo, o fundamento de todos os valores, que consiste na própria pessoa⁴⁶.

Vislumbra-se, dessa forma, que o princípio da dignidade humana integra o conjunto de valores que a doutrina e a jurisprudência denominam de **metajurídicos** e, como tal, não exige que esteja positivado para que seja obedecido⁴⁷. Por outro lado, por ser a essência da Constituição o reflexo da construção da vida social e política de uma determinada sociedade, em certa época, ou seja, Lei Maior que constitui a sociedade e, também, fundamento do ordenamento jurídico, relevante é a proteção dos direitos humanos por este Texto, pois torna expresso como imperativo cogente, categórico a proteção de tais direitos⁴⁸. Diante desta posição originária, inicializadora do Texto Maior, as normas que preceituam os direitos fundamentais assumem um caráter de **substancialidade**, de materialidade.

A respeito da fundamentalidade do princípio da “dignidade humana”, é sabido que, também, se faz necessário ressaltar a dificuldade de conceituar tal expressão, em razão de sua vagueza semântica⁴⁹. Ao se ter como escopo tão só fixar

origem, ou seja, a existência de uma “razão justificava” (usando a terminologia de Kant) de algo deve ser transcendente, superior e exterior a este, caracterizadora por ser a condição primeira de existência deste. No caso dos direitos humanos, sua fundamentação vai além da existência da própria ordenação estatal, sendo, portanto, incompatível com uma mera posição positivista do Direito. Este existe, vale e deve ser cumprido porque elaborado por um Poder Constituinte legítimo, sendo que o Poder Constituinte, por sua vez, encontra seu fundamento de validade em algo que também transcende a autoridade dos constituintes: um **princípio ético** (baseado seja na divindade, seja na natureza, seja na religião).

⁴⁵ A princípio, não se fez menção, ainda, ao conteúdo dos direitos humanos.

⁴⁶ Isto porque os valores não se justificam por si só, mas são atributos **assumidos** pelo ser humano.

⁴⁷ A obediência aos direitos humanos pode se dar por critérios **morais ou jurídicos**. A obediência moral se dá pela crença de que uma norma deve ser obedecida, sob pena de sanção interna (arrepentimento, remorso, sentimento de reprovação e culpa), orientada pela consciência e/ou religião, tendo por escopo a abstenção do mal e a prática do bem; enquanto a obediência jurídica de tais direitos decorre da coação, ou seja, da possibilidade de constranger o indivíduo à observância da norma, o que dá eficácia completa à norma jurídica, visando, assim, a evitar que se lese ou ameace direito de outrem. Verifica-se, assim, que a obediência moral incide na intenção, no momento psíquico e volitivo que determina a conduta, sendo, portanto, unilateral e tendo seu campo de atuação muito amplo, enquanto a obediência jurídica incide na exteriorização do ato, compreendendo apenas os deveres do ser humano para com seus semelhantes, caracterizando, dessa forma, sua bilateralidade e um campo de atuação mais definido.

⁴⁸ DINIZ, Maria Helena. *Compêndio de Introdução à Ciência do Direito*. 3ª ed., São Paulo: Saraiva, 1991, “A norma jurídica pertence à vida social, pois tudo o que há na sociedade é suscetível de revestir a forma da normatividade jurídica”.

⁴⁹ ABBAGNANO, *op. cit.*, p. 869. **SEMÂNTICA** (in. *Semantics*; fr. *Sémantique*; al. *Semantik*). Propriamente, a doutrina que considera as relações dos signos com os objetos a que eles se referem, que é a relação de *designação*. Este termo, proposto para tal doutrina por Bréal (*Essais de sémantique. Science des significations*, 1897), encontra justificação

uma noção, por ser fundamento dos direitos humanos e sem qualquer pretensão de esgotar um tema tão complexo, fixar-se-ão alguns pontos essenciais a respeito da “dignidade humana”.

É de ordem, iniciar a busca de um conceito, ainda que de conteúdo vago e indeterminado, pautado na origem etimológica da palavra:

Dignus, na língua latina, é adjetivo ligado ao verbo defectivo *deceat* (é conveniente, é apropriado) e ao substantivo *decor* (decência, decoro). No sentido qualificativo do que é conveniente ou apropriado, foi usado tanto para louvar quanto para depreciar: *dignus laude*, *dignus supplicio*. **O substantivo *dignitas*, ao contrário, tinha sempre conotação positiva:** significava mérito e indicava também cargo honorífico do Estado⁵⁰ (grifos nossos).

etimológica no verbo grego *σημαίνειν*, introduzido por Aristóteles para indicar a função específica do signo lingüístico, em virtude da qual ele “significa”, “designa” algo. A S. seria portanto a parte da Lingüística (e mais especialmente da Lógica) que estuda e analisa a função significativa dos signos, os nexos entre os signos lingüísticos (palavras, frases, etc.) e suas significações. Embora seja esta a acepção mais difundida, hoje em dia, em filosofia e lógica esse termo também tem outras acepções. Por ex., A. Korzybski (*Science and Sanity*) utiliza “S.” para indicar uma teoria relativa ao uso da linguagem, sobretudo em relação às neuroses que, segundo esse autor, são efeitos ou causas de certos maus usos lingüísticos. Os lógicos poloneses em geral (e em particular Chwistek), que contribuíram sobremaneira para o surgimento desse último ramo da lógica formal, não costumam distinguir entre proposição e enunciado, entre significado lógico e forma lingüística de uma proposição, e usam esse termo para indicar a lógica formal em seu conjunto. Não obstante, foi graças ao impulso dado pelos estudos dos lógicos poloneses que, por volta de 1956, começou-se a delimitar o campo dessa nova disciplina. Foi graças a Ch. W. Morris e R. Carnap que no seio da *semiótica* (teoria dos signos em geral, dos signos lingüísticos em particular) começaram a ser distinguidos alguns aspectos fundamentais: *pragmática*, que estuda o comportamento gestual dos seres humanos que fazem sinais por determinados motivos, para atingirem certos objetivos, etc. (portanto, é um ramo da psicologia e/ou da sociologia); S., que, sem considerar as circunstâncias concretas (psicológicas e sociológicas) do comportamento lingüístico, restringe seu campo de investigação à relação entre signo e referente (*significatum*, *designatum*, *denotatum*); e *sintática*, que, abstraindo até mesmo dos significados, estuda as relações entre os signos de determinado sistema lingüístico. S. e *sintática* na verdade constituem dois grandes capítulos que dividem a lógica formal pura. Desta última, porém, faz parte mais a S. *pura*, que constitui *a priori* as regras de um sistema sintático geral, do que a S. *descritiva*, que é uma investigação empírica com vistas à descrição de determinado sistema semântico (ou grupo de sistemas afins), portanto mais pertinente à lingüística que à lógica. Assim, a S. *pura*, mais que doutrina dos significados, é uma teoria geral da verdade e da dedução nos sistemas sintáticos interpretados; por isso, distingui-la da sintática torna-se difícil e problemático (cf. MORRIS, *Foundations of the Theory of Signs*, 1938, cap. IV; CARNAP, *Foundations of Logic and Mathematics*, 1939, I, 2; *Meaning and Necessity*, 1957, p. 233; *Introduction to Semantics*, 1942; 2ª ed., 1958; LINSKY, editor, *Semantics and the Philosophy of Language*, 1952).

Mais recentemente, Quine insistiu na diferença entre a referência semântica propriamente dita, que seria o *significar*, e a referência do *nomear*. Tal diferença resulta, p. ex., do fato de que se pode nomear o mesmo objeto, como quando se diz “Scott” e “o autor de *Waverley*”, mesmo que os significados sejam diferentes. A S. conteria, assim, duas partes: uma *teoria do significado*, à qual pertenceria a análise dos conceitos de sinonímia, significação, analiticidade, implicação; e uma *teoria da referência*, à qual pertenceria a análise dos conceitos de nomeação, verdade, denotação e extensão. Mas o próprio Quine observa que até agora a palavra S. foi empregada principalmente para a teoria da referência, embora esse nome fosse mais adequado à teoria do significado (*From a Logical Point of View*, 1953, VII, 1; II, 1). V. SIGNIFICADO.

⁵⁰ A. ERNOUT e A. MEILLET, *Dictionnaire Etymologique de la Langue Latine Histoire des Mots*, 3ª ed., Paris (Librairie C. Klincksieck, 1951, próprio. 197/198) apud COMPARATO, *op. cit.*, p. 61.

Em seguida, em pesquisa realizada em alguns dicionários, verifica-se que o dicionário comum conceitua o termo “dignidade” como: “respeitabilidade; autoridade; nobreza; autoridade moral; decoro”⁵¹, e o dicionário filosófico prevê:

DIGNIDADE₁ (in. *Dignity*; fr. *Dignité*; al. *Würde*; it. *Dignità*). Como "princípio da dignidade humana" entende-se a exigência enunciada por Kant como segunda fórmula do imperativo categórico: **“Age de tal forma que trates a humanidade, tanto na tua pessoa como na pessoa de qualquer outro, sempre também como um fim e nunca unicamente como um meio”** (*Grundlegung zur Met. der Sitten, II*). Esse imperativo estabelece que todo homem, aliás, todo ser racional, *como* fim em si mesmo, possui um valor não relativo (como é, p. ex., um preço), mas intrínseco, ou seja, a dignidade. “O que tem preço pode ser substituído por alguma outra coisa *equivalente*; o que é superior a qualquer preço, e por isso não permite nenhuma equivalência, tem D.” Substancialmente, a D. de um ser racional consiste no fato de ele “não obedecer a nenhuma lei que não seja também instituída por ele mesmo”. A mortalidade como condição dessa autonomia legislativa é, portanto, a condição da D. do homem, e moralidade e humanidade são as únicas coisas que não têm preço. Esses conceitos kantianos voltam em F. SCHILLER, *Graças e D.* (1793): “A dominação dos instintos pela força moral é a liberdade do espírito e a expressão da liberdade do espírito no fenômeno chama-se D”. (*Werke*, ed. Karpeles, XI, p. 207). Na incerteza das valorações morais do mundo contemporâneo, que aumentou com as duas guerras mundiais, pode-se dizer que a exigência da D. do ser humano venceu uma prova, revelando-se como pedra de toque para a aceitação dos ideais ou das formas de vida instauradas ou propostas; isso porque as ideologias, os partidos e os regimes que, implícita ou explicitamente, se opuseram a essa tese mostraram-se desastrosos para si e para os outros⁵².

Ao se analisar os conceitos supracitados, verifica-se que a dignidade é um valor, uma qualidade positiva do ser humano. Neste ponto, deve-se recorrer à antropologia, tendo-se por escopo questionar o que é o ser humano, ponto de partida daquele conceito.

De origem grega, *anthropos* (homem) e *logos* (ciência), a Antropologia, tem por finalidade o estudo do homem, no tempo e no espaço. A *antropologia científica*

⁵¹ BUENO, Francisco da Silveira. *Dicionário Escolar da Língua Portuguesa*. 11ª ed., Rio de Janeiro: Fename, 1982, p. 370.

⁵² ABBAGNANO, *op. cit.*, p. 276-277. **“DIGNIDADE**₂ (lat. *Dignitas*; ir. *Degnità*). Foi assim que os escolásticos, na esteira de Boécio, traduziram a palavra *axioma* (cf., p. ex., TOMÁS, *In Met.*, III, 5, 390). Vico conservou essa palavra em italiano e suas “D.”, expostas na parte da *Scienza Nuova* intitulada “Dos elementos”, constituem os fundamentos de sua obra. Propomos agora aqui os seguintes axiomas ou D. filosóficas e filológicas, algumas poucas perguntas racionais e discretas, com outras tantas **definições** esclarecidas; estas, assim como o sangue pelo corpo animado, **devem fluir por dentro desta ciência e animá-la em tudo o que ela razoa sobre a natureza comum das nações**” (grifos nossos).

caracteriza-se como a ciência que estuda as diferentes culturas quanto aos mais diversos aspectos (relações familiares, estruturas de poder, costumes, tradições, linguagem etc.); engloba a etnografia⁵³ e a etnologia⁵⁴.

A *antropologia filosófica*, por sua vez, trata do questionamento filosófico a respeito do que é o ser humano; consoante ressaltam Maria Lúcia de Arruda Aranha e Maria Helena Pires Martins, que consiste na “investigação a propósito do conceito que o ser humano faz de si próprio”⁵⁵. Já a antropologia jurídica visa ao estudo das diferentes manifestações do Direito nas sociedades, das normas de convivência social dos grupos humanos, dos conflitos embutidos no conceito de normas; pode-se dizer que:

estuda as lógicas que comandam os ‘processos de juridicização’ próprios de cada sociedade, através da análise de discursos (orais e/ou escritos), práticas e/ou representações. ‘Processos de juridicização’ envolvem a importância que cada sociedade atribui ao direito no conjunto da regulação social, qualificando (ou desqualificando), como jurídicas, regras e comportamento já incluídos em outros sistemas de controle social, tais como a moral e a religião.⁵⁶

Conclui-se, assim, que, para a Antropologia Jurídica, **a norma é um produto cultural** e que o estudo dela deve ser feito em **determinado tempo e espaço**. Desse modo, verifica-se que as diferenças jurídicas só existem apoiadas em diversas óticas dadas pelo ser humano e o Direito, como sistema normativo existe e é o mesmo para todas as pessoas. É tão somente a atuação do ser humano em cada sociedade que fixará a diferença entre elas (grifos nossos).

⁵³ BUENO, *op. cit.*, p. 463. “**ETNOGRAFIA**, s.f. Estudo e descrição dos povos, sua língua, raça e religião etc. e manifestações materiais de sua atividade; parte ou disciplina integrante da etnologia; descrição da cultura material de um povo, em especial seus usos e costumes”.

⁵⁴ *Ibid*, p. 370. “**ETNOLOGIA**, s.f. Ciência que tem por objeto o estudo da cultura material e espiritual dos povos; estudo e conhecimento, sob o aspecto cultural, das populações primitivas; estudo comparativo de todos os povos, com base em suas afinidades; antropologia cultural ou social”.

⁵⁵ ARANHA, Maria Lúcia de Arruda e MARTINS, Maria Helena Pires. *Temas de Filosofia*. 2ª ed. São Paulo: Moderna, p. 28 a 36.

⁵⁶ SCHRITZMEYER, Ana Lúcia Pastore. “Antropologia Jurídica”, *Jornal Carta Forense*, São Paulo, v. 21, p. 24 - 25, 01 fev. 2005.

Especialmente, neste tópico, interessante se faz a análise da antropologia filosófica⁵⁷, voltada à conceituação do ser humano, que tomou a si mesmo como objeto de reflexão em face de sua capacidade de raciocínio e reflexão⁵⁸.

Neste estudo, verifica-se que o ser humano é um ser vivo e um ser sensível. Todo e qualquer **ser vivo**, inclusive, o ser humano, caracteriza-se por cinco fatores que lhe são inerentes (grifos nossos):

- a) viver: que consiste na capacidade de mover-se a si próprio, automover-se, o que Aristóteles denominou de “capacidade de realização”;
- b) unidade: pois cada ser vivo é um todo, um organismo completo;
- c) imanência: que reflete a capacidade do ser vivo interiorizar-se, considerando o plano de sua consciência;
- d) auto-realização: implica a potencialidade de buscar sua realização. Neste ponto, Aristóteles destaca que o homem é ser e forma; e
- e) ritmo cíclico e harmônico: atribuído a todo ser vivo, que possui movimentos repetitivos, voltados à satisfação das necessidades vitais.

Entretanto, o que diferencia os seres vivos entre si é uma **gradação na escala sucessiva de perfeição**, que é feita em três níveis, a saber:

- a) vida vegetativa: que compreende os ciclos das necessidades vitais de todos os seres vivos, ou seja, nutrição, procriação, respiração etc.;
- b) vida sensível: que representa a capacidade de percepção e captação de estímulos, sendo este ser vivo capaz de ter consciência do passado, presente e futuro, inclusive de fazer prognósticos. Nesta seara, destacam-se os valores que são objetos de uma percepção emotiva. O ser humano não é, portanto, constituído apenas da animalidade da natureza, mas também pela moralidade, pois, conforme ressalta Fábio Konder

⁵⁷ A Lógica e a Filosofia são consideradas os dois pilares básicos da interpretação do Direito.

⁵⁸ Características humanas enfatizadas por Descartes, no início da filosofia moderna.

Comparato: “todo seu comportamento consciente e racional é sempre sujeito a um juízo sobre o bem e o mal. E este é mais um elemento componente da dignidade humana”⁵⁹;

c) vida intelectual: os seres vivos são inseridos nessa graduação, são dotados de razão, o que concede ao ser humano a possibilidade de **inventar, de fazer escolhas e refletir** sobre os fins e os meios para alcançá-los. Neste ponto, interessante é a frase do filósofo Sócrates: “Eu só sei que nada sei”⁶⁰.

Observa-se, dessa forma, que o **ser humano**, portanto, distingue-se dos demais seres vivos, em razão de ter atributos peculiares e inerentes, tais como: intimidade, capacidade de inovar movimentos e expressões, liberdade, capacidade de dar e dialogar, sendo assim, uma realidade absoluta, não condicionada por nenhuma realidade inferior ou da mesma classe. Neste contexto, Robert Speamann afirma que “o homem é um absoluto relativo”.

No mesmo sentido, Fábio Konder Comparato⁶¹ afirma que são características do ser humano: **a liberdade como fonte da vida ética** (a liberdade, aqui, é a fonte da consciência moral, isto é, da faculdade/vontade de agir livremente e julgar as ações humanas segundo a polaridade entre o bem e o mal inerente à natureza humana, o que torna o indivíduo um ser dotado de autonomia). **A autoconsciência** (oponível à alienação, implica dizer que o indivíduo é reflexivo, sendo consciente sobre a evolução vital, o acúmulo de memória e sobre sua subjetividade no tempo e no espaço). **A sociabilidade** (o indivíduo somente desenvolve suas *virtualidades* de pessoa, ou seja, implementa a cultura, o auto-aperfeiçoamento, a capacidade de criação estética e o amor quando vive em sociedade). **A historicidade** (o indivíduo vive em perpétua transformação, pela memória do passado e o projeto de futuro; é um devir que reflete a acumulação de invenções culturais de todo gênero) e **a unicidade existencial do ser humano** (cada ser humano representa um ente único, insubstituível no mundo, seja geneticamente, seja como valor absoluto). Conclui-se, dessa forma, que o ser humano é integrado pelo corpo (organismo), pela mente

⁵⁹ COMPARATO, *op. cit.*, p. 68.

⁶⁰ Frase atribuída ao filósofo Sócrates (<http://www.triplov.com/editorial/socrates.htm>).

⁶¹ COMPARATO, *op. cit.*, p. 60-73.

(consoante destaca Freud) e pela alma/espírito⁶², o que o distingue dos demais entes vivos.

O conjunto de características diferenciais do ser humano demonstra que toda pessoa possui **dignidade**, já que é insubstituível, orienta suas ações em função de finalidades racionais percebidas e livremente escolhidas, sendo, portanto, o único ser cuja existência em si mesma constitui um valor absoluto. É nisto que reside a dignidade humana, na capacidade da pessoa estabelecer as próprias regras de vida.

A dignidade humana é, portanto, atributo de toda e qualquer pessoa, como integrante da raça humana, independente de raça, sexo, cor, religião etc. Daí, Immanuel Kant fixar a lei universal de comportamento humano, que denominou de “imperativo categórico”: age de tal maneira que a máxima (isto é, a norma subjetiva) de tua vontade possa sempre valer como princípio de uma legislação universal.

Dessa forma, o ser humano deve buscar tratar a humanidade, não só na sua pessoa, mas na de todos os outros homens, como um **fim** e jamais como um meio, uma vez que cada pessoa é “um ser cujo valor ético é superior a todos os demais no mundo”⁶³.

Consoante analisado acima, apesar do alto grau de indeterminação do conceito de “dignidade humana” dada a carga valorativa, sua fundamentalidade é latente, razão pela qual é possível afirmar que **o princípio da dignidade humana é o fundamento dos direitos humanos**, ou seja, dos direitos inerentes a toda e qualquer pessoa, em razão tão somente de ser “humano” (grifos nossos).

Tal intelecção, por sua vez, ressalta também a preocupação na consagração normativa deste princípio, como forma de sedimentar e tornar jurídica a interpretação dessa diretriz, estruturante da vida social. Sabendo-se, assim, que a dignidade é inerente ao ser humano; que os direitos humanos são elementares à pessoa; que a pessoa é a célula da sociedade; e que a Constituição, estruturadora e reguladora do poder, possui o *status* de **pedra fundamental** da organização política de

⁶² *Catexis* (termo de origem grega) que consiste na energia interior.

⁶³ COMPARATO, *op. cit.*, p. 74.

uma sociedade, cujo epicentro desta organização social é o ser humano, constata-se a relevância de tal princípio estar previsto no Texto Maior, o que simboliza o compromisso ético-jurídico do Estado em velar pela dignidade humana e pelos direitos dela decorrentes.

Neste contexto, a Constituição Federal de 1988 estabelece como um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito da República Federativa do Brasil a dignidade da pessoa humana, nos termos do inciso III do Artigo 1º, da mencionada Carta, bem como dispõe que o Brasil rege-se nas suas relações internacionais, dentre outros, pelo princípio da prevalência dos direitos humanos.

Pelo exposto, o princípio da dignidade humana consiste em um **postulado ético e jurídico**, composto por um conjunto de valores civilizatórios incorporados ao patrimônio da humanidade. Portanto, pode-se dizer que **há negação do próprio Direito, em caso de haver restrições ao princípio da dignidade humana** (grifos nossos).

2 Universalismo X Relativismo Cultural

A concepção de direitos humanos, fundada no princípio da dignidade humana, vigente até o presente momento, é inclusive reafirmada pela Declaração de Viena de 1993. Nos dias de hoje, vem sendo seriamente questionada em face do movimento do relativismo cultural.

Como visto, sabendo-se que o Direito é um conjunto de princípios e normas, criado como meio para regular os conflitos sociais, tendo por escopo regular, permitir uma convivência harmônica entre os membros da sociedade e que cada sociedade criou normas específicas de convivência, regidas pelas circunstâncias particulares de cada cultura, em determinado momento histórico, pode-se afirmar que

existem diversas sociedades, diversas culturas e, conseqüentemente, diversos “sistemas normativos”, segundo os princípios e cultura de cada lugar. A *contrario sensu*, não existe um único sistema normativo, enfim, um único Direito.

A indagação básica que se faz é se é **legítima** uma concepção universal de direitos humanos, considerando que o Direito, produto do ser humano, é fruto de determinados princípios e de certa cultura em um momento histórico, e “por isso, não pode ser concebido como um fenômeno universal e atemporal”⁶⁴, segundo afirma Eros Grau. Sendo assim, constata-se a existência de várias sociedades regidas por princípios e culturas próprias, tais como: brasileira, norte-americana, européia, islâmica, indígena, dentre outras, cujos valores primordiais possuem, muitas vezes, conteúdos distintos, quando não antagônicos.

Fundamentado no ora exposto e na contemporaneidade do advento da globalização, indaga-se se as normas de direitos humanos possuem um sentido universal ou são culturalmente relativas. Questiona-se, assim, qual seria o espaço da cultura no âmbito dos direitos humanos.

Tendo por objetivo responder tal polêmica, duas correntes tratam, profundamente, do tema: a universalista e a relativista, como se verá a seguir.

A **corrente universalista** zela pela proteção dos direitos humanos fundamentais para todo e qualquer ser humano, em razão simplesmente de ser “pessoa”, nos termos explicitados no item anterior. A origem e o cerne dos direitos humanos, para os universalistas, é relacionado ao indivíduo em si considerado e suas reivindicações perante a sociedade e não ao grupo ou coletividade a que pertence, tendo como fonte de validade o princípio da dignidade humana, condição intrínseca a toda pessoa.

Observa-se que o teor dos documentos internacionais de direitos humanos ora vigentes é universalista, pois, em regra, preceituam: “todas as pessoas” (Artigo I, da Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948); “ninguém” (Artigo 5º, da Declaração de Viena de 1993). Ademais, tais documentos também prevêm a

cultura como um direito do indivíduo, todavia, condenam as manifestações culturais específicas de cada sociedade, em caso de ameaça de violação aos direitos humanos neles previstos, tal como ocorre em caso de: prisões arbitrárias, torturas, estupro, mutilações, limpeza étnica etc.

Para esta corrente, a cultura não pode sobrepor-se à própria dignidade humana, uma vez que aquela é, também, um atributo, uma parte integradora desta. Outrossim, esta corrente não admite que o relativismo cultural seja utilizado como argumentação para admitir denegações e violações aos direitos fundamentais de todo ser humano e, conseqüentemente, admitir a impunidade dos violadores desses direitos perante a comunidade internacional.

Do outro lado, defende a **corrente relativista** que a noção de direitos está intrinsecamente atrelada aos sistemas políticos, econômico, cultural, social e moral vigentes em uma sociedade, em determinado período e espaço. Desse modo, os relativistas afirmam que cada sociedade possui sua própria concepção de direitos fundamentais, correspondentes às circunstâncias culturais, históricas e morais específicas, que variam de lugar para lugar. Dada esta variabilidade, tais direitos devem ser observados no contexto cultural em que se apresentam, uma vez que este é a fonte de validade deles e, dessa forma, demonstrar-se-á a diversidade existente entre cada sociedade. Nota-se, assim, consoante destaca Flávia Piovesan, que

o pluralismo cultural impede a formação de uma moral universal, tornando-se necessário que se **respeite as diferenças culturais apresentadas por cada sociedade, bem como seu peculiar sistema moral**⁶⁵ (grifos nossos).

Os relativistas afirmam que o ser humano extrai parte de suas crenças e de suas ideologias da cultura da sociedade onde vive. Logo, “não há moral universal”, uma vez que o mundo, historicamente, é formado por uma pluralidade de culturas. Neste sentido, também, afirma Eros Grau:

⁶⁴ GRAU, Eros. *O direito posto e o direito pressuposto*. São Paulo: Malheiros editores, 1998, p. 17.

⁶⁵ PIOVESAN, Flávia. “A universalidade e a indivisibilidade dos direitos humanos: desafios e perspectivas”, *apud* BALDI, César Augusto Baldi (organizador). *Direitos Humanos na Sociedade Cosmopolita*, Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 60.

O Direito⁶⁶ é um produto cultural, humano, resultante do confronto entre as forças sociais, e sua **legitimidade decorre da coerência entre as normas de Direito Positivo e os valores ideológicos maiores do grupo social**. Apenas quando tal coerência se realiza aquelas normas funcionarão como instrumento de organização social. Não se realizando, essa coerência, as mesmas normas não serão senão expressão da ideologia de uma classe ou grupo social, atuando como mecanismo de dominação social e justificação do exercício do poder por aquele grupo ou classe.⁶⁷ (grifos meus).

Portanto, para os relativistas, qualquer interpretação admitindo “única moral universal” levaria à conclusão de imposição de uma determinada cultura a todas as outras, no caso a “versão imperialista da definição de direitos humanos”, fonte dos tratados internacionais ora vigentes. Neste ponto, os relativistas enfatizam que as diferenças culturais devem ser respeitadas.

Ao tratar do relativismo cultural, Jack Donnelly leciona que existem diversos graus de relativismo, a saber:

No extremo, há o que nós denominamos de **relativismo cultural radical**⁶⁸, que concebe a cultura como a única fonte de validade de um direito ou regra moral. (...) Um **forte relativismo cultural** acredita que a cultura é a principal fonte de validade de um direito ou regra moral. (...) Um **relativismo cultural fraco**, por sua vez, sustenta que a cultura pode ser uma importante fonte de validade de um direito ou regra moral⁶⁹ (grifos nossos).

Com base na teoria proposta por Jack Donnelly, é possível extrair interpretação correspondente no que tange à corrente universalista, admitindo-se

⁶⁶ GRAU, *op. cit.*, p. 42-43, refere que diferencia o Direito pressuposto, o Direito posto e o Direito natural. O primeiro consiste no Direito enquanto produto cultural, abarcador da dimensão axiológica, valorativa do Direito existente em cada sociedade, previamente e condicionante do fenômeno da positivação. O segundo consiste no conjunto de normas jurídicas positivadas pelo Estado (enquanto autoridade), vigentes em determinada sociedade, sendo que tal Direito poderá ou não corresponder ao Direito pressuposto e, conseqüentemente, será ou não legítimo. Verifica-se, portanto, que o grau de legitimidade do Direito posto corresponde ao grau de coincidência com o Direito pressuposto. Por fim, o terceiro trata do Direito preexistente à própria sociedade.

⁶⁷ GRAU, Eros. *Direito, Conceitos e Normas Jurídicas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988, p. 37.

⁶⁸ O relativismo radical baseia-se na idéia do ser humano como ser puramente determinado pelo meio, pela cultura, não sendo capaz de realizar escolhas morais, prevalecendo, assim, a idéia de um bem coletivo, como por exemplo a ética do bem e na idéia de direitos. Seguindo tal raciocínio, qualquer pretensão de intercâmbio entre cultura e escolhas individuais equivaleria a uma forma de imperialismo de uma cultura sobre a outra. Neste contexto, Aristóteles afirma que o homem é parte de um todo e é na sociedade que o homem atingirá a natureza de ser humano com a virtude política. Sendo assim, evidenciada a cultura como fonte do comunitarismo. Por outro lado, critica-se tal concepção, parecendo estar mais próximo do universalismo radical, pois propõe uma ética baseada em determinada sociedade, bem como não admite comunhão com outras éticas (como se fossem inferiores).

⁶⁹ DONNELLY, Jack. *Universal human rights in theory and practice*, Ithaca, Cornell University Press, 1986, p. 37-43, *apud* PIOVESAN, Flávia. “A universalidade e a indivisibilidade dos direitos humanos: desafios e perspectivas”, in BALDI, César Augusto Baldi (organizador). *Direitos Humanos na Sociedade Cosmopolita*, Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 61.

assim a existência de um **universalismo radical**, que defende que o valor intrínseco do ser humano: a dignidade é a única fonte de validade para regras e direitos morais, sendo estas aculturais⁷⁰; **de um universalismo forte**, que fixa que a dignidade é a principal fonte de validade para regras e direitos morais, sem desconsiderar a cultura; **e de um universalismo fraco**, que admite dois entendimentos: a) que tanto a dignidade humana como a cultura são fontes de validade da moral e fundamento do direito ou b) que a cultura é o único elemento caracterizador do homem, do direito e da moral, todavia, aberta ao diálogo com outras culturas.

Feito este paralelo entre as duas correntes acima é possível uma análise mais acurada e minuciosa do tema em debate. Observa-se que a tese do forte universalismo corresponde à tese do fraco relativismo cultural e que o universalismo radical opõe-se ao relativismo radical. Ressalta-se também que, neste trabalho, estudar-se-á a teoria de Jack Donnelly a partir da concepção universalista, porque a premissa básica da corrente relativista é de que “tudo é relativo”, não admitindo, assim, um ponto fixo de partida, como fazem os universalistas.

Neste contexto, verificar-se-á qual a corrente mais adequada para fundamentar a validade dos direitos humanos e das regras morais.

Partindo-se da realidade atual, há uma série de documentos de cunho internacional protetivos dos direitos humanos vigentes e válidos para todos os seres humanos, e um dos mais recentes é a Declaração de Viena de 1993, subscrita por cento e setenta e um Estados, que endossam a universalidade e a indivisibilidade dos direitos humanos nela previstos, revigorando, assim, a **legitimidade** da concepção contemporânea de direitos humanos. Verifica-se, aqui, que, **atualmente, é adotada a concepção do forte universalismo ou fraco relativismo cultural**. Por outro lado, segundo a tese defendida pelos relativistas, não há que se falar em legitimidade de uma concepção universal de direitos humanos, mas apenas em legalidade da norma jurídica garantidora de tais direitos, já que fora criada em conformidade com o procedimento formal previsto, isso porque **uma norma jurídica só será legítima**

⁷⁰ O universalismo radical baseia-se no ser humano voltado à satisfação de suas necessidades próprias apenas, uma vez considerado como auto-suficiente e independente frente à sociedade, o que dificulta a fundamentação dos direitos sociais e

quando houver coincidência entre seu conteúdo e “os sentidos admitidos e consentidos pelo todo social”⁷¹, ou seja, identidade entre as normas jurídicas e os princípios e os valores que a sociedade almeja, identidade entre as normas jurídicas e a realidade social⁷². Neste ponto, verifica-se que a noção universal de direitos humanos identifica-se apenas com parte segmentada da população mundial, no caso a sociedade ocidental, que busca impor sua concepção de “direitos humanos” a todas as culturas, não observando que **cada cultura** produz seus próprios valores e, conseqüentemente, **possui sua própria concepção sobre qual o conteúdo dos direitos humanos fundamentais**, direito fundamental este que também deve ser respeitado.

Com base nesse contexto, questiona-se se é possível admitir a existência de um núcleo mínimo ético irreduzível, que deve ser respeitado por toda e qualquer sociedade, independente da cultura.

Partindo das correntes e problemáticas acima expostas, verifica-se que **nenhuma corrente, em sua versão radical, deve ser concebida**, tendo em vista que adotam posturas extremistas e, portanto, refutáveis em seus cernes, pois o universalismo implica imposição de uma cultura perante outras, enquanto o relativismo implica isolacionismo, ou seja, não aceitação de novos direitos em diferentes culturas. Isto porque verificada a existência de vários “sistemas normativos” correspondentes às culturas de cada sociedade (européia, norte-americana, islâmica, dentre inúmeras outras). Constata-se a existência de diversos valores e princípios sociais orientadores daqueles, o que elida a existência de um “Direito único”, de “uma moral universal” e, conseqüentemente, do princípio da dignidade humana como única fonte de validade da moral e de fundamento do Direito, pois a cultura de cada sociedade determina quais dos princípios e valores sociais devem ser positivados.

dos direitos universais.

⁷¹ GRAU, *op. cit.*, p. 38, destaca-se que Eros Grau diferencia legalidade de legitimidade, sendo aquele um conceito formal e este um conceito material.

⁷² Nesta esfera, apresenta-se o problema de determinar quais os valores sociais orientadores de um Direito legítimo, aceito de forma generalizada pela sociedade. Difícil se faz responder objetivamente a esta questão em face da indeterminação de tais valores, porém, evidente também se faz que o medo, o terror, a opressão não são expressões de legitimidade de qualquer Direito.

Por outro lado, atesta-se que tais princípios sociais voltam-se sempre à proteção da dignidade da pessoa humana, como ser criador do próprio Direito, instrumento voltado à proteção do indivíduo como membro de uma sociedade, permitindo-se o convívio harmônico nesta. É evidente, portanto, que **tanto o princípio da dignidade da pessoa humana como a cultura são fontes de validade da moral e fundamento do direito** (grifos nossos).

Admitindo a existência de ambas as fontes, concebe-se a existência também de um núcleo mínimo de direitos humanos protegidos por toda e qualquer sociedade e, assim, estar-se-á adotando, obrigatoriamente, uma concepção universalista, ao menos, a visão do universalismo fraco. A partir dessa concepção, a questão, nesta seara, é delimitar quais direitos humanos estão inseridos nesse núcleo ético mínimo, ou seja, trata-se de um núcleo maximizado, incorporador de vários direitos fundamentais ou de um núcleo minimizado, protetor de direitos fundamentais básicos? Esta indagação é de relevante importância prática, já que caso adotada a primeira concepção, ter-se-á a escolha de certos direitos tidos como fundamentais por todas as culturas, mas se adotada a segunda concepção, ter-se-á um acentuado retrocesso na proteção dos direitos humanos, atualmente, existentes.

Para descobrir o grau de correspondência existente entre as normas jurídicas de direitos humanos e a coincidência dos valores sociais almejados por uma sociedade globalizada, mister se faz verificar quais princípios todos os sistemas normativos possuem em comum. Nesta seara, Norberto Bobbio leciona que **os direitos humanos constituem uma categoria heterogênea, ou seja, trata-se de uma categoria que possui direitos incompatíveis entre si**, direitos cuja proteção não pode ser concedida sem que seja restringida ou suspensa a proteção de outros, dada a complexidade das relações humanas. Por exemplo, ao proteger o indivíduo em si considerado, a sociedade ocidental protege, primordialmente, o valor liberdade, enquanto proteger o grupo, a sociedade oriental e os socialistas dão enfoque maior ao valor igualdade. Já nos países islâmicos, as normas jurídicas sofrem forte influência do Corão, cujo fundamento é, sobretudo, religioso. Visualiza-se, assim, a diversidade de

culturas que um núcleo ético-jurídico mínimo de direitos humanos visa a abranger.

Ressalta também o autor que:

(...) os direitos do homem, em sua maioria, não são absolutos, nem constituem de modo algum uma categoria homogênea. Entendo por 'valor absoluto' o estatuto que cabe a pouquíssimos direitos do homem, válidos em todas as situações e para todos os homens sem distinção. Trata-se de um estatuto privilegiado, que depende de uma situação que se verifica muito raramente; é a situação na qual existem direitos fundamentais que não estão em concorrência com outros direitos igualmente fundamentais. É preciso partir da afirmação óbvia de que não se pode instituir um direito em favor de uma categoria de pessoas sem suprimir um direito de outras categorias de pessoas. **O direito a não ser escravizado implica a eliminação do direito de possuir escravos, assim como o direito de não ser torturado implica a eliminação do direito de torturar. Esses dois direitos podem ser considerados absolutos**, já que a ação que é considerada ilícita em consequência da instituição e proteção é universalmente condenada. Prova disso é que, na Convenção Européia dos Direitos do Homem, ambos esses direitos são explicitamente excluídos da suspensão da tutela que atinge todos os demais direitos em caso de guerra ou de outro perigo público (cf. art. 15, § 2º). Na maioria das situações em que está em causa um direito do homem, ao contrário, ocorre que dois direitos igualmente fundamentais se enfrentem, e não se pode proteger incondicionalmente um deles sem tornar o outro inoperante (...). Nesses casos, que são a maioria, deve-se falar de direitos fundamentais não absolutos, mas relativos, no sentido de que a tutela deles encontra, em certo ponto, um limite insuperável na tutela de um direito igualmente fundamental, mas concorrente⁷³ (grifos nossos).

Por fim, Norberto Bobbio enfatiza que:

os direitos do homem nascem como direitos naturais universais, desenvolvem-se como direitos positivos particulares, para finalmente encontrarem sua plena realização como direitos positivos universais⁷⁴,

o que implica dizer que **a proteção jurídica⁷⁵ dos direitos humanos está em processo de construção pela sociedade globalizada e tal caminho mostra-se complexo, não linear, longo e árduo**, considerando os princípios sociais de inúmeras sociedades complexas em suas estruturas.

Apesar da dificuldade de fixar princípios sociais vigentes em todas as sociedades, é salutar defender-se uma universalidade moral fundamental a todo

⁷³ BOBBIO, *op. cit.*, p. 42.

⁷⁴ *Ibid*, p. 30.

⁷⁵ Sem a necessidade de recorrer ao "direito de resistência", como ocorria inicialmente em relação aos direitos naturais.

indivíduo, razão pela qual este trabalho adota a **corrente do universalismo forte como a corrente que melhor adequa-se ao sistema atual**, pois admite a dignidade humana como principal fonte de validade para regras morais e para o direito, sem desconsiderar a cultura específica de cada sociedade, sendo ambas fontes dos direitos humanos **concepções abertas**.

Assim sendo, ambas aceitam tanto a possibilidade de diálogo entre as culturas diversas, com base no reconhecimento e respeito ao indivíduo pertencente a outra cultura⁷⁶, como aceitam as variações na interpretação dos direitos humanos, diante da diversidade cultural, tendo por escopo, dessa forma, **construir uma estrutura normativa efetivamente legítima**, ou seja, normas jurídicas correspondentes aos anseios de toda e qualquer sociedade, compondo um núcleo mínimo ético irredutível. Neste sentido, posiciona-se Antônio Augusto Cançado Trindade:

Compreendeu-se finalmente que **a universalidade é enriquecida pela diversidade cultural**, a qual jamais pode ser invocada para justificar a denegação ou violação dos direitos humanos⁷⁷ (grifos nossos).

Ademais, segundo Joaquín Herrera Flores:

nossa visão complexa dos direitos baseia-se em uma racionalidade de resistência. Uma racionalidade que não nega que é possível chegar a uma síntese universal das diferentes opções relativas a direitos. (...) O que negamos é considerar o universal como ponto de partida ou um campo de desencontros. **Ao universal há que se chegar – universalismo de chegada ou de confluência – depois (não antes de) um processo conflitivo, discursivo de diálogo (...)**. Falamos de entrecruzamento e não de uma mera superposição de propostas⁷⁸ (grifos nossos).

⁷⁶ Considerando-se que as culturas são valores próprios e específicos de uma sociedade e não podem ser completamente apreendidos por outra.

⁷⁷ TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. “A proteção internacional dos direitos humanos no limiar do novo século e as perspectivas brasileiras”, in *Temas de política externa brasileira*, volume I, 1994, p. 173 *apud* PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*, 7ª ed., São Paulo: Saraiva, 2006, p. 145.

⁷⁸ FLORES, Joaquín Herrera. *Direitos humanos, interculturalidade e racionalidade de resistência*, mimeo, p. 7 *apud* PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*, 7ª ed., São Paulo: Saraiva, 2006, p. 147-148.

Neste diapasão, Boaventura de Souza Santos⁷⁹ propõe que o intercâmbio intercultural realize-se por um procedimento hermenêutico que o autor denomina de “**hermenêutica diatópica**”⁸⁰, baseada não apenas no mero exercício intelectual, mas também na entrega emocional que corresponde a uma identificação profunda com postulados culturais inscritos na personalidade e nas formas básicas de socialização.

Por sua vez, tal procedimento estrutura-se em três premissas, a saber: **a)** na produção coletiva do conhecimento, na qual: 1) cada comunidade decidirá em que tempo estará pronta para o diálogo cultural, 2) os temas do diálogo deverão resultar de acordos mútuos, sobretudo no que tange às preocupações isomórficas (desconfortos de várias culturas, que apontam na mesma direção e o sentimento de incompletude da cultura) e 3) o diálogo terá como pressuposto que o princípio da igualdade seja prosseguido de par com o princípio do reconhecimento da diferença, o que significa, nas palavras do autor, que “temos o direito a ser iguais quando a diferença nos inferioriza; temos o direito a ser diferentes quando a igualdade nos descaracteriza”⁸¹; **b)** na escolha, por membro de determinada cultura, da versão cultural que inclua o grau de diversidade mais amplo, ou seja, que envolva o círculo mais amplo de reciprocidade, que vai mais longe no reconhecimento do outro; e **c)** o reconhecimento da incompletude mútua (sobre o princípio da dignidade humana e dos direitos humanos), isto é, da própria cultura como das outras culturas, sendo a completude cultural o ponto de partida, não o ponto de chegada. A esse intercâmbio o referido autor denomina **cosmopolitismo cultural** e não de imperialismo, pois tem por base o diálogo intercultural, fundado em um multiculturalismo progressista, que deve ser aceito por todos os grupos sociais e culturais.

Segundo salienta Boaventura Souza Santos, por mais utópico que seja tal projeto, certamente, também o é o respeito universal ao princípio da dignidade humana nem por isso este último deixa de ser uma “exigência ética séria”.

⁷⁹ SANTOS, Boaventura Souza. “Por uma concepção multicultural de direitos humanos”, *apud* BALDI, César Augusto Baldi (organizador). *Direitos Humanos na Sociedade Cosmopolita*, Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 239-277.

⁸⁰ *Ibid*, p. 270. Segundo Boaventura Souza Santos, “não há nada irreversível no processo da hermenêutica diatópica”.

⁸¹ *Ibid*, p. 272.

É mister também salientar que a discussão em voga atualmente sinaliza nova ótica sobre o movimento internacional dos direitos humanos, na medida que **flexibiliza o rígido conceito de soberania estatal e jurisdição doméstica até então vigentes** ao buscarem construir e consagrar um parâmetro internacional mínimo referente à proteção dos direitos humanos, aos quais todos os Estados, sem exceção, devem obedecer.

Outrossim, adotando-se a corrente do forte universalismo, **rejeita-se um retrocesso na doutrina já existente a respeito dos direitos humanos**, ponto este salutar, considerando a dificuldade e o longo tempo de sua formação e concretização. Cabe, então, a partir de agora, **aperfeiçoar** e implementar o conteúdo dos direitos humanos, fazer novas escolhas e **reinterpretar** o teor de alguns desses direitos, baseado no reconhecimento da diversidade. Segundo Immanuel Kant, consiste no uso da razão que possibilita o indivíduo levar em consideração o outro, sujeito também de direitos humanos⁸² e **fomentar** os mecanismos para a proteção deles, concebendo, assim, um **núcleo mínimo ético irreduzível** que em face da **legitimidade** de sua consagração por intermédio do **diálogo entre as culturas**, será aceito por toda e qualquer sociedade, independente da cultura e, portanto, a ele todos os Estados deverão **submeter-se** e conformar-se, ficando sujeitos às **sanções** previstas, tanto na ordem jurídica interna como na ordem jurídica internacional. Daí afirmar-se a **relevância da posituação dos direitos humanos**, reflexos do princípio da dignidade humana (grifos nossos).

III DEFINIÇÃO DE DIREITOS HUMANOS

Inicialmente, cabe ressaltar que conceituar e definir são terminologias distintas. Conceituar⁸³ é um ato mais restritivo, visando a descrever e classificar os

⁸² Relevante que, adotada a razão kantiana, é possível fundamentar a proteção dos direitos sociais. Por outro lado, critica-se o fato daquela ser assimilada apenas individualmente e não pelo diálogo com outros indivíduos.

⁸³ BUENO, *Op. cit.*, p. 283: **CONCEITO**, s.m. Idéia, opinião; reputação; máximo; síntese; pensamento.

ABBAGNANO, *Op. cit.*, p. 164-169: **CONCEITO** (gr. *λόγος*; lato *Conceptus*; in. *Concept*; fr. *Concept*; al. *Begriff*; it. *Concetto*). Em geral, todo processo que torne possível a descrição, a classificação e a previsão dos objetos cognoscíveis. Assim entendido, esse termo tem significado generalíssimo e pode incluir qualquer espécie de sinal ou procedimento semântico, seja qual for o objeto a que se refere, abstrato ou concreto, próximo ou distante, universal ou individual, etc. Pode-se ter um C. de mesa tanto quanto do número 3, de homem tanto quanto de Deus, de gênero e espécie (os chamados

universais [v.] tanto quanto de uma realidade individual, como p. ex. de um período histórico ou de uma instituição histórica (o "Renascimento" ou o "Feudalismo"). Embora o C. seja normalmente indicado por um nome não é o nome, já que diferentes nomes podem exprimir o mesmo C. ou diferentes conceitos podem ser indicados, por equívoco, pelo mesmo nome. O C., além disso, não é um elemento simples ou indivisível, mas pode ser constituído por um conjunto de técnicas simbólicas extremamente complexas, como é o caso das teorias científicas que também podem ser chamadas de C. (o C. da relatividade, o C. de evolução, etc.). O C. tampouco se refere necessariamente a coisas ou fatos reais, já que pode haver C. de coisas inexistentes ou passadas, cuja existência não é verificável nem tem um sentido específico. Enfim, o alegado caráter de *universalidade subjetiva* ou validade intersubjetiva do C. na realidade é simplesmente a sua *comunicabilidade* de signo lingüística: a função primeira e fundamental do C. é a mesma da linguagem, isto é, a comunicação.

A noção de C. dá origem a dois problemas fundamentais: um sobre a *natureza* do C. e outro sobre a *função* do C. Esses dois problemas podem coincidir, mas não coincidem necessariamente.

A) O problema da natureza do C. recebeu duas soluções fundamentais: 1ª o C. é a *essência* das coisas, mais precisamente a sua *essência necessária*, pela qual não podem ser de modo diferente daquilo que são; 2ª o C. é um *signo*.

(...)

B) A função C. pode ser concebida de duas maneiras fundamentais diferentes, isto é, como *final* e como *instrumental*. Função final atribui ao C. a interpretação como *essência*, já que, por essa interpretação, o C. não tem outra função senão exprimir ou revelar a substância das coisas. Desse ponto de vista, a função identifica-se com a própria natureza do conceito. Quando, porém, se admite a teoria simbólica do C., admite-se *ipso facto* também a sua instrumentalidade; e essa instrumentalidade pode ser aclarada e descrita nos seus múltiplos aspectos. Os aspectos principais são os seguintes:

1º A primeira função atribuída ao C. é a de *descrever* os objetos da experiência para permitir o seu reconhecimento. Era essa a função principal que epicuristas e estóicos atribuíam às *antecipações* (ou prolepse). Segundo os epicuristas, a antecipação é "a compreensão, a opinião correta, o pensamento ou a noção universal ínsita em nós como memória daquilo que, freqüentemente, nos apareceu como fora de nós" (DIÓG. 1., X, 33). Essa função descritiva ou recogitiva do C. muitas vezes é omitida por ser a mais óbvia. Recentemente, G. Bergmann chamou os C. de palavras-caracteres (*Character-Words*) para indicar a sua função descritiva ou referencial (*Philosophy of Science*, 1957, p. 13).

2º A segunda função atribuída ao C. é a *econômica*. A essa função vincula-se o caráter *classificador* do C. "A variedade das reações biologicamente importantes", disse E. Mach, "é muito menor do que a variedade dos objetos existentes. Por isso, o homem foi levado a *classificar* os fatos nos conceitos. O mesmo procedimento se reproduz quando, numa profissão, defrontam-se fatos que não oferecem mais interesses biológicos imediatos" (*Erkenntniss und Irrtum*, 1905, cap. VIII; trad. fr., p. 136). Sob esse aspecto, os C. são "signos que resumem e indicam reações possíveis do organismo humano em face dos fatos" (*Mechanik*, 1883, p. 510). É esse o caráter enfatizado por alguns filósofos para negar o caráter teórico dos C. científicos em prol de uma forma superior ou privilegiada de conhecimento. Assim, ao C. (simples esquema econômico com vistas à ação) Bergson contrapôs a intuição (*Évol. créatr.*, 8ª ed., 1911, p. 247 ss.). Por esse motivo, Croce chamou os C. científicos de *conceitos*, reservando o nome de C. à própria Razão (*Lógica*, cap. II).

3º A terceira função do C. é *organizar* os dados da experiência de modo que se estabeleçam entre eles conexões de natureza lógica. Um C., sobretudo científico, via de regra não se limita a descrever e classificar os dados empíricos, mas possibilita a sua inferência dedutiva (DUHEM, *La théorie physique*, pp. 163ss.). É por esse aspecto que a formulação conceitual das teorias científicas tende à axiomatização: a generalização e o rigor da axiomatização tendem a levar ao extremo o caráter logicamente organizativo do conceito.

4º A quarta função do C., hoje considerada fundamental nas ciências físicas, é a *previsão*. Como já reconheciam os estóicos, o objetivo de um signo geralmente é prever e a designação de antecipação, que epicuristas e estóicos davam ao C., exprime justamente essa função. Por ela, o C. é um meio ou procedimento antecipatório ou projetante. Para Dewey, antecipa ou projeta a solução de um problema exatamente formulado (*Logic*, XX, § 1; trad. it., p. 516; cf. XXIII, § 1; p. 599). Para outros, a função antecipatória do C. é o instrumento de que a ciência se serve "para predizer a experiência futura à luz da experiência passada" (QUINE, *From a Logical Point of View*, II, 6).

As funções de organizar e prever são exercidas hoje pelos tipos fundamentais de C. científicos, que não são nem descritivos nem classificatórios, ou seja, pelos modelos, pelos C. matemáticos e pelas construções.

Os *modelos* constituem simplificações ou idealizações da experiência e são obtidos levando ao extremo caracteres ou atributos próprios dos objetos empíricos. Nesse sentido, são modelos os C. de velocidade instantânea, de sistema isolado, de gases perfeitos e, em geral, os modelos mecânicos.

Os C. *matemáticos* são simplesmente ocasiões para introduzir procedimentos especiais de cálculo e, nesse sentido, são instrumentos de previsão. O C. de "onda de probabilidade", pertencente à mecânica quântica, é dessa espécie, assim como são também dessa espécie os C. de "campo tensorial", "espaço curvo", etc.

Enfim, as *construções* (v.) são C. de *entidades* que não são dadas na experiência, que não se assemelham nem mesmo com os objetos dados e cuja existência consiste simplesmente na possibilidade de serem usadas como instrumentos de previsão no contexto de uma teoria. São exemplos de construções os C. de campo, de elétron, de éter, etc. (P. W. BRIDGMANN, *The Logic of Modern Physics*, 1927, cap. II; M. K. MUNITZ, *Space Time and Creation*, 1957, IV, 2).

objetos cognoscíveis e, dessa forma, delimitar o conteúdo deles e definir⁸⁴ implica declarar a essência desses objetos, sendo esta a finalidade precípua deste tópico.

Como foi visto no capítulo I, a evolução histórica dos direitos humanos culminou com o gradual e crescente acúmulo de direitos, os quais não se substituíam, mas se somavam, resultando, assim, em um número muito grande de direitos, o que levou à necessidade de delimitar o âmbito de significado e extensão desses direitos, sob pena de permitir a fragilização deles.

Outro fator relevante, que conduziu à definição dos “direitos humanos”, reside no problema desta expressão ter se integrado à linguagem comum, no sentido de constituir um signo caracterizador do modo de pensar, dos ideais de uma época. Por conseqüência, quanto maior a penetração da expressão no meio social, maior a imprecisão de seu significado técnico, tendo em vista o envolvimento emocional com que tal expressão é empregada.

Agrava-se, ainda, o problema da definição da mencionada expressão pelo fato da imprecisão e vaguidade dos termos, das palavras, dos signos em si considerados, o que levou a criação de diversas concepções, tornando tal expressão equívoca, ou seja, com mais de um significado.

A título de solucionar os problemas supramencionados faz-se mister: o emprego de uma linguagem rigorosa, técnica, precisa nos planos: jurídico e político; a diferenciação entre os níveis descritivo e prescritivo dos direitos fundamentais, distinguindo-os entre o “mundo do ser”, fenomenológico e o “mundo do dever-ser”, o qual traduz os objetivos visados pela legislação; e a identificação de expressões similares, tendo por escopo fixar limites entre o que pode e o que não pode ser compreendido por essa categoria de direitos⁸⁵.

⁸⁴ BUENO, *op. cit.*, p. 330: **DEFINIÇÃO**, s.f. Explicação; distinção; enunciação de qualidades características.

ABBAGNANO, *op. cit.*, p. 235-237: **DEFINIÇÃO** (gr. ὁροζ, ὀριζμός; lat. *Definitio*; in. *Definition*; fr. *Définition*; al. *Definition*; it. *Definizione*). Declaração da essência. Distinguem-se diversos conceitos de D., que correspondem aos diversos conceitos de *essência* (v.), mais precisamente: 1º conceito de D. como declaração da essência substancial; 2º conceito de D. como declaração da essência nominal; 3º conceito de D. como declaração da essência-significado (...).

⁸⁵ SILVA, *op. cit.*, p. 174: “A ampliação e transformação dos direitos fundamentais do homem no evolver histórico dificulta definir-lhes um conceito sintético e preciso. Aumenta essa dificuldade a circunstância de se empregarem várias expressões para designá-los, tais como: direitos naturais, direitos humanos, direitos do homem, direitos individuais, direitos públicos subjetivos, liberdades fundamentais, liberdades públicas e direitos fundamentais do homem”.

Nesse contexto, empregar-se-á, neste trabalho, a expressão “direitos humanos” como sinônima da expressão “direitos fundamentais”, apesar das diferenças terminológicas trazidas por alguns doutrinadores, como será visto mais adiante, expressões essas que serão interpretadas de forma objetiva, atreladas à lei e com isenção emocional e de preconceitos do intérprete.

1 Definições afins a definição de “direitos humanos”

Diversas são as expressões utilizadas como sinônimo de direitos humanos, tais como: direitos naturais, direitos fundamentais, direitos públicos subjetivos, liberdades públicas etc., o que implica interpretações errôneas e ambíguas a respeito do assunto.

Diante das diversas definições e denominações, constata-se a amplitude do tema e a complexidade em se definir e regular a matéria de direitos humanos fundamentais. Com o escopo de evitar conflitos, dúvidas e obscuridades, mister se faz tentar esclarecer o conteúdo dessas expressões. Todavia, reitera-se que a doutrina é divergente e complexa nesta seara.

Segundo Antonio E. Perez Luño, os “direitos naturais” referem-se à concepção de direitos inerentes à natureza do homem, anteriores, inclusive, à sua convivência em sociedade e, portanto, anteriores à própria existência do ordenamento jurídico; que cabem ao homem pelo simples fato de ser homem. Segundo o autor, tal expressão remete à origem dos primeiros direitos fundamentais, de modo que existe uma estreita relação entre direitos naturais e fundamentais, sendo estes apenas mais abrangentes que aqueles⁸⁶.

⁸⁶ PEREZ LUÑO, Antonio Enrique. *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*. 2ª ed., Madrid: Tecnos, 1986, p. 25-30.

Neste sentido, também, dispõe J. J. Gomes Canotilho⁸⁷, ao afirmar que os direitos naturais são inerentes ao indivíduo e anteriores a qualquer contrato social, enquanto os direitos civis (*civil rights*) são os pertencentes ao indivíduo como cidadão e são proclamados nas constituições e leis avulsas. Na seqüência, o citado autor, ainda, distingue os direitos civis dos direitos políticos, como sendo os primeiros reconhecidos pelo direito positivo a todos os homens que vivem em sociedade, enquanto os segundo só são atribuídos aos cidadãos ativos.

No que diz respeito à expressão “direitos humanos”, é a mais empregada no âmbito comum da sociedade, razão pela qual é a mais utilizada nos documentos internacionais. Todavia, o problema desta expressão está na própria terminologia, já que não existe direito reconhecido a ser que não seja ou será (ex.: nascituro) humano. Esta crítica também se faz à expressão “direitos do homem”, agravada ainda, neste caso, por exprimir discriminação às mulheres⁸⁸.

Em termos gerais, os autores definem direitos humanos em dois aspectos: *lato sensu* e *stricto sensu*.

Em uma acepção mais restrita, direitos humanos são os direitos inerentes à preservação da condição física e psíquica dos seres humanos. Seriam os frutos de uma visão clássica da acepção de direitos humanos, denominados de *civil rights*, pelos norte-americanos.

Em contrapartida, em uma acepção mais ampla, direitos humanos implicam a própria justificativa do sistema jurídico no Estado Moderno e a acepção progressiva dos direitos humanos é a afirmação do próprio ordenamento jurídico. As matérias, aqui, são corpo de lutas sociais de proteção de interesses sociais e os direitos humanos são o elemento estruturador e fomentador do próprio sistema jurídico.

Nesta acepção, tem-se uma proteção mais ampla, pois são considerados direitos humanos a expressão das quatro gerações de direitos humanos e, por consequência, todo o conjunto de regras emana da acepção de direitos humanos. Por

⁸⁷ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7ª ed., Coimbra: Livraria Almedina, 2003, p. 394-395.

exemplo, a concepção de discriminação racial assume duas vertentes, tanto a de proteção contra os riscos à incolumidade física e psíquica às pessoas, como de proteção no âmbito de trabalho; a proteção da criança, da mesma forma, protege esta dos riscos à incolumidade física e psíquica, como é voltada a assegurar-lhe direito à educação, saúde, lazer etc. Estas normas, portanto, evidenciam que o ordenamento jurídico não visa apenas a assegurar os direitos individuais em si considerados, no aspecto de proteção única da pessoa, como também leva em consideração o ambiente em que esta interage, ou seja, a sociedade como um todo.

Dada a importância e o grau de repercussão dos direitos humanos, a aceção mais ampla de direitos humanos é a mais utilizada pela doutrina.

A expressão “direitos individuais” revela uma herança individualista relacionada aos direitos fundamentais de primeira geração, correspondentes aos direitos civis ou liberdades civis conquistadas em repúdio ao absolutismo. A crítica a esta terminologia corresponde à desconsideração da dimensão social dos direitos fundamentais. Neste sentido, corrobora Karl Loewenstein, ao afirmar que:

O ataque contra os direitos fundamentais clássicos são rechaçados em quatro aspectos: 1. Os direitos fundamentais estão limitados pelas leis; 2. Os novos direitos sociais e econômicos são estranhos ao seu âmbito de vigência; 3. Não são respeitados nos Estados autoritários ou autocráticos; e 4. Sofrem uma desvalorização no processo de constante conflito entre liberdade e segurança em um mundo partido em dois.⁸⁹

Ressalte-se também que J. J. Gomes Canotilho, diferencia, neste ponto, os direitos do homem e dos direitos do cidadão, pois “os primeiros pertencem ao homem enquanto tal; os segundos pertencem ao homem, enquanto ser social, isto é, como indivíduo vivendo em sociedade”⁹⁰.

“Direitos públicos subjetivos”, por sua vez, “constituem um conceito técnico-jurídico do Estado liberal, preso, como a expressão ‘direitos individuais’, à concepção individualista do homem”⁹¹. No final do século XIX, construiu-se um sistema

⁸⁸ FERREIRA FILHO, *Direitos Humanos Fundamentais*. 7ª ed., São Paulo: Saraiva, 2005, p. 14.

⁸⁹ LOEWENSTEIN, *op. cit.*, p. 396.

⁹⁰ CANOTILHO, *op. cit.*, p. 393-394.

⁹¹ SILVA, *op. cit.*, p. 176.

de relações jurídicas entre o Estado, a quem se reconheceu personalidade jurídica e os indivíduos, regrados pelo princípio da legalidade e tripartição dos poderes.

Com a passagem para o Estado Social, a expressão “direitos públicos subjetivos” foi substituída por “direitos fundamentais”, em razão da conjuntura econômico-política e social, conforme assevera Antonio E. Perez Luño:

...a categoria dos direitos públicos subjetivos, entendidas como autolimitação estatal em benefício de determinadas esferas de interesse privado, perde seu sentido ao achar-se superada pela própria dinâmica econômico-social de nosso tempo, no qual o gozo de qualquer direito fundamental exige uma política jurídica ativa (e, na maior parte das ocasiões, também econômica) por parte dos poderes públicos.⁹²

Para designar os “direitos fundamentais”, José Afonso da Silva utiliza também as seguintes expressões: “liberdades fundamentais” e “liberdades públicas”, todavia considera tais conceitos

...limitativos e insuficientes. A primeira é ainda mais restrita, referindo-se apenas a algumas liberdades. A última é empregada pela doutrina francesa, onde não faltam esforços para dar-lhe significação ampla e abrangente dos direitos fundamentais em geral, especialmente jogando com os conceitos liberdade-autonomia (igual aos direitos individuais clássicos) e liberdade-participação (também chamada liberdades políticas, que correspondem ao gozo livre dos direitos políticos).⁹³

Segundo a doutrina francesa, liberdade “é um poder de auto-determinação”, ou seja um poder que o indivíduo exerce sobre si mesmo; e pública é “a intervenção do poder para reconhecê-la e sobre ela dispor”. Assim, tal intervenção atribui à liberdade o *status* de direito positivo. Observa-se que a concepção de “liberdades públicas” não se iguala a de “direitos fundamentais”, sendo aquelas apenas uma parcela destes.

José Joaquim Gomes Canotilho, também, diferencia direitos e liberdades públicas pertencentes ao cidadão (titular de direitos em relação ao Estado). Para ele, as liberdades públicas “estariam ligadas ao *status negativus* e por meio delas visa-se defender a esfera do cidadão perante a intervenção do Estado”⁹⁴. Já os direitos

⁹² PEREZ LUÑO, *op. cit.*, p. 34-35.

⁹³ SILVA, *op. cit.*, p. 177-178.

⁹⁴ CANOTILHO, *op. cit.*, p.395.

públicos estariam relacionados ao *status positivus*, tendo o cidadão como elemento ativo da vida política (ex.: direitos políticos, direitos econômicos, sociais etc.).

Diante do exposto, Manoel Gonçalves Ferreira Filho assevera que, atualmente, a melhor denominação é “**direitos humanos, direitos humanos fundamentais, de que direitos fundamentais são uma abreviação**”⁹⁵, abarcando tal expressão, tanto os direitos individuais como os direitos econômicos e sociais. Corroborando com tal entendimento José Afonso da Silva, que explicita que a terminologia mais adequada é a de que os “direitos fundamentais do homem” ou, simplesmente, “direitos fundamentais”

porque, além de referir-se a princípio que resumem a concepção do mundo e informam a ideologia política de cada ordenamento jurídico, é reservada para designar, no nível do direito positivo, aquelas prerrogativas e instituições que ele concretiza em garantias de uma convivência digna, livre e igual de todas as pessoas.⁹⁶

Nesse sentido, também, entende José Joaquim Gomes Canotilho ao afirmar que os direitos fundamentais têm, em razão de sua natureza, duplo caráter, ou seja, individual e institucional (ex: liberdade de expressão e imprensa livre). Isso porque a proteção dos direitos fundamentais exige, em face das intervenções limitativas do legislador, a salvaguarda do “mínimo essencial” (núcleo essencial) das instituições.

José Afonso da Silva frisa, também, que o qualitativo “fundamentais” atribuído ao termo “direito” expressa situações jurídicas imprescindíveis à convivência e, até mesmo, à sobrevivência do ser humano⁹⁷. Ademais, é mister observar que tal qualitativo diz respeito às exigências “mínimas”, básicas de todo ser humano, que devem ser respeitadas, tais como: dignidade, liberdade e igualdade que garantem qualidade de vida à pessoa, em si considerada. Isso porque, como afirma Immanuel Kant, o ser humano deve ser tratado com um fim em si mesmo e não como um meio.

Este **núcleo mínimo** consiste no conjunto de faculdades e instituições, que concretizam o respeito à dignidade, à liberdade e a igualdade do ser humano,

⁹⁵ FERREIRA FILHO, *op. cit.*, p. 14-15 (grifos nossos).

⁹⁶ SILVA, *op. cit.*, p.178.

⁹⁷ SILVA, *op. cit.*, p. 178-179.

razão pela qual o referido núcleo é inviolável e, como tal, deve ser reconhecido em todo e qualquer ordenamento jurídico, bem como protegido de forma especial, tal como é na Constituição Federal brasileira de 1988, consoante Artigo 60, § 4º, inciso IV e outros artigos que estabelecem garantias, instrumentos e técnicas de proteção a tais direitos (ações afirmativas, mandado de injunção, mandado de segurança etc.). Dessa forma, limita-se a atuação estatal interventiva em tais direitos, como também, simultaneamente, exige uma atuação positiva do Estado no sentido de implementar e fomentar os direitos humanos fundamentais.

2 Direitos humanos e direitos fundamentais: uma falsa dicotomia?

Considerando as diferentes terminologias expostas acima, neste tópico, a questão a ser contemplada é se existe uma falsa dicotomia entre as expressões “direitos humanos” e “direitos fundamentais”.

Ressalte-se, porém, como já foi abordado, que o conceito de direitos humanos é muito amplo e, como a doutrina diverge a respeito de seu conteúdo, equívoco.

Para alguns autores, “direitos do homem” e “direitos fundamentais” são expressões sinônimas. Neste sentido, Karl Loewenstein⁹⁸ entende que os direitos fundamentais são limitações ao âmbito de atuação do poder estatal e este se fundamenta na proteção daqueles e tem seu campo de atuação limitado a não ofensa daqueles. Isto porque os direitos fundamentais são inerentes ao ser humano, ínsito em todo e qualquer indivíduo.

Em face de sua natureza, os direitos fundamentais individuais, classicamente denominados “direitos do homem” ou “liberdades públicas” tornaram-se

⁹⁸ LOEWENSTEIN, *op. cit.*, p. 390.

elementos limitativos do poder, ou seja, esferas privadas dentro das quais os destinatários do poder estão livres da intervenção estatal.

Outrossim, Karl Loewenstein ressalta que qualquer alusão constitucional aos direitos fundamentais do homem tem mero valor declarativo e não constitutivo, fato este também decorrente da natureza intrínseca desses direitos ao ser humano.

Por isso, Karl Loewenstein assevera ser os “direitos fundamentais” ou “direitos do homem” um **núcleo inviolável de todo e qualquer sistema político**, caracterizado como princípios superiores do ordenamento jurídico. Conclui que “entre todos os limites impostos ao poder do Estado se considera que o mais eficaz é o reconhecimento jurídico de determinados âmbitos de autodeterminação individual nos quais o Leviatã não penetrar”,⁹⁹ o que implica dizer que ninguém, inclusive o soberano, pode descumprir a primeira lei fundamental do pacto social, que consiste em manter a paz e a vida; caso contrário, a sociedade política perderia sua razão de existir. Ademais, os âmbitos de liberdades individuais funcionam como controles verticais sobre o poder político e, por meio, deste instrumento, os destinatários do poder podem aspirar a sua felicidade pessoal, podendo todos autodeterminarem suas vidas sem surpresas, respeitando os direitos dos demais indivíduos.

Outros autores, por sua vez, distinguem “direitos do homem” e “direitos fundamentais”. Para J. J. Gomes Canotilho, “‘direitos do homem’ são direitos válidos a todos os povos e em todos os tempos (dimensão jusnaturalista-universalista)”¹⁰⁰, sendo decorrentes da própria natureza humana. Daí, seu caráter inviolável, intemporal e universal, enquanto os “‘direitos fundamentais’ são os direitos do homem, jurídico-institucionalmente garantidos e limitados espaço-temporalmente”¹⁰¹, ou seja, vigentes, de forma objetiva, em uma ordem jurídica concreta. O autor, ainda, denomina os “direitos fundamentais” de “liberdades individuais” ou “direitos individuais”, ou “liberdades fundamentais”, ressaltando que nada mais são do que “os direitos civis esvaziados dos direitos políticos”¹⁰².

⁹⁹ *Ibid*, p. 390.

¹⁰⁰ CANOTILHO, *op. cit.*, p. 393.

¹⁰¹ *Ibid*, p. 393.

¹⁰² CANOTILHO, *op. cit.*, p. 395.

Salienta-se, ainda, que o referido autor afirma que “muitos direitos fundamentais são direitos de personalidade, mas nem todos direitos fundamentais são direitos de personalidade”¹⁰³. Para ele, os direitos de personalidade abarcam os direitos de estado (ex.: cidadania), sobre a pessoa (ex.: vida), os direitos distintivos da personalidade (ex.: identidade pessoal) e muitos dos direitos de liberdade (ex.: de expressão). No passado, tal diferenciação era importante porque se afastava dos direitos de personalidade, dos direitos fundamentais políticos, os direitos a prestações (voltados ao desenvolvimento pleno da existência individual), por não serem atinentes ao ser como pessoa, fator este que vem sendo superado no decorrer da história.

Atualmente, tem-se reconhecido que os direitos fundamentais não abrangem apenas uma ordem de direitos subjetivos, como também uma ordem objetiva que justifica, entre outros aspectos, o reconhecimento dos direitos fundamentais a pessoas coletivas e organizações. Nesta seara, fica mais visível a separação entre direitos fundamentais e direitos de personalidade.

