

---

## O direito à razoável duração do processo e a atuação do poder judiciário na integração e concretização de preceitos constitucionais

*The right to reasonable duration of the process and the role of the judiciary in the implementation and integration of constitutional precepts*

Zoraide Sabaini dos Santos Amaro <sup>1</sup>

### Resumo

O objetivo do presente estudo é realizar uma análise dogmático-jurídica do direito à prestação jurisdicional num prazo razoável, previsto no texto constitucional e, pelo descumprimento desse preceito buscar um remédio jurídico cabível com fundamento constitucional para fazer cessar essa violação. O assunto apresentado é examinado e fundamentado nos principais parágrafos basilares da teoria jurídica e princípios constitucionais, nos princípios fundamentais do Direito Processual Civil e nos textos doutrinários comprometidos com os requisitos da ordem jurídica nacional. Esses documentos asseguram que qualquer pessoa tem direito constitucional de que a sua causa seja examinada, equitativamente e publicamente, num prazo razoável. Não há dúvida de que o Poder Público (Administração) possui o dever-poder de agir dando plenas condições para o cumprimento do texto constitucional, uma vez que o princípio da legalidade requer a observância não apenas da lei, mas igualmente do Direito. Tendo em vista o existente paradoxo entre o que preceitua o art. 5º, inc. LXXVIII da Constituição Federal e a realidade da justiça brasileira que configura nítido descumprimento deste preceito constitucional, investiga-se, pela legitimidade do Poder Judiciário que tem assento constitucional, a possibilidade de este apreciar e julgar uma Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental – ADPF para reprimir eventuais abusos e omissões cometidas pelo Poder Público-Administração, referente à legalidade.

**Palavras chaves:** Duração do processo; Prestação jurisdicional; Princípios Constitucionais.

### Abstract

The aim of this study is an analysis of the legal-dogmatic right to adjudication within a reasonable time as provided in the Constitution and the breach of this provision to seek an appropriate remedy constitutional basis to stop this violation. The issue presented is examined and substantiated in the main paragraphs of legal theory and basic constitutional principles, the fundamental principles of Civil Procedure and doctrinal texts committed to the requirements of national law. These documents ensure that any person has a constitutional right that your question is examined fairly and openly, in There is no doubt that the Government [administration] has a duty to act giving power-full conditions for the fulfillment of the constitutional text,

---

<sup>1</sup> Bacharel em Direito pelo Centro Universitário Filadélfia - Londrina/PR. Mestre em Direito Negocial e Pós-Graduanda em Direito do Estado pela Universidade Estadual de Londrina-PR. Graduada em Letras Anglo – Portuguesas e Pedagogia. Especialista em Psicopedagogia. Membro Associado da ABDI – Academia Brasileira de Direito Internacional. Associada no CONPEDI – Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito. Membro da ADVOCACIA AMARO - Assessoria e Consultoria Jurídica - Londrina/PR.

since the principle of legality requires the observance not only of law but also of law. Given the existing paradox between the precepts art. 5, inc. LXXVIII of the Federal Constitution and the reality of the Brazilian justice system that sets clear breach of this constitutional provision, we will investigate, the legitimacy of the judiciary who sits on the constitution, the ability to analyze and judge this one Allegation of Breach of Fundamental Precept - to suppress any ADPF abuses and omissions of the Government, Administration, relating to legality.

**Keywords:** *Duration of Procedure. Jurisdictional provision. Constitutional Principles*

## Introdução

O acesso à justiça é sem dúvida é um dos temas mais em voga nos dias atuais. Não apenas por sua estreita relação com a viabilidade política de um Estado Democrático de Direito, mas principalmente porque a jurisdição é, então, de uma parte, direito fundamental do cidadão, e, de outra, dever do Estado.

A prestação jurisdicional como direito subjetivo constitucional deve propiciar aos cidadãos o direito de ir ao juízo tendo como corolário o direito à tempestividade da “justiça”. Vê-se, pois, que a demora do processo, muitas vezes, invalida toda eficácia prática da tutela e quase sempre representa uma grave injustiça para quem depende da justiça estatal. Uma vez que o Poder Público concentrou a função de exercer a tutela jurisdicional, sub-rogou-se no direito-dever único de fazer e realizar justiça cabe a este se estruturar, para prestá-la de maneira propícia, eficiente e célere a satisfazer os jurisdicionados que lhe confiaram este serviço.

Não é admissível que a falta de interesse dos governantes em investir corretamente no Poder Judiciário penalize os jurisdicionados com a absurda duração do processo. O Estado deve proporcionar uma resposta jurisdicional sem prejudicar a parte que ao final é reconhecida como a titular do direito.

No direito brasileiro, várias são as normas que objetivam tornar o processo jurisdicional acessível a todos, porém não se isenta do presente tema a escassa jurisprudência brasileira acerca da matéria, bem como a grande discussão existente quanto o tempo da justiça e a efetividade do processo.

Por atividade jurisdicional compreende-se todo ato praticado no curso do processo pelo Estado-Juiz. Como serviço público, a prestação jurisdicional deve ser prestada de forma correta e tempestiva. A morosidade na prestação jurisdicional pode provir da complexidade da estrutura e insuficiência de aparelhamento do Poder Judiciário, da falta de servidores públicos, sejam estes incumbidos na função judicial ou nesta e na jurisdicional, no excesso de burocracia forense; na

dimensão da causa, na protelação por parte dos litigantes e seus procuradores, ou por parte do magistrado em desrespeito às normas processuais.

Assim, perante o quadro da relevante demora na prestação jurisdicional, ocasionada, na maior parte, por ineficiência administrativa, o Poder Judiciário não pode assumir uma postura passiva diante da sociedade. Respeitando o princípio da separação de Poderes, deve proclamar um Judiciário ‘ativista’, no melhor sentido da expressão. Uma responsável conduta jurisdicional contribui vigorosamente para a superação da crise estatal e social (que não deixa de ser também uma crise do Judiciário).

Não há dúvida de que as garantias “jurídicas”, ao ângulo subjetivo, correspondem aos meios processuais de proteção dos direitos, vale dizer, às ações – e respectivos procedimentos – dedutíveis do Poder Judiciário. A ele cabe prestar jurisdição, que é a atividade estatal destinada a fazer atuar o direito objetivo, promovendo a tutela dos interesses violados ou ameaçados. Nada obstante, o ponto da legitimidade que se examina é se a atividade judicial se reduz à mera aplicação de direito preexistente, ou, se, na verdade, é criativa, produtora de direito.

### **O direito fundamental à razoável duração do processo nos termos do artigo 5º., inciso LXXVIII**

Foi, sem dúvida, com a Convenção Européia para Salvaguarda dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais (artigo 6º)<sup>2</sup> que o direito à prestação jurisdicional dentro de um prazo razoável, ou direito ao processo sem dilações indevidas passou a ser concebido como direito subjetivo humano e fundamental de todos os membros da coletividade.

No âmbito nacional, muito se tem debatido sobre a delicada questão da aplicação do direito fundamental à razoável duração do processo por força do artigo 5º, inciso LXXVIII da Constituição Federal,<sup>3</sup> alterado pela Emenda Constitucional 45/04, denominada Emenda

---

<sup>2</sup> A Convenção para a Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades fundamentais [1953], modificada nos termos das disposições do Protocolo nº11 [1998] em seu artigo art. 6º diz: “Toda pessoa tem direito a que sua causa seja examinada eqüitativa e publicamente num prazo razoável, por um tribunal independente e parcial instituído por lei, que decidirá sobre seus direitos e obrigações civis ou sobre o fundamento de qualquer acusação em matéria penal contra ela dirigida [...]”. Neste mesmo sentido, o Art. XVIII da Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem [1948] dispõe: “Toda pessoa pode recorrer aos tribunais para fazer respeitar os seus direitos. Deve poder contar, outrossim, com um processo simples e breve, mediante o qual a justiça a proteja contra atos de autoridade que violem, em seu prejuízo, qualquer dos direitos fundamentais consagrados constitucionalmente”.

