

A EVOLUÇÃO DA TEORIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS E A SUA IMPORTÂNCIA PARA A COMPREENSÃO DA IDÉIA DA RAZOÁVEL DURAÇÃO DO PROCESSO

Juliano Santana Silva¹

1 OS DIREITOS FUNDAMENTAIS AO LONGO DA HISTÓRIA

Para uma melhor compreensão dos direitos fundamentais é preciso traçar uma linha histórica do seu desenvolvimento. Esse olhar histórico possibilita ver a transformação de uma concepção naturalística para a atribuição do caráter constitucional da a esses direitos. Significa dizer que ao longo da historia os direitos fundamentais se positivaram e mais recentemente sofreram o processo de constitucionalização.

Essa perspectiva histórica assume papel relevante não somente como instrumento hermenêutico, mas também como mola propulsora para de efetivação dos valores relativos a dignidade da pessoa humana e também dos direitos fundamentais do homem.

Foi no contexto das Constituições à época do movimento político-social no “Século das Luzes”, obra do pensamento propagado pelo iluminismo, que os direitos fundamentais nasceram. O pensamento iluminista seria a fonte de busca para fundamentar os direitos humanos.

O liberalismo político concretizou-se com as revoluções liberais, rompendo com o excesso de formalidade jurídica estabelecida pelo absolutismo. O movimento pelo constitucionalismo e o Estado Liberal nasceram influenciados diretamente pelos ideais de Locke, Montesquieu e Rosseau. Durante o absolutismo, era imperioso evitar os excessos, o abuso e o arbítrio de poder. Assim, os direitos humanos surgiram como resposta aos excessos do regime absolutista, com o fito de impor limites a arbitrária atuação do Estado.

As Revoluções Americana e Francesa iniciaram a era de

1. Mestre em Direito, Relações Internacionais e Desenvolvimento pela PUC-GO. Pós-Graduado em Direito Civil e Direito Processual Civil pela Universidade Cândido Mendes. Advogado atuante em diversas áreas com enfoque em Direito do Trabalho, Direito Civil e Direito Constitucional. Coautor do livro: Direito e Políticas Públicas – Aproximações e Debates.

constitucionalização dos direitos fundamentais, e os documentos que mais se destacaram na propagação de tais direitos foram, em 1776, a Declaração de Direitos da Virgínia e no ano de 1789, a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão.

As declarações francesa e americana tinha como raiz comum a inspiração jus naturalista, onde todo homem e não apenas um parte da sociedade teriam direitos naturais e imprescritíveis. Essas garantias surgiram ligadas ao Estado de Direito Liberal e objetivavam em primeiro lugar, proteger a liberdade e a propriedade. O Estado liberal, nasce baseado na ideia de liberdade e em prol desse objetivo, busca limitar o poder político. Nesse contexto, os direitos liberais são inseridos no rol dos direitos de abstenção, ou seja, criam uma limitação ao Poder Público, um não fazer do Estado.

Os direitos humanos não substituem uns aos outros, ao contrário, eles se acumulam ficando mais fortes e passam a interagir com os direitos individuais e sociais.

Nesse mesmo raciocínio, explica Flávia Piovesan:

[...] adota-se o entendimento de que uma geração de direitos não substitui a outra, mas com ela interage. Isto é, afasta-se a ideia da sucessão “geracional” de direitos, na medida em que acolhe a ideia da expansão, cumulação e fortalecimento dos direitos humanos consagrados, todos essencialmente complementares e em constante dinâmica de interação. Logo, apresentando os direitos humanos uma unidade indivisível, revela-se esvaziado o direito à liberdade, quando não assegurado o direito à igualdade e, por sua vez, esvaziado revela-se o direito à igualdade, quando não assegurada à liberdade (PIOVESAN, 2003, p.24).

No tocante ao desenvolvimento dos direitos fundamentais, nota-se que os direitos do cidadão proclamados pela revolução francesa se difundiram por toda Europa, mas ao longo dos anos mostrou-se não ser suficiente apenas proteger a liberdade formal dos indivíduos, era necessário ir adiante, para conseguir uma atuação positiva do Estado. O Estado Liberal que serviu de terreno fértil no processo de positivação dos direitos fundamentais mostrou-se insuficiente. Aquele modelo de Estado inerte que não interferia na ordem econômica, nem mesmo para minimizar as desigualdades sócias já não tinha como existir, estava ultrapassado.

Com o nascimento do Estado Social de Direito, resultante da Primeira

Grande Guerra e do pensamento marxista, que apareceram a partir de 1917 com Constituição Mexicana e em 1919 Constituição de Weimar, os direitos econômicos, sociais e culturais, cobrando-se com eles não mais abstenção do Estado, mas também, prestações materiais. A intenção era dar ao Estado um viés intervencionista, cabendo a ele promover a justiça social e fomentar o desenvolvimento.