Considerando que para Karl Loewenstein, os direitos fundamentais consistem na positivação de princípios superiores, constituindo o núcleo inviolável de todo e qualquer sistema político e que para J. J. Gomes Canotilho, os direitos fundamentais são os direitos do homem objetivamente vigentes em uma determinada ordem jurídica, conclui-se que ambos os autores, apesar das terminologias distintas, concebem a **essência** dos direitos fundamentais como sendo as limitações de atuação impostas por lei ao poder estatal, garantindo, dessa forma, os direitos do homem naquela sociedade em concreto. Neste contexto, portanto, verifica-se não haver dicotomia entre “direitos fundamentais” e “direitos humanos” e que, neste trabalho, ambas as expressões serão adotadas como sinônimas.

3 Características dos direitos fundamentais

¹⁰³ *Ibid*, p. 532.

Consoante doutrina dos direitos humanos, ressaltada por Flávia Piovesan, os direitos do homem foram sendo conquistados lenta e gradualmente ao longo da história e, assim, não foram sendo substituídos uns pelos outros, mas sim somados, sucessivamente acumulados e, atualmente, o ser humano possui uma série de direitos fundamentais, nos mais diversos setores, como visto ao tratar das gerações de direitos.

Ao longo do tempo, este somatório de direitos é resultado das próprias características dos direitos humanos, a saber:

- *inviolabilidade*: esses direitos não podem ser descumpridos por nenhuma pessoa ou autoridade;
- *indisponibilidade*: esses direitos não podem ser renunciados. Não cabe ao particular dispor dos direitos conforme a própria vontade, devem ser sempre seguidos;
- *inalienabilidade*: decorrente da indisponibilidade de tais direitos, tendo em vista que são inerentes ao ser humano o indivíduo não pode transferi-los, de qualquer modo, a ninguém;
- *imprescritibilidade*: eles não sofrem alterações com o decurso do tempo, pois têm caráter eterno;
- *interdependência*: os direitos humanos existem relacionados uns aos outros, não isoladamente, tendo como cerne a pessoa humana, estando todos relacionados a ela e, por consequência, entre si;
- *valor relativo*: consoante ressaltava Norberto Bobbio¹⁰⁴, nenhum direito, nem mesmo os direitos fundamentais, possui valor absoluto, havendo apenas duas exceções: o direito de não ser torturado e o direito de não ser escravizado, conforme visto no capítulo II, item 2, deste trabalho. Assim sendo, uma vez

¹⁰⁴ BOBBIO, *op. cit.*, p. 42 e 45.

conflitantes direitos fundamentais entre si, aplica-se o princípio da cedência recíproca, tendo por escopo a máxima efetividade de ambos os direitos conflitantes, após acurada análise do caso concreto;

- *complementaridade*: os direitos humanos devem ser interpretados em conjunto, não havendo hierarquia entre eles e
- *universalidade*: todo e qualquer ser humano é sujeito ativo desses direitos, independente de credo, raça, sexo, cor, nacionalidade, convicções, considerando o debate já exposto no capítulo II, item 2, entre as teorias: universalista e relativista.

Portanto, em razão da natureza e das características desses direitos, estes se somam, interagem-se¹⁰⁵ e não se substituem entre si, tendo o ser humano, ao final, um número cada vez maior de direitos reconhecidos e protegidos.

IV A FUNDAMENTALIDADE DE UM DIREITO

1 O direito a ter direitos

Antes de discorrer a respeito da fundamentalidade de um direito, mister se faz enfatizar a origem de qualquer direito, bem como quem é o sujeito de direitos.

¹⁰⁵ PIOVESAN, *op. cit.*, p. 159-160.

É sabido que o ser humano é um animal social e como tal, desde os primórdios, buscou viver em sociedade e, assim, atender seus interesses pessoais, bem como os da coletividade. Com o surgimento do problema do poder, consoante ressalta Celso Ribeiro Bastos, surgiu a questão política¹⁰⁶ e, com esta, o Estado que, por sua vez, nada mais é do que uma sociedade politicamente organizada e a Constituição “o estatuto jurídico do fenômeno político”, no dizer de José Joaquim Gomes Canotilho.

Segundo Jorge Miranda, “falar em Estado equivale, portanto, a falar em comunidade e em poder organizado”¹⁰⁷. Entretanto, ressalta Celso Bastos, que tal organização existe somente e na medida que existe o Direito, sendo este o instrumento que permitiu à sociedade passar de uma simples coesão de pessoas a uma verdadeira instituição¹⁰⁸. Jorge Miranda complementa, afirmando que o Direito é a fonte de segurança e de justiça do Estado. Destaca-se, aqui, a relevância do Estado de Direito, no qual as pessoas não se submetem ao Estado em razão da força, temor ou violência, mas sim em função do princípio da legalidade, fator este evidenciado, no final do século XVIII. Em suma, verifica-se que o Direito é o meio que permite a convivência harmônica dos indivíduos em sociedade, visando todos a um fim comum. O Direito, assim, disciplina as relações entre Estado e indivíduos, dos indivíduos entre si e do Estado com outros organismos internacionais, mantendo todos atrelados à lei, espírito este voltado à proteção dos indivíduos contra descomedimentos dos detentores do exercício do poder estatal e a realização do bem comum.

Neste diapasão, analisando a teoria dos ordenamentos jurídicos, em geral, verifica-se, historicamente, que o poder pertence ao povo (ex.: Artigo 1º, parágrafo único, da Constituição Federal de 1988), o qual, por meio da Constituição do

¹⁰⁶ BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Celso Bastos, 2002, p. 4.

¹⁰⁷ MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*, tomo III. 3ª ed., Coimbra: ed. Coimbra, 1991, p. 20.

¹⁰⁸ ABBAGNANO, *op. cit.*, p. 375-376: “**INSTITUIÇÃO** (lat. *Institutio*; in. *Institution*; fr. *Institution*; al. *Anstalt*; it. *Istituzione*). 1. Na lógica terminista medieval, é a adoção de um novo vocábulo durante a discussão, pelo tempo que ela dura (cf. OCKHAM, *Summa log.*, III, 3, 38). A finalidade dessa adoção é tomar a linguagem mais concisa, discutir uma coisa desconhecida ou enganar o interlocutor ou permitir-lhe responder mais facilmente às objeções. Neste último sentido é uma das *obrigações* (v.). 2. Na sociologia contemporânea, esse termo é de uso freqüente e foi empregado, p. ex., por, Durkheim como objeto específico da sociologia, definida precisamente como “ciências das instituições” (*Règles de la méthode sociologique*, 2ª ed., p. XXIII). A instituição por vezes foi entendida como um conjunto de normas que regulam a ação social (exatamente como faz Durkheim); outras vezes, em sentido mais geral, como “qualquer atitude

Estado, instrumentalizado pelo Direito, pode exercê-lo direta ou indiretamente, assegurando, assim, ao cidadão participação na vida política. Este é o direito à cidadania.

Neste sentido, Hannah Arendt afirma que **“a cidadania é o direito a ter direitos”** que, por sua vez, é construída com base na convivência coletiva, que requer o acesso ao espaço público, o qual permite um mundo comum, por meio da asserção dos direitos humanos. A questão, aqui, é quais direitos o indivíduo tem direito a ter e a resposta é: **todos aqueles garantidos na Constituição.**

Os referidos direitos humanos, melhor denominados de “direitos humanos fundamentais”, por sua vez, como já foi visto, são assegurados por meio da ordem jurídica, que permite uma convivência social harmônica e limita a atuação estatal, bem como pela garantia de instrumentos, ações afirmativas e outros procedimentos estatais, voltados a fomentarem tais direitos.

Neste tópico, cabe uma ressalva. Não apenas aos cidadãos, no sentido jurídico do termo, são garantidos os direitos humanos fundamentais, mas a todo e qualquer indivíduo, pela simples condição de ser humano e, assim, ter assegurado em sua quase totalidade dos ordenamentos jurídicos vigentes, um núcleo de direitos garantidores de sua “existência digna mínima”. Isto pode ser vislumbrado pelo próprio conceito de sujeito de direito, que consiste na pessoa física ou jurídica que for portadora de direitos e obrigações, ou seja, é a pessoa a quem a ordem jurídica atribui direitos e impõe obrigações. Ressalte-se, porém, que a capacidade de possuir direitos e deveres não pressupõe, necessariamente, a faculdade de exercer pessoalmente aqueles, basta que o faça por intermédio do Estado ao qual pertence (ex.: direitos fundamentais do nascituro, de estrangeiros etc).

Ao se interpretar Hannah Arendt, entende-se que apoiado em uma convivência coletiva, voltada à realização do bem comum, é possível garantir a todas as pessoas a efetiva realização dos direitos humanos. Isso, porque, o interesse público, o bem comum, nos dizeres de Celso Antônio Bandeira de Mello,

suficientemente recorrente num grupo social" (d. ABBAGNANO, *Problemi di sociologia*, 1959, IV, 2)."

nada mais é que a dimensão pública dos interesses individuais, ou seja, dos interesses cada indivíduo enquanto partícipe da Sociedade (entificada juridicamente no Estado), nisto se abrigando também o depósito intertemporal destes mesmos interesses (...)¹⁰⁹.

Assim, conclui-se fazendo um paralelo às palavras de Hannah Arendt, que **o ser humano tem, portanto, o direito de ter seus direitos fundamentais preservados, em qualquer ordenamento jurídico, pelo simples fato de serem humanos**¹¹⁰.

Os direitos humanos e suas garantias, por sua vez, nada mais são do que a positivação dos princípios e valores reconhecidos como fundamentais pela sociedade, garantidos por um poder, por uma autoridade.

2 Direito “fundamental”

A questão a ser debatida neste tópico refere-se à fundamentalidade de um direito, ou seja, saber quando e porquê um direito é considerado “fundamental”. O intuito é identificar qual é o elemento aglutinador dos direitos que merecem o qualitativo “fundamental”, pois uma vez este estabelecido afetará o conteúdo essencial desses direitos; e, conseqüentemente, permitirá identificar quais são os direitos que devem ser tutelados como fundamentais, quais direitos justificam tal proteção de todo e qualquer ordenamento jurídico.

¹⁰⁹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 16ª ed., São Paulo: Malheiros, 2003, p. 51-52.

¹¹⁰ PANIKKAR, Raimundo. “Seria a noção de direitos humanos um conceito ocidental?”, in BALDI, César Augusto Baldi (organizador). *Direitos Humanos na Sociedade Cosmopolita*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 233, (grifos nossos). Segundo a concepção indiana, **“Os Direitos Humanos não são apenas humanos**. Eles também estão relacionados à disposição cósmica geral do universo, da qual nem mesmo os Deuses estão ausentes. **Os animais, todos os seres sensíveis e as criaturas supostamente inanimadas também estão envolvidos na interação relacionada aos direitos “humanos”**. O homem é, com certeza, um ser peculiar, mas não está sozinho e não é distinto em sua essência. Poderíamos até mesmo perguntar se há direitos humanos específicos, ou se essa especificidade é, mais uma vez, apenas uma, abstração com propósitos pragmáticos, que acaba por contradizer sua própria razão de ser no momento em que nos esquecemos de seu caráter meramente prático”.

No que tange a este núcleo de direitos humanos fundamentais, Robert Alexy, com base na Constituição alemã, adota um critério formal que trata da forma de positivação da norma, para caracterizar um direito como fundamental. Dessa forma, a fundamentalidade de um direito depende deste estar ou não arrolado no capítulo intitulado “Direitos Fundamentais”. Se estiver, será considerado um direito fundamental, caso contrário, não. Este critério, portanto, não leva em consideração o conteúdo dos direitos estatuídos.

Analisando-se o critério adotado por Robert Alexy, verifica-se que o autor desconsidera o referido núcleo inviolável de direitos garantidores da existência digna do ser humano quando da identificação de um direito, como sendo fundamental, cingindo-se, neste momento, apenas a um reducionismo simples de constatação na Constituição de quais direitos têm o qualitativo “fundamental”. Isto porque a análise de tal núcleo é feita num momento anterior pelo poder constituinte.

Segundo Robert Alexy, quando da elaboração da Constituição, o constituinte tem o poder de determinar, dentre os direitos humanos, quais serão e quais deixarão de ser considerados “fundamentais”, e, conseqüentemente, enunciar os escolhidos com tal atributo em normas constitucionais inseridas no capítulo “Direitos Fundamentais”.

Outrossim, salienta o autor que um direito somente deve ter o qualitativo “fundamental” quando sua violação ou não implementação signifique a morte ou conseqüências graves ou que toque o núcleo essencial da autonomia¹¹¹. Entretanto, tal análise é feita única e exclusivamente pelo poder constituinte.

¹¹¹ HECK, Luís Afonso. *Revista de Direito Administrativo*, nº 217, “Direitos fundamentais no Estado Constitucional Democrático”, jul./set. 1999, p. 60-61, grifos nossos: o autor, citando Robert Alexy, relata que o mencionado autor distingue os direitos humanos dos direitos fundamentais, afirmando que aqueles são direitos morais, conceito esse que se contrapõe ao de direito jurídico-positivo, de forma que sua validade prescinde de positivação. Assim como a estrutura dos direitos humanos é universal, sua validade também é. Afirma que “uma norma vale moralmente quando ela, perante cada um que aceita uma fundamentação racional, pode ser justificada”. Como objeto dos direitos humanos, devem ser compreendidos interesses e carências devem ser protegidas e implementadas pelo Direito, ou seja, fundamentais a ponto de ser absolutamente necessário que seu respeito, proteção ou fomento se deixe fundamentar pelo Direito. **“Um interesse ou carência é, nesse sentido, fundamental quando sua violação ou não-satisfação significa ou a morte ou sofrimento grave ou toca no núcleo essencial da autonomia”**. Dessa forma, a passagem de direitos morais para o âmbito jurídico faz acrescer aos direitos humanos uma validade jurídico-positiva, ao lado de sua validade moral. Esses direitos, quando positivados pelo ordenamento constitucional, são os direitos fundamentais.

Uma crítica que se faz ao critério formal adotado por Robert Alexy é que a sociedade e o Direito são dinâmicos, logo, estão em constante mudança. Como o Direito tem por escopo atender às necessidades da sociedade e ao interesse público, o reconhecimento de novos direitos, incorporados como “direitos fundamentais” pela sociedade não receberiam tratamento constitucional, meio essencial de não permitir a violação desses direitos, pelo Estado ou por qualquer outra pessoa, bem como garantir, primordial e, especialmente, ao indivíduo sua defesa no âmbito judicial ou administrativo.

Outra crítica a tal posicionamento é que nem todos os ordenamentos jurídicos possuem uma tabela de valores, fixando quais são os direitos fundamentais. Nesta disciplina, muitas Constituições são abertas e outras podem possuir uma tabela de valores distinta. Se assim entendido, poder-se-ia dizer, o que é direito fundamental em um Estado pode não ser, necessariamente, em outro, o que geraria o caos, injustiças e desmandos, retrocedendo-se ao Estado anterior ao Estado de Direito.

A preocupação é tamanha nesta seara, assim, tem-se observado, nos últimos tempos, uma crescente implementação no sentido de regulamentar e proteger os direitos humanos fundamentais em nível internacional, tendo em vista, a crescente conscientização de que tais direitos devem ser respeitados em qualquer lugar que o indivíduo esteja, pela simples condição de se tratar de um ser humano, fator este corroborado pela internacionalização dos direitos humanos.

Já a fundamentalidade dos direitos, para Lorenzo Martín-Retortillo Baquer e Ignacio de Otto y Pardo, estabelece-se pelo ordenamento jurídico, ou seja, “direitos fundamentais são os que a Constituição reconhece”¹¹², todavia, ao contrário de Robert Alexy, que fixa uma tabela de direitos fundamentais, estes autores buscam identificar quais são os direitos fundamentais que a Constituição reconhece como tal pela essência desses direitos.

Segundo Retortillo e Pardo, o texto constitucional contém uma série de graduações valorativas e uma pluralidade de formulações, que não permitem uma

resposta clara e objetiva pela simples análise da letra da lei. Isto porque cabe à Constituição e às leis apenas regular, determinar, impor condutas e aos doutrinadores explorar o significados das normas jurídicas, buscar relações e resolver conflitos. Todavia, ao tratar da fixação de um regime jurídico próprio dos direitos fundamentais, os doutrinadores devem ter muita cautela no que tange à amplitude desses direitos, como também no que diz respeito a seus limites sancionatórios.

Com a finalidade de elaborar um sistema jurídico válido, com caráter geral, dos direitos humanos fundamentais, Retortillo e Pardo propõem duas soluções.

A primeira solução proposta trata-se de um sistema descritivo de cada um dos direitos fundamentais isoladamente, analisando a firmeza de como incidem em cada caso os mais variados elementos que os regulam (ex.: exigem-se regulamentação por leis infraconstitucionais; se possuem proteção jurisdicional reforçada; se prevêm recurso de amparo perante o Tribunal Constitucional etc.).

A segunda solução vislumbrada pelos autores cuida de estabelecer um núcleo qualificado de direitos fundamentais, do qual se extraia, normalmente, a pluralidade de efeitos fixados, salvo aqueles que sejam expressamente excepcionados. Os autores propõem, aqui, construir um sistema com todas suas conotações. Para tanto, inicialmente, faz-se necessário subsumir a proposta a todos os dados constitucionais. Importa, também, que tal sistema coadune-se com a legislação desenvolvida.

Por fim, especialmente útil para o futuro, seria também que toda nova regulamentação pudesse ter por base um referente claro e inequívoco, que concedesse força e segurança às relações jurídicas. Neste contexto, os autores destacam que alguns direitos de certas Declarações históricas situam-se em um plano diverso, com diferenciação de efeitos, com um regime jurídico específico, dada sua importância e natureza, em face dos demais direitos e deveres jurídicos. Trata-se, portanto, de um risco fixar um regime jurídico próprio dos direitos humanos

¹¹² BAQUER, Lorenzo Martín-Retortillo e PARDO, Ignacio de Otto y. *Derechos fundamentales y Constitución*. Madrid: Civitas S.A., 1988, p. 65.

fundamentais e selecionar quais os valores que merecem tal proteção especial, contudo, é um risco necessário.

Entre as soluções propostas, os autores entenderam ser a segunda, embora mais complexa, a mais adequada para tratar desse tema e a construção de um **sistema jurídico dos direitos fundamentais** resultaria na elaboração e delimitação de um **núcleo fortalecido**, base, inclusive, para a legislação futura.

A própria regulamentação do exercício dos referidos direitos implica, concomitantemente, a fixação de um “limite para a atividade limitadora dos direitos”, como “limite dos limites”¹¹³. Esta concepção tem sua base na sistemática do direito alemão, no qual se estabelece um preceito dedicado à questão da limitação dos direitos fundamentais. O conteúdo dos direitos fundamentais indica uma fronteira que o legislador não pode ultrapassar, sob pena de ser considerada inconstitucional. Assim sendo, declaram Retortillo e Pardo que:

A garantia do conteúdo essencial é limite dos limites porque limita a possibilidade de limitar, porque indica um limite mais além do qual não é possível a atividade limitadora dos direitos fundamentais e das liberdades públicas.¹¹⁴

E complementam: “O limite dos limites está inserto na própria necessidade de justificação disto porque uma limitação que desconheça o direito **por definição nunca pode estar justificada**”.¹¹⁵

Dessa forma, ressaltam os autores, é possível satisfazer uma exigência derivada do caráter normativo constitucional dos direitos fundamentais, tendo estes uma resistência, uma proteção maior que os demais bens constitucionalmente protegidos e é no princípio de unidade da Constituição em que se baseia toda a limitação dos direitos fundamentais.

Neste contexto, Retortillo e Pardo afirmam que a garantia do conteúdo essencial, entendida como “o limite dos limites”, não é privativa dos direitos fundamentais, sendo comum a qualquer bem constitucionalmente protegido. Logo, um

¹¹³ BAQUER e PARDO, *op. cit.*, p. 125-126.

¹¹⁴ *Ibid*, p. 126 (tradução própria).

¹¹⁵ *Ibid*, p. 127 (tradução própria, grifos no original).

direito fundamental constitucional poderá retroceder perante outro também constitucional, em razão do princípio da unidade prática da Constituição, porém em nenhum caso, em virtude desse mesmo princípio, poderá sacrificar tal direito por inteiro. Trata-se do princípio da cedência recíproca, para solucionar eventual conflito entre normas constitucionais declarativas (e não constitutivas) de direitos humanos fundamentais. Por sua vez, havendo conflito entre direitos humanos fundamentais, aplica-se o princípio da cedência recíproca, daí a limitação desses próprios direitos perante uns aos outros.

Os mencionados autores destacam, ainda, um paradoxo no caso de estabelecimento desse sistema jurídico próprio dos direitos humanos fundamentais: a garantia do conteúdo essencial persegue o robustecimento dos direitos fundamentais, mas também é o veículo para recorrer a um caminho de direção contrária que conduz a debilitar os direitos, nos termos em que não se conheçam outras normas constitucionais nem os bens que elas protegem. Há necessidade, portanto, de demonstrá-los.

Outro aspecto relevante ressaltado por Retortillo e Pardo refere-se à relativização dos direitos fundamentais pela garantia do conteúdo essencial. Esta só ocorre se o legislador estiver constitucionalmente habilitado para tanto e só na medida que a lei admite. Logo, todo limite deve ser justificado, sendo inadmissível o contrário. Outrossim, a justificação não pode ocorrer quando a limitação consiste em um inteiro sacrifício do direito. Assim, “na medida em que o limite do conteúdo essencial se considere como algo distinto da exigência de **justificação** o resultado não será outro que a relativização dos direitos fundamentais”.¹¹⁶

A referida relativização ocorre em razão dos argumentos, a seguir, aduzidos. Primeiro, em razão da teoria relativa, pela qual o conteúdo essencial carece, na realidade, de toda autonomia conceitual e identifica-se com a necessidade de justificação de limite pelo bem que se quer preservar. O conteúdo essencial vê-se afetado, quando o limite carece de justificação no bem que se visa a proteger. Sendo assim, o magistrado, a respeito da constitucionalidade da limitação, há de fazê-la tão

somente a partir da relação entre esta e o bem, cuja proteção se persegue e não a partir do direito que resulta limitado. O direito, portanto, aqui é concebido como algo cuja virtualidade jurídica consiste na “proibição do limite arbitrário, de modo que a garantia do conteúdo essencial não alude na realidade a nenhum conteúdo no sentido usual deste termo e reduz-se a suportar um juízo de razoabilidade”¹¹⁷.

Observe-se, assim, que a lei pode fixar limites sempre que seu conteúdo respeite o conteúdo essencial dos direitos e liberdades; que a relação de equilíbrio entre as normas constitucionais subverte-se por inteiro em prejuízo dos direitos fundamentais, porque “**o direito começa ali onde acaba a possibilidade de limitá-lo**”.¹¹⁸

Coadunando-se ao pensamento de Retortillo e Pardo, ao exporem que “direitos fundamentais são os que a Constituição reconhece”, José Joaquim Gomes Canotilho também faz referência à importância da sistematização positiva dos direitos (*status positivus* e *status activus* – são direitos inerentes ao homem como indivíduo ou participante da vida política), liberdades (*status negativus* – defesa da esfera jurídica dos cidadãos perante os poderes políticos) e garantias (*status activus processualis* – garantias ou meios processuais adequados para a defesa dos direitos) pessoais, de participação política e dos trabalhadores (grifos nossos).

Segundo José Joaquim Gomes Canotilho, a relevância da positivação apresenta três razões, a saber: 1ª) a positivação dos direitos não constitui um simples esquema classificatório, mas pressupõe um **regime jurídico-constitucional especial**, materialmente concretizador; 2ª) o referido regime servirá de parâmetro material a outros **direitos análogos** dispersos ao longo da Constituição; e 3ª) os preceitos constitucionais consagradores de direitos, liberdades e garantias atribui-se uma **força vinculante** e uma **densidade aplicativa** (“aplicabilidade direta”) que indicam para um reforço da “mais-valia” normativa desses preceitos relativamente a outras normas da Constituição, inclusive, as referentes a outros direitos fundamentais.

¹¹⁶ BAQUER e PARDO, *op. cit.*, p. 129 (tradução própria, grifos no original).

¹¹⁷ *Ibid*, p. 129 (tradução própria, grifos no original).

¹¹⁸ *Ibid*, p. 131 (tradução própria, grifos no original).

Com a finalidade de traçar as características específicas dos direitos, liberdades e garantias fundamentais, o citado autor utiliza quatro critérios, a saber: 1º) critério do “radical subjetivo”; 2º) critério de natureza “defensiva” e “negativa”; 3º) critério da determinação ou determinabilidade constitucional do conteúdo e 4º) critério da densidade subjetiva autônoma.

Pelo critério do “radical subjetivo”, os direitos, liberdade e garantias têm referência pessoal ao homem individual. Trata-se de um critério não constitucionalmente adequado, porque é a própria Constituição que fixa quais seriam tais direitos.

Já o segundo critério, da natureza “defensiva” e “negativa”, determina que direitos, liberdades e garantias são os direitos de liberdade, cujo destinatário é o Estado e que tem por objeto a obrigação de abstenção do mesmo relativamente à esfera jurídico-subjetiva por eles definida e protegida. Segundo José Joaquim Gomes Canotilho, este critério também, não é constitucionalmente adequado porque, de um lado, a própria Constituição qualifica quais são esses direitos, liberdades, garantias e prestações do Estado e, por outro, os destinatários desses direitos não são apenas os poderes públicos, mas também as entidades privadas. Ademais, mesmo quando uma das dimensões materiais impere a inexistência de coação por parte do Estado, pode, simultaneamente, exigir uma prestação estatal fomentadora daquele direito.

O critério da determinação ou determinabilidade constitucional do conteúdo fixa que são direitos, liberdades e garantias “aqueles cujo conteúdo é essencialmente determinado (ou determinável) ao nível das opções constitucionais”¹¹⁹. Observa-se, portanto, que este critério aponta corretamente para uma das dimensões materiais constitucionalmente reconhecidas. Se as normas constitucionais consagradoras desses direitos são dotadas de aplicabilidade direta significa que os direitos por elas reconhecidos são dotados de densidade normativa suficiente para serem feitos valer na ausência de lei ou mesmo contra esta. Entretanto, depara-se com dificuldades no que tange aos direitos, liberdades e garantias procedimentalmente dependentes.

O quarto critério, da densidade subjetiva autônoma, estabelece que direitos, liberdades e garantias são todos aqueles que, quer sejam de natureza pessoal, política ou dos trabalhadores, quer sejam de cidadãos individuais ou de pessoas coletivas, são, em larga medida, autonomamente conformados pelo legislador, ou seja, aqueles que consistam e na medida que consistam, exclusivamente, prestações ou ações do Estado. Assim, este critério possui três implicações:

(1) os direitos, liberdades e garantias pressupõem uma densidade subjetiva reforçada que os distingue dos outros direitos fundamentais, implicando essa densidade uma tendencial conformação autônoma e disponibilidade por parte de seus titulares; (2) em face desta densidade subjetiva, eles são reconhecidos, garantidos e protegidos em cada momento de sua cristalização histórica, pelas normas constitucionais; e (3) a sua densidade subjetiva, uma vez normativo-constitucionalmente reconhecida, transforma-se em densidade normativa autônoma, motivos pelo qual:

- o seu conteúdo fundamental é determinado logo a nível jurídico-constitucional;

- são dotados de aplicabilidade direta, não obstante poder caber ao legislador ordinário a tarefa de assegurar a sua efetividade e a concordância prática com outros bens ou direitos constitucionalmente protegidos.¹²⁰

Ressalta, por fim, o autor, que os critérios acima explicitados devem ser interpretados conjuntamente para identificar um direito, liberdade ou garantia fundamental.

Paralelamente, José Joaquim Gomes Canotilho refere-se aos direitos económicos, sociais e culturais, asseverando que estão sujeitos ao **regime geral dos direitos fundamentais**, mas não se beneficiam do regime especial dos direitos, liberdades e garantias, **salvo** se tiverem natureza análoga a estes. Ademais, enfatiza que muitos dos direitos económicos, sociais e culturais consistem em direitos a prestações ou atividades do Estado, todavia, alguns desses direitos assumem a natureza negativo-defensiva. Outro fator que destaca é que o destinatário de alguns destes direitos não é apenas o Estado, mas também a generalidade dos cidadãos.

Os direitos fundamentais, portanto, encontram fundamentação de duas ordens, segundo José Joaquim Gomes Canotilho. A primeira é a fundamentação

¹¹⁹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*. 5ª ed., Coimbra: Livraria Almedina, 1991, p.536.

¹²⁰ *Ibid*, p.538.

subjetiva, cuja relevância de uma norma consagradora de um direito fundamental é voltada ao **particular**; e a segunda é a fundamentação objetiva, cujo significado da norma é voltado à coletividade, para o interesse público, ou seja, possui um “valor geral”.

Ao tratar do tema, Luigi Ferrajoli¹²¹ admite uma **resposta normativa** para responder a questão referente à fundamentalidade dos direitos, resposta esta cuja função racional exige a formulação de critérios metaéticos e metapolíticos idôneos para justificar sua estipulação normativa, conforme os fins ou valores ético-políticos que aqueles sejam capazes de satisfazer. Dessa forma, o autor identifica, de forma resumida, **quatro critérios axiológicos, todos referentes ao valor da pessoa humana assumida como um fim e nunca como meio, segundo a clássica máxima da moral kantiana**. Estes critérios servem, por um lado, para determinar as opções ético-políticas em favor dos valores da pessoa: vida, liberdade, dignidade, supervivência e outras que são estabelecidas como “fundamentais”, de acordo com as expectativas universais; e, por outro, são todos critérios sugeridos pela experiência histórica do constitucionalismo democrático, tanto estatal como internacional.

Os quatro critérios fixados por Luigi Ferrajoli são: 1º) o nexos entre direitos fundamentais e igualdade; 2º) a relação entre direitos fundamentais e democracia; 3º) a conexão entre direitos fundamentais e paz e 4º) o papel dos direitos fundamentais, como leis do mais fraco.

O primeiro critério fixa que a forma universal dos direitos fundamentais equivale à igualdade de titularidade entre os sujeitos aos quais são atribuídos. A determinação axiológica¹²² que faz a igualdade um critério de identificação de quais são os direitos fundamentais (a vida, certas liberdades, as necessidades vitais) que justifiquem esta igualdade.

A relação entre direitos fundamentais e democracia, conjugado ao primeiro critério, remete à noção histórica da “dimensão substancial” da democracia,

¹²¹ FERRAJOLI, Luigi. *Los Derechos Fundamentales em la Teoría Del Derecho*. edición de Antonio de Cabo y Gerardo Pisarello. Madrid: editorial Trotta, 2001, p. 315.

que fixou os limites e os vínculos impostos à maioria dos direitos fundamentais, os quais, com o tempo, adquiriram contornos próprios: direitos políticos, civis, as liberdades, os direitos sociais etc. Assim, configuram a base de outras tantas dimensões axiológicas da democracia.

Já o terceiro critério, ou seja, da conexão entre direitos fundamentais e paz, está previsto no preâmbulo da Declaração Universal de 1948 e estabelece que se deve assegurar como direitos fundamentais todos os direitos vitais, cuja garantia é condição necessária à convivência pacífica. Por consequência, deve-se tutelar o direito à vida, a integridade pessoal, os direitos de liberdade, os direitos civis e políticos, como também, em um mundo cada vez mais artificial os direitos sociais condizentes à supervivência.

O quarto critério fixa o papel dos direitos fundamentais, como a lei do mais fraco. Assim, todos os direitos fundamentais podem ser definidos, no plano axiológico, como leis do mais fraco em alternativa à lei dos mais fortes que imperaria em sua ausência: “de quem é mais forte fisicamente como o estado de natureza hobbesiano; de quem é mais forte politicamente, como o estado absoluto; de quem é mais forte econômica e socialmente, como o mercado capitalista”¹²³.

Com base nos quatro critérios acima expostos, Luigi Ferrajoli busca fixar qual o conteúdo, o fundamento dos direitos fundamentais, no plano normativo única e exclusivamente.

Luigi Ferrajoli crê que a relação de racionalidade instrumental que liga os meios aos fins, a adequação, verifica-se no plano empírico¹²⁴ de uma determinada conduta, técnica ou artifício institucional referente aos objetivos prefixados. Assim, uma forma universal dos direitos humanos identificada, tal como por ele definida, não é senão um meio ou técnica racionalmente idônea, sobretudo quanto mais extensas são

¹²² BUENO, *op. cit.*, p. 157: “**AXIOLOGIA** (cs), s.f. (Filos.) Teoria dos valores filosóficos, principalmente dos valores morais”.

¹²³ FERRAJOLI, *op. cit.*, p. 316.

¹²⁴ BUENO, *op. cit.*, p. 400: “**EMPIRISMO**, s.m. Doutrina segundo a qual todo conhecimento tem a sua origem no domínio sensorial, na experiência; conhecimentos práticos devidos à experiência”.

as classes de sujeitos a que se refere, para conseguir os fins ou valores, por sua vez, não justificados, mas, postulados que a concreta estipulação positiva consegue.

Para o autor, portanto, deve-se adotar uma forma lógica para tratar das expectativas expressadas por tais direitos se quiser que, qualquer que seja o conteúdo de tais direitos, sejam tutelados e satisfeitos. Daí, Luigi Ferrajoli afirmar que o fundamento axiológico dos direitos fundamentais não reside neles mesmos, isto é, segundo sua definição, em sua forma universal, **o fundamento dos direitos fundamentais está nos fins**, cuja obtenção fixada pela forma lógica é um meio necessário, todavia, por si só, insuficiente. Os fins, por sua vez, são justamente os quatro critérios expostos:

A igualdade nas expectativas assumidas axiologicamente como fundamentais, como os direitos à vida, a algumas liberdades e a autodeterminação civil e política; a democracia, resultante, em suas diferentes dimensões, da realização de igualdade em outros tantos tipos de direito; a paz, ou seja, a pacífica convivência proveniente, segundo o paradigma kantiano, da convivência entre os direitos fundamentais de cada um e de todos, a tutela do mais fraco frente ao abuso do mais forte, que aqueles podem impedir ou, em todo caso, limitar.¹²⁵

Nestes fins, estão os valores e é da vontade de realizá-los que advêm as opções ético-políticas, com mudança, apenas nas definições teóricas e nas teses dogmáticas. Por isso, o que o relativismo e a diferença cultural deveriam questionar não é o universalismo dos direitos, mas os valores concretos. A vida, a igual dignidade das pessoas, a paz e a democracia, graças à sua forma universal todos têm por escopo realizá-las, o que não é possível sem a existência de uma forma lógica (que não se confunde com as teses históricas, jurídicas etc.), como propõe o autor.

Segundo Luigi Ferrajoli, referidos fins são apenas a definição teórica dos “direitos fundamentais”, que se limita a indicar, na forma universal analisada, o meio para alcançar os direitos que se quer tutelar como fundamentais. Salienta, ainda, que “uma definição do conceito teórico de ‘direitos fundamentais’ não pode nem deve dizer mais que isto”¹²⁶, sob pena de restringir o âmbito de aplicação da noção de direitos fundamentais a só: direitos individuais, universais e indisponíveis; ou direitos de origem

¹²⁵ FERRAJOLI, *op. cit.*, p. 318 (tradução própria, grifos no original).

¹²⁶ FERRAJOLI, *op. cit.*, p. 318.

constitucional; ou direitos históricos etc., desconsiderando o caráter dinâmico e inovador do Direito.

Racionalmente, a técnica mais idônea para a satisfação dos quatro critérios apresentados é a técnica jurídica, conforme afirma Luigi Ferrajoli. Isto porque os quatro critérios convergem com o direito positivo vigente, no que tange a uma série de aspectos, tais como: o papel que os direitos fundamentais desempenham como limites e vínculos à democracia política, a antijuridicidade, com observância das cartas internacionais e constitucionais etc.

Observa-se, sobretudo, que é na constitucionalização dos direitos que se articula a chamada democracia “constitucional”, da qual se extrai a **convergência entre os fundamentos jurídicos e os fundamentos axiológicos**. Diante desta convergência, é possível identificar na garantia dos direitos fundamentais constitucionais previstos o “fundamento”, ou seja, os fins, a justificação e, por assim dizer, a razão social desse artifício que é o Estado Constitucional de Direito.

Diante dessa teoria, Luigi Ferrajoli distingue dois sentidos de “fins” ou “razão social” da democracia constitucional. No sentido jurídico e descritivo, os fins e a razão de cada Estado Constitucional de Direito consiste na garantia dos direitos e demais princípios, quaisquer que sejam e ainda aqueles considerados injustos ou deploráveis, estipulados em sua Carta Constitucional. Neste diapasão, pode-se identificar em cada constituição, a identidade do respectivo ordenamento jurídico e político oriundo do povo, do mesmo modo que, por outro lado, os estatutos ditados em virtude do ato constitutivo de qualquer pessoa. Já no sentido axiológico e prescritivo, ao contrário, é possível identificar os fins ou a razão do “Estado Constitucional de Direito”, como categoria de uma filosofia política-normativa, em que os direitos que ela identifica como fundamentais, têm por base os quatro critérios supramencionados.

Como explicitado, Luigi Ferrajoli, Mauro Cappelletti¹²⁷, Dworkin¹²⁸, como outros autores substancialistas, defendem que as normas jurídicas devem observar

¹²⁷ CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes Legisladores?* Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1993, refere que o Poder Judiciário pode contribuir para o aumento da capacidade de incorporação de “grupos marginais”, que não têm os direitos e liberdades individuais respeitadas pela vontade da maioria, gerando graves ameaças aos direitos das minorias. Desse

não apenas às leis processuais, senão também as normas substantivas sobre seu conteúdo que consistem nos **princípios de justiça** estabelecidos pela Constituição. Logo, a constitucionalização rígida dos direitos fundamentais, impondo obrigações e proibições ao Poder Público, produz efetivamente na democracia uma dimensão “substancial” que se acrescenta à tradicional dimensão “formal”, “política”, consubstanciadas nas normas que organizam e disciplinam o Estado e os Poderes.

Segundo Luigi Ferrajoli,

se as normas formais da Constituição – aquelas que disciplinam a organização dos poderes públicos – garantem a dimensão formal da democracia política, que tem relação com o “quem” e o “como” das decisões, sua normas substantivas – as que estabelecem os princípios e os direitos fundamentais – garantem o que se pode chamar de dimensão material da “democracia substancial”, uma vez que se refere ao **conteúdo** que não pode ser decidido e ao que deve ser decidido por qualquer maioria, obrigando a legislação, sob pena de invalidade, a respeitar os direitos fundamentais e aos demais princípios axiológicos por ela estabelecidos.¹²⁹

Referido conteúdo, por sua vez, é aquele caracterizado pelos quatro critérios supramencionados, cuja finalidade é buscar delimitar o significado dos direitos, liberdades e garantias fundamentais.

Por outro lado, para alguns autores procedimentalistas, como Jürgen Habermas, é essencial a inserção do maior número de direitos e garantias fundamentais no Texto Maior, tal como ocorreu com o princípio da celeridade processual, por meio da Emenda Constitucional n.º 45/2004. Isso porque para eles o modelo de democracia constitucional não se fundamenta nem em valores compartilhados nem em conteúdos substantivos, mas, em **procedimentos assecuratórios** da formação democrática da vontade, os quais, por sua vez, são realizadores, conseqüentemente, de uma “nação de cidadãos”.

modo, os resultados da referida atuação do Poder Judiciário seriam favoráveis ao enriquecimento da agenda igualitária, sem prejuízo da liberdade

¹²⁸ DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Tradução BOEIRA, Nelson. São Paulo: Martins Fontes, 2002, a interpretação do Juiz de Direito deve ser constrangida pelo princípio da coerência normativa face à **história do seu direito e da sua cultura jurídica** (grifos nossos).

¹²⁹ FERRAJOLI, Luigi. “Jueces y Política. Derechos y Libertades”, *Revista del Instituto Bartolomé de las Casas*. Año IV. Janeiro de 1999, n.º 7, Madrid, Universidade Carlos III, p. 63 e ss. *apud* STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica Jurídica e(m) Crise*. 5ª ed., Porto Alegre/RS: Livraria do Advogado, 2004, p. 43 (grifos nossos).

Pelo ora exposto, vislumbrou-se a complexidade do tema na doutrina, no sentido de definir o que é um direito “fundamental”, bem como de estabelecer quais direitos podem ser assim qualificados. Ainda com tal objetivo, alguns autores, para identificar quais direitos seriam fundamentais, classificam-nos em direitos fundamentais formalmente constitucionais e direitos materiais constitucionais, como segue adiante.

3 Direitos fundamentais formalmente constitucionais e direitos materiais fundamentais

Segundo José Joaquim Gomes Canotilho, os direitos fundamentais formalmente constitucionais são enunciados e protegidos por normas com valor constitucional formal, ou seja, normas que têm a forma constitucional, podendo tais direitos concentrarem-se em uma parte específica da Constituição (ex.: Título II da Constituição Federal brasileira de 1988) ou dispersos por toda a Constituição (ex.: artigos 170, 225, 226 etc., da Constituição Federal brasileira de 1988). Já os direitos materiais fundamentais são os previstos em leis ordinárias e regras aplicáveis de direito internacional, isto é, possuem natureza de “direito fundamental”, porém não têm forma constitucional.

Ressalte-se que a relevância dos direitos materialmente constitucionais está no fato de constituírem uma “cláusula aberta”, pois esta abrange além das posituações concretas, todas as possibilidades de “direitos” que se propõem no horizonte da ação humana. Todavia, o problema, nesta seara, é distinguir, dentre os direitos sem assento constitucional, aqueles que têm dignidade suficiente para serem considerados fundamentais. Daí, segundo Canotilho, “a orientação tendencial de princípios é a de considerar como direitos extraconstitucionais materialmente fundamentais os direitos equiparáveis pelo seu objeto e importância aos diversos tipos

de direitos formalmente fundamentais”.¹³⁰ Neste sentido, “abre-se” a todos os direitos fundamentais o âmbito normativo constitucional dos direitos constitucionais formais, ou seja, passam a beneficiar-se de um regime jurídico constitucional idêntico aos direitos fundamentais formalmente constitucionais.

Neste tópico, ainda, o autor faz uma diferenciação, do ponto de vista ideológico (e não prático), entre os direitos formal e materialmente constitucionais daqueles só formalmente constitucionais. Consoante, Joaquim José Gomes Canotilho, estes são positivados na Constituição e como tal merecem a classificação de constitucionais (e fundamentais), todavia seu conteúdo não é materialmente fundamental. Ao contrário daqueles, que além de revestirem a forma constitucional, possuem natureza intrínseca de direitos fundamentais, tendo em vista que conferem um espaço de liberdade de decisão e de auto-realização, servindo simultaneamente para assegurar a defesa da subjetividade pessoal. Ressalte-se que a Constituição qualificou, tanto os direitos civis como os econômicos e sociais como fundamentais, pois a base antropológica desses direitos não é apenas o homem individual, mas ele inserido em relações sociais, políticas, econômicas e em grupos de várias naturezas, com várias funções diferenciada. Daí, porque Vieira de Andrade¹³¹ afirmou que “os direitos das pessoas coletivas são ‘direitos individuais ainda que coletivizados’”.

Da mesma forma que José Joaquim Gomes Canotilho, Jorge Miranda, também, classifica os direitos fundamentais, individual ou institucionalmente considerados, em materialmente constitucionais e formalmente constitucionais.

Consoante Jorge Miranda, direitos fundamentais formalmente constitucionais fundamentais são decorrentes das posições subjetivas das pessoas consagradas na Constituição, motivo este porque tais posições jurídicas subjetivas gozam do *status* de norma constitucional e da proteção constitucional (ex.: alteração por emenda constitucional, proteção do artigo 60, § 4º, inciso IV, da Constituição Federal de 1988 etc.). Neste aspecto, também, estas posições jurídicas são consideradas como direitos fundamentais em sentido material. Entretanto, há outros

¹³⁰ CANOTILHO, *op. cit.*, p. 539.

direitos fundamentais que não constam do Texto Maior. Daí, o perigo de reduzir a definição de direitos fundamentais simplesmente àqueles nele previstos. Se assim se procedesse, a falsa segurança de indicar como direito fundamental apenas o rol previsto na Constituição implicaria a definição insuficiente ou violação reiterada de uma série de direitos fundamentais (ex.: segurança jurídica, biogenética etc.). Ademais, o que é considerado direito fundamental para um certo povo, em certa época, enfim, para uma determinada sociedade jurídica poderia não ser para outra. Estas reflexões, portanto, devem ser desconsideradas, tendo em vista que o cerne dos direitos humanos é o homem em si mesmo considerado. Como afirma Immanuel Kant, o homem deve ser considerado como um fim em si mesmo e não como um meio.

Jorge Miranda assevera que os direitos fundamentais podem

ser entendidos *prima facie* como direitos inerentes à própria noção de pessoa, como direitos básicos da pessoa, como os direitos que constituem a base jurídica da vida humana no seu nível actual de dignidade, como as bases principais das situação jurídica de cada pessoa.¹³²

Neste contexto, o autor entende que a fundamentação dos direitos fundamentais vai além dos fundamentos jusnaturalistas, pois os direitos inerentes à própria noção de pessoa modificam-se, segundo as circunstâncias de cada época e lugar e implementam-se com o decorrer do tempo, conforme já visto no próprio quadro histórico exposto no capítulo I.

No que tange aos direitos fundamentais materialmente constitucionais, Jorge Miranda afirma que são “direitos resultantes da concepção de Constituição dominante, da idéia de Direito, do sentimento jurídico coletivo”. Na verdade, trata-se do reconhecimento de um mínimo de respeito pela dignidade do homem, do reconhecimento de direitos consagrados universalmente e, como tal, núcleo essencial da quase totalidade das Constituições. Excepcionalmente, as Constituições que não possuem tal núcleo, o autor assevera serem deficientes em relação às demais.

Em razão da natureza dos direitos fundamentais materialmente constitucionais, Jorge Miranda estabelece que pode haver direitos fundamentais

¹³¹ VIEIRA, Andrade de. *Os Direitos Fundamentais*, p. 78 e ss., citado por CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*. 5ª ed., Coimbra: Livraria Almedina, 1991, p. 542.

previstos em normas de caráter infraconstitucional, às quais se deve atribuir “direitos equiparados aos constantes de normas constitucionais”¹³³, até porque, muitas vezes, tais normas são decorrentes de outros direitos fundamentais previstos na Constituição.

O fato de classificar os direitos fundamentais em formal e materialmente constitucionais implica, segundo Jorge Miranda, o reconhecimento dos direitos fundamentais, como decorrentes de uma esfera própria do indivíduo em face do poder político. Logo, afirma o autor, não há direitos fundamentais sem Estado, como também “não há direitos fundamentais em Estado totalitário”¹³⁴.

V DIREITO COMPARADO: HISTÓRICO SOBRE A CELERIDADE PROCESSUAL COMO DIREITO FUNDAMENTAL

¹³² MIRANDA, *op. cit.*, tomo IV, p. 10.

¹³³ MIRANDA, *op. cit.*, tomo IV, p. 11.

¹³⁴ *Ibid.*, tomo IV, p. 7-8.

Antes de tratar da celeridade processual no âmbito do ordenamento jurídico-brasileiro, mister se faz verificar qual a origem deste instituto, bem como analisar sua expressão, atuação e eficácia em outros ordenamentos jurídicos vigentes.

O princípio da celeridade processual não é uma inovação, pois existe já há longa data em várias Declarações e ordenamentos jurídicos.

A preocupação com a celeridade processual ou a rápida e eficaz tramitação dos processos não é recente. Podemos encontrar iguais garantias já na primeira declaração de direitos fundamentais, **a Declaração de Direitos do Bom Povo de Virgínia, de 12.1.1776**¹³⁵, inspirada nas teorias de Locke, Rousseau e Montesquieu. A Declaração da Virgínia consubstanciava as bases do direito do homem e, entre eles, era “assegurado o direito de defesa nos processos criminais, bem como julgamento rápido por júri imparcial, e que ninguém seja privado de liberdade, exceto pela lei da terra ou por julgamento de seus pares”.

A **Constituição dos Estados Unidos**¹³⁶, aprovada na Convenção da Filadélfia em 17.9.1787, não continha, inicialmente, uma declaração de direitos fundamentais do homem. Sua entrada em vigor, todavia, dependia da ratificação de, pelo menos, nove dos treze Estados independentes que exigiam, para tanto, a introdução de uma Carta de Direitos, fato que originou as dez primeiras Emendas à Constituição de Filadélfia, aprovadas em 1791, às quais se acrescentaram outras até 1975, constituindo, assim, o *Bill of Rights* do povo americano. A **Emenda n.º 6** é a seguinte: “direito a julgamento público e rápido por júri imparcial do Estado e distrito em que o crime tenha sido cometido, com direito de provas e de defesa e assistência de um advogado”. Esta cláusula da Emenda Constitucional n.º 6 é denominada pela doutrina norte-americana de *speedy trial clause*, ou seja, “cláusula do julgamento rápido”.

Tempos depois, a **Declaração Universal dos Direitos do Homem** (Paris, 1948) estabeleceu que “todo homem tem direito a receber dos tribunais

¹³⁵ <http://www.cefetsp.br/edu/eso/cidadania/declaracaovirginia.html>.

¹³⁶ <http://www.embaixada-americana.org.br/index.php?action=materia&id=643&submenu=106&itemmenu=110>.

nacionais competentes remédio efetivo para os atos que violem os direitos fundamentais que lhe sejam reconhecidos pela Constituição ou pela lei” (Artigo VIII)¹³⁷.

A **Convenção de Salvaguarda dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais**¹³⁸ (Roma, 1950) fixa que toda pessoa tem direito a que a sua causa seja julgada com equidade e num prazo razoável.

O **Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos de 1966** também prevê em seu Artigo 9, III que

qualquer pessoa presa ou encarcerada em virtude de infração penal deverá ser conduzida, sem demora, a 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. A prisão preventiva de pessoas que aguardam julgamento não deverá constituir a regra geral, mas a soltura poderá estar condicionada a garantias que assegurem o comparecimento da pessoa em questão à audiência e a todos os atos do processo, se necessário for para a execução da sentença¹³⁹.

A **Declaração dos Princípios Básicos de Justiça relativos às Vítimas de Criminalidade e de Abuso de Poder**¹⁴⁰ aprovada pela ONU, na 96ª sessão plenária, em 29 de novembro de 1985, por sua vez, prevê nos artigos 4º e 5º de seu anexo o direito das vítimas às instâncias judiciárias e a uma rápida reparação do prejuízo por si sofrido constituindo dever dos Estados criar ou reforçar os mecanismos judiciários e administrativos que permitam às vítimas a obtenção de reparação por meio de procedimentos rápidos, equitativos, de baixo custo e acessíveis.

No mesmo sentido, o princípio 38 da Resolução da ONU que aprova o **Conjunto de Princípios para a Proteção de todas as Pessoas sujeitas a qualquer forma de detenção ou prisão** estatui que: “a pessoa detida pela prática de infração penal tem direito de ser julgada em prazo razoável ou de aguardar o julgamento em liberdade”¹⁴¹.

¹³⁷ <http://www.dhnet.org.br/direitos/deconu/textos/integra.htm>.

¹³⁸ <http://www.echr.coe.int/NR/rdonlyres/7510566B-AE54-44B9-A163-912EF12B8BA4/0/PortuguesePortugais.pdf>

¹³⁹ <http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/instrumentos/pacto.htm>.

¹⁴⁰ <http://www.dhnet.org.br/direitos/sip/onu/ajus/prev29.htm>

¹⁴¹ <http://www.dhnet.org.br/direitos/sip/onu/fpena/lex51.htm>

Da mesma forma, a **Convenção Americana de Direitos Humanos de 1969**, conhecida como Pacto de São José da Costa Rica, prevê em seu Artigo 8º, I, como uma das garantias judiciais da pessoa:

toda pessoa terá o direito de ser ouvida com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou na determinação de seus direitos e obrigações de caráter civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza.¹⁴²

Na segunda metade do século XX, a Itália, ao integrar a Comunidade Européia, desde o surgimento desta, em março de 1957, passou a ter como obrigação decorrente da **Convenção Européia para Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais**, de 04 de novembro de 1950, o dever da prestação da tutela jurisdicional em tempo razoável (artigo 6º, § 1º, da referida Convenção). Entretanto, diante de uma justiça lenta e morosa, a Itália passou a enfrentar graves problemas, em face da obrigação assumida, pois muitos cidadãos italianos passaram a interpor recursos, diretamente, à Corte Européia, como meio de salvaguardar seus direitos e exigir que os processos findassem em um tempo justo, caso contrário, requeriam indenização pelos prejuízos materiais e/ou morais, decorrentes da demora processual. Por outro lado, tal fato causou morosidade nas decisões da própria Corte Européia¹⁴³.

Diante deste problema, a Itália reviu suas leis processuais, tanto constitucional como infraconstitucionais, introduzindo em seu ordenamento jurídico o princípio da celeridade processual, bem como admitindo recursos às Cortes italianas, no sentido do requerente obter reparação, caso tenha sido lesado seu direito a um processo em tempo justo e razoável. Este procedimento, aliado à disposição da Convenção Européia que exige o esgotamento da jurisdição do país-membro, ou seja, que sejam exauridos os recursos internos dentro do país infrator e isso em até seis meses, a partir da data da decisão definitiva, diminuiu os recursos à Corte Européia.

¹⁴² <http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/instrumentos/sanjose.htm>

¹⁴³ HOFFMAN, Paulo, “O direito à razoável duração do processo e a experiência italiana” *apud* WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Reforma do Judiciário – Primeiras Reflexões sobre a Emenda Constitucional n.º 45/2004*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 574 (grifos nossos).

A **jurisprudência da Corte Européia**, ao julgar os casos de duração exagerada do processo, acertadamente, não fixou um prazo mínimo ou máximo do que seria o tempo razoável para a prestação da tutela jurisdicional. Acertadamente, porque os processos e os objetivos por eles visados são muitos diferentes entre si, tendo níveis de complexidade diversos, que não admitiriam, de forma alguma, a fixação de um prazo rigoroso de duração, sob pena, inclusive, de privilegiar-se o meio ao fim almejado.

Para analisar a razoabilidade na prestação da tutela jurisdicional, a Corte Européia, baseada no **método tópico** fixou os seguintes critérios: “a) complexidade do caso; b) o comportamento das partes; c) o comportamento dos juízes, dos auxiliares e da jurisdição interna de cada país, para verificação em cada caso concreto sob violação do direito a duração razoável do processo”¹⁴⁴. Assim, a duração deve ser analisada em seu todo, desde o processo de conhecimento até a efetiva satisfação do direito reclamado.

Buscando-se adequar ao estabelecido pela Corte Européia, em 23 de novembro de 1999, o artigo 111 da Constituição italiana recebeu nova redação, voltada mais ao legislador e ao magistrado. Aquele para elaboração de leis, prevendo recursos mais rápidos e eficazes ao alcance do resultado jurisdicional e este para uma interpretação da lei como inconstitucional, caso contrário ao princípio da celeridade processual.

Inovação relevante prevista pelo citado artigo constitucional refere-se à regulação por lei do que seria este “justo processo”, tendo em vista que a noção de justiça e injustiça é muito variável de indivíduo para indivíduo, de povo para povo, de tempo em tempo, segundo as concepções educacionais, políticas, históricas, interesses etc. existentes em determinado momento. Portanto, em face das incompatibilidades e divergências de se utilizar, concomitantemente, um termo técnico “processo” e um conceito filosófico “justo”, a melhor solução encontrada pela Corte Européia foi prever, por lei, o que seria um “justo processo”.

¹⁴⁴ HOFFMAN, *op. cit.*, p. 577.

Lei específica, denominada “**Legge Pinto**”¹⁴⁵, foi aprovada em 24 de março de 2001, estabelecendo o dever de indenizar ao indivíduo que sofrer prejuízo em razão da demora na prestação da tutela jurisdicional. A referida lei **modificou o artigo 375 do Código de Processo Civil italiano**, bem como apresentou

o escopo da lei, o procedimento, o prazo e as condições de interposição da ação que vise à reparação, a forma de publicação e a ciência da sentença, norma transitória e a disposição orçamentária dirigida à previsão de verbas para pagamento das futuras eventuais condenações.¹⁴⁶

O principal critério para a definição do *quantum* de indenização é

o valor pessoal, patrimonial e moral envolvido na causa em discussão, assim como as conseqüências que a demora acarreta, na honra, nos interesses e no destino do jurisdicionado lesado com a duração exagerada do processo.¹⁴⁷

Diante desta lei, tornou-se comum na Itália o ajuizamento de ações indenizatórias perante o tribunal italiano, o qual, já sobrecarregado de tarefas, tornou-se ainda mais moroso, sem conceder a devida contraprestação aos recorrentes.

Assim sendo, verifica-se que, apesar da existência da “Legge Pinto”, a jurisprudência italiana ainda é incerta, o que gera temor aos cidadãos, pois além da demora no processo em andamento, caso pleiteiem indenização por tal fato, podem vir a não ser indenizados, em face do já comprometido orçamento italiano e ainda por precisaram suportar a sucumbência desta última ação.

No continente americano, outro documento relevante, a Convenção Americana de Direitos Humanos, conhecida como Pacto de San José da Costa Rica, surgiu em 22 de novembro de 1969. Em seu Artigo 8.1, estabelece que “toda pessoa tem direito a ser ouvida com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável por um juiz ou tribunal competente, independente e imparcial, instituído por lei anterior (...)”. Enfatiza-se, aqui, que o Brasil é signatário desta Convenção desde 06 de novembro de 1992, tendo, portanto, o direito à celeridade processual sido incorporado como um direito fundamental, com base no Artigo 5º, § 1º e § 2º, da Constituição

¹⁴⁵ <http://www.legge-e-giustizia.it/2000%20DOCUMENTI/novembre%2010.htm>

¹⁴⁶ HOFFMAN, *op. cit.*, p. 581.

¹⁴⁷ *Ibid*, p. 584.

Federal de 1988 e, portanto, tendo o Brasil já assumido tal dever, bem antes da edição da Emenda Constitucional n.º 45, de 31 de dezembro de 2004.

Outros países, também preocupados com a demora na prestação da tutela estatal, passaram a inserir em suas legislações normas no sentido de obter um processo mais célere. A Constituição de Portugal¹⁴⁸ estatuiu em seu Artigo 20º, item 4, que “todos têm direito a que uma causa em que intervenham seja objecto de decisão em prazo razoável e processo eqüitativo”. Em 1978, a Constituição espanhola¹⁴⁹ estatuiu em seu Artigo 24.2 que “todos têm direito ao juiz ordinário previamente determinado por lei, à defesa e à assistência de advogado, a ser informado da acusação contra si deduzida, a um processo público sem dilações indevidas (...)”. No mesmo diapasão, a Carta Canadense dos Direitos e Liberdade, de 1982, no seu Artigo 11, “b”, dispõe que “toda pessoa demandada tem o direito de ser julgada dentro de um prazo razoável”¹⁵⁰. Observa-se que não se trata de uma preocupação regionalizada, mas, difundida nos mais diversos países, de vários continentes.

Recentemente, a preocupação com a demora na prestação jurisdicional fez com que a instituição *American Bar Association*, nos Estados Unidos da América, fizesse uma análise de qual seria o tempo razoável de duração dos processos. Nesta pesquisa, constou que 90% dos casos cíveis de procedimento ordinário deveriam iniciar e findar no prazo de doze meses e os outros 10%, por tratarem de situações excepcionais, no prazo de vinte e quatro meses; já os casos sumários, em trinta dias¹⁵¹. Entretanto, tais prazos, também, não são obedecidos, chegando os procedimentos ordinários a durarem alguns anos.

Pelo explicitado neste tópico, verifica-se que a preocupação com a celeridade processual não é recente nem é um problema isolado. Uma sociedade cada vez mais dinâmica e globalizada exige decisões estatais compatíveis com sua evolução, sob pena de decisões injustas e, até mesmo, obsoletas serem proferidas.

¹⁴⁸ http://www.verbojuridico.net/legisl/codigos/crp_2001.html

¹⁴⁹ <http://www.congreso.es/constitucion/constitucion/indice/index.htm>

¹⁵⁰ http://www.oas.org/juridico/mla/pt/can/pt_can_const.html

¹⁵¹ TUCCI, José Rogério Cruz e. *Garantias constitucionais do Processo Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 249.

Entretanto, toda solução deve ser buscada, sempre, respeitando os limites da lei e, por conseqüência, os direitos humanos fundamentais, assegurando-se, portanto, o devido processo legal.

**PARTE II – DIREITO BRASILEIRO E O
DIREITO À CELERIDADE PROCESSUAL**

**VI OS DIREITOS FUNDAMENTAIS À LUZ DAS CONSTITUIÇÕES
BRASILEIRAS**

Antes do exame dos contornos, causas e efeitos do princípio da celeridade processual no ordenamento jurídico pátrio, interessante se faz uma análise histórica das Constituições brasileiras, com a finalidade de compreender os aspectos culturais, sociais e políticos, que levaram a explicitação de tal princípio na Carta Magna de 1988.

1 Histórico das constituições brasileiras

Neste item, vislumbrar-se-á que o número de direitos fundamentais previstos nas Constituições brasileiras foi sendo implementado, consoante a sociedade foi se tornando mais complexa e mais consciente de seus direitos, embora tenha havido alguns períodos de retrocessos, originários de composições políticas e golpes de poder, no decorrer da história brasileira. Neste diapasão, Manoel Gonçalves Ferreira Filho¹⁵² destaca que **todas as Constituições brasileiras, sem exceção, enunciaram Declarações de Direitos**, o que será observado, a seguir.

Por outro lado, constatar-se-á, que apesar de todo esse período até a formação da Constituição Federal de 1988, nenhuma das Constituições anteriores previu, explicitamente, o direito à celeridade processual, tampouco o último Texto brasileiro, no qual tal previsão foi introduzida pela Emenda Constitucional n.º 45, de 31 de dezembro de 2004.

Com base nessa ressalva, cabe, então, analisar a forma de proteção e previsão dos direitos fundamentais ao longo das Constituições brasileiras, salientando-se que aquela sempre esteve intimamente ligada ao contexto político da época.

1.1 A Primeira Constituição Brasileira

Antes de tratar das Constituições brasileiras em si, mister se faz analisar como se originou a primeira Constituição Brasileira, daí, uma breve análise do período referente à colonização portuguesa no Brasil.

1.1.1 Período da colonização brasileira

A **colonização portuguesa no Brasil** iniciou-se, historicamente, no século XV, especificamente, a partir de 1530¹⁵³, perdurando por aproximadamente trezentos anos, momento em que se estabeleceram suas linhas mestras em termos econômicos, sociais e políticos. Nesse período até 1822, os objetivos econômicos da metrópole de clara e forte exploração da colônia não se modificaram.

Paralelamente, vigia na Europa, nos séculos XVI, XVII e XVIII, o conhecido “Antigo Regime” que significava a vigência das seguintes características: a) no plano político: o regime absolutista; b) no plano econômico: o mercantilismo e o capitalismo comercial; c) no plano social: uma sociedade estamental, porém já com o surgimento de classes sociais (do que é exemplo a burguesia).

A expressão do “Antigo Regime em uma sociedade pré-capitalista, bastante heterogênea, como era a colônia brasileira, foi de suma importância para os colonizadores, pois a intervenção do Estado absolutista, expressada por meio de sua extrema centralização política e administrativa e pela imposição do sistema de escravidão, manteve o equilíbrio social na colônia e, por intermédio da política mercantilista, estimulou o crescimento da economia na metrópole. Assim, a política

¹⁵² FERREIRA FILHO, *op. cit.*, p. 99.

¹⁵³ O período compreendido entre 100 e 1530 é considerado pré-colonial, segundo os historiadores, pois o Brasil apenas veio a ser efetivamente colonizado em 1530 por razões de caráter econômico-financeiro.

adotada fortaleceu e enriqueceu o Estado, porém, reflexamente, também, veio a enriquecer a burguesia.

A burguesia, por sua vez, investiu o capital acumulado em indústrias, dando origem ao movimento denominado “Revolução Industrial”, cuja produção em grande escala não admitia barreiras ao consumo, tais como o monopólio comercial e o trabalho escravo, razões pelas quais a burguesia industrial passou a considerar o intervencionismo econômico do Estado não mais um auxílio, mas um empecilho ao crescimento econômico, opondo-se, assim, ao absolutismo e ao mercantilismo. Neste contexto, verifica-se: a Revolução Industrial inglesa, voltada ao fim do mercantilismo; a Revolução Francesa, tendo por escopo o fim do absolutismo e a Independência dos Estados Unidos da América, que demonstrou a natural oposição de interesses entre a colônia e a metrópole. Assim, originou-se a crise geral do “Antigo Regime” e, conseqüentemente, a crise do sistema colonial, que dele era totalmente dependente. Neste contexto, a família real portuguesa mudou-se para o Brasil em 1808.

Ao mesmo tempo em que a **crise do “Antigo Regime” estabelecia-se na Europa**, nas colônias, movimentos internos que deixavam evidentes a oposição de interesses entre colônia e metrópole, enfraqueciam os laços econômicos, políticos e, sobretudo, ideológicos. No Brasil, foram exemplos dessas revoltas: as rebeliões nativistas¹⁵⁴ (séculos XVII e XVIII) e as rebeliões coloniais ou movimentos de pré-independência, dentre os quais: a Inconfidência Mineira (1789), a Inconfidência Baiana (1798) e a Revolução Pernambucana (1817).

Dessa forma, verifica-se que o **processo de “independência”** do Estado brasileiro resultou de um conjunto de fatores internos e externos, que perduraram anos e acabaram por provocar a autonomia do país, cuja luta pela efetiva independência econômica e política persiste até os dias atuais.

No Brasil, o estabelecimento da Corte portuguesa foi relevante à formação econômica e política da colônia, pois D. João VI criou um aparelho de

¹⁵⁴ As rebeliões nativistas caracterizaram-se pelos fortes sentimentos nativistas, expressão da população colonial já enraizada na terra. Todavia, tais rebeliões não propuseram a independência, ou seja, a idéia de separar o Brasil de Portugal, o que só ocorreu nas revoltas coloniais.

governo e administração, como também uma perspectiva econômico-social ao transferir de Lisboa para o Rio de Janeiro o centro da autoridade política¹⁵⁵. Na história brasileira, no **período Joanino (1808-1821)**, houve uma ampliação da autonomia nas searas financeira, fiscal, judiciária, cultural e militar¹⁵⁶. Ademais, o país foi elevado a Reino Unido de Portugal em 1815¹⁵⁷.

Em 1816, a rainha Da. Maria I faleceu e D. João VI assumiu definitivamente o trono. Paralelamente, na Europa, houve a derrota definitiva de Napoleão (1815), o que ensejou um forte movimento voltado ao regresso de D. João VI a Portugal, cuja economia estava abalada, em decorrência das guerras e da perda do monopólio e as instituições políticas vigentes estavam em crise pelas idéias proclamadas na Revolução Francesa. Esses fatores, em conjunto, levaram a eclosão da Revolução Constitucionalista do Porto, em 1820, que pregava a instauração da monarquia constitucionalista, tendo por escopo aprovar a primeira Constituição do reino e ocasionou a volta de D. João VI, em 1821, para Portugal, deixando D. Pedro I, encarregado da **Regência do Brasil (1821-1822)**.

No período da Regência de D. Pedro I no Brasil, Portugal manifestou a intenção de recolonizar o país, fixando uma série de medidas restritivas, com a intenção de restabelecer o monopólio comercial, o que gerou um movimento de oposição no Brasil que, por sua vez, fez com que D. Pedro I permanecesse no país (“Dia do Fico” – 09-01-1822). Este, pressionado pela opinião pública, nomeou um novo ministério e adotou várias medidas favoráveis à autonomia do Brasil¹⁵⁸, dentre as quais a convocação de uma Assembléia Constituinte, em 03-06-1822, que deveria organizar

¹⁵⁵ Tais transformações impediram que o Brasil fosse desmembrado em vários países menores.

¹⁵⁶ MOURA, José Carlos Pires de. *História do Brasil*. volume I, 2ª ed., São Paulo: Anglo, 1991, p. 54, são exemplos dessa autonomia conquistada: a abertura dos portos (1808), a criação do Banco do Brasil (1808), a criação de taxas alfandegárias sobre as importações, a ocupação do Paraguai, em 1821, com o nome de Província Cisplatina (que perdeu apenas até 1828, quando o Paraguai tornou-se independente), a criação de escolas, teatros, Academia de Belas Artes, Academia Militar, dentre outras medidas, além da manutenção do equilíbrio entre a aristocracia rural brasileira e os comerciantes portugueses.

¹⁵⁷ *Ibid*, volume I, p. 55, tal medida foi de pouca importância prática para o Brasil, porém desviou-se a atenção de alguns problemas internos que descontentavam a população. Ao mesmo tempo, em 1815, o Congresso de Viena foi convocado, após a derrota de Napoleão, com a finalidade de reestruturar politicamente a Europa, de acordo com os interesses dos países vencedores.

¹⁵⁸ MOURA, *op. cit.*, volume I, p. 57, algumas das medidas foram: a não obediência de nenhuma lei vinda de Lisboa sem o “Cumpra-se” do Regente; aceitação por D. Pedro I do título de “Defensor Perpétuo do Brasil”; instalação, no Rio de

uma Constituição para o país. Diante da rapidez e eficácia das mencionadas medidas, a separação definitiva entre Brasil e Portugal era uma questão de tempo e oportunidade¹⁵⁹, o que ocorrera em 07 de setembro daquele ano, quando D. Pedro, pressionado pela ordem da Corte para regressar a Portugal, proclamou a independência.

1.1.2 A Constituição do Império (1824)

Antes de destacar o conteúdo da Constituição Imperial, é necessário esclarecer que o mencionado documento foi organizado à luz do **liberalismo**, corrente de pensamento que tem como objetivo colocar o homem¹⁶⁰, individualmente, como alicerce de todo o sistema social. Neste contexto, aduz-se que a ação estatal seja excepcional e restrita, enquanto a da sociedade, ampla e ilimitada. Daí, segundo Celso Ribeiro Bastos, extraem-se dois corolários fundamentais: 1º) todo poder emana do povo e 2º) o Estado apenas deve exercer aquelas funções que os órgãos, individual ou coletivamente, não conseguem desenvolver¹⁶¹. Esta nova visão ideológica da ordem social político-jurídica existente provocou uma revolução da ordem anterior, opondo-se,

Janeiro, do Conselho dos Procuradores Gerais das Províncias do Brasil, órgão consultivo que deveria aconselhar o Regente etc.