<sup>3</sup> Constituição Federal: Art. 5.º . “Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...]” “LXXVIII - a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua

da Reforma do Judiciário. A Constituição federal estabeleceu, a partir de então, que o processo deve-se desenvolver num espaço de tempo de “razoável duração”.

A prática tem demonstrado, entretanto, que a nova disposição constitucional destinada a oferecer uma “justiça em tempo razoável”, no âmbito judicial, não tem passado de uma promessa mal-cumprida. A doutrina é enfática em apontar que não há uniformidade, entre inúmeras disposições trazidas na referida emenda constitucional, quanto aos requisitos para a eficácia de cada uma delas; assinala, desta forma, para o entendimento de que algumas disposições são dotadas de eficácia imediata, sendo “auto-aplicáveis”, porque não dependem de qualquer regulamentação; outras, ainda sem muita clareza no texto, ficam em uma situação duvidosa, a ser definida pela doutrina e pelos tribunais (Dinamarco, 2005, p. 46). É o que acontece com o artigo 5º, inciso LXXVIII da CF/88.

Uma leitura inicial desta norma constitucional consagraria apenas o direito de o cidadão reclamar em juízo contra qualquer lesão ou ameaça a direito, mas a possibilidade de um acesso efetivo à justiça e, assim, um direito à tutela adequada e tempestiva não seria garantido, uma vez que o termo “duração razoável” permite interpretação pouco clara.

Ora, se à tramitação do processo é assegurada pela Constituição da República uma “duração razoável”, bem como os meios que garantam a “celeridade”, não há como imaginar que esta não exija a defesa desse direito. Vale lembrar o pensamento de Fabio de Oliveira (2007, p. 247) quando afirma que a Constituição nacional pode não ser a ideal – e o idealismo se mistura à utopia-, mas é, sem dúvida, uma boa Constituição. Urge, portanto, prezar pela sua supremacia normativa. Limitar tal direito como uma garantia meramente formal significa desconhecer, na verdade, os critérios da adequação, da necessidade e da razoabilidade, fundamentais para a análise de casos concretos apoiados, dentre outros, no princípio da dignidade da pessoa humana.

A larga dissonância doutrinária acerca da compreensão do citado preceito (artigo 5º, LXXVIII da CF/88) provoca entendimentos diversos; a sua simples existência não apresenta qualquer garantia de que ele será posto em prática, como se observa hoje no real tempo de duração do processo. Nos dias atuais, a lentidão dos processos, a morosidade da Justiça e a ineficácia de muitos provimentos judiciais estão conduzindo os jurisdicionados a uma verdadeira descrença no Poder Judiciário.

---

tramitação”.

Convém analisar que o legislador não estabeleceu o quê e quanto seria exatamente o “prazo razoável” de um processo. Tem-se por evidente e indiscutível que o Direito não tem, por exemplo, como a matemática e a física, uma linguagem específica, e que se utiliza da linguagem comum para ser efetivado na prática. Nota-se que é comum que não haja consenso a respeito da interpretação semântica atribuída a muitos vocábulos utilizados na área do Direito.

Dito isto, é natural que se atribuam diferentes acepções aos termos “duração razoável”.<sup>4</sup> Afinal, o que se pode entender por duração?<sup>5</sup> E por “razoável duração”? Neste sentido, François Ost (2005, p. 234) observa:

O direito é medida pelo menos em quatro sentidos, que vão da norma ao tempo. Em direito tomam-se “medidas”: decisões, regras de conduta; fala-se de medidas de ordem pública, medidas de segurança, medidas conservadoras... Num segundo sentido, mais fundamental, o direito é instrumento de medida, como a régua que mede e a balança que pondera os interesses em conflito. Do direito espera-se que avalie a justa proporção das relações, a importância das prestações e dos prejuízos, a igualdade dos direitos e dos deveres, como Aristóteles já sublinhava. Expressão do justo meio termo, o direito faz medida num terceiro sentido, que é o do equilíbrio, da moderação, da prudência (jurisprudencia). Expressão do limite, ele diz a “justa proporção” das coisas; assim fazendo, ele opôs a desmedida da “hybris”, à qual ele prefere os temperamentos da paciência, as regulagens finas de um ajuste permanente. Finalmente, o direito é medida num quarto sentido, já enunciado pela idéia de “temperamento”: em seu trabalho de ajuste permanente, a medida jurídica é ritmo – o ritmo conveniente, a harmonia de durações diversificadas, a escolha do momento oportuno, o tempo atribuído à marcha do social. Lenta em demasia, esta medida provoca frustrações e nutre violências do futuro; rápida em demasia, ela gera a insegurança e desencoraja a ação. Esta é, portanto, a medida do direito: norma, proporção, limite e ritmo.

De toda sorte, poder-se-ia sustentar que aquilo que se investiga, isto é o “razoável”, a razoabilidade em questão, institui-se a partir de um critério valorativo, portanto subjetivo, que depende das circunstâncias do caso, como entende Fernandez-Viagas Bartolomé, citado por Danielle Annoni (2008, p. 139-140). Assim, só o estabelecimento prévio de um limite ou contexto poderia impedir a total discricionariedade da matéria e, em conseqüência, a insegurança. Diante disso, para compreender a lógica do razoável, ainda que se esteja longe

---

<sup>4</sup> François Ost aponta que Maurice Hauriou é sem dúvida o jurista francófono do século 20 que mais esteve diretamente preocupado com a temporalidade e considera que se o Direito não utilizasse o tempo e se reduzisse a atos instantâneos nada seria.

<sup>5</sup> Ana Claudia Duarte Mendes [2008] diz que para Henri Bergson [1859-1941] “a duração consiste justamente no processo de perceber o presente imediato, o passado e o futuro, concentrados em alguns segundos de anulação da ação atual, para a expressão do todo, que não conhece fronteiras entre o tempo, nem responde – unicamente – às necessidades da atualidade”.

de esclarecê-la objetivamente, importa, aqui, um enfoque relativo ao princípio da razoabilidade.

É importante considerar que sob o “manto” do “razoável” ainda vigora uma exagerada resistência quanto a sua interpretação e à compreensão dos valores dessa medida para sua aplicabilidade. Não se desconhece o que enuncia Fábio de Oliveira (2007, p. 91-92), ao dizer que o traspasso do universo das idéias para o mundo dos símbolos conta com entraves e limitações. O Direito, em parte pela sua própria natureza, enfrenta indeterminações terminológicas. Não desfruta das precisões terminológicas das Ciências Exatas ou Biológicas. E, sendo a Constituição Federal a norma hierarquicamente superior, é nela que a problemática dos conceitos imprecisos possui ressaltado relevo (Oliveira, 2007, p. 167).

Os estudiosos apontam para a questão de que as circunstâncias do meio influenciam o conceito do “razoável”. É nítido que este conceito precisa ser compreendido no contexto (legal e empírico) em que se situa. Todavia, não se pode reduzir o seu substrato a qualquer senso comum. O “razoável” (racional) possui certa substancialidade já sacramentada pela ciência e pela filosofia como verdadeira. Destarte, considera Oliveira (2007, p. 183) que é nesta direção que se consegue absorver o consenso como matriz do princípio da razoabilidade.