Os direitos sociais nascem ligados ao desenvolvimento industrial e ao surgimento do proletariado, sujeito ao domínio da burguesia capitalista. Esses anseios estão intimamente ligados ao ideal de igualdade (BONAVIDES, 2000, p.470-780).

A pesar dos direitos fundamentais já estivessem expressos em diversas constituições, vale lembrar que o Direito Internacional dos Direitos Humanos só foi realmente consolidado, após a Segunda Grande Guerra. As atrocidades colocadas em prática durante o domínio nazistas fez crescer uma a revolta da consciência mundial, que impulsionou a criação do Tribunal Internacional em Nuremberg, onde foram julgados os crimes contra a humanidade cometidos especialmente pelos nazistas.

Nesse diapasão, Paul Sieghart comenta:

As atrocidades perpetradas contra os cidadãos pelos regimes Hitler e Stálin não significaram apenas uma violência moral que chocou a consciência da humanidade, elas foram uma real ameaça à paz e a estabilidade internacional. E assim, implicaram em uma verdadeira revolução no direito internacional: em uma única geração, um novo código internacional foi desenvolvido, enumerando e definindo direitos humanos e liberdades fundamentais para todos os seres humanos, em qualquer parte do mundo, e, a partir de então, esses direitos não mais puderam ser concebidos como generosidade dos Estados soberanos, mas passaram ser inerentes ou inalienáveis, e, portanto, não poderiam ser reduzidos ou negados por qualquer motivo (SIEGHART, 1983. p.26).

Existem pontos de mudança com clareza indiscutível como ocorreu com a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, detalhando os direitos civis, políticos, econômicos, sociais e culturais, confirmados nas duas Conferências Mundiais de Direito Humanos realizadas em Teerã, em 1968 e Viena, em 1993.

Referidos documentos tiveram o reconhecimento global, tornando-se normas de direito internacional consuetudinário, verdadeiros princípios gerais do direito, bases com a capacidade de efetivar uma ética universal a ser difundida por todos os povos.

Paulo Bonavides descreve uma nova categoria dos direitos fundamentais, que nascem em resposta à globalização dos direitos. Esse direito seria o direito à democracia, à informação e ao pluralismo. O autor esclarece que os direitos pertencentes desta dimensão compendiam o futuro da cidadania e o porvir das liberdades de todos os povos. Tão somente com eles será possível a globalização política (BONAVIDES, 2000. p.517).

É possível concluir, que os direitos fundamentais, estão acima dos demais, são oriundos de reivindicações reais em resposta a situações de injustiça a bens fundamentais do homem.

Robert Alexy, ensina que:

direitos fundamentais são essencialmente direitos do homem transformados em direito positivo; os direitos fundamentais são elementos essenciais da ordem jurídica nacional respectiva, são direitos que determinada sociedade escolheu por bem inseri-los em seu direito positivo, sendo resguardados pela Constituição (ALEXY, 1999, p.55-66).

Segundo o grande autor italiano Norberto Bobbio,

os direitos fundamentais, democracia e paz são três momentos necessários para o desenvolvimento histórico: sem direitos do homem reconhecidos e protegidos não há democracia; sem democracia inexistem as condições mínimas para a solução pacífica dos conflitos (BOBBIO, 1992, p.49).

Seguindo o raciocínio do autor italiano, Habermas observa não ser possível concretizar a democracia separada da realização e efetividade dos princípios fundamentais.

2 A NORMATIVIDADE DOS PRINCÍPIOS E O QUE OS DIFERENCIA DAS REGRAS

Vale lembrar que é com o declínio do positivismo que nasce um

pensamento de que os princípios são normas, tal qual as leis. Para o presente trabalho, esse entendimento é muito relevante, pois a razoável duração do processo é configurada como importante princípio constitucional.

Para o positivismo o conteúdo da norma não era importante, pois a validade da lei restringia-se tão somente na observância do procedimento estabelecido para a sua criação. O poder de julgar deveria ser praticado por meio de uma atividade intelectual, que não produzisse novos direitos. Desta feita, o poder dos magistrados estaria restrito a confirmar o estabelecido pelo Legislativo, considerando que o julgamento deveria ser somente o exato texto da lei.

Importante são as afirmações feitas pela teoria crítica do direito, na qual defendia a impossibilidade do direito estar contido integralmente na lei e que seria de responsabilidade do julgador interpretar e buscar a justiça, mesmo que não estivesse na lei.

Não resta dúvida de que o declínio político do positivismo puro permitiu florescer uma outra ideia de direito. Luís Roberto Barroso esclarece que:

A decadência do positivismo é emblematicamente associada à derrota do fascismo na Itália e do nazismo na Alemanha. Esses movimentos políticos e militares ascenderam ao poder dentro do quadro da legalidade vigente e promoveram a barbárie em nome da lei (BARROSO, Luís Roberto. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro).

