



Série *Dissertações e Teses*



A razoável duração do processo como elemento de efetividade do direito humano fundamental de acesso à justiça. Uma leitura a partir da teoria dos direitos fundamentais de Robert Alexy

Geison Francisco de Medeiros

Série *Dissertações e Teses*



A razoável duração do processo como elemento de efetividade do direito humano fundamental de acesso à justiça. Uma leitura a partir da teoria dos direitos fundamentais de Robert Alexy

Geison Francisco de Medeiros

© 2017 Editora Unoesc
Direitos desta edição reservados à Editora Unoesc
É proibida a reprodução desta obra, de toda ou em parte, sob quaisquer formas ou por quaisquer meios, sem a permissão expressa da editora.
Fone: (49) 3551-2000 - Fax: (49) 3551-2004 - www.unoesc.edu.br - editora@unoesc.edu.br

Editora Unoesc

Coordenação
Débora Diersmann Silva Pereira - Editora Executiva
Projeto Gráfico: Simone Dal Moro
Capa: Simone Dal Moro

Dados Internacionais de Catalogação-na-Publicação (CIP)

M488r Medeiros, Jeison Francisco de.
A razoável duração do processo como elemento de efetividade do direito humano fundamental de acesso à justiça. Uma leitura a partir da teoria dos direitos fundamentais de Robert Alexy / Jeison Francisco de Medeiros. – Joaçaba: Editora Unoesc, 2017. – (Série Dissertações e Teses, v. 9)
184 p. ; il. ; 23 cm.

ISBN 978-85-8422-111-0

1. Acesso à justiça. 2. Princípio da razoável duração do processo. 3. Direitos fundamentais. I. Título. II. Série

Doris 341.27

Universidade do Oeste de Santa Catarina – Unoesc

Reitor
Aristides Cimadon

Vice-reitores de *Campi*
Campus de Chapecó
Ricardo Antonio De Marco
Campus de São Miguel do Oeste
Vitor Carlos D'Agostini
Campus de Videira
Ildo Fabris
Campus de Xanxerê
Genesio Téo

Pró-reitor de Graduação
Ricardo Marcelo de Menezes

Pró-reitor de Pesquisa, Pós-graduação e Extensão
Fábio Lazzarotti

Diretora Executiva da Reitoria
Lindamir Secchi Gadler

Conselho Editorial

Fabio Lazzarotti
Débora Diersmann Silva Pereira
Andréa Jaqueline Prates Ribeiro
Jovani Antônio Steffani
Eliane Salet Filippim

Carlos Luiz Strapazzon
Marilda Pasqual Schneider
Claudio Luiz Orço
Maria Rita Nogueira
Daniele Cristine Beuron

A revisão linguística é de responsabilidade dos autores.

SUMÁRIO

CAPÍTULO I - INTRODUÇÃO	7
CAPÍTULO II - AS TRANSFORMAÇÕES OCORRIDAS NO SISTEMA PROCESSUAL CIVIL BRASILEIRO EM CONTEXTO COM O DIREITO HUMANO FUNDAMENTAL DE ACESSO À JUSTIÇA	13
2.1 O ACESSO À JUSTIÇA COMO DIREITO HUMANO FUNDAMENTAL.....	15
2.2 SOBRE A CRISE DO JUDICIÁRIO COMO IMPULSO PARA REFORMA PROCESSUAL	26
2.3 EM BUSCA DE PREVISIBILIDADE DA PRESTAÇÃO JURISDICIONAL: A DISCIPLINA JUDICIÁRIA COMO META DA NOVA ORDEM JURÍDICA NACIONAL	31
2.4 A REFORMA DO JUDICIÁRIO E A PREVISIBILIDADE DA PRESTAÇÃO JURISDICIONAL	37
2.4.1 Do recurso repetitivo no âmbito do Superior Tribunal de Justiça.....	40
2.4.2 Da súmula vinculante no Supremo Tribunal Federal.....	41
2.4.3 Repercussão geral como requisito de admissibilidade do recurso extraordinário junto ao Supremo Tribunal Federal	43
2.4.4 Demais alterações surgidas com o objetivo de previsibilidade do Judiciário	45
CAPÍTULO III - INTERAÇÕES ENTRE MERCADO E DIREITO	47
3.1 SURGIMENTO DO NEOLIBERALISMO: DO ESTADO ABSOLUTO AO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO.....	49
3.2 A DIFUSÃO DO NEOLIBERALISMO POR MEIO DA GLOBALIZAÇÃO	57
3.3 NEOLIBERALISMO: SUA INFLUÊNCIA NO MERCADO E NO DIREITO ...	63
3.4 O PRINCÍPIO DA EFICIÊNCIA DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA COMO MARCA DO PENSAMENTO NEOLIBERAL	72
CAPÍTULO IV - ASPECTOS DESTACADOS DA TEORIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DE ROBERT ALEXY	83

4.1 UM NOVO CONSTITUCIONALISMO NA PERSPECTIVA DE ROBERT ALEXY	86
4.2 OS DIREITOS FUNDAMENTAIS E O NEOCONSTITUCIONALISMO	96
4.2.1 Direitos humanos e direitos fundamentais	97
4.2.2 Concepção do desenvolvimento histórico dos direitos fundamentais ...	99
4.2.3 Direitos fundamentais e Estado Constitucional Democrático	104
4.3 DIMENSÕES DEFENSIVAS E PRESTACIONAIS DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS	105
4.3.1 Direitos a proteção	109
4.3.2 Direitos a organização e procedimento	111
4.3.3 Direitos a prestações em sentido estrito	114
4.4 CENTRALIDADE DO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE.....	118
4.4.1 Definição do dever de proporcionalidade. Regra ou princípio?	119
4.4.2 Estrutura do dever de proporcionalidade.	122
4.4.3 A regra da proporcionalidade na colisão entre princípios	125

CAPÍTULO V - A EFETIVIDADE DO DIREITO HUMANO FUNDAMENTAL DE ACESSO À JUSTIÇA A PARTIR DA CONCEPÇÃO DE RAZOÁVEL DURAÇÃO DO PROCESSO..... 129

5.1 A RAZOÁVEL DURAÇÃO DO PROCESSO COMO ELEMENTO DO DIREITO HUMANO FUNDAMENTAL DE ACESSO À JUSTIÇA	131
5.2 A RAZOÁVEL DURAÇÃO DO PROCESSO A PARTIR DO DEVIDO PROCESSO LEGAL E DO EFICIENTISMO DA ADMINISTRAÇÃO DA JUSTIÇA COMO ELEMENTO DE EFETIVIDADE DO ACESSO À JUSTIÇA NA PERSPECTIVA DA TEORIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DE ROBERT ALEXY	141

CAPÍTULO VI - CONCLUSÃO..... 155

REFERÊNCIAS 163

GLOSSÁRIO 179

Dedico este livro à minha esposa Ana Lúgia e às minhas filhas Ana Júlia e Ana Clara.

Aos meus pais, Aristiliano e Sílvia, *in memoriam*, que sempre me incentivaram e me apoiaram a trilhar os caminhos do conhecimento.

CAPÍTULO I

INTRODUÇÃO

O direito de acesso à justiça tem ganho especial destaque com a atual crise por que passa o judiciário brasileiro e, conseqüentemente, o ordenamento jurídico processual civil, tendo em vista a morosidade na entrega da prestação jurisdicional.

A partir disso, reformas foram efetivadas no sistema processual brasileiro, as quais tem por objetivo primordial a solução dessa problemática, ou seja, propiciar medidas que tornem o processo mais célere de forma a efetivar o direito de acesso à justiça.

As medidas efetivadas para esse propósito se deram em leis infraconstitucionais a partir das Emendas Constitucionais 19 de 1998 e 45 de 2004, tendo a primeira Emenda tratado da reforma administrativa do Estado, com a implantação do princípio da eficiência, e a segunda, efetivado a reforma do judiciário, com a positivação do direito fundamental de razoável duração do processo.

Contudo, a partir do momento que essas reformas se iniciam embasadas no princípio da eficiência, percebe-se uma relação existente entre tais alterações com interesses neoliberais, já que tal princípio está atrelado à hegemonia do mercado.

Ao que parece, tais alterações estão relacionadas e, por assim dizer, fortemente influenciadas pelo neoliberalismo que através de agências reguladoras como Banco Mundial, FMI e Organização Mundial do Comércio, impõe aos Estados nova maneira de agir em nome do Mercado, ou seja, de ação de maiores investimentos e, conseqüentemente, de desenvolvimento.