¹⁵⁹ *Ibid*, volume I, p. 78, quando as Cortes de Lisboa iniciaram seus trabalhos para recolonizar o Brasil, a aristocracia rural estava politicamente dividida em dois grupos: a) um grupo minoritário, favorável à independência imediata; e b) um grupo majoritário, favorável à manutenção da união com Portugal, desde que houvesse uma certa autonomia por parte do Brasil e que não se restabelesse o monopólio comercial. Entretanto, na medida em que a Corte portuguesa foi aumentando as exigências de recolonização, o grupo favorável à união luso-brasileira passou a defender uma autonomia cada vez maior para o Brasil, mas continuou a desejar a união. Apenas no momento em que ficou claro que a Corte não aceitaria um acordo e exigiu a completa recolonização, este grupo uniu-se ao grupo favorável à independência. Observa-se, portanto, que a maioria da classe dominante fez o possível para manter o Brasil unido a Portugal, o que só não ocorreu devido não conhecimento dos integrantes da Corte a respeito da realidade brasileira. Na verdade, verifica-se que a classe dominante brasileira não era contra a independência, mas apenas receava que esta provocasse um processo revolucionário que pusesse em risco os privilégios dela, que segundo esta classe, pairavam aos interesses da nação. Neste contexto, D. Pedro I e a burocracia brasileira consideram a luta pela independência muito mais uma **disputa política portuguesa contra a Corte** do que brasileira. Conclusão esta corroborada ao analisar que os governantes do Primeiro Reinado (1822-1831) foram representantes da classe dominante e que não houve mudanças estruturais no Brasil, que continuou sendo, fundamentalmente, colonial: economia agrária, latifundiária, escravista e dependente do mercado externo. Daí, verificar que o processo de independência encerrou-se apenas em 1831, quando D. Pedro I abdicou do trono brasileiro e retornou a Portugal.

¹⁶⁰ Os homens, inicialmente, vivem em estado de natureza no qual são livres, consoante fora visto anteriormente, seguindo a teoria de Rousseau e, dessa forma, têm a faculdade de pactuar um contrato social que concede algumas de suas faculdades para tornar possível a formação do poder.

¹⁶¹ BASTOS, *op. cit.*, p. 158.

frontalmente, aos ideais das monarquias absolutas, cuja fonte de legitimidade advinha do poder divino, como já visto anteriormente. Por sua vez, estas mudanças levaram à queda de algumas monarquias e manutenção de outras, estas mediante concessões ao princípio da soberania popular. O Brasil insere-se nesta última situação.

À luz do liberalismo¹⁶² e da conjuntura social, político-econômica existente à época, conforme visto acima, a declaração de independência do Brasil¹⁶³ no dia 07-09-1822, fruto de divergências políticas com a Corte portuguesa¹⁶⁴, deu origem ao Primeiro Reinado (1822-1831), período governado por D. Pedro I, que, aliado à classe dominante agrária e à alta burocracia civil e militar, deu ensejo à elaboração da Constituição do Império. Mister se faz sublinhar que o povo¹⁶⁵ em nada participou da elaboração desse documento. Assim, foram mantidas a estrutura colonial de produção e a monarquia como forma de governo, permanecendo Dom Pedro I no poder e atendendo, desse modo, aos interesses das aludidas classes.

A Assembléia Constituinte responsável pela elaboração da Constituição de 1824 iniciou seus trabalhos em meados de maio do ano anterior. Todavia, em face das divergências¹⁶⁶ entre a intenção de D. Pedro I e da Assembléia Constituinte,

¹⁶² BONAVIDES, Paulo. “A evolução constitucional do Brasil”. In *Estudos Avançados*, São Paulo, v. 14, n.º 40, 2000, p. 155-176, disponível em: <<http://www.scielo.br>>, em especial a **fonte doutrinária do constitucionalismo francês**, vazado nas garantias fundamentais do número 16 da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 26 de agosto de 1789, que preceitua: “não tem constituição a sociedade onde não é assegurada a garantia dos direitos nem determinada a separação dos poderes”.

¹⁶³ MOURA, *op. cit.*, volume I, p. 58-66, as províncias do Pará, Maranhão, Piauí, Bahia e Cisplatina resistiram à independência em razão da crise econômica e financeira enfrentadas nessas regiões; todavia, acabaram sendo derrotadas. Por outro lado várias nações americanas hesitaram em reconhecer a independência por temerem que a monarquia brasileira representasse, a longo prazo, as tentativas de recolonização. Quanto às monarquias européias, estas consideraram a independência do Brasil ilegítima, tendo em vista que Portugal não a reconheceu.

¹⁶⁴ Diante da precariedade ideológica com que foi declarada a independência do Brasil, era grande o risco de, a qualquer momento, este voltar à condição de Reino Unido ou colônia de Portugal.

¹⁶⁵ Esclarece-se que estava excluído do conceito de povo, à época, um grupo que representava quase a metade da população total do país: os escravos.

¹⁶⁶ MOURA, *op. cit.*, volume I, p. 62-63, referida Assembléia Constituinte era constituída por dois partidos: o Brasileiro e o Português. O primeiro representava os interesses da classe dominante agrária e de alguns setores da classe média. O segundo defendia interesses da burocracia civil e militar do Estado. O primeiro possuía maioria e pretendia um regime liberal em que os poderes legislativos fossem superiores aos do Poder Executivo enquanto que o segundo defendia exatamente o oposto. Durante os trabalhos da Assembléia Constituinte, o Partido Brasileiro apresentou, por meio de Antonio Carlos de Andrada, projeto de Constituição denominado de “Constituição da Mandioca” (o apelido “Constituição da Mandioca” decorreu do fato desta estabelecer o voto censitário, cuja renda do cidadão deveria ser comprovada pela capacidade de aquisição de determinada quantia de farinha de mandioca), que almejava o afastamento de eventual recolonização “excluindo dos direitos políticos as classes inferiores e praticamente reservando os cargos de representação nacional aos proprietários rurais, concentrando a autoridade política no parlamento e proclamando a mais ampla liberdade econômica” (PRADO JÚNIOR, Caio. *Evolução Política do Brasil*. 5ª ed., São Paulo: Brasiliense, 1953, p. 48 e 49). Dessa foram, tal projeto consagrava todas as aspirações da classe dominante dos proprietários rurais. Apresentado a D. Pedro I,

ecloidiu o primeiro golpe de estado do Brasil independente em 12-11-1823, quando D. Pedro I dissolveu a mencionada Constituinte, alegando necessidade de defender a integridade e independência do império, a unidade nacional e a liberdade popular. Critique-se, neste ponto, especialmente, o modo de defesa da liberdade popular: o método ditatorial.

Em seguida, D. Pedro I convocou outra Assembléia Constituinte (e não eleições para uma nova Assembléia Constituinte), formando um Conselho de Estado, constituído por dez membros que em dezembro daquele ano apresentou um projeto constitucional¹⁶⁷, o qual, diante da “forte manifestação de apoio” do “povo” brasileiro, levou D. Pedro I a outorgar a primeira Constituição brasileira em março de 1824.

Essencialmente, a Constituição de 1824 estabeleceu: **a)** monarquia constitucional e hereditária como forma de governo; **b)** forma unitária de Estado, pela qual quase todos os poderes político-administrativos concentravam-se no governo central e os governos das províncias tinham autonomia mínima; **c)** território nacional dividido em províncias, com presidentes nomeados pelo imperador e exoneráveis *ad nutum*, segundo critérios de oportunidade e conveniência do imperador; **d)** união entre Igreja e Estado, sendo a religião católica a oficial, vigente o sistema “Padroado” e assegurado apenas o culto doméstico de outras crenças, sem forma alguma exterior de templo; **e)** sufrágio censitário (cuja participação no processo eleitoral exigia renda mínima anual e para eleição uma renda ainda maior, graduando-se segundo o cargo) e descoberto (não secreto); **f)** existência de quatro poderes políticos: Executivo, Legislativo, Judiciário e Moderador¹⁶⁸⁻¹⁶⁹, seguindo estes a doutrina de Benjamin

este rejeitou-o, uma vez que limitava-lhe demais os poderes, iniciando-se, assim, choques entre a Constituinte e o imperador, agravados pelo apoio que este dava ao partido Português. Diante de tais fatos, D. Pedro I passou a ser criticado também pela opinião pública.

¹⁶⁷ MOURA, *op. cit.*, volume I, p. 62-63, cópias de tal projeto foram encaminhadas às Câmaras municipais das principais cidades do país, para que os vereadores examinassem e devolvessem com as alterações que entendessem pertinentes, todavia poucos municípios encaminharam críticas ao novo projeto constitucional.

¹⁶⁸ PINHO, Rodrigo César Rebello. *Da Organização, do Estado, dos Poderes e Histórico das Constituições*, volume 18. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 146, o Poder Executivo era chefiado pelo imperador, com auxílio dos Ministros de Estado. Já o Poder Legislativo, delegado à Assembléia Geral com sanção do imperador, era exercido pelo sistema bicameral: Câmara dos Deputados e Senado Federal. No que tange ao Poder Judiciário, este era considerado independente, composto de juizes e jurados. Por fim, o Poder Moderador era delegado privativamente ao imperador como chefe supremo da nação, responsável por toda organização política, com amplos poderes (ex.: nomeação de senadores, convocação e dissolução da Câmara dos Deputados, suspensão de magistrados, sanção e veto de proposições legislativas etc.).

Constant; **g**) a manutenção da escravidão, embora o Constitucional ter previsto ampla declaração de direitos; **h**) competência do Poder Legislativo para guarda da Constituição e interpretação das leis, não havendo previsão de um sistema judicial de controle de constitucionalidade; e **i**) caráter de semi-rigidez da Constituição, que exigia um processo de alteração mais dificultoso, com a presença de quorum especial, apenas para aprovação de emendas que tratassem dos limites e atribuições dos poderes políticos, ou seja, que tratassem de matéria referente ao cerne do Estado. Neste item, destaca-se a grande plasticidade e adaptabilidade da Constituição de 1824 aos anseios sociais.

Pelo exposto, verifica-se que a Constituição outorgada de 1824, fruto de forte concepção do liberalismo e de influências das Declarações francesa e norte-americana do final do século XVIII, foi importante em diversos aspectos, pois refletiu grande plasticidade e adaptabilidade do Texto Constitucional aos anseios sociais pelo aspecto semi-rígido de seus preceitos; adotou a teoria da separação dos poderes; manteve a integridade nacional; fixou o início de um processo democrático; foi a Constituição com maior longevidade na história nacional¹⁷⁰; teve apenas uma Emenda¹⁷¹; e, especialmente no que tange aos direitos fundamentais, José Afonso da Silva afirma que a Constituição do Império, primeira Constituição brasileira, foi também a **“primeira constituição, no mundo, a *subjetivar e positivar* os direitos humanos, dando-lhes concreção jurídica”**¹⁷² (grifos nossos).

Neste mesmo diapasão, Celso Ribeiro Bastos assevera que o rol de direitos individuais ora previsto “era praticamente o que havia de mais moderno na época”. Por outro lado, o referido Texto Constitucional manteve-se omissivo em relação à escravidão dos negros e índios à época, sendo claro, portanto, que tal Documento

¹⁶⁹ BASTOS, *op. cit.*, p. 160, grifos nossos, faz uma importante ressalva ao se referir ao Poder Moderador: “...se utilizado por um monarca com inclinações autoritárias, levaria a um poder **quase absoluto**. No entanto, o seu exercício por longo tempo por um monarca culto, moderado, cômico de seu poder e também das suas responsabilidades fez com que nosso sistema político ascendesse a **um alto nível de organização constitucional**”.

¹⁷⁰ Foi criada durante o Primeiro Reinado e permaneceu vigente durante todo o Período Regencial (1831-1840) e Segundo Reinado (1840-1889).

¹⁷¹ BASTOS, *op. cit.*, p. 166-167, tal Emenda Constitucional previu a evolução histórica de toda a Monarquia, dispondo sobre a supressão do tráfico de escravos e a própria abolição, em 1888; o início da industrialização; a Guerra do Paraguai etc.

¹⁷² SILVA, *op. cit.*, p. 170.

tinha por escopo, atender, primordialmente, aos interesses da elite. O fato perdurou, ainda, por longo tempo, pois apenas com o movimento abolicionista, que culminou com a Lei Áurea, de 13 de maio de 1889, é que os negros passaram a ser considerados pessoas, dotadas de direitos e obrigações, não mais objetos, sendo, apenas, então, tal matéria tratada como constitucional com o advento da referida Emenda.

1.2 A Primeira Constituição da República (1891)

Na história, verificam-se diversos fatores que contribuíram para a queda do império, tais como: o surgimento do Exército como força política influente; a transformação da economia agrária; a consolidação da aspiração federalista no império; influências culturais, como o Positivismo; o isolamento do Brasil como a única monarquia continental, sofrendo intercâmbio para transformar-se em uma República presidencialista e o distanciamento do imperador do povo.

O movimento abolicionista, por sua vez, também impulsionou a proclamação da República¹⁷³, golpe de Estado, ocorrido aos 15 dias de novembro de 1889, que pôs fim à monarquia¹⁷⁴ e instaurou a República Federativa. Este movimento foi fruto da união da classe dominante (cafeicultores), da classe média (militares) e da

¹⁷³ MOURA, *op. cit.*, volume I, p. 106-107, refere que Afonso Celso de Assis Figueiredo, Visconde de Ouro Preto, último Primeiro Ministro do Império, assumiu o poder propondo uma série de reformas políticas, copiadas do próprio programa republicano, por meio das quais pretendia reformar a monarquia, adaptando-a aos novos tempos, porém era tarde. Os deputados, conservadores, recusaram a reforma ora proposta, razão pela qual Visconde de Ouro Preto dissolveu a Câmara dos Deputados e convocou outra, para dezembro de 1889. Diante dos fatos, os republicanos, liderados pelo marechal Deodoro da Fonseca, no dia 11 de novembro daquele ano, iniciaram um movimento, com a finalidade de derrubar o governo. Na noite do dia 14 daquele mês e ano, espalhou-se o boato de que Marechal Deodoro da Fonseca e Benjamim Constant seriam presos nos quartéis do Rio de Janeiro, gerando revolta. Ao mesmo tempo, Visconde de Ouro Preto reuniu o Ministério no Quartel-General e ordenou às tropas que defendessem o governo, havendo, porém, certa relutância em obedecer tal ordem. O Quartel-General foi totalmente cercado. Em nova tentativa, Visconde de Ouro Preto ordenou ao Ajudante-General do Exército, marechal Floriano Peixoto, que atacasse os rebeldes, mas Floriano Peixoto recusou. Era o fim. No dia 15 de novembro de 1889, o ministério foi deposto e, oficialmente, foi proclamada a República. Destaque-se que dois dias depois, a família imperial abandonou o Brasil.

¹⁷⁴ Apenas três fatores ainda ajudavam a manter o sistema monárquico: o prestígio pessoal de D. Pedro II junto à classe política, a dedicação ao Imperador por parte dos chefes militares mais antigos e a divisão dos republicanos em “revolucionários”, que desejavam a derrubada imediata da monarquia e “evolucionistas”, que imaginavam que com a mor-

burguesia e tinha por escopo a emancipação política. Pode-se, assim, observar que o povo, novamente, não participou das mudanças políticas.

Promulgada a República, iniciou-se um choque entre tais grupos, pois, cada grupo almejava que o novo sistema político fosse orientado de acordo com seus interesses particulares, sobretudo na esfera econômica, ou seja, a oligarquia tinha pretensão que o Estado republicano se voltasse à agricultura, em geral, em especial, ao café, enquanto a classe média e a burguesia desejavam um Estado dirigido ao desenvolvimento da indústria, do comércio e dos serviços. A divergência de interesses diante da escolha entre política agrária e industrialista originou a denominada “crise da República”.

A referida crise perdurou por alguns anos e findou com a derrota da classe média, mais democrática, pela oligarquia. Com isto, houve a ascensão à Presidência da República de Prudente de Moraes, em 1894 e, conseqüentemente, a adoção de uma economia basicamente agrária.

Derrubada a monarquia, foi constituído o Governo Provisório, que priorizou três funções elementares: a consolidação do novo regime, sua institucionalização por meio da aprovação de uma Constituição e a execução de certas reformas administrativas necessárias.

Neste contexto, deu-se ensejo à promulgação da Constituição de 24-02-1891¹⁷⁵. As principais características da segunda Constituição brasileira e primeira republicana são: **a)** forma federativa de Estado, com rígida separação de competências entre União e Estados (extintas províncias) e cada Estado possuía grande autonomia, inclusive com Constituições e leis próprias¹⁷⁶ (federalismo dualista); **b)** forma republicana de governo que explicitou as desigualdades jurídicas referentes ao *status*

te de Pedro II o Império cairia por si só.

¹⁷⁵ BASTOS, *op. cit.*, p. 172-173, a Constituição Federal de 1891 teve a influência da personalidade de Rui Barbosa, quem conhecia profundamente o sistema federalista norte-americano e era defensor do espírito republicano.

¹⁷⁶ MOURA, *op. cit.*, volume II, p. 4, cada Estado podia eleger seu governador (na época, chamado presidente) e sua Assembléia Legislativa; tinha uma Constituição, um Código Eleitoral e um Código Processual próprios; organizava sua administração, sistema judiciário, serviços públicos, forças policiais; podia contrair empréstimos com o exterior etc. Todavia, isso não enfraquecia a União, que detinha fontes rentáveis de impostos, controlava o sistema financeiro e cambial, estabelecia relações exteriores e era responsável pela defesa nacional. Ressalte-se também que o Código Civil e o Código Penal eram um só em todo país.

das pessoas, como também tornou as autoridades, representantes do “povo”, investidas de mandato por prazo certo; **c)** ampla liberdade de culto de todas as crenças; **d)** tripartição dos poderes políticos em: Executivo, Legislativo e Judiciário¹⁷⁷, seguindo a teoria clássica de Montesquieu; **e)** ampliação do rol dos direitos individuais¹⁷⁸, com a inclusão do *habeas corpus*, previsto desde o Código Criminal de 1830, na Constituição Federal; **f)** fixação do voto universal masculino aos maiores de 21 anos (excluídos, portanto, as mulheres, mendigos, analfabetos, membros de ordens religiosas e soldados) e não secreto; **g)** criação de um sistema judicial difuso de controle da constitucionalidade, segundo o modelo norte-americano, admitindo recurso para o Supremo Tribunal Federal de decisões judiciais em que se questionasse a validade de leis e atos dos governos locais em face da Constituição; **h)** eleição do primeiro Presidente da República e seu vice, por meio de voto indireto dos membros do Congresso Nacional e **i)** rigidez de toda e qualquer norma constitucional.

Nesta seara, observa-se que a Constituição de 1891, embora careça de fundamento de legitimidade popular, foi também bem estruturada e seguidora da ideologia liberal. Todavia, na prática, teve pouca expressão, uma vez que o poder estava sob o controle das oligarquias rurais que dominaram os sistemas administrativos, políticos e econômicos, amoldando-os apenas a seus interesses¹⁷⁹. Assim, verifica-se o predomínio do exercício do Poder Executivo e a sufocação do aparato democrático previsto naquela Carta Magna.

No que diz respeito aos direitos individuais, a primeira Constituição da República estabeleceu um **rol exemplificativo** deles e inovou ao **ressaltar que não**

¹⁷⁷ PINHO, *op. cit.*, volume 18, p. 147-148, o Poder Executivo era exercido pelo Presidente da República, eleito por sufrágio direto e maioria absoluta, auxiliados por Ministros de sua confiança, que deveriam referendar seus atos frente à Administração Federal. Já, o Poder Legislativo era exercido pelo Congresso Nacional, composto pela Câmara dos Deputados e Senado Federal, enquanto que o Poder Judiciário era formado por juízes (vitalícios) e tribunais, sendo **instituído o Supremo Tribunal Federal**, com quinze juízes nomeados pelo Presidente da República, após aprovação pelo Senado Federal “dentre os cidadãos de notável saber e reputação”.

¹⁷⁸ BASTOS, *op. cit.*, p. 175, as penas criminais foram modificadas, havendo a supressão das penas de galés, de banimento judicial e de morte.

¹⁷⁹ MOURA, *op. cit.*, volume II, p. 17-23, tal sistema ficou conhecido como “**coronelismo**”, no qual os grandes latifundiários controlavam o eleitorado das pequenas cidades (“curral eleitoral”, “voto de cabresto”) e quanto maior o número de eleitores, maior apoio e concessão de verbas para o município recebia do governador. Dessa forma, eram defendidos os interesses estabelecidos pela “política dos governadores” e do “café-com-leite”.

excluiria outros que ali não estavam previstos. Esta importantíssima regra, aliás, tornou-se válida para todas as Constituições brasileiras subseqüentes (grifos nossos).

1.3 A Constituição de 1934

Os primeiros abalos ao Governo Provisório advieram com a cisão entre São Paulo e Minas Gerais, responsáveis pela “política do café-com-leite”, dominadora dos interesses da época, bem com os efeitos da Primeira Guerra Mundial (1914-1918), que geraram um retrocesso na economia brasileira, sobretudo em função do alto índice de desemprego e greves, embora, por outro lado, proporcionasse um surto industrial no Brasil, pois ainda era um setor secundário na economia.

No que tange às transformações sociais, vislumbra-se que a população urbana de São Paulo e da região sul do país aumentou significativamente, demonstrando ser este o novo centro econômico e não mais as áreas rurais. Paralelamente, verifica-se o crescimento da atividade industrial, em especial têxtil e de alimentos e, em decorrência, da burguesia industrial e financeira da classe média¹⁸⁰ e o surgimento da classe operária que, inicialmente, era formada pela maioria de estrangeiros e depois da Primeira Guerra Mundial, por maioria de brasileiros. Destaque-se que o grande número de operários estrangeiros facilitou a introdução de idéias anarquistas, socialistas e, também, comunistas; orientando o operariado, durante a fase da primeira República, a buscar melhores condições de trabalho, idéias estas refutadas de forma violenta pelo patronato e governo das oligarquias.

A conjuntura dos diversos fatores contrários às oligarquias culminou em dois movimentos oposicionistas, a saber: o Tenentismo, formado por militares, que,

¹⁸⁰ MOURA, *op. cit.*, volume II, p. 31, a classe média dividia-se em: a) alta, originada da elite agrária, formada por profissionais liberais, gerentes de empresas privadas, altos funcionários, profissionais do médio comércio e da indústria etc.; b) intermediária, integrada por imigrantes, pequenos comerciantes, padres, intelectuais e os militares; e c) baixa, da qual participavam funcionários públicos, empregados do comércio, artesãos etc.

apesar de não terem nenhuma liderança organizacional nem ideologia definida, tampouco acreditarem na democracia política, contribuíram significativamente para a derrubada das oligarquias, pois objetivaram a inserção de homens honestos e trabalhadores no governo, promovendo, para tanto, inúmeras revoltas contra o governo¹⁸¹ e a Dissidência Oligárquica, formada por facções oligárquicas opostas ao absoluto poder exercido pela “política do governo” do “café-com-leite” nos estados de São Paulo e Minas Gerais. Ambos movimentos culminaram com a Revolução de 1930, movimento armado que colocou fim a Primeira República.

Concomitantemente a tais fatores, em 1929, ocorreu o *crack* da Bolsa de Nova York, também, chamada de “Grande Depressão”, cuja crise estendeu-se por todo mundo, disseminando falências, desempregos em massa, queda do preço do café, paralisação das vendas, movimentos sociais pleiteando melhores condições de vida, trabalho e distribuição de renda, impulsionando, assim, a Revolução de 1930, que pôs fim à “política do café-com-leite” e, aos 03-11-1930, Getúlio Vargas assumiu o poder.

Estas mudanças provocaram o fim da vigência da Constituição Federal de 1891, que ocorreu com a publicação do Decreto n.º 19.398, de 11-11-1930, que instituiu juridicamente o Governo Provisório¹⁸² e deu origem à Segunda República (1930-1964), período no qual se nota que: o setor da economia voltado ao mercado interno superou o setor exportador, a existência de um rápido processo de industrialização, tornando-se esta o principal setor da economia nacional, o fortalecimento da burguesia, da classe média e do operariado, a aceleração do processo de urbanização nas regiões sul e sudeste, a consolidação do Estado Nacional, a intervenção do Estado na economia e o aumento de investimento de capital estrangeiro no país.

¹⁸¹ MOURA, *op. cit.*, volume II, p. 34-40, alguns exemplos das revoltas tenentistas são: a Revolta do Forte de Copacabana (1922), ainda no interior dos quartéis e a Revolução Paulista de 1924, na qual já houve participação de políticos civis e a definição de um programa político (voto secreto, centralização do poder, limitações das atribuições do Poder Executivo, obrigatoriedade do ensino primário etc., entretanto, este movimento não fez qualquer menção à questão social nem ao domínio econômico das oligarquias, pois conceberam a necessidade de uma revolução como uma missão quase técnica a ser realizada por um grupo militar de elite), culminando todas na Revolução de 1930, que assumiu extensão nacional, sendo liderada por grupos civis.

¹⁸² BASTOS, *op. cit.*, p. 179.

O Governo Provisório iniciado com o aludido decreto concedeu ao Presidente do Brasil, na época: Getúlio Vargas, amplos poderes, razão pela qual a Constituição Federal de 1891 foi suspensa, o Congresso Nacional e as Assembléias Estaduais foram fechadas e os governadores dos Estados substituídos por interventores federais, nomeados pelo próprio Presidente. Dessa forma, instaurou-se a ditadura, prometendo futura eleição de uma Assembléia Constituinte.

Getúlio Vargas, com o apoio de classes marginalizadas, durante a República Velha, voltou-se à questão social e governou com **populismo**, ou seja, fazendo concessões ao povo, em especial, no que tange a direitos previdenciários e trabalhistas aos trabalhadores urbanos (ex.: salário mínimo, limitação da jornada de trabalho a oito horas diárias, férias pagas, indenização por demissão sem justa causa, etc.), concessões essas que, por sua vez, restringiam-se aos limites aceitáveis para a elite que o apoiava.

Diante desse quadro, parte das oligarquias, em especial: mineira, gaúcha e paulista, insatisfeitas com o governo deu origem ao movimento “Constitucionalista”, em São Paulo, em 09-07-1932, que apesar da repressão violenta, acabou tornando-se vitorioso à elite paulista, em termos políticos, pois aquela veio a ser aliada de Getúlio Vargas no poder.

Em seguida, em maio de 1933, foi eleita uma Assembléia Constituinte, bem mais **representativa** que as anteriores, pois era formada por duzentos e catorze deputados eleitos por sufrágio universal e quarenta representantes de sindicatos.

A mudança estrutural e ideológica da sociedade, por sua vez, exigiu um novo documento regulador das relações dela, como acima explicitado. Assim, surgiu a nova Constituição, em 16-07-1934, que, fundamentalmente: **a)** manteve a Federação e a República como formas de Estado e de governo, respectivamente; **b)** incorporou uma concepção de intervenção do Estado na ordem econômico-social e introduziu normas reguladoras da família, educação e cultura, dos funcionários públicos e da segurança nacional; **c)** adotou um modelo cooperativo de federalismo, findando com a rígida repartição de competências fixadas pela Constituição de 1891; **d)** manteve a tripartição

dos poderes políticos, mas, com características próprias¹⁸³; **e)** constitucionalizou a Justiça Eleitoral, criada em 1932, para organizar e fiscalizar as eleições e fazendo, assim, desaparecer o falseamento da democracia, existente com o sistema do “voto de cabresto”, no qual os membros do Poder Legislativo eram eleitos, reflexamente, pelo próprio poder político; **f)** instituiu a Justiça do Trabalho; **g)** agregou direitos sociais, nova modalidade de direitos fundamentais, representativa da prestação positiva do Estado; **h)** estendeu constitucionalmente o direito de voto, ou seja, de participação política, às mulheres, quando exercessem função pública remunerada, bem como estabeleceu o voto secreto e a votação proporcional; **i)** ampliou os direitos e garantias fundamentais, com a introdução do mandado de segurança e da ação popular na Constituição; **j)** inseriu três relevantes inovações no sistema de controle de constitucionalidade, que perduram até hoje, a saber: cláusula da reserva de plenário, comunicação da decisão declaratória de inconstitucionalidade proferida pelo Supremo Tribunal Federal ao Senado Federal, para que este órgão providencie a suspensão da executoriedade da lei em território nacional e efeitos *erga omnes* e representação interventiva, criando a possibilidade do Supremo Tribunal Federal, provocado pelo Procurador Geral da República, declarar a inconstitucionalidade de lei estadual que viole alguns dos princípios constitucionais sensíveis inseridos na Carta Magna, sendo, portanto, obrigatório que a Constituição de cada Estado-membro obedeça a determinados princípios previstos na Carta Magna; **h)** atribuiu responsabilidade pessoal e solidária dos Ministros de Estado com o Presidente da República e **i)** criou Conselhos Técnicos, órgãos de cooperação nas atividades governamentais de caráter tecnocrata, presentes em todos os Ministérios, com poder de veto das decisões ministeriais por parecer unânime.

A mencionada Constituição Federal trouxe em seu bojo, além do alto valor científico, forte carga **democrática e social**, evidenciando um caráter de compromisso entre o Texto e o conjunto das forças político-ideológicas da época, que,

¹⁸³ PINHO, *op. cit.*, volume 18, p. 149-150, o Poder Legislativo era exercido pela Câmara dos Deputados (composta por representantes eleitos pelo povo e por organizações profissionais, integrando o modelo corporativista), com mera colaboração do Senado Federal, que era previsto no Capítulo da Coordenação dos Poderes. Já o Poder Executivo era exercido pelo Presidente da República, eleito pelo voto universal, direto e secreto. Nesta época, houve a extinção do cargo de Vice-Presidente da República. Por fim, o Poder Judiciário era formado pelo Supremo Tribunal Federal e por três ramos, a saber: a) Justiça Federal; b) Justiça Militar; e c) Justiça Eleitoral, além das Justiças Estaduais.

por sua vez, eram as mais diversas, tendo como paradigma a Constituição de Weimar. Neste sentido, Celso Ribeiro Bastos ensina que a Carta Magna “procurou conciliar a democracia liberal com o socialismo, no domínio econômico-social; o federalismo com o unitarismo; o presidencialismo com o parlamentarismo, na esfera governamental”¹⁸⁴.

Especialmente no que diz respeito aos direitos e garantias individuais, vislumbra-se que a Constituição de 1934, também, inovou em relação às anteriores, pois acrescentou os **direitos sociais**, como visto anteriormente e previu todos eles em um título próprio “Da Declaração de Direitos”. Ademais, seguindo as Constituições do pós-Primeira Guerra Mundial, inseriu o título “Da Ordem Econômica e Social”. Portanto, pode-se concluir que a Constituição de 1934 buscou amparar, de forma significativa, o conteúdo social, sendo este, segundo o professor Orlando Gomes, “**o divisor de águas entre a democracia individualista e a democracia social**”¹⁸⁵.

1.4 A Constituição de 1937

As divergências existentes entre a extrema direita, integralista¹⁸⁶ e a extrema esquerda¹⁸⁷, comunista, sobretudo, no campo social foram intensificadas em

¹⁸⁴ BASTOS, *op. cit.*, p. 185.

¹⁸⁵ MARINHO, Josaphat. “A Constituição de 1934”. In *As Constituições do Brasil*, Instituto Tancredo Neves, p. 47 *apud* BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Celso Bastos, 2002, p. 187-188, grifos meus.

¹⁸⁶ MOURA, *op. cit.*, volume II, p. 52, refere que “Influenciado pelo fascismo italiano, o integralismo propunha um Estado forte baseado não no voto popular, mas na representação *corporativa* das várias classes sociais. Conseqüentemente, defendia um governo autoritário onde só houvesse um partido e uma sociedade militarizada, em que a ordem e a disciplina seriam fundamentais. Além disso, o integralismo era nacionalista, conservador e reacionário. Como toda organização fascista, também os integralistas tinham um grande aparato externo: uniformes, desfiles, bandeiras, emblemas etc. Os membros do partido cumprimentavam-se levantando o braço direito com a mão espalma da e gritando a palavra “Anauê” (em tupi, uma saudação). (...) Participavam do movimento principalmente: intelectuais, professores, profissionais liberais, altos e médios funcionários, estudantes, militares, pequenos comerciantes etc. E até várias personalidades importantes aderiram, como *membros* ou simpatizantes: Miguel Reale, Antônio Toledo Piza, Gustavo Barroso, Vicente Rao, Francisco Campos, Santiago Dantas etc.”

¹⁸⁷ MOURA, *op. cit.*, volume II, p. 52: “No Brasil, como reação ao integralismo, foi formada em janeiro de 1935 uma ‘frente ampla’ de esquerda, a Aliança Nacional Libertadora (A.N.L.). Do novo movimento participavam comunistas, socialistas, uma facção do tenentismo, líderes trabalhistas e sindicais e muitos elementos da classe média que, embora não socialistas, eram contrários ao fascismo e consideravam-se de esquerda. O programa da A.N.L. baseava-se em cinco pontos fundamentais: 1) formação de um governo popular; 2) garantia das mais amplas liberdades; 3) proteção aos

quase todo o mundo em decorrência da ascensão de governos fascistas em vários países¹⁸⁸. Assim, tornaram viável a implantação do Estado Novo, oriundo de um golpe militar, que marcou a curta vigência da Constituição Federal de 1934. Isto porque este Texto Constitucional, muito vulnerável à conjectura da época, ainda não havia conseguido se firmar de forma a tornar-se plenamente aplicável, visto que vários fatores políticos, econômicos e sociais, surgidos com a Revolução de 1930, estavam ainda em fase de instabilidade, levando, assim, à ruptura do precário equilíbrio político¹⁸⁹ e da Constituição Federal, que restou nominalista em muitos de seus artigos, consoante lição de Karl Loewenstein¹⁹⁰.

A situação de confronto estabelecida nessa época e, de certa maneira, incentivada pelo presidente Getúlio Vargas, culminou com mencionado golpe militar, em 10-11-1937. Em consequência, Getúlio Vargas fechou o Congresso Nacional e instaurou a ditadura, adotando a Carta de 1937, que já estava pronta e consagrava seu ideário. Pode-se dizer que este Texto Constitucional institucionalizou o regime autoritário, uma vez que não previa as vigas-mestra de um Estado de Direito, fixando o Presidente da República como “autoridade suprema do Estado”, que, por sua vez, tinha amplos poderes e muitas competências privativas¹⁹¹.

A Constituição de 1937 ficou conhecida como “**Constituição Polaca**”, dada a influência que recebera da Constituição da Polônia e caracterizou-se por

pequenos e médios proprietários; 4) nacionalização das empresas estrangeiras; 5) cancelamento unilateral da dívida externa brasileira”.

¹⁸⁸ Tais como: Mussolini na Itália, Adolph Hitler na Alemanha, Salazar em Portugal etc.

¹⁸⁹ MOURA, *op. cit.*, volume II, p. 51, refere que “A situação favorecia amplamente o fortalecimento do Estado, não só porque este tinha grande liberdade de manobrar os vários setores da sociedade, mas também porque a elite era favorável a esse fortalecimento, quer por motivos econômicos (apoio ao café e à indústria), quer por razões políticas (receio da ação do operariado e da classe média). Vargas, percebendo essa situação, agiu habilmente, procurando aumentar seu poder pessoal e, portanto, o do Governo e do próprio Estado. A própria radicalização dos setores operários e da classe média (tanto os grupos direitistas como os esquerdistas), ocorrida principalmente a partir de 1934, acabou auxiliando Vargas em sua política. Portanto, fortalecido, o Presidente pôde chegar ao golpe e à ditadura”.

¹⁹⁰ LOEWENSTEIN, *op. cit.*, p. 218, refere que se utilizando do critério ontológico, ou seja, na concordância das normas constitucionais com a realidade do processo do poder, classifica as Constituições em: normativas, semânticas e nominalistas. Segundo o autor, “*el carácter normativo de una Constitución no debe ser tomado como un hecho dado y sobreentendido, sino que cada caso deberá ser confirmado por la práctica. Una Constitución podrá ser jurídicamente válida pero si la dinámica del proceso político no se adapta a sus normas, la Constitución carece de realidad existencial. En este caso, cabe calificar a dicha Constitución de nominal (...)*”. Já as Constituições normativas caracterizam-se pela conformação das relações políticas e dos agentes do poder às determinações do seu conteúdo e do seu controle procedimental, enquanto que as Constituições semânticas são meros instrumentos das elites políticas, sem limitação de seu conteúdo.

¹⁹¹ Artigos 173 e 174 da Constituição Federal de 1937.

prever: **a)** a manutenção da Federação como forma de Estado, apenas nominalmente, pois todo o poder político foi transferido para o governo central, especialmente, ao Presidente da República (Federalismo nominal), cujas competências foram significativamente aumentadas; **b)** separação de poderes apenas formal, por que o Poder Legislativo e Poder Judiciário foram extremamente reduzidos em suas funções; **c)** restrição de direitos e garantias individuais, com a supressão do *writ* do mandado de segurança e da ação popular da Carta Constitucional e **d)** retrocesso no processo de controle de constitucionalidade, pois uma lei declarada inconstitucional pelo Poder Judiciário poderia ser novamente apreciada pelo Poder Legislativo a pedido do Presidente da República, caso confirmada por dois terços dos votos de cada Casa, a decisão do Supremo Tribunal Federal tornava-se sem efeito.

Neste contexto, especificamente, no que tange aos direitos fundamentais, o Texto Constitucional suprimiu os princípios da legalidade e irretroatividade; extinguiu o *writ* do mandado de segurança; restabeleceu a pena de morte e instituiu a censura prévia, restringindo o direito à liberdade de opinião. Dessa forma, **a Carta de 1937 destruiu a essência do regime democrático de direito e instaurou, formalmente, a opressão**, sob alegação do Presidente da República de proteger a paz, a ordem e a segurança pública. Por outro lado, verifica-se que a Carta outorgada de 1937, **apesar de ter sido estabelecida de forma ditatorial, também deu ênfase ao aspecto humanista no que diz respeito aos direitos trabalhistas**, tal como era previsto na Constituição Federal de 1934 (grifos nossos).

Atente-se, porém, que a referida Constituição nunca se tornou vigente, uma vez que continha um preceito que rezava que tal Texto Constitucional entraria em vigor em sua data e seria submetida a plebiscito nacional, o qual não se realizara. Assim sendo, pode-se afirmar que o que vigeu na época foi o chamado **Estado Novo**, caracterizado por **decisões arbitrárias do ditador**, que não eram submetidas a qualquer controle jurídico e o **extenso rol de direitos individuais constitucionalmente previstos era apenas formal**, não tendo efetiva aplicação prática.

1.5 A Constituição de 1946

Historicamente, verifica-se que com o fim da Segunda Guerra Mundial (1939-1945) e a vitória dos países democráticos, os sistemas ditatoriais, como o nazismo e o facismo, restaram abominados. Com isso e na intenção de adequar a realidade brasileira ao cenário internacional, o então Presidente da República Getúlio Vargas foi retirado do poder em 29-10-1945, pelas Forças Armadas, assumindo o Presidente do Supremo Tribunal Federal, José Linhares. Na seqüência, houve a convocação de nova Assembléia Constituinte, que apresentou a Constituição de 1946.

A Constituição de 1946, marcada pela redemocratização do país decorrente do pós-guerra de 1945, caracterizou-se pela: **a)** recuperação da autonomia das entidades federadas, com a introdução do municipalismo¹⁹² e fixação das competências de cada ente federado; **b)** restauração do sistema de separação, independência e equilíbrio de poderes; **c)** restabelecimento do cargo de Vice-Presidente da República; **d)** retomada do regime democrático; **e)** re-introdução do mandado de segurança e da ação popular no capítulo “Dos Direitos e das Garantias Individuais” inseridos no Texto Constitucional; **f)** manutenção do controle difuso de constitucionalidade pela via de exceção e introdução pela Emenda Constitucional n.º 16/1965 da ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo de ato federal ou estadual proposta pelo Procurador Geral da República e julgamento pelo Supremo Tribunal Federal (via de ação); **g)** admitiu-se a possibilidade de comparecimento de Ministros de Estado ao Congresso Nacional para prestar esclarecimentos, por convocação ou voluntariamente e **h)** previu-se, juridicamente, os partidos políticos, até então, como entidades de fato, como também os princípios da liberdade de criação partidária e pluralidade dos partidos.

¹⁹² BASTOS, *op. cit.*, p. 202, assim, “Procurou-se enfim dar uma competência certa e irrestringível ao município centrada na idéia da autonomia em torno do seu peculiar interesse”.

Pelo exposto, observa-se que o país buscou superar o regime autoritário vigente durante o Estado Novo. Ademais, seguindo vários doutrinadores, dentre os quais Celso Ribeiro Bastos:

A Constituição de 1946 se insere entre as melhores, senão a melhor, de todas que tivemos. Tecnicamente é muito correta e do ponto de vista ideológico traçava nitidamente uma linha de pensamento libertária no campo político sem descuidar da abertura para o campo social que foi recuperada da Constituição de 1934¹⁹³ (grifos nossos).

A tecnicidade da Constituição de 1946, também, é observada no tratamento dispensado aos direitos fundamentais. Esta é considerada a **Constituição brasileira mais inovadora e avançada, pois distribuiu e estruturou os direitos fundamentais de acordo com sua natureza.** Fixou um título à “Declaração de Direitos”, com dois capítulos: um sobre a Nacionalidade e a Cidadania e outro sobre os Direitos e Garantias Individuais, retomando o rol existente na Constituição Federal de 1934, recusando certos tipos de pena como a de morte, o banimento e o confisco e introduzindo aquele rol de novos dispositivos, dentre os quais a previsão de que nenhuma lesão direito individual será subtraída da apreciação do Poder Judiciário, sendo esta uma das bases de um Estado de Direito. Ainda na ordem dos direitos fundamentais, a Constituição de 1946, também, manteve o título “Da Ordem Econômica e Social”, tentando conciliar o princípio da liberdade de iniciativa com o princípio da justiça social¹⁹⁴, seguindo, assim, os ideais da **redemocratização** do país. Esta base organizativa, também, foi obedecida pela Constituição de 1967 e pela Emenda Constitucional n.º 1/1969.

A Constituição de 1946 até meados de 1961¹⁹⁵ bem regulou as relações da sociedade brasileira, todavia, a partir desse ano, houve “uma série de crises na vida

¹⁹³ BASTOS, *op. cit.*, p. 200.

¹⁹⁴ Neste passo, a Constituição de 1946, dentre outras medidas, consagrou a valorização do trabalho humano, o princípio da intervenção do Estado no domínio econômico, tendo por escopo o alcance do interesse público, limitado pelos direitos fundamentais assegurados pelo próprio Texto Constitucional; o uso da propriedade vinculado ao bem-estar social; a repressão ao abuso do poder econômico; buscou melhoria nas condições de trabalho, reconhecendo, inclusive, o direito de greve.

¹⁹⁵ Até meados de 1961, o país refletiu crescimento em diversos setores, em especial nas indústrias e obras públicas, devido ao Plano de Metas, proposto por Juscelino Kubitschek e que exigiu grandes investimentos de capital e tecnologia estrangeiros. Entretanto, a partir de tal data, houve um declínio desses investimentos, gerando séria crise econômica e política no Brasil.

institucional do País, que se refletiram no campo normativo por meio de diversas Emendas à Constituição”¹⁹⁶.

Destaque-se, também, que pela Emenda Constitucional n.º 4, de 04-09-1961, houve a implantação do sistema parlamentar de governo no Brasil, com a finalidade de assegurar a preservação da ordem constitucional e o equilíbrio entre as forças democráticas e militares, após a renúncia do Presidente da República Jânio Quadros e assunção do cargo por Jango Goulart. Posteriormente, pela Emenda Constitucional n.º 6/1963, após realização de plebiscito, foi restabelecido o presidencialismo.

1.6 A Constituição de 1967

Conforme visto acima, a partir de 1961, o país passou por nova crise. O Presidente da República¹⁹⁷ pendendo para a esquerda, a resistência do Congresso Nacional e da população contra tal conduta presidencial e a deterioração das instituições conduziram a uma revolução, na qual as Forças Armadas, em 30-03-1964, tomaram o poder para si.

Os militares, por sua vez, receberam o apoio dos tecnocratas e, assim, adotaram como modelo econômico-político: a ditadura política e o crescimento acelerado da economia, com a intenção de atingirem o desenvolvimento do país o mais rápido possível. Todavia, como foram limitados o capital e a alta tecnologia estrangeiros, solucionou-se tal problema pelo aumento da taxa de reinvestimento¹⁹⁸,

¹⁹⁶ BASTOS, *op. cit.*, p. 209.

¹⁹⁷ MOURA, *op. cit.*, volume II, p. 78, que refere que João Goulart (1961-1964), cujo ponto central de sua política eram as reformas de base (agrária, bancária, da legislação a respeito do capital estrangeiro e remessa de lucros das multinacionais, tributária com a intenção de aumentar os recursos financeiros do governo, combate à inflação com o congelamento de salários etc.).

¹⁹⁸ “A taxa de reinvestimento indica quanto por cento dos lucros obtidos pela empresas do país, em um ano, são reinvestidos na economia, no ano seguinte” (MOURA, José Carlos Pires de, *História do Brasil*, volume II, 2ª edição, São Paulo, editora Anglo, 1991, p. 83). No Brasil, referida taxa era baixa, tendo sido aumentada pelos militares, com a

pelo crescimento da participação do Estado na economia, pelos incentivos fiscais e pela dinamização do mercado de capitais.

Neste âmbito e diante de tais intervenções, as Forças Armadas passaram a governar por intermédio de Atos Institucionais, de Atos Complementares e de Decretos-lei. O Ato Institucional n.º 1 de 09-04-1964 manteve, formalmente, em vigor a Constituição de 1946 e introduziu novas e significativas mudanças no Texto, que deixaram o sistema jurídico desestruturado. Neste ponto, pode-se afirmar que, na prática, o que vigia era um **Estado dirigido pela força**, instituído pelo movimento revolucionário. Todavia, depois de certo tempo¹⁹⁹, o Governo Revolucionário, por meio do Ato Institucional n.º 04, de 07-12-1966, convocou o Congresso Nacional, a fim de discutir e votar um projeto de Constituição, que correspondesse aos interesses desse governo.

A Constituição de 1967, que entrou em vigor em 15-03-1967, foi a sexta Constituição brasileira, fruto de um golpe militar e como tal marcada pela: **a)** ideologia de proteção da “segurança nacional”²⁰⁰; **b)** centralização dos poderes políticos na União, sobretudo, com o Presidente da República, que tinha iniciativa de lei em qualquer área²⁰¹ e restrição de competências do Poder Legislativo e do Poder Judiciário e **c)** restrição de direitos individuais, prevendo-se, inclusive, a possibilidade de suspensão de tais direitos, em caso de abuso.

Especialmente no que tange aos **direitos humanos**, apesar de prever a proteção de um rol de direitos individuais, **a Constituição Federal de 1967 foi um**

finalidade de que com o investimento nas empresas, estas tornassem mais produtivas e eficientes e conferissem maiores lucros e, fechando o ciclo, maiores investimentos na economia do país. Todavia, este procedimento demoraria alguns anos. No intuito de diminuir este tempo, os empresários decidiram aumentar os lucros para tais investimentos por meio do “arrocho salarial”, ou seja, reduzindo os salários reais pagos aos trabalhadores. Dessa forma, a economia passou a crescer, enquanto, na ordem inversamente proporcional, o padrão de vida de grande parte da população começou a diminuir, o que veio a gerar, tempos depois, várias manifestações contrárias por parte dos trabalhadores.

¹⁹⁹ Ao todo foram vinte e uma Emendas à Constituição Federal de 1946 até novembro de 1966.

²⁰⁰ BASTOS, *op. cit.*, p. 211, em razão desta ideologia, foi criado o Conselho de Segurança Nacional, bem como foi prevista a possibilidade de civis serem julgados pela Justiça Militar em caso de crimes contra a segurança nacional (destaque-se que se tratavam de tipos penais abertos, o que dava ensejo para uma vasta interpretação, tornando-se um potencial instrumento, revestido de formalidade legal, violador dos direitos fundamentais). Critica-se, neste ponto, o **vazio semântico** implantado pela Constituição de 1967, pois permitia a manipulação do Texto Constitucional em diversos aspectos.

retrocesso, tendo em vista a possibilidade de ingerência do Estado nesses direitos. A repressão policial, a censura à imprensa e a propaganda governamental mantinham a oposição calada, sobretudo, nos anos de 1967 e 1968, nos quais a oposição ao governo intensificou-se, manifestadas pelas denúncias sobre a penetração abusiva de grupos estrangeiros em todos setores da vida nacional e passeatas estudantis e dos trabalhadores, inconformados com o modelo político-econômico vigente.

1.6.1 Emenda Constitucional de 1969

Mesmo vigendo a Constituição de 1967, diante da crescente oposição ao governo, o Presidente Costa e Silva decretou o Ato Institucional n.º 05 (AI-5), em dezembro de 1968, sendo este o mais violento e duradouro a vigorar durante a ditadura militar, consoante ensina José Carlos Pires de Moura:

... O AI-5, que vigorou até 1979, dava ao presidente poderes para fechar por tempo ilimitado o Congresso Nacional, as Assembléias Estaduais e Câmaras Municipais; decretar intervenção federal em estados e municípios; suspender direitos políticos de qualquer cidadão por 10 anos e cassar mandatos eletivos federais, estaduais e municipais; demitir ou aposentar sumariamente funcionários públicos ou de empresas de economia mista e juizes de tribunais; decretar estado de sítio e prorrogá-lo por tempo ilimitado. Ficava suspensa a garantia do *Habeas corpus*. E para completar: **qualquer pessoa atingida pelos efeitos do AI-5, ficava proibida de reclamar na Justiça!** No mesmo dia em que se decretou o Ato, fechou-se por mais de 10 meses o Congresso Nacional²⁰² (grifos nossos).

Observa-se que o Ato Institucional n.º 5 conferiu amplos poderes ao Presidente da República, que assumiu a figura de um verdadeiro “déspota”, rompendo-se, novamente, a ordem constitucional, consoante ressalta José Afonso da Silva²⁰³.

Neste contexto, a partir de 1968, **violações dos direitos humanos**, cassações de mandatos, demissões de postos, banimentos políticos, torturas,

²⁰¹ O amplo poder do Presidente da República pode ser observado pelos extensos campos de iniciativa exclusiva, pela aprovação de leis por decurso de prazo e a possibilidade de expedição de decretos-lei em casos de relevância e urgência e em matéria de segurança nacional, expressões estas muito vagas, propiciando assim, a vigência de um Estado autoritário.

²⁰² MOURA, *op. cit.*, volume II, p. 95.

²⁰³ SILVA, *op. cit.*, p. 86-87.

mutilações, homicídios tornaram-se uma prática institucionalizada pelos militares, porém sem nenhum respaldo jurídico e, dessa forma, fazia-se “justiça” pelas próprias mãos.

Em 1969, o Presidente Costa e Silva buscou realizar uma reforma constitucional, com o intuito de amenizar o autoritarismo e eliminar os atos institucionais, todavia, adoeceu antes de pô-la em prática, momento em que uma Junta Militar não aceitou que o Vice-Presidente Pedro Aleixo tomasse posse e, assim, a Junta assumiu o poder em 30-08-1969, governando até 31-10-1969.

Um dos primeiros atos da referida Junta foi a promulgação da Emenda Constitucional n.º 01, durante um dos recessos do Congresso Nacional, alegando que nesses períodos competia ao Poder Executivo legislar sobre todas as matérias, inclusive, emendar a Constituição.

A característica fundamental da Emenda Constitucional de 1969 estava no Artigo 182 daquele documento, que previa que continuavam em vigor o Ato Institucional n.º 5 e os demais atos institucionais, posteriormente, expedidos²⁰⁴.

Assim, **o regime militar conseguiu incluir o conteúdo dos atos institucionais na lei fundamental de organização do Estado, com uma aparência de legitimidade em face da invocação de dispositivos legais embaixadores de tais atuações e, dessa forma, conseguiu alterar a essência da lei de organização básica do Estado, aperfeiçoando os poderes da ditadura e sobrepondo-a a direitos individuais nominalmente tutelados pela ordem constitucional. Daí o porquê vários doutrinadores entendem de que se tratava de uma nova Constituição²⁰⁵ e, na visão de Karl Loewenstein, de caráter nominalista (grifos nossos).**

²⁰⁴ Assevera-se, neste ponto, que a Emenda Constitucional de 1969 não é uma Constituição, caso contrário ter-se-ia que admitir a existência de duas ordens, uma constitucional e outra institucional, com a subordinação da primeira à segunda.

²⁰⁵ RTJ, 98/952-63, neste sentido, José Celso de Mello Filho ensina que “a questão da *cessação da vigência da Carta de 1967*, e sua conseqüente *substituição* por um *novo e autônomo* documento constitucional, perdeu o seu caráter polêmico, em face da decisão unânime do STF, reunido em sessão plenária, *que reconheceu, expressamente, que a Constituição do Brasil, de 1967, está revogada*”. Por outro lado, ressalte-se que a terminologia “Constituição” à Emenda Constitucional de 1969 é tecnicamente imprecisa.

O Texto de 1967, alterado pela Emenda Constitucional de 1969, traz, portanto, feição autoritária, apesar dos esforços para maquiá-la e, assim, regulou a vida social durante os governos militares do: General Emílio Garrastazu Médici (1969-1974)²⁰⁶; General Ernesto Geisel (1974-1979)²⁰⁷; General João Baptista Figueiredo (1979-1985)²⁰⁸ e o início do governo do civil José Sarney (1985-1988)²⁰⁹.

²⁰⁶ O governo Médici foi caracterizado: a) pela reabertura das Assembléias Legislativas (que estavam em recesso), o que denotou a intenção de restaurar a democracia no país, a qual, por sua vez, não passou de retórica, uma vez que não foi efetivada por atos concretos; b) pelo clima do “milagre econômico brasileiro”, cujo sonho era de um “Brasil potência”, concretizado a partir de vultosos investimentos estrangeiros em tecnologia avançada nas empresas multinacionais, endividamento externo, forte contenção salarial; c) pela conquista do tri-campeonato mundial de futebol; e d) pelo terrorismo político do governo em relação à sociedade civil, da direita em relação à esquerda e da esquerda em relação ao regime, marcados por uma série de atentados.

²⁰⁷ BASTOS, *op. cit.*, p. 223-226, que refere que este governo enfrentou as dificuldades trazidas pela elevação do preço do petróleo, em 1973, o que implicou no fim do “milagre econômico brasileiro”, que dependia, quase por completo, desse produto e de seus derivados. Isso abalou o apoio que as classes alta e média depositavam no partido da Arena, ou seja, nos militares que estavam no poder. Em face da ameaça de perda de legitimação, o Presidente da República Geisel manipulou as eleições em 1976, por meio da “Lei Falcão”. Esta restringia a propaganda dos partidos pelos meios de comunicação. Ademais, vários deputados que denunciaram a violação dos direitos humanos no país tiveram seus mandatos cassados. Simultaneamente a tais medidas, os militares recorreram à tortura, ao homicídio e a outras violações dos direitos fundamentais de críticos do sistema, com a finalidade de permanecerem no poder. Nesta época, também foi criado o programa Proálcool.

Posteriormente, em abril de 1977, houve a dissolução do Congresso e a edição do “Pacote de Abril”, com catorze emendas e seis decretos, que previa a redução do *quorum* para emenda à Constituição, de dois terços para maioria absoluta de cada uma das duas casas; criação de senadores que eram nomeados pelas Assembléias Legislativas, nas quais a Arena detinha ainda maioria; alteração da proporcionalidade de deputados no Congresso, no sentido de conferir um maior número de votos aos Estados menores proporcionalmente aos maiores, neutralizando, assim, camadas eleitorais mais hostis ao governo por intermédio das influências “coronelísticas”, dentre outras medidas.

Na seqüência, em 1978, introduziu-se no sistema brasileiro o “Pacote de Junho”, que estabeleceu a revogação do Ato Institucional n.º 5 e das suspensões de direitos políticos baseados neste e a eliminação de alguns poderes presidenciais, como o de decretar o recesso do Legislativo. Dessa forma, de um certo modo, pode-se dizer que este governo iniciou reformas, voltadas a certa abertura política, com a repressão a certos institutos autoritários.

²⁰⁸ O governo do General Figueiredo teve por objetivo levar adiante a abertura política, que, por sua vez, almejava devolver à sociedade civil parte das liberdades políticas suprimidas a partir de 1964, todavia, mantendo o Poder Executivo com uma soma de poderes maiores do que o Poder Legislativo e o Poder Judiciário, como também o grupo político-tecnocrático-militar no poder. Tal intenção está explicitada em uma das frases do Presidente Figueiredo: “Vou fazer do Brasil uma democracia e quem for contra, eu prendo e arrebento” (MOURA, José Carlos Pires de, *História do Brasil*, volume II, 2ª edição, São Paulo, editora Anglo, 1991, p. 100). Neste sentido, o Presidente Figueiredo: a) conferiu anistia aos condenados por crimes políticos, entretanto, não de forma ampla e irrestrita; b) permitiu a criação de partidos novos, os quais deveriam apresentar os candidatos a todos os cargos postos em disputa, entretanto, manteve a “Lei Falcão”, que dificultava a participação nas eleições pelos partidos nascentes, a qual, por sua vez, só foi revogada para as eleições de 1982. As eleições para Governador, ocorridas no ano de 1982, foram as primeiras eleições diretas, democráticas, após aludido período de restrição, desencadeando, inicialmente, uma campanha a favor das diretas para a Presidência da República e, posteriormente, uma campanha para a convocação de uma Assembléia Constituinte. Tal fora a força política de tais campanhas, que a primeira culminou com a eleição de um civil: Tancredo Neves, então Governador de Minas Gerais.

²⁰⁹ Tancredo Neves foi eleito e em face de sua singular capacidade conciliatória, conseguiu a aliança dos partidários do candidato derrotado, sob a liderança de José Sarney e, assim, por fim a uma ditadura militar pela via eleitoral, o que, segundo Celso Ribeiro Bastos, “não é muito freqüente na América Latina” (BASTOS, *op. cit.*, p. 228). Ressalte-se, porém, que Tancredo Neves não assumiu o cargo de Presidente da República, em decorrência de sua morte aos 21-04-1985, sendo sucedido por José Sarney, seu Vice-Presidente (apesar de eventual impedimento jurídico-constitucional).

1.7 A Constituição Cidadã (1988)

No governo de José Sarney (1985-1990), foram ávidas e maciças as campanhas pela convocação de uma Assembléia Constituinte²¹⁰. Decidida a convocação, houve polêmica quanto a seu caráter: autônomo e independente ou se os constituintes seriam os próprios congressistas; assim, prevaleceu esta última hipótese, o que frustrou a expectativa da maioria do povo, bem como provocou o acúmulo de funções nesse órgão.

A instalação da Assembléia Nacional Constituinte ocorreu em 01-12-1987 e o presidente eleito foi o Deputado Ulisses Guimarães. A Assembléia redigiu, inicialmente, um regimento interno para realização de seus trabalhos, tendo em vista que não tinha nenhum projeto elaborado e, posteriormente, formou vinte e quatro subcomissões para elaborar a futura Constituição.

Neste ponto, critica-se a pulverização dos trabalhos da Assembléia, por dois motivos: a vulnerabilidade das subcomissões em receber pleitos de todas as esferas da sociedade, sem seguir diretrizes fundamentais previamente fixadas e a regulamentação minuciosa de determinadas matérias, ao passo que outras relevantes foram superficialmente ou deixaram de ser tratadas, caracterizando, assim, um vácuo entre os anseios da população e os trabalhos da referida Assembléia.

Em face das dificuldades sob comento para elaborar um projeto de Constituição, apenas no dia 27-01-1988, o plenário reuniu-se para iniciar as votações, sendo aprovadas no dia 28-01-1988 as primeiras matérias do novo Texto Constitucional, a saber: o preâmbulo e o Título I. Os trabalhos persistiram durante aquele ano. Por fim, foi proclamada em 05 de outubro de 1988, a atual Constituição Federal, que ficou conhecida como “**Constituição-cidadã**”, pois, além de ser a mais abrangente e extensa de todas as Constituições brasileiras, estabeleceu uma série de

²¹⁰ A Assembléia Nacional parecia uma panacéia, ou seja, remédio para todos os males.

direitos, desde os direitos fundamentais até os difusos (meio ambiente, consumidor, ordem econômica etc.), teve ampla participação popular em sua elaboração e alberga conteúdo nitidamente humanitário, voltado à realização da plena cidadania.

Em suma, o cerne da Constituição Federal de 1988 estabeleceu: **a)** a manutenção da Federação, da República e do Presidencialismo, como forma de Estado, forma de governo e sistema de governo, respectivamente; **b)** o retorno do regime democrático no país; **c)** a valorização dos direitos fundamentais da pessoa humana com: c-1) o surgimento de novas ações constitucionais, a saber: o *habeas data*, o mandado de injunção e o mandado de segurança coletivo; c-2) a tutela de novas espécies de direitos: difusos e coletivos; c-3) a valorização e criação de novos direitos sociais (ex.: licença-paternidade, aviso prévio proporcional, férias acrescidas de um terço etc.); c-4) a extensão do direito de voto aos analfabetos e menores entre 16 e 18 anos de idade; **d)** os municípios como entidades federativas, com autonomia política preservada no próprio Texto Constitucional; **e)** a harmonia e a independência entre os Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, gerando um equilíbrio entre eles, com a extinção da possibilidade do Poder Executivo legislar por decretos-lei e da aprovação de atos legislativos por decurso de prazo; **f)** a ampliação do controle abstrato de constitucionalidade²¹¹; **g)** a realização de um plebiscito para escolha da forma de governo (República ou Monarquia) e sistema de governo (Presidencialismo ou Parlamentarismo), tendo o povo optado pela manutenção do *status quo*; **h)** a realização de uma revisão constitucional, ocorrida cinco anos após a promulgação da Constituição e **i)** a possibilidade de reeleição do Presidente da República, dos Governadores dos Estados e do Distrito Federal e dos Prefeitos Municipais, nos termos da Emenda Constitucional n.º 16/97; dentre outras importantes alterações.

²¹¹ Tal ampliação é observada pela extensão da legitimidade ativa para a propositura da ação direta de constitucionalidade; pelo fato do Procurador-Geral da República exercer um mandato; pela instituição da tutela do controle de constitucionalidade por omissão, com previsão de duas novas ações constitucionais, a saber: a ação de inconstitucionalidade por omissão e o mandado de injunção; e a instituição, por meio da Emenda Constitucional n.º 3/1993, da ação declaratória de constitucional de lei ou ato normativo federal.

Assim, a Constituição Federal de 1988, documento legal, simbólico e ideológico²¹², foi um marco significativo, tanto ao início do processo de redemocratização do país, como à institucionalização e efetiva proteção dos direitos humanos. Nesta seara, a Carta Magna de 1988 buscou **reconstruir os direitos humanos, baseada em uma referência ética**.

Neste sentido, Hannah Arendt afirma que **a história dos direitos humanos não é um dado, mas um construído**, assim sendo, mister se fez a desconstrução de um período ditatorial de discriminações, exclusões e intolerância, para, então, edificar os direitos humanos, sob nova ótica: a da dignidade humana da pessoa humana e de outros valores morais, éticos e filosóficos, conforme também propõem Ronald Dworkin e Jurgën Habermans (grifos nossos).

O perfil da Constituição Federal de 1988 pode ser aferido logo em seu Preâmbulo²¹³ que considera o exercício dos direitos sociais e individuais como **valores supremos de uma sociedade**, voltada à realização de um Estado Democrático de Direito.

Outrossim, atribuindo normatividade e constitucionalidade a tais valores, a Constituição Federal de 1988 estabeleceu a **cidadania** (Artigo 1º, inciso II, da CF/88) e a **dignidade da pessoa humana** (Artigo 1º, inciso III, da CF/88) como fundamento da República Federativa do Brasil e a **prevalência dos direitos humanos** (Artigo 4º, inciso II, da CF/88) como princípio fundamental a reger o Estado brasileiro nas suas relações internacionais.

²¹² JACKMAN, “*Constitutional rhetoric and social justice: reflections on the justiciability debate*” apud BAKAN, Joel e SCHNEIDERMAN, David (editores), *Social justice and the Constitution: perspectives on a social union for Canada*, grifos nossos, “A **Constituição** é mais que um documento legal. É um documento com intenso significado simbólico e ideológico – **refletindo tanto o que nós somos enquanto sociedade, como o que nós queremos ser**”.

²¹³ Preâmbulo da Constituição Federal da República Federativa do Brasil de 1988: “Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembléia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL”.

Desse modo, constata-se que o Texto Maior instituiu princípios jurídicos, estruturadores do próprio Estado, que conferem suporte axiológico²¹⁴, como valores-guia, que se irradiam sobre todo ordenamento jurídico, orientando-o. No entanto, mesmo que a Carta Magna não especificasse tais valores, sobretudo o princípio da dignidade da pessoa humana, estes teriam de ser afirmado, pois integra **valores** que a doutrina denomina de **metajurídicos**, que são os fundamentos de existência do próprio Direito, como é asseverado no capítulo II e, portanto, pairam sobre a própria Constituição.

Em seguida, a Constituição Federal de 1988 enumerou os direitos e garantias fundamentais logo em seu Título II, antecipando-os, portanto, à organização do Estado e à estruturação dos Poderes, estabelecidas nos Títulos III e IV, respectivamente, como enfatiza José Afonso da Silva. Este avanço no que tange à topografia da previsão dos direitos fundamentais é decorrente da conscientização a respeito da própria história dos direitos do ser humano, como já visto. Isso porque não é o Estado que concede às pessoas os direitos individuais por benesse; estes já existiam antes mesmo da própria existência do Estado. O Estado apenas assumiu a função de declarar (não constituir) e garantir os direitos do homem.

Assim entendido, se o histórico dos direitos das pessoas é precedente à própria instituição do Estado, para haver **coerência lógica e cronológica**, o constituinte, antes de organizar o Estado, deve enunciar os direitos das pessoas, como o fez o constituinte de 1988. Por sua vez, esta conscientização tem forte carga política, pois **é o Estado que existe em razão do indivíduo e não o indivíduo que existe em razão do Estado**. Os direitos humanos são anteriores à própria existência do Estado.

Fixado o rol dos direitos individuais fundamentais, no final do artigo 5º da Constituição Federal de 1988, o Poder Constituinte preceituou que:

“Artigo 5º, § 1º - As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm **aplicação imediata**”; (grifos nossos); e

“Artigo 5º, § 2º - Os direitos e garantias expressos nesta Constituição **não excluem outros** decorrentes do regime e dos

²¹⁴ BUENO, *op. cit.*, p. 157: “**AXIOLOGIA** (cs), s.f. (Filos.) Teoria dos **valores filosóficos**, principalmente dos valores **morais**”.

princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”. (grifos nossos)

Outro aspecto importante a ser ressaltado em relação à Constituição Federal de 1988 é a fixação de um tratamento rígido a qualquer tentativa de supressão desses direitos, consoante se afere da leitura do artigo 60, § 4º, inciso IV, do Texto Maior, constituindo tais direitos “**cláusula pétrea**”. Trata-se da previsão de efeitos reforçados aos direitos fundamentais em relação às demais normas constitucionais, tendo o Poder Público o dever de extrair a maior eficácia possível delas.

Constata-se, assim, que toda a proteção dada pela Constituição Federal de 1988 em favor dos direitos e garantias referentes ao “**núcleo mínimo**” de existência e de dignidade do ser humano constitui um dos esteios da **fundamentalidade** formal desses direitos no âmbito da Constituição.

Após este breve histórico a respeito dos direitos humanos nas Constituições brasileiras, verifica-se mesmo que, muitas vezes não tendo correspondência com a realidade social (as chamadas “Constituições nominalistas”, segundo Karl Loewenstein), todas as Constituições brasileiras previram um rol de direitos fundamentais. Outrossim, observa-se também que apesar de algumas fases de retrocesso, sobretudo no que tange aos Textos de 1937, 1967 e o Ato Institucional n.º 01, de 1969, em linhas gerais, as Constituições brasileiras tiveram significativa **evolução** no que tange aos direitos e garantias fundamentais que culminou com a Constituição Federal de 1988, cujo processo de formação refletiu os interesses dos fatores reais de poder, ou seja, do povo, tendo, conseqüentemente, por finalidade precípua a plena realização, a completa concretização do referido Texto Maior.

Neste contexto, analisar-se-á, especificamente, o princípio da celeridade processual no ordenamento jurídico brasileiro, fazendo-se um paralelo entre a concepção jurídica daquele antes do advento da Emenda Constitucional n.º 45/2004, e depois desta, comparando, assim, os efeitos de tal princípio tornar-se expresso no Texto Constitucional, uma vez que tal princípio já era previsto implícito na Constituição Federal de 1988 e também expressamente consagrado em vários tratados internacionais ratificados pelo Brasil, consoante visto no capítulo V.

VII O DIREITO À CELERIDADE PROCESSUAL NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Visto no capítulo anterior como se originou e se concretizou, ao longo do tempo, a concepção dos direitos humanos no ordenamento jurídico-pátrio, neste capítulo, tratar-se-á do regime jurídico-constitucional atribuído aos direitos fundamentais do ser humano pela Constituição Federal de 1988.

1 Direito, sistema jurídico e Constituição

O ponto inicial do regime jurídico atribuído aos direitos fundamentais do indivíduo está na Constituição, logo é imprescindível delimitar o conceito de Constituição que será tratado neste trabalho, como também seus reflexos em todo o sistema jurídico.

Do grego *systema* (*syn*, junto, e *istimi*, pôr), veiculado pelo latim, o vocábulo, em sua origem, significa de acordo com os elementos que o formam: “reunião em um só corpo”, seja de vários objetos, seja de partes diversas de um mesmo objeto²¹⁵.

Em consulta ao dicionário²¹⁶, sistema significa “conjunto de partes coordenadas entre si; corpo de doutrina; conjunto de partes similares; forma de governo ou constituição política ou social de um Estado; combinação de partes de modo que concorram para um certo resultado; conjunto de leis ou princípios que

²¹⁵ Bailly, Dictionnaire Grec-Français, *subvoce apud* CRETELLA JÚNIOR, José. *Curso de Direito Tributário Constitucional*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, p.10.

²¹⁶ BUENO, *op. cit.*, p. 1181.

regulam certa ordem de fenômenos...”. A classificação sistemática reúne os indivíduos em grupos, aglutinando-os de acordo com traços comuns diferenciadores. Enfim, sistema é a combinação de elementos articulados para a consecução de um determinado fim.

Dessa forma, verifica-se que o sistema tem por finalidade tratar as realidades fenomênicas sob um aspecto comum, tendo, portanto, um caráter de unidade e coerência. Não se trata de um mero aglomerado aleatório de preceitos sem qualquer relação. Todo elemento, todo preceito, portanto, deve estar em consonância com seu sistema.

Integrada à idéia de sistema está, portanto, a noção de ordem, harmonia e organização. No sistema, os elementos não se encontram soltos, mas coordenados (quando se tratar de elementos de igual valor) ou subordinados uns aos outros (quando houver alguns elementos mais relevantes, essenciais em relação a outros), dispostos, conforme índices ou critérios comuns.

Assim, emerge que o **sistema** cuida de um conjunto de elementos relacionados entre si e aglutinados perante uma referência determinada. Tércio Sampaio Ferraz Júnior²¹⁷ denomina de repertório o conjunto de elementos que integra um certo sistema e de estrutura o complexo de relações, as regras de relacionamento que entre eles se estabelecem, desde as mais simples até as mais complexas.

O sistema jurídico ou sistema de direito é um bloco unitário de normas com características comuns, conforme afirma José Cretella Júnior. E complementa:

O sistema jurídico resulta de fatores dominantes num dado momento da história dos povos: fatores ambientais, étnicos, econômicos, religiosos, políticos, sociais ou filosóficos. Tradicionalmente, o sistema jurídico romano, os sistemas jurídicos das repúblicas helênicas, ou o sistema jurídico moderno, de base romanística, incluindo-se o sistema saxão, são todos sistemas jurídicos, ou seja, conjuntos de normas jurídicas que apresentam características comuns²¹⁸.