Não é difícil entender o porque da inferioridade hierárquica com que os princípios eram tratados na era positivista pura em relação às regras; atualmente esse pensamento mudou, alçando os princípios em um patamar de cláusulas principais e superiores. A legitimidade de uma Constituição pressupõe a sua adequação com os interesses, aspirações e valores de um determinado povo em dado momento histórico.

O ordenamento jurídico brasileiro é tido como um sistema normativo aberto a regras e princípios. É um sistema normativo pois a estrutura total no que se refere a valores, programas e funções é concebida por meio de normas; e é um sistema de regras e princípios, já que as normas do sistema podem se mostrar sob o aspecto principiológico, como também sob a forma de regras. A Constituição é um complexo de princípios e regras que objetiva a realizar valores; a ideia de

sistema aberto significa que não é indispensável enumerar todos os princípios de forma taxativamente.

O autor alemão Claus Wilhelm Canaris, fala sobre a matéria:

o sistema jurídico não é fechado, mas aberto. Isto vale tanto para o sistema de proposições doutrinárias ou sistema científico, como para o próprio sistema da ordem jurídica. A propósito do primeiro, a abertura significa a incompletude do conhecimento científico, e a propósito do último, a mutabilidade dos valores jurídicos fundamentais (CANARIS, 1996. p.281).

Modernamente, os princípios e as regras, constituem as duas modalidades de normas existentes. Alguns autores entendem que a coexistência de ambos permite entender a Constituição como um sistema aberto, deixando de fora a possibilidade do sistema se transformar em um arcabouço pouca praticidade.

É sabido que o longo caminho trilhado pelos princípios até obterem força normativa e cogente, foi muito complexo. Hoje é pacífico que os princípios são normas e estas abarcam de igual modo os princípios e as regras.

Atualmente os princípios alcançaram a posição de norma jurídica, superando o conceito de que teriam somente uma dimensão axiológica, sem eficácia jurídica.

Bandeira de Mello, no tocante à sua eficácia normativa, ensina:

Princípio é, por definição, mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, dispositivo 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 (BANDEIRA DE MELLO, 2005, p.747-748).

Nesse diapasão, vale esclarecer que no atual estágio do Direito, norma é o gênero e as regras e os princípios são suas espécies, que se diferenciam de forma lógica e qualitativa. Para Dworkin, a diferença entre regras e princípios é uma distinção lógica. Os dois são normas, porém se distinguem na direção que apontam. As regras são disjuntivas, aplicáveis como “tudo ou nada”, são aplicadas ou não ao caso concreto. Os princípios, a despeito de se assemelhar com as regras, não indicam uma consequência legal que obrigatoriamente se segue em caso de se

concretizar as condições dadas; Segundo Dworkin (1991, p. 26), “os princípios não determinam vinculativamente uma decisão, mas contêm fundamentos que devem ser conjugados com outros fundamentos provenientes de outros princípios”. O mesmo autor, também leciona que “os princípios, ao contrário das regras, possuem uma dimensão de peso demonstrável na hipótese de colisão entre outros princípios, caso em que o princípio com peso relativo maior sobrepõe-se ao outro, sem que este perca a sua validade (DWORKIN, 1991, p.26).

De forma mais profunda Robert Alexy alerta que a diferença entre princípios e regras tem relevante papel na teoria dos direitos fundamentais e se apresenta no sentido de que os princípios são “uma espécie de normas jurídicas, por meio das quais se estabelece deveres de otimização, aplicáveis em vários graus, segundo as possibilidades normativas e fáticas” (ALEXY, 1997, p. 86-87). Normativas pelo fato de que a aplicação dos princípios irá depender dos princípios e regras que ele irá se contrapor; e fáticas em virtude de que o conteúdo dos princípios como norma de conduta só pode ser determinado quando se depara com o caso concreto.

Os princípios são normas que determinam que algo seja realizado conforme as possibilidades jurídicas e fáticas, de outro modo as regras são normas que podem ou não ser realizadas, dependendo de sua validade. Deste modo, a aplicação de um princípio tem que ser analisada como uma cláusula de reserva, levando em conta se no caso concreto outro princípio não tiver maior relevância.

3 CONSIDERAÇÕES HISTÓRICAS SOBRE A RAZOÁVEL DURAÇÃO DO PROCESSO

O Universo jurídico tem acompanhado a discussão a respeito do Novo Código de Processo Civil que privilegia o acesso do direito material, colocando no centro do debate a tempestividade da jurisdição e seus desdobramentos práticos para os que lidam com o direito.