Corroborando com esse entendimento, presencia-se ainda uma tendência valorativa dos precedentes judiciais com tais alterações o que leva a indagar-se o que efetivamente está por trás dessas mudanças no direito processual, já que as alterações do sistema processual civil, em especial no âmbito recursal, tem demonstrado estar-se caminhando para um direito previsível, estável e célere, inclusive na prestação jurisdicional

com a instituição de medidas como o processo eletrônico, as súmulas vinculantes e impeditivas de recursos, dentre outras. São fatores que estão atrelados à eficiência, que, como já mencionado, demonstram o interesse neoliberal.

Entretanto, esse caminho então trilhado parece não estar de acordo com o preceito constitucional de acesso à justiça, nem mesmo com a razoável duração do processo, direito esse positivado no rol dos direitos fundamentais da CF/88.

Assim, a presente pesquisa se dará sobre o direito humano fundamental de acesso à justiça a partir da concepção da razoável duração do processo, enfatizando, frente às reformas constitucionais ocorridas e relacionadas ao processo civil, derivadas das Emendas Constitucionais 19 de 1998 e 45 de 2004, de que forma esse direito fundamental tem sido afetado, violado ou promovido, bem como procurando entender de que forma a teoria dos direitos fundamentais de Robert Alexy pode apresentar alguma contribuição para a construção de um conceito de acesso à justiça a partir da razoável duração do processo.

Para esse propósito, a problemática se estabelece sobre em que medida a teoria dos Direitos Fundamentais de Robert Alexy contribui com a concepção de razoável duração do processo como elemento de efetividade do direito humano fundamental de acesso à justiça?

Inicialmente, pode-se dizer que a teoria dos direitos fundamentais de Robert Alexy possui elementos que ajudam na construção do conceito do que venha ser a razoável duração do processo para a efetividade do direito de acesso à justiça, e nesse contexto, pretende-se, num panorama geral, verificar qual a contribuição pode ser dada pela referida Teoria.

Para tanto, o trabalho se desenvolverá por meio de pesquisas bibliográficas e, em alguns momentos, jurisprudenciais, dividindo-se em quatro seções, sendo que na primeira seção buscar-se-á entender as transformações ocorridas no sistema processual civil em contexto com o

direito humano fundamental de acesso à justiça. Após, se analisará como o Poder Judiciário e conseqüentemente o Direito restaram envolvidos pelas transformações derivadas do pensamento neoliberal a ponto de afetar o conceito de acesso à justiça. Na terceira seção, serão destacados aspectos relacionados à teoria dos direitos fundamentais de Robert Alexy e, por fim, será verificado em que medida a Teoria dos Direitos Fundamentais de Robert Alexy contribui para a efetividade do direito fundamental de acesso à justiça a partir da razoável duração do processo.

Nesse diapasão, objetiva-se demonstrar que a celeridade e previsibilidade não podem tomar o lugar do devido processo legal e, conseqüentemente, da razoável duração do processo, havendo a necessidade de se observar o direito de um processo tramitando num tempo razoável e, conseqüentemente, concretizar o direito de acesso à justiça.

CAPÍTULO II
AS TRANSFORMAÇÕES
OCORRIDAS NO SISTEMA
PROCESSUAL CIVIL
BRASILEIRO EM CONTEXTO
COM O DIREITO HUMANO
FUNDAMENTAL DE ACESSO À
JUSTIÇA

O sistema processual civil brasileiro (entendido este no presente trabalho como ordenamento jurídico processual) tem passado por alterações estruturais desde 1998 que demonstram estar caminhando para uma disciplina judiciária no contexto de estabilização do direito por meio da prestação jurisdicional, tendo em vista a chamada crise do Judiciário que mais está relacionada a uma crise processual, na medida em que se tem, a partir disso, o problema da morosidade da entrega da prestação jurisdicional como da instabilidade das decisões judiciais. Buscando entender o que deflagrou essa alteração, propõe-se verificar a transformação e amplitude do conceito de acesso à justiça, caracterizando-o como direito humano fundamental. Com isso, é necessário explanar sobre a denominada crise do Poder Judiciário. Em seguida, identificar quais foram as medidas tomadas para combater essa crise, que resultou na positivação constitucional do princípio da eficiência da administração pública, bem como na reforma do Judiciário aliado às alterações no direito processual civil brasileiro, com edição de medidas tendentes a desafogar os Tribunais Superiores, como também estabilizar o direito por meio de um sistema de precedentes com caráter vinculante.

2.1 O ACESSO À JUSTIÇA COMO DIREITO HUMANO FUNDAMENTAL

O objetivo deste tópico não é somente conceituar o acesso à justiça, mas caracterizá-lo como direito humano e fundamental. Para a realização dessa proposta é necessário questionar sobre “o que se entende por acesso à justiça”? Essa é uma questão que tem atravessado a história e, conforme ocorrem as mudanças, as transformações da sociedade e do Estado, a resposta tem se ampliado e levado juristas e sociólogos a refletirem e pesquisarem sobre o tema.

É importante esclarecer que acesso à justiça não se confunde com acesso ao judiciário, ou seja, aos Tribunais, na medida em que este se trata de Poder de Estado cuja função é a jurisdicional, ou seja, de dizer, interpretar e aplicar o Direito. Porém, quando restringido o acesso aos Tribunais, viola-se o acesso à justiça.

O acesso à justiça se trata de princípio que elenca não somente as medidas e garantias de se buscar a realização do direito material, mas também de se proporcionar que todos tenham acesso à informação sobre seus direitos e como fazê-los valer. Além disso, deve ser observado pelo Estado e por ele garantido e promovido, independentemente de regime governamental que esteja à frente da administração pública, exatamente por se tratar de um direito humano fundamental.

Todavia, nem sempre foi assim! Em épocas marcadas pelo regime militar no governo brasileiro, de 1964 à década de 1980, viu-se, em especial, por meio do Ato Institucional 5 uma ampla violação ao acesso à justiça na medida em que o princípio do devido processo legal era inobservado, além de garantias constitucionais, como o habeas corpus, ser restringido.

Isso porque, por meio do referido AI 5, deu-se poderes ao Presidente da República de, inclusive, suspender direitos políticos de qualquer cidadão pelo prazo de dez anos;¹ limitou-se a área de abrangência do habeas corpus² e até previu a não possibilidade de discussão judicial dos atos praticados de acordo com o referido AI 5.³

Foi com a redemocratização do Estado brasileiro, na década de 1980, em especial com a promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, que se presenciou a positivação de direitos e

¹ AI 5 – art. 4º - No interesse de preservar a Revolução, o Presidente da República, ouvido o Conselho de Segurança Nacional, e sem as limitações previstas na Constituição, poderá suspender os direitos políticos de quaisquer cidadãos pelo prazo de 10 anos e cassar mandatos eletivos federais, estaduais e municipais.

² Art. 10 - Fica suspensa a garantia de habeas corpus, nos casos de crimes políticos, contra a segurança nacional, a ordem econômica e social e a economia popular.

³ Art. 11 – Excluem-se de qualquer apreciação judicial todos os atos praticados de acordo com este Ato institucional e seus Atos Complementares, bem como os respectivos efeitos.

garantias fundamentais, com destaque ao direito fundamental de acesso à justiça, previsto no art. 5º, XXXV, acompanhando as transformações que vinham até então ocorrendo em abrangência global, que significou uma crescente onda viabilizadora do direito de acesso à Justiça.

Para dar efetividade a essa disposição constitucional, várias foram as ampliações desse direito, podendo-se exemplificar a maior autonomia concedida ao próprio Poder Judiciário e também a outras instituições como o Ministério Público, possibilitando-se, ainda, maior estrutura e funcionamento a instituições cujas funções são essenciais à Justiça, como a advocacia e as Defensorias Públicas, estas instituídas pelo art. 134 da Constituição Federal de 1988 e que tem por fim a assistência jurídica integral e gratuita à população de baixa renda.

Adiciona-se a esse fato a ampliação do número de pessoas legitimadas a procurar os Tribunais por meio de novas modalidades de ações judiciais, como no caso da ação direta de inconstitucionalidade e ações de Arguição de descumprimento de Preceito Fundamental, ação popular, ação cível pública,⁴ ação declaratória de Constitucionalidade, mandado de segurança coletivo, legislação consumerista, sem esquecer, é claro, da numerosa possibilidade de recursos cabíveis dentro do processo civil, além de medidas liminares (tutelas de urgência) antecipatórias de tutela jurisdicional.

Santos (2011, p. 14) enfatiza que “[...] a redemocratização e o novo marco constitucional deram maior credibilidade ao uso da via judicial como alternativa para alcançar direitos.” No entanto, a abertura de tantas modalidades de ações judiciais em favor do jurisdicionado não necessariamente asseguram a efetividade do acesso à justiça.