O princípio da razoabilidade é técnica jurídica, instrumento científico do Direito, portanto a sua abertura aspira à objetividade. Essa abertura não enfraquece a norma, pois não quer dizer o esvaziamento de sentido. Oliveira (2007, p. 100) anota que a perseguida objetividade sofre influências dos fatos do fenômeno jurídico histórico. É uma objetividade situada nas contingências do espaço e do tempo, que admite modificações, e relativizações, ou seja, uma objetividade possível. Entretanto, inútil seria pensar em esvair todo subjetivismo. O trabalho juscientífico contém, pois, elementos objetivos e subjetivos. Desta forma, Luís Roberto Barroso (1999), citado por Fábio de Oliveira (2007, p. 101), diz que a impossibilidade de chegar-se à objetividade plena não minimiza a necessidade de se buscar a objetividade possível.<sup>6</sup>

---

<sup>6</sup> Para uma melhor compreensão, Fábio de Oliveira [2007, p. 101, em nota de rodapé] registra o que Barroso anota: “É bom que seja assim. A objetividade traçará os parâmetros de atuação do intérprete e permitirá o acerto de sua decisão à luz das possibilidades exegéticas do texto, das regras de interpretação [...] e do conteúdo dos princípios e conceitos de que não se pode afastar. A subjetividade traduzir-se-á na sensibilidade

Percebe-se que a subjetividade e a objetividade, segundo Oliveira (2007, p. 101), variam no exercício do Direito, para mais ou para menos, conforme o objeto ou o acontecimento em questão. A atividade jurídica não é puramente mecânica e formal. O princípio da razoabilidade vem limitar e condicionar a discricionariedade para que esta não se transforme em arbitrariedade. A norma constitucional da razoabilidade oferece critérios para uma valoração legítima.

O razoável é conforme a razão, racional. Apresenta moderação, lógica, aceitação, sensatez. A razão enseja conhecer e julgar. Expõe o bom senso, a justiça, o equilíbrio. É contraposto ao capricho, à arbitrariedade. Tem a ver com a prudência, com as virtudes morais, com o senso comum, com valores superiores propugnados em dada comunidade. Uma vez estabelecida como norma, a razoabilidade ganha a objetividade, a cientificidade e a obrigatoriedade.

Fábio de Oliveira (2007, p. 168-169) considera que a Lei Fundamental acolhe em seu texto várias expressões de caráter aberto, isto já desde os seus postulados mais essenciais. Na seara dos direitos fundamentais em que enunciados polissêmicos e conceitos indeterminados são uma constante, o princípio da razoabilidade quer contribuir para reduzir as indeterminações destes conceitos. Todavia, releva anotar que a própria norma constitucional da razoabilidade traduz a idéia de algo indeterminado o que caracteriza um aparente problema ou contradição. Isso não pode suscitar um descrédito, porque o princípio da razoabilidade assume importância destacada de conferir a manifestação objetiva de toda e qualquer norma.

Oliveira (2007, p. 102) sustenta que a razoabilidade confere dimensão para toda norma, seja princípio ou regra. O princípio da razoabilidade é princípio geral de Direito. Logo, é normal que ele se imponha perante toda matéria jurídica. O razoável confere critérios materiais – e não apenas processuais – para a resolução das questões. Ele não é uma cláusula neutra que determina exclusivamente a estrutura dos juízos.

Ainda que essa assertiva encontre opositores em instituições mais conservadoras, a doutrina proclama ampla ascendência dessa norma. Oliveira (2007, p. 204) considera que não há ramo do direito que seja alheio aos seus comandos. Oliveira (2007, p. 156) faz

---

do intérprete, que humanizará a norma para afeiçoá-la à realidade, e permitirá que ele busque a solução justa, dentre as alternativas que o ordenamento lhe abriu. A objetividade máxima que se pode perseguir na interpretação jurídica e constitucional é a de estabelecer os balizamentos dentro dos quais o aplicador da lei exercerá sua criatividade, seu senso do razoável e sua capacidade de fazer a justiça do caso concreto”.

referência que o princípio da razoabilidade aparece como aponta Bonavides (2000), “enquanto princípio que limita as limitações aos direitos fundamentais”. Nessa concepção é, pois, limite dos limites.

Verifica-se, pois, que o princípio da razoabilidade direciona a compreensão da citada expressão “a razoável duração do processo”; ademais, a idéia de razoabilidade é parâmetro norteador a um juízo de ponderação dos interesses em jogo no caso concreto. Em verdade, a sociedade convive com um verdadeiro paradoxo. A Constituição da República assegura ao cidadão o direito de recorrer ao Poder Judiciário e de ter seu processo desenvolvido em um tempo de “duração razoável”; o Estado viola esse direito ofertando uma prestação jurisdicional tardia, na maior parte das vezes ineficaz, configurando verdadeira denegação da justiça. Assim, se a demora na prestação jurisdicional se configura pela não-prestação da justiça num tempo razoável, resta definir: qual o critério para definir, no caso concreto, o prazo razoável do processo? Que ou quem determina um possível consenso sobre os limites da matéria em questão?

Concernentes ao tema convivem dois pressupostos, em princípio opostos: o “da segurança jurídica” que legitima o lapso temporal decorrente da tramitação do processo e do julgamento de causas mais complexas, e o “da efetividade”, que reclama que a decisão final não se procrastine além do devido. Entretanto, apenas aparentemente esses dois princípios são antagônicos. Na realidade, é o equilíbrio entre esses dois princípios – “segurança” e “celeridade” que garantirá a justiça aplicada ao caso concreto. Como salienta Danielle Annoni (2008, p. 132), esse equilíbrio deve ocorrer não pela discricionariedade do Poder Judiciário, mas pelo bom senso jurídico, regido pela equidade, pela boa fé, pela justiça social e pelos parâmetros legais.

Então, sendo assim, a prestação jurisdicional dentro de um prazo razoável é aquela que, respeitadas as circunstâncias, a complexidade, a relevância e urgência de cada caso, não se “retarda” no tempo processual instituído pelo próprio ordenamento jurídico. É aquela, segundo Annoni (2008, p. 133-134), que não se contemporiza com diligências protelatórias, com delongas burocráticas, com dilações indevidas, com recursos incabíveis.

Sobre a questão do tempo assevera Mauro Cappelletti (1998, p. 20-21) que:



Em muitos países, as partes que buscam uma solução judicial precisam esperar dois ou três anos, ou mais, por uma decisão exequível. Os efeitos dessa delonga, especialmente se considerados os índices de inflação, podem ser devastadores. Ela aumenta os custos para as partes e pressiona os economicamente fracos a abandonar suas causas, ou a aceitar acordos por valores muito inferiores àqueles que teriam direito.

Daí porque se torna óbvia a análise da eficácia da norma - artigo 5º, inciso LXXVIII da CF/88 - vinculando-a à noção de aplicabilidade e de efetividade, isto é, à qualidade para produzir, em maior ou menor grau, efeitos jurídicos à realização do direito ao desempenho concreto de sua função social, universalmente reconhecido.

A doutrina considera que esse dispositivo constitucional, por ser uma cláusula aberta quanto à concretização, pouco efeito prático produziria (Tavares, 2005, p. 49-63). Contudo, não se pode ignorar o que pondera Ferrari (2001, p. 95-96) a respeito da força normativa constitucional:

Todas as normas que integram uma constituição do tipo rígido comungam da mesma natureza. Isso significa dizer em decorrência da rigidez constitucional, todas as normas são constitucionais, vale dizer, comungam do mesmo nível de superioridade hierárquica, da mesma força cogente. Dessa forma, em que pese haver, em um mesmo documento constitucional, regra de diversos tipos, que postulam finalidades diferentes, pode-se reconhecer que formam um sistema de normas que se condicionam reciprocamente que conservam a mesma imperatividade, na medida em que contêm um mandamento, uma ordem, com força jurídica e não apenas moral. [...] Nesse sentido é preciosa a lição de Rui Barbosa, quando asseverou que, em uma Constituição, não existem cláusulas com sentido de meros conselhos, avisos e ilações. Todas têm a força imperativa de regras ditadas pela soberania nacional ou popular aos seus órgãos.