Os fatores relativos à morosidade da justiça, como explica José Rogério Cruz e Tucci (TUCCI, 1998, p. 67.),

são discutidos internacionalmente, desde há muito como se pode depreender do artigo 6º, 1, da Convenção Europeia

para Salvaguarda dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais, subscrita no dia 4 de Novembro de 1950, em Roma, que consigna, de modo expreso:

Art. 6º, 1. Toda pessoa tem direito a que sua causa seja examinada eqüitativa e publicamente num prazo razoável, por um tribunal independente e imparcial instituído por lei, que decidirá sobre seus direitos e obrigações civis ou sobre o fundamento de qualquer acusação em matéria penal contra ela dirigida.

Porém, não se deve apenas reproduzir expressões imprecisas, uma vez que o texto utilizado na Constituição de 1988, refere-se a uma duração razoável, porém difícil de ser aferida, deixando a cargo do intérprete da norma se valer de fontes interdisciplinares para a resolução do caso concreto levado à julgamento.

“O tempo é uma fundamental dimensão da vida humana. Há quem diga que, para o direito, o tempo constitui fator de corrosão” (DINAMARCO, 2004, p. 55).

Nos dias atuais não há que se falar em “justiça privada”. O Estado tem o monopólio da jurisdição, somente o Estado-Juiz pode dizer o direito no caso concreto e, assim, pacificar os conflitos sociais. Todas as pessoas tem o direito de ação, o direito de exigir uma resposta do Estado, consolidada na efetiva tutela do direito violado.

O jurisdicionado, além de poder exigir do Estado uma resposta, tem o direito de recebê-la num prazo razoável. É esse direito à uma resposta estatal em um prazo razoável que será o objeto das próximas reflexões.

Há tempos a demora na resposta estatal por meio do processo é tema que preocupa os estudiosos do direito. Eternizou-se a afirmação de Rui Barbosa (1997, p. 40) de que “Justiça atrasada não é Justiça, senão injustiça qualificada e manifesta”. Contudo, mesmo antes do referido autor, outros já haviam se preocupado com o assunto.

A despeito das primeiras menções fazendo referência direta ao direito de uma tramitação processual realizada em tempo razoável, ter tido maior evidência somente a partir do código de Justiniano, existem referências anteriores.

Samuel Miranda Arruda (2006, p. 29) afirma que “a primeira evidência do reconhecimento do direito ao speedy trial na Inglaterra dá-se em 1166 no Assize

of Clarendon”. Porém, sendo o mesmo autor, é na Magna Carta e no Habeas Corpus Act que devem-se buscar as referências mais importantes.

Na Magna Carta havia pelo menos dois dispositivos que demonstravam uma preocupação com a duração jurisdicional. Um era a cláusula 40, onde constava que “o direito de qualquer pessoa a obter justiça não será por nós (ou pelo rei) vendido, recusado ou postergado”. O outro, era a Cláusula 61, preconizava uma garantia de que possíveis transgressões aos direitos elencados naquela Carta deveriam ser resolvidas em até quarenta dias, a contar a partir da apresentação da reclamação ao rei, por parte dos barões.

O regulamento do *habeas corpus* (*Habeas Corpus Act*), representava importantíssimo documento de proteção às liberdades, principalmente vocacionado a limitar as arbitrariedades das autoridades públicas. Como não podia ser diferente, seu principal legado foi garantir aos presos o direito a uma rápida resposta por parte do Estado.

Atualmente, os Estados Unidos elaboraram declarações visivelmente preocupadas com a duração do processo. Em 25 de abril de 1682, foi editado o *Frame of Government of Pennsylvania*, influenciado por dispositivos da Magna Carta. Mais tarde, a Declaração da Virgínia aumentou o alcance do citado direito e teve grande importância para o direito mundial, devido o seu caráter genérico de declaração de direito. Nesse sentido afirma Samuel Miranda Arruda (2006, p. 37):

A importância da Declaração da Virgínia para o direito ao speedy trial consiste no fato de, pela primeira vez num documento genérico, consagrado em sua inteireza à declaração dos direitos de um povo, fazer-se consignar que todo cidadão acusado em um processo criminal tem o direito a um julgamento célere. Não se quis apenas afirmar o direito à celeridade em um específico tipo de procedimento, como o fazia o Habeas Corpus Act. Na Declaração da Virgínia foi afirmado o direito ao speedy trial em todo e qualquer procedimento criminal. O alcance da norma é imensamente alargado, inclusive no que diz respeito aos titulares e destinatários.

Nos 50 e 60 do século XX ocorreu relevante propagação relativa a razoável duração processual. Começou com a Convenção Europeia dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais, assinada em Roma, assegurou o direito ao exame da causa em um prazo razoável e por um tribunal independente.

Posteriormente, em 1969, veio a Convenção Americana sobre os Direitos Humanos, conhecido também como o Pacto de São José da Costa Rica, que somente em 1992 foi assinado pelo Brasil, ocasião em que pela primeira vez, positivou-se internamente o referido direito fundamental.