⁴ Sem surpresa, os instrumentos jurídicos que estavam presentes no período autoritário, como ação popular e ação cível pública, passam a ser largamente utilizados só depois de 1988 (SANTOS, 2011, p. 15).

Já em épocas marcadas pelo liberalismo, verificou-se o fortalecimento do direito de liberdade e igualdade e, desta forma, assegurava-se a todos o direito de buscar a função jurisdicional do Estado para resolução dos conflitos de interesses, mas que basicamente se resumia no direito de propor ou contestar uma ação judicial⁵. O Estado encontrava-se mais distante e, desta forma, os mais pobres acabavam ficando mais afastados desse efetivo acesso⁶, na medida em que um dos maiores problemas que assolava na época (Sec. XVIII), e ainda hoje se discute, estava vinculado ao fator econômico dos litigantes (CAPELLETTI, 1998, p. 9).

Marinoni (2015, p. 217) explica que no período marcado pelo liberalismo “[...] a desigualdade econômica e social não era objeto de preocupações do Estado. Bastava se proclamar o direito de ir a juízo, pouco importando se o titular do direito material lesado pudesse realmente se valer do direito de ação.”

Com a ampliação das relações sociais, o que inevitavelmente empoderou os indivíduos de novos direitos, a necessidade de reconhecimento e proteção de direitos ditos sociais também se ampliou e fortaleceu, exigindo, assim, a presença mais próxima do Estado para assegurar além da observância desses direitos, também a sua realização.

Certamente que a ampliação dos direitos reconhecidos e protegidos pelo Estado e, além disso, essa maior aproximação do Estado para assegurar a realização desses direitos tem originado cada vez mais o aumento da procura pelo Judiciário para resolução dos conflitos surgidos, o que levou os juristas Mauro Capelletti e Bryant Garth a desenvolverem

⁵ O conceito de acesso à justiça tem passado por transformações ao longo do tempo, em sintonia com as mudanças do Estado. Em períodos do século XVIII, em Estados liberais, visualizava-se o acesso à justiça a partir de um direito formal, se resumindo no direito de se propor ou contestar uma ação, estando o Estado, conforme explica CAPELLETTI (1998, p. 9) “passivo, com relação a problemas tais como a aptidão de uma pessoa para reconhecer seus direitos e defende-los adequadamente, na prática.”

⁶ Nesse período, não havia a preocupação do Estado em proporcionar o acesso à justiça a todas as pessoas, ficando os mais desafortunados desprotegidos perante o Estado. “O acesso formal, mas não efetivo à justiça, correspondia à igualdade, apenas formal, mas não efetiva.” (CAPELLETTI, 1998, p. 9).

e coordenarem, na década de 1970, o intitulado “Projeto Florença” que originou a obra *Acesso à Justiça*.

Os autores em referência partiram do levantamento de fatores que se concretizam em obstáculos ao efetivo acesso à justiça, destacando dentre elas as custas judiciais, as chamadas pequenas causas, o tempo do processo, as possibilidades das partes relativamente aos seus recursos financeiros e sua aptidão para reconhecer um direito e propor ação se necessário, ou o meio legal de resolver a questão (CAPELLETTI, 1998, p. 15-29).

Apesar do fator econômico ser primordial em realçar a desigualdade material no efetivo acesso à justiça, Capelletti (1998, p. 10) afirma que o estudo jurídico se mantinha indiferente a essa situação, pois as pesquisas sobre o acesso à justiça se davam mais em relação ao procedimento normativo do que necessariamente sobre efetivar o acesso à justiça a todos.⁷

Para esses identificados obstáculos de acesso à justiça, os pesquisadores citados sugeriram algumas soluções práticas, que denominaram de primeira, segunda e terceira onda. No que denominaram de primeira onda, sugeriram que deveriam ser proporcionados serviços jurídicos às pessoas carentes, a partir da consideração de que o auxílio de um advogado para solução dos impasses é de fundamental importância para levar o acesso à justiça a todas as pessoas. A denominada segunda onda tratou de enfrentar o problema de proteção apenas dos direitos individuais, abordando a necessidade de abertura de proteção jurídica também para os chamados direitos difusos. Nesse caso, não apenas das pessoas com poucos recursos, mas de um modo em geral. Por fim, a terceira onda tratou do que os autores denominaram de “enfoque do acesso à justiça”. Tal questão sugere a ampliação de meios, judiciais e extrajudiciais, para a resolução dos

⁷ “O estudo era tipicamente formalista, dogmático e indiferente aos problemas reais do foro cível. Sua preocupação era frequentemente de mera exegese ou construção abstrata de sistemas e mesmo, quando ia além dela, seu método consistia em julgar normas de procedimento à base de sua validade histórica e de sua operacionalidade em situações hipotéticas.” (CAPELLETTI, 1998, p. 10)

conflitos de interesses, ou seja, o que conhecemos por meios alternativos⁸ de resolução de conflitos (CAPELLETTI, 1998, p. 31-73).

O que se percebe, da pesquisa levantada pelos autores evidenciados, é a proposta de um acesso à justiça numa concepção de Estado social, ou seja, de uma maior aproximação do Estado para a realização e efetivação desse direito, superando os obstáculos identificados e que possuíam relação com fatores econômicos das partes.

Propunham um acesso à justiça que seja efetivo, por meio de um sistema que “[...] deve ser igualmente acessível a todos” e que “[...] deve produzir resultados que sejam individual e socialmente justos.” (CAPELLETTI, 1998, p. 8).

Isso porque, com a passagem do Estado liberal para o Estado social, onde se presenciou maior participação do Estado nas relações sociais, o direito de acesso à justiça ganha novos contornos, já que para atender a toda a demanda de novos direitos que passam a surgir nesse novo modelo de Estado, os operadores do Direito passam a buscar soluções que possam refletir em uma prestação jurisdicional mais justa, rápida e efetiva.⁹

Nessa trilha de pensamento, Santos (2011, p. 8) propõe uma “revolução democrática da justiça”, indo além do que estabeleceram os autores Mauro Capelletti e Bryant Garth, pois enfatiza o autor que “[...] a revolução democrática do direito e da justiça só faz verdadeiramente sentido no âmbito de uma revolução mais ampla que inclua a democratização do Estado e da sociedade.”

⁸ Ao tratar do “enfoque do acesso à justiça” os autores elaboram meios alternativos de resolução de conflitos que tornariam o acesso à justiça mais efetivo. Na obra em comento, mencionam como meios alternativos uma reforma dos procedimentos em geral com possibilidades de juízo arbitral, meios de conciliação, incentivos econômicos para viabilizar acordos judiciais ou extrajudiciais, tribunais de pequenas causas e para soluções de demandas de consumidores, promovendo acessibilidade ampla (CAPELLETTI, 1998, p. 75-89)

⁹ Sobre este assunto, Julio Guilherme Müller, em pesquisa publicada na obra “Processo Civil em Movimento” refere que “a prestação de uma tutela jurisdiccional justa, efetiva, tempestiva, adequada e com a participação efetiva das partes, é a pedra angular de um Estado Democrático de Direito que tem por fundamentos a cidadania e a dignidade da pessoa humana, e se preocupa em assegurar o exercício dos direitos, da liberdade, da segurança, do bem-estar, do desenvolvimento, da igualdade e da justiça (MÜLLER, 2013, p. 209).

Efetivar o acesso à justiça não se resume apenas em vencer as barreiras econômicas ou proporcionar meios alternativos de resolução de conflitos por vias extrajudiciais, mas também propiciar que as pessoas tenham conhecimento amplo de seus direitos.

Nessa linha de desenvolvimento, o acesso à justiça será realmente efetivo caso as pessoas tenham o acesso à informação sobre seus direitos, ou seja, tenham real compreensão de seus direitos e obrigações e, assim, possam superar as barreiras do acesso, recorrendo a órgãos com legitimidade para dirimir a questão. É isso que propõe Boaventura, quando defende a democratização do Estado e da sociedade para a realização do direito.¹⁰ Watanabe (2000, p. 27) enfatiza que o “acesso à ordem jurídica justa”¹¹ se consubstancia em uma tutela jurisdicional efetiva, tempestiva e adequada, hábil a realizar o direito material aplicável ao caso.

O acesso à justiça há muito não mais é reconhecido apenas como o direito de propor uma ação ou uma defesa, mas sim de ter a possibilidade de buscar uma decisão justa e efetiva, a partir da concretização do direito material, com a superação dos obstáculos até então evidenciados por meio da participação efetiva do Estado com medidas prestacionais.

Uma vez entendida a evolução da concepção e ampliação do direito de acesso à justiça, resta responder o questionamento se esse direito se enquadra como um direito humano fundamental.