²¹⁷ FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *Introdução ao Estudo do Direito*. 2ª ed., São Paulo: Atlas, 1994, p. 65.

²¹⁸ CRETELLA JÚNIOR, *op. cit.*, p.11.

De todo sistema, derivam subsistemas (ex.: penal, tributário, previdenciário etc.), com base em outros elementos aglutinantes, cada vez mais específicos. Todavia, todos eles estão harmonicamente interligados em razão da unidade do sistema.

Cada sistema reúne-se em torno de seu **elemento aglutinante**. No caso do sistema constitucional, seu elemento aglutinante é a Constituição.

Nesta esfera, ressalta Celso Ribeiro Bastos que é difícil oferecer um conceito de *constituição* em razão da equivocidade do termo. Isso ocorre porque a Constituição pode ser pautada em diversos pontos de vista:

Tentar oferecer um conceito de constituição não é das tarefas mais fáceis de serem cumpridas, em razão de este termo ser equívoco, é dizer, prestar-se a mais de um sentido. Isto significa dizer que há diversos ângulos pelos quais a constituição pode ser encarada, conforme seja a postura em que se coloque o sujeito, o objeto ganha outra dimensão. Seria como um poliedro que fosse examinado a partir de diversos ângulos diferentes. Para cada posição na qual o observador se deslocasse, facetas diferentes dessa figura geométrica seriam vistas, não lhe sendo possível examiná-la toda de uma só vez.²¹⁹

Neste contexto, pode-se falar de Constituição: em *sentido político*, que significa, segundo Carl Schmitt, o conjunto das decisões fundamentais sobre o modo e a forma de existência da unidade de poder²²⁰; em *sentido sociológico*, consoante Ferdinand Lassale, a Constituição é algo situado no mundo do ser, sendo, portanto, reflexo das relações reais de poder que se interagem em uma determinada comunidade política, criando todas as leis e instituições jurídicas nela existentes, caso contrário, caracterizar-se-ia como uma simples “folha de papel”²²¹, dentre outros sentidos. Todavia, neste trabalho, adotar-se-á o *sentido jurídico* de Constituição, no qual esta é tida como norma jurídica, composta por imperativos-autorizantes. Outrossim, não se pretende, aqui, utilizar o conceito jurídico de Constituição proposto por Hans Kelsen²²², pois se trata de uma teoria reducionista. Visa-se a analisar a

²¹⁹ BASTOS, *op. cit.*, p. 41.

²²⁰ SCHMITT, Carl. *Teoría de la Constitución*. Madrid: Alianza, 1992, p. 29.

²²¹ LASSALE, Ferdinand. *O que é uma Constituição?*, tradução Walter Sentençaönnner, Rio de Janeiro: Laemmert, 1969; e BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 1999, p. 63.

²²² KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2003, aloca a Constituição no mundo do dever ser, caracterizando-a como fruto da vontade racional do homem e não das leis naturais. Para ele, a Constituição é

Constituição sob a perspectiva tridimensional do Direito, na qual a **dimensão axiológica é tida como inerente à Constituição**.

Para tanto, adotar-se-á a Teoria Tridimensional do Direito proposta por Miguel Reale, pela qual

a estrutura do Direito é tridimensional, visto como o elemento **normativo**, que disciplina os comportamentos individuais e coletivos, pressupõe sempre uma dada **situação de fato**, referida a **valores** determinados (grifos no original)²²³.

Pela estrutura de Direito que adota, é evidente que Miguel Reale é um jus-filósofo, pois não contempla o Direito como um esquema puramente lógico, como faz Hans Kelsen, pois, segundo ele, a Ciência Jurídica deve ser considerada em termos de uma realidade cultural, cuja **norma é tomada como resultado da tensão entre fato e valor**, isto é, para o devido entendimento da norma jurídica mister se faz estudá-la em uma relação de unidade e de integração entre fatos e valores²²⁴.

Assim sendo, o jurista, ao se deparar com a norma jurídica, não tem como abstrair de seu estudo aqueles fatos e valores, que determinaram a sua própria gênese, sob pena de uma visão reducionista do Direito, o que o descaracterizaria como verdadeira ciência normativa. Disso resulta que toda norma jurídica é, essencialmente, uma integração entre fato e valor e, conseqüentemente, a Ciência do Direito, segundo

considerada norma pura, puro dever ser, sem qualquer concepção sociológica, política ou filosófica. Dessa forma, a Constituição possui dois sentidos: o lógico-jurídico e o jurídico-positivo.

Destarte, pelo aspecto jurídico-positivo, tendo em vista que o sistema jurídico é um sistema de normas, cada ordem deve retirar seu fundamento de validade de outra norma superior e assim sucessivamente, sendo que toda norma, indiretamente, encontrará seu fundamento de validade na Constituição Federal. Esta é, portanto, a norma positiva suprema, que regula a criação de outras normas. Observa-se, assim, a existência de um escalonamento normativo, caracterizado por uma verticalidade hierárquica no plano jurídico-positivo.

Por meio deste postulado epistemológico da teoria da norma pura, Hans Kelsen destacou a relevância da unidade e coerência do sistema jurídico-positivo: “é a unidade e a natureza específica do fundamento último de validade que constituem a unidade e a natureza específica de um sistema normativo”. Este fundamento último de validade é a norma hipotética fundamental.

Assim sendo, a Constituição Federal encontrará na Norma Hipotética Fundamental seu fundamento lógico-transcendental de validade, que funciona como vínculo e origem comum de todas as normas integrantes deste sistema, o que caracteriza a unidade, coerência e harmonia de todo o sistema.

²²³ REALE, Miguel. *Filosofia do Direito*. 16ª ed., São Paulo: Saraiva, 1994, p. 511.

²²⁴ TEIXEIRA, António Braz. “Miguel Reale e o Diálogo Filosófico Luso-Brasileiro” *apud* *Direito, Política, Filosofia e Poesia, Estudos em Homenagem ao Professor Miguel Reale no seu Octagésimo Aniversário*, organizadores Celso Lafer e Tércio Sampaio Ferraz Júnior. São Paulo: Saraiva, 1992, p. 256, enfatiza que na obra de Miguel Reale “o carácter tridimensional não é específico do direito, porquanto é comum a toda a restante realidade normativa, já que no mandamento religioso, no preceito moral ou nos usos sociais se podem também surpreender a dimensão axiológica, o momento normativo e a manifestação empírica. A conduta jurídica, por sua vez, individualiza-se em face das restantes por se configurar como um momento bilateral-atributivo da experiência social.

o autor, não é uma série de fatos que ocorrem no plano da abstração, mas, sim, fatos que estão inseridos no processo histórico da vida humana²²⁵.

Pela sua natureza, a teoria tridimensional do Direito confronta-se com a teoria puramente normativa proposta por Hans Kelsen, pois segundo Miguel Reale:

(...) a norma é a indicação de um caminho, porém, para percorrer um caminho, devo partir de determinado ponto e ser guiado por certa direção: **o ponto de partida da norma é o fato, rumo a determinado valor**. Desse modo, pela primeira vez, em meu livro *Fundamentos do Direito* eu comecei a elaborar a tridimensionalidade. Direito não é só norma, como quer Kelsen, Direito, não é só fato como rezam os marxistas ou os economistas do Direito, porque Direito não é economia. Direito não é produção econômica, mas envolve a produção econômica e nela interfere; o Direito não é principalmente valor, como pensam os adeptos do Direito Natural tomista, por exemplo, porque **o Direito ao mesmo tempo é norma, é fato e é valor** (grifos nossos).

A teoria da tridimensionalidade do direito está, assim, a demonstrar que o jurídico se compõe de três elementos interligados, a saber: o fato, a norma e o valor. **Fato** é o antecedente da norma, isto é, um fato concreto que a lei conferiu relevância jurídica, conhecido como fato jurídico ou fato juridicizado. **Norma** é a descrição hipotética e abstrata de uma situação que se concretizada no mundo fenomênico, gera efeito jurídico. **Valor**²²⁶, por sua vez, corresponde à operação mental do aplicador da lei, consistente na demonstração de que houve subjunção da norma ao fato concreto, ou, como preferem os estudiosos, subsunção do fato à hipótese legal prevista. O fato concreto constitui fonte material do direito, ao passo que a norma, fonte formal do direito.

Com base nos três elementos, forma-se a experiência jurídica a ser trabalhada pelo operador do Direito, que será responsável pela atualização dos valores

²²⁵ REALE, *op. cit.*, p. 123.

²²⁶ *Ibid*, p. 187 e seguintes, não é possível definir “valor”, sendo valor o que vale. Todavia, referido autor discorre sobre as características do “valor”, quais sejam: **a)** bipolaridade: há sempre o valor e o desvalor; **b)** implicação: todos os valores implicam-se reciprocamente, ou seja, um influi na realização dos demais; **c)** necessidade de sentido ou referibilidade: o valor reflete uma tomada de posição do indivíduo, ou seja, vale algo para alguém; **d)** preferibilidade: o valor implica numa orientação; **e)** incomensurabilidade: não se quantifica o valioso; **f)** graduação hierárquica: os valores admitem uma graduação preferencial; **g)** objetividade relativa: as coisas jamais exaurem os valores, sendo assim, em razão de serem aferidas pelo ser humano, a objetividade dos valores é relativa; **h)** historicidade: os valores não se subordinam ao tempo e ao espaço, refere-se ao indivíduo que se realiza na história; e **i)** inexauribilidade: o valor não se reduz nem coincide completamente com o real.

em razão dos avanços sociais e os reflexos das normas naquela. Neste diapasão, afirma o autor que:

É para essa objetivação normativa que volve fundamental a atenção jurista, visando à atualização dos valores que nela se consagram. Já o “político do direito” ou o legislador, olhos atentos para experiência jurídica em geral, cuidam de **aperfeiçoar o ordenamento em vigor, para adequá-lo às novas exigências da sociedade (...)** A modelagem da experiência jurídica é feita, portanto, pelo jurista em contato direto com as relações sociais, como o faz o sociólogo, mas enquanto este se limita a descrever e explicar as relações existentes entre os fatos, em termos de leis causais ou motivacionais, o jurista opera mediante regras ou normas produzidas segundo o processo correspondente a cada tipo de fonte que espelha a solução exigida por cada campo de setores.

Dessa forma, está evidente que o Direito, como sistema que opera para a solução de conflitos sociais e pacificação da vida em sociedade, é instrumento de organização desta e, como tal, Direito e sociedade devem estar em constante sintonia e, dada à dinâmica de ambos, em constante mutação buscando uma perfeita interação. Neste ponto, verifica-se que a posição de Miguel Reale aproxima-se com a de Niklas Luhmann no que considera o Direito um sistema cognitivamente aberto, o qual receberá as irritações advindas dos fatos e valores externos ao Direito e, mediante um mecanismo de seleção, procedimentos e programas reduzirá o grau de complexidade ora trazido e retornará a resposta ao sistema norma, por meio do código lícito/ilícito, buscando a estabilização das expectativas normativas.

Tal influência é clara porque, na realidade,

fato e valor, fato e fim estão um em relação com outro, em dependência ou implicação recíproca, sem se resolverem um no outro. Nenhuma expressão de beleza é toda a beleza. Uma estátua ou um quadro, por mais belos que sejam não exaurem as infinitas possibilidades do belo. Assim, no mundo jurídico, nenhuma sentença é a Justiça, mas um momento de Justiça. Se o valor e o fato se mantêm distintos, exigindo-se reciprocamente, em condicionalidade recíproca, podemos dizer que há entre eles umnexo ou laço de polaridade e de implicação. Como, por outro lado, cada esforço humano de realização de valores é sempre uma tentativa, numa conclusão, nasce dos dois elementos um processo, que denominamos “processo dialético de implicação e polaridade”, ou, mais amplamente, “processo dialético de complementariedade”, peculiar à região ôntica que denominamos cultura²²⁷.

²²⁷ REALE, *op. cit.*, p. 571.

Em face da complexidade da realidade e do ser humano, como ser social, os elementos fato, valor e norma interagem-se, influenciando-se mutuamente tanto no aspecto de formação como no de concretização do Direito, o qual está em constante atualização com aquela. Isso porque o Direito é uma realidade histórico-cultural que não pode ser de forma alguma destacada da experiência social. No âmbito da aplicação do Direito, tal situação é evidenciada quando o julgador, ao verificar a adequação do caso concreto, do fato à hipótese normativa, utilizar o elemento valorativo.

Salientando a importância da realidade histórico-cultural do Direito e a íntima conexão da norma jurídica com o valor, Miguel Reale assevera que:

Não se podendo conceber valor que jamais se realiza, nem valor que jamais se realize, nem valor que de todo se converta em realidade, há uma tensão permanente entre aquele e esta, tensão que, no plano cultural do Direito, é representada pela norma jurídica, fator integrante de valor e fato. Dadas, porém, as apontadas características de realizabilidade e inexauribilidade dos valores, a norma jurídica nunca esgota o processo histórico do Direito, mas assinala os seus momentos culminantes²²⁸.

Ademais, o autor afirma que **“O Direito é um processo aberto** exatamente porque é próprio dos valores, isto é, das fontes dinamizadoras de todo o ordenamento jurídico, jamais se exaurir em soluções normativas de caráter definitivo”²²⁹.

Partindo das considerações explicitadas, Miguel Reale, ao fixar a teoria tridimensional do Direito, parte do pressuposto de que para se constituir em fonte do direito é necessária a coercibilidade, a força cogente. A fonte de Direito implica um conjunto de determinados pressupostos de validade, que precisam ser obedecidos para a devida produção de prescrições normativas. Deste modo, a fonte de Direito só se tornará obrigatória com o devido acatamento daqueles pressupostos de validade, mas tal reconhecimento de validade é delineado pela Constituição²³⁰.

²²⁸ REALE, *op. cit.*, p. 572.

²²⁹ *Ibid*, p. 574.

²³⁰ *Ibid*, p. 14-15.

A partir de então, o mencionado autor destaca que só a noção normativa das fontes do Direito corresponde à natureza do Direito, estando a concepção sociológica da conduta humana em uma dimensão metajurídica.

Dentre os modelos jurídicos analisados por Reale, temos os seguintes: os modelos jurídicos legais, o modelo jurídico costumeiro, os modelos jurisdicionais e os modelos jurídicos negociais.

Os modelos jurídicos legais ou legislativos dizem respeito às leis, aos decretos legislativos e resoluções. A lei aí é entendida, tanto em uma acepção ampla como em uma acepção restrita. A característica desse modelo jurídico é sua generalidade e universalidade, isto é, um modelo de irradiação *erga omnes*. Dito modelo situa-se em grau destacado em relação aos demais, só tendo como limite a Lei Fundamental. Nesta seara, o autor esclarece que todas as fontes equiparam-se, dependendo do respectivo conteúdo:

Parece-me importante assinalar a relevância da distinção ora feita entre anterioridade ou supremacia de uma fonte de direito, em relação às outras, de um ponto de vista lógico ou axiológico. Logicamente, isto é, sob o ângulo lógico-formal, a lei é sempre a fonte preeminente no sistema jurídico, mesmo porque ela pode ser lei de ordem constitucional, mas, do ponto de vista axiológico, uma fonte subordinada pode ter maior significação ética ou econômica do que a atribuída à lei à qual ela se subordina. Isto demonstra que o estudo dos modelos jurídicos deve ser tanto no plano lógico quanto no axiológico, o que revela a riqueza de perspectivas do ordenamento jurídico²³¹.

Quanto ao modelo jurídico costumeiro, o autor considera essas fontes insuscetíveis de serem tomadas como modelo jurídico, porque são vinculadas a particulares usos e costumes, como no Direito Econômico.

Já no que se refere aos modelos jurisdicionais, o autor salienta a relevância deles, como fonte reveladora de normas jurídicas. Assevera que a jurisdição é, pois, antes de mais nada, um poder constitucional de explicitar normas jurídicas e afirma que:

Esse poder decisório se desenvolve de duas formas distintas: normalmente, como exercício da jurisdição enquanto realização das normas legais adequadamente aos casos concretos, isto

²³¹ REALE, *op. cit.*, p. 67.

é, em função das peculiaridades e conjunturas próprias da espécie de experiência social submetida a julgamentos; e, excepcionalmente, no exercício da jurisdição enquanto poder de editar criadoramente regras de direito, em havendo lacuna no ordenamento²³².

Enfatize-se, aqui, o modelo jurisdicional como eficaz instrumento de suprimento das lacunas existentes nos ordenamentos jurídicos e, como tal, a importância dos operadores do direito de zelarem pela atualização e facilidade de acesso ao mecanismo jurisdicional, o que implica na constante revisão do sistema, tendo em conta as mudanças supervenientes no sistema legal, bem como em razão da emergência de novos valores sócio-econômicos e/ou culturais. Neste âmbito, destaca Miguel Reale a importância da Hermenêutica, arte esta que demonstra que

o ato interpretativo implica sempre uma contribuição positiva por parte do exegeta, mesmo porque o ato de julgar, talvez o mais complexo e dramático dentre os atos humanos, importa no dever do juiz de situar-se, solitariamente e corajosamente, perante a prova dos autos e os imperativos da lei, a fim de enunciar o seu juízo, reflexo de sua amadurecida convicção e de seu foro íntimo. Poder-se-ia dizer que o juiz torna-se eticamente alheio aos rumores da rua para que possa justamente se pronunciar sobre a causa, o que envolve o emprego de todas as virtudes de sua personalidade, abstraindo-se de enganosas pressões imediatas para poder captar a essência do justo, tal como este vai historicamente se configurando²³³.

Por fim, o autor considera o acordo de vontades também como modelo jurídico, sendo este decorrente das iniciativas individuais, da liberdade dos cidadãos de agir, segundo o princípio da autonomia dos negócios, na esfera civil, fator este de grande significado no Direito²³⁴.

Os modelos jurídicos, ora vistos, criados por Miguel Reale visam complementar as fontes do Direito, que constituem um sistema normativo decorrente da experiência histórico-cultural e, como tal, são visualizados como realidade concreta (fato) e mutáveis na dimensão temporal e espacial. Isso porque a realidade social e os valores alteram-se e o Direito, intrinsecamente relacionados a estes, deve acompanhá-

²³² REALE, *op. cit.*, p. 70.

²³³ *Ibid*, p. 74.

²³⁴ Este modelo negocial se visualiza hoje sob o prisma constitucional, como se verifica pelos princípios da livre iniciativa e da livre concorrência, previsto no Texto Maior de 1988.

los. “**O Direito é um processo aberto exatamente porque é próprio dos valores**”²³⁵.

Sendo assim, o autor afirma que o Direito, como forma de organização da convivência social, vigente com base nos elementos históricos, sociais, culturais, morais, econômicos etc. existentes em uma determinada sociedade, em determinado período. É uma **criação cultural** que acompanha a historicidade do homem, mormente sob o prisma de um espírito objetivado²³⁶ e, dessa forma, é imprescindível sua análise baseada na conexão dos três elementos estudados: **norma**, elemento tipificador da conduta em abstrato, que pressupõe uma situação fática e fixada em um modelo jurídico, que a torna obrigatória nesta esfera; **fato**, situação concreta que deve subsumir-se à norma e **valor**, intrínseco à natureza do homem, à convivência social e legitimador da ordem jurídica, dando razão de sua obrigatoriedade, no plano filosófico²³⁷.

O constitucionalismo contemporâneo, surgido com base na segunda metade do século XX, reflete uma reaproximação entre ética e Direito. Sendo assim, os valores migraram do campo da filosofia, da religião, dentre outros, para a seara jurídica, materializando-se em princípios que passaram a estar previstos na Constituição Federal, explícita ou implicitamente, reconhecendo-se, assim, a **normatividade** deles.

A partir deste corte epistemológico sobre a concepção de Direito adotada neste trabalho, passar-se-á a delimitação do conceito jurídico de **Constituição**, aqui adotado.

Segundo o Professor Geraldo Ataliba, a Constituição é o “conjunto normas constitucionais de cada país”. Estas formam um sistema, construído em torno de princípios coerentes e harmônicos, em função de objetivos socialmente consagrados.

²³⁵ REALE, *op. cit.*, p. 574.

²³⁶ REALE, Miguel, *Variações 2*. Rio de Janeiro: Academia Brasileira de Letras, 2003, p. 26, nesta recém-editada obra do jus-filosofo brasileiro, analisando a questão da cultura, ele anota que “...podendo-se afirmar que a cultura é “objetivação das intencionalidades humanas ao longo da história”, a partir da noção de que “conhecer é conhecer algo no mundo”.

²³⁷ REALE, *op. cit.*, p. 594.

José Horácio Meirelles Teixeira destaca, por sua vez, que a boa técnica constitucional consiste na formulação sintética e clara dos princípios essenciais à organização do Estado, a distribuição das competências, a formulação e garantia dos direitos individuais e a atuação do Estado na consecução de seus múltiplos fins sociais, que se resumem na concretização do bem comum. No mesmo sentido, John Rawls considera a existência do aspecto formal da Constituição, todavia, também enfatiza seu aspecto material, considerando a Constituição como sendo o

*sistema público de regras, que se manifesta por meio de normas jurídicas positivadas, escritas ou não-escritas, integrante da cultura política e da estrutura básica de uma determinada sociedade, cujo conteúdo é determinado pelos princípios de uma concepção política de justiça, e que tem a funções de orientar os cidadãos no exercício do poder político, distribuindo a estes mesmos cidadãos direitos e deveres, encargos e benefícios, tendo em vista a efetivação de uma sociedade bem-ordenada*²³⁸.

O Artigo 16 da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 estabelece que: “Toda sociedade, na qual a garantia dos direitos não é assegurada nem a separação dos poderes determinada, não tem constituição”.

Assim conclui-se que uma crise desses direitos e da separação dos poderes reflete em uma crise do próprio poder em uma sociedade democraticamente organizada.

Em termos gerais, Constituição é a organização jurídica fundamental do Estado, é a organização política do Estado²³⁹, juridicamente estabelecida. Organização jurídica significa um conjunto de regras jurídicas. Estas, no Brasil, são sistematizadas em um texto único, a Constituição Federal, que é, portanto, uma Constituição formal.

As normas constitucionais diferenciam-se das demais normas jurídicas do ordenamento jurídico porque são revestidas de **supralegalidade**, ou seja, aquelas

²³⁸ MIZUKAMI, Pedro Nicoletti. *O conceito de constituição no pensamento de John Rawls*. São Paulo: Thomson – IOB, 2005, p. 116, grifos do autor.

²³⁹ SILVA, *op. cit.*, p. 37-38, grifos no original, "A constituição do Estado, considerada sua lei fundamental, seria, então, a organização de seus elementos essenciais: *um sistema de normas jurídicas, escritas ou costumeiras, que regula a forma do Estado, a forma de seu governo, o modo de aquisição e o exercício do poder, o estabelecimento de seus órgãos, os limites de sua ação, os direitos fundamentais do homem e as respectivas garantias. Em síntese, a constituição é o conjunto de normas que organiza os elementos constitutivos do Estado*".

normas gozam de uma supremacia, de uma primazia, formal e material, em relação a todas as outras regras do ordenamento jurídico, devendo estas obediências àquelas.

Quanto aos elementos integrantes do sistema, estes são organizados de forma hierárquica, sendo classificados em **princípios e regras**, de acordo com sua estrutura, tendo funções sistemáticas distintas.

Tanto os princípios como as regras são normas constitucionais, com a mesma eficácia e hierarquia, à vista do princípio da unidade da Constituição.

Conforme visto acima, o simples fato de uma regra jurídica pertencer à Constituição formal concede a ela uma característica fundamental, que é a suprallegalidade, tendo, por conseqüência, eficácia superior, em relação às normas jurídicas infraconstitucionais. Observa-se que o sistema jurídico é escalonado, segundo as eficácias das normas jurídicas. Estas, por sua vez, classificam-se em princípios e regras a depender das funções que desempenham dentro do ordenamento jurídico, consoante será visto, a seguir.

Segundo Celso Antônio Bandeira de Mello, **princípio** é, por definição,

mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas compondo-lhes o espírito e servindo de critério para sua exata compreensão e inteligência exatamente por definir a lógica e a racionalidade do sistema normativo, no que lhe confere a tônica e lhe dá sentido harmônico. É o conhecimento dos princípios que preside a intelecção das diferentes partes componentes do todo unitário que há por norma sistema jurídico positivo.²⁴⁰

Dessa forma, o autor preconiza que princípios são os alicerces do ordenamento jurídico, suas vigas-mestras que dão coesão ao sistema e permitem a interpretação de suas normas jurídicas. Neste sentido, também expõe Agustín Gordillo:

A norma é limite, o princípio é limite e conteúdo. A norma dá à lei a faculdade de interpretá-la ou aplicá-la em mais de um sentido, e o ato administrativo a faculdade de interpretar a lei em mais de um sentido; mais o princípio estabelece uma direção estimativa, um sentido axiológico, de valoração, de espírito.²⁴¹

²⁴⁰ MELLO, *op. cit.*, p. 817-818.

²⁴¹ GORDILLO, Agustín. *Introducción al Derecho Administrativo*, 2ª ed., Buenos Aires: Abeledo- Perrot, 1966, p. 176-177.

Por se tratar de alicerces, diretrizes de todo ordenamento jurídico, a violação de um princípio é muito mais grave que a transgressão de uma regra qualquer, daí Celso Antônio Bandeira de Mello ensinar que:

Violar um princípio é muito mais grave que transgredir uma norma qualquer. A desatenção ao princípio implica ofensa não apenas a um específico mandamento obrigatório, mas a todo o sistema de comandos. É a mais grave forma de ilegalidade ou inconstitucionalidade...²⁴².

Verifica-se, assim, que **os princípios são o marco inicial, o fundamento de todo o ordenamento jurídico**, sendo as demais normas, deles decorrentes e a eles subordinadas, particularizando-os.

Ronald Dworkin, por sua vez, entende como princípios, em sentido amplo (em contraposição às regras) tanto a *política*, “tipo de padrão que estabelece um objetivo a ser alcançado, em geral uma melhoria em algum aspecto econômico, político ou social da comunidade”²⁴³, como *princípio*,

um padrão que deve ser observado, não porque vá promover ou assegurar uma situação econômica, política ou social considerada desejável, mas porque é uma exigência de justiça ou equidade ou alguma outra dimensão da moralidade²⁴⁴.

Os princípios constitucionais, explícitos ou implícitos, são a síntese dos valores abrigados no ordenamento jurídico e espelham a ideologia da sociedade, seus fins; daí seu teor de grande abstração. Os princípios dão unidade e harmonia ao sistema, integrando suas diferentes partes e atenuando tensões normativas. Ademais, constituem diretrizes para o intérprete, cuja atuação deve pautar-se pela identificação do princípio maior que rege o tema apreciado, partindo do mais genérico para o mais específico, até chegar à formulação da regra concreta que vai reger a espécie. Vislumbra-se, portanto, que os papéis primordiais desempenhados pelos princípios são: a) condensar valores; b) dar unidade ao sistema; c) condicionar a atividade do intérprete. Neste sentido também leciona Antonio Henrique Pérez Luño, que afirma que os valores constitucionais assumem uma tripla dimensão, a saber:

²⁴² MELLO, *op. cit.*, p. 546.

²⁴³ DWORKIN, *op. cit.*, p. 36.

²⁴⁴ *Ibid*, p. 36.

a) **fundamentadora** – núcleo básico e informador de todo o sistema jurídico-político; b) **orientadora** – metas ou fins pré-determinados, que fazem ilegítima qualquer disposição normativa que persiga fins distintos, ou que obstaculize a consecução daqueles fins enunciados pelo sistema axiológico constitucional; e c) **crítica** – para servir de critério ou parâmetro de valoração para a interpretação de atos ou condutas.(...) Os valores constitucionais compõem, portanto, o contexto axiológico fundamentador ou básico para a interpretação de todo o ordenamento jurídico; o postulado-guia para orientar a hermenêutica teleológica e evolutiva da Constituição; e o critério para medir a legitimidade das diversas manifestações do sistema de legalidade²⁴⁵.

Diferença importante entre princípios e demais normas constitucionais está na mais valia dos princípios. Esta mais valia dos princípios orienta ao trabalho de aplicação e interpretação das demais normas constitucionais. Isso porque os princípios possuem um grau de orientação, generalidade e abstração maior que as demais normas da Constituição Federal. O princípio é, portanto, uma disposição fundamental que se irradia sobre todas as normas jurídicas, compondo seu próprio espírito. Logo, afere-se que dos princípios decorrem as regras, cuja forma e conteúdo derivam daqueles.

A partir desse pressuposto, José Joaquim Gomes Canotilho classifica os princípios em: princípios estruturantes, que seriam os princípios fundamentais, como é o caso do Artigo 5º, inciso LVXXIII da Constituição Federal de 1988; princípios gerais, todavia, mais específicos que os estruturantes, como é o caso dos princípios previstos no Artigo 37, *caput*, da Constituição Federal de 1988; e princípios especiais, que regem setores específicos, como os referentes à licitação (ex.: Artigo 36, inciso XXI, da Constituição Federal de 1988). Por sua vez, afirma que as regras são normas que, embora genéricas e abstratas, têm conteúdo de menor abstração. Ao final, ressalta a necessidade de ambos os tipos normativos, que conjugados, harmonicamente, permitem obter a norma de decisão para o caso concreto.

Já as **regras**, por exclusão, são as demais normas constitucionais, que não são tidas como princípios. Estas possuem conteúdo mais objetivo, com incidência restrita às situações específicas às quais se dirigem.

²⁴⁵ PÉREZ LUÑO, Antonio Henrique. *Derechos humanos, Estado de derecho y Constitución*. 4ª ed., Madrid: Tecnos, 1991, p. 288-289, grifos nossos *apud* PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*, São

Neste sentido, Ronald Dworkin afirma que esta é a primeira diferenciação entre princípios e regras, é de natureza lógica, ou seja, embora ambos sejam padrões que apontem para decisões particulares, distinguem-se na natureza da orientação, pois:

as regras são aplicáveis à maneira do tudo-ou-nada. Dado os fatos que uma regra estipula, então ou a regra é válida, e nesse caso a resposta que ele fornece deve ser aceita, ou não é validade, e neste caso em nada contribui para a decisão²⁴⁶,

salvo na hipótese de ter exceções; neste caso, seria incompleto enunciar a regra sem suas exceções.

Diante das naturezas diversas dos princípios e regras, eventual conflito de regras é solucionado de forma distinta de eventual conflito entre princípios. Isso porque as regras possuem o mesmo grau de importância no ordenamento jurídico, enquanto os princípios, segundo Ronald Dworkin, apresentam pesos ou importâncias diferenciados, apenas, verificados diante do caso concreto²⁴⁷.

Assim sendo, no caso de conflito entre regras, uma regra afastará a incidência de outra, retirando-a do sistema ou considerando-a exceção, segundo critérios fixados no próprio ordenamento jurídico, tais como: regra de maior hierarquia, posterioridade e especialidade. Por outro lado, no caso de conflitos entre princípios, verifica-se qual princípio tem maior peso perante o caso concreto e suas circunstâncias, sem, contudo, tornar inválido o outro princípio²⁴⁸.

Melhor seria dizer que as hipóteses de conflitos entre princípios, aplica-se a diretriz da cedência recíproca, ou seja, ambos os princípios cedem em parte, aplicando-se o que melhor se adequa, mais se otimiza ao direito almejado no caso concreto.

Paulo: Max Limonad, 1996, p. 27.

²⁴⁶ DWORKIN, *op. cit.*, p. 36.

²⁴⁷ *Ibid*, p. 42-43, “Essa dimensão é uma parte integrante do conceito de um princípio, de modo que faz sentido perguntar que peso ele tem ou quão importante ele é”.

²⁴⁸ ALEXY, Robert. *Teoría de los Derechos Fundamentales*. 2ª ed., Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002, p. 88-90, que refere que o conflito entre princípios deve ser solucionada por intermédio de uma ponderação dos interesses opostos, ou seja, pela descoberta de qual dos interesses, abstratamente da mesma classe, possui maior peso no caso concreto, diversamente do conflito entre regras, que se resolve pela dimensão da validade.

Dessa forma, busca-se estruturar e aprimorar uma sociedade coerente com direitos e liberdades fundamentais, individuais e coletivos, bases de sua existencialidade, cujo regime jurídico protetor é garantido por intermédio de um ordenamento lógico, coeso, unívoco e eficaz, ou seja, um sistema de direito positivo, cujas normas afirmam o caráter de obrigatoriedade de determinadas condutas e exijam uma intervenção crescente do Estado, como guia, guardião e árbitro na salvaguarda dos direitos humanos.

2 Aplicabilidade das normas constitucionais

Considerando o que já foi explicitado neste capítulo e no item 1.7 do capítulo anterior, serão analisados os preceitos da Constituição Federal de 1988, no que tange sua eficácia e aplicabilidade, utilizando-se o critério adotado por José Afonso da Silva, tendo em vista ter sido este o escolhido pelo Superior Tribunal Federal, guardião da Constituição pátria.

José Afonso da Silva inicia sua classificação com base na premissa de que **não há norma constitucional alguma destituída de eficácia, por mais reduzida que esta seja**, ou seja,

cada norma constitucional é sempre executável por si mesma até onde possa, até onde seja suscetível de execução. O problema situa-se, justamente, na determinação deste limite, na verificação de quais os efeitos parciais e possíveis de cada uma²⁴⁹.

Logo, todas as normas constitucionais, sem exceção, são aplicáveis, na medida que todas são revestidas de eficácia jurídica, ou seja, possuem capacidade de produção de efeitos no mundo jurídico.

²⁴⁹ SILVA, José Afonso. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 6ª ed., São Paulo: Malheiros, 2004, p. 76.

A eficácia de certas normas constitucionais não se manifesta na plenitude dos efeitos jurídicos visados pelo Poder Constituinte, exigindo para tanto norma jurídica infraconstitucional, ordinária ou complementar, executória daquela.

Sendo assim, partindo-se da premissa descrita, observa-se que as normas constitucionais diferenciam-se tão somente quanto ao grau de seus efeitos jurídicos, podendo ser classificadas em: normas constitucionais de eficácia plena; normas constitucionais de eficácia contida e normas constitucionais de eficácia limitada ou reduzida.

As **normas constitucionais de eficácia plena** são as revestidas de todos os elementos necessários: a direta, imediata e integral aplicação sobre os interesses, objeto de sua regulamentação, desde sua entrada em vigor, produzindo todos os seus efeitos ou tendo a possibilidade de produzi-los.

A norma constitucional de eficácia plena não precisa ser completada por legislação infraconstitucional porque possui todos os elementos para sua integral executoriedade. Daí, dizer que a norma constitucional tem aplicabilidade imediata.

Estas normas, apesar de auto-aplicáveis, não produzem por si mesmas todos os efeitos possíveis, sendo sempre passíveis de novos desenvolvimentos, mediante legislação ordinária. Cada norma é, pois, em certo sentido, vaga e incompleta, porque geral e abstrata, exigindo um grau de interpretação, mais ou menos complexo, para tornar-se concretamente aplicável aos fatos sociais que exigem regulação jurídica. Assim sendo, ao classificar uma norma como completa, enfim, auto-executável, de eficácia plena o conceito refere-se a uma aptidão para produzir seus efeitos essenciais, mas não todos os possíveis.

As **normas constitucionais de eficácia contida**, por sua vez, caracterizam-se por normas que incidem imediatamente e produzem ou podem produzir todos os efeitos almejados, mas prevêm meios para contenção de sua eficácia em certos limites, em determinadas circunstâncias.

As normas constitucionais de eficácia contida têm aplicabilidade direta e imediata, mas não integral, porque são sujeitas a restrições previstas ou dependentes de regulamentação que limite sua eficácia e aplicabilidade.

Pode-se dizer que tais normas têm a mesma estrutura das normas constitucionais de eficácia plena, porém, com possibilidade de restrição. Desta forma, pela lógica, as normas constitucionais de eficácia contida não constituem uma das três espécies de classificação das normas constitucionais estabelecidas por José Afonso da Silva, mas seria sim uma subespécie da classificação norma constitucional de eficácia plena, dotada de uma característica peculiar, a que a doutrina chama de “cláusula expressa de redutibilidade”²⁵⁰.

A autorização pela norma constitucional de eficácia contida que lei infraconstitucional, de natureza ordinária ou complementar, reduza seu alcance é o conteúdo da referida cláusula expressa de redutibilidade.

A referida redução da norma constitucional, por sua vez, só é lícita, porque o próprio Poder Constituinte foi quem autorizou, permitiu tal redução e esta se encontra expressamente prevista pela Constituição Federal.

Interpretação a *contrario sensu*, se fosse deliberação do legislador infraconstitucional, a restrição da norma constitucional seria eivada de vício, sendo passível de declaração de inconstitucionalidade, porque estaria limitando um direito garantido pela Carta Magna, que tem supremacia hierárquica em relação aos demais atos normativos do sistema, sendo-lhes, inclusive, fundamento de validade formal e material. Esta é a conclusão de José Afonso da Silva.

Apesar de lógica, a conclusão de José Afonso da Silva é errônea, pois se este fosse o entendimento, quando da falta de cláusula expressa de redutibilidade não poderia haver nenhuma exceção à lei, pois todas as exceções que houvesse seriam inconstitucionais. Desde modo, conclui-se que a cláusula expressa de redutibilidade não é indispensável para a restrição das normas constitucionais. Neste ponto, critica-se

a teoria de José Afonso da Silva, exigindo-se sua atualização. A idéia, nesta seara, é de que a redutibilidade da norma constitucional pode decorrer do princípio da proporcionalidade, fundada na razoabilidade²⁵¹.

Em face de uma interpretação atualizada da classificação de José Afonso da Silva, verifica-se que uma norma constitucional pode ter seu alcance restringido, ainda que não exista cláusula expressa de redutibilidade, desde que tal restrição ocorra em decorrência do princípio da proporcionalidade e da razoabilidade, tendo em vista que nenhum direito individual, no ordenamento jurídico-brasileiro, pode ser havido como absoluto, com exceção dos direitos: de não ser torturado e de não ser escravizado, como já visto anteriormente²⁵².

Retomando a classificação de José Afonso da Silva, conclui-se que a norma constitucional de eficácia reduzida não é uma das três categorias de sua classificação, mas sim uma subcategoria da norma constitucional de eficácia plena. Sendo assim, constata-se que se a norma contiver a cláusula expressa de redutibilidade será redutível por força de norma expressa. Mas, ainda que ela não contenha, poderá ser eventualmente redutível por força dos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade. No entanto, isso não altera sua essência, pois, em qualquer circunstância, ela será sempre uma norma plena; plena até que sobrevenha uma lei que reduza seu alcance.

Por outro lado, as normas constitucionais consideradas não auto-aplicáveis, como se verá a seguir, não são de eficácia nula, pois produzem efeitos

²⁵⁰ TEMER, Michel. *Elementos do direito constitucional*. São Paulo: Malheiros, 1992, considerando a classificação de José Afonso da Silva, denominou as normas constitucionais de eficácia contida de “normas constitucionais de eficácia redutível”.

²⁵¹ Por exemplo, o artigo 5º, LVII, da Constituição Federal prevê que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”, o que implica a constitucionalização explícita do princípio do estado de inocência. Observando tal norma, verifica-se que ela não possui a ressalva “salvo nos casos em que a lei estabelecer”. Seguindo neste exemplo, o artigo 35 da Lei de Tóxico (Lei n.º 6.368/76) fixa que uma pessoa condenada pelo artigo 12, da Lei n.º 6.368/76, não pode apelar, sem antes se recolher à prisão. Esta é a regra. Entretanto, se o condenado vai apelar é porque, ainda, a sentença não transitou em julgado. Neste ponto, nota-se que a lei infraconstitucional está impondo uma consequência gravosa antes do trânsito em julgado. Daí, questiona-se se o artigo 35, da Lei n.º 6.368/76, foi recepcionado pela nova ordem constitucional? Foi recepcionado, apesar de não possuir cláusula expressa de redutibilidade, pois de acordo com a Súmula n.º 9, do Superior Tribunal de Justiça, a existência da prisão provisória para apelar, prevista pela Lei n.º 6368/76, não o ofende a garantia constitucional do estado de inocência. Tal caso, portanto, permite concluir que em algumas circunstâncias a lei ordinária pode excepcionar o princípio constitucional, de maneira lícita e válida, ainda que não exista a tal cláusula expressa de redutibilidade.

jurídicos e tem eficácia, ainda que relativa e reduzida, como, por exemplo, constituir uma inovação da ordem jurídica preexistente à entrada em vigor da Constituição a que aderem, revogar toda legislação infraconstitucional com ela incompatível, ser cogente em relação a seus destinatários etc. Um exemplo típico desta espécie normativa são as normas programáticas. Neste contexto, José Afonso da Silva conceitua as **normas constitucionais de eficácia limitada ou reduzida** como sendo:

aquelas que não produzem, com a simples entrada em vigor, todos os seus efeitos essenciais, porque o legislador constituinte, por qualquer motivo, não estabeleceu, sobre a matéria, uma normatividade para isso bastante, deixando essa tarefa ao legislador ordinário ou a outro órgão do Estado²⁵³.

As normas constitucionais de eficácia limitada ou reduzida exigem complementação, clamam sua integração pela atuação do legislador para a produção de todos os seus efeitos, razão pela qual se afirma que sua aplicabilidade é mediata. Atente-se, aqui, que mediato é a totalidade de seus efeitos.

Estas normas são de aplicabilidade indireta, mediata e reduzida, porque apenas incidem totalmente sobre os interesses do objeto que regulam após uma normatividade ulterior que lhes desenvolva a eficácia. No entanto, possuem uma incidência reduzida, gerando efeitos outros, não dirigidos aos valores-fins da norma jurídica.

Mesmo limitada, antes que seja completada pela norma infraconstitucional integradora de seu conteúdo, a norma constitucional de eficácia limitada já produz efeitos jurídicos.

Neste sentido, Michel Temer afirma que as

normas constitucionais de eficácia limitada são normas dotadas de eficácia jurídica porque têm o efeito de impedir que o legislador comum edite normas em sentido oposto ao direito assegurado pelo constituinte, antes mesmo da possível legislação integrativa que lhe dê plena aplicabilidade.

Dependendo da interpretação que o aplicador da lei der à norma supracitada, ela poderá assumir, nos termos da teoria de José Afonso da Silva, o caráter de norma constitucional de eficácia contida (ou de eficácia plena redutível,

²⁵² BOBBIO, *op. cit.*, p. 42 e 45.

segundo a doutrina mais atualizada) ou norma constitucional de eficácia limitada, com conseqüências práticas muito distintas, refletindo conseqüências jurídicas diversas no mundo fenomênico²⁵⁴.

Quanto aos efeitos da norma constitucional de eficácia limitada, incidem, inicialmente, apenas os efeitos que não dizem respeito à finalidade da norma, ou seja, referem-se apenas aos valores-meios e condicionantes.

Um desses efeitos é o que o Supremo Tribunal Federal chama de “efeito paralisante da atividade legislativa em sentido contrário”, que consiste na impossibilidade do exercício da atividade legiferante infraconstitucional em sentido contrário ao conteúdo material da norma constitucional de efeito limitado. Ao reverso, a norma será considerada eivada de vício, sendo passível de declaração de inconstitucionalidade, a título de controle preventivo ou de revogação, como controle repressivo, após a entrada da norma infraconstitucional no ordenamento jurídico.

Outro efeito semelhante ocorre em relação ao sistema normativo anterior, a norma constitucional, a despeito de sua limitação, produzirá efeito de não recepção, caso haja disposição anterior incompatível com ela.

As normas constitucionais de eficácia limitada, no que tange ao aspecto futuro, são classificadas, segundo José Afonso da Silva, em normas de princípio institutivo e normas de princípio programático.

As normas de princípio institutivo indicam uma legislação futura que lhes complete a eficácia e propicie-lhes efetiva aplicação; consoante José Afonso da Silva, são aquelas por meio das quais o legislador constituinte traça esquemas gerais de

²⁵³ SILVA, *op. cit.*, p. 82-83.

²⁵⁴ Exemplo desta espécie normativa é o Artigo 37, inciso VII, da Constituição Federal de 1988, que prescreve que “o direito de greve será exercido nos termos e nos limites definidos em lei específica”. Logo, o direito de greve do servidor público será exercido nos termos e nos limites definidos em lei específica. O Supremo Tribunal Federal, ao analisar tal norma, interpretou-a como norma constitucional de eficácia jurídica limitada, o que implica na possibilidade do exercício de greve pelos servidores públicos, apenas quando advier uma norma jurídica infraconstitucional reguladora da matéria, o que, até a presente data, não existe, razão pela qual os servidores, atualmente, não têm o direito ao exercício da greve. Caso, o Supremo Tribunal Federal interpretasse referida norma como de eficácia contida, os servidores teriam direito ao pleno exercício da greve, mas poderia este ter seu alcance limitado, pelo advento de eventual norma infraconstitucional redutível. Deste exemplo, pode-se aferir a importância da classificação quanto à eficácia das normas jurídicas, pois esta não é uma mera abstração literal, uma simples classificação de efeitos didáticos, pois tem fundamental influência no mundo jurídico e, por conseqüência, no mundo fenomênico.

estruturação e atribuições de órgãos, entidades ou institutos; para que o legislador ordinário estruture-os em definitivo, mediante lei, umas deixando uma margem maior à discricionariedade política do legislador; outras fornecendo, já baseadas na Constituição, alguns elementos e conteúdos obrigatoriamente impostos à futura lei, tolhendo, assim, a margem de escolha do legislador. Na verdade, as normas de princípio institutivo precisam de uma lei posterior para 'dar corpo' a um órgão ou uma instituição, cuja previsão de existência se faz na norma constitucional²⁵⁵.

A norma constitucional de eficácia limitada do tipo princípio institutivo é aquela que faz a previsão da existência do órgão, mas o órgão só passará a existir, efetivamente, quando sobrevier a lei que o instituiu, ou seja, só atingirá a plenitude de seus efeitos com a edição de uma lei infraconstitucional integradora. Tais normas, por sua vez, dividem-se em: **a)** norma de princípio institutivo impositiva, que consiste em uma norma, cuja previsão da existência do órgão precisa ser cumprida, trata-se de uma cogente, obrigatória para que o Estado cumpra suas funções, independente de qual partido esteja no governo²⁵⁶; e **b)** norma de princípio institutivo facultativa ou permissiva é aquela que estabelece uma faculdade ao Poder Público²⁵⁷.

As normas de princípio programático, por sua vez, são aquelas nas quais o constituinte, ao invés de regular, direta e imediatamente, determinados interesses, limitou-se a lhes traçar os princípios a serem cumpridos pelos seus órgãos legislativos, executivos, jurisdicionais e administrativos, como programas das respectivas atuações, visando à realização dos fins sociais do Estado.

Verifica-se, portanto, que a norma que estabelece um programa constitucional, cuja execução fica na dependência da lei, é de eficácia limitada, subclassificada como norma de princípio programática. Aliás, a existência de um

²⁵⁵ Por exemplo, os Artigos 98, inciso I e 125, § 3º, ambos da Constituição Federal de 1988. Nestes casos, a norma constitucional faz a previsão da existência de um órgão, só que esse órgão não existe desde logo; ele vai existir só a partir do momento em que a lei "der corpo", ou seja, concretizá-lo.

²⁵⁶ Exs.: a lei que regerá a ocupação e edificação em faixa de fronteira; a lei que disporá sobre a utilização, pelo Governo do Distrito Federal, das estruturas da Polícia Civil e da Polícia Militar; a lei que disporá sobre a estrutura e atribuição dos Ministérios etc.

²⁵⁷ Exs.: a lei complementar federal que poderá autorizar os Estados a legislares sobre questões específicas das matérias situadas sob sua competência legislativa privativa; as leis estaduais que poderão criar a Justiça Militar nos Estados, dentre outras.

número excessivo de normas desse tipo caracteriza a Constituição Federal brasileira, de 1988, como sendo do tipo Dirigente. Trata-se de programas traçados pelo constituinte, a serem desenvolvidos pelo legislador.

As normas de princípio programático são divididas em três categorias, a saber: **a)** normas programáticas vinculadas ao princípio da legalidade²⁵⁸; **b)** normas programáticas referidas aos Poderes Públicos²⁵⁹; **c)** normas programáticas dirigidas à ordem econômico-social em geral, tais como os princípios da ordem econômica, princípios da ordem social.

Verifica-se, assim, que as normas constitucionais programáticas conferem plasticidade à Constituição, o que, por sua vez, “permitirá a permanente projeção da Constituição na realidade social e econômica, afastando o risco da imobilidade que a rigidez constitucional sempre acarreta”²⁶⁰.

Por outro lado, parte da doutrina constitucionalista, dentre os quais José Joaquim Gomes Canotilho, Jorge Miranda, Celso Ribeiro Bastos propõem a “morte”²⁶¹ das normas constitucionais programáticas,

Segundo José Joaquim Gomes Canotilho, o sentido de tais normas não é o fixado pela doutrina tradicional, qual seja: “simples programas”, “programas futuros”, “aforismos políticos”, não é de mera eficácia diretiva, uma vez que, como visto anteriormente, qualquer norma inserida na Constituição é atual e possui valor jurídico idêntico aos demais preceitos do Texto Maior. Nesta ótica, o entendimento correto, referido autor é de que

é a positividade das normas-fim e normas-tarefa (normas programáticas) que justifica a necessidade da intervenção dos órgãos legiferantes. Concretizando melhor, a positividade jurídico-constitucional das normas programáticas significa fundamentalmente: (1) vinculação do legislador, de forma permanente, à sua realização (*imposição constitucional*); (2) *vinculação positiva* de todos os órgãos concretizadores, devendo estes tomá-las em consideração como

²⁵⁸ Exs.: a participação nos lucros e resultados, a proteção ao mercado de trabalho da mulher, a proteção em face da automação, o incentivo à produção e o conhecimento de bens e valores culturais.

²⁵⁹ Exs.: a elaboração de planos regionais de desenvolvimento, a desapropriação por interesse social, a garantia de acesso às fontes da cultura nacional.

²⁶⁰ HORTA, Raul Machado. *Direito Constitucional*. 2ª ed., Belo Horizonte: Del Rey, 1999, p. 209.

²⁶¹ CANOTILHO, *op. cit.*, p. 1.176-1.177, segundo a terminologia utilizada por este autor.

directivas materiais permanentes, em qualquer dos momentos da atividade concretizadora (legislação, execução, jurisdição); (3) vinculação, na qualidade de limites materiais negativos, dos poderes públicos, justificando a eventual censura, sob forma de inconstitucionalidades, em relação aos actos que as contrariam²⁶².

Partindo-se deste entendimento, as normas constitucionais programáticas, enquanto direito atual juridicamente vinculante, fixam princípios e diretrizes ao legislador infraconstitucional, tribunais e Administração, bem como possuem efeito derogatório dos atos normativos incompatíveis com elas. Todavia, em razão da inércia e desinteresse do legislador infraconstitucional, muitas dessas normas não foram concretizadas, quase vinte anos depois da edição do Texto Maior, sendo, freqüentemente, objetos de mandado de injunção²⁶³ ou de ação declaratória de inconstitucionalidade por omissão²⁶⁴, cujas decisões geram efeitos apenas entre as partes.

Tal quadro denota a inocuidade das normas programáticas, o não cumprimento da Constituição Federal e a ausência de meios efetivos para obrigar o Poder Legislativo a legislar, em prol de toda sociedade, até porque, pelo princípio da independência harmônica dos Poderes e pela natureza política de tal órgão, cabe ao Poder Legislativo decidir quando exercer sua atividade legiferante.

Outrossim, Eros Grau²⁶⁵ destaca o caráter reacionário da normatividade programática, pois não se reduz a um obstáculo a funcionalidade do Direito, como também é empecilho ao poder de reivindicação das forças sociais, pois, o que reivindicariam já está previsto na Carta Magna, deixando a sociedade acomodada à espera do cumprimento de tais normas.

Eis, portanto, o fundamentado entendimento de parte da doutrina, propondo a “morte” das normas constitucionais programáticas.

²⁶² CANOTILHO, *op. cit.*, p. 1177.

²⁶³ Artigo 5º, inciso LXXI, da Constituição Federal de 1988.

²⁶⁴ Artigo 103, § 2º, da Constituição Federal de 1988.

²⁶⁵ GRAU, Eros. “A Constituição brasileira e as normas programáticas”. *Revista de Direito Constitucional e Ciência Política*, 4:42, Rio de Janeiro: Forense *apud* BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de Direito Constitucional*, São Paulo, ed. Celso Bastos, 2002, p. 135.

Apesar de referida ressalva, tais normas continuam vigentes e, portanto, pode-se afirmar que as normas constitucionais de eficácia limitada do tipo princípio programático, da mesma forma que as normas de princípio institutivo, apenas alcançarão plenamente seus efeitos com a edição de uma lei infraconstitucional.

Pelo exposto, toda e qualquer norma inserta em uma Constituição rígida, tal como é a Constituição Federal de 1988, tem força imperativa, ditada pela soberania nacional ou popular de seus órgãos. Sendo assim, toda norma jurídica tem eficácia, seja esta mínima ou máxima.

3 O direito à celeridade processual na Constituição Federal de 1988, pré-Emenda Constitucional n.º 45/2004

Apoiado na classificação proposta por José Afonso da Silva, passar-se-á a analisar o direito à celeridade processual à luz da Constituição Federal de 1988, como direito fundamental do indivíduo, direito este a ele inerente mesmo antes da previsão expressa advinda com a Emenda Constitucional de 1945.

O Preâmbulo da Constituição Federal de 1988, paradigma interpretativo do Texto Constitucional, preceitua a instituição de um

Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos **direitos sociais e individuais**, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça **como valores supremos de uma sociedade...** (grifos nossos).

O artigo 1º, inciso III, da Constituição Federal de 1988, inserido no **Título I – Dos Princípios Fundamentais**, preceitua que a República Federativa do Brasil constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem por fundamento a **dignidade da pessoa humana**, fundamento da existência do próprio Direito, consoante ressaltado no capítulo II. Trata-se, portanto, de um enunciado basilar, de uma diretriz fundamental, orientadora de todo o ordenamento jurídico pátrio.

Com fulcro no princípio da dignidade humana, o artigo 60, § 4º, inciso IV, da Constituição Federal de 1988 estabelece: “Art. 60. A Constituição poderá ser emendada mediante proposta: § 4º - **Não** será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: IV - os direitos e garantias individuais” (grifos nossos). Desta forma, concede a natureza de “cláusula pétrea” aos direitos e garantias individuais.

Seguindo essa principiologia, o Texto Constitucional, no Título II – Dos Direitos e Garantias Fundamentais, após prever vários direitos e garantias individuais e coletivos, cujo rol é exemplificativo, estabelece, no artigo 5º, § 1º, que as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata. Tal previsão permite afirmar que a Constituição Federal atribuiu **força normativa** à aplicabilidade imediata de toda e qualquer norma asseguradora de direitos e garantias fundamentais; que estas incidem na classificação proposta por José Afonso da Silva, como **normas constitucionais de eficácia plena**, em face do comando para direta, imediata e integral aplicação de tais normas.

Vislumbra-se a preocupação da Constituição Federal de 1988 com os direitos fundamentais do ser humano, ainda, pela análise do § 2º do artigo 5º, deste documento, que prevê que os direitos e garantias fundamentais previstos na Carta Magna não excluem outros direitos e garantias decorrentes do regime e dos princípios adotados pelo Texto Maior ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil for parte. Explorando o sentido desta norma, verifica-se que se a própria Constituição Federal estabelece que “não se excluem”, é porque **autoriza** que todos os tratados e convenções internacionais que versem sobre direitos humanos sejam incluídos no ordenamento jurídico brasileiro e, como tal, considerados como se escritos fossem no Texto Maior. Neste ponto, é clara a **abertura constitucional a novos direitos, adaptando-se às mudanças do Direito e da sociedade**, dinâmicos que são.

Ressalte-se que, nos termos do Artigo 5º, § 1º e § 2º, da CF/88, a aplicabilidade imediata dos tratados internacionais está apenas evidenciada quando em seu bojo prevêm **direitos e garantias fundamentais**, gerando tais efeitos, tanto na ordem jurídica internacional como na interna. Entretanto, os tratados internacionais

a respeito de outros assuntos ficam condicionados ao decreto presidencial, em razão do silêncio constitucional sobre a matéria²⁶⁶.

Por interpretação sistemática desses artigos, ratificado um **tratado internacional, versando sobre direitos e garantias fundamentais** pelo Poder Executivo, o Estado brasileiro vincula-se, tanto no âmbito internacional como no interno²⁶⁷. Diz-se, assim, que a **incorporação é automática** com base na mencionada ratificação, não sendo necessária a expedição de decreto pelo Presidente da República para o Estado vincular-se, tanto no âmbito internacional como internamente. Partilham

²⁶⁶ No Brasil, um tratado internacional, independente da natureza do assunto regulamentado, para integrar o ordenamento jurídico pátrio, e, em consequência, ter força obrigatória, ou seja, gerar direitos e obrigações, deverá cumprir quatro fases distintas, a saber: **a) 1ª fase: atos de negociação, conclusão e assinatura**, que conduzem à celebração do tratado, ato exercido pelo Presidente da República, em nome da República Federativa do Brasil, nos termos do artigo 84, VIII, da CF/88. Esta fase demonstra o aceite político precário e provisório do Estado-parte de um tratado autêntico e definitivo, sinalizando, assim, que o país pretende obstar atos violadores dos propósitos do tratado e pretende também participar das demais fases de formação do tratado, todavia, não deflagra ainda efeitos jurídicos vinculantes; **b) 2ª fase: apreciação e aprovação do tratado celebrado pelo Poder Legislativo**, na qual o Congresso Nacional aprovará definitivamente tal tratado, por decreto legislativo (artigo 49, inciso I, da CF/88); **c) 3ª fase: haverá a ratificação pelo Poder Executivo**. Note-se que a ratificação só pode se ocorrer depois da aprovação pelo Poder Legislativo e pode ocorrer *in totum*, pela aceitação de todas as cláusulas ou apenas parcialmente, quando, via declaração **unilateral**, o Presidente da República afasta alguma(s) cláusula(s), que constituem as chamadas **reservas**. Ademais, é no momento da ratificação que o tratado internacional adquire executoriedade e o Estado vincula-se no âmbito internacional, sendo obrigatório o cumprimento daquele. Para tanto, mister se faz o depósito do instrumento de ratificação no órgão que assumiu a custódia do instrumento (ex.: ONU, O.E.A. etc.). No âmbito interno, a doutrina diverge a respeito do momento em que o tratado internacional gera efeitos no âmbito interno, consoante será visto no item 2.2.1.; e **d) 4ª fase: por fim, tem-se a promulgação e publicação de decreto** (artigo 84, inciso IV, da CF/88), assinado pelo *Presidente da República*.

Ratificado um tratado internacional, este apresenta força obrigatória e vinculante, sob pena de responsabilização internacional do Estado-membro violador. Já no âmbito interno, a eficácia daquele depende da incorporação de suas previsões no ordenamento jurídico interno, em relação as quais a doutrina diverge, havendo duas teorias: a monista e a dualista, que interpretam a partir de óticas distintas o artigo 5º, § 1º, da Constituição Federal de 1988.

²⁶⁷ No que tange à aplicabilidade dos tratados internacionais ao ordenamento jurídico, existem duas correntes: a monista e a dualista.

Segundo a teoria monista, o Direito é uma unidade, na qual as normas internas e as internacionais integram o mesmo ordenamento e, em caso de conflito, pode prevalecer a norma interna (Monismo com o primado do Direito Interno) ou a internacional (Monismo com o primado do Direito Internacional). Sendo assim, no caso de incorporação dos tratados internacionais, apenas o ato de ratificação pelo Poder Executivo é suficiente para transpor a norma do plano internacional para o plano interno.

BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da constituição*. 5ª ed., São Paulo: Saraiva, 2003, p. 15-16, em contraposição, a teoria dualista defende que as normas internas e as internacionais são independentes (o Direito Internacional disciplina relações entres Estados soberanos, enquanto que o Direito Interno disciplina assuntos internos dos Estados, sendo os dois sistemas **independentes** e mutuamente **excludentes**) e, portanto, para que estas sejam aplicadas internamente devem, primeiro, ser transformadas em lei interna, mediante procedimentos formais estabelecidos na Constituição do país e, em caso de conflito entre ambas, a norma interna vale independente da regra internacional, sob pena do Estado ser responsabilizado. Sob esta ótica, a ratificação do tratado internacional pelo Poder Executivo é tão somente ato de Direito Internacional Público e, portanto, gera efeitos somente na ordem internacional. Para produzir efeitos internamente, mister se faz, após a ratificação do tratado, a *existência de um ato jurídico normativo interno*, que consiste na publicação de decreto presidencial. Este, por sua vez, é fundamental, uma vez que assegura a promulgação do tratado internacional no âmbito interno, garante a observância do princípio da publicidade e confere executoriedade ao tratado ratificado. A partir de então, o tratado internacional vigerá na ordem interna, tornando-se obrigatório e vinculante

deste entendimento: Flávia Piovesan, Antônio Augusto Cançado Trindade, Celso Lafer, Celso Ribeiro Bastos, dentre outros.

Sendo assim, é possível afirmar que o ordenamento jurídico-brasileiro ao tomar como diretriz a Declaração Universal dos Direitos do Homem (1948), comprometeu-se²⁶⁸ a oferecer remédios efetivos para os atos violadores de direitos fundamentais²⁶⁹ e, ao ratificar o Pacto Internacional dos Direitos Cívicos e Políticos de 1966, assumiu a obrigação jurídica de julgar toda pessoa, na esfera penal, em prazo razoável²⁷⁰. Em 1992, o Estado brasileiro tornou-se signatário da Convenção Americana de Direitos Humanos de 1969 (Pacto de São José da Costa Rica), momento em que reiterou tal obrigação, estendendo-a também as esferas: civil, trabalhista, fiscal, como de qualquer outra natureza²⁷¹.

Ressalte-se que a República Federativa do Brasil assinou referida Declaração e tais tratados internacionais, razão pela qual foram **recepcionados e integrados** ao ordenamento jurídico brasileiro, **na condição de direitos humanos**

e, conseqüentemente, conforme entendimento do Supremo Tribunal Federal, poderá também ser objeto de ação direta de inconstitucionalidade. Esta posição é adotada pela doutrina brasileira majoritária.

²⁶⁸ Segundo alguns doutrinadores constitucionalistas, o Estado brasileiro comprometeu-se, porém, não se tornou vinculado juridicamente, pois a natureza da Declaração Universal de 1948 não é de tratado, não apresentando força de lei. Trata-se de um texto, formalizado por meio de uma resolução da ONU. Como foi o primeiro texto, logo após a segunda Guerra Mundial, a tratar dos direitos humanos em uma esfera global, seu objetivo limitou-se a promover o reconhecimento universal dos direitos humanos e das liberdades fundamentais, consolidando uma **ética universal** a serem observados por todos os Estados, sob pena de reprovação por parte da comunidade mundial.

PIOVESAN, Flávia. *op. cit.*, p. 140, grifos nossos, todavia, neste trabalho, adotaremos posição oposta, seguindo os ensinamentos de Flávia Piovesan que enfatiza que **“a Declaração Universal de 1948, ainda que não assuma a forma de tratado internacional, apresenta força jurídica obrigatória e vinculante**, na medida em que constitui a **interpretação** autorizada da expressão ‘direitos humanos’ constante dos artigos 1º (3) e 55 da Carta das Nações Unidas. Ressalte-se que, à luz da Carta, os Estados assumem o compromisso de assegurar o respeito universal e efetivo aos direitos humanos.

Ademais, a natureza jurídica vinculante da Declaração Universal é reforçada pelo fato de – na qualidade de um dos mais influentes instrumentos jurídicos e políticos do século XX – ter-se transformado, ao longo dos mais de cinquenta anos de sua adoção, em **direito costumeiro internacional e princípio geral do direito internacional**”.

²⁶⁹ Artigo VIII, da Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948: “Toda pessoa tem o direito de receber dos Tribunais nacionais competentes recurso efetivo para os atos que violem os direitos fundamentais, que lhe sejam recolhidos pela Constituição ou pela lei”.

²⁷⁰ Internacional dos Direitos Cívicos e Políticos de 1966: “Artigo 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. (...)”; e “Artigo 14. 3. Toda pessoa acusada de um delito terá direito, em plena igualdade, às seguintes garantias mínimas: c) a ser julgada sem dilações indevidas”.

²⁷¹ Convenção Americana de Direitos Humanos de 1969 (Pacto de São José da Costa Rica): “Artigo 8º - Garantias Judiciais. 1. Toda pessoa terá o direito de ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou Tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou na determinação de seus direitos e obrigações de caráter civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza”.

fundamentais, nos termos acima explicitados e, até o presente momento, o Brasil **não ofereceu denúncia** em relação a nenhum deles, motivo pelo qual continuam vigentes no ordenamento jurídico atual.

Desse modo, o Estado brasileiro assumiu a **responsabilidade primária** de superar as omissões e deficiências no âmbito processual interno, tendo por escopo garantir a duração de todo e qualquer processo em um prazo razoável, enquanto a comunidade internacional possui responsabilidade subsidiária, complementar àquela, constituindo uma garantia adicional de proteção a tal direito, acionada quando há omissões, falhas ou má implementação de tais direitos pelas instituições de cada Estado.

Afirma-se, assim, que baseado na assinatura da Declaração Universal de 1948 e dos tratados internacionais supracitados, o Estado brasileiro tem o dever de garantir o **direito fundamental à celeridade processual** a todos indivíduos, partes de processos de qualquer natureza, perante o Poder Público, sob pena de responsabilização, tanto interna como internacional.

Em conseqüência, no plano interno, tem-se que: ficam inibidos atos e condutas violadoras dos direitos veiculados nos tratados internacionais ratificados, sob pena de invalidação; é possível ao particular, desde a ratificação pelo Poder Executivo, invocá-los; é recorrível toda decisão judicial contrária ao tratado internacional ratificado (artigo 105, inciso III, alínea “a”, da CF/88); norma preexistente com ele incompatível perde, automaticamente, a vigência²⁷². Já, no âmbito do Direito Internacional, o Tribunal internacional competente também pode declarar a antijuridicidade da conduta, invalidá-la e aplicar as sanções pecuniárias em favor da vítima da violação de direito fundamental, por atos, ações ou omissões do seu país, no plano interno²⁷³.

Portanto, pode-se afirmar que a Carta Magna de 1988 já adotava, antes mesmo do advento da Emenda Constitucional n.º 45/2004, um sistema jurídico misto

²⁷² PIOVESAN, *op. cit.*, p. 81.

²⁷³ GORDILLO, Agustín. *Derechos humanos: doctrina, casos y materiales: parte general*, Buenos Aires: Fundación de Derecho Administrativo, 1990, p. 51-52 *apud* PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*. 7ª ed., São Paulo: Saravia, 2006, p. 81-82.

quanto à incorporação dos tratados internacionais, tendo como supedâneo a **obediência ao espírito e à principiologia de toda Constituição**.

Neste contexto, Fábio Konder Comparato afirma que os direitos humanos positivados na Constituição Federal têm a natureza jurídica de princípios fundamentais. Diga-se, mais, também os direitos humanos previstos de forma implícita ou extensiva (artigo 5º, § 2º, da CF/88) na Constituição Federal de 1988 possuem a **natureza jurídica de princípios fundamentais** e como princípios fundamentais, tais direitos devem **orientar toda a produção e a aplicação-interpretação do Direito**, assim como a atuação do Estado para sua efetivação. Outrossim, verifica-se que o respeito cada vez maior aos direitos humanos, em face de sua natureza baseada no princípio da dignidade humana, tem se tornado um aspecto essencial de **legitimação governamental**²⁷⁴.

4 A atualidade e a convergência das leis mais recentes com a principiologia constitucional, anterior à Emenda Constitucional n.º 45/2004

Os anseios da população por uma resposta estatal célere e eficiente, como já exposto, tornaram o princípio da celeridade processual um direito público subjetivo, constitucional explícito, uma vez inserido no rol do Artigo 5º, da Constituição Federal de 1988. Ressalte-se, porém, que o princípio da celeridade processual sempre esteve **implícito** no ordenamento jurídico brasileiro, tendo em vista a recepção, pelo Brasil, das Declarações e tratados referentes aos direitos do homem supracitados, sobretudo, o Pacto de São José da Costa Rica, a previsão da inafastabilidade do Poder Judiciário (Artigo 5º, XXXV, da Constituição Federal de 1988) e o fato da previsão constitucional do devido processo legal, que, reflexamente, estabelece prazos processuais a serem obedecidos, para que, ao final, seja proferida a decisão estatal.

Até o advento da Emenda Constitucional n.º 45, de 31 de dezembro de 2004, o princípio da celeridade processual era garantido em face do Artigo 5º, § 2º, da Carta Magna, que estabelece que os direitos e garantias expressos não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios adotados pela Constituição ou de tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.

O fato é corroborado pela legislação infraconstitucional brasileira que antes da introdução do inciso LXXXVIII ao Artigo 5º da Constituição Federal de 1988, aprovava diversas leis, cujo princípio orientador é o da celeridade processual.

Uma dessas leis é a de n.º 8.078/910 que dispôs sobre os interesses difusos, homogêneos e coletivos (Artigo 81, parágrafo único), cuja tutela excede ao âmbito individual, protegendo interesses transindividuais. Esta lei é de suma importância no processo brasileiro, tendo em vista que diminui, visivelmente, o número de processos idênticos perante o Poder Judiciário.

Outra lei, de imensa repercussão social, é a Lei dos Juizados Especiais de n.º 9.099/95 (alterada pelas Leis n.ºs 10.259/01 e 11.313/06), orientada pelos “critérios da oralidade, informalidade, economia processual e celeridade”, consoante dispõe o Artigo 62, da Lei n.º 9.099/95, observada a imposição do Artigo 98, inciso I, da Constituição Federal de 1988. Os reflexos inovadores desta legislação ocorreram, tanto no âmbito civil como no penal. No âmbito civil, destaca-se uma única audiência de instrução e julgamento, na qual são realizados todos os atos processuais; já no aspecto penal, há possibilidade de composição dos danos civis (Artigo 74, Lei n.º 9.099/95) e a transação penal (Artigo 76, Lei n.º 9.099/95), dentre outras medidas.

Nesta legislação, observa-se que a forma como os recursos contra as decisões dos Juizados Especiais se operam, obedece, rigorosamente, a tão almejada celeridade do procedimento, sobretudo, por estar agregada à descentralização da justiça, já que as Turmas Recursais funcionam também no interior do Estado, como é o caso do estado de São Paulo.

²⁷⁴ Fator este, ultimamente, refletido também na seara do Direito Internacional.