Nas últimas décadas, observou-se uma tendência de se constitucionalizar o direito à razoável duração do processo. Dentro desse contexto, a Constituição Portuguesa foi alterada em 1997 (TAKOI, 2010, p. 228), para assim tratar da questão:

Art. 20 (Acesso ao direito e tutela jurisdicional efetiva) A todos é assegurado o acesso ao direito e aos tribunais para defesa de seus direitos e interesses legalmente protegidos, não podendo a justiça ser denegada por insuficiência de meios econômicos.(...) Todos têm direito a que uma causa em que intervenham seja objecto de decisão em prazo razoável e mediante processo equitativo.

Na mesma tendência, a Constituição da Espanha, de 1978, já previa um trâmite processual com duração razoável, sem, no entanto, abrir mão das garantias devidas. Já na Itália, foi incluído em sua Constituição, no ano de 1999, o direito ao processo justo e com razoável duração (*ragionevole durata*). Portanto, trata-se de uma percepção mundial.

No Brasil, o direito à uma decisão estatal tempestiva, ou seja, dentro de um período de tempo considerado razoável, só foi positivada no ano de 2004, em tempo razoável se deu apenas em 2004, com o acréscimo do inciso LXXVIII ao artigo 5º da Carta Maior - Emenda 45 - que veremos a diante.

3.1 A IMPORTÂNCIA DA EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 45

A introdução do princípio que preconiza que o processo tenha uma duração razoável ao texto constitucional aparenta refletir a respeito da advertência feita há muito tempo, por Piero Calamandrei (CALAMANDREI, 1988. p. 270/271.), em que pese, demonstra ser bastante atual:

Acontece frequentemente com o bibliófilo, que se diverte folheando religiosamente as páginas amareladas de algum precioso incunábulo, encontrar entre uma página e outra, grudados e quase absorvidos pelo papel, os restos agora

transparentes de uma mariposa incauta, que há alguns séculos, buscando o sol, pousou viva naquele livro aberto, e quando o leitor subitamente o fechou ali ficou esmagada e ressecada para sempre. Essa imagem me vem à mente quando folheio as peças de algum velho processo, civil ou penal, que dura dezenas de anos. Os juizes que mantêm com indiferença aqueles autos à espera em sua mesa parecem não se lembrar de que entre aquelas páginas se encontram, esmagados e ressecados, os restos de tantos pobres instintos humanos, que ficaram presos no pesado livro da Justiça.

A Emenda Constitucional 45/2004 introduziu o inc. LXXVIII ao artigo 5º da Constituição Federal, com o objetivo de inserir no rol de direitos fundamentais a “razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação”. Nesse contexto, ensina Araken de Assis (2008, p. 11):

Não se pode emprestar à explicitação do princípio da duração razoável do processo o caráter de novidade surpreendente e, muito menos, de mudança radical nos propósitos da tutela jurídica prestada pelo Estado brasileiro. Estudo do mais alto merecimento já defendera, baseado em argumentos persuasivos, a integração ao ordenamento jurídico brasileiro do direito à prestação jurisdicional tempestiva, através da incorporação do Pacto de São José da Costa Rica ou Convenção Americana de Direito Humanos.

Os direitos consagrados na Convenção Americana de Direitos Humanos tem força coercitiva no ordenamento jurídico brasileiro. O Supremo Tribunal Federal proferiu decisão se posicionando diante da possibilidade de prisão civil do depositário infiel, dando o norte de como deve ser tratado o tema a partir de então. E assim decidiu:

a subscrição pelo Brasil do Pacto de São José da Costa Rica, limitando a prisão civil por dívida ao descumprimento inescusável de prestação alimentícia, implicou a derrogação das normas estritamente legais referentes à prisão do depositário infiel (Ementa do leading case, HC 87.585/TO, julgado em 03.12.2008, Rel. Min. Marco Aurélio de Mello).

Adotando-se a premissa fixada pelo STF em relação a hierarquia dos tratados internacionais que versam sobre direitos humanos, pode-se notar que o direito à uma resposta jurisdicional dentro de um prazo razoável já estava incluído

no ordenamento jurídico brasileiro, inclusive antes da EC 45/04.

Do princípio do devido processo legal também pode ser extraído o direito do jurisdicionado obter uma decisão em um prazo razoável, até mesmo porque o processo com uma duração indevida nega a ideia de processo devido.

3.2 CRITÉRIO DE AFERIÇÃO DO TEMPO RAZOÁVEL E O DEVER DE PROTEÇÃO

A exemplo da Constituição Federal de 1988, nenhum ato normativo que trata do tema em questão fixou parâmetros para a aferição da razoável duração do trâmite processual.