Ferrari (2001, p. 183) desenvolve a idéia de que à Constituição, como Lei Máxima, todos devem obediência: o Legislativo, o Executivo, o Judiciário, por meio de seus órgãos e agentes, bem como todos os membros da sociedade.

Pode-se também considerar que, a partir da análise do preceito constitucional, o intérprete pode concluir sobre a capacidade dessa norma, se o comando contido nele é completo, se sua eficácia é plena e incide diretamente sobre a matéria que lhe serve de objeto. Ou, ao contrário, se para sua aplicação necessita da elaboração de outras normas ordinárias, ou complementares, que completem o seu alcance e o seu sentido.

Cabe salientar, que nessa dimensão analítica não falta razão a quem conclui que o artigo 5º, inciso LXXVIII, da CF/88 tem aplicabilidade imediata, conforme dispõe o artigo 5º §

1º, da Constituição Federal, posto que não exista referência alguma quanto à regulamentação de seu uso. Ferrari (2001, p. 202-204) assevera que “supor a necessidade de lei para delimitar este campo implicaria outorgar à lei mais força que à Constituição”. Em que pese o entendimento de que muitos termos utilizados pelos dispositivos constitucionais propiciam interpretações dúbias, onde proliferam as incertezas, a imprecisão, a doutrina registra que tal fato não lhes retira a possível e imediata aplicabilidade destes dispositivos dentro do campo certo de sua significação.

### **Da atuação do poder judiciário na integração e não concretização dos preceitos constitucionais**

No desenvolvimento das idéias sobre a difícil convivência entre os Poderes do Estado, Ana Paula de Barcellos (2008, p. 250-251) assinala que a separação de poderes é, em si, basicamente instrumental; a regra da maioria democrática realiza um valor próprio, que é a manifestação da igualdade no exercício do poder político. Contudo, a democracia exige mais do que apenas a aplicação da regra majoritária. É preciso que, juntamente com ela, sejam respeitados os direitos fundamentais de todos os indivíduos, façam eles parte da maioria ou não. Os direitos fundamentais, individuais, políticos e sociais apresentam-se como condições pressupostas do regime democrático e é nesse ponto que a regra majoritária, longe de ser absoluta, encontra seus limites principais.

A retomada dos caminhos democráticos, segundo Sergio Alves Gomes (2008, p. 370) traz consigo a revalorização da Constituição e coloca o Poder Judiciário como seu guardião maior, integrado por todos os juízes do País. Gomes (2008, p. 371) considera, também, que no Estado Democrático de Direito, a denominada “indeterminação do Direito” não pode servir de desculpas para a omissão do intérprete, principalmente se este for juiz.

O que se pode dizer é que a atuação do Poder Judiciário no controle da constitucionalidade, ou quando ocorre a determinação de prestações com fundamento constitucional, em face do Estado Democrático de Direito, deve alcançar a melhor interpretação possível e o fim almejado, que é o respeito à ordem constitucional.

Observe-se que muitos conhecem a Constituição, sabem que esta impõe adequação comportamental a suas normas; que há necessidade da “vontade de Constituição”,<sup>7</sup> isto é, “a vontade” de cumpri-la e de conformar a realidade com as normas nela prescritas, considerando que ela não configura apenas a expressão de um “ser”, mas também a de um “dever ser” (Hesse, 1991, p. 15), no entanto, preferem agir contrariamente ou omitir-se diante daquilo que ela dispõe. Pode-se afirmar que estes estão dotados de uma “má vontade constitucional”. Sergio Alves Gomes (2008, p. 406 e 408) sobre a vontade humana e Constituição considera o pensamento de André Lalande que:

A boa vontade significa “firme propósito de fazer o bem”, enquanto a má vontade apresenta dois sentidos: a) “vontade dirigida para o mal” e b) “resistência a um agente que tenta subtrair-se às suas obrigações, que apenas as cumpre na medida em que é forçado a isso”. Segue o autor doutrinando que: “Se a “má vontade de Constituição” impregnar os poderes constituídos, então pode ocorrer uma espécie de “autofagia” praticada pelos ocupantes do poder. Neste caso, aqueles que deveriam ser os primeiros a defender a Lei Maior – conforme promessa publicamente assumida por ocasião de suas investiduras nos cargos que ocupam – acabam por agir em prol da derrocada e destruição da própria ordem jurídica que lhes assegura o exercício do poder em cuja posse gostariam de permanecer, sem tempo definido para deixá-lo. Quando isso ocorre sem a punição exemplar correspondente, assiste-se a agonia do Estado Democrático de Direito. Uma agonia provocada pelos que nele fazem, mediante a má vontade – manifestada tanto através de ações ilícitas quanto em atos de omissão – o mau uso do poder que o povo lhes conferiu para darem vida à Constituição.

Dentre os obstáculos a serem superados na Constituição do Estado Democrático de Direito figura o distanciamento entre o disposto na Constituição e a omissão estatal no cumprimento de determinados preceitos. Nesta vertente, pela situação de morosidade da justiça que assola o país, verifica-se uma omissão do Poder Público com relação ao disposto no artigo 5º, inciso LXXVIII da Constituição Federal.

Não há dúvida de que a administração do Poder Público possui o dever-poder de agir dando plenas condições para o cumprimento do texto constitucional, ainda mais porque o princípio da

---

<sup>7</sup> Segundo Konrad Hesse [1991, p.19-20]: “Essa vontade de Constituição origina-se de três vertentes diversas. Baseia-se na compreensão da necessidade e do valor de uma ordem normativa inquebrantável, que proteja o Estado contra o arbítrio desmedido e uniforme. Reside, igualmente, na compreensão de que essa ordem constituída é mais do que uma ordem legitimada pelos fatos (e que, por isso, necessita de estar em constante processo de legitimação). Assenta-se também na consciência de que, ao contrário do que se dá com uma lei do pensamento, essa ordem não logra ser eficaz sem o concurso da vontade humana. Essa ordem adquire e mantém sua vigência através de atos de vontade. Essa vontade tem consequência porque a vida do Estado, tal como a vida humana, não está abandonada à ação surda de forças aparentemente inelutáveis. Ao contrário, todos nós estamos permanentemente convocados a dar conformação à vida do Estado, assumindo e resolvendo as tarefas por ele colocadas [...]”.

legalidade requer a observância não apenas da lei, mas igualmente do Direito. No entanto, quanto à viabilização de condições para o cumprimento da referida norma, a administração do Poder Público atua silente, ou seja, opera omissivamente.

Isso implica dizer que em se tratando de prestação jurisdicional não há dever maior da administração do Estado senão o de garantir o aparelhamento do Poder Judiciário, não apenas de orçamento, mas também ampliar a infra-estrutura e adequá-la à realidade com número de agentes compatível com a procura, bem como reformar processualmente os códigos nacionais. Este parece ser um dos caminhos para superar a crise de funcionalidade e viabilizar o aperfeiçoamento do sistema de administração da Justiça, de forma a torná-lo processualmente célere, socialmente eficaz e politicamente independente.