Neste sentido, é a Lei n.º 8.952, de 13 de dezembro de 1994, que atendendo aos reclamos de efetividade do processo, introduziu o instituto da tutela antecipada, dando nova redação ao Artigo 273 do Código de Processo Civil. A tutela antecipada consiste, consoante entendimento de Pedro Barbosa Ribeiro, no

(...) ato pelo qual o juiz, ante a prova inequívoca dos fatos articulados pelo autor, na peça exordial, e ante a verossimilhança dos fundamentos jurídicos do pedido, concede o adiantamento da tutela jurisdicional pedida, desde que haja fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação; ou que fique caracterizado, pelo comportamento do réu, o abuso do direito de defesa ou de seu manifesto propósito procrastinatório.²⁷⁵

No mesmo diapasão, a Lei de Arbitragem n.º 9.307/1996, por sua vez prevê a solução de litígios patrimoniais disponíveis entre as partes, desde que estes não envolvam o Poder Público, tendo em vista o princípio da indisponibilidade do interesse público. A referida lei institui que este procedimento não se desenvolve perante o Poder Judiciário, sendo a ele submetido apenas ao final, para verificar a validade do procedimento, o que abrevia o tempo de demora deste. Dessa forma, constata-se que a arbitragem mantém o caráter litigioso da demanda, sendo também revestido de formalidades, que são observadas pelas partes, porém, de forma mais rápida.

Inovação, inicialmente polêmica, trouxe a Lei n.º 9.800/99, que introduziu a possibilidade de apresentação de petições por meios eletrônicos. A partir de então, surgiram debates sobre a aceitação de outros atos processuais na mesma forma, tais como: penhora *on line*, acareção por meio de videoconferência etc., o que, em breve, diante da conjuntura social e tecnológica atual, deve vir a ser aceito e pacificado na jurisprudência.

O grande debate foi em relação às audiências por videoconferência, sobretudo na esfera criminal, na qual os réus presos permanecem em uma sala do próprio presídio e são ouvidos e vistos pelo julgador a distância, que permanece na sala de audiência, no Fórum. Não há, assim, a necessidade de deslocamento ao

²⁷⁵ RIBEIRO, Pedro Barbosa. *Revista do Instituto de Pesquisas e Estudos - Divisão Jurídica*, n.º 25, ed. Instituição Toledo de Ensino – Bauru/SP, abril a julho de 1999, p. 243.

Fórum e interação em um mesmo ambiente, e as indagações são elaboradas e respondidas a partir de um sistema de videoconferência.

Os defensores²⁷⁶ do interrogatório a distância indicam que o sistema proporciona economia, segurança e celeridade, sendo meio essencial para atendimento dos direitos fundamentais e da própria dignidade da pessoa humana: uma vez que não dá ensejo à morosidade processual, proporcionando efetiva tutela jurisdicional em tempo hábil, atendendo, assim, tanto os interesses do réu, em especial, para a fixação dos benefícios processuais em tempo razoável, como da própria sociedade, que deseja ver punido o infrator²⁷⁷.

Os críticos²⁷⁸ da utilização do sistema de videoconferência, por sua vez, alegam ofensa ao direito constitucional à ampla defesa, pois entendem que o interrogatório é o único momento em que o réu tem para falar diretamente com o juiz e que o contato "virtual" é distante e desumano, não permitindo ao Juiz de Direito uma correta avaliação do infrator, como pessoa (intenções, trejeitos, sentimentos etc.)²⁷⁹, tal como ocorre no interrogatório tradicional. Outrossim, alegam que a função específica do Poder Judiciário é solucionar conflitos, tutelando a liberdade jurídica, e não socorrer o Poder Executivo em suas falhas e omissões.

²⁷⁶ GOMES, Luiz Flávio. "O Interrogatório a distância através do computador", *in* Revista Literária de Direito. São Paulo, n. 14, Novembro a Dezembro, 1996.); ARAS, Vladimir. "O tele-interrogatório no Brasil"; *in* Jus Navigandi, Teresina, ano 7, n. 61, jan. 2003. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=3632>>; BECHARA, Fábio Ramazzini. "Videoconferência: princípio da eficiência versus princípio da ampla defesa (direito de presença)". Revista juristas, João Pessoa, a. III, n.º 92, 19/09/2006. Disponível em: http://www.juristas.com.br/mod_revistas.asp?ic=666, dentre outros.

²⁷⁷ "INTERROGATÓRIO JUDICIAL ON-LINE. Valor – Entendimento – O sistema de teleaudiência utilizado no interrogatório judicial é válido à medida que são garantidas visão, audição, comunicação reservada entre o réu e seu defensor e faculta, ainda, a gravação em compact disc, que será anexado aos autos para eventual consulta. Assim, respeita-se a garantia da ampla defesa, pois o acusado tem condições de dialogar com o julgador, podendo ser visto e ouvido, além de conversar com seu defensor em canal de áudio reservado." (TACRM/SP – Apelação nº 1.384.389/8 – São Paulo – 4ª Câmara – Relator: Ferraz de Arruda – 21.10.2003 – V.U., Voto nº 11.088).

²⁷⁸ PITOMBO, Sérgio Marcos de Moraes. "Interrogatório à distância", *in* Boletim Ibcrim. São Paulo. Ano 8, n.º 93, agosto 2000; D'URSO, Luís Flávio Borges, "O interrogatório *on line* – uma desagradável justiça virtual", *in* www.bureaujuridico.com.br, artigos/penal/artigos_9; entendimento do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, da Associação dos Procuradores do Estado de São Paulo, dentre outros.

²⁷⁹ DOTTE, René Ariel. "O interrogatório à distância: um novo tipo de cerimônia degradante" *apud* RT 740/480, neste sentido afirma que "a tecnologia não poderá substituir o cérebro pelo computador e muito menos o pensamento pela digitação. É necessário usar a reflexão como contraponto da massificação. É preciso ler nos lábios as palavras que estão sendo ditas, ver a alma do acusado através de seus olhos, descobrir a face humana que se escondera por trás da máscara do delinqüente..."

Apesar da existência de corrente oposta, o sistema de vídeoconferência é um instrumento imperativo em face da globalização da sociedade atual e da explosão de pleitos, sobretudo, na esfera dos direitos difusos, sendo fundamental na oitiva de pessoas que habitem lugares distantes no país ou no exterior, na redução de custos e periculosidade na remoção de presos, na oitiva de pessoas impossibilitadas de comparecerem à audiência etc. Trata-se, pois, de um aparato voltado a satisfação dos interesses da população e a manutenção da própria normatividade da Constituição. Diante da dinâmica do Direito e da sociedade, a Medida Provisória n.º 28, de 4/2/2002, autorizou o uso de

equipamentos que permitam o interrogatório e a inquirição de presidiários pela autoridade judiciária, bem como a prática de outros atos processuais, de modo a dispensar o transporte dos presos para fora do local de cumprimento da pena.

Paralelamente, há vários projetos de lei tramitando no Congresso Nacional no intuito de regularizar a vídeoaudiência. Verifica-se, assim, que o contato pessoal entre o julgador e as demais pessoas participantes do processo tende a diminuir por meio da comunicação virtual.

Neste sentido, também, segue a implantação do peticionamento eletrônico, que permite a remessa de peças processuais por fac-símile (*fax*) "ou outro similar", em cujo conceito inclui-se o correio eletrônico. Todavia, a Lei n.º 9.800/99 exige a apresentação da petição original no prazo de cinco dias da data do término do prazo, o que, para parte inovadora da doutrina, anula a utilidade do envio da petição por e-mail, previsão esta que foi revogada pela Lei n.º 11.419, de 19 de dezembro de 2006, que entrará em vigor em noventa dias, contados de sua publicação, como se verá posteriormente.

O Estatuto do Idoso, Lei n.º 10.173/01, também introduziu novos artigos estabelecendo prioridade de julgamento às causas de interesse de pessoas com idade igual ou superior a sessenta anos. Isso porque a realidade de nosso país expressa que a concretização da justiça é demorada. Por isso, a edição da referida lei, cuja finalidade é prestar, efetivamente, a tutela estatal, em qualquer esfera, às pessoas idosas, as

quais, na maioria das vezes, necessitam de uma resposta do Poder Judiciário e da Administração Pública mais urgente do que as demais pessoas.

Note-se que o envelhecimento, também, é um direito personalíssimo e, como tal, subsume-se ao regime jurídico especial regulador dos direitos fundamentais; e o processo, o instrumento para a obtenção desses direitos, deve ser célere. Neste mesmo sentido, são os interesses dos litigantes acometidos por doenças graves, a quem a referida lei está sendo aplicada analogicamente. Dessa forma, fomentar um processo rápido às pessoas que necessitam, em razão de uma qualidade intrínseca à parte requerente, é dever do Estado, em seu compromisso de fazer cumprir, inclusive, a isonomia constitucional.

Pela legislação existente, é evidente, diante de demora na prestação da justiça, a necessidade de um processo mais célere para pessoas em condições especiais. Até porque “um processo para ser justo deve tratar de forma diferenciada os direitos evidentes, não permitindo que o autor espere mais do que o necessário para a realização de seu direito.”²⁸⁰

Institutos processuais mais recentes também já tinham o escopo de agilizar o processo, tais como: o processo do mandado de segurança, o processo monitorio, a execução direta dos títulos extrajudiciais, a execução provisória das decisões de primeiro grau, dentre outros. Corroborando com tal finalidade, foi editada, recentemente, a Lei n.º 10.352/01, que introduziu alterações no sistema recursal, diminuindo o número de recursos até então admitidos. Estes são, portanto, alguns dos mecanismos processuais para dar concretude ao princípio da celeridade processual.

Pelo discorrido, verifica-se que a demora na prestação de uma “tutela de urgência” pode implicar a perda definitiva ou lesão iminente e irreversível do direito, liberdade ou garantia fundamental, o que tornaria o próprio processo inócuo, sem efeito. Portanto, fica evidenciado o dever da Administração Pública, diante desses casos, de apresentar providências imediatas, no sentido de responder às exigências do caso concreto, de modo prioritário e efetivo.

²⁸⁰ MARINONI, Luiz Guilherme. *A Antecipação da Tutela*. 5ª ed., São Paulo: Malheiros, 1999, p. 107.

Observa-se, assim, que a legislação infraconstitucional, mesmo antes da vigência da Emenda Constitucional n.º 45/2004, já havia leis no sentido de garantir celeridade do processo, buscando, dessa forma, dar atender, efetivamente, aos anseios da população. O fato, portanto, do princípio da celeridade processual ter sido inserido no rol do Artigo 5º, da Constituição Federal de 1988, só veio a beneficiar e a facilitar seu cumprimento, na medida que o tornou uma norma de aplicabilidade plena e imediata e como norma constitucional passou a revogar todas as normas infraconstitucionais que, com ela colidentes, proibir a edição de qualquer norma futura que lhe seja contrária, sob pena de inconstitucionalidade, como também tem obrigado o Estado a implementar e garantir a efetivação desse princípio em prol dos administrados.

5 Inovação implementada pela Emenda Constitucional n.º 45/2004

Seguindo as exigências da sociedade contemporânea, como visto anteriormente, o constituinte de 1988 inseriu diversos princípios fundamentais do processo no Artigo 5º da atual Constituição Federal, concedendo-lhes o *status* de direitos fundamentais ou garantias constitucionais do processo.

Desde de sua promulgação, em outubro de 1988, a Constituição vem sofrendo inúmeras modificações, na constante busca de seu aperfeiçoamento que atenda aos anseios sociais. Assim, foram editadas inúmeras Emendas Constitucionais, uma das mais relevantes, é a Emenda nº 45/04, vulgarmente conhecida como Emenda da “Reforma do Judiciário”.

A ampla reforma proporcionada pela referida Emenda veio atender a antigo apelo de considerável parcela da sociedade e, em especial, a dos operadores do Direito que, no exercício de suas funções, se deparavam com um Poder Judiciário moroso, burocrático e incapaz de oferecer a prestação jurisdicional em tempo razoável.

Buscando amenizar parte desses problemas, o legislador editou a Emenda Constitucional nº 45/04, estabelecendo muitas regras que acenam para um Poder Judiciário mais eficaz. Estabeleceu como direito fundamental a razoável duração de processos; criou Conselhos Nacionais de Justiça e do Ministério Público, responsáveis pelo controle da atuação administrativa, financeira e funcional dos órgãos encarregados da prestação jurisdicional. Adotou providências destinadas a auxiliar na efetividade do direito consignado no artigo 5º, LXXVIII da CF, prevendo regras: a) para tornar a atividade jurisdicional ininterrupta, b) para garantir a correta equação entre o número de juizes, a população e a demanda judicial, c) fixando a distribuição imediata de processos em todos os graus de jurisdição, d) determinando a delegação dos atos de prática de atos de administração e de mero expediente a servidores do juízo, e) dispondo sobre a não promoção do magistrado que, injustificadamente, retiver autos em seu poder, além do prazo legal, não podendo devolvê-los ao cartório sem o devido despacho ou decisão; f) estatuinto súmula com efeito vinculante; g) instituindo a justiça itinerante e a descentralização da justiça; h) conferindo o *status* de normas jurídicas equivalentes às emendas constitucionais aos tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos, entre outras medidas. O conjunto de medidas, cuja eficácia somente o tempo poderá atestar, aponta, todavia, para o início de uma grande mudança no sistema jurisdicional brasileiro que já não atende as necessidades da sociedade atual.

Destarte, a partir da Emenda nº 45/04 constitui direito fundamental do indivíduo, explícito na Constituição Federal de 1988, a duração razoável do processo dispondo o Artigo 5º, LXXVIII que “a todos são assegurados, no âmbito judicial e administrativo, a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação”. Essa garantia constitucional é desdobramento de outra garantida prevista na Magna Carta, qual seja, a do acesso de todos ao Judiciário, pois “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”, constituindo monopólio estatal a solução de conflitos de interesses.

O fato de tornar expresso o direito à celeridade processual, portanto, demonstra a preocupação política de atender os anseios de uma sociedade

globalizada. Atente-se, porém, que a mera previsão abstrata do direito à celeridade processual não basta para sua efetivação, sendo necessária, além das medidas concretas expostas, a edição de leis infraconstitucionais que implementem tal objetivo, tornando-o o exercício desse direito eficaz, bem como a destinação de verbas para a melhoria da estrutura do Poder Judiciário, permitindo que este invista em tecnologia, recursos materiais e recursos humanos, em prol de uma justiça mais célere e eficiente.

VIII O PROCESSO DE INTERPRETAÇÃO E A PROBLEMÁTICA DOS CONCEITOS INDETERMINADOS

Pelo processo interpretativo, o intérprete busca esclarecer o significado dos termos que a norma jurídica contém, ou seja, é um procedimento cuja finalidade é **extrair** o significado e o alcance da própria norma jurídica. Entretanto, para expressar o real significado da norma, faz-se mister observar dois pressupostos: o primeiro, que o intérprete seja neutro; e, o segundo, que a norma seja considerada como o fundamento e, simultaneamente, como o limite da interpretação.

No que tange ao primeiro pressuposto, verifica-se que a neutralidade do intérprete, tratando-se de ciências humanas não é absoluta, ou seja, não há um distanciamento total entre o operador do direito e a questão a ser apreciada. Segundo Martin Heidegger, o intérprete, sujeito da compreensão, toma consigo todo seu mundo, baseado no qual faz a projeção do significado que vai atribuir ao signo, à norma jurídica. O intérprete, portanto, analisa um mundo já compreendido por nós.

Em razão do quadro exposto, o intérprete deve buscar ser o mais imparcial possível, isto é, consciente de sua pré-compreensão, para que, consiga ser, ao final, isento tanto em relação às complexidades da subjetividade pessoal como também em relação às influências sociais. Até porque, consoante enfatiza Miguel Reale, o texto sempre permanece o mesmo, o que mudam são as interpretações. Daí a necessidade de um intérprete o mais imparcial possível, para uma adequada interpretação da norma jurídica e, se possível, um mínimo de consenso, sobretudo em relação aos conceitos indeterminados.

O ideal é que o intérprete seja consciente de suas circunstâncias, posturas ideológicas, preconceitos, neuroses, frustrações, vontades etc. Enfim, neutro, sem histórias, sem memórias, sem desejos, para que interprete a norma da maneira mais racional e objetiva possível. Isso porque a interpretação é um ato de conhecimento, ou seja, de revelação do sentido de uma norma preexistente, seguida por um ato de vontade, que consiste na escolha de uma possibilidade, dentre várias, a ser aplicada ao caso concreto. Fazendo-se um paralelo a Heráclito, pode-se afirmar que **a norma não diz nem oculta nada, ela significa**, portanto, é o intérprete quem deve atribuir um significado a norma jurídica, tendo em vista que ele é um mediador entre aquela e o caso concreto.

Neste ponto, é importante que se atente que o intérprete deve ser neutro e racional, para optar pela norma que melhor se adequará ao caso concreto, obedecidas às diretrizes principiológicas previstas na Constituição Federal, consoante visto anteriormente e, em caso de normas protetoras de direitos humanos, deve seguir as regras básicas de hermenêutica: a primazia da norma mais favorável ao ser humano e a complementaridade entre as normas dos tratados e declarações e de direito interno.

A **pré-compreensão** tem natureza subjetiva, pois consiste no conjunto de preconceitos que o intérprete tem a respeito de si mesmo e do qual deve ter consciência. A pré-compreensão implica o conhecimento que este tem sobre o objeto a ser interpretado; os pré-juízos, julgamentos que possui, bem como consciência dos pré-conceitos (idéia antecipada de algo, sem conhecê-lo, que pode ser correta ou errada). Por isso, o intérprete ao tomar uma decisão, deve estar atento a quatro aspectos: racional, emocional, social e organizacional, simultaneamente. Consciente de suas limitações, filosofias, posicionamentos, o intérprete é livre para decidir, conforme ensina Sanches Agesta, ou seja, para efetuar a interpretação da norma jurídica.

No que diz respeito à norma em si considerada, mister se faz que o intérprete tenha consciência de que ela é a fonte e o limite da interpretação. Logo, verifica-se que toda interpretação começa apoiada em uma interpretação literal da

norma e dessa, implementa-se com as demais formas, a saber: sistemática, teleológica, histórica, dentre outras. Ao final, porém, verifica-se se a decisão obtida é válida, formal e materialmente, com o ordenamento jurídico.

No que diz respeito à interpretação constitucional como concretização da norma jurídica, José Joaquim Gomes Canotilho entende que concretizar é construir uma norma jurídica e Konrad Hesse defende que concretizar é interpretar, ou seja, buscar fontes da realidade, dando ensejo a um processo criativo (método tópico).

Segundo Konrad Hesse, a interpretação constitucional como concretização da norma jurídica só se faz necessária às normas jurídicas não concludentes, ou seja, abertas, como é o caso do princípio da celeridade processual, como se verá adiante. As normas claras não precisam ser interpretadas. Isso porque o objetivo da interpretação é a obtenção da decisão mais adequada à solução do caso concreto. Daí, o autor defender o método concretizante como o ideal.

Entretanto, segundo ensinamentos do autor citado, para interpretar é preciso atentar: às condições do intérprete, ao processo de concretização e aos limites impostos pelo sistema jurídico. As condições do processo interpretativo referem-se à pré-compreensão do intérprete, já visto acima e ao caso concreto, que é pressuposto para o desenvolvimento do raciocínio. Por sua vez, o processo de concretização consiste na atuação tópica, ou seja, na técnica de pensar de maneira problematizada vinculada à norma jurídica e ao caso concreto, exigindo para tanto, a observância do programa normativo (texto da lei), do âmbito normativo (busca de elementos externos para complementar a interpretação. Ex.: doutrina e jurisprudência) e dos princípios do sistema (unidade da Constituição, concordância prática, justiça, eficiência integradora, eficácia máxima das normas constitucionais, dentre outros). Por fim, o intérprete deve atentar aos limites da interpretação, cuja decisão final não deve contrariar o ordenamento jurídico.

Ciente dessas limitações e procedimentos, um intérprete isento ater-se-á tão somente ao texto e as condições do caso concreto, elementos estes, que, segundo Konrad Hesse, são indissociáveis, para a obtenção da norma de decisão mais

adequada à solução do caso concreto. Obtida a norma de decisão, deve-se então verificá-la se está de acordo com o ordenamento jurídico. Se a resposta for negativa, deve-se proceder à nova interpretação da norma jurídica, caso contrário, alcançou-se a melhor solução para aquele caso específico.

A norma-decisão, ou seja, a melhor solução de uma lide específica deve ser analisada e extraída da conjugação norma jurídica e caso. Assim sendo, seguindo o raciocínio do autor e analisando o problema da definição do que seria a “razoável duração do processo”, o critério mais adequado para a definição de “prazo razoável” deve advir da análise de cada caso concreto, obedecendo-se aos prazos processuais estabelecidos em lei.

Caso não haja prazo fixado na norma, o magistrado deverá, à luz do ordenamento jurídico como um todo, sopesar as condições concretas da vida em sociedade, bem como os valores e meios aptos a efetivarem, da melhor e mais eficiente forma, o direito discutido.

Estes pressupostos são básicos para a interpretação da norma jurídica, em qualquer **Estado de Direito**, uma vez que nestes é inadmissível a arbitrariedade das decisões sem parâmetro de interpretação e, **o parâmetro, nestes, é e sempre será a lei.**

Partindo dos pressupostos supramencionados, a maioria da doutrina defende que toda e qualquer norma, por mais clara que seja, exige um processo interpretativo, até mesmo que se obtenha o entendimento de que se trata de uma norma clara e precisa. Assim ensina Maria Helena Diniz:

a norma jurídica sempre necessita de interpretação. A clareza de um texto legal é coisa relativa. Uma mesma disposição pode ser clara em sua aplicação aos casos mais imediatos e pode ser duvidosa quando se aplica a outras relações que nela possam enquadrar e às quais não se refere diretamente, e a outras questões que, na prática, em sua atuação, podem sempre surgir.²⁸¹

Verifica-se, portanto, que tanto os conceitos determinados quanto os indeterminados exigem sempre a delimitação do significado exato de seus termos por

²⁸¹ DINIZ, Maria Helena. *Compêndio de introdução à ciência do direito*. São Paulo: Saraiva, 1991, p. 381.

meio do processo interpretativo. Ressalte-se, quando a norma possui termos imprecisos, que o processo interpretativo torna-se muito mais relevante e complexo.

Neste tópico, a mesma dificuldade que se teve para estabelecer uma definição sobre o que são “direitos humanos fundamentais”, tratada no capítulo III desta dissertação, vislumbra-se, aqui, ao definir o que seria esta “celeridade processual”, este “tempo justo” de duração do processo. Isso porque são expressões que utilizam termos vagos e imprecisos, que exigem um denso trabalho interpretativo no sentido de esclarecer seu teor.

Um termo é considerado “vago” quando seu conteúdo é volúvel, inconstante, indeterminado, confuso, indefinido, não preenchido.²⁸² Tais termos, por consequência, são também imprecisos, gerando dúvidas, incertezas, ambigüidades e obscuridade. Daí, o problema dos conceitos indeterminados, sobretudo, na Constituição.

Consoante Maria Sylvia Zanella Di Pietro, a expressão “conceito indeterminado” vem sendo empregada

para designar vocábulos ou expressões que não têm um sentido preciso, objetivo, determinado, mas que são encontrados com grande frequência nas normas jurídicas dos vários ramos do direito. Fala-se em boa-fé, bem comum, conduta irrepreensível, pena adequada, interesse público, ordem pública, notório saber, notória especialização, moralidade, razoabilidade e tantos outros.²⁸³

Embora existam críticas à difícil definição dos **conceitos abertos**, verifica-se a absoluta **necessidade** de tais termos, sobretudo, na Constituição. Isso porque o Direito e a sociedade estão em constante processo de mudança, sendo, portanto, instituições dinâmicas. Assim, faz-se mister a necessidade da **constante adaptação**, a capacidade de mudança das normas de acordo com a realidade. Daí a importância das normas abertas, voltadas a atender às exigências sociais. Ademais, a existência dos conceitos indeterminados justifica-se pelo fato de muitas das normas constitucionais, princípios ou regras expressarem atos de poder, atos de vontade do

²⁸² BUENO, *op. cit.*, p. 1176 e 589.

²⁸³ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Discrecionalidade administrativa na constituição de 1988*. 2ª ed., São Paulo: Atlas, 2001, p. 97.

titular da soberania: o povo; pelo fato de constituírem normas de fundamento de validade, formal e material, às demais normas jurídicas infraconstitucionais, consoante assevera Hans Kelsen.

A norma prevista no Artigo 5º, inciso LVIII, da Constituição Federal de 1988 previu o instituto da celeridade processual, que tem por escopo uma prestação estatal, judicial ou administrativa, rápida e efetiva, em todo e qualquer ramo do Direito. Em razão dessa ampla margem de atuação e do grau de generalidade desta norma, vislumbra-se tratar de um **princípio** e não apenas de mera regra jurídica.

Como visto anteriormente, José Joaquim Gomes Canotilho ressalta a necessidade de interação harmônica entre princípios e regras, tendo por escopo obter a norma de decisão para o caso concreto. Consoante o referido autor, é necessário para tanto a **densificação dos princípios constitucionais**, articulando-os com as demais normas do sistema, dotadas de maior densidade de concretização. Para ele,

o processo de concretização constitucional assenta, em larga medida, nas densificações dos princípios e regras constitucionais feitas pelo legislador (concretização legislativa) e pelos órgãos de aplicação do direito a problemas concretos, designadamente os tribunais (concretização judicial). Qualquer que seja a indeterminabilidade dos princípios jurídicos, isso não significa que eles sejam imprevisíveis. Os princípios não permitem opções livres aos órgãos ou agentes concretizadores da constituição (imprevisibilidade dos princípios); permitem, sim, projeções ou irradiações normativas com um certo grau de discricionariedade (indeterminabilidade), mas sempre limitadas pela juridicidade objetiva dos princípios. Como Dworkin, o 'o direito - e desde logo, o direito constitucional - descobre-se, mas não se inventa.'²⁸⁴

Dessa forma, com base na densificação das normas jurídicas, é possível estabelecer uma **norma-decisão** que solucionará o caso concreto, atenderá às expectativas sociais e permitirá, assim, uma convivência social harmônica.

A busca da norma-decisão, porém, será mais fácil ou mais difícil, segundo os termos contidos na norma jurídica, ou melhor, o processo interpretativo da norma será mais simples ou mais complexo, dependendo se os conceitos que ela trazer, forem determinados ou indeterminados, respectivamente.

²⁸⁴ CANOTILHO, *op. cit.*, 1200 e ss.

Neste contexto, mister se faz expor os ensinamentos de Fernando Sainz Moreno²⁸⁵, sobre o problema dos conceitos indeterminados. O autor enfatiza que a imprecisão dos conceitos é uma característica da linguagem do Direito, sabendo-se, porém, que o Direito não existe sem a linguagem, da mesma forma que não existe pensamento fora da linguagem. A linguagem do Direito é natural, segundo o autor, entretanto, a partir do momento em que passa a fazer parte do ordenamento jurídico, juridiciza-se, tendo, então, seu significado delimitado também por outros conceitos jurídicos, por outros termos legais.

Fernando Sainz Moreno parte das seguintes assertivas: que todo conceito tem uma conotação (compreensão) e uma denotação (termo aplicado a vários objetos, extensão) e que todo objeto do conceito relaciona-se com uma significação, uma vez que o “conceito é o significado do termo”. Citando Eros Grau, o autor afirma, ainda, que os conceitos jurídicos possuem duas características: a) a não correspondência com a realidade, pois o conceito não é a realidade, mas, o significado da realidade, a representação, a compreensão da realidade; e b) a constante mutabilidade da compreensão dos conceitos jurídicos.

Apoiado nessas afirmações, Fernando Sainz Moreno passa a analisar a estrutura dos conceitos indeterminados, tendo por escopo atribuir a eles um significado baseado nas características do próprio objeto a que se refere. A estrutura desses conceitos é formada pelo **núcleo fixo ou zona de certeza** (constituído de dados prévios e seguros, característicos do conceito) e **halo conceitual ou zona de dúvida** (que circunda o núcleo fixo, sendo uma área “cinzenta”) e o conceito, por sua vez, possui dois limites: a) limite de certeza positiva (até as margens do núcleo fixo) e b) limite de certeza negativo (que extravasa o halo conceitual), nesta seara, está o “conceito jurídico indeterminado”.

No que tange aos conceitos determinados, seguindo os ensinamentos de Fernando Sainz Moreno, verifica-se que a maioria dos termos da norma jurídica está situada no núcleo fixo. Assim sendo, o significado da norma frente ao caso concreto é

²⁸⁵ MORENO, Fernando Sainz. *Conceptos Jurídicos. Interpretación y Discricionalidad Administrativa*. Madrid: Civitas, 1976.

de fácil compreensão, identificando-se uma quase completa ausência de insegurança semântica. Nestes casos, por meio de uma mera subsunção lógica, é possível vislumbrar qual é a opção capaz de alcançar a finalidade normativa pretendida pelo legislador, sendo diminutas as particularidades fenomenológicas a serem consideradas. Ademais, eventual indeterminação que possua o conceito determinado, este será decorrente de mera imprecisão da linguagem, que é corrigida por um processo interpretativo simples (ex.: interpretação extensiva, sistemática, teleológica e outras).

Por outro lado, a maioria dos termos dos conceitos indeterminados está, no entender de Fernando Sainz Moreno, no halo conceitual, ou seja, na zona de dúvida, o que caracteriza a fluidez do conceito.

Daí, tais conceitos exigirem um processo de preenchimento semântico, a referida “densificação” proposta por José Joaquim Gomes Canotilho. Por sua vez, este procedimento envolve um elevado grau de complexidade lógica, pois, há uma multiplicidade de decisões possíveis e aceitáveis a serem aplicadas ao caso concreto, todavia, é necessário escolher a melhor decisão, ou seja, a mais adequada à satisfação da finalidade normativa àquela situação específica. A referida escolha, porém, envolve um ato de valoração a ser efetuado pelo intérprete. Neste sentido, é importante ressaltar o ensinamento de Jürgen Habermas, enfatizando que o valor deve ser para todos e não apenas para o intérprete da norma. Por isso, a dificuldade de interpretação desses conceitos.

Diante do exposto, constata-se a dificuldade e a complexidade de estabelecer um conceito unívoco para os termos vagos, abertos e imprecisos. Fato este, aliás, que pode ser observado pelas divergências apresentadas, tanto na doutrina como na jurisprudência. Portanto, reitera-se a necessidade de obedecer aos pressupostos de isenção do intérprete e considerar a norma como fundamento e, simultaneamente, como limite da interpretação, acima explicitado, bem como se acrescenta, seguindo Jürgen Habermans, a necessidade de uma **interpretação sistemática**, ou seja, de acordo com o ordenamento jurídico, cujo resultado seja voltado a todos os membros da sociedade.

Fundamentado nessa conscientização, nos próximos capítulos, buscar-se-á extrair o significado da norma fixada no Artigo 5º, inciso LXXVIII, da Constituição Federal, que estabelece: “a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação”, baseada na análise de seus elementos constitutivos.

IX PROCESSO

1 Conceito

Etimologicamente, o termo processo deriva do verbo latim *procedere*, que indica a ação de avançar, de proceder, de ir por diante, ir para frente (*pro + cedere*); seguimento, curso, marcha.

No dicionário, processo é

Ato de proceder ou de andar; seguimento; maneira de operar, resolver ou ensinar; técnica; ação judicial; os autos; caderno que contém os documentos relativos a um negócio; série de fenômenos sucessivos com nexos de causa e efeito; os diversos períodos de evolução de um fenômeno; (Anat.) apófise, prolongamento; --- social: (Sociol.) modo de agir, movimentos e reações entre indivíduos ou grupos que entram em contato²⁸⁶.

A palavra “processo”, como visto, é abrangente e, como tal, pode ser empregada em diversos contextos, desde os mais simples até os mais complexos processos que se desenvolvem em diferentes searas, tais como: no âmbito da psicologia, da matemática, da física, da biologia, da geologia etc. Por exemplo, o processo de gestação até o nascimento de um ser vivo, a construção de um edifício, o processo de formação educacional de um indivíduo, o surgimento do planeta Terra, dentre outros, estando, assim, o “**processo**” presente em inúmeros contextos, sendo um fenômeno constante e diário, presente na vida humana, na sociedade. Enfim, na natureza, pela sua própria razão de ser, ou seja, **uma seqüência lógica, cronológica e concatenada de atos.**

²⁸⁶ BUENO, *op. cit.*, p. 908.

Da mesma forma, o termo “processo”, também, é utilizado, freqüentemente, por diversas ciências, tendo aplicação nos mais distintos setores. Por exemplo, em psicologia, processo é o desempenho de alguma atividade cognitiva composta: uma operação que afeta o conteúdo mental: "o processo do pensamento"; "o processo cognitivo da memória". Já em gerência de operações, processo é a seqüência de passos, tarefas e atividades que convertem entradas de fornecedores em uma saída. Neste caso, exemplos de processos incluem a formação, preparação, tratamento ou melhora de materiais em suas características físicas ou químicas, resultando em sua transformação. No sentido estritamente jurídico, segundo dicionário, processo é

5. Atividade por meio da qual se exerce concretamente, em relação a determinado caso, a função jurisdicional, e que é instrumento de composição das lides. 6. Pleito judicial, litígio. 7. Conjunto de peças que documentam o exercício da atividade jurisdicional em um caso concreto²⁸⁷.

Este último registro, obviamente, corresponde a autos do processo, enquanto o número seis seria entender processo *lato sensu*, aplicando-se mais adequadamente à lide ou, até mesmo, à ação.

Em consulta ao dicionário jurídico de J. M. Othon Sidou, processo é:

(1) S.m. (Lat. processus = marcha, progresso; na acep. específica, causa, iurgium, lis) Dir. Proc. Meio pelo qual o interessado provoca a prestação jurisdicional, alegando violação de direito subjetivo protegido por norma de direito objetivo. Cognatos: processamento (s.m.), ato de instaurar processo contra alguém; processar (v.); processual (adj.), relativo a processo. OBS. Não confundir com procedimento. CPC, art. 270²⁸⁸.

Considerando o dicionário de filosofia de Nicola Abbagnano,

Processo (lat. Processus; in. Process; fr. Processus; al. Process; it. Processo). 1. Procedimento, maneira de operar ou de agir. P. ex., “o P. de composição e de resolução”, para indicar o método que consiste em ir das causas ao efeito, ou do efeito às causas (CF/88., p. ex., S. TOMÁS de Aquino. S. Th. , III, q. 14, a. 5); “P. ao infinito”, que é de uma causa outra, infinitamente (Ibid., I, q. 46, a. 2)²⁸⁹.

²⁸⁷ FERREIRA, Aurélio B. de H. *Novo dicionário da língua portuguesa*. 2ª ed., Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1986, p. 1.395.

²⁸⁸ SIDOU, J. M. Othon. *Dicionário Jurídico – Academia Brasileira de Letras Jurídicas*. 3ª ed., Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1994, p. 616.

²⁸⁹ ABBAGNANO, *op. cit.*, p. 798.

Em termos gerais, observa-se que processo é o conjunto seqüencial e peculiar de ações que objetivam atingir uma meta, sendo utilizado para criar, inventar, projetar, transformar, produzir, controlar, manter e usar produtos ou sistemas. Trata-se, enfim, de “qualquer fenômeno que apresente contínua mudança no tempo”.

1.1 Elementos essenciais ao processo

Processo é, por definição, como já visto, qualquer operação ou tratamento contínuo. Neste sentido, já afirmava Heráclito, quinhentos anos antes do nascimento de Jesus Cristo, sobre a relevância do processo, ao declarar que **um homem não pode entrar duas vezes no mesmo rio, pois o homem será diferente e assim também o rio** (grifos nossos).

Observa-se que todo processo é dinâmico. Os acontecimentos e as relações estão sempre em mudança, são contínuos. Assim, ao chamar algo de processo, dir-se-ia que este não tem um começo nem um fim, sendo pois, uma seqüência fixa de eventos.

O processo não uma operação estática, parada, é móvel; seus componentes agem uns sobre os outros, cada um se influenciando reciprocamente. Verifica-se, dessa forma, que todo processo envolve dois elementos fundamentais: a) o tempo e b) uma certa seqüência lógica de acontecimentos.

1.1.1 Tempo

O vocábulo “tempo” é um substantivo abstrato, de conteúdo indeterminado, vago e, portanto, de difícil definição. Sua complexidade é tamanha, que

se discute se o tempo existe por si mesmo ou se existe a partir de outros referenciais, como, por exemplo, o espaço. Neste contexto, John Wheeler filosofa: “O tempo veste um traje diferente para cada papel que desempenha em nosso pensamento”.

O vocábulo “tempo” significa, segundo pesquisa em dicionário,

s.m. Duração calculável dos seres e das coisas; duração limitada; sucessão de dias, horas, momentos; período; época; estado atmosférico; os séculos; ensejo; estação ou ocasião própria; cada uma das partes completas de uma peça musical, em que o andamento muda; duração de cada parte do compasso; (Gram.) flexão indicativo do momento a que se refere o estado ou ação dos verbos²⁹⁰.

1.1.1.1 Origem mitológica

Em sua origem, na mitologia grega, o vocábulo tempo é indicado pela grafia *Κρόνος* (= *kronos*). Cronos é a personificação do deus *Kronos*, representado por um homem velho, de cabelos brancos e barba longa, associado ao tempo pelos gregos, representava a passagem dos deuses antigos (ciclopes e titãs²⁹¹) para os

²⁹⁰ BUENO, *op. cit.*, p. 1.110.

²⁹¹ A dramática lenda dos titãs constitui um expressivo exemplo da integração dos cultos pré-helênicos ao corpo da mitologia grega. Segundo Hesíodo, os titãs eram os 12 filhos dos primitivos senhores do universo, Gaia (a Terra) e Urano (o Céu). Seis eram do sexo masculino - Oceano, Ceo (pai de Leto), Crio, Hipérion, Jápeto (pai de Prometeu) e Cronos - e seis do feminino - Téia, Réia (mãe dos deuses), Têmis (a justiça), Mnemósine (a memória), Febe (a Lua) e Tétis (deusa do mar). Tinham por irmãos os três hecatonquiros, monstros de cem mãos que presidiam os terremotos, e os três Ciclopes, que forjavam os relâmpagos. Urano iniciou um conflito com os titãs ao encarcerar os hecatonquiros e os ciclopes no Tártaro. Gaia e os filhos revoltaram-se, e Cronos cortou com uma foice os órgãos genitais do pai, atirando-os ao mar. O sangue de Urano, ao cair na terra, gerou os gigantes; da espuma que se formou no mar, nasceu Afrodite. Com a destituição de Urano, os titãs libertaram os outros irmãos e aclamaram rei a Cronos, que desposou Réia e voltou a prender os hecatonquiros e os ciclopes no Tártaro. Salvo Jápeto e de Crio, que tomaram consortes fora da própria linhagem, os titãs uniram-se entre si e deram origem a divindades menores. Cronos e Réia que produziram descendência mais numerosa: Héstia, Deméter, Hera, Hades, Posêidon e Zeus, a primeira geração de deuses olímpicos. Avisado de que os filhos o destituiriam, Cronos engoliu todos eles exceto Zeus, salvo por um ardil da mãe. Ao tornar-se adulto, Zeus fez Cronos beber uma poção que o forçou a vomitar os filhos, e uniu-se aos irmãos, os deuses olímpicos na luta contra os titãs nas planícies da Tessália, pela posse do Monte Olimpo. Esse conflito culminou com a derrota de Cronos e dos titãs, confinados por Zeus no Tártaro. Os titãs, do mesmo modo que seus irmãos, seriam divindades primitivas, talvez de remota origem oriental, ligadas a ritos agrários. Sua vinculação aos elementos primários da natureza parece confirmada por uma lenda órfica posterior, que atribui aos titãs a origem da parte terrestre, ou material, dos seres humanos. Derrotando os Titãs, Zeus estabeleceu seu domínio como o maior dos deuses. Depois, os três filhos de Cronos dividiram a herança em três partes: Zeus ficou com o amplo céu e o ar superior, Posêidon com o mar e Hades com o mundo subterrâneo (<http://www.nomismatike.hpg.ig.com.br/Mitologia/Titas.html>).

deuses Olímpicos (assim chamados por serem os que habitavam o monte Olimpo), liderados por seu filho Zeus²⁹².

Na mitologia, a figura enigmática de Cronos representou um claro exemplo dos conflitos religiosos e culturais surgidos entre os gregos e os povos que habitavam a península helênica antes de sua chegada. Cronos era um deus da mitologia pré-helênica ao qual se atribuíam funções relacionadas com a agricultura. Mais tarde, os gregos incluíram-no em sua Cosmogonia (teoria sobre a origem da humanidade e do mundo que o homem habita a partir dos deuses e de mitos), mas conferiram-lhe um caráter sinistro e negativo. Na mitologia grega,

Cronos era filho de Urano (o céu) e de Gaia ou Gê (a terra). Incitado pela mãe e ajudado pelos irmãos, os Titãs, castrou o pai - o que separou o céu da terra - e tornou-se o primeiro rei dos deuses. Seu reinado, porém, era ameaçado por uma profecia, segundo a qual um de seus filhos o destronaria. Para que não se cumprisse esse vaticínio, Cronos devorava todos os filhos que lhe dava sua mulher, Réia²⁹³, até que esta conseguiu salvar Zeus. Este, quando cresceu, arrebatou o trono do pai, conseguiu que ele vomitasse os outros filhos, ainda vivos, e o expulsou do Olimpo, banindo-o para o Tártaro, lugar de tormento. Segundo a tradição clássica, **Cronos simbolizava o tempo** e, por isso, Zeus, ao derrotá-lo, conferiu a imortalidade aos deuses. Era representado como um ancião empunhando uma foice e freqüentemente aparecia associado a divindades estrangeiras propensas a sacrifícios humanos. Os romanos assimilaram Cronos a Saturno e dizia-se que, ao fugir do Olimpo, ele levava a agricultura para Roma, com o que recuperava suas primitivas funções agrícolas. Em sua homenagem, celebravam-se as saturnálias, festas rituais relacionadas com a colheita²⁹⁴ (grifos nossos).

Analisando-se a mitologia grega, verifica-se que o mito de Cronos oferece elementos simbólicos interessantes a serem explorados para pensar algumas qualidades que o tempo pode assumir, sobretudo, como instrumento de poder.

Inicialmente, constata-se que Cronos devorava todos os seus filhos à nascença, tal como **o tempo devora todos a cada instante**. O tempo passado não retorna jamais, devorando todo momento, vivido ou perdido, deixando a todos cada vez

²⁹² Zeus, deus dos deuses, já adulto, para fazer com que seu pai Cronos vomitasse os filhos anteriormente devorados, entregou-lhe uma pedra embrulhada num pano para comer e Cronos devorou-a sem perceber que havia uma droga naquela, devolvendo assim, todos os irmãos de Zeus.

²⁹³ Réia, a mãe dos deuses, teve a ajuda de Geia (Terra) e Urano (Céu) para esconder seu último filho, Zeus.

²⁹⁴ <http://www.nomismatike.hpg.ig.com.br/Mitologia/Cronos.html>

um tempo menor de vivência. O tempo, portanto, não se sacia dos anos e consome, voraz e constantemente, todos aqueles que passam. Ademais, ao devorar seus filhos, Cronos indicava a busca pela preservação do poder, antevendo e controlando as possibilidades e estabelecendo limites para o futuro. Neste sentido, indicando que a todas as coisas é reservado seu tempo próprio e fatal, escreveu Eclesiastes²⁹⁵:

Tempo de nascer, tempo de morrer;
 Tempo de plantar e tempo de se arrancar o que se plantou;
 Tempo de matar e tempo de curar;
 Tempo de derribar e tempo de edificar;
 Tempo de chorar e tempo de rir;
 Tempo de prantear e tempo de saltar de alegria;
 Tempo de espalhar pedras e tempo de ajuntar pedras;
 Tempo de abraçar e tempo de deixar de abraçar;
 Tempo de buscar e tempo de perder;
 Tempo de guardar e tempo de deitar fora;
 Tempo de rasgar e tempo de coser;
 Tempo de estar calado e tempo de falar;
 Tempo de amar e tempo de aborrecer;
 Tempo de guerra e tempo de paz.

Ainda com base na mitologia grega, observa-se que apesar do domínio de Cronos, deus do tempo, Zeus conseguiu derrotá-lo, após dar-lhe uma droga para ingerir, o que fez com que Cronos vomitasse todos os filhos devorados. Ao vomitá-los, os irmãos de Zeus aliaram-se a ele, travando uma guerra contra Cronos. A droga fornecida por Zeus é a **memória** que devolve a todos os instantes passados e a atitude de Zeus mostra que Cronos foi incapaz de controlar totalmente as possibilidades do futuro, pois Zeus, em silêncio, aguardou seu momento de manifestar-se.

Cronos pode ser entendido, portanto, como a personificação da noção de ordem temporal e, como tal, no processo, implica uma delimitação intencional de prazos, ou seja, lapsos de tempo para, inicialmente, apresentar os fatos e os direitos e, depois, defendê-los. Dessa forma, verifica-se que **a prática do tempo articula o processo, como instrumento de poder, de realização do direito** (grifos nossos).

Segundo a mitologia grega, Cronos representa a noção da voracidade do tempo. Todavia, este elemento informador do processo possui outro aspecto, voltado mais ao aspecto qualitativo que ao quantitativo, simbolizado por Kairós que, na

²⁹⁵ ECLESIASTES. *Bíblia*, capítulo 3, versículos 1-8.

mitologia grega, é um atleta de características obscuras, que não se expressa por uma imagem uniforme, estática, mas, por uma idéia de movimento. Metaforicamente, ele descreve uma noção peculiar de tempo, uma qualidade complementar em relação à noção de temporalidade representada por Cronos.

Em grego, a palavra *Kairós* significa o *momento certo*. Sua correspondente em latim, *momentum*, refere-se ao instante, ocasião ou movimento que deixa uma impressão forte e única para toda a vida²⁹⁶. *Kairós* refere-se, portanto, a uma experiência temporal, na qual percebemos o *momento oportuno* em relação a determinado objeto, processo ou contexto. Em palavras simples, diríamos que **Kairós revela o momento certo para a coisa certa**. *Kairós* simboliza o instante singular que guarda a melhor oportunidade, ele é o momento crítico para agir, a ocasião certa, a estação apropriada. Entretanto, *Kairós* não reflete o passado ou antecede o futuro. *Kairós* é o melhor instante no presente.

A concepção newtoniana de tempo, como se verá adiante, segue a noção indicada por *Kairós*, ou seja, um tempo que não é representado de forma absoluta nem de forma contínua ou linear, ao contrário, é refletida no tempo cronológico, socialmente estabelecido²⁹⁷. Assim, observa-se que a dimensão de experiência temporal representada por *Kairós* instala-se em consonância à totalidade dos elementos individuais envolvidos e à dinâmica de suas relações. Neste sentido, existe uma vinculação entre tempo e processo a respeito da avaliação dos objetivos das partes ao final do processo, conteúdos, métodos e recursos visados. O desenvolvimento do processo, portanto, deve ser analisado minuciosamente pelos aplicadores do Direito, tendo por escopo o alcance do direito almejado, da forma mais célere possível, obedecido ao princípio constitucional do devido processo legal.

Pelo exposto, ambas as dimensões do tempo, uma representada por Cronos e a outra por *Kairós*, devem ser conjugadas, de forma a obter-se um processo que se desenvolva de maneira célere, porém, efetivo e realizador do direito, quando de seu término.

²⁹⁶ *Webster's Third New International Dictionary*. Springfield: Merriam-Webster, 1993, p. 2.662.

1.1.1.2 Concepções sobre o tempo ao longo da história, da física e da filosofia

A questão do tempo é ampla e complexa, razão pela qual se tecerá uma breve análise dos diversos e polêmicos entendimentos sobre a temporalidade, baseados nas concepções mais representativas ao longo da história, na física e seus reflexos no campo da filosofia, nas quais os pensamentos foram alterando-se de acordo com a evolução daquela. Um exemplo dessa mudança diz respeito à natureza do tempo, inicialmente, entendido por todos como absoluto e existente por si só; entretanto, posteriormente, questionada, a natureza do tempo foi vista como relativa e, portanto, o tempo passou a ser mensurado baseado em outros elementos que com ele interagem.

Como se verá neste tópico, os físicos e os filósofos sempre pensaram sobre a importância do tempo na vida do ser humano e a influência deste elemento na natureza, bem como no comportamento do homem e da vida em sociedade.

O debate sobre a natureza do tempo iniciou-se já na Antiguidade. Segundo Platão (427-347), a concepção de tempo parte de uma contraposição entre aquilo que nunca se transforma e sempre “é” que pode ser apreendida pela razão, tal como Deus e as idéias; e as coisas que sempre mudam e nunca “são”, a respeito das quais todos têm somente um conhecimento temporário e imperfeito, ou seja, uma opinião. Esta concepção pode ser verificada na obra *Timeu*²⁹⁸, na qual o autor deixa claro que o deus platônico é eterno e está fora do tempo, sem passado, presente ou futuro, isso porque é perfeito e como tal, criou o universo e o tempo. O tempo, na referida obra, seria uma espécie de “imagem móbil da eternidade”, fazendo a ligação entre o universo criado (sujeito à mudança) e seu modelo:

Ora, quando o Pai que o engendrou compreendeu que se movia e vivia, esse Mundo, imagem nascida dos deuses eternos,

²⁹⁷ ZERUBAVEL, Eviatar. “The standardization of time: a socio-historical perspective”. *American Journal of Sociology*, Chicago, v. 88, n. 1, p. 1-23, July 1982.

²⁹⁸ PLATÃO. *Timeu*, “Coleção Os Pensadores”. São Paulo: Nova Cultural, 1991, p. 92.

rejubizou-se e, em sua alegria, refletiu sobre os meio de torná-lo ainda mais semelhante a seu modelo. E assim como esse modelo resulta ser uma alma imortal, esforçou-se, na medida de seu poder, tornar imortal igualmente a esse todo. Ora, é a substância da alma-modelo que era eterna, como vimos, e essa eternidade, adaptá-la inteiramente a um Mundo engendrado, era impossível. Por isso, seu autor preocupou-se em fabricar **uma certa imitação móvel da eternidade**, e, organizando todo o Céu, fez, da eternidade uma e imóvel, esta imagem eterna **que progride segundo a lei dos números, isso a que chamamos o Tempo** (grifos nossos).

Dessa forma, para Platão o tempo seria uma característica da ordem visível das coisas, tendo sido criado com o universo e o movimento, ou seja, para ele, a eternidade é atemporal, caracterizada pela imutabilidade, enquanto a idéia de tempo está associada à de mudança, transformação.

Já a noção de tempo muda bastante, na concepção de Aristóteles (384-322). Segundo este autor se os elementos tempo e movimento estão intimamente relacionados, não podem ser identificados um com o outro, como entendia Platão. Isso porque o movimento pode sofrer variações, ser uniforme ou não e, até mesmo, cessar, entretanto, o tempo não varia, é regular e eterno. Assim sendo, o autor entendia que o movimento dos céus “marca” o tempo e este, por sua vez, marca os demais movimentos, havendo uma dependência recíproca entre ambos: **“Não apenas medimos o movimento pelo tempo, mas também o tempo pelo movimento, porque eles se definem um ao outro**. O tempo marca o movimento, visto que é seu número, e o movimento marca o tempo”²⁹⁹ (grifos nossos).

Aristóteles ressalta que se nada mudasse, o ser humano não teria consciência do tempo. Esta só é possível diante da percepção do “antes” e do “depois” da mudança. Daí, o tempo ser o “número do movimento” com relação a estes dois referenciais e sua marcação, a mensurabilidade é decorrente do espírito humano. Sem o espírito, o tempo (em si) não existiria, mas, apenas o movimento, que é seu substrato, sem a mensurabilidade.

²⁹⁹ WHITROW, G.F., *O tempo na História: concepções do tempo da pré-história aos nossos dias*, tradução BORGES, Maria Luiza X. de A., Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1993, p. 57.

Ademais, para Aristóteles o tempo é contínuo, porque está ocupado por um movimento contínuo que se desenvolve em um espaço contínuo. Dessa forma, permite-se distinguir um “antes” e um “depois”, ou seja, “dois agoras” com um intervalo (contínuo) entre eles; e o “agora” não seria a menor parte do tempo, pois o intervalo contínuo pode ser (potencialmente) dividido ao infinito, não havendo, portanto, um “tempo mínimo”³⁰⁰ (grifos nossos).

Para o autor, o tempo é, também, infinito, tanto do ponto de vista da adição como da divisão. No primeiro caso, porque não pode esgotar-se por nenhuma adição de partes; assim, não pode existir o infinito temporal (todo tempo existente) simultaneamente; no segundo, porque é divisível *ad infinitum*, sendo tal divisão apenas potencial, não real e vincula-se à noção de movimento, continuidade. Neste sentido, verifica-se que o tempo, em sua extensão, é infinito divisível, mas não infinitamente dividido (grifos nossos).

A concepção de Santo Agostinho (354-430) sobre o tempo também é considerável, pois com base em uma indagação religiosa: “o que estaria fazendo Deus antes da criação?”, retoma as idéias de Platão, tendo em vista que, para ele, o tempo passou a existir no momento da criação. A partir daí, considerou existir apenas três tempos, a saber: o presente atual que, na verdade, já pertence ao passado; o presente do passado, que é a memória; e o presente do futuro, imaginado pelo ser humano.

Na verdade, para Santo Agostinho, é difícil atribuir realidade ao presente, pois ao considerar algum intervalo de tempo (cem anos, um ano, um dia), sempre há, em qualquer divisão que se faça, um passado que já não é e um futuro que ainda será. Caso concebido um espaço de tempo que não seja suscetível de ser subdividido em mais partes, por menores que sejam, só a esse se poderia chamar tempo presente, entretanto, é tão rápido, que o passado transmuta-se velozmente em futuro. Logo, para Santo Agostinho, **o presente não tem nenhuma duração**³⁰¹ e, por isso, o tempo consiste naquilo que escapa. Apesar dessa afirmação, este filósofo admite haver intervalos de tempo na música, nas poesias etc., isso porque **a medida do tempo tem**

³⁰⁰ ROSS, W. D. *Aristoteles*, tradução de PRÓ, Diego F. Buenos Aires: editorial Sudamericana, 1957, p. 133.

por base a atividade da mente, não a associação do tempo com o movimento dos corpos, como afirmava Aristóteles.

A mente humana permite evocar as lembranças passadas no presente, por meio da memória, bem como prognosticar visões futuras de coisas presentes, que já existem, não existindo de fato, por meio da antecipação. Dessa forma, é o espírito do ser humano que mensura o tempo. Por ser o tempo aquilo que escapa, só é possível explicar o tempo, mas não o determinar, não o conceituar, porque ao tentar assim proceder, o tempo já terá passado.

É importante também ressaltar que Santo Agostinho adotou a visão linear do tempo, abandonando a doutrina do “tempo cíclico”³⁰², dominante durante toda a Antiguidade e parte da Idade Média. Esta visão influenciou fortemente a visão ocidental de tempo.

No decorrer da Idade Média, São Tomás de Aquino (1225-1274) criticou algumas das idéias aristotélicas, como a de que o universo e o movimento sempre existiram, porque eram contrárias às escrituras da Igreja, entretanto, de forma geral, conciliou a concepção de Aristóteles sobre o tempo com as teses da Igreja e, assim, admitiu a associação do tempo ao movimento, bem como a idéia de que o “antes” e o “depois” no movimento constituem a sucessão temporal.

São Tomás de Aquino, teólogo cristão, considerou a existência de um Deus eterno, a criação do mundo e do tempo e as idéias aristotélicas, concluindo pela existência de três tipos de tempo: a dos fenômenos terrestres, que é uma sucessão

³⁰¹ AGOSTINHO, Santo. *Confissões*, tradução de SANTOS, J. Oliveira e PINA, A. Ambrósio, coleção “Os Pensadores”. São Paulo: Abril Cultural, 1980, p. 219.

³⁰² A concepção cíclica do tempo foi adotada por muitas civilizações. Tal concepção foi adotada, por exemplo, pelos estóicos, na Grécia, ao redor de 300 a.C. e difundida entre os romanos no século seguinte. Os estóicos acreditavam que os *mesmos* eventos tornariam a se repetir um número infinito de vezes, havendo a destruição e renascimento do universo a cada ciclo. O tempo era, portanto, circular e finito. Em sentido contrário a essa posição, tanto judeus como cristãos desenvolveram uma concepção de tempo linear, que é também histórico: para os primeiros, o tempo era unidirecional, estendendo-se da criação até o triunfo do povo eleito (Israel); enquanto que para os segundos, o tempo iniciara-se também com a criação, e terminaria com a segunda vinda de Cristo.

com começo e fim definidos; a eternidade atemporal, pertencente somente a Deus³⁰³; e o tempo dos corpos celestes e das idéias, com início, porém, sem fim³⁰⁴.

Todas as concepções e idéias até aqui surgidas serviram de base para o nascimento da ciência moderna.

O primeiro marco da ciência moderna foi Galileu Galilei (1564-1642), que defendeu na física a teoria heliocêntrica de Copérnico e propôs uma nova teoria do movimento compatível com ela, superando a física aristotélica.

Apoiado nas idéias de relatividade dos movimentos, movimento compartilhado e composição de movimentos, Galileu Galilei fixou a lei de queda dos corpos, pela qual a velocidade de um corpo em queda é diretamente proporcional ao tempo transcorrido e, assim, introduziu, definitivamente, o elemento tempo no estudo dos movimentos. Desse modo, constatou-se que **o tempo é uma quantidade mensurável no estudo dos movimentos** (grifos nossos).

Na época, sentiu-se, então, a necessidade de uma medição mais precisa do tempo, razão pela qual Galileu Galilei tentou representar o tempo em vários teoremas e proposições, por meio de um segmento de reta. Daí, concebe-se que este físico acreditava que **o tempo era contínuo, com infinitos instantes**, ou seja, uma grandeza contínua e divisível, constituída por uma infinidade de elementos indivisíveis. Neste ponto, divergindo de Aristóteles, por acreditar que o contínuo não pudesse ser composto por elementos indivisíveis.

Seqüencialmente, surgiu René Descartes (1596-1650), responsável pela formulação do princípio da inércia e por uma das teorias de surgimento do universo, na qual admite um início temporal do mundo, baseado em leis naturais, determinadas pela vontade divina, que explicariam seu desenvolvimento posterior. A duração do mundo depende da vontade de Deus. Neste contexto, este físico fazia distinção entre o **tempo**

³⁰³ AQUINO, Santo Tomás de. *Compêndio de Teologia* – “Os Pensadores”, vol. VIII, capítulo oitavo, São Paulo: Abril S.A. Cultural e Industrial, 1973, p. 79, que refere que “Deus existe totalmente e simultaneamente... Donde se infere que não há n’Ele qualquer sucessão de tempo”.

³⁰⁴ WHITROW, *op. cit.*, p. 148.

como duração das coisas que se conservam e o **tempo como medida** que existe no espírito do ser humano, independente das coisas que duram.

Seguindo em parte a concepção de René Descartes, no século XVII, no âmbito da Filosofia, Espinosa (1632-1677) defendia que não havia distinção entre passado e futuro, sendo fruto apenas da imaginação do homem e não da razão. Isto porque o ser humano, diante de sua inteligência finita, não conhece a complexidade de causas e efeitos dos fenômenos da natureza e sua ordem eterna, necessitando de tal divisão do tempo para compreendê-los. Espinosa, portanto, defende a **existência apenas do presente**, que seria eterno, segundo a própria razão humana.

Com respaldo na filosofia grega, a partir da noção cíclica do mundo e da vida humana, no século XVIII, Isaac Newton (1642-1727) marcou de forma indelével a cultura ocidental, admitindo o tempo como **“a ordem mensurável do movimento”**, o que lhe serviu de base para a fundamentação da mecânica clássica. Na época, acreditava-se que o mundo podia ser dividido em “coisas” e “processos”, bem como que as “coisas” simplesmente existiam, ou seja, eram entidades estáticas, cuja existência era independente da duração ou das operações de outras “coisas”. Desta forma, Isaac Newton entendia que “o tempo existia por si só”, sendo a sua natureza independente de qualquer outro fator, elevando-o, assim, à categoria de absoluto.

Isaac Newton, em sua obra *Principia: Princípios Matemáticos de Filosofia Natural*, afirmou não ter definido o tempo, por ser bem conhecido de todos, porém ressaltou que o leigo não concebe as quantidades (quantidade de matéria, de movimento, força centrípeta etc.) sob outras noções,

exceto a partir das relações que elas guardam com os objetos perceptíveis. Daí, surgem certos preconceitos, para a remoção dos quais será conveniente distingui-las entre absolutas e relativas, verdadeiras e aparentes, matemáticas e comuns. I – **O tempo absoluto, verdadeiro e matemático, por si mesmo e da sua própria natureza, flui uniformemente** sem relação com qualquer coisa externa e é também chamado de duração; **o tempo relativo, aparente e comum é alguma medida de duração perceptível e externa** (seja ela exata ou não uniforme) que é obtida através do movimento que é

normalmente usada no lugar do tempo verdadeiro, tal como uma hora, um dia, um mês, um ano³⁰⁵ (grifos meus).

Dessa forma, observa-se que Isaac Newton diferenciou o tempo absoluto, que flui por direito próprio, desvinculado de qualquer outra coisa, do tempo relativo, que é a medida do primeiro, aperfeiçoando, assim, a teoria de René Descartes, ao atribuir uma realidade ontológica³⁰⁶ (a que chama duração) ao tempo absoluto. Neste sentido, dispõe:

Tempo absoluto, em astronomia, é distinguido do tempo relativo, pela equação ou correção do tempo aparente. Porque os dias naturais são de fato desiguais, apesar de serem comumente considerados como iguais e usados como uma medida de tempo; os astrônomos corrigem essa desigualdade, para que possam medir os movimentos celestes por um tempo mais rigoroso. Pode ser que não haja algo como movimento uniforme, onde o tempo possa ser rigorosamente medido. Todos os movimentos podem ser acelerados ou retardados, mas o fluxo de tempo absoluto não é passível de mudanças. A duração ou perseverança da existências das coisas permanece a mesma, sejam os movimentos rápidos ou lentos, ou até completamente nulos. E, portanto, essa duração deve ser distinguida daquelas que são apenas suas medidas perceptíveis, a partir das quais aquela é deduzida através da equação astronômica³⁰⁷.

Observa-se, também, pelas leis de Newton que o tempo era tido como absoluto e completamente separado do espaço, sendo ambos os elementos os dois sentidos de Deus, cuja intervenção na natureza permitia o ajuste do funcionamento simultâneo e perfeitos de ambos.

Nas obras de Isaac Newton, está claro que o tempo, para ele, não é duração ou espaço, mas é eterno e infinito, pois dura para sempre e está presente em todo lugar, assim sendo, constitui duração e espaço. Uma vez que toda partícula de espaço está *sempre*, e todo momento indivisível de duração é *em todo lugar*, certamente Deus não pode ser *nunca* e de *lugar nenhum*, daí, Isaac Newton concluir que o tempo absoluto é uma consequência do atributo divino da eternidade³⁰⁸.

³⁰⁵ NEWTON, Isaac. *Principia: Princípios Matemáticos de Filosofia Natural*, volume I, trad. Trieste Ricci *et al.* São Paulo: Nova Stella/EDUSP, 1990, p. 7.

³⁰⁶ BUENO, *op. cit.*, p. 799, define “Ontologia, s.f. Tratado dos seres em geral; teoria ou ciência do ser enquanto ser, considerado em si mesmo, independentemente do modo pelo qual se manifesta”.

³⁰⁷ NEWTON, *op. cit.*, p. 8-9.

³⁰⁸ NEWTON, Isaac. *Principia: Princípios Matemáticos de Filosofia Natural*, volume I, trad. Trieste Ricci *et al.* São Paulo: Nova Stella/EDUSP, 1990, p. 7 *apud* SELLERI, F. “The Relativity Principle and the Nature of Time”, in *Foundations of Physics*, 1997, p. 1.528.

Posteriormente, adveio a teoria do tempo de Gottfried W. Leibniz (1646-1716), que acreditava que “**a ordem sucessiva das coisas**” é a responsável por dar a noção de tempo, sendo este relativo. O tempo, assim, foi tido como uma ordem que relaciona os corpos em suas posições sucessivas, possuindo um **valor lógico**, mas, não ontológico. Assim, se não houvesse fenômenos nem criaturas, não haveria ordem, nem mudanças, logo não haveria tempo. O tempo é, pois, **algo ideal**, constituído baseado nas relações, o que não o impede de ser dotado de quantidade.

Da mesma maneira, Gottfried W. Leibniz visualiza o espaço como algo puramente relativo, tal como é o tempo, entretanto, na “ordem da coexistência das coisas”.

A concepção de tempo proposta por Gottfried W. Leibniz critica, como se pode analisar, a teoria de Isaac Newton, em alguns pontos. Primeiro, Leibniz desconsidera o momento da criação do mundo por Deus, uma vez que para ele o tempo apenas coexiste com as criaturas e com as mudanças. Em segundo, Gottfried W. Leibniz diferencia o tempo do espaço, pois entende que se considerasse ambos idênticos em tudo, então, teria uma mesma coisa. Neste contexto, se o espaço absoluto é idêntico em todos os lugares e o tempo absoluto é idêntico em todos os instantes, quaisquer dois lugares são, na verdade, um único e mesmo espaço, assim como quaisquer dois instantes são um único e mesmo tempo.

No final do século XVIII, o filósofo alemão Immanuel Kant (1724-1804), que viveu num período imediatamente posterior a Isaac Newton e Gottfried W. Leibniz, também, escreveu sobre o tempo, entretanto, sob uma ótica totalmente diferente dos referidos físicos. Para Immanuel Kant, o tempo não existe fora do homem, sendo requisito por ele utilizado para descrever o mundo. Trata-se, na verdade, de uma forma de intuição, não sendo possível atribuir ao tempo conteúdo de realidade, porém, é um elemento fundamental para a representação do real, consoante esclarece em sua obra *Crítica da razão pura*:

O tempo é uma representação necessária subjacente a todas intuições... O tempo nada mais é que a forma da nossa intuição interna. Se a condição particular da nossa sensibilidade lhe for suprimida, desaparece também **o conceito de tempo, que não adere**

aos próprios objetos, mas apenas ao sujeito que os intui³⁰⁹ (grifos nossos).

O elemento espaço é tratado por Immanuel Kant em conjunto com o elemento tempo, ou seja, como princípio da forma do mundo sensível. Ambos são intuições puras, que coordenam objetos dos sentidos e tornam possível o próprio conhecimento, mas não se submetem aos conceitos porque estão pressupostas nas sensações das coisas e não podem ser abstraídas dessas sensações exteriores. Segundo Immanuel Kant, espaço e tempo permitem o contato da razão com o que existe e organizam a experiência advinda da relação cognitiva, sendo o espaço responsável pela organização externa e o tempo, pela organização interna dos objetos do conhecimento.

Para Immanuel Kant, o tempo é uma condição subjetiva tão somente, pois não é possível que o ser humano tenha conhecimento dos fenômenos em si mesmos considerados, mas apenas com base na experiência, no espaço e no tempo. Caso se tente atribuir ao tempo um conteúdo objetivo da experiência, haverá conflitos insolúveis, “antinomias da razão pura”, nas quais o autor nega, tanto a existência de um início temporal para o universo quanto a de um fim.

Observa-se, porém, que a principal contribuição de Immanuel Kant na interpretação do elemento tempo diz respeito à redução da ordem de sucessão à ordem causal, pela qual **a série temporal não pode inverter-se**, “uma vez posto o estado precedente, o acontecimento deve seguir-se infalível e necessariamente... condição formal de todas as percepções que o tempo precedente determine necessariamente o seguinte”.³¹⁰ Este entendimento do tempo como uma ordem causal, mais tarde influenciará Albert Einstein na teoria da relatividade, dando origem à ciência moderna.

De forma semelhante a Immanuel Kant, adotando a noção de tempo como movimento intuitivo, no qual o ser humano traz consigo a redução do tempo à

³⁰⁹ KANT, Immanuel. *Crítica da razão pura*, tradução Valério Rohden e Udo Balduur Moosburger, Coleção “Os Pensadores”. São Paulo: Abril Cultural, 1980, p. 44-45.

³¹⁰ HANSEN, Gilvan Luiz. “Espaço, Tempo e Modernidade”. In *Geographia*, Revista do Programa de Pós-Graduação em Geografia da UFF, Ano II – n.º. 3, Niterói/RJ: editora UFF/EGG, 2000, p. 946.

consciência, Hegel³¹¹ (1770-1831) definiu o tempo baseado em dois princípios, a saber: 1) novidade absoluta a cada instante, já que é um **processo contínuo de criação**; e 2) **conservação** infalível e integral do passado que age como um movimento contínuo, que cresce, conforme caminha para o futuro. Todavia, Hegel diferencia-se de Immanuel Kant ao elevar o conceito de tempo a uma abstração pura, sem relação com o ser. Assim, o tempo não é identificado com a consciência, mas com algum aspecto abstrato desta. Conclui-se, assim, que, para Hegel, **o tempo é uma idéia.**

No âmbito da física, as idéias de Gottfried W. Leibniz tiveram reflexos quase dois séculos depois com Ernst Mach (1838-1916) que também criticou o espaço e o tempo, considerados absolutos por Isaac Newton. Segundo este físico, tendo recebido também uma certa influência de Immanuel Kant e Hegel, **a idéia de tempo é uma abstração**, a que se chega pela **variação das coisas**, pautada na comparação com os pensamentos e sensações dos seres humanos, que são diferentes, em geral. Deste modo, não há que se falar em tempo absoluto, pois este não pode ser medido por nenhum movimento, não tendo, portanto, valor prático nem científico. Conseqüentemente, a representação do tempo surge baseada em uma **correspondência entre o conteúdo da percepção pelo ser humano e o conteúdo da memória deste**, tendo assim o tempo uma natureza relativa. Estas idéias, como se verá, influenciarão Albert Einstein (grifos nossos).

³¹¹ ABBAGNANO, *op. cit.*, p. 497, define **HEGELIANISMO** (in. *Hegelianism*; fr. *Hégélianisme*; al. *Hegelianismus*; it. *Hegelismo*). Doutrina de Hegel (1770-1831), na forma como agiu na cultura contemporânea, com maior difusão e profundidade. Pode ser assim resumida:

1º Identidade entre racional e real, em virtude da qual a realidade é tudo aquilo que deve ser, ou seja, justifica-se absolutamente em todas as suas manifestações, que, portanto, são “necessárias” no sentido de não poderem ser diferentes daquilo que são. Desse ponto de vista, contrapor à realidade o “dever ser”, uma norma ou um ideal à qual ela não se adequaria, significa simplesmente erigir juiz da realidade o intelecto *finito* (o interesse ou o arbítrio do indivíduo humano), e não a razão.

2º Interpretação da necessidade racional em termos de processo dialético, entendendo-se por dialética (v.) a síntese dos opostos.

3º Reconhecimento, como termo último desse processo, de uma autoconsciência absoluta, que também será chamada pelos partidários de Hegel de Espírito, Conceito Puro, Consciência Absoluta, Superalma, etc.;

4º Interpretação da história como realização de um plano providencial no qual os povos vencedores encarnam, alternadamente, o Espírito do mundo; ou seja, a Autoconsciência ou Deus.

5º Interpretação do Estado como encarnação ou manifestação do Espírito do mundo ou, em outros termos, como realização de Deus no mundo.