Entre os autores que se dedicam ao tema existem vários posicionamentos. Cruz e Tucci (2011, p. 197) defende que

dada a profunda diversidade da performance da justiça nos vários quadrantes do Brasil, a aferição do ‘prazo razoável’ será absolutamente diferenciada de Estado para Estado, seja no âmbito da Justiça Estadual, seja no dos Tribunais Federais.

Todo processo tem suas peculiaridades. Porém, não se pode admitir que dois processos semelhantes tenham um tempo de tramitação totalmente diferentes, e ainda serem considerados razoáveis, com a justificativa de que tramitam em locais diversos, expostos a situações materiais distintas.

As singularidades de cada processo são elementos essenciais para a aferição à razoável duração do processo. Logo, parece improvável impor uma regra específica, que seja capaz de apontar quando há ou não violação ao princípio fundamental que preconiza que todos tem o direito de obter um julgamento dentro de um lapso temporal que seja razoável.

O fato de não existir uma regra objetiva, não quer dizer a ausência de critérios capazes de definir o que seja uma duração razoável. A Corte Europeia de Direitos Humanos definiu três critérios a ser considerados, sem desprezar outras peculiaridades inerentes a cada caso concreto, para verificação da duração de um determinado processo. São eles: i) a natureza e complexidade do assunto; ii) o comportamento das partes e de seus defensores; iii) a atuação do órgão jurisdicional. Cada um desses critérios comporta desdobramentos.

Por óbvio, não se discute que um processo que carece de uma perícia complexa exige uma duração maior do que outro que trate apenas de uma questão puramente jurídica e com jurisprudência pacificada.

Quanto ao comportamento das partes e de seus advogados é relevante retomar assertiva acima posta, no sentido de que, dentre os destinatários do direito à razoável duração do processo encontram-se as partes e os demais atores do processo. Portanto, não seria razoável aceitar que a parte, mesmo quando age em descompasso com ética processual, ou quando promove medidas protelatórias no feito, possa aduzir violação ao direito em questão.

Por outro lado, o uso de todas as possibilidades jurídicas, como a utilização de todos os meios recursais possíveis não deve ser considerado como fator que justifica uma demora do processo além do prazo razoável, imputando-se à parte a culpa pela demora.

Existe também o critério da atuação do órgão jurisdicional. Deve ser aplicada a distinção entre atividade judicial típica e atividade judiciária, ambas sob a responsabilidade do órgão jurisdicional. Quer dizer que a demora na juntada de uma petição, na colocação em pauta de um julgamento ou qualquer outra demora ligada ao tempo morto do processo será tida como deficiência do serviço jurisdicional.

Em 1987, a Corte Europeia de Direitos Humanos julgou e condenou o Estado Italiano a indenizar um cidadão pelos danos morais resultante da ansiedade excessiva provocada ao longo dos anos para se obter o êxito da demanda (Caso Capuano).

A condenação foi proferida antes da decisão final da lide em que se considerou violado o direito fundamental. Nesse sentido, a razoável duração processual deve ser assegurada, ainda que o litigante não faça jus a seu pedido, isto é, esse direito não está condicionado à decisão do magistrado ser ou não procedente.

Outro critério para a definição do prazo razoável reconhecido na Corte Europeia é a importância do direito em litígio para a parte prejudicada. Trata-se de situação em que a concretização do direito fundamental pleiteado em juízo depende diretamente julgamento do processo em tempo razoável, por exemplo a liberdade, a saúde, segurança, etc.

Deste modo, deve-se levar em conta a existência de pelo menos quatro critérios, reconhecidos pela Corte Europeia, que possa aferir razoabilidade na

duração processual, são eles: a conduta das partes envolvidas, o desempenho do órgão jurisdicional, a complexidade da causa e a importância do direito envolvido na demanda.

Na lição de Ingo Sarlet (2007, p. 227), “o direito fundamental à razoável duração do processo – sobretudo quando visto sob a ótica do direito-garantia – tem, ao menos, três destinatários principais: o legislador, o juiz e o administrador público”.

O legislador é destinatário número um do direito fundamenta aqui referido, pois é com ele que tudo se inicia. Vale ressaltar que o “destinatário”, aqui considerado, é o devedor da prestação ao jurisdicionado. “É o legislador que, primeiramente, deve participar na regulamentação do processo e do procedimento de modo a contribuir para que seu fim ocorra em um prazo razoável”. Esse dever já era retirado do princípio da adequação do processo (DIDIER JR, 2010, p. 68/69), mas agora tem outro alcance.