Vê-se que nos últimos tempos, o pedido de socorro ao Poder Judiciário na resolução dos conflitos em que o ideal seria a pronta solução, tão logo apresentados ao juiz, tornou-se fator de angústia e infelicidade pessoal pela longa duração do processo e a permanência de situações indefinidas. A demora excessiva torna sumamente injusta e antidemocrática a outorga de decisões, pois, uma vez tardias, têm, em muitos casos, sua utilidade reduzida ou até mesmo inteiramente neutralizada. Essas e outras dificuldades têm conduzido os processualistas modernos a excogitar novos meios de solução de conflitos (CINTRA, 2007, p. 32).

A repercussão geral do descontentamento da sociedade quanto à violação ao direito à tutela jurisdicional dentro de um prazo razoável, ocasionada pela omissão daqueles que exercem os poderes da República na instituição de mecanismos que viabilizem a concretização desse direito, tem como consequência o dispositivo constitucional descumprido e propicia um julgamento sobre a atuação do Poder Judiciário para a concretização desse direito.

A norma que assegura a razoável duração do processo, por mais incrível que se afigure, evidencia que pode ser tomada como a mais abstrata de todas. Com efeito, apresenta um conceito que enseja um dissenso quanto à sua interpretação. Refletindo sobre a questão, há uma nítida consideração, por parte de alguns intérpretes, de que se trata de um conceito indeterminado. Em que pese sua relevância, a interpretação dessa norma é feita de forma não compatível tanto com os fundamentos quanto com os objetivos da Constituição do Estado Democrático de Direito.

A interpretação parece estar mais em conformidade às preferências dos responsáveis, ou conforme o sabor da vontade do autoritarismo político-ideológico-jurídico manifestada pelos atos de omissão que, no âmbito dessa reflexão, ser resultante da “falta de boa vontade de Constituição”, se confrontada com ensinamentos de Sergio Alves Gomes quando discorre sobre possibilidades da

hermenêutica constitucional e atuação da boa vontade na construção do Estado Democrático de Direito. Gomes (2008, p. 400 e 408) doutrina que:

Sem o exercício da vontade não ocorre o impulso indispensável à prática das tantas ações necessárias à realização de qualquer objetivo que se tenha em mente. Quanto maior a magnitude das metas projetadas, maiores cuidados e empenhos direcionados à sua concretização se fazem indispensáveis. E aí entra em cena o papel da vontade". E, mais adiante, "quando a má vontade toma conta do intérprete do Direito, podem ocorrer verdadeiros desastres contra os direitos dos cidadãos de toda a nação, especialmente se a má vontade de Constituição manifestar-se em decisão oriunda de uma corte suprema para valer erga omnes.

Lamentavelmente, o descumprimento do preceito constitucional - artigo 5º, inciso LXXVIII da CF/88 guarda ampla repercussão pública. Com a frequente reclamação desse descumprimento, tudo leva a crer que a maior parte da responsabilidade pela falta de agilidade da justiça concentra-se no Estado-Administração que é o encarregado de instituir políticas públicas e de prover recursos financeiros que estruturem o Estado-Juiz.

A Constituição identificou, dentre todos os enunciados constitucionais, um grupo que considerou direitos fundamentais; garantiu, assim, expressamente, que todos têm o direito de exigir do Estado prestação jurisdicional tempestiva. O próprio texto através, do artigo 102, § 1º, dá à Corte Suprema competência para apreciar a denominada ADPF - Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental<sup>8</sup> decorrente da Constituição.

Verifica-se que, no aspecto teórico, o objeto da arguição de descumprimento<sup>9</sup> de preceito fundamental, consoante determinação do art. 1º, da Lei da Arguição, é o descumprimento de preceito decorrente da Constituição por ato do Poder Público. Tavares (2002, pgs. 102-110) esclarece que:

Não há uma categoria genericamente e diretamente denominada como "preceitos" encontrável nas várias classificações tipológicas apresentadas pelos mais diversos

---

<sup>8</sup> Segundo Tavares [2002, p. 230-232]: "O aspecto mais importante a ser sublinhado diz respeito à posição que o instituto ocupa nos quadrantes do Direito Constitucional. Quanto à natureza jurídica tem-se como certo o seu enquadramento na categoria das ações judiciais, o que não impede [...] a sua caracterização dúplice, para, também inseri-la, em alguns casos, no contexto dos denominados incidentes.

<sup>9</sup> Nesse sentido, Tavares [2002, p. 166] assevera que o "descumprimento" para ser um conceito operacional, exige que como elemento de definição incorpore-se a consciência do ato ou da atividade de descumprir, ainda que não seja a consciência do descumprimento em si mesmo. Em outras palavras, não se requer que aquele que descumpra a Constituição tenha absoluto conhecimento de que está descumprindo um ato normativo do mais alto grau de relevância. Circunscreve-se, porém, a possibilidade de descumprimento apenas ao produto da atividade comportamental humana, seja atividade normativa, seja mesmo a mera atividade material.

autores. [...] Nos quadrantes do Direito, portanto, a noção de preceito ancora-se na idéia de “ordem”, “mandamento”, “comando”, identificando-se, uma vez mais, com o sentido que se encontra tanto em regras como em princípios. Parece, pois, que “preceito” engloba tanto as regras quanto aos princípios. Assim, torna-se sinônimo de “norma”, no sentido empregado acima, insista-se, designativo das regras e princípios jurídicos. [...] considera fundamental o preceito quando este se apresenta como imprescindível, basilar, inafastável. [...] Em conclusão, tem-se que “preceito” é qualquer norma [...] contemplativo tanto de regras quanto de princípios que formam o corpo constitucional. Já o “preceito fundamental” traduz-se, mais precisamente na somatória entre, de uma parte, parcela dos próprios princípios constitucionais (já que todos eles são preceitos fundamentais), bem como, de outra parte, das regras cardeais de um sistema constitucional, formadas essencialmente, pelo conjunto normativo assecuratório dos direitos humanos. Ademais, todos os preceitos fundamentais são normas de índole constitucional, valendo com todo o vigor que lhes é próprio. [Aspas no original].

Segundo Tavares (2002, p. 217), a doutrina enfatiza que o descumprimento pode ocorrer tanto por ação quanto por omissão. E adverte que descumprir não é tão somente deixar de fazer. É também realizar algo em contradição àquilo instituído pela Constituição. Tavares (2002, p. 209) argumenta que, no caso de arguição “Poder Público” deve ser entendido por Estado brasileiro. Dentro da expressão ampla de Estado compreende-se tanto a União quanto os Estados, os Municípios e o Distrito Federal, bem como todos aqueles entes que exercem o poder de império, próprio do Poder Público.

Considerando que a natureza do ato omissivo do Poder Público - Administração, objeto da ADPF, não configura este, um ato de cunho eminentemente político, por tratar-se de descumprimento a preceito fundamental que assegura direito a todos os cidadãos; além do mais, o conhecimento da arguição não acarreta extrapolamento da prerrogativa de prestação jurisdicional do Poder Judiciário, [ao qual não é dado substituir-se ao Poder Legislativo, sob pena de afronta ao princípio da separação dos Poderes]. Neste caso, tem-se que pelo princípio da inafastabilidade da jurisdição é possível formular a tese de que a discricionariedade jurisdicional não é limitada.