Apesar de esses pontos básicos constituírem o espírito da filosofia hegeliana, nem todos entraram na constituição do patrimônio das correntes filosóficas que se inspiraram no hegelianismo. A direita hegeliana insistiu sobretudo nas teses 2º, 3º e 5º; a esquerda, nas teses 1º e 2º. O neo-hegelianismo italiano, nas teses 1º, 2º e 4º (v. ABSOLUTO; DIREITA

No século XIX, seguindo as mudanças de concepções sobre o tempo na Física e revolucionando a noção de tempo na seara da Filosofia, Henri Bergson (1859-1942) privilegia o **processo contínuo de mudança, voltado para o futuro** e não no presente, enfim, o devir³¹². Dessa maneira, adotando a concepção proposta por Ernst Mach, Henri Bergson afirma que a consciência seria capaz de perceber a passagem do tempo.

Inicialmente, Henri Bergson faz uma distinção entre o tempo como medida e o curso efetivo do tempo. O primeiro é abstrato, fruto da matemática, que é apenas um número, ou seja, o tempo do relógio, o tempo medido pela física. Neste caso, o tempo deixa de ser “tempo”, perde seu caráter de devir e torna-se “especializado”. Já o segundo, é o experimentado pela consciência, é o tempo concreto que flui: a duração³¹³. Esta implica a consciência, que permite ao ser humano ter noção do “antes” e do “depois”. Ademais, nesta concepção, o tempo não é mensurável, mas apenas experimentado subjetivamente. A duração consiste, assim, em “uma realidade absoluta além de toda medida”³¹⁴, sendo objeto da intuição metafísica, como também intuição do “impulso vital”, que anima a vida em geral, sendo a essência da própria existência dos seres humanos. Neste ponto, fica clara a aproximação deste autor também com o pensamento do filósofo Immanuel Kant.

Posteriormente, já no século XX, o filósofo Edmund Husserl (1859-1938), seguindo as evoluções propostas pelos físicos e filósofos imediatamente anteriores a ele, dividiu a noção de temporalidade em duas categorias distintas: o tempo cósmico, mensurável pela ciência e o tempo fenomenológico³¹⁵, tempo do interior da consciência, inseparável da vivência. A partir daí, Edmund Husserl desenvolveu a concepção de que o tempo se insere em uma corrente infinita de vivências, embora se

HEGELIANA; IDEALISMO; ESQUERDMHEGELIANA).

³¹² BUENO, *op. cit.*, p. 365, “*DEVIR, v.int. Tornar-se, vir a ser; s.m. série das transformações; a transformação ou mudança de estados, considerada em si mesma. (Conjuga-se como vir.)*”.

³¹³ PIETTRE, B. *Filosofia e Ciência do Tempo*, tradução Maria Antônia Pires de C. Figueiredo. Bauru: ed. EDUSC, 1997, p. 103-104.

³¹⁴ *Ibid.*, p. 48.

³¹⁵ *Phenomenon + logos*, ou seja, fenomenologia é então o discurso sobre aquilo que se mostra como é, caracterizando esta ciência como estando em contato direto com o ser absoluto das coisas, dirigindo o conhecimento para o que há de essencial nas coisas. É a filosofia do inacabado, do devir, do movimento constante onde o vivido aparece e é sempre ponto de partida para se chegar a algo.

resuma a um horizonte temporal, no qual se encerram todas as possibilidades. Dessa forma, a noção de temporalidade mudaria sempre com as alterações da consciência e do próprio fluxo.

No que diz respeito à Física, no século XX, contradizendo as obras do físico Isaac Newton, com base nas críticas que lhe foram feitas por seus sucessores, especialmente, por Ernst Mach, Albert Einstein (1879-1955) causou uma crise de conceitos e, conseqüentemente, uma revolução nas Ciências Físicas. Os conceitos sólidos existentes até então passaram pela ótica da relativização, razão pela qual Albert Einstein negou todas as crenças sobre o conceito de tempo, espaço, processo vigentes até aquela época.

Albert Einstein, ao formular a equação de equivalência entre massa e energia ($E = m.c^2$), deixou claro que as duas variáveis não são independentes entre si, havendo um elemento único “espaço-tempo”.

Ademais, o conceito de relatividade defendido por Albert Einstein propôs **que qualquer objeto ou acontecimento só podia ser analisado ou descrito à luz de outros acontecimentos com ele relacionados**, de outras operações compreendidas em sua observação (grifos nossos).

Ainda com supedâneo em tal conceito, verificou-se que a disponibilidade das técnicas de observação mais poderosas proporcionou a demonstração de que **qualquer coisa** tão estática ou estável, como uma mesa ou uma cadeira, podia ser vista como um **fenômeno em constante mutação**, atuando sobre e sendo atuado por todos os outros objetos de seu ambiente, alterando-se na medida que se modificava o observador.

Com este raciocínio, a física moderna colocou em xeque a tradicional divisão entre as “coisas” e “processos”, a idéia de que o tempo “flui” e de que haveria uma distinção entre presente, passado e futuro e, assim, surgiu uma nova forma de observar o mundo: **a visão da realidade em processo**, pela qual os cientistas modernos possuem a noção de uma paisagem temporal (*timescape*), com tempo e espaço interligados e inteiramente mapeáveis.

As transformações na concepção de tempo advindas com a teoria da relatividade na seara da Física em muito influenciaram a Filosofia, sobretudo a escola existencialista³¹⁶, que trouxe grandes contribuições ao questionar a natureza da

³¹⁶ ABBAGNANO, *op. cit.*, p. 402-403, define “**EXISTENCIALISMO** (in. Existentialism; fr. Existentialisme; aI. Existentialismus; it. Esistenzialismo). Costuma-se indicar por esse termo, desde 1930 aproximadamente, um conjunto de filosofias ou de correntes filosóficas cuja marca comum não são os pressupostos e as conclusões (que são diferentes), mas o instrumento de que se valem: a análise da existência. Essas correntes entendem a palavra existência (v.) no significado 3º, vale dizer, como **o modo de ser próprio do homem enquanto é um modo de ser no mundo, em determinada situação, analisável em termos de possibilidade**. A análise existencial é, portanto, a análise das situações mais comuns ou fundamentais em que o homem vem a encontrar-se. Nessas situações, obviamente, o homem nunca é e nunca encerra em si a totalidade infinita, o mundo, o ser ou a natureza. Portanto, para o E., o termo existência tem significado completamente diferente do de outros termos como consciência, espírito, pensamento, etc., que servem para interiorizar ou, como se diz, tornar “imaneente” no homem a realidade ou o mundo em sua totalidade. **Existir significa relacionar-se com o mundo, ou seja, com as coisas e com os outros homens, e como se trata de relações não-necessárias em suas várias modalidades, as situações em que elas se configuram só podem ser analisadas em termos de possibilidades (v.)**. Esse tipo de análise foi possibilitada pela fenomenologia(v.) de Husserl, que elaborou o conceito de transcendência (v.). Segundo esse conceito, nas relações entre sujeito cognoscente e objeto conhecido ou, em geral, entre sujeito e objeto (não só no conhecimento, mas também no desejo, na volição, etc.), o objeto não está dentro do sujeito, mas permanece fora, e dá-se a ele “em carne e osso” (Ideen, I, § 43). Esse conceito manteve-se rigoroso na filosofia de Husserl, mas exerceu grande influência no E., para o qual as relações entre o ser-aí (isto é, o ente que existe, o homem) e o mundo sempre se configuraram como transcendência.

Essa formulação do problema filosófico opõe o E. a todas as formas, positivistas ou idealistas, do romantismo oitocentista. O romantismo afirma que no homem age uma força infinita (Humanidade, Razão, Absoluto, Espírito, etc.) de que ele é apenas manifestação. **O E. afirma que o homem é uma realidade finita, que existe e age por sua própria conta e risco**. O romantismo afirma que o mundo em que o homem se encontra, como manifestação da força infinita “que age no homem, tem uma ordem que garante necessariamente o êxito final das ações humanas. O E. afirma que o homem está “lançado no mundo”, ou seja, **entregue ao determinismo do mundo**, que pode tornar vãs ou impossíveis as suas iniciativas. O romantismo afirma que a liberdade, como ação do princípio infinito, é infinita, absoluta, criadora e capaz de produções novas e originais a cada momento. O E. afirma que **a liberdade do homem é condicionada, finita e obstada por muitas limitações que a todo momento podem torná-la estéril e fazê-la reincidir no que já foi ou já foi feito**. O romantismo afirma o progresso contínuo e fatal da humanidade. O E. desconhece ou ignora a noção de progresso porque não pode entrever nenhuma garantia dele. O romantismo tem sempre certa tendência espiritualista, tende a exaltar a importância da interioridade, da espiritualidade e dos valores ditos espirituais, em detrimento do que é terrestre, material, mundano, - etc. O E. reconhece, sem pudores, a importância e o peso que têm para o homem a exterioridade, a materialidade, a “mundanidade” em geral, donde as condições da realidade humana que estão compreendidas sob esses termos: necessidades, uso e produção das coisas, sexo, etc. O romantismo considera insignificantes certos aspectos negativos da experiência humana, como a dor, o fracasso, a doença, a morte, porque não dizem respeito ao princípio infinito que se manifesta no homem e portanto, “não existem” para ele. O E. considera tais aspectos particularmente significativos para a realidade humana e insiste neles ao interpretá-la.

A antítese entre os temas fundamentais do E. e os do romantismo é índice das diferentes categorias de que as duas correntes lançam mão para interpretar a realidade, entendendo-se por categoria um **instrumento de análise**, ou seja, um instrumento de descrição e interpretação da realidade. Dissemos que **a análise existencial é análise de relações: estas se acentuam em torno do homem, mas imediatamente vão para além dele, porque o vinculam** (de diversos modos, que é preciso determinar) **à realidade e ao mundo de que faz parte** ou, em outras palavras, aos outros homens ou às coisas. Ora, essas relações não têm natureza estática, não são, p. ex., apenas relações de identidade, semelhança, etc. **As relações do homem com as coisas são constituídas pelas possibilidades** de que o homem dispõe (em maior medida ou menor grau, conforme as diversas situações naturais e históricas) para usar as coisas e manipulá-las (com o trabalho), a fim de prover as suas necessidades. E as relações com os outros homens consistem em possibilidades de colaboração, solidariedade, comunicação, amizade, etc., que têm também graus e formas diferentes; conforme as diversas condições naturais, sociais e históricas. Ora, **dizer que alguma coisa é possível significa prever e projetar ativamente**. Portanto as possibilidades humanas geralmente têm mesmo um caráter de antecipação (porque voltado para o futuro) das expectativas ou dos projetos, e as normas que as disciplinam - desde as normas da ciência e da técnica até as dos costumes, da moral, do direito, da religião, etc. - servem para dar certo fundamento e certa garantia de êxito às expectativas e aos projetos. Assim, p. ex., as normas técnicas servem para garantir que certo objeto (uma casa, uma máquina) possa ser construído ou

temporalidade, sendo, inclusive, responsável pela elaboração de novos conceitos relacionados ao tempo, tais como: projeção, expectativa, antecipação, dentre outros.

Ademais, para esta corrente filosófica, passado, presente e futuro podem ser entendidos em suas naturezas específicas, sem um período sobressair-se no outro. O passado pode ser o ponto de partida para as *possibilidades* vindouras e o futuro como *possibilidade* de conservação ou de mudança do passado.

Observa-se que a filosofia existencialista não considerou o tempo como movimento, tampouco como uma ordem intuída, mas, de forma inovadora, desenvolveu a **concepção de tempo como uma estrutura de possibilidades**, a partir do conceito de horizonte proposto por Edmund Husserl, tal como se vê na obra "Ser e Tempo"³¹⁷, na qual Martin Heidegger (1889-1976) caracteriza essa estrutura como **um**

produzido de modo a satisfazer determinada necessidade; as normas morais servem para garantir que as relações humanas possam desenrolar-se da forma mais pacífica e ordenada possível, etc. As expectativas ou projetos, porém, continuam sendo o que são: possibilidades cuja realização mais ou menos segura, mas nunca infalível (uma casa pode cair, sua comodidade pode ser maior ou menor; um amáquina pode sair com defeito ou inútil; as relações humanas podem passar da ordem à desordem, da paz à hostilidade, etc.). Por isso, a categoria descritiva e interpretativa fundamental de que o E. se vale é a da possibilidade.

As várias tendências do E. podem ser reconhecidas e distinguidas a partir do significado que dão à categoria da possibilidade e do uso que dela fazem. Assim, é possível distinguir três tendências principais, cujos fundamentos são, respectivamente: 1º impossibilidade do possível; 2º necessidade do possível; 3º possibilidade do possível. (...)” (grifos nossos).

³¹⁷ Para entender Martin Heidegger, mister se faz ter noção de alguns conceitos, uma vez que a obra “Ser e Tempo” tem uma lógica própria. Este autor aponta o fato de que, **por intermédio do próprio homem, é que se dá o caminho para se conhecer o Ser**. O homem em sua solidão interroga-se sobre si mesmo, colocando-se em questão e refletindo sobre ele mesmo, e neste momento o Ser dá-se a conhecer. O objetivo da reflexão filosófica está no fato de que o filósofo, partindo da existência humana (*Dasein* - ser-aí), procura desvendar o ser em si-mesmo. Este pensador acredita que o Ser do homem não pode ser reduzido à filosofia ocidental, que o identifica através da objetividade. O ser-aí não pode ser então uma *simples presença*, por que ele *é aquele ente para o qual as coisas estão presentes*.

O conceito de presença é entendido aqui enquanto o ente que possui em seu ser a possibilidade de questionar. O ente são as muitas coisas em seus sentidos diversos. Ser está naquilo que é e como é, na realidade, no ser simplesmente dado³¹⁷. O tempo nesse contexto é o ponto de partida do qual a presença sempre compreende e interpreta implicitamente o ser; e a temporalidade é o sentido da presença. O tempo constitui, portanto, o horizonte da compreensão do ser a partir da temporalidade; e a temporalidade é, por sua vez, a condição de possibilidade da historicidade enquanto um modo de ser temporal próprio da presença. Não é, pois, uma simples presença, uma vez que o ser-aí é um ser-possível, é sempre aquilo que pode ser.

Na primeira parte de "Ser e Tempo", Martin Heidegger descreve a vida cotidiana do homem, considerada por ele como uma forma de existência inautêntica constituída por três aspectos: **facticidade, existencialidade e a ruína**. A inautenticidade refere-se ao distanciamento do homem de sua condição real, de como ele se ocupa do mundo e distrai-se de sua condição enquanto um ser mortal. A autenticidade é justamente quando o homem pode conviver com sua condição enquanto ser-para-a-morte. **O homem é um ser de possibilidades infinitas, as quais ele vai "escolhendo" realizar enquanto vive, mas esta possibilidade da morte é a única que lhe é dada como certa**.

Na segunda seção de sua obra, surge a noção de **angústia**. Esta se faz presente quando o homem passa a assumir-se na projeção futura da morte. A *angústia heideggeriana* possibilita que o homem possa resgatar-se do viver cotidiano indo ao encontro de sua totalidade. Ela está sempre presente, tanto no distanciamento como na aproximação do eu, podendo ser vivida como medo no distanciamento.

horizonte finito já que são finitas também as possibilidades humanas (grifos nossos).

Martin Heidegger criticou toda filosofia ocidental, sugerindo a destruição da história da ontologia para alcançar uma explicação do Ser, ou seja, das coisas em si mesmas, das essências, demonstrando, na referida obra, que o Ser só pode ser compreendido a partir do tempo.

Outra questão importante que Cronos pode ser entendido a personificação da noção de ordem temporal no processo implica uma delimitação intencional de prazos, ou seja, lapsos de tempo, para, inicialmente, apresentar os fatos e os direitos e, depois, defendê-los. Dessa forma, verifica-se que **a prática do tempo articula o processo, como instrumento de poder, de realização do direito** (grifos nossos).

Contemporâneo de Martin Heidegger, Gaston Bachelard (1884-1962) elaborou alguns trabalhos a respeito do fenômeno tempo, nos quais se vislumbra que acredita que o **instante é a única realidade do tempo**. Em razão dessa natureza, possui um caráter dramático, pois representa a ruptura do ser, em que a descontinuidade se impõe.

Em sentido oposto a Henri Bergson entende, como visto, que a duração contínua do tempo é indireta e mediata, sendo apenas uma construção do espírito humano, uma sensação como outra qualquer, Gaston Bachelard defende que o instante é o elemento primordial do tempo e em face da atomização deste, sua duração é deduzida em vez de postulada. Assim sendo, os pontos temporais sem dimensão, uma vez unidos formam uma duração, uma aritmetização do tempo, que tem somente uma função panorâmica e retrospectiva.

Apoiado na relatividade, Gaston Bachelard resgata a idéia da destruição de uma duração absoluta do tempo e com base na mecânica quântica, que fixa que o átomo só existe no momento em que muda, fundamenta sua tese de descontinuidade. Neste sentido, também defende que a idéia de direção do tempo, de um passado para um futuro não passa de uma “impressão” do ser humano, pois o instante não sugere

qualquer direção. A consciência que se tem, é do instante, assim, a recordação do passado e a previsão do futuro são hábitos. A partir dos hábitos, que para Gaston Bachelard são “ritmos sustentados”, o autor procura explicar a permanência do ser e seu progresso. O hábito, para ele, implica repetição e constitui-se em progresso na medida em que tal repetição conduz à novidade. Assim, tem por escopo compreender o tempo como sendo a continuidade do descontínuo, ou seja, o tempo tem em si o valor essencial da renovação, ele só “dura” inventando.

A descontinuidade do tempo é explicada pelo fato dos fenômenos temporais não durarem todos do mesmo modo, havendo um ritmo temporal próprio de cada um. Dessa forma, o autor adotou a noção de “ritmo”, como sendo a filosofia dialética da duração, propondo uma “ritmanálise” baseada na descontinuidade. Em contraposição, a continuidade do tempo assume caráter metafórico, sendo uma consequência de “superposições temporais”, nas quais o tempo de cada fenômeno gera, globalmente, a ilusão de um tempo único, em analogia às ondículas que, juntas e em grande número, compõem uma frente de onda.

A descontinuidade temporal é observada, segundo Gaston Bachelard, tanto na seara da psicologia dos fenômenos temporais como no âmbito da física, especialmente, na relação entre duração e causalidade, na qual a duração não tem qualquer influência e a ordem de sucessão é um aspecto apenas objetivo do tempo, como dispõe:

A microfenomenologia não deve tentar ultrapassar a descrição de uma ordem de sucessão ou... a enumeração dos casos possíveis. Essa enumeração exigirá em seguida um tempo puro e simplesmente estatístico, que não tem mais eficácia causal. Alcançamos aqui um dos mais curiosos princípios fundamentais da ciência contemporânea: a estatística dos diferentes estados de um único átomo, ao longo da duração, é exatamente a mesma que a de um conjunto de átomos, num instante particular. Meditando sobre esse princípio, devemos-nos convencer de que, na microfísica, a duração antecedente não empurra o presente, e que o passado não pesa sobre o futuro. Já que a figura da evolução de um indivíduo é inteiramente homográfica à figura do estado de uma sociedade, as condições de estrutura são intercambiáveis em face das condições de evolução³¹⁸.

³¹⁸ BACHERLAND, Gaston. *A Dialética da Duração*, tradução Marcelo Coelho. São Paulo: Ática, 1988, p. 61.

Vislumbra-se assim que a realidade última é o instante, pois cada fenômeno tem seu ritmo e o tempo dos instrumentos de medida é apenas um “tempo regulado”, que promove a *correspondência* com o tempo dos microfenômenos (tempo primitivo “vibrado”, com características ondulatórias e rítmicas), sendo este o papel da duração.

Este aspecto que, à realidade última, é o instante, hoje, é claramente perceptível por todos, tendo em vista os avanços da tecnologia, sobretudo da multimídia, que permitem acompanhar uma realidade do outro lado do mundo em tempo real.

Observa-se que o tempo sempre refletiu a forma de organização das sociedades. Desde a época mais primitiva, em que as colheitas eram determinadas pela lua; as atividades pelo aspecto de duração do dia e da noite. As limitações das jornadas de trabalho, a partir da Revolução Industrial, após a demarcação do tempo em horas e minutos, pelo relógio. As imagens e notícias em tempo real, trazidas pelos efeitos multimídias e as disputas cronometradas nos jogos olímpicos, na sociedade contemporânea globalizada.

Em termos gerais, pôde-se observar as várias concepções de tempo ao longo da história, bem como a preocupação dos físicos e filósofos com esse elemento e, sobretudo, a influência dele no comportamento do ser humano e da sociedade. Neste sentido, David K. Berlo afirma que o tempo também influencia o Direito, conjunto de normas regulamentadoras do comportamento humano, que permite uma convivência social harmônica, expressado pelo processo e, portanto, que “**o conceito de processo está inextricavelmente entrelaçado na visão contemporânea da ciência e da realidade física**” (grifos nossos)³¹⁹.

1.1.2 Lógica e dialética

³¹⁹ BERLO, David. K. *O processo da comunicação*, 4ª ed., São Paulo: Martins Fontes, 1972, p. 29.

Outro elemento fundamental ao processo é a lógica, parte da Filosofia, que trata do conhecimento. O termo “lógica” originou-se da palavra grega *logos* (= razão, linguagem-discurso, pensamento-conhecimento) e surgiu, como disciplina, quando os filósofos começaram a questionar se o *logos* obedecia ou não a regras, possuía ou não normas, princípios e critérios para seu uso e funcionamento. Dessa forma, a lógica tornou-se a ciência que estuda as leis do raciocínio, a coerência.

1.1.2.1 Histórico

O aparecimento da lógica surgiu com Heráclito de Éfeso e Parmênides de Eléia, cuja principal preocupação era a origem, a transformação e o desaparecimento de todos os seres, o devir.

Heráclito afirmava que somente o devir, a mudança, é real. O dia se torna noite, o úmido seca, o frio esquenta. Isto porque o mundo é um fluxo perpétuo, no qual nada permanece idêntico a si mesmo, mas tudo se transforma em seu contrário. A luta é a harmonia dos contrários, responsável pela ordem racional do universo. A experiência sensorial percebe o mundo como se tudo fosse estável e permanente, mas o pensamento sabe que nada permanece, tudo se torna contrário de si mesmo. **O *logos* é a mudança** e a contradição.

Em sentido contrário, Parmênides afirmava que o devir é uma aparência, porque o ser humano confunde a realidade com as sensações e lembranças. O devir dos contrários é uma linguagem ilusória, é o não-ser, o nada. O que existe realmente é o que não muda nunca, o que permanece sempre idêntico a si mesmo, sem contrariedades internas. É o ser. Pensar e dizer só são possíveis sobre as coisas que, ao se pensar e dizer, guardarem identidade. **O *logos* é**, assim, o ser como pensamento e linguagem verdadeiros e, portanto, a verdade é a afirmação da **permanência** contra a mudança.

Apoiada nesses questionamentos, desenvolvidos por Platão e Aristóteles, surgiu a lógica.

Conforme Platão, Heráclito tinha razão no que se refere ao mundo material ou físico, pois a matéria está sujeita a mudanças contínuas e a oposições internas; também, no que tange ao mundo das sensações (mundo sensível), o mundo natural é o devir permanente. Entretanto, Platão defendia que esse mundo é uma **aparência**, uma sombra do mundo verdadeiro, destacando que, neste ponto, Parmênides tem razão. Para Platão, o mundo verdadeiro é o das **essências** imutáveis (mundo inteligível), sem contradições nem oposições, todavia, para conhecê-lo, abandonando as aparências, mister se faz o uso da dialética.

A palavra “dialética”, em grego, significa *dia* (dois, duplo) + *letica*, que é derivada de *logos* (= razão) e do verbo *legin* (= raciocinar). A dialética é, portanto, um diálogo ou uma conversa na qual os interlocutores possuem opiniões opostas sobre alguma coisa e devem discutir ou argumentar de modo a passar das opiniões contrárias à mesma idéia ou, ao mesmo pensamento sobre aquilo que conversam. Devem passar de imagens contraditórias a conceitos idênticos a todos os pensantes.

A dialética platônica é um procedimento intelectual e lingüístico que parte de alguma coisa que deve ser separada ou dividida em duas partes contrárias, de modo que se conheça sua contradição e se determine quais dos contrários é verdadeiro e qual é falso. Partindo de sensações contraditórias sobre algo, a dialética vai separando os opostos em pares, mostrando que um dos termos é aparência e o outro, a essência. Superar os contraditórios e chegar ao que é sempre idêntico a si mesmo, é a tarefa da discussão dialética, que revela o mundo sensível como heraclitiano (a mudança incessante) e o mundo inteligível como parmenidiano (a identidade perene de cada idéia consigo mesma).

Diferente de Platão, Aristóteles considera desnecessário separar realidade e aparência em dois mundos distintos e não aceita que a mudança seja mera aparência. Para ele, há seres, cuja essência é mudar e há seres, cuja essência é imutável.

Aristóteles defende que o erro de Heráclito foi supor que a mudança se realiza sob a forma de contradição, isto é, que as coisas se transformam nos seus opostos. Ademais, a mudança é a maneira pela qual as coisas realizam todas as potencialidades contidas em sua essência (e esta não é contraditória).

Nesse contexto, Aristóteles adota a concepção de Parmênides, ao dizer que o pensamento e a linguagem exigem a identidade; e a de Heráclito ao defender que as coisas mudam. Contudo, ambos se enganaram ao supor que identidade e mudança são contraditórias e tal engano levou Platão à desnecessária divisão dos mundos. Conseqüentemente, Aristóteles não considera a dialética um procedimento seguro para análise do pensamento e da linguagem, sendo mero instrumento da retórica. Substituindo a dialética por um conjunto de procedimentos de demonstração e prova, Aristóteles criou a lógica propriamente dita, chamada de analítica, que oferece procedimentos a serem empregados em raciocínios, que se referem a todas as coisas das quais é possível ter um conhecimento universal e necessário. Desse modo, observa-se que o ponto de partida da lógica analítica são princípios, regras e leis necessárias e universais do pensamento.

Nesse aspecto, cabe um fazer paralelo sobre os métodos utilizados por Platão e Aristóteles. Platão entendia que a dialética era o exercício direto do pensamento e da linguagem, um modo de pensar que opera com os conteúdos do pensamento e do discurso. Era, pois, um modo de conhecer. Já Aristóteles tinha a lógica analítica como um instrumento que antecede o exercício do pensamento e da linguagem, oferecendo-lhes meios para realizar o conhecimento e o discurso, sendo, portanto, um instrumento para o conhecer.

A lógica, como instrumento para o conhecimento, segundo Aristóteles, caracteriza-se como: a) instrumental: é o instrumento do pensamento para pensar corretamente e verificar a correção do que está sendo pensado; b) formal: não se ocupa com os conteúdos pensados ou com os objetos referidos pelo pensamento, mas apenas com a forma pura e geral dos pensamentos, expressa por meio da linguagem; c) propedêutica: é o que se deve conhecer antes de iniciar uma investigação científica ou filosófica, pois só ela pode indicar os procedimentos (métodos, raciocínios,

demonstrações) que se deve empregar para cada modalidade de conhecimento; d) normativa: fornece princípios, leis, regras e normas que todo pensamento deve seguir se quiser ser verdadeiro; e) doutrina da prova: estabelece as condições e os fundamentos necessários de todas as demonstrações. Dada uma hipótese, permite verificar as conseqüências necessárias que dela decorrem; dada uma conclusão, permite verificar se é verdadeira ou falsa; e f) geral e atemporal: as formas do pensamento, seus princípios e suas leis não dependem do tempo e do lugar, nem das pessoas e circunstâncias, mas são universais, necessárias e imutáveis como a própria razão.

O objeto da lógica é a **proposição**, que exprime por meio da linguagem, os **juízos** formulados pelo pensamento. A proposição, por sua vez, é a atribuição de um predicado a um sujeito: *S é P*. O encadeamento dos juízos constitui o **raciocínio** e este se exprime logicamente por meio da conexão de proposições, que é chamada de **silogismo**. A lógica estuda os elementos que constituem uma proposição (as **categorias**), os tipos de proposições e de silogismos e os princípios necessários a que toda proposição e todo silogismo devem obedecer para que sejam verdadeiros (princípio da identidade, da não-contradição e do terceiro excluído).

Tempos depois, os estóicos³²⁰ afirmavam que **só existem corpos**, sejam materiais ou imateriais. Entre os imateriais colocavam o exprimível, isto é, a linguagem

³²⁰ ABBAGNANO, *op. cit.*, p. 375-376, “**ESTOICISMO** (in. *Stoicism*; fr. *Stoïcisme*, aI. *Stoicismus*; it. *Stoicismo*). Uma das grandes escolas filosóficas do período helenista, assim chamada pelo pórtico pintado (*Stoá poikile*) onde foi fundada, por volta de 300 a.c., por Zenão de Cício. Os principais mestres dessa escola foram, além de Zenão, Cleante de Axo e Crisipo de Soles. Com as escolas da mesma época, epicurismo e ceticismo, o E. compartilhou a afirmação do primado da questão moral sobre as teorias e o conceito de filosofia como *vida contemplativa* acima das ocupações, das preocupações e das emoções da vida comum. Seu ideal, portanto, é de *ataraxia* ou *apatia* (v.). Os fundamentos do ensinamento estóico podem ser resumidos da seguinte forma: 1º divisão da filosofia em três partes: lógica, física e ética (v. FILOSOFIA); 2º concepção da lógica como *dialética*, ou seja, como ciência de raciocínios hipotéticos cuja premissa expressa um estado de fato, imediatamente percebido (v. ANAPODÍTICO; DIALÉTICA); 3º teoria dos signos, que constituiria o modelo da lógica terminista medieval e o antecedente da semiótica moderna (v. SEMIÓTICA; SIGNIFICADO); 4º conceito de uma Razão divina que rege o mundo e todas as coisas no mundo, segundo uma ordem necessária e perfeita (v. DESTINO; LIBERDADE; NECESSITARISMO); 5º doutrina segundo a qual, assim como o animal é guiado infalivelmente pelo instinto, o homem é guiado infalivelmente pela razão, e a razão lhe fornece normas infalíveis de ação que constituem o direito natural (v. DIREITO; INSTINTO); 6º condenação total de todas as emoções e exaltação da apatia como ideal do sábio (v. APATIA; EMOÇÃO); 7º *cosmopolitismo* (v.), ou seja, doutrina de que o homem não é cidadão de um país, mas do mundo; 8º exaltação da figura do sábio e de seu isolamento dos outros, com a distinção entre loucos e sábios (v. SÁBIO; SABEDORIA).

Ao lado do aristotelismo, o estoicismo foi a doutrina que maior influência exerceu na história do pensamento ocidental. Muitos dos fundamentos enunciados ainda integram doutrinas modernas e contemporâneas.”.

ou o discurso e consideravam o estudo dos discursos ou dos *logoi* uma disciplina filosófica especial: a lógica.

Diante da afirmação de que apenas os corpos existem, os estóicos defendiam, como consequência, que os juízos e as proposições só poderiam referir-se **ao particular ou ao singular**, uma vez que os corpos universais não têm existência. Ademais, as coisas singulares imprimem-se no ser humano por meio da percepção ou da representação; em relação a elas, formulam-se os juízos que são expressos em proposições verdadeiras ou falsas, cabendo à lógica duas tarefas, a saber: 1ª) determinar os critérios pelos quais uma proposição pode ser considerada verdadeira ou falsa e 2ª) estabelecer as condições para o encadeamento verdadeiro de proposições, isto é, o raciocínio como ligação entre proposições singulares.

Segundos os estóicos, o ser humano, por meio da percepção, tem a representação direta de uma realidade e a memória guarda a recordação dessa representação e de muitas outras, formando a experiência. Da experiência, por sua vez, nascem noções gerais sobre as coisas, **noções comuns** (reduzidas a quatro categorias, a saber: a) o sujeito ou substância, expresso por um substantivo ou por um pronome; b) a qualidade, expressa por adjetivos; c) a ação, expressa pelos verbos; e d) a relação, que se estabelece entre as três primeiras categorias), que são antecipações sobre as coisas singulares de que já se tem ou ter-se-á percepção. A lógica, portanto, refere-se à relação entre as noções comuns gerais e as representações particulares.

Outra inovação importante trazida pelos estóicos refere-se à proposição. Esta não é, como era para Aristóteles, a atribuição de um predicado ao sujeito ($S \text{ é } P$), mas é um **acontecimento** expresso por palavras: **o predicado é um verbo** que indica algo que acontece ou aconteceu com o sujeito. Por exemplo, “Pedro morre” (e não “Pedro é mortal”); “É dia, está claro” (e não “O dia é claro”).

Como consequência das inovações, os estóicos concebem a lógica como uma disciplina que se ocupa dos **significados**, buscando, por meio deles, aquilo que significa e aquilo que é. O significado é, ao mesmo tempo, a representação mental ou o conceito e a relação entre essa representação e o ser real. Enfim, é a relação

(hipotética, conjuntiva, disjuntiva, causal ou relativa) entre uma palavra e um ser, pela mediação da representação mental que possuímos desse ser. É o **sentido**. A lógica estóica opera com o sentido ou com o significado.

Durante a Idade Média, os filósofos tenderam a identificar lógica e dialética, isto é, a considerar que a lógica é uma arte racional de demonstração, mas esta demonstração tem a força de um argumento persuasivo. A lógica oferecia os procedimentos racionais da prova e da dialética, os meios de persuadir o ouvinte ou o leitor.

Nessa época, verifica-se que os filósofos dividiram-se em duas grandes correntes: os **aristotélicos**, como Santo Tomás de Aquino, e os chamados **terministas**, que adotaram a lógica estóica. Os primeiros, são considerados racionalistas e os segundos, empiristas, já que só admitem a existência e a experiência de coisas singulares de que se tem sensação, porque só aceitam a conexão de proposições cuja conclusão exprima acontecimentos presentes.

As contribuições dos filósofos medievais foram significativas. Primeiro, ao tentarem ir além de Aristóteles, com a proposta de quantificar também o predicado das proposições. Assim, além das proposições serem universais ou particulares em função do sujeito – todos os *S*, nenhum *S*, alguns *S*, este *S* – deveriam ser também universais ou particulares conforme o predicado - todos os *P*, nenhum *P*, alguns *P*, este *P*. Segundo, por deixarem explícita a relação entre lógica e linguagem, demonstrando a interdependência de ambas, ou seja, a lógica como relação entre o pensamento e uma linguagem perfeitamente ordenada e regulada, dando ensejo às funções sintáticas e semânticas dos signos.

O pensamento dos filósofos estóicos serviu de base para a criação e desenvolvimento da matemática, organizada e sistematizada em formas e símbolos unívocos, livres de quaisquer ambigüidades³²¹.

³²¹ A álgebra possui símbolos próprios e universais para todos os matemáticos. Da mesma forma, a lógica deveria ser uma linguagem perfeita, totalmente purificada das ambigüidades e contradições da linguagem cotidiana. Leibniz, então, no século XVII, aperfeiçoou a propôs a arte combinatória, baseada em uma linguagem simbólica artificial, isto é, construída especialmente para garantir ao pensamento plena clareza nas demonstrações e nas provas. Posteriormente, já no século XIX, o filósofo alemão Frege e os filósofos ingleses Bertrand Russell e Alfred Whitehead consolidaram a grande

Já a lógica moderna e a contemporânea buscaram nos estóicos a idéia de relação, contrapondo-a à atribuição aristotélica (que estabelece a inclusão do predicado no sujeito) e enfatizaram o formalismo lógico, aproximando ao máximo a lógica da matemática.

A lógica, portanto, descreve as formas, as propriedades e as relações das proposições expressadas em um simbolismo regulado e ordenado que permite diferenciar linguagem cotidiana e linguagem lógica formalizada. Segundo Boole, consiste em um “método que repousa sobre o emprego de símbolos, dos quais se conhecem as leis gerais de combinação e cujos resultados admitem interpretação coerente”. Conclui-se, assim, que a lógica tornou-se uma ciência formal da linguagem.

A lógica é um ponto de vista sobre o conhecimento, este, por sua vez, é produto de uma atividade operativa, dirigida contextualmente, ou seja, vinculado a um plexo de fatores, todos unificados pela intencionalidade da consciência: a consciência é para o mundo, aberta a ele: transcender, ir além de si mesma, é próprio da consciência do sujeito cognoscente. Segundo Lourival Vilanova,

tomando-se o conhecimento da realidade (exterior ou interior) como ponto de partida da investigação, temos que distinguir os seguintes planos: I) o sujeito cognoscente, foco de diversos atos (querer, sentir e pensar); II) o ato mesmo de conhecer, como ocorrência subjetiva ou psíquica; III) o dado-de-fato, objeto do conhecimento; IV) a linguagem, natural ou técnica (científica) em que se fixa e se comunica o conhecimento; V) a proposição como uma estrutura que declara que o conceito-predicado vale para o conceito-sujeito (para dizê-lo simplificada). Há conhecimento na percepção; mas o conhecimento adquire sua plenitude no plano proposicional. Entre simplesmente ver que um livro é verde e formular a proposição "este livro é verde" há uma distância considerável. O fato íntegro, total do conhecimento, abrange todos esses planos³²².

Com supedâneo na experiência, verifica-se que o conhecimento é um fato complexo, cujos componentes inter-relacionam-se intimamente. Todavia, é possível isolar tais componentes, com a intenção de melhor compreendê-los. Destaca-se, no entanto, que o referido isolamento é artificial.

transformação da lógica, abandonando as teorias aristotélicas e considerando a matemática como um sistema formal, formado a partir de definições lógicas (e não pelo pensamento intuitivo).

³²² VILANOVA, Lourival. *Escritos Jurídicos e Filosóficos*, volume 2. São Paulo: Axis Mvndi IBET, 2003, p. 1.

O conhecimento é, pois, objeto material, que se diversifica em objetos formais, correspondentes a cada isolamento temático, conforme visto acima; e o prescindir de alguma(s) dela(s) importa na operação de abstração, fundamental à natureza da lógica.

Há o conhecimento na percepção, mas **o conhecimento adquire sua plenitude no plano proposicional**. Tal diferença fica clara com o seguinte exemplo: o fato de ver que um livro é verde e a formulação da proposição “o livro é verde”. O fato é íntegro, abrange todos os planos acima, sendo o conhecimento um fato complexo; já a abstração conduz à proposição, que é vista em outro plano: o universo das formas lógicas.

No universo das formas lógicas, há partes e relações invariáveis entre aquelas, havendo uma estrutura na combinação dos elementos. O universo do *logos* (= razão) é um sistema, satisfazendo ele mesmo as condições necessárias de todo sistema. Para tanto, possui uma estrutura própria, cujos elementos são tão-somente entes lógicos, qualquer que seja o conteúdo (ex.: físico, jurídico, natural etc.) da proposição a ser considerada.

Na lógica, **o objeto é o sujeito de uma predicação; e predicação é uma propriedade ou estado do objeto**. Por exemplo, o fato objetivo é “Sócrates é mortal”, no âmbito lógico, considera-se “existe um x tal que tem a propriedade f”, que simbolicamente é assim expressado “Ex f(x)”.

Mister também se faz atentar que não se pode confundir o plano das relações lógicas com o das relações objetivas. As relações lógicas traduzem uma proposição implicacional (hipotética – ex.: “se a, então, b”) e atemporal, enquanto as relações objetivas traduzem uma relação de causa e efeito ou meio e fim, sendo o fator temporal primordial para seu desenvolvimento (ex.: fatos biológicos, fatos sociais).

No que tange à importância da lógica no Direito, dispõe Siches³²³ que é a **lógica-instrumento** com que trabalha o jurista teórico ou prático, cujo objetivo não é fazer lógica, mas **relacionar o logos com a concreção existencial, de onde procede**

e para onde se dirige o direito, como instrumento cultural destinado a estabelecer um tipo de ordenação na vida humana coletiva (grifos nossos). Neste sentido Lourival Vilanova afirma que

essa atitude retrovertida (a reflexão husserliana) para o logos, pondo entre parênteses metódicos a existência mesma dos fatos e dos valores (axiológicos, digamos), **não foi nem pode ser a atitude dos juristas com senso da realidade**. Foi teorização, excesso racionalista, cujo fundo subjacente o sociólogo sabe descobrir. E descobrir como ideologia que quer se confundir com ciência, falsa consciência que Kelsen implacavelmente sempre denunciou³²⁴ (grifos nossos).

Considerando-se o processo no contexto ora estudado, conclui-se que o sistema normativo é constituído por normas jurídicas, que estão inseridas no plano do “dever-ser”, abstrato. Uma vez ocorrido um fato no mundo fenomenológico, que se subsume à norma jurídica, haverá incidência normativa, deflagradora do processo, que, por sua vez, desenvolve-se por meio dos atos processuais, que ocorrem em um seqüência lógica e concatenada, voltados, no plano normativo, à solução da lide e à realização do direito e, na prática, à organização e pacificação social da vida em coletividade.

1.1.2.2 Lógica e dialética no processo

Especialmente no que tange à lógica e à dialeticidade no processo, pode-se observar, que é por meio da dialeticidade, que o processo é impulsionado, ou seja, pelo diálogo entre todos os sujeitos do processo (autor, parte, Juiz de Direito, perito etc.), os quais possuem direitos para satisfazerem, ônus e deveres a serem realizados.

Dada a importância do processo como instrumento para a obtenção da decisão judicial, que porá fim à lide, os operadores do Direito, segundo Piero Calamandrei, não devem apenas ter ciência das regras processuais, tal como se conhece um manual de instruções, mas, sobretudo, **conhecerem-nas com perfeição**, podendo, assim, antever os efeitos e reflexos por elas provocados, inclusive, os

³²³ SICHES, Luis Ricaséns. *Filosofía del derecho*. México: Porrúa S.A., 1978, p. 642.

eventuais subterfúgios utilizados por alguns profissionais que agem de má-fé. Para isso, salienta o referido autor, que o operador do Direito deverá não apenas conhecê-las no âmbito teórico, mas experimentar e vivenciar o processo, praticando-o e analisando como os indivíduos reagem dentro do processo. Daí, a relevância do aspecto psicológico do processo.

Ressalte-se, porém, que antes dos operadores do Direito, os legisladores devem bem conhecer o processo, responsáveis pela criação e aperfeiçoamento do sistema processual, como meio eficaz de solução de lides. O legislador faz as leis para seu tempo, logo, conforme o nível social, histórico, moral e cultural de seu povo e prevendo, também, como o povo comportar-se-á diante delas. Neste aspecto, deve buscar o equilíbrio entre uma visão pessimista, que consideraria os cidadãos desobedientes, rebeldes e fraudadores da lei; e uma visão otimista, pela qual se suporia ser a sociedade composta apenas por pessoas decentes. Isso porque a sociedade é eclética e, por isso, tanto o legislador como o operador do direito não podem tratar a norma jurídica como um instrumento de precisão que incide sempre do mesmo modo, pois está em constante interação com o agir humano.

Todo ser humano comporta-se de uma forma única diante do sistema legal. Daí, segundo Piero Calamandrei,

esta necessidade de ter sempre presente que as leis são feitas para homens vivos, dos quais antes de estudar o direito há de se conhecer a psicologia, vale acima de tudo a propósito **das leis processuais: pois elas, mais que qualquer outra categoria de normas são destinadas, melhor que a garantir um efeito jurídico constante e previsível em abstrato, a registrar a posteriori o resultado concreto daquela espécie de jogo legal – feito de vontades concorrentes, de movimentos sutilmente estudados e de observações técnicas – que é processo**³²⁵ (grifos nossos).

As regras processuais são regras voltadas ao alcance de uma determinada finalidade no ordenamento jurídico. Não são regras que impõem obrigações por si só. Na realidade, são métodos, são instrumentos para a

³²⁴ VILANOVA, *op. cit.*, volume 2, p. 43.

³²⁵ CALAMANDREI, Piero. *Instituições de Direito Processual Civil*, volume III, tradução de Douglas Dias Ferreira. 2ª ed., Campinas/SP: Bookseller, 2003, p. 226-227.

concretização do direito objetivo no plano da realidade, que as partes utilizaram para formarem o convencimento do Juiz de Direito.

Neste sentido, pode-se afirmar que o processo assume o caráter de um jogo de raciocínio entre as partes, neste é evidenciado o princípio da dialeticidade processual, consoante destaca Piero Calamandrei:

O processo não é apenas uma série de atos que devem suceder-se em uma determinada ordem estabelecida pela lei (*ordo procedendi*), mas é também, no cumprimento desses atos, **uma ordenada alternância de várias pessoas (*actus trium personarum*), cada uma das quais deve agir e falar nessa série de atos no momento preciso**, nem antes nem depois, do mesmo modo que ao interpretar um drama cada ator deve saber ‘entrar’ a tempo para sua intervenção, ou em uma partida de xadrez, em que os jogadores devem alternar-se com regularidade na movimentação de suas peças. Mas a dialeticidade do processo não consiste nisto; não é unicamente a alternância em ordem cronologicamente preestabelecida de atos realizados por diferentes sujeitos, mas **a concatenação lógica que vincula cada um desses atos ao que se precede e ao que o segue, o nexó psicológico em virtude do qual cada ato que uma parte realiza no momento preciso constitui uma premissa e um estímulo para o ato que a contraparte poderá realizar imediatamente depois.** O processo é uma série de atos que se cruzam e se correlacionam como os movimentos de um jogo: de perguntas e respostas, de réplicas e contra-réplicas, de ações que provocam reações, que por sua vez suscitam contra-reações³²⁶ (grifos nossos).

As partes, autor e réu, agem com base no princípio constitucional do contraditório, visando cada uma expor os argumentos de fato e de direito que lhe são favoráveis, formando assim, continuamente, durante o desenrolar do processo no tempo, o convencimento do julgador.

Cada movimento de uma parte cria para o adversário uma série de possibilidades, das quais pode ocorrer que resulte, caso ele de modo hábil empenhe-se, tirar proveito contrariamente ao que seu antagonista supunha. Trata-se da tática processual, confiada à sagacidade e ao senso de responsabilidade de cada um dos litigantes; aqui está a habilidade do jogo. Cada parte, antes de agir, deve tratar de prever, imediatamente, tanto o resultado jurídico de sua ação como a reação psicológica da parte adversária e do juiz e, apenas mediatamente, a finalidade última

³²⁶ CALAMANDREI, *op. cit.*, p. 229-230.

do processo, que é a realização do direito. Isso porque o processo é elaborado e sucedido ato a ato, fase a fase, até a obtenção da decisão judicial. Trata-se de uma relação jurídica fluida e mutável, fontes de possibilidades e encargos, que se modela, segundo a diversa sucessão dos atos processuais, e cada um abre às partes novas perspectivas. Assim sendo, pode-se dizer que toda parte é o árbitro e o encarregado da própria sorte, pois age deliberadamente a cada ato, cuja sucessão formará a decisão judicial.

O Juiz de Direito, ao final, após filtrar as argumentações do autor e do réu, tomará uma decisão e toda decisão implica uma escolha que, nos termos da Constituição Federal de 1988, deverá ser legal e devidamente fundamentada. Dessa forma, observa-se que o processo não é como uma máquina automática, da simples aplicação das leis aos fatos, mas, produto da atuação técnica e psicológica das partes e do órgão julgador.

Assim, a dialeticidade é um princípio fundamental do processo, pelo qual os operadores do direito dão vida e impulso aquele, tendo em vista que o processo nasce e cria-se em cada caso, movimento a movimento, tal como o modelam de forma imprevista e imprevisível as combinações freqüentemente desconcertantes das forças antagônicas que nele se cruzam.

Ressalte-se, entretanto, que a importância deste princípio no processo diz respeito apenas à sua movimentação e a razão de existir do processo é outra, a de satisfazer concretamente o direito previsto objetivamente, cabendo ao Juiz de Direito o dever de provê-lo e às partes o direito de que ele o proveja, tendo ao final, a composição da forma mais adequada do litígio.

2 Processo Jurídico

Baseado nos elementos gerais acima expostos, neste tópico serão estudadas as características gerais do processo no ordenamento jurídico, ressaltando-se seu caráter instrumental, voltado à realização do direito material.

2.1 Instrumentalidade do processo

Segundo Cândido Rangel Dinamarco, a idéia de instrumentalidade do processo é melhor compreendida fundamentada em uma breve exposição histórica do desenvolvimento do direito processual (sobretudo civil, mas também com reflexos na área penal). Tal exposição histórica resume-se em três momentos principais, a saber:

a) confusão entre direito material e direito processual: até meados do século XIX, havia um direito judiciário, mas não existia direito processual, como disciplina autônoma. Na Alemanha, entretanto, operou-se uma "revisão dogmática"³²⁷ do direito processual, apoiada na polêmica referente ao direito de ação (caso Windscheid X Muther) e, posteriormente, a defesa por Oskar Von Bulow do conceito de processo como relação jurídica processual. Com base nessas discussões, consolidaram-se as idéias de que: 1ª) existe uma relação típica de direito processual (o próprio processo), que é distinta da relação jurídica de direito material (objeto do processo) e 2ª) o direito de ação é um direito processual, não material. Daí, decorrer que o direito pode ser visto sob dois planos: direito material e direito processual;

b) processualismo: este movimento nasceu do direito processual como disciplina autônoma e desenvolveu-se de tal forma que suas dimensões técnicas e dogmáticas obscureceram completamente. O processo passou a ser considerado, a partir de então, como um fim em si mesmo, em detrimento das relações de direito material tuteladas pelo ordenamento jurídico, razão pela qual o direito processual

³²⁷ ALVIM, Arruda. *Manual de Direito Processual Civil*. 6ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, volume I, 1997, p. 86.

atingiu elevado grau de formalismo, em certo ponto desnecessário e em determinados casos até prejudicial às relações de direito material; e, por fim,

c) instrumentalismo: nesta fase, voltou a ter relevância a distinção dentre direito material e processual, mas não como se ambos fossem absolutamente autônomos. Surgiu o instrumentalismo como um movimento que reconsidera a posição do direito processual perante o direito material, defendendo que **o processo é um instrumento que se destina a algumas finalidades específicas**. O processo, portanto, não é um fim em si mesmo. Segundo Mauro Cappelletti, é um instrumento “ético”, que visa ao cumprimento de uma pauta valorativa, qual seja: **a fixada constitucionalmente**. Observa-se, assim, que o instrumentalismo tem como ponto desfavorável a idéia de que o processo não é um fim em si mesmo. Neste ponto, critica-se o princípio da instrumentalidade das formas, pelo qual é dada relevância às exigências formais em detrimento da finalidade do ato alcançada. Por outro lado, como aspecto favorável do instrumentalismo do processo tem-se a idéia de que existe uma série de problemas, os quais devem ser resolvidos pelo processo, para que este, então, atinja suas finalidades. Estes problemas, segundo Cândido Rangel Dinamarco, seriam, sobretudo: o acesso à Justiça (admissão em juízo); o modo de ser do processo (princípios e garantias processuais); a utilidade do processo (efetivação de direitos); os critérios de decisão (justiça nas decisões) e os óbices econômicos, sendo que todos esses problemas estão ligados à idéia maior de efetividade do processo, ou seja, cumprimento das finalidades do processo. Segundo assevera Ada Pellegrini Grinover, é possível ter um sistema processual capaz de servir de eficiente caminho à ordem jurídica justa. Dessa forma, o processo caracteriza-se como instrumento a serviço da paz social.

2.2 Conceito de processo jurídico

O conceito jurídico de processo é distinto, segundo os diferentes autores, entretanto, pode-se observar que todos apresentam os elementos tempo e lógica, bem como vislumbram o processo como **instrumento para realização do direito objetivo**.

Segundo Francesco Carnelutti, o processo “trata-se, em honra da verdade, de um proceder, de um caminhar, de um percorrer um longo caminho, cuja meta parece assinalada por um ato solene, com o qual o Juiz **declara a certeza**”³²⁸ (grifos do autor).

Já para Humberto Theodoro Júnior, o processo é tido

como instrumento da atividade intelectual do Juiz, o processo se apresenta como a série de atos coordenados regulados pelo direito processual, através dos quais se lava a cabo o exercício da jurisdição”. “O objeto dessa mesma atividade intelectual do Juiz é a relação jurídica substancial travada ou disputada entre as partes e que se tornou controvertida em face de um conflito de interesses qualificado por pretensão de um e pela resistência de outro”³²⁹.

Moacyr Amaral Santos afirma que “processo é complexo de atos coordenados, tendentes à atuação da vontade da lei às lides ocorrentes, por meio dos órgãos jurisdicionais”³³⁰. Trata-se, portanto, de um conceito eminentemente finalístico, pois o processo visa a compor a lide, conforme o direito objetivo, fazendo atuar a vontade da lei, ou seja, a norma jurídica reguladora da espécie.

Ada Pellegrini Grinover, Antônio Carlos de Araújo Cintra e Cândido Rangel Dinamarco, por sua vez, estabelecem que

caracterizada a insatisfação de alguma pessoa em razão de uma pretensão que não pôde ser, ou de qualquer modo não foi, satisfeita, o Estado poderá ser chamado a desempenhar a sua função jurisdicional; e ele o fará em cooperação com ambas as partes envolvidas no conflito ou com uma só delas (o demandado pode ficar revel), segundo um método de trabalho estabelecido em normas adequadas. A essa soma de atividades em cooperação e à soma de poderes, faculdades, deveres, ônus e sujeições que impulsionam essa atividade dá-se o nome de processo”³³¹.

³²⁸ CARNELUTTI, Francesco. *Diritto e processol*. Nápoles: Morano, 1958.

³²⁹ THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*, volume I. 30ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2003.

³³⁰ SANTOS, Moacyr Amaral. *Primeiras Linhas de Direito Processual Civil*. São Paulo: Saraiva, 1998.

³³¹ GRINOVER, Ada Pellegrini; CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; e DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. 19ª ed., São Paulo: Malheiros, 2003.

O jurista italiano Enrico Tullio Liebman, inicialmente, ressalta a idéia de que processo implica “proceder”, ou seja, proceder em direção a uma meta. Na seqüência, faz uma divisão entre processo penal e processo civil, enfatizando que o

processo civil é aquele que se realiza pelo desenvolver da função jurisdicional em matéria civil. O sujeito que ‘procede’ e pronuncia o ato final é o órgão jurisdicional; mas no processo colaboram necessariamente também as partes, as quais cumprem alguns atos essenciais e indispensáveis, a começar pela demanda, o ato inicial que dá início ao processo. Em seu conjunto, o conteúdo desta atividade variada ordena-se no esquema de uma demanda que uma parte dirige ao órgão jurisdicional em confronto com a parte contrária, à qual o órgão jurisdicional responde com uma decisão; entre estes dois atos, um que abre e outro que encerra o processo, se desenvolve uma atividade intermediária mais ou menos complexa, dirigida a preparar a tornar possível a pronúncia do ato final, atividade que se realiza no contraditório efetivo ou ao menos virtual da parte contrária. Todas essas atividades são minuciosamente regulamentadas pela lei³³².

Por fim, neste breve apanhado de algumas definições de processo, em termos jurídico, Piero Calamandrei entende o processo como

uma série de atos que se cruzam e se correlacionam como os movimentos de um jogo: de perguntas e respostas, de réplicas e contra-réplicas, de ações que provocam reações, que por sua vez suscitam contra-reações³³³.

O autor citado considera, também, essencial ao processo a dialeticidade, que lhe concede dinamismo, como visto anteriormente. Defende ainda Piero Calamandrei por que:

as leis processuais são editadas em interesse público da justiça: o fim supremo que o Estado põe idealmente como meta a todo litigante, e em geral a todas as pessoas que em um ou outro caráter participam do processo ou colaboram nele, é a observância do direito, o triunfo da verdade, a vitória da razão³³⁴.

Verifica-se, assim, que o Estado detém o monopólio da administração da Justiça e o processo é o meio pelo qual o Estado procede à composição da lide, aplicando o direito objetivo ao caso concreto, tendo por escopo imediato a pacificação social e a finalidade mediata a composição da lide. Conclui-se, assim, que **a jurisdição**

³³² LIEBMAN, Enrico Tullio. *Manuale di diritto Processuale Civile*. 4ª ed., Milão: Giuffré, 1983, tradução brasileira por DINAMARCO, Cândido Rangel. *Manual de Direito Processual Civil*. 2ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1986.

³³³ CALAMANDREI, *op. cit.*, p. 230.

³³⁴ *Ibid*, p. 228.

é a função de “dizer o direito”, e o processo é o instrumento de sua atuação. Ademais, sem processo não há como solucionar o litígio.

O processo, instrumento de atuação da função jurisdicional e método, sistema de composição da lide em juízo por meio de uma relação jurídica vinculativa de direito público, pode ser visto sob dois aspectos conexos, a saber:

a) aspecto objetivo: os atos em sua forma extrínseca, que constituem o **procedimento**. Este consiste na cadeia de atos e fatos, coordenados lógica, cronológico e juridicamente relevantes, vinculados por uma finalidade comum: preparar o ato final, ou seja, o provimento jurisdicional. Trata-se, pois, da forma de exteriorização do processo. Sob este ângulo, as formas dos atos processuais podem ser analisadas sob três aspectos:

1. lugar em que os atos processuais devem ser produzidos;
2. tempo (ex.: classificação quanto aos prazos; institutos sobre preclusão, decadência etc.); e
3. modo (qual parte deverá produzir determinado ato processual, a forma de produção desse ato: escrita ou oral, o rito processual etc.); e

b) aspecto subjetivo: as relações que vinculam os sujeitos processuais, ou seja, as **relações jurídicas processuais**. Trata-se, enfim, do nexos que une e disciplina a conduta dos sujeitos processuais em suas ligações recíprocas no desenrolar do procedimento. As relações jurídicas processuais apresentam-se como a sucessão de posições jurídicas ativas (poderes, faculdades e ônus) e passiva (deveres, sujeições e ônus), que se substituem pela ocorrência de atos e fatos procedimentais.

Os elementos identificadores da relação processual, diferenciando-a da relação de direito material são:

1. sujeitos processuais:
 - a. *para a doutrina clássica*, a qual pertence Enrico Tulio Liebman, são três os principais sujeitos do processo (tanto civil, como

penal): Estado-Juiz (na condição de exercente de um poder estatal), autor e réu. Estas últimas em situação de igualdade entre si e subordinadas às decisões emanadas do Estado-Juiz;

- b. *para a doutrina moderna*, um dos doutrinadores é Rogério Lauria Tucci, a relação jurídica processual penal é linear, sendo o Estado-Juiz protetor, tanto do direito do punir pertencente ao Estado, como do direito à liberdade de que goza o acusado. Tanto que o Ministério Público como órgão fiscalizador da devida aplicação da lei, pode, se estiver convencido da inocência do réu, pleitear por sua absolvição;

2. objeto da relação processual:

- a. *objeto material*: é o bem da vida protegido;
- b. *objeto processual*: é o provimento jurisdicional. Neste ponto, verifica-se que o processo é uma relação secundária, instrumental, pois o objeto almejado pela parte é o bem da vida;

3. pressupostos processuais: consistem em requisitos para a constituição de uma relação processual válida (além das condições da ação, exigidas em cada ramo do Direito). São:

- a. pressupostos subjetivos:
 - i. *do juiz*: investidura, competência e imparcialidade; e
 - ii. *das partes*: capacidade de ser parte, capacidade processual e capacidade postulatória;
- b. pressupostos objetivos:
 - i. *extrínsecos*: inexistência de fatos impeditivos (ex.: coisa julgada, litispendência etc.); e
 - ii. *intrínsecos*: regularidade procedimental.

Neste contexto, Cândido Rangel Dinamarco afirma que **o processo é o “procedimento animado pela relação jurídica processual”**³³⁵.

2.2.1 Finalidades do processo jurídico

A Constituição Federal de 1988 torna explícitos os princípios e garantias constitucionais do processo, reforçando o arsenal de medidas integrantes da jurisdição constitucional e buscando dar efetividade ao processo, por meio do oferecimento à população de canais eficientes para o acesso à justiça. Observa-se também que o objetivo-síntese do Estado contemporâneo é a realização *bem comum*.

No âmbito do processo, como instrumento de realização da jurisdição, o bem comum consiste na pacificação social. O Estado brasileiro busca uma ordem social que tenha como base o primado do trabalho e como objetivo o bem-estar e a justiça social, consoante dispõe o Artigo 193 da Constituição Federal de 1988.

Ada Pellegrini Grinover, Antônio Carlos de Araújo Cintra e Cândido Rangel Dinamarco destacam a importância da atividade jurisdicional no contexto dos conflitos interindividuais e dos variados meios com que a sociedade reage a eles, buscando sua eliminação com justiça. Para tais autores,

o processo não é só um **instrumento** meramente **técnico** para o cumprimento formal dos preceitos jurídico-substanciais, mas sobretudo **um instrumento ético de participação política, de afirmação da liberdade e preservação da igualdade entre os homens**³³⁶.

Ao discorrer sobre a finalidade do processo, Francesco Carnelutti afirma ser a função do Juiz de declarar a certeza, a questão, no caso, é “certeza de quê?”. Para responder a este questionamento, o autor diferencia a lide penal da lide civil, da seguinte maneira:

³³⁵ DINAMARCO, Cândido Rangel. *A Instrumentalidade do Processo*. 12^a ed., São Paulo: Malheiros, 2005.

³³⁶ GRINOVER, *op. cit.*, p. 16.

- lide penal: o processo tem por escopo declarar a certeza, ou seja: ou dizer que é certo que o imputado é culpado ou dizer que é certo que o imputado é inocente.

Embora o autor defenda a necessidade da existência do processo, como instrumento de realização da jurisdição, tendo em vista que o Estado assumiu para si o dever de solucionar os conflitos sociais, o autor critica a existência do processo no âmbito penal, por que:

a) se o réu for absolvido, não deveria ter sequer existido processo, haja vista a perda de tempo, a movimentação desnecessária da máquina estatal e o peso para o réu de suportar a existência de um processo contra ele, o que caracterizaria, neste caso, uma injustiça; e

b) se o réu for condenado, a finalidade do processo é a cura do réu, ao final do processo de execução, o que raramente acontece, o que caracterizaria também uma injustiça.

- lide civil: o processo tem por escopo compor a lide, estabelecendo, inicialmente, quem é o titular do interesse subordinante e quem é o titular do interesse subordinado e, conseqüentemente, fazendo cumprir o provimento exarado pelo Juiz, gerando, assim, a pacificação social e solucionando a lide.

Pelo ora exposto, pode-se afirmar que o processo como instrumento para o exercício da jurisdição possui quatro finalidades, a saber:

- finalidades jurídicas: a pacificação social é feita, mediante a atuação técnica de aplicação do direito objetivo (complexo de princípios e regras técnicas) ao caso apresentado em concreto, perante o Poder Judiciário, para ser solucionado, buscando a composição da lide, com fundamento na vontade da lei, por meio da atuação dos órgãos jurisdicionais. Desta forma, busca-se a igualdade no processo e a justiça na decisão, dando-se efetividade ao direito material;

- b) finalidades sociais: objetiva restabelecer a pacificação social, permitindo aos homens uma convivência harmônica em sociedade e a felicidade pessoal de cada um, bem como educar o cidadão quanto a seus direitos e deveres;
- c) finalidades políticas: o processo constitui uma forma de participação do poder e afirmação de liberdade, pela qual o indivíduo busca, por meio do Poder Judiciário, a reafirmação da ordem jurídica e a participação nos destinos da nação. Almeja-se, assim, o máximo de garantia social, com o mínimo de sacrifício individual da liberdade. Neste sentido, cabe ao processo em relação às instituições políticas da sociedade: a pacificação, o culto às liberdades públicas e à canalização da participação democrática, por meio de procedimentos específicos, tais como: ação popular, ação civil pública; e
- d) finalidade ética: busca o restabelecimento da ordem jurídica, do *stato quo ante*, com justiça. Esta finalidade do processo é discutível na doutrina. Como visto, anteriormente, alguns autores como Cândido Rangel Dinamarco, Ada Pellegrini Grinover, Antônio Carlos de Araújo Cintra e Miguel Reale consideram o processo não apenas como meio de atuação da vontade da lei ao caso concreto, dando efetividade ao direito material, mas, sobretudo, como **instrumento também para a realização da Justiça**, sendo, portanto, a finalidade ética do processo de suma importância. Neste sentido, também afirma Piero Calamandrei:

Feliz coincidência é a que se verifica quando, entre os dois litigantes, o mais justo seja também o mais hábil: mas quando em certos casos (e quero crer que em raros casos) não se dê essa coincidência, pode ocorrer que o processo, de instrumento de justiça, criado para dar a razão ao mais justo, passe a ser um instrumento de habilidade técnica, criado para dar a vitória ao mais esperto³³⁷.

Neste ponto, questiona-se se cabe discutir Justiça no âmbito jurídico, ou melhor, se o processo, como instrumento para a realização do direito tem a finalidade de realizar a Justiça. Para tanto, inicialmente, mister se

³³⁷ CALAMANDREI, *op. cit.*, p. 228.

faz esclarecer algumas questões: “o que é Justiça?”, “o que é direito?” e “se o Direito compreende a Justiça”.

O vocábulo “justiça”, nos termos do dicionário, significa:

Justiça. s.f. (lat. *justitia*) 1. Virtude moral pela qual se atribui a cada indivíduo o que lhe compete. 2. Conformidade com o direito. 3. Ação ou poder de julgar alguém, punindo ou recompensando. 4. Conjunto de tribunais ou magistrados. 5. P. ext. O poder judiciário: *levar à justiça*³³⁸.

A definição de “justiça”, contudo, é muito subjetiva, variando segundo a concepção dos filósofos e doutrinadores. Neste contexto, pode-se verificar que Hans Kelsen afirma que “Justiça significa a manutenção de uma ordenação **positivista**, mediante sua conscienciosa aplicação”, ou seja, implica a conformidade de comportamento à norma jurídica. Compartilhando de entendimento semelhante, Aristóteles, por sua vez, entende que “o justo e o bem existem apenas em virtude da **lei** e não tem nenhum fundamento na natureza”³³⁹. Por outro lado, em sentido totalmente contrário, Alf Ross entende que a justiça é um argumento puramente emocional.

Chaim Perelman, por sua vez, defende que a justiça é a exigência de uma norma adequar-se a um sistema de valores qualquer. Neste caso, depende da definição de cada sociedade em determinada época e lugar, quais são os valores, então, vigentes. Vislumbra-se, assim, que a definição de justiça altera-se, segundo o sistema de valores adotado em cada Estado, tendo, assim, uma natureza puramente formal, tal como defende Hans Kelsen.

Segundo André Franco Montoro, a Justiça implica dar a cada um o que é seu, o que reluz certa implicação valorativa. Neste sentido, Miguel Reale explica a Teoria Tridimensional do Direito, constituída por três elementos: fato, valor e norma, sendo a nota dominante referente a cada um deles a eficácia, o fundamento e a vigência, razão pela qual o primeiro é

³³⁸ *Larousse Escolar da Língua Portuguesa*, coordenação editorial DIEGO RODRIGUES, Fernando. São Paulo: Larousse do Brasil, 2004, p. 448.

³³⁹ ARISTÓTELES, *op. cit.*

apreendido, sobretudo, na Sociologia Jurídica; o segundo, no Eticismo abstrato e, por fim, o terceiro, no Normativismo Lógico. Tal concepção, portanto, deixa claro que este autor considera a justiça um dos valores que influenciam o julgador na tomada de decisão, dentro do ordenamento jurídico. Neste sentido, destaca-se Thomas Hobbes, que entende que, além da felicidade, utilidade e liberdade, considera-se a paz também como critério de justiça, como explana: “é justa a ordenação que garanta a paz, afastando os homens do estado de guerra de todos contra todos, em que vivem no Estado natural”.

No que tange à definição de Direito, segundo já estudado neste trabalho, trata-se de um sistema lógico-normativo, completo, uno e coeso, imposto por uma autoridade legítima, que se traduz em fator de equilíbrio e de regulação da liberdade dos indivíduos. No que se refere à essência do Direito, vigente em todo e qualquer ordenamento jurídico, verifica-se que o referido sistema está voltado à proteção de princípios intangíveis e imutáveis preexistentes no homem, protetores de um núcleo mínimo de direitos invioláveis, porém, que toda matéria a ser regulada pelo Direito submeta-se às suas normas, como enfatiza muito bem Niklas Luhmann ao mencionar que toda irritação ao sistema jurídico por este absorvida, deva submeter-se ao código: lícito e ilícito, direito e não-direito.

Neste diapasão, não cabe dizer que o processo é realizador da Justiça. Coincidentemente, pode vir a ser, mas esta não é sua finalidade, considerando-o sob o aspecto de instrumento para a satisfação do direito material, tal como previsto no ordenamento jurídico.

2.2.2 Efetividade do processo jurídico

Para a efetividade do processo, ou seja, para a plena consecução de sua missão social de **eliminar conflitos e fazer justiça**, como enfatizam Ada Grinover, Dinamarco e Araújo Cintra, é preciso, ter consciência de suas finalidades, como visto, bem como superar os óbices que ameaçam a boa qualidade de seu produto final, que consistem em quatro pontos:

1º) a admissão ao processo (ingresso em juízo): havendo a exigência de eliminação de dificuldades econômicas (ex.: assistência jurídica integral e gratuita) e das dificuldades para a defesa de interesses transindividuais (ex.: Lei de Ação Civil Pública, mandado de segurança coletivo etc.);

2º) o modo de ser do processo: implica a observância do devido processo legal (ordem legal dos atos), concedendo às partes oportunidade de participarem em diálogo com o Juiz (contraditório), sobretudo, no que tange à instrução;

3º) a justiça das decisões: o Juiz deve atuar pelo critério de Justiça³⁴⁰, considerando-a em virtude da lei, quando da apreciação da prova, do enquadramento dos fatos nas normas jurídicas e ao interpretar os textos de direito positivo. Os autores entendem que o Juiz deve evitar, ao máximo, a prática da injustiça, todavia, “diante de um texto absolutamente sem possibilidade de interpretação em prol da justiça é que deve conformar-se”; e

4º) a efetividade das decisões: todo processo deve dar a quem tem um **direito tudo aquilo e precisamente aquilo que ele tem direito de obter**. Assim, conclui-se que são acanhadas ou, até mesmo, inúteis as medidas judiciais que deixem resíduos de injustiça.

2.2.3 Princípios constitucionais gerais orientadores do processo

³⁴⁰ Vide tópico anterior a discussão e o entendimento de diversos doutrinadores e filósofos sobre a admissibilidade do critério Justiça no âmbito do Direito.

Atualmente, o processo é tido como explicitado até então, sob duas vertentes: processo como instrumento realizador do direito material e processo como sistema próprio, aspecto este conquistado baseado na autonomia do Direito Processual.

Tais vertentes, por sua vez, interagem-se constantemente, sendo que os princípios gerais norteadores do processo previstos na Constituição Federal, formando um sistema próprio para que o processo, como instrumento do direito material, realize-o eficazmente.

Ademais, Ada Pellegrini Grinover, Antônio Carlos de Araújo Cintra e Cândido Rangel Dinamarco, ao tratarem dos princípios gerais informadores de cada sistema, acentuam que:

considerando os escopos sociais e políticos do processo e do direito em geral, além do seu compromisso com a moral e a ética, atribui-se extraordinária relevância a **certos princípios** que não se prendem à técnica ou à dogmática jurídicas, trazendo em si seriíssimas conotações éticas, sociais e políticas, **valendo como algo externo ao sistema processual e servindo-lhe de sustentáculo legitimador**³⁴¹.