Questão relevante lembrada por muitos autores é a obrigação que o legislador tem em elaborar dispositivos que sejam capazes jogar o ônus do tempo processual para a parte que não tem razão de estar em juízo. Sobre o tema, esclarece Marinoni (2009, p. 312) que

O legislador deve ainda editar normas para viabilizar a distribuição do ônus do tempo processual conforme as circunstâncias do caso concreto, bem como reprimir, mediante previsão de sanções punitivas, a atuação protelatória das partes (art. 14, II, IV e V e art. 17, IV e VII, CPC). A norma do art. 273, I, do CPC, relativa à tutela antecipatória contra o perigo de dano, é exemplo de regra que viabiliza a obtenção da tutela jurisdicional de forma tempestiva, constituindo proteção imprescindível ao direito fundamental à duração razoável.

O processo, como mecanismo ético, não deve gerar danos à parte que tem razão. O peso do tempo deve ser dinâmico, de forma que recaia na parte que, ao menos a priori, pareça não merecer a tutela. Se assim não fosse, o processo seria uma espécie de traidor do direito material e, portanto, infringiria o direito à duração razoável.

O novo diploma processual oferece significativas modificações a esse respeito. O que ilustra o papel do legislador na busca de cumprir seu papel enquanto

destinatário do direito à processo com duração razoável.

O NCPC prevê a “tutela da evidência” como uma norma geral, similar àquela que autoriza o julgador a antecipar os efeitos da tutela, uma inovação no ordenamento brasileiro. Até então, de acordo com o art. 273 do CPC ainda em vigor, o magistrado apenas deferirá a tutela antecipada se existir perigo de dano ou pretensão protelatória manifesta do réu (tutela de urgência). Ou seja, por mais evidente que seja o direito do autor, se controvertido, terá ele que aguardar o fim do processo para que receba a tutela estatal efetiva.

Nota-se que o direito evidente deve ser tutelado pelo Estado mesmo que não demonstre risco de gerar um dano irreparável ou um dano de difícil reparação, como por exemplo: quando existir prova documental suficiente. É uma nítida demonstração da atuação do legislador como destinatário/devedor do direito à um processo com duração razoável. O juiz é outro destinatário desse direito, portanto, as mesmas considerações feitas acerca do referido princípio aplicam-se também a ele. “O juiz tem o dever de prestar a tutela jurisdicional em prazo razoável, não somente para tutelar os direitos, mas igualmente para que o réu tenha um processo justo” (MARINONI, 2009, p. 315).

Cabe ao juiz, em cada caso concreto, aplicar o referido direito fundamental, pois é ele o detentor do poder-dever de aplicar as normas elaboradas pelo legislador. O número excessivo de processos, o acúmulo de trabalho e a falta de estrutura não pode ser alegados como explicação plausível para a morosidade na entrega da prestação jurisdicional.

O Poder Executivo também é destinatário do direito em questão. Cabe ao administrador público dar condições materiais ao Poder Judiciário, tais como: prédios, instalações, recursos, servidores, etc.

Vale frisar que os demais atores do processo também devem velar para que se consiga efetivamente aplicar o direito, de todos, à uma razoável duração processual. Seria ilógico aceitar que as partes, os peritos e os auxiliares do juízo em geral não fossem abarcados pelo dispositivo constitucional, ainda mais com a crescente visão cooperativa do processo.

Resta evidente que o debatido direito em questão tem complexa destinação subjetiva. O legislador, o juiz, o administrador, as partes e demais atores do processo estão vinculados ao dever de agir em nome da concretização

do direito fundamental aqui analisado.

Por outro lado, a titularidade do direito fundamental revela-se menos complexa. Todos os envolvidos de forma subjetiva no processo judicial ou que esperam resposta do Estado são titulares do direito. Somente nas situações em que o próprio Estado figura nessas relações processuais ou administrativas surge uma certa dúvida, pois ele seria, ao mesmo tempo, titular e devedor do direito fundamental.

André Nicolitt (2006, p. 59), leciona que:

A capacidade para ser titular do direito à razoável duração do processo, na doutrina espanhola é tão-somente em relação às pessoas de direito privado, sejam elas físicas ou jurídicas. Nessa perspectiva, não podem os órgãos da administração pública que acabam, em última análise, sendo obrigados em relação ao direito, se investirem na qualidade de titulares.

Não cheira razoável admitir que o Estado seja titular do direito à razoável duração, uma vez que seria um auto credor. Acumularia simultaneamente a figura de titular e de devedor do direito fundamental. Essa concepção da doutrina espanhola coaduna com o viés de direito-garantia, e ao que tudo indica, não cria um limitador importante no contexto de proteção do almejado direito fundamental.

As considerações acima dedica-se a mostrar a relevância constitucional do tema e apontar algumas de suas implicações no processo civil, ferramenta indispensável ao exercício da Jurisdição.

É imperioso, para uma compreensão mais abrangente do tema, uma viagem na história do processo civil, desde as ordenações portuguesas até o novo Código de Processo Civil que sequer entrou em vigor.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. Colisão fundamentais no Estado constitucional democrático. **Revista de Direito Administrativo**, São Paulo, n.217, p.55-66, jul./set. 1999.