Compete ao Judiciário examinar as condições e o modo para que não ocorra o descumprimento do preceito fundamental.<sup>10</sup> Parece natural visualizar que não importa

---

<sup>10</sup> A esse respeito, Enio Moraes da Silva [2006, p. 23-35] argumenta: “não basta ainda que o poder público dê garantias de amplo acesso à Justiça, conforme obriga a CF/88 (inciso XXXV do art. 5º). Seu dever é de ministrar uma justiça célere, dentro do que se considera um prazo razoável de duração do processo. E se o Judiciário não pode ainda oferecer essa necessária celeridade processual, o Estado, não pode ficar inerte, sob pena de estar violando um mandamento constitucional. Deverá, assim, a esfera do poder público competente providenciar os meios que garantam a celeridade da tramitação processual.

alegar que se trata de ato de livre vontade política ou de conveniência política, porquanto não há política inconstitucional.

Diz Sergio Alves Gomes (2008, p. 409) que a democracia enfraquece quando “a má vontade de Constituição” se faz notar em ações e omissões daqueles que exercem os poderes da República. Gomes (2008, p. 410) anota que sobre a problemática das “omissões do poder público”, Dirley da Cunha Júnior (2004) revela grave preocupação e argumenta que:

“Nada é mais angustiante para o indivíduo do que se encontrar diante de um direito constitucionalmente reconhecido e ver-se, porém, impotente e privado de exercê-lo, em face da omissão dos órgãos do poder público, aos quais cumpriria adotar as medidas fáticas e normativas necessárias à sua efetivação. Tal situação lhe incute um sentimento de desamparo e descaso, que esvazia o pouco de esperança e confiança que ainda detinha e que depositara numa Constituição democrática, perspectivada como o estatuto que lhe traria felicidade plena. E sua felicidade, sem dúvida alguma, é ver essa Constituição, concebida como o resultado de um processo histórico de luta, concretizada, e assim poder, conseqüentemente, desfrutar de todos os direitos nela consagrados, circunstância ainda muito distante de se realizar, por decorrência da incúria do poder público e da incompreensível apatia do Judiciário, cujos órgãos – pelo menos e sua grande maioria – ainda se encontram presos a métodos formais da teoria jurídica tradicional e infensos a evoluções e transformações operadas por uma nova dogmática jurídico-constitucional”. [...] Então indaga: “essa situação deve permanecer? Será que as omissões do poder público são insolúveis, encontrando-se o Direito impotente em resolvê-las? É possível um efetivo controle judicial dessas omissões, capaz de estancar a força erosiva da integridade e da imperatividade normativo-constitucional, com o suprimento da lacuna inviabilizadora do exercício dos direitos fundamentais? Esse problema é, talvez, o maior desafio do Direito Constitucional contemporâneo”. [Aspas no original].

É importante refletir que todo e qualquer ato, omissivo ou não, que burle, dificulte ou impeça a efetividade da Constituição traduz-se na negação do próprio Estado Democrático de Direito. Assim, revelado determinado ato omissivo praticado pelo Poder Público - Administração que implique violação de preceito fundamental constitucional, em virtude de não realizar prestações que assegurem a concretude de direitos da pessoa humana, o próprio Estado deve oferecer uma reparação adequada. Isto se explica porque a Constituição Federal em seu preâmbulo e nos artigos 1º a 4º, estabelece os valores, os princípios e os objetivos a serem concretizados pela República Federativa do Brasil (GOMES, 2008, p. 416).

Fábio de Oliveira (2007, p. 269) observa que a legitimidade do Poder Judiciário tem assento constitucional para reprimir eventuais abusos e omissões cometidas pelo Poder

Público referente à legalidade. O Judiciário é um Poder Democrático, não no sentido de ser composto por via eleitoral, mas no sentido estabelecido pela Constituição – por concurso público. O fato de os membros do Judiciário não serem eleitos não retira dele a ação de preencher os conteúdos abertos dos dispositivos constitucionais.

Carmem Lúcia Antunes Rocha, citada por Oliveira (2007, pgs. 270-271), afirma que o momento contemporâneo faz nascer o juiz-partícipe da sociedade. É parte do processo sociopolítico e econômico da sociedade e, neste sentido, ele é governo do Estado, comprometido com políticas públicas, aquelas instituídas como objetivos e princípios constitucionais pelos quais ele se responsabiliza. O juiz é governo, co-autor de políticas públicas, responsável direto pelas liberdades públicas e pela integração das leis no sentido de assegurar-lhes o cumprimento efetivo.

O Poder Judiciário não se furta ao cumprimento da atribuição de fixar as condições imprescindíveis ao exercício do direito, da liberdade ou da prerrogativa constitucional. Assim afirmou Zaffaroni (1995, p. 87): “a chave do poder do judiciário se acha no conceito de “independência”. O Estado Democrático de Direito necessita de um Poder Judiciário autônomo e independente que exerça sua função de guardião das leis. Advertem Garcia de Enterría e Fernandez Tomás-Ramón (1988, p. 28) que “a relação entre o Direito e o Juiz é direta, sem que nenhum outro sujeito ou órgão possa intervir no momento de tomar suas decisões” para consagrar a efetiva supremacia constitucional.

Lenio Luiz Streck (2000, p. 43) esclarece que perante o quadro da relevante demora da prestação jurisdicional ocasionada, na maior parte das vezes, por ineficiência administrativa, o Poder Judiciário não pode assumir uma postura passiva diante da sociedade. Oliveira (2007, p. 269-270) anota que frente aos outros Poderes, o Poder Judiciário não se pode colocar em uma posição acanhada, como se fosse um Poder de menor legitimidade. Uma conduta jurisdicional responsável contribui vigorosamente para a superação da crise estatal e social, que não deixa de ser também uma crise no Judiciário. Respeitando o princípio da separação de Poderes, deve-se proclamar um Judiciário “ativista”, no melhor sentido da expressão. Barcellos (2008, p. 248) observa-se que a separação dos poderes em si mesma não representa um obstáculo lógico ao controle pelo



Judiciário das ações ou das omissões inconstitucionais praticadas pelo Poder Público, aí incluída a determinação de prestações com fundamento constitucional.

Convém verificar que nem a separação de poderes nem o princípio majoritário são absolutos em si mesmos, sendo possível restringir sua incidência em determinadas hipóteses, especialmente quando se tratar da garantia dos direitos fundamentais e da dignidade da pessoa humana. Esses dois subsistemas constitucionais – a separação dos poderes e o princípio majoritário - não justificam a divulgada impossibilidade de atribuir qualquer eficácia positiva ou simétrica aos enunciados normativos pertinentes à dignidade em seu aspecto material e aos direitos fundamentais, de modo que é possível garantir ao Judiciário a legitimidade de sancionar algum efeito mediante provocação dos interessados (BARCELLOS, 2008, p. 254).

Reconhecendo teoricamente a capacidade de o Judiciário sancionar positivamente os efeitos almejados pelas disposições que cuidam da dignidade humana, a questão mais delicada, segundo Ana Paula de Barcellos (2008, p. 256), continua a ser a definição da extensão dessa legitimidade.