Se partirmos do entendimento de que os direitos humanos são aqueles declarados em documentos reconhecidos por organismos

¹⁰ Centrando-me no sistema jurídico e judicial estatal, começo por chamar a atenção para o fato de o direito, para ser exercido democraticamente, ter de assentar numa cultura democrática, tanto mais preciosa quanto mais difíceis são as condições em que ela se constrói. Tais condições são, efetivamente, muito difíceis, especialmente em face da distância que separa os direitos das práticas sociais que impunemente os violam (SANTOS, 2011, p. 8).

¹¹ Esse mesmo autor, em outra publicação, enfatizou que “os dados elementares do direito à ordem jurídica justa são: a) o direito à informação; b) o direito à adequação entre a ordem jurídica e a realidade socioeconômica do país; c) o direito ao acesso a uma justiça adequadamente organizada e formada por juízes inseridos na realidade social e comprometidos com o objetivo de uma prestação jurisdicional justa; d) o direito à preordenação dos instrumentos processuais capazes de promover a tutela objetiva dos direitos; e) o direito à remoção dos obstáculos que se antepõem ao acesso efetivo a uma justiça que tenha tais características (WATANABE, 1988, p. 12).

internacionais, ou seja, em declarações de direitos humanos e, ainda, que os direitos fundamentais são esses direitos humanos reconhecidos e positivados nos textos constitucionais dos Estados, pode-se afirmar que o direito de acesso à justiça é um direito humano fundamental.

Isso porque a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, da ONU, nos artigos VII, VIII e X¹² reconhecem, declaram e asseguram a igualdade de todos na proteção da lei bem como o direito de ser ouvido por um Tribunal competente, independente e imparcial e ainda de receber desse Tribunal o remédio efetivo a resguardar seus direitos.

No mesmo sentido, a Convenção Americana dos Direitos Humanos, de 1969, no artigo 8, estabelece as garantias judiciais, assegurando o direito de toda pessoa a ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou tribunal independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei.

E em arremate, a Convenção Europeia dos Direitos do Homem de 4.11.1950, traz em seu artigo 6º a declaração de que todas as pessoas possuem direito “[...] que sua causa seja examinada, equitativa e publicamente, num prazo razoável por um tribunal independente e imparcial, estabelecido pela lei [...]”

Em relação ao texto da Constituição da República Federativa do Brasil, observa-se que o art. 5º, que trata dos direitos e garantias fundamentais, positiva no inciso XXXV que “[...] a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito.”

Neste contexto, mais uma vez enfatiza-se que é possível afirmar que o direito de acesso à justiça é direito humano fundamental. Contudo,

¹² VII. Todos são iguais perante a lei e têm direito, sem qualquer distinção, à igual proteção da lei. Todos têm direito a igual proteção contra qualquer discriminação que viole a presente declaração e contra qualquer incitamento a tal discriminação;

^{VIII}. Todo ser humano tem direito a receber dos Tribunais nacionais competentes remédio efetivo para os atos que violem os direitos fundamentais que lhe sejam reconhecidos pela constituição ou pela lei;

^X. Todo ser humano tem direito, em plena igualdade, a uma justa e pública audiência por parte de um tribunal independente e imparcial, para decidir sobre seus direitos e deveres ou do fundamento de qualquer acusação criminal contra ele.

por outra via de reflexão, não apenas do direito positivo, tem-se que o direito de acesso à justiça se caracteriza como direito humano fundamental pelo fato de estar relacionado à dignidade da pessoa humana.

A dignidade da pessoa humana, por tratar-se de uma qualidade relacionada ao ser humano enquanto humano, enquanto ser “racional”¹³ e que estabelece “impedimento de tratamento da pessoa como objeto, ou seja, veda a coisificação do ser humano”¹⁴ está relacionada a todos indistintamente, seja criança, adulto, velho, negro, branco, estrangeiro garantindo-lhes o direito à vida, à liberdade (em toda sua extensão conceitual) à integridade física e moral.

Há quem diga que, por se tratar de “[...] um bem inato e ético, coloca-se acima, inclusive, das especificidades culturais e suas diversas morais, visto que tem a capacidade de persistir mesmo dentro daquelas sociedades que não a respeitam.” (BARRETO; RECKZIEGEL, 2013, p. 209). Por essas características, deve ser reconhecida, protegida e promovida pelo Estado, seja através de condutas negativas, visando não a cercear, nem a degradar, seja por meio de condutas positivas, ou seja, buscando meios de sua promoção em prol do ser humano.

“A dignidade da pessoa humana deve ser assim respeitada tanto como princípio moral essencial como enquanto disposição de direito positivo. Respeitar a dignidade do homem exige obrigações positivas.” (SARLET, 2005, p. 86). Quando cabe ao Estado a promoção da dignidade humana deve-se ter em mente que lhe é dada a tarefa de desenvolver meios que assegurem condições dignas de vida a seus cidadãos através do

¹³ Os seres cuja existência depende, não em verdade da nossa vontade, mas da natureza, têm contudo, se são seres irracionais, apenas um valor relativo como meios e por isso se chamam coisas, ao passo que os seres racionais se chamam pessoas, porque a sua natureza os distingue já como fins em si mesmos, quer dizer como algo que não pode ser empregado como simples meio e que, por conseguinte, limita nessa medida todo o arbítrio (1) (e é um objecto do respeito) (KANT, 2007, p. 68).

¹⁴ O homem, e, duma maneira geral, todo ser racional, existe como fim em si mesmo, não só como meio para o uso arbitrário desta ou daquela vontade. Pelo contrário, em todas as suas acções, tanto nas que se dirigem a ele mesmo como nas que se dirigem a outros seres racionais, ele tem sempre de ser considerado *simultaneamente com fim* (KANT, 2007, p. 68).

que é chamado de mínimo existencial, noção essa que está intimamente relacionada com a dignidade da pessoa humana e se transforma nas obrigações positivas que o Estado deve adotar em relação à dignidade.¹⁵

A evolução de seu conceito tem-se relacionado com a concepção de que a pobreza e marginalidade são assuntos relacionados ao Estado e, desde então, tem-se trabalhado na sua inserção e relação com a dignidade e os direitos fundamentais. O direito ao mínimo existencial está relacionado aos direitos básicos de que necessita uma pessoa para sua sobrevivência no meio social em que se situa.

Tendo em vista a íntima relação com a dignidade da pessoa humana, não há como se estabelecer um rol taxativo do que e quais são os elementos que compõem um mínimo existencial, sendo que com as mudanças e evoluções por que passa a sociedade, necessidades vão surgindo e até se tornando mais complexas, o que exige a necessidade de reconhecimento de direitos básicos tidos como um mínimo existencial para os cidadãos.¹⁶

Nesse entendimento, deve-se frisar que no mínimo existencial, relacionando à dignidade da pessoa humana, está o direito de acesso à justiça, já que por esse direito é que poderá o cidadão buscar a proteção do Estado, na sua função jurisdicional, para fazer valer demais direitos básicos compreendidos naquele mínimo existencial.¹⁷

Nesse aspecto, podem ser citados como exemplos o direito à saúde, a benefícios da previdência social, à educação, dentre outros

¹⁵ A dignidade da pessoa humana e o assim chamado mínimo existencial são atualmente noções tidas como indissociáveis, cuidando-se, ademais, de figuras praticamente onipresentes no atual debate (pelo menos é o que se observa no caso brasileiro) sobre os fundamentos e objetivos do Estado Constitucional sobre o conteúdo dos direitos fundamentais (com destaque para os direitos socioambientais) e mesmo no que diz com o papel da Jurisdição Constitucional (SARLET, 2013, p. 305).

¹⁶ Com variações mais ou menos visíveis, como nos episódios do reconhecimento de cada dimensão de direitos fundamentais, o direito ao mínimo para a existência humana evoluiu até que se reconhecesse que este mínimo deve deferência e está associado à dignidade da pessoa humana (LEAL; BOLESINA, 2013, p. 545).

¹⁷ Tornou-se lugar comum observar que a atuação positiva do Estado é necessária para assegurar o gozo de todos esses direitos sociais básicos. Não é surpreendente, portanto, que o direito ao acesso efetivo à justiça tenha ganho particular atenção na medida em que as reformas do *welfare state* tem

que compreendem um mínimo necessário a assegurar às pessoas uma existência digna em meio ao grupo em que vivem, visando erradicar a pobreza e marginalidade. O próprio direito de que o ordenamento jurídico seja cumprido e respeitado pelos demais e pelo próprio Estado.