Neste contexto, interessante se faz arrolar, de forma geral e abreviada, os principais princípios constitucionais orientadores do processo, diante de sua importância no sistema processual³⁴²:

- a) princípio da imparcialidade do Juiz: o caráter da imparcialidade é inseparável do órgão da jurisdição. O Juiz situa-se na relação processual entre as partes e acima delas, em decorrência da substitutividade do Estado no lugar daquelas e julgará a decisão nos termos da lei. Para assegurar essa imparcialidade, a Constituição Federal de 1988 previu garantias (Artigo 95), prescreveu vedações (Artigo 95, parágrafo único) e proibiu a criação de juízes e tribunais de exceção (Artigo 5º, inciso XXXVII);
- b) princípio da igualdade processual: segundo tal princípio, todos são iguais perante a lei. Logo, em juízo, as partes devem ter as mesmas oportunidade de

³⁴¹ GRINOVER, *op. cit.*, p. 50.

³⁴² CAPEZ, Fernando. *Curso de Processo Penal*. 9ª ed., São Paulo: Saraiva, 2003, p. 18-26.

fazerem valer suas razões e devem ser tratadas igualmente, na medida de sua igualdade (o que a doutrina atual denomina de igualdade proporcional, ou seja, tratamento igual aos substancialmente iguais);

- c) princípio do contraditório: este decorre do binômio igualdade e participação, ou seja, o direito das partes de serem cientificadas sobre qualquer fato processual e a oportunidade de manifestarem-se sobre ele. É a possibilidade conferida às partes de praticarem todos os atos tendentes a influir no convencimento do julgador. Ressalte-se que as partes têm não apenas o direito de produzir suas provas e de sustentar suas razões, como também de vê-las seriamente apreciadas e valoradas pelo órgão jurisdicional;
- d) princípio da ampla defesa: implica o dever de o Estado proporcionar a todo acusado a mais completa defesa, seja pessoal (autodefesa), seja técnica (efetuada por defensor) e o de prestar assistência jurídica integral e gratuita aos necessitados. Saliente-se, ainda, que a defesa deve manifestar-se sempre por último;
- e) princípio da ação ou da demanda: estabelece que cabe à parte a atribuição de provocar a atuação da função jurisdicional, uma vez que os órgãos incumbidos de prestá-la só agem baseados na manifestação do interessado, permanecendo inertes até então. Conseqüentemente, fica o julgador impossibilitado de tomar providências que sejam estranhas ou ultrapassem o limite do pedido;
- f) princípio do Juiz natural e do Promotor natural: dispõe que ninguém será sentenciado ou processado senão pelo Juiz e pelo membro do Ministério Público competentes, respectivamente. Isso significa que todos têm a garantia constitucional de serem processados e julgados somente por órgão do Ministério Público e Poder Judiciário, dotado de todas as garantias institucionais e pessoais previstas na Carta Magna, ou seja, o Juiz e o Processo natural são aqueles previamente conhecidos, segundo regras objetivas de competência estabelecidas anteriormente à conduta, investidas de garantias que lhe assegure absoluta independência e imparcialidade;

- g) princípio da disponibilidade ou da indisponibilidade: a disponibilidade é a liberdade que as pessoas têm de exercer ou não seus direitos. Na esfera do processo penal, prevalece o princípio da indisponibilidade, pois o crime é uma lesão irreparável ao interesse coletivo, decorrendo daí o dever de o Estado aplicar as normas jurídicas e respectivas sanções;
- h) princípio da oficialidade: vige, sobretudo, no processo penal, em decorrência do princípio da indisponibilidade, pois os órgãos incumbidos da *persecutio criminis* não podem ser privados. Assim sendo, está clara que a função estritamente estatal deve ser exercida por agentes públicos;
- i) princípio da oficiosidade: prevê que as autoridade públicas incumbidas de protegerem interesses indisponíveis devem agir de ofício, sem necessidade de provocação de outrem;
- j) princípio da livre investigação das provas ou da verdade material: tal princípio, anteriormente quase exclusivo do processo penal (em razão da natureza pública do interesse repressivo), hoje, vem encontrando uma aceitação cada vez maior no âmbito do processo civil, sobretudo no que tange aos interesses indisponíveis. Este princípio fixa que as partes devem buscar a verdade real dos fatos, procurando trazê-los em sua integralidade ao processo, já que “o que não está nos autos, não está no mundo”. Visando a atingir tal finalidade, pode o Juiz dispor de todos os meios que lhe são inerentes para alcançar a verdade dos fatos;
- k) princípio do impulso oficial: dispõe que instaurada a relação processual, compete ao Juiz mover o procedimento de fase em fase, até exaurir a função jurisdicional;
- l) princípio da persuasão racional do Juiz: emana que o Juiz só pode decidir baseado no confronto dos elementos existentes no processo com as regras legais, avaliando-os, segundo critérios críticos, racionais e, ainda, pelas máximas de experiência;

- m) princípio da motivação das decisões judiciais: toda decisão precisa ser fundamentada, como forma de garantir à sociedade a aferição da imparcialidade do Juiz e a legalidade e justiça de suas decisões. Na verdade, é um meio de exercício do direito de controle, por toda a sociedade, das decisões proferidas, tendo, portanto, significativa carga política;
- n) princípio da publicidade: a publicidade dos atos é a regra, em decorrência das garantias de independência, imparcialidade, autoridade e responsabilidade do Juiz. Trata-se também de um meio de permitir o controle extrajudicial das decisões proferidas. Excepcionalmente, pode ser restringida, todavia, sempre nos termos da lei;
- o) princípio da lealdade processual: este princípio fixa o dever de verdade, vedando o emprego de meios fraudulentos;
- p) princípio da economia processual (e instrumentalidade das formas): prevê que o processo é instrumento, não se podendo exigir um dispêndio exagerado com relação aos bens que estão em disputa. Visa a buscar a máxima eficiência na aplicação do direito, no menor lapso temporal e com o menor dispêndio de atos processuais possíveis;
- q) princípio do duplo grau de jurisdição: admite a possibilidade de revisão, por via de recurso, de causas julgadas pelo Juiz de primeiro grau. Tal princípio está previsto implicitamente, sendo decorrência da própria estrutura do Poder Judiciário. Ressalte-se, porém, que causas com competência originária no Supremo Tribunal Federal não se submetem a este princípio; e
- r) princípio da celeridade processual: introduzido pela Emenda Constitucional n.º 45/04, estabelece que os processos devem ser céleres e ter um prazo de duração razoável. Como a República Federativa do Brasil é um Estado de Direito, entende-se que, o processo, no mínimo, deve submeter-se ao cumprimento dos prazos legais.

Os princípios acima explicitados não esgotam todos os princípios constitucionais gerais do processo. Todavia, permitem visualizar que o exercício da função jurisdicional deve ser realizada de forma livre e imparcial pelo órgão estatal, cuja decisão deve ser sempre devidamente fundamentada e sujeita ao controle tanto de órgãos superiores, como da sociedade, em geral, em face da publicidade dada àqueles. Assim, é possível que a sociedade, destinatária das normas jurídicas, interprete as decisões e os princípios constitucionais, bem como promova sua constante atualização.

Além dos princípios constitucionais gerais, existem também os princípios constitucionais específicos, que regem, especialmente, cada ramo do Direito.

Dessa forma, verifica-se que o processo como instrumento realizador da jurisdição, função estatal possui também natureza jurídica constitucional e, como tal, constitui-se em uma garantia individual fundamental para a devida e regular aplicação do direito objetivo ao caso concreto, estando assim, também, sujeito ao mesmo regime jurídico especial daqueles.

X CONSTITUIÇÃO COMO PROCESSO

Este capítulo será dedicado a tratar da função da Constituição como processo e do papel que exercem os intérpretes da Constituição, em geral, tendo por escopo buscarem meios de realizar os anseios sociais.

1 Direito e processo, essencialmente, constitucionais

Para que haja uma engrenagem perfeita entre Direito e processo, entre essência e instrumento, é preciso que este seja previsto de forma eficiente e plena, ou seja, de fácil acesso a todos os indivíduos que, por sua vez, devem obter uma resposta do Poder Judiciário. Para tanto, é essencial que a Constituição traga em seu bojo não somente os direitos a serem protegidos, como também os meios, as garantias, as formas de procedimentalização que permitirão o efetivo exercício daqueles. Tão importante é a relevância desse aspecto referente à **funcionalidade do Direito**.

No que tange à legislação processual, verifica-se na Constituição Federal que, ao lado do ramo do Direito Constitucional Processual, ou seja, do conjunto de

normas de Direito Processual inserido no Texto Maior³⁴³, está o Direito Processual Constitucional, isto é, o conjunto de princípios e institutos jurídicos voltados a regular a jurisdição constitucional, tendo por objeto o processo constitucional³⁴⁴.

Com base nesse paralelo, observa-se que o **princípio da celeridade processual** é uma norma de Direito Constitucional Processual, voltada à pluralidade de processos jurisdicionais, em qualquer esfera, seja judicial, seja administrativa. Trata-se, enfim, de um direito fundamental, um **paradigma processual**, cuja função é orientar as demais normas do ordenamento para que se conformem as normas constitucionais, observadas às especificidades processuais de cada jurisdição.

Joaquim José Gomes Canotilho destaca que “as normas da Constituição referentes ao processo constitucional integram o chamado *direito processual formalmente constitucional*”³⁴⁵. Portanto, o autor afirma que a Constituição é a fonte mais importante do Direito Processual Constitucional, pois é composta por princípios processuais estruturantes, que regulam os diversos tipos de processo, o objeto de controle de cada um deles etc. Enquanto as demais normas processuais, como o Código Processual Civil e a legislação extravagante dão complemento à Constituição, densificando, individualizando e regulando as normas constitucionais, por meio de fixação de regras de competências, organizações e funcionamento dos órgãos jurisdicionais, fiscalização da constitucionalidade e legalidade, dentre outras.

Vislumbra-se, assim, as funções do Direito Processual Constitucional como garantidor da legitimação do Estado constitucional e da juridicidade do Estado de Direito. Dessa forma, o Direito Processual Constitucional não é um fim em si mesmo, garantirá a Constituição contra normas inconstitucionais, protegendo, primordialmente, a ordem constitucional objetiva e, reflexamente, direitos subjetivos das pessoas. Outrossim, protegerá também a delimitação das competências fixadas no Texto Maior,

³⁴³ Exemplos: o direito de garantia de acesso à justiça (artigo 5º, inciso XXXV, da CF/88), o direito aos recursos, o direito à prova, o princípio da imparcialidade, o princípio da fundamentação das decisões, o princípio da publicidade dos atos processuais, dentre outros.

³⁴⁴ Exemplos: institutos do *habeas corpus*, *habeas data*, mandado de segurança, dentre outros.

³⁴⁵ CANOTILHO, *op. cit.*, p. 968 (grifos no original).

funções estas do Direito Constitucional Processual, como garantidor da funcionalidade do sistema de controle de constitucionalidade.

Sob outra perspectiva, verifica-se também que os **princípios constitucionais reguladores do processo são**, em sua maioria, normas jurídicas constitucionais de **natureza formal e material**, uma vez que previstas no texto constitucional, por um lado, estabelecem limites à atuação estatal e, por outro, constituem um núcleo inviolável de direitos e garantias fundamentais inerentes aos seres humanos, tendo uma regulamentação jurídica especial, em razão dessa sua natureza.

Neste diapasão, Jürgen Habermas defende que a inserção do maior número de direitos e garantias fundamentais no Texto Maior é essencial, tal como ocorre com os **princípios constitucionais processuais**: da igualdade processual, do Juiz e do Promotor natural, do devido processo legal, da motivação das decisões judiciais, da publicidade, da celeridade processual, da eficiência, dentre outros, como visto anteriormente. Dessa forma, é possível ao processo, como instrumento constitucional realizador do Direito, aplicá-lo de forma efetiva e eficaz. Esta concepção adotada pelos autores procedimentalistas permite, assim, a viabilização do modelo de **democracia constitucional**, que não **se fundamenta** nem em valores compartilhados nem em conteúdos substantivos, mas, **em procedimentos assecuratórios** da formação democrática da vontade, os quais, por sua vez, são realizadores, conseqüentemente, de uma “nação de cidadãos”.

A partir destas linhas gerais, observa-se a importância do processo constitucional, como instrumento de realização dos direitos fundamentais. Assim sendo, mister se faz estabelecer uma breve noção de como se diferenciam os direitos fundamentais das garantias fundamentais, apesar da mesma e rígida proteção constitucional ora vista.

As garantias institucionais, “embora muitas vezes estejam consagradas e protegidas pelas leis constitucionais, elas não seriam verdadeiros direitos atribuídos a

uma pessoa directamente”³⁴⁶. Isso porque as instituições têm um sujeito e um objeto diferente dos direitos dos cidadãos. Todavia, a proteção das garantias institucionais aproxima-se da proteção dos direitos fundamentais, quando se exige, em face das intervenções limitativas do legislador, a salvaguarda do “mínimo essencial” das instituições. Por exemplo, o direito individual de constituir família é indissociável da proteção da instituição família como tal.

A referida distinção entre direitos e garantias fundamentais, consoante assevera Alexandre de Moraes, remonta a Rui Barbosa, as quais separou em

disposições meramente declaratórias, que são as que imprimem existência legal aos direitos reconhecidos, e as disposições assecuratórias, que são as que, em defesa dos direitos, limitam o poder. Aquelas instituem os direitos; estas, as garantias....³⁴⁷

Neste sentido, também, esclarece Jorge Miranda:

(...) bem actual é a contraposição dos direitos fundamentais, pela sua estrutura, pela sua natureza e pela sua função, em direitos propriamente ditos ou direitos e liberdades, por um lado, e garantias por outro lado. Os direitos representam só por si certos bens, as garantias destinam-se a assegurar a fruição desses bens; os direitos são principais, as garantias acessórias e, muitas delas, adjectivas (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, as respectivas esferas jurídicas, as garantias só nelas se projectam pelo nexó que possuem com os direitos; na acepção jusracionalista inicial, os direitos **declaram-se**, as garantias **estabelecem-se**.³⁴⁸

Reitere-se, aqui, que a palavra “processo” advém de *procedere*, que significa seguir avante. Define-se, assim, o processo como a seqüência concatenada de atos, como uma relação continuada que se desenvolve no tempo, cuja finalidade é a aplicação da jurisdição e de sua própria natureza, afirma-se que o tempo é um dos elementos inerentes à atividade processual. O processo, abstratamente, constitui-se no meio, no instrumento para garantir os direitos fundamentais. Já o procedimento, aspecto extrínseco do processo, é a forma com que o processo atingirá sua finalidade: a prestação da tutela jurisdicional.

³⁴⁶ CANOTILHO, *op. cit.*, p. 533-534.

³⁴⁷ MORAES, Alexandre. *Direito Constitucional*. 11ª ed., São Paulo: Atlas S.A., 2002, p. 61.

³⁴⁸ MIRANDA, *op. cit.*, p. 88-89 (grifos no original).

O processo constitucional, por sua vez, é o instrumento, cujos fundamentos e diretrizes (ex.: investidura, independência funcional, princípio do Juiz de Direito e do Promotor de Justiça natural etc.) estão previstos nas normas constitucionais e, portanto, dotados de um regime jurídico-especial próprio dos direitos fundamentais, tendo tais características para, eficazmente, assegurar o exercício desses.

As normas constitucionais, no ápice da pirâmide do escalonamento normativo, fixam o caráter estrutural das normas constitucionais, que contêm as vigas mestras da organização do Estado e da sociedade; e o caráter formal, que concede posição de supremacia às normas constitucionais, sendo estas, por consequência, fundamento de validade, formal (procedimento legislativo) e material (conteúdo), para toda e qualquer norma infraconstitucional, para todo e qualquer ato jurídico, caracterizando, assim, a unidade e a coerência do ordenamento jurídico. Destaca-se, ainda, que a Constituição é a expressão, é a transformação de anseios e aspirações sociais em regras impositivas, em preceitos obrigatórios para todos: órgãos do poder e cidadãos. Assim,

uma provisão constitucional, exatamente porque se contém no instrumento da Constituição, é uma provisão essencial, indispensável e imperativa, por envolver de fato ou por pressuposto do legislador constituinte – pressuposição irremovível por argumentos em contrário – **matéria** de interesse público ou **relativa a direitos individuais, de ordem substancial** (grifos nossos),

conforme assevera Francisco Campos³⁴⁹. Dessa maneira, está clara a rigidez para a modificação de uma norma constitucional, que só é possível pelo exercício do Poder Constituinte Derivado, pela edição de Emenda Constitucional.

A **Emenda Constitucional**, assim como qualquer norma de Direito, visa a atualizar o sistema normativo aos anseios sociais, buscando uma perfeita interação entre ambos, todavia, deve obedecer aos limites acima expostos, tanto no que tange aos direitos fundamentais em si considerados como aos instrumentos que garantem o exercício desses, o que se dá, por meio, do processo legislativo, no caso, previsto também constitucionalmente. Neste ponto, vislumbra-se, tanto a Constituição e como

³⁴⁹ CAMPOS, Francisco. *Direito constitucional*. volume I, Rio de Janeiro, Freitas Bastos, 1956, p. 392.

processo, ou seja, a Carta Magna estabelece, tanto os direitos fundamentais como os meios e instrumentos de sua realização, tendo por escopo, a efetiva realização daqueles.

Pelo ora exposto, está evidente que as normas constitucionais possuem uma peculiaridade, pois não são simples normas jurídicas. Tendo em vista ser a Constituição o texto inaugural de uma nova ordem jurídica, ou seja, o fundamento de validade último de todas as demais normas do ordenamento jurídico, as normas constitucionais não se submetem, como afirma Tércio Sampaio Ferraz Júnior³⁵⁰, a todos os formalismos típicos da interpretação da lei, devendo a Constituição ser entendida como “a instauração do Estado e da comunidade”. Neste sentido, pondera Raul Canosa Usera:

es la matéria objeto de cada interpretación la que, em esencia, otorga uno u outro carácter a la labor hermenéutica que sobre ella recae (...) A pesar de gozar de um irreprochable carácter jurídico (las que más si aplicamos el principio de jerarquía stricto sensu), las disposiciones constitucionales regulan, no cabe duda, situaciones profundamente políticas. Esta naturaleza política da personalidad al Texto Fundamental y justifica, por ende, sua interpretación com arreglo a uma dogmática distinta, em parte para dar cumplida satisfacción a problemas diversos de los surgidos em otras ramas Del Derecho³⁵¹ (grifos nossos).

Além do caráter político das normas constitucionais, fundantes de uma sociedade, verifica-se que a Constituição emprega um linguajar sintético, evidenciado, na maioria das vezes, princípios, e conceitos abertos e indeterminados que, após interpretados, perante o sistema constitucional recebem uma conotação jurídica.

Por fim, deve-se atentar também que a Constituição, por sua natureza, possui um ente especial, a saber, o Supremo Tribunal Federal, guardião último da Carta Magna, que constitui parte da relação interpretativa constitucional. Tal órgão colegiado legitima a existência da denominada “jurisdição constitucional”.

³⁵⁰ FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. “Constituição Brasileira e modelo de Estado: hibridismo ideológico e condicionantes históricas” *apud Caderno de Direito Constitucional e Ciência Política*, volume 17, 1996, p. 49.

³⁵¹ USERA, Carlos Canosa. *Interpretación constitucional e formula política*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1988, p. 55.

Com fulcro nessas peculiaridades da Constituição e cientes que a Constituição exige uma forma de interpretação especial e única em razão de seu conteúdo, no tópico seguinte será estudada a relevância da interpretação da Constituição como forma de participação democrática, aproximando, assim, tal instituto jurídico-político do cidadão.

2 A interpretação da constituição como forma de participação democrática

Peter Häberle, em sua obra *La Constitución como proceso público (öffentlich)*, estabeleceu uma teoria constitucional de uma sociedade aberta. Como ponto de partida desta, o autor considera o conteúdo da Constituição como sendo, em sua maior parte, indeterminado e, assim, conseqüentemente, **a Constituição “vive da interpretação”**³⁵². Neste diapasão, Konrad Hesse³⁵³, também, afirma que, para o Direito Constitucional, a importância da interpretação é fundamental em razão do caráter aberto e amplo da Constituição.

Aprofundando-se a teoria proposta por Peter Häberle, a base da idéia dele é o fenômeno da “mutação constitucional”, em virtude da qual a Constituição tem um conteúdo preciso, porém este pode modificar-se ao longo do tempo.

A mutação constitucional é uma das formas de interpretação pela qual não se visualiza qualquer modificação física no texto de lei, havendo apenas alterações no significado e no sentido interpretativo deste. Enfim, é o meio de interpretação pelo qual se altera o sentido de uma norma jurídica, atualizando-a com as novas exigências sociais, todavia, sem haver qualquer modificação do texto da lei.

³⁵² HÄRBELE, Peter. *Zeit und Verfassung*, 1974, p. 111-137 *apud* ARAUJO, José Antonio Estévez. *La Constitución como proceso y la desobediencia civil*. Madrid: editorial Trotta, 1994, p. 83.

³⁵³ HESSE, Konrad. *Escritos de Derecho Constitucional*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1992, p. 34.

As mutações constitucionais exteriorizam o caráter dinâmico e de prospecção das normas jurídicas, por meio de processos informais³⁵⁴ de atualização.

Outro aspecto que Peter Häberle salienta é que não existe norma jurídica, senão norma jurídica interpretada. Sendo assim, conclui-se que interpretar um ato normativo implica colocá-lo no tempo ou integrá-lo à realidade pública.

Esta forma de interpretação constitucional originou-se na doutrina alemã e Uadi Lammêgo Bulos define-a como sendo:

o processo informal de mudança da constituição, por meio do qual são atribuídos novos sentidos, conteúdo até então não ressaltados à letra da constituição, quer através da interpretação, em suas diversas modalidades e métodos, quer por intermédio da construção (*construction*), bem como dos usos e dos costumes constitucionais³⁵⁵.

Retomando a teoria de Peter Häberle, a interpretação de que vive a Constituição é uma forma de participação democrática. Para tal interpretação, porém, o autor distingue entre interpretação e intérpretes constitucionais em sentido amplo e em sentido estrito.

A interpretação em sentido estrito é uma atividade consciente dirigida à compreensão e aplicação de uma norma. Por outro lado, a interpretação em sentido amplo consiste em qualquer forma de “atualização” da Constituição (qualquer exercício de um direito constitucional, de uma função constitucional etc.).

Assim sendo, nota-se que a **interpretação em sentido amplo** é a que é posta em prática, pois **todos** os cidadãos, grupos sociais e órgãos estatais interpretam a Constituição diariamente. Pode-se dizer, assim, que estes **intérpretes são “forças produtivas interpretadoras”** que proporcionam materiais hermenêuticos aos intérpretes em sentido estrito, bem como que a atividade por ele realizada intervém em toda sociedade, já que não é reservada a um número restrito de órgãos estatais. Assim, expõe Peter Häberle:

no processo de interpretação constitucional estão potencialmente vinculados todos os órgãos estatais, todas as potências públicas, todos

³⁵⁴ Processos informais no sentido de não serem previstos dentre as mudanças formalmente estabelecidas no texto constitucional.

³⁵⁵ BULOS, Uadi Lammêgo. *Constituição Federal Anotada*. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 22.

os cidadãos e grupos, não sendo possível estabelecer-se um elenco cerrado dou fixado com *numerus clausus* de intérpretes da Constituição³⁵⁶.

A interpretação em sentido amplo é, portanto, tarefa de uma “sociedade aberta de intérpretes”. Neste ponto, seguindo o referido autor, saliente-se também sobre a relevância da interpretação expressada pela opinião pública, que, em muitos casos, atua como pré-intérprete do complexo normativo constitucional. Diante desse fato, conclui-se que o processo constitucional formal não é a única via de acesso ao processo de interpretação constitucional

Este entendimento que a Constituição vive da interpretação e que a interpretação é um processo aberto que se realiza por meio de canais não necessariamente formalizados conduz, segundo Peter Häberle, a uma **“procedimentalização” da ordem constitucional**.

A mencionada procedimentalização indica que uma ordem constitucional aberta deve dar ênfase aos processos e não aos conteúdos substantivos ou materiais das normas postas.

Assim sendo, os processos jurídicos, os processos sociais, os processos institucionais devem servir para uma contínua tarefa de atualização da Constituição, para abrir caminhos alternativos. Conclui-se, portanto, que Peter Häberle **reduz a um mínimo o conteúdo material da Constituição** e este mínimo nada mais que as **liberdades** que tornam possível a manifestação do pluralismo existente no seio da sociedade.

Com base nesta teoria de procedimentalização constitucional, Peter Häberle critica as correntes positivas e jusnaturalistas em matéria de interpretação constitucional.

A corrente positivista defende a Constituição como lei. O caráter de lei da Constituição, por sua vez, está fundamentado na estabilidade, na rigidez e no caráter determinado daquela, cujas características destacam-na como um elemento central do

³⁵⁶ BASTOS, Celso Ribeiro. *Heremênutica e Interpretação*. 2ª ed., São Paulo: Celso Bastos, 1999, p. 76.

conceito de Estado de Direito. Este, por sua vez, é um Estado no qual vige o império da lei e da translação desse império no âmbito da Constituição que implica sua consideração como lei. Observa-se que, para esta corrente, tudo gira em torno da lei, esta se torna inclusive fundamento do Estado de Direito. Assim sendo, numa interpretação *contrario sensu*, a admissão de procedimentos arbitrários de interpretação leva a dissolução da firmeza e estabilidade, características da lei. Com base nessas noções preliminares, conclui-se que, no caso de interpretação, adotando-se a corrente positivista, pode-se dizer, portanto, que a lei leva a uma determinada concepção da interpretação, sendo está também firme e estável, a reflexo da lei.

Por outro lado, inadequado e estreito são os objetivos da redução positivista da Constituição a uma lei, pois esta concepção não considera as peculiaridades da Constituição³⁵⁷. Excepcionando-se a ressalva anterior, a corrente positivista defende que a interpretação da Constituição segue sendo a interpretação de uma lei e não deve superar seus limites.

Peter Häberle, já na obra “Tempo e Constituição”, distingue dois grandes tipos de teorias em função da relação que estabelecem entre a Constituição e o tempo. Por um lado, seriam as concepções que vêem na Constituição um processo aberto, uma tarefa que deve ir se realizando ao longo do tempo. Por outro lado, seriam as teorias que se desenvolvem no decorrer do tempo, como frutos das mudanças das circunstâncias sociais, uma ameaça à Constituição. Os intérpretes que enfatizam a preservação da Constituição frente às mudanças e que concretizam a manutenção dos métodos clássicos de interpretação são, em regra, pertencentes à classe dos juristas.

No que tange à corrente de interpretação jusnaturalista, Peter Häberle critica a concepção dos direitos como valores universais e eternos. A admissão de um componente jusnaturalista no conteúdo da Constituição tem, como consequência, um desdobramento da Constituição em um componente imanente e em um transcendente. O caráter eterno e imutável do componente transcendente pode pôr em perigo o desenvolvimento e a evolução do componente imanente e incapacitar a Constituição de adaptar-se ao presente.

Diante da teoria proposta por Peter Häberle, neste estudo, é adotada a teoria de que **a Constituição é um processo aberto**, tendo em vista a inerência da dinamicidade do Direito e da sociedade. Assim também leciona Konrad Hesse:

Se a Constituição deve possibilitar o vencimento da multiplicidade de situações problemáticas que se transformam historicamente, então seu conteúdo deve ficar necessariamente “aberto dentro do tempo”³⁵⁸.

Como tal, a Constituição deve ser atualizada continuamente no tempo, pelo povo, como titular do poder (Artigo 1º, parágrafo único, da Constituição Federal de 1988) e legitimador do Direito, respeitando o conteúdo mínimo proposto pelo autor: os direitos humanos, fundados na dignidade da pessoa humana. Desse modo, pode-se dizer que a Emenda Constitucional n.º 45, de 31-12-2004 surgiu, tendo por finalidade atender aos novos anseios da população. Por outro lado, critica-se o excesso de mudanças no Texto Constitucional, fruto das mudanças de circunstâncias passageiras, sob pena de se criar dispositivos contraditórios, tornando o documento fundador da sociedade uma “colcha de retalhos”, sem sentido, ilógico. Neste sentido, também dispõe Otto Bachoff³⁵⁹.

³⁵⁷ Neste ponto, o autor faz uma remissão à obra *Teoría de la Constitución*, de Carl Schmitt.

³⁵⁸ HESSE, Konrad. *Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha*. Tradução de Luís Afonso Heck, Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1998, p. 40.

³⁵⁹ BACHOFF, OTTO. *Normas Constitucionais Inconstitucionais? apud COSTA*, José Manuel Moreira Cardoso da. Coimbra: Atlântida, 1977. Segundo o autor, se as próprias normas constitucionais propostas pelo Poder Constituinte Originário contrariarem os direitos humanos fundamentais, estas são eivadas de inconstitucionalidade, por não atenderem a um fundamento ético mínimo, essência da própria existência do Direito.

XI SIGNIFICADO DA NORMA JURÍDICA CONTIDA NO ARTIGO 5º, INCISO LXXVIII, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988: “RAZOÁVEL DURAÇÃO DO PROCESSO”

É evidente a dificuldade da doutrina e da jurisprudência em estabelecer um significado para os termos “celeridade processual”, “razoável duração do processo”, “tempo justo”, dada a vaguidade e imprecisão dessas expressões.

A busca pelo estabelecimento de critérios no próprio ordenamento jurídico, obedecendo ao princípio da razoabilidade, é uma das maneiras de tentar solucionar tal questão. Todavia, este procedimento é complexo. Isto porque, segundo Carlos María Cárcova³⁶⁰, o Direito é opaco, indeterminado, obscuro, por diversas razões, dentre as quais sua criptividade (segredo), sua complexidade e sua linguagem, que em conjunto levam à **não compreensão** do Direito pelo seu destinatário, o qual pode até ter conhecimento da lei, todavia, dela não consegue extrair seu verdadeiro alcance e significado. Aliás, a situação da opacidade do Direito

³⁶⁰ CÁRCOVA, Carlos María. *La Opacidad del Derecho*. Madrid: Trotta, 1998.

agrava-se diante do desconhecimento das leis pelos grandes contingentes sociais, gerando atrasos e anomias.

O desconhecimento das leis, segundo o autor, decorre: ou do não conhecimento dos atos jurídicos que realizam, ou da não compreensão dos efeitos de tais atos jurídicos no âmbito social e verifica-se em qualquer tipo de sociedade, tendo em vista que o direito presume-se conhecido por todos.

Diante de tão grave problema, salutarens são as medidas no sentido de proporcionar um **conhecimento multidisciplinar** aos indivíduos, abrangendo aspectos jurídicos, educacionais, sociológicos, filosóficos, comunicativos, políticos etc., além da utilização de uma **linguagem** mais clara, objetiva e acessível a todos, quando da elaboração da norma e de **procedimentos** mais simples, céleres, informais e eficazes à população, garantindo, desse modo, um Direito claro e inteligível a seus destinatários e o efetivo cumprimento do princípio da **segurança jurídica**, em uma sociedade harmônica, paritária e consciente de seus atos.

Neste sentido, Álvaro Couri Antunes Sousa ensina que “a imperiosa urgência de se obter uma prestação jurisdicional em tempo razoável, através de um processo sem dilações” é tamanha que tem conduzido à conclusão de que “o processo não pode ser tido como um fim em si mesmo, mas deve constituir-se em um instrumento eficaz de realização do direito material”, sob pena de que se houver morosidade, ferido estará não só o princípio da celeridade processual, como também o direito de acesso à Justiça. Ademais, **uma justiça tardia, do ponto de vista sociológico, é a denegação da própria Justiça**, perdendo o Direito sua razão de ser.

Um método adotado para tentar estabelecer o significado e o alcance da duração “razoável” do processo é o **método jurídico**, que consiste no método hermenêutico clássico, cuja premissa é a Constituição para todos os efeitos uma lei. Sendo assim, para se interpretar as normas constitucionais deve-se articular várias regras tradicionais da hermenêutica, quais sejam: a) elemento filológico (literal, textual); b) elemento lógico (sistemático); c) elemento histórico; d) elementos teleológicos (racional); e e) elemento genético, para extrair da norma seu real alcance e significado.

Neste método, verifica-se que a Constituição é o ponto de partida para a captação de sentido por parte dos concretizadores das normas constitucionais e, ao mesmo tempo, o limite da tarefa interpretativa, consoante ressalta Joaquim José Gomes Canotilho³⁶¹.

Outra alternativa é o **método tópico**, que consiste em uma técnica de pensar, baseada na problematização do caso concreto ensejador da decisão. Esta proposta convive com o método dedutivo, solucionando problemas de diferente feição, sendo aplicável, inclusive, quando o método dedutivo mostre-se inviável.

O método tópico tem por base o *topói*, o caso concreto. A tópica ou método tópico é aplicado, segundo Claus-Wilhem Canaris,

sempre que faltem valorações jurídico-positivas suficientemente concretizadas. Pois, nesse caso, não só as possibilidades inultrapassáveis, como também se verificam, em regra, as características da tópica: as normas só podem aqui ser preenchidas, em termos de conteúdo, através do juiz, de modo que este deve atuar como legislador, decidindo acerca da máxima do 'comportamento correto' (...).³⁶²

A referida técnica de pensar difere do método sistemático, no qual a conclusão deriva de um silogismo lógico, admitida a validade das regras postas pelo sistema. Já para a tópica, há um catálogo de idéias, de *topóis* a serem cogitadas.

Segundo José Joaquim Gomes Canotilho, o método tópico-problemático, no âmbito do direito constitucional, parte das seguintes premissas:

(1) *carácter prático* da interpretação constitucional, dado que, como toda a interpretação, procura resolver os problemas concretos; (2) *carácter aberto, fragmentário ou indeterminado* da lei constitucional; (3) *preferência pela discussão do problema* em virtude da *open texture* (abertura) das normas constitucionais que não permitam qualquer dedução subsuntiva a partir delas mesmo³⁶³.

Pelo método tópico, baseado no problema posto, surgem indagações, com o escopo de resolvê-lo. Neste caso, verifica-se ser este o raciocínio mais adequado à fixação do que seria um prazo razoável, ao menos antes de estabelecer,

³⁶¹ CANOTILHO, *op. cit.*, p. 1.210-1.211.

³⁶² CANARIS, Claus-Wilhem. *Pensamento Sistemático e Conceito de Sistema na Ciência do Direito*, Lisboa: Fundação Calouste Gulbekian, 1996, p. 269-270 in WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Reforma do Judiciário – Primeiras Reflexões sobre a Emenda Constitucional n.º 45/2004*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 77.

³⁶³ CANOTILHO, *op. cit.*, p. 1.211-1.212.

quais seriam os critérios objetivos a serem observados e, por isso, este, inicialmente, é o que será adotado neste trabalho, pois este método também foi, a princípio, o adotado pela Corte Européia, antes de fixar os quatro critérios supramencionados para definir o que consideraria um “prazo razoável”. Da mesma forma, tem sido o utilizado pelo ordenamento jurídico brasileiro, antes de estabelecer os critérios delimitadores do que deve ser considerada uma duração tempestiva do processo, ou seja, “razoável”. A partir daí, passar-se-á a fixação de padrões suscetíveis de maior objetividade, proporcionando segurança jurídica.

A **segurança jurídica** é sempre almejada, podendo ser fixada desde logo ou, em se tratando de conceitos indeterminados, vagos, após a interpretação destes. Isso significa que se não é possível estabelecer aquilo que é justo de imediato, deve ao menos ser possível estabelecer aquilo que ficará sendo o direito. Para tanto, exige-se uma autoridade que imponha a observância daquilo que foi estabelecido.

Ressalte-se, ainda, que a utilização de normas eivadas de conceitos indeterminados diminui a margem de segurança e certeza jurídica, todavia, por outro lado, são opções do constituinte ou do legislador, porque o teor abstrato de tais normas sobrepuja o problema da segurança e certeza jurídica, porque ao valores encontram-se inerentes na sensibilidade do homem, bem como porque são uma necessidade, uma vez que outra modalidade de disciplina normativa não se mostra operacional. Dessa forma, aplicando-se a tópica, permitir-se-á uma interação entre a norma e a realidade. De um lado, esta sendo regrada por aquela; por outro, a realidade alimentando a significação da norma. Esta relação interativa, por sua vez, fixará os critérios centrais para a identificação do que deve ser considerado um “prazo razoável” de duração do processo.

Outrossim, o método tópico de interpretação das normas constitucionais reconduz a um processo aberto de argumentação entre vários intérpretes, visando-se adequar a norma constitucional ao problema concreto. Para tanto, os aplicadores-interpretadores utilizam os *tópoi* ou pontos de vista, como orientadores e condutores do pensamento, sujeitos à prova das opiniões favoráveis ou contrárias. Os *tópoi* podem ser escolhidos de modo arbitrário ou estarem previamente fixados na forma de

catálogos e serão instrumentos auxiliares para a interpretação jurídica mais conveniente do problema.

A partir do momento em que o intérprete for aceitando as argumentações contrárias, vão-se formando as premissas em busca de uma solução que seja razoavelmente justa. Desta forma, as premissas, os pontos de vista contrários legitimam-se pela aceitação do interlocutor, depois de postos em discussão. Trata-se, enfim, de uma técnica de pensamento problemático, enfim, da concretização do texto constitucional a partir dos *tópoi*. Todavia, José Joaquim Gomes Canotilho³⁶⁴ tece duas críticas a este método interpretativo, a saber: 1ª) o método tópico não deve conduzir a um casuísmo sem limites e 2ª) a interpretação não deve partir do problema para a norma, mas desta para os problemas. Isso porque toda interpretação é uma atividade normativamente vinculada.

A partir dessas considerações e sabendo-se das dificuldades da linguagem, da opacidade do direito e dos conceitos indeterminados, Luis Ricaséns Siches propõe, como solução, a aplicação da “**lógica do razoável**”.

Para explicar sua teoria, Luis Ricaséns Siches começa diferenciando a verdade do Direito. Para ele, as regras jurídicas não são verdadeiras, nem falsas, de modo que não podem ser julgadas por critérios de verdade ou falsidade. As regras jurídicas podem e devem ser enunciadas por outros valores, como justiça, dignidade da pessoa humana, liberdade, bem-estar social, etc. Verifica-se, assim, que “as regras de Direito são instrumentos práticos, elaborados e construídos pelos homens, para que, mediante seu manejo, produzam na realidade social uns certos efeitos, precisamente o cumprimento dos propósitos concebidos.”³⁶⁵

Na seqüência, o autor trata da expulsão da lógica formal no campo prático do Direito, para, em ato contínuo, tratar da lógica do razoável, esta sim vigente na órbita do Direito.

³⁶⁴ CANOTILHO, *op. cit.*, p. 1.212.

³⁶⁵ SICHES, Luis Ricaséns. *Nueva Filosofía de la Interpretación del Derecho*. México: Porrúa S.A., 1973.

Lógica formal, segundo dicionário, é, na tradição clássica, o estudo das formas (conceitos, juízos e raciocínios) e leis do pensamento; na tradição empirista e positivista, é o estudo da estrutura das proposições e das operações pelas quais, com base nessa estrutura, se deduzem conclusões válidas.

A lógica formal (a clássica, a moderna e a contemporânea), a lógica racional e a lógica físico-matemática não servem como instrumentos de solução dos problemas humanos práticos, como os problemas políticos e jurídicos. O emprego dessa lógica formal para o tratamento dos problemas jurídicos quando não resulta prejudicial, pelo menos, resulta inútil.

A limitação da lógica formal não se dá apenas com os assuntos humanos, como também com os assuntos da natureza. A lógica formal é uma disciplina que analisa e desenvolve a estrutura da interferência concreta, mas não é método de investigação de fatos novos; e, até na matemática, segue a controvérsia sobre até que ponto há bases intuitivas, prévias de todas as interferências e condicionantes da validade e das premissas da dedução.

Desde sua origem, até os nossos dias, a lógica formal não esgota, nem remotamente a totalidade de estudos e palavras da razão. É apenas uma parte dos estudos da razão. Há outras zonas de estudo da razão que são de natureza diversa da lógica formal. Entre estas outras zonas, há no âmbito dos problemas humanos a lógica do razoável (fundado e pensado satisfatoriamente, de um modo consciente).

No texto, fica claro que Luis Ricaséns Siches pretende apenas distinguir a lógica formal da lógica do razoável, mas não pretende de forma alguma estabelecer uma competição entre as zonas da lógica.

O racional puro da lógica é meramente explicativo de conexões entre idéias, entre causas e efeitos. Em contrapartida, o *logos* do razoável, concernente aos problemas humanos, procura compreender ou entender os sentidos e nexos entre as significações, realizando operações de valoração e estabelecendo finalidades ou propósitos. Daí, sua relevância para o Direito.

É óbvio que a lógica formal não se preocupa em descobrir valores, estabelecer finalidades ou propósitos. A lógica formal é neutra para eleger valores éticos, políticos e jurídicos. Por sua vez, o Direito não é um sistema lógico puro (nem o Direito Positivo, nem o Natural). Muitas vezes, o Juiz cria o Direito em casos de lacuna, tal como ocorre, atualmente, no caso do princípio da celeridade, como já visto.

Observa-se que as regras legisladas nunca conseguem expressar o Direito nas condutas que regulam. Estas regras podem ter lacunas ou vazios e até contradições. A lógica formal não ajuda o Juiz de Direito que precisará fazer um juízo de valor.

O autor destaca a idéia de aplicação do Direito. O processo de criação do Direito “não tem solução de continuidade”, começa na criação da lei e vai até a sentença judicial. O mesmo raciocínio deve ser aplicado ao Direito Natural, o qual também não é um sistema lógico dedutivo.

Com base nestas idéias, Luis Ricaséns Siches passa a analisar a lógica do razoável. Para ele, a vida humana não pode ser analisada por categorias e métodos que explicam a natureza. Tampouco a existência humana pode ser compreendida mediante os métodos de análise das idéias puras (como a matemática, por exemplo). Isso porque os **feitos humanos**, ainda que tenham causas e efeitos, têm uma dimensão desconhecida do mundo natural, pois **possuem sentido ou significação e se relacionam com valores**.

A maioria dos problemas humanos decididos pela lógica do razoável implicam relações sociais. Entre tais relações, encontramos conflitos de interesses entre pessoas e grupos. Por conseqüência, a solução dos problemas humanos não pode seguir uma exatidão nem uma evidência inequívoca, pois há uma enorme variedade de fatores sociais, entre eles: (1) os usos e costumes e as normas jurídicas anteriores acatadas por um grupo de pessoas; (2) ideais e desejos de transformação da realidade dos integrantes do grupo.

Observa-se, assim, que em uma realidade social concreta, há a influência de alguns esquemas racionais, que são valores básicos que pertencem ao racional.

Ainda que sejam objetivamente válidos, são conhecidos mediante uma intuição intelectual. Ademais, os problemas humanos podem receber a influência de outros fatores, tais como a hierarquia e a categoria dos valores, dependendo da maior ou menor correta realização. Segundo o autor, neste aspecto, há famílias de valores, por exemplo, os éticos que valem mais do que os utilitários.

Outro fator relevante a ser exposto é que nem todos os valores podem se realizar pelo Direito. Por exemplo, os valores morais e religiosos exigem espontaneidade e livre vontade para sua realização.

O Direito deve inspirar-se, acima de tudo, em valores de altíssima categoria, como justiça, dignidade da pessoa humana, liberdades fundamentais do homem, bem-estar geral, paz, ordem e segurança (grifos nossos).

Além desses valores básicos, deve-se também tomar em conta outra série de diversos valores que, tradicionalmente, estão englobados dentro do que se chama **prudência**. Dentro da prudência tem-se, exemplificativamente: adequação dos problemas com os seus fatores e condições; congruência histórica; ponderação e estimativa dos efeitos ulteriores de uma decisão; harmonização; ação de evitar que a solução de um problema não venha a acarretar problemas mais graves; espírito de transação entre as partes; esforço por fazer justiça e contemplar um grande número de partes com a decisão; sensatez; tino; discricção; equanimidade; precaução, previsão, diligência; plausibilidade, etc.

Ao ter por base os aspectos supramencionados, Luis Ricaséns Siches explicita que da análise da existência humana podem ser vistos os seguintes pontos: (1) que o homem opera sempre num mundo concreto, em uma circunstância real, limitada e caracterizada por traços particulares (Ortega Y Gasset: “Eu sou eu e minhas circunstâncias”); (2) que o mundo concreto é limitado, ou seja, que oferece algumas possibilidades, mas carece de outras; (3) que a busca de solução de um problema, nesse mundo limitado e concreto, vai ter a interferência de múltiplas valorações: primeiro, sobre a adequação do fim para satisfazer a necessidade em questão, segundo sobre a justificação desse fim sobre vários pontos de vista (moral, de justiça,

etc), terceiro, sobre a correção ética dos meios; (4) que em todas as operações os homens se guiam por seus próprios conhecimentos e experiências.

Tendo em vista essa análise da ação humana, é possível dizer que a lógica da ação humana ou a **lógica do razoável** tem as seguintes características: **a)** está limitada pela realidade concreta no mundo em que opera. No Direito, está condicionada pela realidade do mundo social-histórico e particular, no qual são produzidas as regras jurídicas; **b)** está impregnada de valores, isto é, de critérios axiológicos; **c)** tais valores são concretos, ou seja, referem-se a determinadas situações humanas reais e, em conseqüência, devem considerar todas as possibilidades e todas as limitações reais; **d)** as valorações constituem a base para o estabelecimento de finalidades; **e)** mas a formulação de finalidades não só se apóia sobre valorações, como também está condicionada pelas possibilidades que ofereçam à realidade humana social concreta; **f)** conseqüentemente, a lógica do razoável está regida por razões de congruência ou de adequação: (1) entre a realidade social e os valores; (2) entre os valores e os fins e propósitos; (3) entre os propósitos e a realidade social concreta; (4) entre os fins e os meios, como a conveniência dos meios para os fins; (5) entre os fins e os meios, no que concerne à eficácia dos meios; e **g)** a lógica do razoável está orientada pelos ensinamentos da vida humana e da experiência histórica, isto é, uma experiência individual e social.

Portanto, conclui-se que a produção do **Direito** (e das regras gerais e das decisões judiciais) deve estar inspirada pela **lógica do razoável** e não na lógica formal, isso porque o valor está em insistir no debate e no diálogo. Assim sendo, Luis Ricaséns Siches reconhece que o pensamento jurídico deve ser sempre um pensamento sobre problemas, sem aspirar qualquer sistematismo, o que é impossível ao mundo do Direito.

Com base nos autores supracitados, tentar-se-á estabelecer uma definição do que seja um “prazo razoável”, no que concerne ao Artigo 5º, inciso LXXVIII da Constituição Federal de 1988, considerando a unidade, a harmonia, a coesão e a completude do ordenamento jurídico, conforme enfatizam Hans Kelsen e Norberto Bobbio.

Como visto no capítulo IX, **o tempo é elemento fundamental e indispensável do processo**, isso porque o processo é dinâmico e não se exaure em um único ato.

O processo consiste na seqüência lógica e coordenada de atos processuais, cujo escopo é o exercício da jurisdição, ou seja, a aplicação do direito objetivo, do direito material ao caso concreto, resultando imediatamente na composição da lide e, mediatemente, na pacificação social. A jurisdição é, portanto, a função; o processo, o instrumento de sua atuação. Extrai-se do ora exposto que processo e tempo são fatores interdependentes e o tempo é o elemento que permite o desenvolvimento do processo, o qual, permite, ao final, uma decisão justa, útil, tempestiva e segura.

No que tange à duração do processo, este pode ser rápido ou extremamente moroso e, dependendo do caso, pode vir a afetar a finalidade da decisão estatal, tornando-a, inclusive, desnecessária. Isso porque a celeridade e segurança são elementos opostos, que devem, porém, ser concatenados. Neste sentido afirma Fernando da Fonseca Gajardoni, citando Francesco Carnelutti: “O slogan da justiça rápida e segura, que anda na boca dos políticos inexperientes, contém, lamentavelmente, uma contradição *in adjecto*: **se a justiça é segura não é rápida, se é rápida, não é segura**”³⁶⁶ (grifos nossos).

Verifica-se, assim, que um processo muito rápido, normalmente, implica a restrição de defesa por parte do réu, a restrição na produção de provas, sobretudo as técnicas, dentre outros prejuízos processuais. Completa Fernando da Fonseca Gajardoni:

Por outro lado, a excessiva demora do processo, mesmo que se tenha, ao final, uma decisão segura – com a entrega do bem da vida perseguido a quem de direito – gera nas partes litigantes, principalmente no vencedor da demanda, independentemente de fatores de compensação (juros e correção monetária), incontestemente dano marginal. Trata-se de um fator depreciativo, de faceta emocional e

³⁶⁶ CARNELUTTI, Francesco. *Diritto Processo*. Nápoles: Morano, 1958, p. 154 *apud* GAJARDONI, Fernando da Fonseca. *Técnicas de Aceleração do Processo*. Franca/SP: Lemos & Cruz, 2003, p. 40 (grifos no original).

material, do objeto que deveria ser prontamente tutelado pelo processo.³⁶⁷

Além dos danos emocionais e materiais, a morosidade processual gera menos condições ao órgão julgador de solucionar com segurança e justiça a lide, em razão das circunstâncias fáticas e jurídicas (conflitos de leis, novos institutos, *abolitio criminis* etc.) que se modificam com o tempo. Por conseqüência, a tutela estatal prestada intempestivamente terá um menor grau de qualidade.

Dada a imprescindibilidade de ambos a uma decisão útil e séria, o operador do Direito deve buscar o **equilíbrio** entre celeridade e segurança no processo, de modo a compor o litígio, observando os direitos fundamentais previstos nas normas jurídicas, tais como: devido processo legal, contraditório, ampla defesa, acesso à jurisdição, inafastabilidade do Poder Judiciário, dentre outras, no menor tempo possível, para que a tutela estatal prestada seja efetiva. Assim ensina Hélio Tornaghi, ao concluir que “celeridade não pode ser confundida com precipitação”³⁶⁸ nem segurança com eternização. Ambos elementos devem ser desenvolvidos no âmbito processual, **proporcionalmente** aos interesses das partes ora priorizando a celeridade, ora a segurança, de acordo com o que estabelecer a legislação processual.

Nesta seara, observa-se que a legislação processual mais recente, densificando os princípios constitucionais processuais estruturantes tem se preocupado com uma prestação da tutela estatal mais célere, diante de situações menos complexas ou em função da qualidade e/ou interesses das partes, como é o caso do procedimento civil/penal comum sumário, da Lei de Arbitragem, do Estatuto do Idoso, da informatização do processo, dentre outros.

Outro aspecto relevante é saber qual a finalidade do conceito indeterminado “duração razoável do processo”. Segundo Paulo Hoffman, verifica-se que:

um processo adequado e justo deve demorar exatamente o tempo necessário para a sua finalização, respeitado o contraditório, a paridade entre as partes, o amplo direito de defesa, o tempo de maturação e compreensão do juiz, a realização de provas úteis e

³⁶⁷ GAJARDONI, Fernando da Fonseca. *Técnicas de Aceleração do Processo*. Franca/SP: Lemos & Cruz, 2003, p. 40-41.

³⁶⁸ TORNAGHI, Hélio. *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, vol. I, 1974, p. 382.

eventuais imprevistos, fato comum a toda atividade; qualquer processo que ultrapasse um dia dessa duração já terá sido moroso.³⁶⁹

A partir de então, procurar-se-á estabelecer, objetivamente e tendo por base a teoria da “lógica do razoável”, proposta por Luis Ricaséns Siches, qual deve ser a referida duração do processo.

É sabido que o Estado brasileiro é um Estado de Direito. Daí, afere-se que há um procedimento legal, com critérios objetivos, fixando os prazos vigentes no processo e que o Estado tem o dever de obedecê-los. Dessa afirmação, conclui-se, portanto, que **a razoabilidade do tempo de duração de um processo deve corresponder, no mínimo, à obediência dos prazos legais**. O fato é corroborado, ainda, pela proibição do Estado da autotutela que seria exercida pelo particular. O Estado, ao tomar para si a responsabilidade de exercer a jurisdição, de dirimir os conflitos de interesses, assumiu, concomitantemente, o dever de conferir aos integrantes da sociedade uma tutela estatal eficiente, em um prazo razoável, garantindo, assim, uma convivência social harmônica.

Compartilhando deste entendimento, Fernando da Fonseca Gajardoni explicita que:

Apesar de correremos o risco de ser tachados de ortodoxos, a nosso ver, em sistemas processuais preclusivos e de prazos majoritariamente peremptórios como o nosso, **o tempo ideal do processo é aquele resultante do somatório dos prazos fixados no Código de Processo Civil** para cumprimento de todos os atos que compõem o procedimento, mais o tempo de trânsito em julgado dos autos. Eventuais razões que levem a uma duração que exceda o prazo fixado previamente pelo legislador, com base no direito a ser protegido, deve se fundar em um interesse jurídico superior, que permita justificar o quebramento da previsão contida na norma processual, no qual se inclui a alegação de excesso de demanda.³⁷⁰

Reitera-se que a lei é, ao mesmo tempo, a fonte e o limite de toda e qualquer interpretação jurídica. Assim sendo, a Justiça, no âmbito jurídico, deve ser alcançada obedecendo-se sempre à lei. Neste contexto, afirma José Rogério Cruz e Tucci,

³⁶⁹ HOFFMAN, *op. cit.*, p. 577 (grifos meus).

³⁷⁰ GAJARDONI, *op. cit.*, p. 87 (grifos meus).

Indiscutível é que o processo judicial, até mesmo por uma exigência lógica, reclama cadência ordenada para atingir os seus vários objetivos. (...). Os atos do procedimento, portanto, tendo uma prévia fixação cronológica – prazos judiciais –, devem ser realizados no momento oportuno. Todavia, a experiência mostra que esse ideal, na grande maioria das vezes, em decorrência de múltiplos fatores, não vem cumprindo (...). E retrata-se na famosa advertência, atribuída ao antigo Conselheiro De la Bruyere, de que “a demora na administração da justiça constitui, na verdade pura denegação de justiça!”³⁷¹

A idéia de que **a duração tempestiva do processo não pode exceder os prazos processuais** é essencial, uma vez que o processo, como já visto, não é um fim em si mesmo, senão o instrumento da jurisdição, que se deve respeitar o devido processo legal que deve ser rápido, para que seja útil, justo e eficiente.

Toda lei, ao ser criada, tem uma finalidade específica, ou seja, antes de ser editada, há um estudo e um debate legislativo por comissões especiais que analisam as razões da propositura do projeto de lei, bem como os efeitos que estas terão no ordenamento jurídico. Este trâmite também ocorre com as leis que estabelecem os prazos processuais. Logo, vislumbra-se que houve um estudo prévio dos casos abrangidos por cada procedimento (penal: procedimentos com réu preso e réu solto; civil: procedimentos ordinário e sumário; lei de arbitragem etc.), antes de fixar os prazos legais.

Sendo assim, fica evidenciado o dever do Estado cumprir os prazos processuais, sobretudo, os prazos impróprios, para a obtenção de uma tutela estatal em um prazo plausível, ou seja, condizente aos interesses que estão sendo discutidos naquele procedimento judicial ou administrativo.

Com a finalidade de estabelecer qual o prazo razoável de um processo, mister se faz analisar a natureza e o tempo de duração de cada um deles, somando-se os prazos de cada fase do procedimento. Inicialmente, desde seu ajuizamento até a sentença proferida em primeiro grau. Ato contínuo, devem ser analisados e somados os prazos recursais. Seguindo esta regra, observa-se que o procedimento comum ordinário civil, em princípio, tem o prazo de cento e trinta e um dias, na sua fase inicial.

³⁷¹ TUCCI, José Rogério Cruz e. *Tempo e processo: uma análise empírica das repercussões do tempo na fenomenologia processual (civil e penal)*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 14-15.

Já o procedimento penal ordinário para instrução, no caso de réu preso, tem o prazo de oitenta e um dias, sob pena de caracterizar constrangimento ilegal. Portanto, conclui-se que a duração razoável do processo equivale ao cumprimento do prazo legal.

Esta regra, porém, tem **exceções**, que devem ser consideradas caso a caso. Daí a importância de não se estabelecer um prazo rígido, rigoroso, unívoco para todas as situações, sob pena de cometer injustiças. Estas exceções, consoante arrola Alessandra Mendes Spalding, expressam-se em uma série de variáveis externas, tais como:

a demora na publicação das intimações pela imprensa oficial, a necessidade de produção de prova pericial, oitiva de diversas testemunhas domiciliadas em comarcas distintas daquela onde tramita o feito, a arguição de incidentes processuais com efeito suspensivo, a ocorrência de outras causas suspensivas do processo, a presença de mais de um réu com procuradores distintos, a presença num dos pólos da ação da Fazenda Pública etc.³⁷²

Mesmo considerando estas exceções, sabendo que o prazo do procedimento comum ordinário cível, que é um dos mais extensos do ordenamento jurídico brasileiro, é de cento e trinta e um dias (do ajuizamento até a prolação da sentença de primeiro grau), ou seja, menos de quatro meses, o ideal seria que um processo, no qual incidam referidas exceções, não dure mais que um ou dois anos, objetivo este muito distante da nossa atual realidade, na qual um procedimento sumário, orientado pelo princípio da informalidade, oralidade, celeridade e economia processual, chega a durar todo esse período. Assim sendo, uma alternativa a este problema seria a fixação de um prazo máximo para a prestação da tutela estatal, sob pena de indenizar as partes, caso não haja uma justificativa plausível, um ato convincente, fundamentando a demora.

Reitera-se, assim, que a demora na prestação jurisdicional equivale a uma situação de verdadeira injustiça. Muitas vezes, a demora na solução da lide aniquila o próprio direito das partes, conforme dizeres de Humberto Theodoro Júnior: “A demora na resposta jurisdicional muitas vezes invalida toda eficácia prática da tutela

³⁷² SPALDING, Alessandra Mendes, “Direito Fundamental à Tutela Jurisdicional Tempestiva à luz do inciso LXXVIII do art. 5º da CF inserido pela EC n.º 45/2004”, in WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Reforma do Judiciário – Primeiras Reflexões sobre a Emenda Constitucional n.º 45/2004*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 38.

e quase sempre representa uma grave injustiça para quem depende da justiça estatal.”³⁷³

Este também é o entendimento de José Rogério Cruz e Tucci:

(...) um julgamento tardio irá perdendo progressivamente seu sentido reparador, na medida em que se postergue o momento do reconhecimento judicial do direito; e, transcorrido o tempo razoável para resolver a causa, qualquer solução será, de modo inexorável, injusta, por maior que seja o mérito científico do conteúdo da decisão.³⁷⁴

A celeridade processual é, pois, segundo os mencionados autores, pressuposto, requisito de um processo justo. A prestação da tutela jurisdicional intempestiva gera a não credibilidade na justiça e, a partir daí, insatisfação social. Assim, “na medida em que essas frustrações se repetem, aumenta a tensão social o que, evidentemente, não interessa ao Estado.”³⁷⁵

O critério de “tempo justo” de duração do processo, como ressaltado, deve obedecer aos prazos legais que, por sua vez, devem atender aos interesses conflitantes, às qualidades dos litigantes e à complexidade da causa. Conclui-se, portanto, que fatores externos e internos de cada processo devem ser apreciados, bem como as diferentes formas de organização da justiça adotadas pelos diversos países.

Como constatado, o Brasil tem procurado adotar uma legislação mais célere aos procedimentos. Já a Corte Européia, com base na jurisprudência internacional, adotou quatro critérios **abstratos** que aplicados a cada caso em concreto, permitirão definir o que seja uma tutela tempestiva. Estes critérios são: a) a complexidade do assunto; b) o comportamento dos litigantes e de seus procuradores; c) o comportamento do órgão jurisdicional e d) a importância do objeto do processo para o recorrente, sobretudo, no que tange ao *quantum* indenizatório. Da mesma maneira, seguindo a Corte Européia, a Constituição espanhola também analisa, de

³⁷³ THEODORO JÚNIOR, Humberto. *O Processo Civil Brasileiro no Limiar do Novo Século*. São Paulo: Forense, 1999.

³⁷⁴ TUCCI, José Rogério Cruz e. “Garantia do processo sem dilações indevidas” *apud* TUCCI, José Rogério Cruz e. *Garantias Constitucionais do Processo Civil – Homenagem aos Dez Anos da Constituição Federal de 1988*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1989, p. 235-236.

³⁷⁵ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Poderes instrutórios do juiz*. 3ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 72.

forma abstrata, os fatores externos à demanda em questão, procurando definir o que seja um processo tempestivo àquele caso específico.

Pelo ora exposto, verifica-se que a República Federativa do Brasil, como **Estado de Direito** exige um processo expresso por uma série de atos concatenados, lógica e cronologicamente, entre si, previamente estabelecidos em lei, definidores do **devido processo legal e das garantias processuais** que lhes sejam pertinentes, que devam ser seguidos, tanto pelo Poder Público como pelos particulares. O princípio da celeridade processual está, portanto, nesta perspectiva, intimamente ligado ao trâmite processual sem dilações indevidas e à utilização dos instrumentos hábeis que atendam aos anseios do pleiteante.

No entanto, a obediência às definições legais procedimentais pela influência de diversos fatores, nem sempre é cumprida. Outrossim, na República Federativa do Brasil, como **Estado Democrático Social**, a razoável duração do processo é tida como **direito fundamental e direito subjetivo constitucional**, intrinsecamente voltada à garantia do **princípio da dignidade humana**. Desse modo, torna-se possível apreciar o direito lesado ou ameaçado no menor tempo possível, oferecendo efetiva prestação jurisdicional a todos os indivíduos, atendendo às peculiaridades e necessidades especiais de cada indivíduo (ex.: idoso, caso concreto não complexo etc.). Dada a relevância de ambas perspectivas, faz-se mister a obediência de ambas vertentes. Neste sentido, ensina José Renato Nalini:

pretende-se uma justiça eficiente e eficaz; eficiente ao oferecer resposta pronta a tempo oportuno, mediante métodos simplificados e não dispendiosos; eficaz por guardar pertinência entre a solução invocada e a solução conferida, por assegurar ao demandante o seu direito e por torná-lo operacionável e usufrutuível³⁷⁶.

1 Problemas causadores da morosidade na prestação da tutela estatal

³⁷⁶ NALINI, José Renato. *Constituição e Estado Democrático – coleção juristas da atualidade*. BICUDO, Hélio (coordenador). São Paulo: F.T.D., 1997, p. 179.

Os fatores que impedem a prestação de uma tutela estatal, judicial ou administrativa, em tempo razoável, são de diversas ordens, tanto institucionais como legislativos, como poderá ser observado, a seguir. Ademais, verifica-se que tais problemas são interdependentes, criando-se um **circuito vicioso**.

Uma dessas causas a ser enfrentada é a crise do Poder Judiciário, que decorre, sobretudo, de dois fatores, consoante afirma Fernando da Fonseca Gajardoni: a) da diminuição do Poder Judiciário em relação aos demais, em decorrência de restrições orçamentárias e legais impostas nos últimos tempos; e b) da explosão da litigiosidade contida a partir da Constituição Federal de 1988, incompatível com a estrutura judiciária existente à época, incapaz de dar vazão à tamanha demanda, gerando um acúmulo de processos. Além disso, aponta-se, também, a falta de preparo técnico dos magistrados, cada vez mais jovens e inexperientes.

Neste contexto, dispõe João Batista Lopes:

(...) **as causas da morosidade da justiça são várias** – anacronismo da organização judiciária, falta de recursos financeiros, deficiências da máquina judiciária, burocratização dos serviços, ausência de infraestrutura adequada, baixo nível do ensino jurídico e aviltamento da remuneração dos servidores – e nenhuma delas isoladamente, explica o quadro atual de lentidão dos processos.

E continua:

É inquestionável, porém, que nossa anacrônica organização judiciária é responsável, em grande medida, pela **dissonância existente entre a modernidade de nosso processo e o atraso na distribuição da justiça**.³⁷⁷

Outro problema é a crise processual, que conjugada à crise do Poder Judiciário, vem contribuir com a morosidade na prestação da tutela estatal. A crise do processo caracteriza-se pela incapacidade desse tutelar aos novos e específicos conflitos, de forma adequada e tempestiva, o que vem exigindo uma série de alterações na legislação. Aliás, alterações essas severamente criticadas por José Afonso da Silva no nível constitucional, pois tais mudanças constitucionais acabam

³⁷⁷ LOPES, João Batista. “Efetividade do processo e reforma do Código de Processo Civil: como explicar o paradoxo processo moderno – Justiça morosa?”, *Repro* 105/128, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002 (grifos nossos).

tornando a Constituição Federal um aglomerado de normas sem unidade de contexto. O citado autor defende **mudanças em nível infraconstitucional, para atender às novas exigências sociais**. Ademais, ressalta que o problema é tornar efetiva a norma jurídica criada, seja constitucional ou infraconstitucional, ou seja, é implementá-la e aplicá-la concretamente.

Reitera-se que o tempo no processo deve determinar o desenvolvimento deste, bem como a atividade legislativa, definidora dos prazos processuais. Por outro lado, os tempos processuais definidos por lei devem ser obedecidos, cumpridos, o que nem sempre ocorre, sobretudo em se tratando de prazos impróprios, ou seja, que permitem dilação, sendo este um outro problema a ser corrigido.

Fator também de demora na prestação do Direito são as leis processuais existentes, excessivamente formalistas (ex.: Código de Processo Civil de 1939; Código de Processo Penal de 1941 etc.), nas quais estão previstas uma série de procedimentos incidentes, recursos, reexames necessários etc., que, muitas vezes, geram dúvidas e controvérsias. O dinamismo do Direito e da sociedade têm exigido tutelas especiais a novos problemas, como é o caso dos direitos difusos, homogêneos e coletivos, o que, por sua vez, precisa de novos instrumentos e nova mentalidade do Poder Legislativo nesse sentido.

Por fim, saliente-se a falta de divulgação e, por conseqüência, de utilização de mecanismos extrajudiciais voltados a solução de inúmeros conflitos de interesses.

Todos estes fatores combinados geram a demora, por parte do Estado, na pacificação da lide e na pacificação social, provocando tensões sociais, que podem vir a culminar, inclusive, no questionamento da razão de ser do Direito. Daí, a urgente necessidade dos intérpretes conhecerem e compreenderem o cerne do direito e suas técnicas, bem como dos operadores do Direito difundirem os meios mais adequados e céleres para a solução das lides. Neste sentido, importante é a lição de Carlos Maria Cárcova:

(...) os homens, sujeitos de direito, súditos que devem adequar suas condutas à lei, desconhecem a lei ou não a compreendem. Isto é,

desconhecem o estatuto jurídico dos atos que realizam ou não o percebem com exatidão ou não assumem os efeitos gerados por esses atos ou se confundem em relação a uns ou outros. São formas distintas desse fenômeno que chamamos de 'não-compreensão' ou de 'efeito de desconhecimento' ou 'opacidade' do direito (...),

acrescentando o autor, mais à frente refere que:

(...) as leis, mesmo se redigidas na língua nativa do povo, o povo não pode aprendê-las nem lê-las, e sequer se inteirar de sua existência, muito menos dominá-las, concordar com elas e retê-las na memória. Acrescente-se que, mesmo quando tivesse conhecimento de sua existência, tempo e prazer de lê-las, não as entenderia, porque seu léxico é seis ou oito vezes mais rico que o do sermo plebeus, formando só por isso - mesmo se omitidas outras circunstâncias como as do tecnicismo - uma fala diferente (...).³⁷⁸

Outro aspecto, também, importante é que uma vez prestada a tutela estatal, de forma justa e célere, esta deve ser útil, ou seja, apta a satisfazer a pretensão deduzida em juízo. Neste diapasão, critica-se o pagamento de indenizações, desapropriações, devoluções de quantias dos particulares indevidamente retidas pelo Poder Público etc., por meio de precatórios, cujo pagamento demora anos.

Pelo exposto, verifica-se que o problema da relação tempo e processo envolve não apenas fatores referentes ao trâmite processual, propriamente dito, ou seja, aos demorados ritos processuais previstos pelas legislações, como também recebe a influência de fatores externos, quais sejam: a precária estrutura do Poder Judiciário, tanto no aspecto de recurso materiais como de recursos humanos; o fator cultural da não utilização de meios extrajudiciais para pacificação da lide de forma mais célere e com menos custas; e o precário conhecimento jurídico por parte dos operadores do Direito.

2 Mecanismos voltados a uma prestação estatal tempestiva

³⁷⁸ CÁRCOVA, *op. cit.*

Diante do quadro exposto, é de extrema importância a implementação de mecanismos processuais que acelerem a prestação jurisdicional e assegurem às partes um processo ágil que, ao final, resulte em eficiente e útil prestação estatal, sempre, porém, observando as demais garantias constitucionais e processuais. Isto porque os efeitos do tempo na relação processual estão intimamente ligados à idéia de adequada e efetiva prestação da tutela estatal. Assim sendo, por uma interpretação contrária, um processo moroso e ineficaz põe em risco a prestação da tutela estatal, podendo, inclusive, vir a perecer o direito das partes no processo.

No que tange à incapacidade da **estrutura do Poder Judiciário** e torná-lo apto para atender uma demanda excessiva de processos, são necessárias as seguintes modificações: a) investimento fiscal no setor tecnológico, contribuindo para a informatização; a implantação de modernos programas, interligação de redes por computadores etc. e investimento em recursos humanos, permitindo a captação de um maior número de juízes (fator material); b) existência de operadores do Direito preparados às práticas conciliatórias (fator cultural); c) exigência de mão-de-obra especializada e mais experiente, fator este que levou à alteração da Constituição Federal, exigindo que o candidato ao concurso público para provimento à carreira de magistrado tenha, no mínimo, três anos de prática forense ou cargo equivalente; d) de uma legislação processual que atenda às novas demandas sociais, voltadas mais aos fins que aos meios (fator legal); e e) controle: externo, por meio do Conselho Nacional de Justiça, com a definição de planos de metas anuais, levantamento de estatísticas e auditorias internas periódicas para a fiscalização da atuação dos membros do Poder Judiciário, em prol da eficiência dos serviços desse órgão, paralelamente ao controle da atividade jurisdicional por ações constitucionais (ex.: mandado de segurança, ação popular etc.), civis e penais para apuração de desvio/abuso de poder, como também a representação às Corregedorias de Justiça, regionalizadas³⁷⁹, para reclamações sobre questões disciplinares, realizadas pela sociedade (fator fiscalizador).

³⁷⁹ HESS, Heliana Coutinho. *Acesso à Justiça por Reformas Judiciais*. Campinas: Millennium, 2004, p.120, a descentralização dos órgãos de controle permite a apuração de faltas funcionais, o controle das atividades judiciais e o planejamento administrativo e financeiro em cada nível do Poder Judiciário. Por outro lado, a criação de órgãos de planejamento e direcionamento do Poder Judiciário é fundamental para a organização administrativa e financeira dos Tribunais.