A propósito, não há dúvida de que as garantias “jurídicas”, sob o ângulo subjetivo, correspondem aos meios processuais de proteção dos direitos, vale dizer, às ações – e respectivos procedimentos – dedutíveis perante o Poder Judiciário. A ele cabe prestar jurisdição, que é a atividade estatal destinada a fazer atuar o direito objetivo, promovendo a tutela dos interesses violados ou ameaçados. Dessa forma, o ponto da legitimidade que se examina é se a atividade judicial se reduz à mera aplicação de direito preexistente, ou se, na

realidade, é criativa, produtora de direito.<sup>11</sup> Neste sentido, Mauro Cappelletti (1993, p. 33) resume bem esse papel reservado ao juiz moderno:

Desnecessário acentuar que todas essas revoltas conduziram a descoberta de que, efetivamente, o papel do juiz é muito mais difícil e complexo, e de que o juiz, moral e politicamente, é bem mais responsável por suas decisões do que haviam sugerido as doutrinas tradicionais. Escolha significa discricionariedade, embora não necessariamente arbitrariedade; significa valoração e “balanceamento”; significa ter presentes os resultados práticos e as implicações morais da própria escolha; significa que devem ser empregados não apenas os argumentos da lógica abstrata, ou talvez os decorrentes da análise lingüística puramente formal, mas também e sobretudo aqueles da história e da economia, da política e da ética, da sociologia e da psicologia. E assim o juiz não pode mais se ocultar, tão facilmente, detrás da frágil defesa da concepção do direito como norma preestabelecida, clara e objetiva, na qual pode basear sua decisão de forma “neutra”. E envolvida sua responsabilidade pessoal, moral e política, tanto quanto jurídica, sempre que haja no direito abertura para escolha diversa. E a experiência ensina que tal abertura sempre ou quase sempre está presente.

Jorge Hage (1989, p. 89) considera que, quando o Legislativo deixa os termos de uma lei muito vagos ou imprecisos, significa estar ele deixando ao Judiciário a tomada da decisão, a escolha entre as alternativas possíveis, uma vez que são os juízes aqueles que têm de oferecer soluções efetivas aos casos concretos que se hão de apresentar. Também Sergio Alves Gomes (2008, p. 362), ao considerar a incumbência do Poder Judiciário no Estado Democrático de Direito, cita Willis Santiago Guerra Filho, que afirma:

O papel do Judiciário em um Estado que se quer democrático é distinto daquele que se lhe atribui na formação clássica sobre suas relações com os demais poderes estatais. Do Judiciário hoje não é de se esperar uma posição subalterna diante

---

<sup>11</sup> Neste sentido, Alípio Silveira [1979, p. 16-30] considerando que há expressivo entendimento quanto à função criativa e produtora de direito do juiz diz: “Os poderes criadores do juiz se manifestam numa obra de extraordinária importância: a jurisprudência dos tribunais. [...] Deve advertir-se, esclarece Giorgio Del Vecchio – que o verdadeiro significado da norma é, amiúde, superior à intenção dos legisladores que a formularam. [...] Seria incorrer em engano considerar o significado da lei algo limitado à intenção dos seus autores. [...] O Min. Nelson Hungria é muito expressivo, ao escrever: “a lei não pode ficar inflexível e perpetuamente ancorada nas idéias e conceitos que atuaram na sua gênese. O Prof. Michel Villey, da Faculdade de Direito de Paris é muito mais expressivo, ao afirmar: “É menos verdade ainda que o juiz deduza automaticamente do Código a sua sentença”. “No fundo, as coisas não são assim. O juiz – tanto agora como antigamente – não procede efetivamente por via silogística. [...] Sabemos muito bem que o trabalho do juiz consiste, tanto hoje como ontem, em procurar a solução do Direito por via da dialética... Consiste, quando se torna necessário, em ir mais além da regra legislativa; em criar novas regras, em pronunciar uma sentença adequada ao caso concreto, o qual é sempre novo”. [...] Orozimbo Nonato assim se manifesta: “Não é ele (o juiz) um mero aplicador mecânico de normas e leis. Sua função verdadeira, a que tem sido fiel no curso da História – é a de adaptador do texto abstrato à realidade palpitante e, às vezes, dramática que os pleitos oferecem”. Nosso legislador veio, com presteza, a acertar o passo com essas legítimas concepções, através do art. 5º da Lei de Introdução do Código Civil [...]: “Na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum”.

desses outros poderes, a quem caberia a produção normativa. O juiz não há de se limitar a ser apenas, como disse Montesquieu, “la bouche de la loi”, mas “la bouche du droit”, isto é, a boca não só da lei, mas do próprio Direito. Sobre esse ponto, aliás, explicitou a jurisprudência constitucional alemã que a Lei Fundamental quando estabelece, em seu art. 97, que o Juiz está vinculado apenas à lei, essa vinculação deve ser entendida como ao Direito. A atividade judicial não se reduz a mera aplicação de direito preexistente, sendo, na verdade, criativa, produtora de direito, como se evidencia mesmo na tão acatada – apesar de superada – doutrina Kelseniana, na qual a sentença aparece como uma norma jurídica, diversa daquelas gerais e abstratas em que costuma basear-se, e o ato de interpretação e aplicação do direito pelo juiz como integrante da política do direito, ao importar na opção por algum dos valores objetivamente consagrados nas normas positivas.

Sergio Fernando Moro (2001, p. 104) no estudo desse ponto considera que o dogma da vedação à atuação judicial como “legislador positivo” não tem base racional, não sendo, igualmente, decorrente de comando constitucional expresso. Afirma o autor que ao admiti-lo, por construção jurisprudencial, admite-se ir de encontro ao princípio da Supremacia da Constituição e ao princípio da efetividade deste decorrente, apenas representando abdicação indevida pelo Judiciário da função de controle atribuída pela Constituição.

Segundo Gomes (2001, p. 17-18), o juiz é partícipe do poder, integra como órgão a própria organização do Estado, razão pela qual sua função possui elevado significado, não apenas jurídico, mas também político. A idéia da atividade judicial que emana das doutrinas apresentadas, salvante melhor juízo, não se confunde com a atividade de legislar ou mesmo de complementar a lei ou a Constituição. Cândido Rangel Dinamarco (2008, p. 44, rodapé) pondera que Mauro Cappelletti, afirma que os juízes são chamados a interpretar e, por isso, inevitavelmente, a aclarar, a integrar, a plasmar e a transformar o direito - e não raramente a criá-lo “ex novo”, mas isso não significa que eles sejam legisladores.

Nesse sentido, Dinamarco (2008, p. 347) pondera que, mesmo não sendo o juiz legislador ou a ele equiparado,<sup>12</sup> ainda assim é preciso reconhecer que o momento da decisão de cada caso concreto é sempre um momento valorativo. Para o acertado cumprimento da função jurisdicional, é necessária boa dose de sensibilidade do juiz aos valores sociais e às mutações axiológicas da sociedade. Considera Dinamarco (2008, p. 348) que as leis envelhecem e também podem ter sido mal feitas. Ademais, as instituições processuais da motivação e da recorribilidade das decisões, do devido processo legal e da

---

<sup>12</sup> Neste sentido ainda considera Cândido Rangel Dinamarco [2008, p. 224, rodapé] citando Mauro Cappelletti, “não há nítido contraste entre interpretação e criação do direito” e até quem não creia na função criativa do juiz é obrigado a ver que algo há de relevante nos julgamentos, através dos quais se positiva o poder em caos concretos [eliminando incertezas]: dizer, então, que “toda interpretação é criativa”.

publicidade são base de sustentação para legitimar o Judiciário a agir, não criando norma, mas autorizando um novo permissivo legal, (como legislador positivo), (MARTINS, 2009) em virtude da ineficiência ou da omissão do Poder Legislativo.

Em última análise, quanto ao ponto de vista da proteção “in concreto” dos direitos fundamentais e do princípio da dignidade humana - se violada apenas uma fração desse princípio, se negado o acesso à justiça assegurado pela Constituição, pelo princípio da razoabilidade e pelo campo da “interpretação”, atribui-se ao Poder Judiciário estabelecer as regulações normativas para que a sua prestação se realize. Para tanto, faz-se indispensável (o Poder Judiciário) investigar a lógica do razoável, a ponderação de valores e observar os parâmetros contidos na ordem de valores da Constituição, especialmente em relação aos direitos fundamentais que assume especial relevo na esfera da aplicação e interpretação de conceitos abertos e cláusulas gerais, assim como no exercício da atividade discricionária.