O acesso à justiça passa a ser um direito componente do mínimo existencial do ser humano, tendo em vista se tratar de um direito básico que deve ser garantido e promovido pelo Estado e pela sociedade para que possa o cidadão buscar a efetivação de seus direitos, principalmente os demais direitos necessários a viver com dignidade, com qualidade de vida e que podem ser enquadrados na categoria de “mínimo existencial”.

É nesse sentido que Capelletti (1988, p. 12) chega a afirmar que “[...] o acesso à justiça pode, portanto, ser encarado como o requisito fundamental – o mais básico dos direitos humanos – de um sistema jurídico moderno e igualitário que pretenda garantir, e não apenas proclamar os direitos de todos.”

É possível afirmar, portanto, que se trata o acesso à justiça de um direito humano fundamental, que deve ser visto como o direito de toda pessoa ao acesso ao Direito, nesse caso o acesso à informação sobre seus direitos, à compreensão dos limites de suas condutas bem como dos demais com quem se convive socialmente; o direito de poder superar possíveis barreiras existentes ao acesso à justiça, seja de fator econômico, seja de fator cultural, podendo recorrer a órgãos com legitimidade para dirimir o conflito existente; o direito de ter uma resposta pronta e eficiente (em tempo razoável e com assegurar de todas as garantias derivadas do devido processo legal) do Estado para a concretização do direito material a ser protegido.

procurado armar os indivíduos de novos direitos substantivos em sua qualidade de consumidores, locatários, empregados e, mesmo, cidadãos. De fato, o direito ao acesso efetivo tem sido progressivamente reconhecido como sendo de importância capital entre os novos direitos individuais e sociais, uma vez que a titularidade de direitos é destituída de sentido, na ausência de mecanismos para sua efetiva reivindicação (CAPELLETTI; GARTH, 1988, p. 11).

Essa evolução e ampliação do conceito do direito de acesso à justiça bem como a sua caracterização como um direito humano fundamental acaba que sendo considerado como fator primordial a alavancar a denominada crise do Judiciário, motivadora de importantes transformações no sistema processual brasileiro, partindo-se do pressuposto de que o Estado foi omissivo em se aparelhar adequadamente para atender a demanda processual.

2.2 SOBRE A CRISE DO JUDICIÁRIO COMO IMPULSO PARA REFORMA PROCESSUAL

Quando aqui se fala em crise do Judiciário, é importante que fique claro estar se tratando da morosidade na entrega da prestação jurisdicional, também denominada crise processual.

É importante enfatizar que a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 trouxe como um de seus feitos a ampla viabilização do direito de acesso à Justiça, inclusive positivando essa previsão no art. 5º, XXXV,¹⁸ no rol de direitos e garantias fundamentais.

Isso porque grande parcela da população brasileira acabava sendo excluída desse direito fundamental, já que sempre houve o senso comum de que a justiça era elitizada, cara, somente para os mais afortunados. Nesse entendimento, se analisada tal questão a partir do princípio da inércia do Poder Judiciário, ou seja, de que o processo somente iniciará a partir da movimentação inicial por quem sofreu uma ameaça ou efetiva violação de direitos subjetivos e, ainda, tendo ciência que, para postular em juízo, deve-se estar representado por profissional habilitado (advogado) e

¹⁸ Art. 5º 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 igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...] XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito;

que seus honorários custam caro então pode-se compreender o porquê da eletização da justiça.

É com a Constituição de 1988, a qual efetivamente trouxe uma gama de direitos e garantias fundamentais positivados em seu texto, que se visualizam medidas ampliativas do acesso à justiça e que demonstram possibilidades de acesso efetivo, com mecanismos adequados a buscar e reivindicar tantos direitos subjetivos, agora positivados no novo texto constitucional, já que de nada adiantaria o reconhecimento e ampliação de direitos aos cidadãos sem a devida estrutura de mecanismos adequados a efetivá-los.

Essa ampliação do acesso à justiça, proporcionada principalmente após a Carta da República de 1988, resultou num significativo aumento das demandas processuais, porém não obteve contrapartida estrutural do Estado visando atender essa numerosa demanda processual, o que gerou a denominada crise do judiciário, na medida em que se verifica uma grande quantia de processos que adormecem nas prateleiras, nos escaninhos, nos gabinetes e até nos escritórios, aguardando cumprimento de despachos, publicações, julgamentos, movimentação, enfim, esperando a efetiva entrega da prestação jurisdicional a quem dela necessita.

Contudo, não se pode atribuir a culpa pela morosidade judicial de forma única e exclusiva ao Poder Judiciário, mas, sim, antes de qualquer menção, é necessário fazer uma análise geral do sistema processual civil brasileiro e buscar identificar onde estão os fatores que geram a lentidão processual.¹⁹

Como mencionado acima, um dos fatores que compõem o resultado do grande acúmulo de processos no Judiciário pode ser concebido com a ampliação de acesso à justiça, não que isso seja um problema, de maneira alguma, mas quando não há contrapartida do Estado no sentido de propiciar estrutura necessária ao Órgão responsável pela função jurisdicional, ou quando não se trabalha para obter uma cultura

¹⁹ Importante, neste aspecto, observar que desde 2004 o Conselho Nacional de Justiça, visando

jurídica de não se resolver tudo na via judicial, ou ainda quando se tem um Legislativo que acaba sendo omissivo em sua função, não legislando de forma adequada a evitar conflito de interesses, aí sim, pode começar a se visualizar a ampliação do acesso à justiça como um problema para a entrega da prestação jurisdicional em tempo razoável.

Ressalte-se que, quando o Legislativo não cumpre a contento com sua função, o que se percebe é o cidadão buscando junto ao Judiciário a resolução de seu problema, acabando com que o Judiciário venha a desempenhar papel que não lhe compete, ou seja, de editar normas por meio de seus julgamentos em substituição à lei, já que o órgão responsável por regular as condutas previamente tem sido omissivo nesse ponto. Tire-se como exemplo disso os recentes casos julgados pelo Supremo Tribunal Federal que reconheceram a possibilidade de união homoafetiva entre pessoas do mesmo sexo na ADI 4277/ADPF 132, bem como de adoção por casal homoafetivo no Recurso Extraordinário 846.102.

São questões que caberiam ao Legislativo regular mediante prévio debate com a sociedade, mas que, por sua omissão, acabou sendo regulado e, agora, normatizado, por força de decisão judicial. Nessa perspectiva, o Poder Judiciário vem se tornando o garante dos direitos fundamentais.

Streck (2007, p. 54-55) enfatiza que frente a inércia do Poder Executivo e do Poder Legislativo, direitos e garantias fundamentais previstos na Constituição de 1988 não estão sendo implementadas conforme o comando constitucional, não restando outra alternativa a não ser a aplicação dessas previsões pelo Judiciário, resultando esse Poder “como instrumento para o resgate dos direitos não realizados.”

Santos (2011, p. 13) enfatiza, neste sentido, que

conhecer melhor a realidade do Poder Judiciário, tem produzido relatórios anuais com estatística nacional sobre o número de processos judiciais bem como em relação sobre quem são os 100 maiores litigantes no País o que serve a proporcionar conhecimento de onde deriva a lentidão e acúmulo dos processos judiciais. Tal questão está melhor tratada no item 4.2, mais à frente.

O protagonismo dos tribunais emerge desta mudança política por duas vias: por um lado, o novo modelo de desenvolvimento assenta nas regras de mercado e nos contratos privados e, para que estes sejam cumpridos e os negócios tenham estabilidade, é necessário um judiciário eficaz, rápido e independente; por outro lado, a precarização dos direitos econômicos e sociais passa a ser um motivo de procura do judiciário. Muita da litigação que hoje chega aos tribunais deve-se ao desmantelamento do Estado social (direito laboral, previdência social, educação, saúde etc).

Nessa trilha de pensamento deve-se levar em conta, ainda, a complexidade das relações jurídicas na sociedade que tem aumentado sobremaneira e cada vez mais, ampliando as relações de consumo, de trabalho, de contrato. Além disso, de se enfatizar a velocidade com que essas relações jurídicas têm surgido e se desenvolvido na sociedade de informação frente a tecnologia e desterritorialização dos espaços geográficos. Ou seja, são todas circunstâncias que influenciam para o aumento das demandas e, conseqüentemente, da morosidade na entrega da prestação jurisdicional, já que o Estado não apresenta estrutura necessária e suficiente a suportar todo este aparato de relações.

Todos esses acontecimentos têm resultado em acúmulo de processos no Judiciário, fato esse que acaba por prejudicar o reconhecimento e efetivação de direitos individuais e coletivos, bem como direitos subjetivos de quem espera a resposta pronta e eficiente do Poder competente para os conflitos de interesses que surgem, o que leva o Estado, até mesmo por força de pressão e reclamação da sociedade, a buscar medidas para viabilizar o andamento dos processos.