Ademais, verifica-se que as **soluções extraprocessuais**, tais como: o apelo aos instrumentos da autocomposição, autotutela e heterocomposição extrajudicial são importantes meios de diminuição do número de processos a serem julgados pelo Poder Judiciário.

No que tange à crise processual, propriamente dita, estão sendo editados, com o decorrer do tempo, **mecanismos judiciais** aptos a tornarem o processo mais breve, como é o caso da autocomposição judicial, da aplicação do princípio da informalidade, da sumarização procedimental, da aplicação do princípio da oralidade, da tutela jurisdicional coletiva, da limitação de acesso aos tribunais, do julgamento antecipado do mérito, da fixação de sanções processuais ao protelador, da abreviação do procedimento recursal, dentre outras medidas.

Em consonância com tais mecanismos, merecem destaques as **inovações trazidas pela Emenda Constitucional n.º 45/2004**, que consistem em medidas concretas para tornar ágil a previsão abstrata do direito subjetivo público à celeridade processual, previsto no Artigo 5º, inciso LXXXVIII, da Constituição Federal de 1988. Estas medidas consistem: a) no inciso XII do artigo 93, que prevê a atividade jurisdicional como ininterrupta, na medida que veda férias coletivas ou recesso nos juízos e tribunais de segundo grau; b) no inciso XIII do artigo 93, que determina que o número de juízes na unidade jurisdicional seja proporcional à efetiva demanda judicial e à respectiva população; c) no § 2º do artigo 107, que instituiu a justiça itinerante nos Tribunais Regionais Federais, nos Tribunais de Justiça e nos Tribunais Regionais do Trabalho com a realização de audiências e demais funções da atividade jurisdicional, servindo-se de equipamentos públicos e comunitários; d) no artigo 103-A, que previu a súmula vinculante³⁸⁰ que, quantitativamente, minimiza o acesso ao Supremo Tribunal

³⁸⁰ Parte da doutrina, dentre os quais como Fábio Konder Comparato, Dalmo de Abreu Dallari, Carmen Lúcia Rocha, Lênio Luís Streck e Evandro Lins e Silva, defende que a adoção do instituto da súmula de efeito vinculante consiste em afronta tanto às garantias dos jurisdicionados quanto à dos magistrados. No que concerne àqueles, haveria ofensa aos **princípios constitucionais do livre acesso à Justiça, do devido processo legal, da ampla defesa e do contraditório** (artigo 5º, incisos XXXIV, alínea “a” e LV, da Constituição Federal de 1988), uma vez que o caso concreto deixaria de ser analisado e devidamente julgado pelo órgão jurisdicional competente, porque este estaria obrigado à aplicação da súmula de efeito vinculante naquela matéria, já decidida pelo Tribunal, violando-se, assim, o **princípio da livre convicção e a garantia constitucional de independência do juiz**, bem como gerando **supressão de instâncias**. Esta corrente doutrinária parte da concepção do papel do Juiz de Direito na interpretação e aplicação das leis. Segundo estes defensores, **a interpretação é a alma da comunicação** e a própria condição da vida social e do dinamismo do Direito.

A interpretação é o próprio ato de extrair o sentido da lei, de traduzir a vontade social; e a hermenêutica é a ciência, a doutrina da interpretação, ou seja, é o conjunto de regras e princípios, o estudo da técnica, dos métodos, das doutrinas e das escolas de interpretação. Logo, o estudo da hermenêutica tem íntima conexão com a função do juiz na interpretação e aplicação das leis. **O juiz é o intermediário entre a norma e a vida**, pois traduz o comando abstrato da lei no comando concreto entre as partes, formulado na sentença. O juiz é a viva *vox jûris*. Neste sentido Chiovenda ensina que:

“**A tarefa central que o juiz se dedica é**, porém, a determinação de direito que há de valer no caso concreto. Para esse fim deve valer a cabo três indagações: 1. Apurar que o direito existe. 2. Determinar o sentido desta norma jurídica. 3. Decidir se esta norma se aplica ao caso concreto. A aplicação das leis envolve, por conseqüência, **uma tríplice investigação: sobre a existência da norma; sobre o seu significado e valor; e sobre o seu significado e valor; e sobre a sua aplicabilidade**” (CHIOVENDA, Giuseppe. *Principii di Diritto Processuale Civile*. Nápoles: Jovene, 1928, p. 596, grifos nossos).

Dessa forma, o Juiz de Direito exerce a jurisdição, que consiste no poder, atividade e função de aplicar o direito vigente às questões submetidas ao Poder Judiciário. No Estado de Direito Democrático, o juiz é chamado a utilizar o aludido poder na construção da democracia, ao aplicar o Direito a casos concretos, visando à solução justa e isonômica destes. Para tanto, mister que tenha liberdade para assim agir, liberdade esta, atualmente prejudicada, pela edição da Emenda Constitucional n.º 45/04, que dispõe que o Juiz de Direito está vinculado, em determinadas matérias constitucionais, às decisões já proferidas pelo Supremo Tribunal Federal e assim sumuladas.

Outra causa que desprestigia a súmula vinculante é o fato do Direito, exercido por meio do processo, não ser estático, mas **dinâmico**. Assim sendo, caso sumulada uma decisão em determinado sentido, a tendência desta é de ficar “congelada” por um longo período, em razão da demora do Supremo Tribunal Federal desde o momento de avaliação dos numerosos requisitos para proferi-la até a edição de uma outra súmula em sentido contrário, ou mesmo até a revogação daquela. Isso porque tudo dependerá de uma análise discricionário e também política a ser feita pelo órgão colegiado.

Destaque-se, outrossim, que inúmeras são as matérias aparentemente semelhantes. Assim, em princípio, caber-se-ão centenas de súmulas com efeito vinculante. Neste ponto, porém, indaga-se se não seria mais razoável deixar o Juiz de Direito de primeiro grau analisar, imparcial, livre e fundamentadamente, cada caso concreto, permitindo às partes manifestarem-se no processo, expondo suas argumentações fáticas e jurídicas, com todos os recursos de defesa a elas inerentes, evitando-se assim, o cometimento de eventual injustiça ao analisar todos os casos genericamente. Em contrapartida, como solução para diminuir o número de processos no Supremo Tribunal Federal e no Superior Tribunal Federal, editar novas leis diminuindo ou limitando a situações específicas o número de recursos, buscando-se minimizar o uso dos recursos de forma aleatória, protelatórios e de má fé.

Para esta corrente, pelo ora exposto, caso haja a aceitação da súmula com efeito vinculante, o processo, enquanto instrumento de realização do Direito e meio de livre atuação das partes, ficará quedado, havendo cerceamento de defesa às partes e engessando o poder lógico-criativo do Juiz de Direito de escolher, motivadamente, qual a solução mais adequada ao caso concreto. Entretanto, permitirá uma atuação mais célere e eficaz na prestação da tutela jurisdicional.

Por outro lado, parte da doutrina defende que a súmula com efeito vinculante, regularmente criada pela Emenda Constitucional n.º 45/04, tal como se exige em um Estado de Direito, constitui uma esperança plausível de solução para aquele que é talvez o principal problema das instâncias superiores do Judiciário nacional: **o amontoamento incontido de causas repetitivas**. Neste sentido, o Ministro Sepúlveda Pertence, durante o período em que foi presidente do Supremo Tribunal Federal, 1995 e 1996, introduziu o debate a respeito deste instituto, lutando por sua implantação à título de remédio extraordinário em face da enorme quantidade de processos que tramitavam naquele órgão, geradora de uma verdadeira crise de julgamento. No Superior Tribunal de Justiça, por sua vez, verificou-se que, na mesma época, também havia inúmeros processos semelhantes, sobretudo em matéria tributária, previdenciária, administrativa, acidentária e econômica. Além do desafogamento dos julgamentos nos tribunais superiores, esta corrente busca assegurar a **efetivação do princípio da isonomia**, evitando que uma mesma norma seja interpretada de maneiras distintas para situações fáticas idênticas, criando distorções inaceitáveis; bem como incrementar **a celeridade e a economia processuais**.

Esta corrente doutrinária parte do pressuposto de que um processo judicial é algo muito caro para produzir efeitos somente entre as partes, especialmente quando se tem em mente que há milhares ou milhões de outras pessoas em idêntica situação à da pessoa que foi parte. Assim, para solucionar este problema, o artigo 103-A, introduzido pela Emenda Constitucional n.º 45/04, criou a súmula com efeito vinculante, determinando que todos os órgãos do Poder Judiciário e da Administração Pública decidam e ajam de acordo com o que restou fixado pela súmula vinculante, ao analisarem processos de conteúdo idêntico aos que já foram propostos e julgados. Neste ponto, está claro que o interesse do constituinte foi “dasafogar” a máquina do Poder Judiciário e permitir a aplicação de decisões uniformes a casos semelhantes, obedecidos assim, aos princípios constitucionais: da celeridade processual, também introduzido pela referida Emenda Constitucional, e da isonomia. Neste contexto, é a lição extraída de voto do então Ministro Paulo Brossard, proferido em questão de ordem de Ação Direta de Constitucionalidade N.1-1/DF, julgada no Supremo Tribunal Federal:

“Quanto ao (...) efeito vinculante, creio que é uma medida de utilidade (...), porque, por essa ou aquela razão, acontece entre nós o que não acontece em outros países de diferente tradição histórica e jurídica, em que uma decisão de Tribunal Superior, não pela lei, mas pela teoria do *stare decisis*, se faz respeitável e respeitada. Não há lei que

Federal e ao Superior Tribunal de Justiça, pois obriga os demais órgãos do Poder Judiciário a aplicarem aquilo que já tenha sido sumulado, para questões idênticas; e) na determinação da imediata distribuição de processos, em todos os graus de jurisdição, inclusive, no Supremo Tribunal Federal e demais Tribunais Superiores; f) na autorização para delegação da prática de atos de administração e atos de mero expediente, sem caráter decisório, a servidores do juízo; g) no inciso I do Artigo 93, que prevê a exigência de, no mínimo, três anos de atividade jurídica, aos novos magistrados³⁸¹; h) na alínea “c” do inciso II, do Artigo 93, que estabelece requisitos de

determine o respeito a um acórdão da Suprema Corte; respeita-se porque é da Suprema Corte. Entre nós, por essa ou aquela razão, durante decênios se controverte sobre um tema, não chega a termo o dissenso. (...) É possível arrolar mil decisões num sentido e mil e uma em sentido inverso. Ora, isto não pode continuar indefinidamente. **O princípio da utilidade tem de se fazer sentir**, ainda que isto importe, aqui ou ali, em certas situações menos confortáveis... **É um princípio de utilidade jurídica, social, política, utilidade no seu sentido mais amplo**” (grifos nossos).

Referido entendimento também é compartilhados pelos Ministros José Paulo Sepúlveda Pertence, Nelson Jobim, Carlos Mário da Silva Velloso, José Carlos Moreira Alves, José Nery da Silveira, Sidney Sanches, Ilmar Galvão, Octávio Gallotti e Maurício Correia. Está claro que a existência de julgamentos uniformes irá melhorar a rapidez e a qualidade dos julgamentos, reduzindo assim, drasticamente a quantidade de injustiças que são cometidas em diversos casos concretos. Neste sentido, também afirma o jurista Hugo de Brito Machado:

“não é razoável admitir-se que o Judiciário esteja com seus canais inteiramente congestionados, com milhares de processos em tramitação no Brasil inteiro, quando o Supremo Tribunal Federal, com **uma única decisão**, poderia resolver definitivamente a questão, **tornando desnecessários milhares de processos**” (MACHADO, Hugo de Brito. *Ação Declaratória de Constitucionalidade*. Rio de Janeiro: Forense, 1995, p. 111, grifos nossos).

Fica evidenciado o interesse desta corrente na **procedimentalização constitucional do processo**, em especial na ampliação do rol dos legitimados para a propositura da súmula, tal como expõe Peter Habërle. Com este novo instrumento de agilização na prestação jurisdicional (Lei n.º 11.417, de 31-12-2006), será possível satisfazer os interesses da sociedade atual eficazmente, pois os avanços sociais trazidos com o tempo, sobretudo a tecnologia, multiplicaram o número de lides, que, por sua vez, tornaram cada vez mais lento e precário o trabalho do Poder Judiciário.

Aquí, esta corrente doutrinária também destaca que a morosidade não deixa de ser uma forma de injustiça, e das mais perversas. Sendo, portanto, ilógico haver inúmeras questões idênticas propostas perante o Poder Judiciário ou a Administração Pública, as quais devam ser julgadas uma a uma, sendo que o resultado será idêntico. Neste caso, dois resultados contrários à funcionalidade e operatividade do sistema normativo sobressaem-se: a superfetação e desperdício de atividade jurisdicional, que gera o **sobrecarregamento** das pautas dos tribunais superiores, que resta inviabilizado de conhecer questões importantes outras; e **ofensa ao princípio da isonomia**, em alguns desses julgamentos, cujas decisões resultam díspares das demais. Verifica-se, portanto, que não basta haver uniformidade no entendimento jurisprudencial, tal como era antes do advento da Emenda Constitucional n.º 45/04, sendo imprescindível a vinculação dos efeitos dessas aos demais órgãos do Poder Judiciário e Poder Executivo, **diminuindo assim, efetivamente as tensões sociais e preservando o princípio da segurança das relações jurídicas e, reflexamente, a credibilidade no sistema jurídico**.

Ademais, constata-se que muitos ritos de caráter coletivo anteriormente criados, como: ação civil pública, ações coletivas, dentre outros, alcançaram soluções eficientes para um grande número de pessoas envolvidas, mas em um único processo. E o melhor: não geraram decisões conflitantes, garantindo assim, eficientemente o princípio da segurança jurídica das relações.

Pelo ora exposto, está claro que a súmula vinculante visa, além de alcançar a **celeridade e eficiência processuais**, uma vez que satisfará um grande número de interesses com uma única decisão, cuja obrigatoriedade vincula todos os órgãos do Poder Judiciário e da Administração Pública direta e indireta, em todas as esferas, busca também **melhorar as condições de trabalho do Poder Judiciário**, em geral, tendo em vista que o número de processos diminuirá, diante da certeza das relações jurídicas, o que permitirá ao Poder Judiciário, sobretudo, ao Supremo Tribunal Federal, melhorar a qualidade na fundamentação de suas decisões, permitindo assim, responder aos anseios sociais expostos pela mídia, pelos cidadãos, por grupos sociais etc., intérpretes da Constituição, enquanto norma completa e inacabada, de forma cada vez mais eficaz e célere, por meio da **inteiração cada vez maior do Direito e do processo constitucional** (grifos nossos).

³⁸¹ HESS, *op. cit.*, p.122, grifos no original, “O tempo de experiência profissional é importante, mas não requisito isolado para a atuação do magistrado. Este necessita de treinamento da técnica jurídica, formação cultural e humanística geral,

objetivos de produtividade e presteza no exercício da jurisdição, além de freqüência e aproveitamento em cursos oficiais ou reconhecidos de aperfeiçoamento, como parâmetros para aferir o merecimento e a ascensão interna, dentre outras.

A questão do não cumprimento dos prazos legais é resolvida pelo **princípio do impulso oficial**, ou seja, uma vez aberto o prazo às partes para manifestarem-se no processo e esgotado este, o órgão estatal age de ofício. Todavia, nesta seara, o descumprimento dos prazos, atendendo às peculiaridades do caso e sem um motivo justo e plausível, deveria sujeitar as partes, tanto os litigantes, como os órgãos públicos a **sérias e efetivas sanções**, como por exemplo: severo regime de preclusões, penalidades administrativas, responsabilidade do Estado, penalidades em casos de expediente protelatório utilizado pelas partes etc., no caso de excessiva demora na prestação da tutela jurisdicional. A questão de se admitir ação indenizatória para combater a morosidade processual é discutível, pois tal ação, também, demoraria a ser julgada e, conseqüentemente, atrasaria a ser paga, haja vista a morosidade dos pagamentos feitos pela via dos precatórios.

Neste contexto, fazendo-se um paralelo à recente legislação italiana, explicitada no Capítulo IV, da Parte I, verifica-se que não basta uma legislação específica que preveja o direito à indenização pelos danos materiais e/ou morais decorrentes da exagerada demora na duração do processo, pois os recursos utilizados no pagamento são os estatais, ou seja, aqueles gerados pelo próprio contribuinte, tendo em vista que o Estado é o povo. Assim sendo, melhor que a solução dada pela Itália seria a criação de uma **legislação específica voltada a solucionar efetivamente o problema da demora na prestação da tutela jurisdicional**, atacando, portanto, a raiz do problema, ou seja, a falta de mecanismos estruturais que dêem condições ao Estado para uma prestação célere, séria e justa. Excepcionalmente, admitir a citada indenização nos casos graves. Neste sentido, observa-se que o Brasil tem adotado uma perspectiva mais adequada, ou seja, voltada

ética no comportamento e muito *bom senso* para se tornar um profissional respeitado em sua carreira e perante os jurisdicionados”. Para tanto, foram mantidos os cursos preparatórios de aperfeiçoamento em escolas e cursos programados pelos Tribunais para melhor qualificação técnica dos julgadores.

ao ataque da raiz do problema, na criação de procedimentos legais mais céleres, como explicitado.

O problema das novas exigências sociais, por sua vez, vem sendo resolvido pela edição de leis próprias para solução das respectivas demandas, com maior ênfase aos fins que aos meios, tais como a Lei de Ação Civil Pública, a tutela especial dos direitos difusos, coletivos e homogêneos, o Estatuto do Idoso, a Lei dos Juizados Especiais, a Lei de Arbitragem, a antecipação da tutela, dentre outras, que criam instrumentos adequados para solução mais rápida e efetiva das necessidades específicas, dando aplicabilidade aos princípios da celeridade processual e da economia processual, ou seja, a realização de maior número de atos processuais no menor tempo possível. Nesta seara, são analisadas as classes de litígios, que, por sua natureza, complexidade, qualidade dos litigantes e interesses em conflito podem admitir provas pré-constituídas, julgamento antecipado do processo etc. Neste contexto, mister se faz refletir sobre os ensinamentos de Boaventura de Sousa Santos:

Temos o direito a ser iguais quando a nossa diferença nos inferioriza; e temos o direito a ser diferentes quando a nossa igualdade nos descaracteriza. Daí a necessidade de uma igualdade que reconheça as diferenças e de uma diferença que não produza, alimente ou reproduza as desigualdades³⁸².

Solução interessante proposta para a delimitação de um prazo razoável de duração do processo é a **fixação de um prazo máximo** para entrega da tutela estatal e, conseqüente, satisfação do interesse em litígio. Como já foi explicitado, o processo deve conter um **prazo razoável de duração**, como já é estabelecido pela maioria das leis processuais, ou seja, **ajustado à esfera estatal, ao direito debatido, à idade das partes, a condição de hipossuficiência das partes, à complexidade ou simplicidade das circunstâncias fáticas etc.**, que corresponde ao período compreendido entre o ajuizamento da ação até a expedição da sentença de primeiro grau, para a prestação de uma tutela justa e eficiente. Este prazo legal é o que deve ser observado. Todavia, caberia exceção a esta regra, tão somente nos casos em que houvesse recurso ao juízo de segundo grau, instauração de incidentes processuais,

³⁸² SANTOS, Boaventura de Sousa. “Introdução: para ampliar o cânone do reconhecimento, da diferença e da igualdade”, in *Reconhecer para libertar: os caminhos do cosmopolitismo multicultural*, p. 56 apud PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*. São Paulo: Max Limonad, 1996, p. 180.

necessidade de provas complexas, que demandariam um tempo maior para serem realizadas ou, ainda, situações análogas, hipóteses essas nas quais vigeria o dobro do prazo estabelecido na lei processual, para a obtenção da tutela devida.

Com o escopo de dar concretude à Emenda Constitucional n.º 45/2006 e permitir que a legislação já existente, voltada a celeridade processual, seja efetivamente cumprida, surgiu a Lei n.º 11.419, de 19 de dezembro de 2006, que entrará em vigor noventa dias após sua publicação que, por sua vez, torna o **processo informatizado** uma realidade, fornecendo, assim, também um aparato material-instrumental à celeridade processual.

O processo tal como hoje é conhecido está acabando, surgindo em seu lugar, o processo informatizado, capaz de adaptar-se a uma nova realidade social e, ao mesmo tempo, gerando novos parâmetros ao Direito Processual brasileiro, muito diferente do que existe atualmente.

Com o uso da tecnologia da informação, eliminam-se os documentos físicos, a materialização dos autos propriamente dito, pois com o emprego da tecnologia da informação, estes se tornaram digitais.

Segundo George Marmelstein Lima³⁸³, esse novo modelo de processo pode ser chamado de **e-processo** (processo eletrônico) e tem as seguintes características:

- a) máxima publicidade: com base nessa nova realidade, é certo que todos os atos processuais, exceto os protegidos pelo sigilo, terão publicidade (Artigo 93, IX, da CF/88) em nível mundial. Esta informatização já pode ser observada em alguns atos processuais específicos, como a divulgação do inteiro teor dos acórdãos dos tribunais brasileiros, o acompanhamento de processo *on-line*, as redes *intranet*,

³⁸³ LIMA, George Marmelstein. *e-Processo: uma verdadeira revolução procedimental*. Jus Navigandi, Teresina, ano 7, n. 64, abr. 2003. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=3924>>. Acesso em: 23 jan. 2007.

pelas quais os servidores têm acesso às informações de seu órgão³⁸⁴, algumas audiências são transmitidas, em tempo real, via *webcam* e *internet*, sistema *push*³⁸⁵ etc. Dessa forma, a publicidade tende a ser plena, permitindo o acompanhamento e a fiscalização do processo por qualquer interessado e, assim, maior uniformização dos atos judiciais e administrativos em situações semelhantes;

- b) máxima velocidade: no que tange à necessidade iminente da implementação e concretude do princípio da **celeridade processual**, verifica-se que, de acordo com o proposto na recente Lei n.º 11.419/2006, a comunicação dos atos processuais ocorrerá em tempo real e as partes interessadas receberão um *e-mail*³⁸⁶ comunicando a existência da decisão. Consta-se, também, que a Lei n.º 10.259/01 (Lei dos Juizados Especiais Federais) já permite que os Tribunais Regionais Federais organizem serviços de intimação das partes e de recepção de petições por meio eletrônico, prática esta, atualmente, já implantada por vários Juizados Especiais Federais.

Atendendo ao disposto na novel legislação, a imprensa oficial do Estado de São Paulo lançou o diário oficial virtual (*e-diariooficial* e *e-justitia*), cujas informações são digitalmente certificadas e valem como documentos originais.

O propósito de agilidade dos atos processuais também anima o Projeto de Lei (nº 5828/2001) proposto pela AJUFE – Associação dos Juizes Federais, já aprovado na Câmara dos Deputados, que prevê: “(a) que o uso de meio eletrônico na comunicação dos atos processuais será permitido, considerando como data da publicação a da disponibilização dos dados no sistema eletrônico para consulta externa (diário oficial virtual); (b) que a transmissão eletrônica de peças processuais independe da apresentação dos documentos físicos "originais"; (c) que a intimação pessoal dos advogados poderá ser feita por correio eletrônico com aviso de recebimento eletrônico; e (d) que as comunicações entre os órgãos judiciários será

³⁸⁴ As Seções do Pleno do Supremo Tribunal Federal já podem ser acompanhadas, em tempo real, por qualquer servidor daquele órgão, via *internet* e, seguindo a nova tendência processual, deve ser estendida a todo internauta.

³⁸⁵ Toda vez que há alguma movimentação de um dado processo, o advogado interessado que se cadastrou na página do referido tribunal recebe automaticamente um *e-mail* informando a movimentação ocorrida.

feita por meio eletrônico. Inúmeros os tribunais e as comarcas do país que disponibilizam, na *internet*, uma espécie de "diário de justiça virtual", em que os despachos, decisões, sentenças e acórdãos são publicados na grande rede, diário este que tende a substituir plenamente o diário oficial impresso³⁸⁷;

- c) máxima comodidade: esta vantagem decorre dos serviços oferecidos *on-line*, permitindo ao advogado peticionar eletronicamente, de seu escritório ou de uma biblioteca, pagar custas judiciais *on-line*, receber informações sobre movimentações processuais pelo sistema *push*, dentre outras facilidades;
- d) máxima informação: a facilidade de acesso às informações permite a democratização das informações jurídicas e a pesquisa de jurisprudências, doutrinas, legislações etc., em tempo reduzido. Por outro lado, permite também a explosão de litigiosidade, toda vez que surgir nova tese jurídica, em razão da capacidade de disseminação de informações, via *Internet*;
- e) diminuição do contato pessoal: com a informatização processual, a comunicação interna entre os órgãos judiciários e externa, com as partes³⁸⁸, será eletrônica, dando origem a bancos de dados processuais³⁸⁹, que poderão ser compartilhados por todos órgãos e interessados de forma simultânea, formando, assim, uma rede jurídica de comunicação³⁹⁰. Neste aspecto, pode-se dizer que a informatização processual contribui também para uma isenção e imparcialidade mais concreta;
- f) automação das rotinas e decisões judiciais: parte dos servidores será substituída por sistemas, *softwares* capazes de elaborar "despachos padrões" e técnicos em

³⁸⁶ Correio eletrônico em substituição ao correio tradicional.

³⁸⁷ LIMA, *op. cit.*

³⁸⁸ Exemplo: petição eletrônica, na qual o documento original é o próprio documento digital e a cópia seria o documento impresso. Tal sistema já existe no Tribunal Regional Federal da 1ª Região e é chamado de "*e-Jufe*".

³⁸⁹ LIMA, George Marmelstein. *e-Processo: uma verdadeira revolução procedimental*. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 7, n. 64, abr. 2003. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=3924>>. Acesso em: 23 jan. 2007, refere que no Tribunal Regional Federal da 4ª Região (Paraná, Santa Catarina e Rio Grande do Sul), a utilização do correio eletrônico para envio de cartas precatórias é regularizada pela própria Corregedoria, através do Provimento nº 1/2000, cujo artigo 1º dispõe que "*nas Varas Federais da 4ª Região deverá ser utilizado, sempre que possível, o correio eletrônico para comunicação de atos processuais como ofícios em cartas precatórias, solicitação de informações, pedidos de esclarecimento sobre antecedentes penais de réus e outros que, a juízo do Juiz Federal, forem considerados oportunos*".

informática, dando celeridade aos expedientes, tal como ocorre com o sistema *push*;

- g) digitalização dos autos: vários Tribunais disponibilizam o inteiro teor de seus acórdãos na *Internet* e alguns Juízes disponibilizam suas decisões e sentenças. Em pouco tempo, todos os atos processuais assumirão a forma digitalizada;
- h) expansão do conceito espacial de jurisdição: em face da informatização do processo, ter-se-á também uma ampliação do conceito de jurisdição e mudanças imprescindíveis no Código de Processo Civil, tendo em vista que a *internet* é um ambiente sem fronteiras, sem espaço geograficamente delimitado. Assim, por exemplo, as regras de competência territorial e internacional serão revisadas³⁹¹;
- i) substituição do foco decisório de questões processuais para técnicos de informática: as decisões sobre questões processuais serão resolvidas, em regra, com auxílio de um técnico em informática e exigirão do julgador também um certo conhecimento em informática³⁹²;
- j) preocupação com a segurança e autenticidade dos dados processuais: os documentos digitais são protegidos e autenticados com mecanismos avançados de segurança, tais como: assinatura digital, criptografia, sistema de identificação biométrica³⁹³, marca d'água, dentre outros. Todavia, necessária se faz constante atualização dessa tecnologia diante das ações de *hackers*, cujas finalidades são as mais distintas: violar sistemas de segurança, por diversão ou lucro, destruir autos digitais, adulterar documentos, violar sigilo dos processos que tramitam em segredo de justiça etc.;
- k) crescimento dos poderes processuais-cibernéticos do Juiz: este determinará condutas, sem a necessidade de intermediadores, como por exemplo, bloqueio de

³⁹⁰ Hoje já existem redes internas de comunicação de cada órgão (*intranet*) e a tendência é interligá-las, formando uma rede jurídica nacional e, posteriormente, uma rede internacional do Poder Judiciário.

³⁹¹ Exemplo: as cartas precatórias tendem a diminuir e até desaparecer, em face da tecnologia digital.

³⁹² Exemplo: momentos antes de findar um prazo processual, uma página da *internet* sai do ar; violação de segurança etc.

³⁹³ O acesso à rede apenas é permitido com a exibição da impressão digital do usuário.

bens e contas correntes, autorização de escutas telefônicas etc., compartilhando informações com órgãos, como a Polícia Federal, a Interpol, a Receita Federal, o INSS, dentre outros, por meio de diversos outros sistemas. Neste ponto, destaca-se que o magistrado terá muitos poderes e, por outro lado, deverá ser ético, sob pena de cometer abusos;

- l) reconhecimento da validade das provas digitais:** no âmbito privado, há tempo, diversos tipos de transações eletrônicas³⁹⁴ já são aceitas e, portanto, geram diversas conseqüências, dentre as quais jurídicas e havendo conflitos, estes, na maioria das vezes, são levados ao conhecimento do Poder Judiciário, para pôr fim à lide. Nesta esfera, ressalte-se a necessidade de atualização constante do Poder Judiciário em relação às provas digitais;
- m) surgimento de uma nova categoria de excluídos processuais:** o acesso à Justiça é um direito fundamental de todos os indivíduos (Artigo 5º, incisos XXXIV e XXXV, da CF/88). Por isso, a informatização processual exige, paralelamente, a implementação de uma política social de inclusão digital, sob pena de, “juridicamente”, excluir-se as pessoas que não têm acesso à rede mundial de computadores desse direito. Tal conduta, além de inconstitucional, seria excluidora e, portanto, moral e eticamente condenável, pois as pessoas sem conhecimento em informática, os chamados analfabetos tecnológicos, estariam fadados à marginalização, à não interação, ao não diálogo em um mundo globalizado.

O *e-processo*, portanto, é um meio hábil e condizente com os anseios da população, tanto pátria como estrangeira, dada a globalização da sociedade. Todavia, a implementação da informatização processual exige também implementação de políticas sociais de acesso a uma nova Justiça, para que, dessa forma, concretize-se um Estado Democrático de Direito, de amplo acesso a todos os indivíduos, voltado à realização do bem comum.

³⁹⁴ Exemplos: *e-commerce*, *e-business*, *e-banking*, relações afetivas, e-mails etc.

Pelo aduzido até aqui, observa-se que a solução dos problemas mencionados depende de **esforços conjugados**, tanto do Poder Judiciário, no julgamento da lide como do Poder Legislativo, na criação de medidas aptas e eficazes ao atendimento de uma prestação célere e efetiva; dos litigantes, na escolha do melhor meio, processual ou extraprocessual, para solucionar seus conflitos de interesses, bem orientados pelos operadores do Direito; do Poder Executivo, no sentido de promover políticas sociais de inclusão digital; e, também, da sociedade, no sentido de promover o conhecimento do Direito por meio de programas, debates, palestras educativas etc. Conclui-se, portanto, que a garantia de um processo mais célere não envolve apenas questões processuais, mas também comprometimento por parte do Poder Público, dos operadores do Direito, dos próprios litigantes e da sociedade.

Atendendo a estas propostas, ter-se-á uma decisão célere e efetiva implementadora do correspondente direito fundamental de acesso à jurisdição. Dessa forma, o processo além de realizar seu fim jurídico de pacificar a lide, realizará, simultaneamente, seus fins sociais e políticos, pois prestará uma tutela de forma célere, justa, séria e útil, pacificando, harmonicamente, a sociedade.

3 Jurisprudência

Por se tratar de um direito fundamental constitucional, cuja aplicabilidade é plena e imediata, constata-se a existência de jurisprudências referentes ao direito à celeridade processual, já mesmo anteriores ao advento da Emenda Constitucional n.º 45, de 31 de dezembro de 2004, como segue:

O Direito, como fato cultural, é fenômeno histórico. As normas jurídicas devem ser interpretadas consoante o significado dos acontecimentos, que por sua vez constituem a causa da relação jurídica. O Código de Processo Penal data do início da década de 40. O país mudou consideravelmente. A complexidade da conclusão dos inquéritos policiais e a dificuldade da instrução criminal são cada vez maiores. O prazo de conclusão não pode resultar de mera soma

aritmética. **Faz-se imprescindível raciocinar com o juízo de razoabilidade para definir o excesso de prazo.** O discurso judicial não é simples raciocínio de lógica formal” (STJ, RHC 1.453-RJ, rel. Min. Vicente Cernicchiaro, *DJU*, 9 dez. 1991, p. 18046) (grifo nosso). No mesmo sentido, STJ, HC 5.926-BA, (j! T., rel. Min. Vicente Cernicchiaro, *DJU*, 13 out. 1997, p. 51644);

EMENTA. I - Mandado de injunção coletivo: admissibilidade, por aplicação analógica do art. 5., LXX, da Constituição; legitimidade, no caso, entidade sindical de pequenas e medias empresas, as quais, notoriamente dependentes do crédito bancário, tem interesse comum na eficácia do art. 192, par. 3., da Constituição, que fixou limites aos juros reais. II. Mora legislativa: exigência e caracterização: critério de razoabilidade. A mora - que e pressuposto da declaração de inconstitucionalidade da omissao legislativa -, e de ser reconhecida, em cada caso, quando, dado o tempo corrido da promulgação da norma constitucional invocada e o relevo da matéria, se deva considerar superado o **prazo razoável** para a edição do ato legislativo necessário a efetividade da lei fundamental; vencido o tempo razoável, nem a inexistência de prazo constitucional para o adimplemento do dever de legislar, nem a pendência de projetos de lei tendentes a cumpri-lo podem descaracterizar a evidencia da inconstitucionalidade da persistente omissão de legislar. III. Juros reais (CF,art.192, par. 3.): passados quase cinco anos da constituição e dada a inequívoca relevância da decisão constituinte paralisada pela falta da lei complementar necessária a sua eficácia - conforme já assentado pelo stf (ADIN 4, dj 25.06.93, Sanches) -, declara-se inconstitucional a persistente omissão legislativa a respeito, para que a supra o Congresso Nacional. IV. Mandado de injunção: natureza mandamental (MI 107-QO, m. Alves, RTJ 133/11): descabimento de fixação de prazo para o suprimento da omissão constitucional, quando - por não ser o estado o sujeito passivo do direito constitucional de exercício obstado pela ausência da norma regulamentadora (v.g, MI 283, pertence, RTJ 135/882) -, não seja possível cominar conseqüências a sua continuidade após o termo final da dilação assinada.” (MI 361 / RJ - RIO DE JANEIRO; MANDADO DE INJUNÇÃO; Relator(a): Min. NÉRI DA SILVEIRA; Rel. Acórdão Min. SEPÚLVEDA PERTENCE; Julgamento: 08/04/1994; Órgão Julgador: TRIBUNAL PLENO; Publicação: DJ 17-06-1994 PP-15707 EMENT VOL-01749-01 PP-00046).

Ementa. Se o agravante sustenta que houve erro de procedimento na decisão monocrática proferida no Superior Tribunal de Justiça, deveria ter tentado saná-lo ainda naquela instância, com o uso de agravo regimental, em lugar de interpor recurso extraordinário que, ademais, é incabível para se discutir matéria eminentemente processual como a relativa aos pressupostos de admissibilidade de recurso especial. Tanto o **princípio da celeridade processual** quanto o da ampla defesa, não se prestam a permitir o atropelo da ordem dos recursos nos tribunais, tampouco a inobservância de seus pressupostos

de cabimento. Agravo regimental a que se nega provimento.” (AI 376062 AgR / RJ - RIO DE JANEIRO; AG.REG.NO AGRAVO DE INSTRUMENTO; Relator(a): Min. ELLEN GRACIE; Julgamento: 03/09/2002; Órgão Julgador: Primeira Turma; Publicação: DJ 04-10-2002 PP-001111 EMENT VOL-02085-07 PP-01436).

A empresa White Martins Gases Industriais S/A, de Sapucaia do Sul (RS), foi condenada a indenizar a clínica dentária COR - Clínica de Odontologia Restauradora, de Porto Alegre, por ameaçá-la com pedido de falência. Em 1998, a clínica recebeu dos advogados da White Martins, via fax, o que seria a primeira página de uma petição inicial de pedido de falência, por força de um suposto débito de R\$ 202,00.

Como não havia qualquer pendência entre as empresas, a COR ingressou com ação de indenização, obtendo decisão favorável da 6ª Câmara Cível do TJRS, que em 14 de março de 2001, condenou a White Martins a pagar R\$ 15.000,00 a título de reparação pelos danos extrapatrimoniais. O valor atualizado, hoje, é de R\$ 35.570,76.

Em abril de 2002, a credora promoveu a execução provisória da sentença, convertida em definitiva no mês de agosto de 2004. A White Martins, citada para o pagamento, ou para oferecer bens à penhora, valeu-se da segunda opção. Havendo posterior determinação judicial de penhora de dinheiro, foi expedida precatória executória, devolvida, pelo foro de Sapucaia do Sul, ao juízo de origem (18ª Vara Cível de Porto Alegre), sem a satisfação da constrição em conta bancária da empresa.

O advogado Ney Arruda Filho, que representa a credora, diz que a demorada tramitação do feito *"está violando o disposto o inciso LXXVII, do artigo 5º, da Constituição Federal, incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004, que dispõe, como **garantia fundamental dos cidadãos brasileiros, a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação**".*

Esse novo dispositivo constitucional recém começa a ser utilizado pelos profissionais da Advocacia, para reclamar contra a demora na prestação jurisdicional.

Arruda diz que - decorridos sete anos desde o ajuizamento da ação de conhecimento e três anos depois de desencadeada a execução - *"já não se está mais diante de razoável duração para a realização dos haveres do credor"*.

A empresa White Martins não deu retorno à solicitação do *Espaço Vital* para que se manifestasse sobre a execução. A **decisão condenatória**, contra ela, transitou em julgado em 30 de junho de 2004. (Proc. nº 00109639002).³⁹⁵

No que tange à instrumentalização material do princípio da celeridade

³⁹⁵ BIRNFELD, Marco Antônio. “Advogado invoca novo dispositivo constitucional para reclamar contra demora para que credor receba seu dinheiro”, Coluna EV 13.05.2005, www.espacovital.com.br, Porto Alegre/RS, 2005.

processual, tem-se:

Recurso de "*habeas-corpus*". Processual penal. Interrogatório feito via **sistema conferência em "real time"**. Inexistindo a demonstração de prejuízo, o ato reprochado não pode ser anulado, "*ex vi*" art. 563 do CPP. Recurso desprovido (STJ, RHC 6272/SP, 5ª Turma, rel. Min. Félix Fischer, j. 3/4/1997).

A propósito das informações *on-line* prestadas pelos tribunais, o Superior Tribunal de Justiça, em um caso em que o advogado perdeu um determinado prazo em razão de um erro contido no sistema de informação *on-line* oferecido pelo tribunal, decidiu:

Informações prestadas pela rede de computadores operada pelo Poder Judiciário são oficiais e merecem confiança. Bem por isso, eventual erro nelas cometido constitui "evento imprevisto, alheio à vontade da parte e que a impediu de praticar o ato.". Reputa-se, assim, justa causa (CPC, Art. 183, § 1º), fazendo com que o juiz permita a prática do ato, no prazo que assinar. (Art. 183, § 2º)" (STJ, RESP 390561/PR, 1ª Turma, rel. HUMBERTO GOMES DE BARROS, j. 18/6/2002).

Neste contexto, Flávio Ernesto Rodrigues e Leonardo Dias Borges destacam a praticidade e a celeridade do processo informatizado, bem como enfatizam a necessidade de adaptação do Poder Judiciário e da sociedade à nova realidade social, ao descreverem os "autos digitais":

imaginem um processo como um mini 'site', cuja Home Page contém 'links'. Esses 'links' levam à petição Inicial, à defesa. Mas também à imagem dos documentos, aos depoimentos em vídeo digital. Aos incidentes processuais e suas decisões interlocutórias. O 'login' no 'site' dá permissão de atuar de acordo com seu status nos autos. O autor pode peticionar como tal, o réu a mesma coisa, o serventário pode dar cumprimento aos despachos. O Juiz pode despachar e julgar. Isso abre toda uma gama de possibilidades, especialmente se se pensar no processo como uma sucessão de eventos e incidentes dentro de um mesmo e unificado banco de dados. Se se pensar que todos os trâmites ficariam registrados em um 'log', uma espécie de resumo do processo. O controle de prazos, de expedição de alvarás e mandados teria uma imediatidade, um sentido de controle, segurança e certeza nunca vistos. Findo o processo, bastaria gravar todo esse 'site'(processo) em um CD e se teria um arquivo eterno, permanente, em mídia de tamanho reduzido³⁹⁶.

³⁹⁶ SILVA, Flávio Ernesto Rodrigues & BORGES, Leonardo Dias. *A informática a serviço do processo*. Disponível em 20.11.2002: <http://65jcrjrio.digiweb.com.br/INFORMATICA%20SERVICO%20DO%20PROCESSO.htm> apud LIMA, George Marmelstein. *e-Processo: uma verdadeira revolução procedimental*. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 7, n. 64, abr. 2003. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=3924>>. Acesso em: 23 jan. 2007.

Pelas jurisprudências acima e pela dinâmica do novo contexto social, observa-se a consagração do princípio da razoabilidade na contagem dos prazos processuais e, no conseqüente, afastamento do rigorismo hermenêutico; o dever do próprio Poder Público de cumprir os prazos legais e fomentar os direitos fundamentais, pois a República Federativa do Brasil constitui-se em um Estado Democrático de Direito, que tem como um de seus fundamentos a dignidade da pessoa humana; bem como a necessidade de interpretação do princípio da celeridade processual harmonizando-o com os demais princípios do ordenamento jurídico, interpretação esta, que, segundo Konrad Hesse, “tem significado decisivo para a consolidação e preservação da força normativa da Constituição”, tendo em vista a unidade, coesão, harmonia e completude do sistema jurídico.

XII CONCLUSÃO

Pelo exposto neste estudo, afere-se que os direitos humanos fundamentais devem traduzir na ordem jurídica os princípios de proteção à vida, à

liberdade, à igualdade, à segurança do indivíduo, à livre expressão etc. Enfim, os princípios de justiça que fundam a **dignidade** da pessoa humana. Assim, dada sua natureza de patrimônio comum de toda humanidade, não admitem pretextos econômicos ou políticos para a violação de seu conteúdo essencial.

Constatou-se também que os direitos humanos fundamentais foram sendo explicitados na ordem jurídica, de forma não-linear e gradual, com base na conscientização da necessidade de proteção de cada um deles ao longo da história. Atualmente, culminou na introdução do princípio da celeridade processual, como um direito fundamental explícito, consoante Emenda Constitucional n.º 45/2004 à Constituição Federal de 1988.

Isso porque com a crescente globalização da sociedade cresceu, também, o número das demandas e, por conseqüência, a exigência de uma prestação estatal mais célere, razões que demandaram tornar expresso o princípio da celeridade processual na Constituição Federal de 1988. Isso porque a morosidade nas soluções de conflitos apresentadas ao Poder Judiciário acabou gerando um descontentamento e, o que é mais grave, uma sensação de impunidade na sociedade, problema este que, se não resolvido com urgência, poderá vir a culminar, inclusive, no desaparecimento da razão de ser do Direito. A sociedade protesta não apenas pelo acesso ao Poder Judiciário, mas, que este acesso ocorra de forma efetiva, adequada e célere.

Diante desse quadro, o princípio da celeridade processual recebeu nova roupagem. Tornou-se um direito público subjetivo do indivíduo, expresso na Constituição Federal de 1988 e, como tal, **direito fundamental do ser humano**, cujas características de inalienabilidade, imprescritibilidade, irrenunciabilidade, observância obrigatória por todos, sobretudo, pelo Poder Público, dentre outras assinaladas, especialmente, no capítulo III, I, são inerentes, bem como passou a estar submetido a um regime jurídico próprio dos direitos fundamentais. Esta inovação, para alguns autores procedimentalistas, como Jürgen Habermas, foi essencial, pois, para eles, o modelo de democracia constitucional não se fundamenta nem em valores compartilhados, nem em conteúdos substantivos, mas, em **procedimentos assecuratórios** da formação democrática da vontade, realizadores,

conseqüentemente, de uma “nação de cidadãos”. Diferentemente dos autores substancialistas, como Mauro Cappelletti, Luigi Ferrajoli, dentre outros, que defendem que as normas jurídicas devem observar não apenas as leis processuais, senão também as normas substantivas sobre seu conteúdo, que consistem nos princípios de justiça estabelecidos pela Constituição.

Atualmente, o direito constitucional à celeridade processual consiste em uma **norma jurídica de eficácia plena e imediata**, dever do Estado e direito de todos os indivíduos, constituindo-se, pois, em uma diretriz para a interpretação das demais normas jurídicas e para edição da legislação futura. Em conjunto com a legislação vigente, devem ser implementados meios concretos para uma atuação mais célere pelo Poder Judiciário, para a efetiva aplicação desta norma.

Neste diapasão, diante da unidade do ordenamento jurídico, observa-se que, uma vez exercido o direito de ação, a resposta estatal seja judicial, seja administrativa, deve ser célere, rápida. Enfim, condizente com o tempo legal do processo legalmente estabelecido, com as circunstâncias de fato da demanda, do direito a ser protegido e com as demais garantias e direitos fundamentais (acesso à jurisdição, inafastabilidade do Poder Judiciário, ampla defesa, contraditório, devido processo legal etc.), para que seja, ao final, apta, útil e justa, solucionando a lide e gerando a pacificação social. Enfim, cabe alcançar tais objetivos, computando-se o maior número de atos processuais com o mínimo de dispêndio de tempo e buscando-se, o **equilíbrio entre celeridade e segurança no processo**.

O problema, porém, como discutido neste trabalho, especialmente no capítulo XI, foi estabelecer uma definição para esta “razoável duração do processo”, ou seja, delimitar o que seria este tempo justo, já que se trata de um conceito indeterminado, vago, aberto e, por conseqüência, equívoco.

Partindo-se do princípio de que a República Federativa do Brasil é um Estado Democrático de Direito, o tempo de tramitação razoável de um processo deve estar fixado em lei. Com base neste pressuposto, passou-se, então, a definir qual seria esse tempo, tendo em vista alcançar a finalidade fixada pela norma

jurídica. Como salientado, o processo que se desenvolve em um prazo razoável é aquele em que as partes tenham observado os prazos estabelecidos em lei para a prática dos atos processuais e, simultaneamente, os órgãos públicos tenham impulsionado, oficialmente, o prosseguimento do mesmo.

Assevera-se, ainda, que, seguindo-se os **princípios da “lógica do razoável”**, a “duração razoável do processo” implica, também, a análise das peculiaridades do caso concreto, ou seja, a qualidade das partes litigantes, a complexidade do caso concreto; o direito em questão, a importância da prestação estatal para a parte, o comportamento dos procuradores e magistrados.

Desse modo, conclui-se que **o critério a ser fixado para aferir a significação da cláusula “prazo razoável” mostra-se variável**. Isso, por sua vez, não significa que o magistrado deixe de estabelecer parâmetros jurídicos para sua decisão. Daí, a importância da fixação, de maneira objetiva, de um prazo máximo para o desenvolvimento do processo, sendo considerada a prorrogação deste, mediante decisão fundamentada, para atender às exigências específicas de cada concreto.

Por sua vez, este prazo serviria de parâmetro para as decisões do Poder Judiciário, no sentido de atribuir penalidades aos responsáveis, pela prestação de uma tutela intempestiva e inócua (ex.: responsabilização objetiva do órgão desidioso – Artigo 37, § 6º, da Constituição Federal de 1988, regime preclusivo rigoroso aos litigantes, imposição de sanções administrativas aos órgãos infratores, ações indenizatórias pelos danos injustificados decorrentes da demora, responsabilização dos litigantes pela má-fé, dentre outros mecanismos).

Destacam-se, também, as inovações trazidas pela própria Emenda Constitucional n.º 45/2004, que previu, em vários artigos, instrumentos concretos, efetivos para tornar o processo mais célere, como exposto no capítulo VI, item 2, os quais se agregaram à legislação infraconstitucional já existente, consubstanciando-se assim, os meios para o desenvolvimento de um processo tempestivo.

Ao mesmo tempo, salutar é a utilização do **bom senso e conhecimento jurídico** pelos operadores do Direito, **para extrair a máxima efetividade dos**

mecanismos e técnicas de aceleração do processo, explicitados neste trabalho. Comportamento este traduzido na utilização de meios alternativos (ex.: adoção de métodos extrajudiciais, apenas homologações de acordo no âmbito judicial, arbitragem, composição civil dos danos etc.) por parte dos advogados e dos membros do Ministério Público, como também na abreviação de atos procedimentais por parte dos magistrados (ex.: antecipação de tutela, julgamento antecipado da lide, fiscalização e responsabilização dos defensores que atuarem com má-fé, visando a efeitos protelatórios do processo, dentre outros) e no interesse da sociedade de divulgar e utilizar tais métodos. Fica evidente, portanto, a necessidade de uma ação conjunta.

Pelo exposto, apesar de indeterminado seu conceito, pela análise do princípio da celeridade processual, verifica-se que a razoabilidade prevista no artigo 5º, inciso LXXXVIII, da Constituição Federal, possui um **conteúdo mínimo**, que abrange o tempo mínimo de apreciação da lide por parte do julgador, para decidir qual é a solução mais adequada ao caso concreto, bem como contém a expectativa do detentor do direito em ver a lide resolvida.

Dessa forma, conclui-se que o processo que tem duração razoável é aquele que atende ao interesse do litigante e, simultaneamente, ao interesse público, tendo, ao final, uma prestação estatal célere, útil e justa. Por isso, a necessidade da adoção de ritos, de procedimentos processuais sumários e ágeis; a redução do número de recursos a serem apreciados pelos tribunais superiores; maior investimento em recursos humanos e materiais no que tange ao Poder Judiciário etc., como visto anteriormente, concomitantemente atrelado a um procedimento informatizado, de modo a efetivar o direito fundamental à celeridade processual e, portanto, à dignidade da pessoa humana, visto que o indivíduo socorre-se ao Estado para satisfazer suas necessidades básicas e fundamentais.

Verifica-se, assim, que o princípio da celeridade processual consiste em um direito público constitucional subjetivo e que a República Federativa do Brasil³⁹⁷, com fundamento no princípio da dignidade humana e como Estado Democrático de

³⁹⁷ *A República Federativa do Brasil, como visto, tem como um de seus fundamentos a dignidade da pessoa humana (artigo 1º, inciso III, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988).*

Direito, tem o dever de não só respeitá-lo, como de implementá-lo, proferindo, assim, uma decisão tempestiva e efetiva aos litigantes. Em contrapartida, **ultrapassados os limites do razoável** para a finalização de um processo, ter-se-á um processo injusto e, portanto, **inconstitucional**.

Implementadas a efetividade, a celeridade e a operacionalidade do acesso à justiça, ter-se-á o fortalecimento do Poder Judiciário, a certeza do não aniquilamento dos direitos dos litigantes, da credibilidade na justiça em face da eficiência na prestação da tutela estatal e da estabilidade das instituições democráticas.

Diante do exposto, vislumbra-se que é tempo de inovação e tempo de reflexão, tempo de tornar o processo informatizado e célere, atendendo efetivamente aos anseios sociais, em especial, aos de pessoas portadoras de condições especiais. É tempo, portanto, não apenas de fundamentar, mas, sobretudo, de proteger os direitos humanos. Enfim, vive-se, atualmente, retomando-se os dizeres de Hannah Arendt, um **processo de construção e reconstrução dos direitos humanos**, sob uma nova ótica: a de uma sociedade globalizada, todavia, sem perder o cerne, a fonte de todos os direitos: o **ser humano**, em sua essência, uma vez que este, como assevera Immanuel Kant, existe como um fim em si mesmo, **como fim natural à realização de sua própria felicidade** e, como fundador e membro de uma sociedade e do Direito, voltada à realização do **bem comum**.

Este estudo não teve a pretensão de exaurir assunto tão denso e dinâmico e poderá ser continuado, observando a Constituição Federal da República Federativa do Brasil de 1988 sob outro viés.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

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

- AGOSTINHO, Santo. *Confissões*, tradução de SANTOS, J. Oliveira e PINA, A. Ambrósio, coleção “Os Pensadores”. São Paulo: Abril Cultural, 1980.
- ALEXY, Robert. *Teoría de los Derechos Fundamentales*. 2ª ed., Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002.
- ALVIM, Arruda. *Manual de Direito Processual Civil*. 6ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, volume I, 1997.
- AQUINO, Santo Tomás de. *Compêndio de Teologia* – “Os Pensadores”, vol. VIII, capítulo oitavo, São Paulo: Abril S.A. Cultural e Industrial, 1973.
- ARANHA, Maria Lúcia de Arruda e MARTINS, Maria Helena Pires. *Temas de Filosofia*. 2ª ed. São Paulo: Moderna.
- ARAUJO, José Antonio Estévez. *La Constitución como proceso y la desobediencia civil*. Madrid: editorial Trotta, 1994.
- ARAS, Vladimir. “O tele-interrogatório no Brasil”; *in* Jus Navigandi, Teresina, ano 7, n. 61, jan. 2003. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina>>.
- ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*. São Paulo: Edipro, 2002, livro V.
- _____. *Política*. São Paulo: Edipro, 1995, livro I.
- AZAMBUJA, Darcy. *Teoria geral do Estado*. 16ª ed., Porto Alegre: Globo, 1977.
- BACHERLAND, Gaston. *A Dialética da Duração*, tradução Marcelo Coelho. São Paulo: Ática, 1988.
- BACHOFF, OTTO. *Normas Constitucionais Inconstitucionais? apud* COSTA, José Manuel Moreira Cardoso da. Coimbra: Atlântida, 1977.
- BALDI, César Augusto Baldi (organizador). *Direitos Humanos na Sociedade Cosmopolita*, Rio de Janeiro: Renovar, 2004.
- BAKAN, Joel e SCHNEIDERMAN, David (editores), *Social justice and the Constitution: perspectives on a social union for Canada*.
- BAQUER, Lorenzo Martín-Retortillo e PARDO, Ignacio de Otto y. *Derechos fundamentales y Constitución*. Madrid: Civitas S.A., 1988.

- BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da constituição*. 5ª ed., São Paulo: Saraiva, 2003.
- BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Celso Bastos, 2002.
- _____. *Hermenêutica e Interpretação*. 2ª ed., São Paulo: Celso Bastos, 1999.
- BECHARA, Fábio Ramazzini. "Videoconferência: princípio da eficiência versus princípio da ampla defesa (direito de presença)". *Revista juristas*, João Pessoa, a. III, n.º 92, 19/09/2006. Disponível em: <http://www.juristas.com.br>.
- BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Poderes instrutórios do juiz*. 3ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.
- BERLO, David. K. *O processo da comunicação*, 4ª ed., São Paulo: Martins Fontes, 1972.
- BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*, tradução Carlos Nelson Coutinho, 5ª reimpressão. Rio de Janeiro: *Campus*, 1996.
- BIRNFELD, Marco Antônio. "Advogado invoca novo dispositivo constitucional para reclamar contra demora para que credor receba seu dinheiro", Porto Alegre: Coluna EV 13.05.2005, 2005, www.espacovital.com.br.
- BONAVIDES, Paulo. "A evolução constitucional do Brasil". *In Estudos Avançados*, São Paulo, v. 14, n.º 40, 2000.
- _____. *Curso de direito constitucional*. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 1999.
- BUENO, Francisco da Silveira. *Dicionário Escolar da Língua Portuguesa*. 11ª ed., Rio de Janeiro: Fename, 1982.
- BULOS, Uadi Lammêgo. *Constituição Federal Anotada*. São Paulo: Saraiva, 2000.
- CALAMANDREI, Piero. *Instituições de Direito Processual Civil*, volume III, tradução de Douglas Dias Ferreira. 2ª ed., Campinas/SP: Bookseller, 2003.
- CAMPOS, Francisco. *Direito constitucional*, volume I, Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1956.

- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Consitucional*. 5ª ed., Coimbra: Livraria Almedina, 1991.
- _____. *Direito Consitucional e Teoria da Constituição*. 7ª ed., Coimbra: Livraria Almedina, 2003.
- CAPEZ, Fernando. *Curso de Processo Penal*. 9ª ed., São Paulo: Saraiva, 2003.
- CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes Legisladores?* Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1993.
- CÁRCOVA, Carlos María. *La Opacidad del Derecho*. Madrid: Trotta, 1998.
- CARNELUTTI, Francesco. *Diritto e processol*. Nápoles: Morano, 1958.
- COMPARATO, Fábio Konder. *A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos*. 2.ª ed., São Paulo: Saraiva, 2001.
- CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; e DINAMARCO. Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. 19ª ed., São Paulo: Malheiros, 2003.
- COMPARATO, Fábio Konder. “Fundamento dos direitos humanos”, in *Cultura dos Direitos Humanos*. MARCÍLIO, Maria Luiza e PUSSOLI, Lafaiete (organizadores), São Paulo: LTR, 1998.
- CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL.
- CRETELLA JÚNIOR, José. *Curso de Direito Tributário Constitucional*. Rio de Janeiro: Forense Universitária.
- DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de Teoria Geral do Estado*. 21ª ed., São Paulo: Saraiva, 2001.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. *A Instrumentalidade do Processo*. 12ª ed., São Paulo: Malheiros, 2005.
- DINIZ, Maria Helena. *Compêndio de Introdução à Ciência do Direito*. 3ª ed., São Paulo: Saraiva, 1991.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Discricionariedade administrativa na constituição de 1988*. 2ª ed., São Paulo: Atlas, 2001.

- D'URSO, Luís Flávio Borges, "O interrogatório *on line* – uma desagradável justiça virtual", in www.bureaujuridico.com.br.
- DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Tradução BOEIRA, Nelson. São Paulo: Martins Fontes, 2002.
- ECLESIASTES. *Bíblia*, capítulo 3, versículos 1-8.
- FERRAJOLI, Luigi. *Los Derechos Fundamentales em la Teoría Del Derecho*. edición de Antonio de Cabo y Gerardo Pisarello. Madrid: editorial Trotta, 2001.
- FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. "Constituição Brasileira e modelo de Estado: hibridismo ideológico e condicionantes históricas", in *Caderno de Direito Constitucional e Ciência Política*, volume 17, 1996.
- _____. *Introdução ao Estudo do Direito*. 2ª ed., São Paulo: Atlas, 1994.
- FERREIRA, Aurélio B. de H. *Novo dicionário da língua portuguesa*. 2ª ed., Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1986.
- FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Direitos Humanos Fundamentais*. 7ª ed., São Paulo: Saraiva, 2005.
- GAJARDONI, Fernando da Fonseca. *Técnicas de Aceleração do Processo*. Franca/SP: Lemos & Cruz, 2003.
- GOMES, Luiz Flávio. "O Interrogatório a distância através do computador", in *Revista Literária de Direito*. São Paulo, n. 14, Novembro a Dezembro, 1996.
- GORDILLO, Agustín. *Introducción al Derecho Administrativo*, 2ª ed., Buenos Aires: Abeledo- Perrot, 1966.
- GRAU, Eros. *Direito, Conceitos e Normas Jurídicas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988.
- _____. *O direito posto e o direito pressuposto*. São Paulo: Malheiros editores, 1998.
- GRINOVER, Ada Pellegrini; CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; e DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. 19ª ed., São Paulo: Malheiros, 2003.

- GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Processo Constitucional e Direitos Fundamentais*. 2ª ed., São Paulo: Celso Bastos, 2001.
- HANSEN, Gilvan Luiz. “Espaço, Tempo e Modernidade”. In *Geographia*, Revista do Programa de Pós-Graduação em Geografia da UFF, Ano II – n.º. 3, Niterói/RJ: editora UFF/EGG, 2000.
- HÄRBELE, Peter. *Zeit und Verfassung*, 1974, p. 111-137 *apud* ARAUJO, José Antonio Estévez. *La Constitución como proceso y la desobediencia civil*. Madrid: editorial Trotta, 1994.
- HECK, Luís Afonso. *Revista de Direito Administrativo*, nº 217, “Direitos fundamentais no Estado Constitucional Democrático”, jul./set. 1999.
- HESS, Heliana Coutinho. *Acesso à Justiça por Reformas Judiciais*. Campinas: Millennium, 2004.
- HESSE, Konrad. *Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha*. Tradução de Luís Afonso Heck, Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1998.
- _____. *Escritos de Derecho Constitucional*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1992.
- HOBBS, Thomas. *Leviatã*. São Paulo: Edipro, s/d, livro II; e <http://www.philosophy.pro.br/jusnaturalismo.htm>.
- HORTA, Raul Machado. *Direito Constitucional*. 2ª ed., Belo Horizonte: Del Rey, 1999.
- KANT, Immanuel. *Crítica da razão pura*, tradução Valério Rohden e Udo Balduer Moosburger, Coleção “Os Pensadores”. São Paulo: Abril Cultural, 1980.
- KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2003.
- LAFER, Celso. *A Reconstrução dos Direitos Humanos*. São Paulo: Companhia das Letras, 1988.
- Larousse Escolar da Língua Portuguesa*, coordenação editorial DIEGO RODRIGUES, Fernando. São Paulo: Larousse do Brasil, 2004.
- LARENZ, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito*. Tradução de José Lammego, 3ª ed., Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.

- LASSALE, Ferdinand. *O que é uma Constituição?*, tradução Walter Sentençaönnner, Rio de Janeiro: Laemmert, 1969.
- LEWANDOWSKI, Enrique Ricardo. *Proteção dos Direitos Humanos na Ordem Interna e Internacional*. São Paulo: Forense, 1984.
- LIEBMAN, Enrico Tullio. *Manuale di diritto Processuale Civile*. 4ª ed., Milão: Giuffré, 1983, tradução brasileira por DINAMARCO, Cândido Rangel. *Manual de Direito Processual Civil*. 2ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1986.
- LIMA, George Marmelstein. *e-Processo: uma verdadeira revolução procedimental*. Jus Navigandi, Teresina, ano 7, n. 64, abr. 2003. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=3924>>.
- LOEWENSTEIN, Karl. *Teoría de la Constitución*. Tradução: ANABITARTE, Alfredo Gallego, Barcelona: Editorial Ariel S.A., 1970.
- LOPES, João Batista. “Efetividade do processo e reforma do Código de Processo Civil: como explicar o paradoxo processo moderno – Justiça morosa?”, *Repro* 105/128, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.
- MAQUIAVEL, Nicolau. *O príncipe*. São Paulo: Martins Fontes, 1995.
- MARINONI, Luiz Guilherme. *A Antecipação da Tutela*. 5ª ed., São Paulo: Malheiros, 1999.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 16ª ed., São Paulo: Malheiros, 2003.
- MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*, tomo III. 3ª ed., Coimbra: ed. Coimbra, 1991.
- MIZUKAMI, Pedro Nicoletti. *O conceito de constituição no pensamento de John Rawls*. São Paulo: Thomson – IOB, 2005.
- MORAES, Alexandre. *Direito Constitucional*. 11ª ed., São Paulo: Atlas S.A., 2002.
- MORENO, Fernando Sainz. *Conceptos Jurídicos. Interpretación y Discricionalidad Administrativa*. Madrid: Civitas, 1976
- MOURA, José Carlos Pires de. *História do Brasil*. Volumes I e II, 2ª ed., São Paulo: Anglo, 1991.

- NALINI, José Renato. *Constituição e Estado Democrático – coleção juristas da atualidade*. BICUDO, Hélio (coordenador). São Paulo: F.T.D., 1997.
- PEREZ LUÑO, Antonio Enrique. *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*. 2ª ed., Madrid: Tecnos, 1986.
- PIETTRE, B. *Filosofia e Ciência do Tempo*, tradução Maria Antônia Pires de C. Figueiredo. Bauru: ed. EDUSC, 1997.
- PINHO, Rodrigo César Rebello. *Da Organização, do Estado, dos Poderes e Histórico das Constituições*, volume 18. São Paulo: Saraiva, 2000.
- PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*. São Paulo: Max Limonad, 1996.
- _____. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*, 7ª ed., São Paulo: Saraiva, 2006.
- PITOMBO, Sérgio Marcos de Moraes. “Interrogatório à distância”, *in* Boletim Ibccrim. São Paulo. Ano 8, n.º 93, agosto 2000.
- PLATÃO. *Timeu*, “Coleção Os Pensadores”. São Paulo: Nova Cultural, 1991.
- POUND, Roscoe. *Liberdades e garantias constitucionais*, tradução: E. Jacy Monteiro. 2ª ed., São Paulo: Ibrasa, 1976.
- REALE, Miguel. *Filosofia do Direito*. 16ª ed., São Paulo: Saraiva, 1994.
- RIBEIRO, Pedro Barbosa. *Revista do Instituto de Pesquisas e Estudos - Divisão Jurídica*, n.º 25, ed. Instituição Toledo de Ensino – Bauru/SP, abril a julho de 1999.
- ROSS, W. D. *Aristoteles*, tradução de PRÓ, Diego F. Buenos Aires: editorial Sudamericana, 1957.
- ROUSSEAU, Jean Jacques. *Do contrato social*, tradução Lourdes Santos Machado. São Paulo: Nova cultura, 1999, livro I, caps. IV e VII e livro II, cap. IV.
- SANTOS, Moacyr Amaral. *Primeiras Linhas de Direito Processual Civil*. São Paulo: Saraiva, 1998.
- SCHMITT, Carl. *Teoría de la Constitución*. Madrid: Alianza, 1992.

- SCHRITZMEYER, Ana Lúcia Pastore. “Antropologia Jurídica”, *Jornal Carta Forense*, São Paulo, v. 21, 01 fev. 2005
- SELLERI, F. “The Relativity Principle and the Nature of Time”, in *Foundations of Physics*, 1997.
- SICHES, Luis Ricaséns. *Filosofía del derecho*. México: Porrúa S.A., 1978.
- _____. *Nueva Filosofía de la Interpretación del Derecho*. México: Porrúa S.A., 1973.
- SIDOU, J. M. Othon. *Dicionário Jurídico – Academia Brasileira de Letras Jurídicas*. 3ª ed., Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1994.
- SIÉYS, Emmanuel. *Que es el Tercer Estado?*, Madrid: Aguilar, 1973.
- SILVA, Flávio Ernesto Rodrigues & BORGES, Leonardo Dias. *A informática a serviço do processo*. Disponível em 20.11.2002: <http://65jcrjrio.digiweb.com.br/INFORMATICA%20SERVICO%20DO%20PROCESSO.htm>.
- SILVA, José Afonso. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 6ª ed., São Paulo: Malheiros, 2004.
- _____. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 23ª ed., São Paulo: Malheiros, 2004.
- STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica Jurídica e(m) Crise*. 5ª ed., Porto Alegre/RS: Livraria do Advogado, 2004.
- TEIXEIRA, António Braz. “Miguel Reale e o Diálogo Filosófico Luso-Brasileiro” *apud Direito, Política, Filosofia e Poesia, Estudos em Homenagem ao Professor Miguel Reale no seu Octagésimo Aniversário*, organizadores Celso Lafer e Tércio Sampaio Ferraz Júnior. São Paulo: Saraiva, 1992.
- TEMER, Michel. *Elementos do direito constitucional*. São Paulo: Malheiros, 1992.
- THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*, volume I. 30ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2003.
- THEODORO JÚNIOR, Humberto. *O Processo Civil Brasileiro no Limiar do Novo Século*. São Paulo: Forense, 1999.

TORNAGHI, Hélio. *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, vol. I, 1974.

TUCCI, José Rogério Cruz e. “Garantia do processo sem dilações indevidas”, in TUCCI, José Rogério Cruz e. *Garantias Constitucionais do Processo Civil – Homenagem aos Dez Anos da Constituição Federal de 1988*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1989, p. 235-236.

_____. *Tempo e processo: uma análise empírica das repercussões do tempo na fenomenologia processual (civil e penal)*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

USERA, Carlos Canosa. *Interpretación constitucional e formula política*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1988.

VICENTINO, Cláudio e MARONE, Gilberto Tibério. *História Geral*. São Paulo: Anglo, 1991.

VILANOVA, Lourival. *Escritos Jurídicos e Filosóficos*, volume 2. São Paulo: Axis Mvndi IBET, 2003.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Reforma do Judiciário – Primeiras Reflexões sobre a Emenda Constitucional n.º 45/2004*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

Webster's Third New International Dictionary. Springfield: Merriam-Webster, 1993.

WHITROW, G.F., *O tempo na História: concepções do tempo da pré-história aos nossos dias*, tradução BORGES, Maria Luiza X. de A., Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1993.

ZERUBAVEL, Eviatar. “The standardization of time: a socio-historical perspective”. *American Journal of Sociology*, Chicago, v. 88, n. 1, p. 1-23, July 1982

RT, 740/480.

RTJ, 98/952-63.

TACRIM/SP – Apelação nº 1.384.389/8 – São Paulo – 4ª Câmara – Relator: Ferraz de Arruda – 21.10.2003 – V.U., Voto nº 11.088.

Sites:

<http://afilosofia.no.sapo.pt/referencias.htm>

<http://www.arqnet.pt>

<http://www.cefetsp.br>

<http://www.congreso.es>

<http://www.dhnet.org.br>

<http://www.echr.coe.int>

<http://www.embaixada-americana.org.br>

<http://www.espacovital.com.br>

<http://www.jusnavegandi.com.br>

<http://www.legge-e-giustizia.it>

<http://www.nomismatike.hpg.ig.com.br/Mitologia/Cronos.html>

<http://www.oas.org>

<http://www.planalto.gov.br>

<http://www.pge.sp.gov.br>

<http://www.scielo.br>

<http://www.stf.gov.br>

<http://www.triplov.com>

<http://www.verbojuridico.net>

BIBLIOGRAFIA COMPLEMENTAR

ANDRADE. José Carlos Vieira de. *Os direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976*. 2ª ed., Coimbra: Almedina.

BARROSO, Luís Roberto. *A Nova Interpretação Constitucional: Ponderação, Direitos Fundamentais e Relações Privadas*, Rio de Janeiro, ed. Renovar, 2003.

BERNARDI, Renato. *O Início da Reforma do Poder Judiciário*, in www.anamatra.com.br, janeiro de 2005.

- BOBBIO, Norberto. *Teoria do Ordenamento Jurídico*, 5ª edição, Brasília, ed. Universidade de Brasília, 1994.
- DANTAS, David Diniz. *Interpretação Constitucional no Pós-Positivismo*, São Paulo, ed. W.V.C. - Madras, 2004.
- GARCIA, MARIA. Aulas ministradas no curso de Mestrado/Doutorado, na disciplina de Direito Constitucional II, PUC/SP.
- MEIRELLES TEIXEIRA, José Horário. *Curso de Direito Constitucional* (organizado a partir de apostilas de suas aulas e atualizado pela Professora Maria Garcia), Rio de Janeiro, ed. Forense Universitária, 1991.
- NUNES, Luiz Antonio Rizzatto. *Manual da Monografia Jurídica – Como se faz: uma monografia, uma dissertação, uma tese*, São Paulo, ed. Saraiva, 1997.
- SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. *Curso de Direito Civil*, vol. I, 4ª edição, São Paulo, ed. Revista dos Tribunais.
- SODER, José. *Direitos do Homem*, São Paulo, Companhia Editora Nacional, 1960.