Nesta perspectiva é que a sociedade comprometida com a democracia compreende a indispensabilidade do comprometimento ético, jurídico e político do Poder Judiciário em exigir daqueles que exercem os poderes da República a implementação de políticas públicas que possam ensejar o cumprimento do art. 5º , inciso LXXVIII, bem como fazer valer a supremacia da Constituição em toda a sua extensão para darem exemplo de fidedignidade à Constituição e estimular o respeito ao Estado Democrático de Direito.

## **Conclusão**

Não há de se negar que os responsáveis pela legislação têm se esforçado em produzir normas que, incorporadas ao ordenamento jurídico do Estado, venham garantir maior celeridade processual. Contudo, o que se nota, em âmbito nacional, é uma desarmonia entre a realidade legislativa e a judiciária. De imediato, pode-se apontar a deficiência do Poder Judiciário como dependente do Poder Público-Administração; este tem o dever de prover a melhor dotação orçamentária para suprir as necessidades daquele.

Assim, há de se convir que a responsabilidade pela demora da prestação jurisdicional fixada pelo excesso de trabalho, pelo infindável número de processos, pela falta de estrutura, pelo número reduzido de funcionários ou de juízes, em grande parte das vezes, deve ser debitada ao Estado-Administração; este deixa de prover recursos e de estabelecer

políticas públicas que estruturem melhor o Estado-Juiz, dotando-o de maiores condições para cumprir as obrigações expressas em lei evitando-se, assim, o retardo dos processos.

Ressalte-se que não se resolvem as inúmeras causas da Administração da Justiça somente com a edição de novas leis. Essas serão apenas “paliativos”, uma vez que o diagnóstico da demora na prestação jurisdicional aponta para a existência de um sistema que necessita ser readequado por uma política de ampliação do número de magistrados, de auxiliares judiciários, de procuradores, de promotores, de defensores públicos e outros profissionais da justiça, considerando esse número efetivo proporcional ao de demandas que tramitam numa determinada jurisdição.

Não há dúvidas de que a responsabilidade pela não-prestação da justiça, num prazo razoável, recai sobre o Estado, impondo-lhe o dever de arcar com as conseqüências oriundas da sua omissão, na medida em que ele se descurou de sua obrigação de prestar, de atuar, de impedir a lesão ou o dano causado pela demora na prestação jurisdicional.

Note-se que o Estado, não se preocupando em cumprir o preceito fundamental que a Constituição Federal lhe impõe de assegurar ao cidadão uma prestação jurisdicional tempestiva, célere e eficaz, incorre em flagrante violação de um direito humano internacionalmente reconhecido e assegurado, a dignidade da pessoa humana, podendo ser responsabilizado pelos danos de sua omissão em foros nacionais ou internacionais.

Do exposto, conclui-se que ao Estado, dotado de um poder político soberano, cabe respeitar a Constituição, o que significa não apenas deixar de fazer o que ela proíbe, mas também e, sobretudo, “fazer” o que ela determina. A normatividade da Constituição somente produz efeito na vida social se seus princípios e regras forem “levados a sério”. Pois, sem a promoção de meios adequados, em respeito à dignidade humana, para a consolidação dos direitos fundamentais, não faz o menor sentido falar-se em Constituição!

## **Referências**

ANNONI, Danielle. *Direitos Humanos & acesso à justiça no direito internacional*. 1. ed. 6. tiragem. Curitiba: Juruá, 2008.

BARCELLOS, Ana Paula de. *Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2. tiragem, 2007.

\_\_\_\_\_ A eficácia jurídica dos princípios constitucionais. O princípio da dignidade da pessoa humana. 2. ed. amplamente revista e atualizada. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília: Senado Federal, 1988.

CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes legisladores?* Trad. por Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1993.

\_\_\_\_\_. Acesso a Justiça. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1998.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo et alii. *Teoria Geral do Processo*. 23. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2007.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Privilégios do Estado em Juízo*. Publicação do Conselho Superior de Orientação Jurídica e Legislativa da Fiesp/Ciesp, 1997.

\_\_\_\_\_. Instituições de Direito Processual Civil. 5. ed. rev. e atual. v. I. São Paulo: Malheiros, 2005.

\_\_\_\_\_. A Instrumentalidade do Processo. 13. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2008.

FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. *Normas Constitucionais Programáticas: normatividade, operatividade e efetividade*. São Paulo: RT, 2001.

GÁRCIA DE ENTERRÍA, Eduardo; TOMÁS-RAMÓN, Fernandez. *Curso de derecho administrativo*. v.1, Madri: Civitas, 1988.

GOMES, Sergio Alves. *Os Poderes do Juiz na Direção e Instrução do Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

\_\_\_\_\_. Hermenêutica constitucional: um contributo à constituição do Estado Democrático de Direito. Curitiba: Juruá, 2008.

HAGE, Jorge. *Omissão inconstitucional e direito subjetivo: uma apreciação da jurisprudência do STF sobre o mandado de injunção, à luz da doutrina contemporânea*. Brasília: Brasília Jurídica, 1999.

HESSE, Konrad. *A Força Normativa da Constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: S. A. Fabris, 1991.

MARTINS, Marianne Rios. *Os limites de atuação do poder judiciário como legislador positivo para efetivar direitos humanos de 2ª dimensão*. Disponível em: <<http://www.conpedi.org>> Acesso em: 26 agos. 2010.

MENDES Ana Claudia Duarte. *Perspectiva de estudo da memória e identificação nas obras: Memórias Inventadas, de Manoel de Barros*. Disponível em: <<http://www.abralic.org.br>>. Acesso em: 26 agos. 2010.

**O direito à razoável duração do processo e a atuação do poder judiciário na integração e concretização de preceitos constitucionais**

---

MORO, Sergio Fernando. *Por uma revisão da teoria da aplicabilidade das normas constitucionais*. Revista de Direito Constitucional e Internacional. São Paulo, Ano 9, n.37, out-dez. 2001.

OLIVEIRA, Fábio de. *Por uma Teoria dos Princípios. O Princípio Constitucional da Razoabilidade*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

OST, François. *O tempo do direito*. Trad. Élcio Fernandes; revisão técnica Carlos Aurélio Mota de Souza. Bauru, SP: Edusc, 2005.

SILVA, Enio Moraes da. *A garantia constitucional da razoável duração do processo e a defesa do Estado*. In: Revista de Informação Legislativa. Brasília, ano 43, nº 172, out./dez. 2006, p. 23-35.

SILVEIRA, Alípio. *A Reelaboração das leis por Obra dos Tribunais*. In: Revista de Processo. São Paulo: Revista dos Tribunais, Ano IV, Nº 13, jan-mar, 1979, p. 16-30.

STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito*. 2. ed. rev. ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

TAVARES, André Ramos. *Tratado da argüição de preceito fundamental: (Lei n. 9.868/99 e Lei n.9.882/99)*. São Paulo: Saraiva, 2002.

TAVARES, André Ramos et alii. *Reforma do Judiciário: Emenda Constitucional 45/2004, analisada e comentada*. São Paulo: Método, 2005.

XAVIER, Luiz Roberto. *A Razoabilidade como Parâmetro para Atuação do Judiciário*. Revista Jurídica Síntese, Ano XLIV, Nº 222, p. 21-26, abril, 1996.

ZAFFARONI, Eugênio Raul. *Poder judiciário*. Tradução de Juarez Tavares. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

---

**Artigo recebido em:  
06 de abril de 2011.**

**Artigo aprovado em:  
27 de abril de 2011.**