Tais fatos acabam gerando incredulidade na Justiça bem como sendo fator de obstaculização do acesso à justiça, pois que de nada adianta a garantia do acesso à justiça se esse acesso se efetiva apenas formalmente e não materialmente, já que os direitos subjetivos, pela morosidade da entrega da prestação jurisdicional, acabam perdendo sua eficácia.

Ramires (2010, p. 62)²⁰ sugere ainda que na ânsia de se entregar a tutela jurisdicional de forma célere, corre-se o sério risco de se presenciar decisões muitas vezes destituídas de devida fundamentação, o que resulta na inobservância do devido processo legal, fator esse de insegurança jurídica, já que pela devida fundamentação da decisão judicial cabe ao julgador não apenas explicitar as razões do direito do vencedor, mas, além disso, demonstrar o porquê não acolher as razões do sucumbente. Isso demonstra que celeridade na entrega da prestação jurisdicional também não é resultado de eficiência e, pela insegurança que gera, pode resultar em obstáculo ao acesso à justiça.

Por fim, outro ponto importante e que resulta dessa crise processual vivenciada pela sociedade, chamada crise do Judiciário, é o que se tem verificado no enfraquecimento das decisões de primeiro grau com grande tendência de valorização dos precedentes judiciais, ou seja, das decisões de segundo grau. São medidas que vêm ocorrendo tendo em vista a prática recursal adotada dentro dos processos que põe em conflito a necessidade de eficiência do processo e os limites da ampla defesa.

Por tal situação vivenciada, o caminho que se tem trilhado para solucionar tal crise processual é encontrar medidas de acelerar o processo, e os meios até então encontrados e já acrescentados à legislação processual brasileira são referentes à estabilização do direito, haja vista a disciplina judiciária forte nos precedentes judiciais de natureza vinculante buscando a eficiência do processo e, conseqüentemente, diminuição do número de processos no Poder Judiciário como um todo.

A crise do judiciário é evidente, conhecida, e precisa ser superada por meios que efetivamente tornem eficaz a garantia constitucional de acesso à justiça, ou seja, que o cidadão possa contar com um processo justo,

²⁰ Mas, apesar do caráter constitucional do *legicentrismo* brasileiro, são muito comuns por aqui as decisões que sequer fazem qualquer referência ao texto da lei ou da Constituição, remetendo a vinculação de suas razões tão somente a um trecho ou ementa de um julgado pretérito (RAMIRES, 2010, p. 62).

eficiente, onde lhe seja assegurado todas as garantias do devido processo legal para que a tutela jurisdicional lhe seja entregue em tempo razoável.

Conforme se verá nos próximos tópicos, o caminho que vem sendo trilhado dentro do sistema processual civil, e pode-se dizer que por força de orientações hegemônicas e de interesse do mercado, é a busca da solução da já mencionada crise processual por meio de medidas relacionadas à eficiência da administração da justiça, buscando propiciar celeridade na resolução dos conflitos de interesses por meio da previsibilidade do direito com a edição de precedentes judiciais de natureza vinculante e ainda outras medidas inovadoras como informatização e virtualização dos processos.

2.3 EM BUSCA DE PREVISIBILIDADE DA PRESTAÇÃO JURISDICIONAL: A DISCIPLINA JUDICIÁRIA COMO META DA NOVA ORDEM JURÍDICA NACIONAL

A atual pretensão em estabelecer no Brasil um regime jurídico baseado no sistema de precedentes judiciais, estabelecendo-os com força vinculante a gerar maior previsibilidade ao direito, remonta à identificação e conceituação dos regimes jurídicos conhecidos como *common law* e *civil law*.

Ovídio Baptista (1997, p. 102) menciona que estes dois regimes jurídicos que se estabelecem hoje no mundo, ambos derivados do Direito Romano, surgiram em momentos históricos diferentes, levando ao surgimento de distintas tradições jurídicas e que possuem institutos próprios,²¹ sendo que um destes sistemas jurídicos é o *civil law*,²² o qual tem

²¹ Neste sentido, ou seja, da origem dos regimes jurídicos *common law* e *civil law* do direito romano, explica Ovídio Baptista que “No conjunto extraordinário de circunstâncias e fatores culturais, responsáveis pela derrocada no mundo medieval e formação do mundo moderno, é possível identificar alguns deles mais diretamente responsáveis pela continuidade dos esquemas procedimentais herdados do direito privado romano. Antes de mais nada é indispensável ter em conta que tanto o sistema jurídico da Europa Continental quanto a *common law* são de certa forma descendentes do direito romano [...]” (SILVA, 1997, p. 102.)

²² A tradição latina ou continental (*civil law*) acentuou-se especialmente após a Revolução Francesa, quando a lei passou a ser considerada a única expressão autêntica da Nação, da vontade geral, tal como verificamos na obra de Jean-Jacques Rousseau, *Du Contract Social* (REALE, 2002, p. 142).

a lei por fonte primária de direito e visa regular as relações jurídicas a elas submetidas, estabelecendo direitos e obrigações, “ficando ao judiciário apenas a função de aplicar a lei ao caso concreto,²³ não podendo inovar ou mesmo criar novo direito”. Essa modalidade de sistema jurídico é adotada pelo Brasil, também conhecido por sistema romano/germânico (MARINONI, 2011, p. 53-54).

Nesse sistema jurídico espera-se que as leis sejam claras e coerentes, bem como que contemplem todas as relações jurídicas possíveis, gerando, assim, maior segurança jurídica na medida em que torna o direito mais previsível, não deixando dúvidas e lacunas na sua interpretação,²⁴ nem possibilidades de arbítrio do julgador,²⁵ restando ao Judiciário apenas a aplicação da lei de acordo com sua previsão legal. É o modelo encontrado na teoria clássica de Montesquieu relativo à tripartição dos poderes (MARINONI, 2011, p. 55).

Já o sistema jurídico denominado *common law*²⁶ adota o direito costumeiro, aplicando a jurisprudência como fonte primária de direito, o qual é “[...] coordenado e consolidado em precedentes judiciais, isto é, segundo uma série de decisões baseadas em usos e costumes prévios.” (REALE, 2002, p. 141).

²³ De acordo com Montesquieu, o “[...] ‘poder de julgar’ deveria ser exercido através de uma atividade puramente intelectual, cognitiva, não produtiva de “direitos novos.” Essa atividade não seria limitada apenas pela legislação, mas também pela atividade executiva, que teria o poder de executar as decisões que constituem o poder de julgar. Nesse sentido o poder dos juízes ficaria limitado a afirmar o que já havia sido dito pelo legislativo, devendo o julgamento ser apenas “um texto exato da lei” (MARINONI, 2011, p. 53-54).

²⁴ A este respeito, Marinoni ressalta que “os Códigos deveriam ser claros e completos. O medo do arbítrio judicial, derivado da experiência do *Ancien Régime*, não apenas exigia a separação entre o poder de criar o direito e o poder de julgar, como também orientava a arquitetura legislativa desejada (MARINONI, 2011, p. 55).

²⁵ Karl Engisch já defendia que com o objetivo de impedir o arbítrio judicial e garantir a segurança da liberdade civil, as leis haveriam de determinar-se de tal modo que a função judicial reduzir-se-ia à pura aplicação do texto legal (SILVA, 1997, p. 104).

²⁶ René David explica que o termo *common law* surgiu como *comune ley* na língua normanda, justamente porque o “direito comum” inglês nasceu após a conquista da Inglaterra, em 1066. Era “comum” porque era originário das sentenças dos Tribunais de Westminster, que valiam em toda a Inglaterra em oposição aos direitos costumeiros e particulares de cada uma das tribos que formavam o povo da ilha (RAMIRES, 2010, p. 63).

O que diferencia contundentemente esse sistema do sistema da *civil law* é a *doctrine of stare decisis*,²⁷ além do fato de existir a obrigação de respeito às decisões judiciais pronunciadas em casos passados, o que demonstra a obediência aos precedentes judiciais nos países adotantes dessa modalidade de sistema jurídico.

Neste contexto, o que tem sido presenciado já há um bom tempo é que nos países que adotam a lei por fonte primária de direito, a Constituição é sua principal base de partida e, diante de tal circunstância, o julgador, ao aplicar o direito em casos concretos de solução de conflitos de interesses, deve procurar a interpretação que melhor amoldar a lei com a Constituição.