ALEXY, Robert. **Teoria de los derechos fundamentales**. Madri: Centro de Estudios Constitucionales, 1997.

ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. O processo civil na perspectiva dos direitos fundamentais. **Revista de Processo n. 113**. SP-jan-fev 2004 – São Paulo:

RT, p. 10.

APOSTOLOVA, Bistra Stefanova. **Poder Judiciário: Do Moderno ao Contemporâneo**, Sérgio Antônio Fabris Editor, Porto Alegre, 1998.

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

ASSIS, Araken de. Duração razoável do Processo e Reformas da Lei Processual Civil. Porto Alegre. **Revista Jurídica**, ano 56, n. 372, out./08, p. 11-27.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de direito administrativo**. 19.ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito (O Triunfo Tardio do Direito Constitucional do Brasil). In **Processo Civil, novas tendências, Estudos em homenagem ao professor Humberto Theodoro Júnior**. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2008.

BARROSO, Luís Roberto. **O Direito Constitucional e a Efetividade de Suas Normas**, 8ª Ed, Renovar, Rio de Janeiro, 2006.

BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**, 10 Edição, Editora Campus, 2002.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 9.ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

CALAMANDREI, Piero. **Eles, os juízes, vistos por um advogado**, São Paulo: Martins Fontes, Brasil, 1.988.

CANARIS, Claus Wilhelm. Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 7ª edição. São Paulo: Atlas, 2007.

CENEVIVA, Walter. Afastamento entre o Judiciário e o povo: uma reavaliação. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (coord.). **O Judiciário e a Constituição**. São Paulo: Saraiva, 1994.

CUNHA, Leonardo José Carneiro da. Anotações sobre a garantia constitucional do juiz natural. **In Processo e Constituição, estudos em homenagem a José Carlos Barbosa Moreira**. Luiz Fux, Nelson Nery Jr. e Teresa Arruda Alvim Wambier, coord. São Paulo, RT, 2006.

DIDIER JR, Fredie. **Curso de Direito Processual Civil: Teoria Geral do Processo e Processo de Conhecimento**. 12ª ed. Salvador: Juspodivm, 2010.

DINAMARCO, Cândido Rangel et al. **Teoria Geral do Processo**. 25ª ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

DWORKIN, Ronald. **Taking rights seriously**. 6. imp. Londres: Duckworth, 1991.

FRANCO MONTORO, André. Cultura dos direitos humanos. **In: Direitos humanos: legislação e jurisprudência**. São Paulo: Centro de Estudos da Procuradoria Geral do Estado, 1999.

FREITAS, Aldo Sabino de. **Manual de Processo Civil: processo de conhecimento e recursos**. vol.1.2. Ed. rev. atual. e ampl. Goiânia: AB, 2008.

HOFFMAN, Paulo. **Razoável Duração do Processo**. São Paulo, Quatier Latin do Brasil, 2006.

MARINONI, Luiz Guilherme. Artigo 5º, Inciso LXXVIII. **In Comentários à Constituição Federal de 1988**. Paulo Bonavides et al (org). Rio de Janeiro: Forense, 2009.

MENDES, Gilmar; Branco, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional**. 3.ed. Coimbra: Coimbra, 2000.

NICOLITT, André Luiz. **A Duração Razoável do Processo**. São Paulo: Lumen Juris, 2006.

PIOVESAN, Flávia. **Temas de direitos humanos**. São Paulo: Max Limonad, 2003.

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

ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. **A Constituição Democrática Brasileira e o Poder Judiciário**, artigo “Os dez anos da Constituição Federal e a construção da Democracia no Brasil”, Konrad-Adenauer-Stiftung, Debates, ano 1999, n° 20, São Paulo, 1999.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos Direitos Fundamentais**. 9ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

SIEGHART, Paul. **Human. International human rights law: some current problems**. Oxford: Clarendon Press, 1983.

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

STEINER, Henry; ALSTON, Philip. **International Human Rights in Context. Law, Politics, Morals**. Oxford: Oxford University Press, 2000.

STERN, Klaus. **Das staatsrecht der bundesrepublik deutschland**. v. 1, 2. ed. München: C. H. Beck, 1984.

TAKOI, Sérgio Massaru. A luta pela razoável duração do processo (efetivação do art. 5º, LXXVIII, da CF/1988). **Revista de Direito Constitucional e Internacional**. São Paulo, ano 18, n. 70, jan./mar. 2010.

TUCCI, José Rogério Cruz e. Tempo e Processo. São Paulo: **Revista dos Tribunais**, 1998.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Os Agravos no CPC Brasileiro**, 4. edição, São Paulo: RT, 2007.

WATANABE, Kazuo. **Da cognição no processo civil**. 2. ed., CEBEPJ, 1999.