Isso porque o pós-guerra demonstrou a necessidade dos Estados em repensarem suas Leis Fundamentais, visando reconhecer e assegurar a dignidade da pessoa humana bem como direitos e garantias fundamentais, ou seja, após a segunda guerra mundial o que se viu foram os Estados incorporando em suas constituições uma gama de direitos fundamentais, ampliadores, promotores e defensores da dignidade da pessoa humana o que, inevitavelmente, levou a uma nova forma de aplicar a lei aos casos postos à apreciação do Judiciário.

Para Barcellos (2002, p. 23-24) por “[...] essa nova forma de pensar e interpretar o Direito surgiu o neoconstitucionalismo”,²⁸ que culminou numa expansão do Poder Judiciário que, ao aplicar o direito aos casos

²⁷ A expressão *stare decisis* é uma redução da frase latina “*stare decisis et non quieta movere*” que se pode traduzir por “ficar como foi decidido e não mexer no que está quieto”. A palavra *doctrine*, por sua vez, é mais bem transcrita neste contexto por “regra”, de modo que a *doctrine estare decisis* representa a regra segundo a qual as coisas devem ficar como foram decididas pelos juízes e pelas Cortes do passado (RAMIRES, 2010, p. 65).

²⁸ Lembre-se que a força do constitucionalismo e a atuação judicial mediante a concretização das regras abertas fez surgir um modelo de juiz completamente distinto do desejado pela tradição do *civil law*. De modo que o *civil law* vive, atualmente, a contradição entre o juiz real e o juiz dos livros ou das doutrinas acriticamente preocupadas apenas em justificar que a nova função do juiz cabe dentro do modelo do princípio da separação dos poderes (MARINONI, 2011, p. 100).

postos à sua apreciação, passou a observar os comandos constitucionais por meio de princípios e garantias de direitos fundamentais.²⁹

Observa-se o que se tem chamado de “ativismo judicial”³⁰ e que acaba por ultrapassar aquela ideia anterior de que o Judiciário seria o “boca da lei”, pois que, nessa nova postura da função jurisdicional, em interpretar e aplicar a Constituição, tem-se o Judiciário criando normas jurídicas e exigindo sua obediência pelos demais Poderes e pelos particulares. Pode-se citar como exemplo a faculdade de edição de Súmulas Vinculantes, atribuída ao Supremo Tribunal Federal. A Súmula Vinculante número 13,³¹ ao interpretar o princípio constitucional da moralidade, vedou a prática do nepotismo na Administração Pública, fato este desprovido de lei que a regulamente.

Apesar desse expansionismo da jurisdição constitucional, o sistema jurídico brasileiro ainda é considerado de *civil law*, porém, com uma crescente aproximação ou tendência para o regime anglo-saxão, visando estabelecer aos precedentes judiciais força vinculante e previsibilidade em seus julgamentos. É o que se tem verificado nas alterações ocorridas na legislação processual.

²⁹ O fim da Segunda Guerra Mundial apresentou à humanidade um prato de difícil digestão: a banalidade do mal, produzindo efeitos variados nas diferentes áreas do conhecimento humano. No direito em geral e, no constitucional em particular, esses eventos representaram o ápice do processo de superação do positivismo jurídico, que havia se tornado dominante nas primeiras décadas do século, e um retorno à ideia [sic] de valores. Voltou-se a reconhecer, humildemente, que o direito não surge no mundo por si só, mas relaciona-se de forma indissociável com valores que lhe são prévios, ideais de justiça e de humanidade que humana e na experiência civilizatória dos povos (BARCELLOS, 2002, p. 23-24).

³⁰ A ideia de ativismo judicial está associada a uma participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais, com maior interferência no espaço de atuação dos outros dois Poderes. A postura ativista se manifesta por meio de diferentes condutas, que incluem: (I) a aplicação direta da Constituição a situações não expressamente contempladas em seu texto e independentemente de manifestação do legislador ordinário; (II) a declaração de inconstitucionalidade de atos normativos emanados do legislador, com base em critérios menos rígidos que os de patente e ostensiva violação da Constituição; (III) a imposição de condutas ou de abstenções ao Poder Público, notadamente em matéria de políticas públicas (BARROSO, 2009, p. 7).

³¹ A nomeação de cônjuge, companheiro ou parente em linha reta, colateral ou por afinidade, até o terceiro grau, inclusive, da autoridade nomeante ou de servidor da mesma pessoa jurídica investido em cargo de direção, chefia ou assessoramento, para o exercício de cargo em comissão ou de confiança ou, ainda, de função gratificada na administração pública direta e indireta em qualquer dos poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, compreendido o ajuste mediante designações recíprocas, viola a Constituição Federal.

Para Marinoni (2011, p. 100), “não há dúvida que o papel do atual juiz do *civil law* e especialmente o do juiz brasileiro, a quem é deferido o dever-poder de controlar a constitucionalidade da lei no caso concreto, muito se aproxima da função exercida pelo juiz do *common law*.” Por haver independência dos magistrados em suas decisões, o que se presencia no direito brasileiro é uma ausência de “segurança jurídica”,³² e conforme leciona Canotilho (2002, p. 257) é o que sugere “estabilidade jurídica e segurança de orientação”, posto que decisões divergentes em casos semelhantes se verificam em todas as esferas do Judiciário.

Marinoni (2014, p. 57) reforça que essa situação está atrelada ao fato de o Brasil ter implantado o sistema de controle difuso de constitucionalidade, o que autoriza alguns juízes decidirem de uma determinada forma e outros de forma diferente sobre o mesmo caso bem como, que “Isso se deve ao fato de os juízes e os tribunais não observarem modelos mínimos de racionalidade ao decidirem”. Ainda na visão do citado autor, nessa livre independência, sequer as turmas de julgamento seguem o comando e orientação dos próprios Tribunais a que pertencem (MARINONI, 2014, p. 67).³³

Para atender a previsibilidade da prestação jurisdicional, com as reformas mencionadas, e assim proporcionar segurança jurídica almejada, foram criados os institutos da Súmula Vinculante e da Repercussão Geral como requisito de admissibilidade de recursos extraordinários no STF, da

³² Em geral, considera-se que a segurança jurídica está conexonada com elementos objetivos da ordem jurídica – garantia de estabilidade jurídica, segurança de orientação e realização do direito [...] (CANOTILHO, 2002, p. 257).

³³ As decisões do Superior Tribunal de Justiça não são respeitadas nem no âmbito interno da Corte. As Turmas não guardam respeito pelas decisões das seções e, o que é pior, entendem-se livres para decidir casos iguais de forma desigual (MARINONI, 2011, p. 127). Explica, ainda, que Mauro Capelletti já alertava de que “a introdução no *civil law* do método estadunidense de controle de constitucionalidade conduziria à consequência de que uma lei poderia não ser aplicada por alguns juízes e tribunais que a entendessem inconstitucional, mas, no mesmo instante e época, ser aplicada por outros juízes e tribunais que a julgassem constitucional, o que poderia gerar uma grave situação de incerteza jurídica e de conflitos entre órgãos do judiciário (MARINONI, 2014, p. 57).

Súmula Impeditiva de Recursos e do Incidente de Recursos Repetitivos, no âmbito do STJ.

Já na visão de Gonçalves (2012, p. 9), a migração para a previsibilidade das decisões judiciais demonstra que “O *Civil Law* dos Códigos não cumpriu a missão de realizar a segurança jurídica com a tentativa de normatização de todas as situações e a eliminação de todas as dúvidas que poderiam surgir quando da aplicação da produção legislativa”.

No mesmo sentido Marinoni (2014, p. 109) argumenta que a previsibilidade a partir das decisões judiciais começa a ganhar fôlego quando se observa que de um mesmo texto de lei mais de uma interpretação é possível ser extraída. Esse entendimento remete ao fato que a segurança jurídica está intimamente vinculada à previsibilidade. Canotilho (2002, p. 257) afirma que desta previsibilidade surge a “confiança”³⁴ depositada nas normas jurídicas antes de estar em juízo, bem como em relação às pessoas de fora do processo, em observarem o comando normativo de suas condutas por meio dos precedentes.

Ainda neste sentido, Ávila (2004, p. 295) explica que “[...] a segurança jurídica tem a dimensão normativa preponderante ou sentido normativo direto de princípio, na medida em que estabelece o dever de buscar um ideal de estabilidade, confiabilidade e previsibilidade na atuação do Poder Judiciário.”

O que se percebe, portanto, é que as alterações ocorridas no sistema jurídico processual decorrentes da ampliação do acesso à justiça e do fenômeno do neoconstitucionalismo, se demonstram motivadoras da necessidade de disciplinar o Judiciário com previsibilidade e estabilidade em suas manifestações no sentido de proporcionar segurança jurídica na observância, interpretação e aplicação do direito.

³⁴ A proteção da confiança se prende mais com as componentes subjectivas da segurança, designadamente a calculabilidade e previsibilidade dos indivíduos em relação aos efeitos jurídicos dos actos dos poderes públicos (CANOTILHO, 2002, p. 257).

Isso marca o surgimento de importantes alterações no direito processual civil brasileiro que se dá com a Emenda Constitucional 45 de 2004³⁵ que tratou da reforma do judiciário.

O resultado disso tudo foi buscar a implantação de maior previsibilidade na prestação jurisdicional, agora não mais através da lei apenas e como deveria ser dentro do sistema jurídico em que está inserido o Direito brasileiro, mas a partir da obediência às decisões judiciais tomadas com efeitos vinculativos.³⁶

2.4 A REFORMA DO JUDICIÁRIO E A PREVISIBILIDADE DA PRESTAÇÃO JURISDICIONAL

O modelo de Judiciário pretendido no entendimento acima demonstrado tem sua concretização com a denominada reforma do Poder Judiciário que se deu por meio da Emenda Constitucional n. 45 de 2004, numa continuação do que foi até então iniciado com a Emenda Constitucional n. 19 de 1998,³⁷ a qual tratou da reforma da administração pública, tendo estabelecido o princípio da eficiência da administração.

³⁵ A Emenda Constitucional 45 de 2004 tratou da reforma do Judiciário, tratando de modificações funcionais do Poder Judiciário como de alterações no aspecto processual, visando adequar a função jurisdicional do Estado aos propósitos já iniciados com a EC 19/98. Neste seguimento, por meio da citada Emenda Constitucional, implementou-se meios de celeridade processual, maior transparência nas sessões de julgamento, posto dar publicidade aos julgamentos judiciais e administrativos; implementou-se, ainda, maior preparo dos seus servidores por meio da exigência de tempo de atividade jurídica para quem pretender seguir a carreira judiciária além de aperfeiçoamento aos seus integrantes; da mesma forma, implementou uma reestruturação interna destinada a uma redemocratização do Poder Judiciário com a instituição do Conselho Nacional de Justiça. Foram medidas destinadas a propiciar maior celeridade na entrega da tutela jurisdicional a partir da implementação da eficiência na sua função.

³⁶ Observe-se, neste ponto, o que defende Marinoni (2011, p. 127), para quem “[...] há alguma preocupação, na ordem jurídica brasileira, com a previsibilidade. Neste sentido, podem ser citadas as normas constitucionais que preveem as funções do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal, respectivamente, de uniformizar a interpretação da lei federal e de “afirmar” o sentido das normas constitucionais.”

³⁷ A Emenda Constitucional 19 de 1998 tratou da reforma administrativa da Administração Pública, visando transformar a administração do Estado para um viés mais gerencial, de gestão, buscando resultados eficientes. Dentre as alterações destaca-se o comando para a elaboração de lei disciplinadora das formas de participação do usuário na administração pública direta e indireta além de regulamentar a possibilidade da perda do cargo pelo servidor público em determinadas circunstâncias. Destaca-se ainda a previsão de aquisição da estabilidade e a obrigatoriedade de avaliação de estágio probatório por

A Constituição da República de 1988, por meio do Poder Constituinte Originário, trouxe algumas alterações significativas ao Poder Judiciário, podendo serem destacados pontualmente a criação e competências atribuídas ao Superior Tribunal de Justiça, no artigo 92, II, 104 e 105 da Constituição Federal, os Juizados Especiais, previsto no art. 98, I e parágrafo Único da Carta Magna de 1988 e ainda a ampliação das pessoas legitimadas a propor ADIN, art. 103, parágrafos 1º e 3º também da Carta da República.

Contudo, a almejada e expressiva alteração efetuada no Judiciário, que culminou em seu controle externo e ainda demais alterações ocorridas em sua estrutura, se deu com a PEC 96 de 1992, que foi aprovada na Câmara dos Deputados no ano de 2000, mas somente foi promulgada em 08 de dezembro de 2004, transformando-se na Emenda Constitucional número 45.

Desde a propositura até sua promulgação, o referido projeto foi amplamente debatido, em alguns momentos até mesmo arquivado, contando, ainda, com a participação de associações da Magistratura de todo o País, mas que quando de sua promulgação trouxe significativas alterações estruturais no Poder Judiciário que refletiu também no sistema processual civil, em especial em nível recursal, já que atende ao ideal de um Judiciário mais previsível, célere e estável, tudo em nome da eficiência.

Com efeito, a reforma do Judiciário implementada com a EC 45/2004 se efetivou em dois pontos importantes, pois que: a) atendeu a questão estrutural do Poder Judiciário, tratando da virtualização dos procedimentos e instrumentalização dos atos processuais; b) atendeu

comissão instituída para essa finalidade, alterando o prazo de dois para três anos. Outro ponto importante é o rigoroso controle da despesa pública com pessoal ativo e inativo da União, dos Estados e dos Municípios, que não poderá ser superior a limites fixados em lei complementar; a hierarquia e limite da remuneração e do subsídio dos ocupantes de cargos, funções e empregos públicos da Administração direta, autárquica e fundacional, dos membros de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, dos detentores de mandato eletivo e dos demais agentes políticos e os proventos, pensões ou outra espécie remuneratória, percebidos cumulativamente ou não, incluídas as vantagens pessoais ou de qualquer natureza, não poderão exceder o subsídio mensal, em espécie, dos Ministros do Supremo Tribunal Federal.

questões de âmbito institucional ao regulamentar questões atinentes a súmulas impeditivas de recursos, súmulas vinculantes, bem como a regulamentação de matérias de ordem administrativas pelo Conselho Nacional de Justiça.

O que não foi diretamente implantado em âmbito constitucional com a referida Emenda à Constituição acabou sendo tratado por leis infraconstitucionais, tendo resultado em mudanças atinentes ao processo eletrônico, regulamentação pelo CNJ sobre questões administrativas a serem implementadas pelos cartórios, maior importância à mediação e conciliação, mudanças no ensino jurídico além de outras alterações no sistema processual civil brasileiro, inclusive com a edição de um novo Código de Processo Civil, Lei 13.105/2015, isso tudo consubstanciado na previsão do art. 7º³⁸ da estudada Emenda.

Isso porque o resultado esperado com a reforma do Judiciário então estabelecida, também dependia de procedimentos recursais e executivos mais simplificados bem como de outros meios alternativos de resolução de conflitos, já que também um dos principais objetivos dessa reforma seria a redução do número de processos nos Tribunais, em especial nos Tribunais Superiores.

Com isso, pode-se dizer que as alterações, surgidas a partir da EC 45/2004 se deram em especial no âmbito dos Tribunais, onde é possível destacar como principais os institutos do recurso repetitivo, no âmbito do STJ, a repercussão geral e a súmula vinculante no âmbito do STF finalizando com a entrada em vigor do Novo Código de Processo Civil.

³⁸ Art. 7º O Congresso Nacional instalará, imediatamente após a promulgação desta Emenda Constitucional, comissão especial mista, destinada a elaborar, em cento e oitenta dias, os projetos de lei necessários à regulamentação da matéria nela tratada, bem como promover alterações na legislação federal objetivando tornar mais amplo o acesso à Justiça e mais célere a prestação jurisdicional.

2.4.1 Do recurso repetitivo no âmbito do Superior Tribunal de Justiça

Com a publicação da Lei Federal 11.672/2008, visou-se editar técnica capaz de permitir a resolução de questões de direito para se evitar a proliferação de recursos no STJ, e também dar maior celeridade no julgamento dos recursos já em trâmite. O objetivo seria reduzir o número de recursos nos Tribunais Superiores.

Assim, havendo multiplicidade de processos tratando de mesma matéria de direito nos Tribunais de Justiça, caberia ao presidente do Tribunal de segunda instância encaminhar um ou mais recursos representativos para análise do STJ que deveria julgar e estender seus efeitos aos demais que ficariam sobrestados aguardando seu julgamento.

Como requisito de adequação ao instituto do recurso repetitivo, todos os demais que sejam atingidos pelos seus efeitos devem tratar de mesma matéria, ou seja, com fundamento em idêntica questão de direito.

Em que pese esse instituto processual, num primeiro momento, ter reafirmado a competência do Superior Tribunal de Justiça de uniformizar a legislação infraconstitucional, também demonstra que o fato de se editar tal instituto de recursos repetitivos demonstra que a função constitucional do STJ de unificar a jurisprudência em torno da interpretação da Lei Federal vinha fracassada, posto que, conforme ressalta Marinoni (2011, p. 127), se há a necessidade dessa previsão para garantir o que a Constituição já assegurava é porque as decisões do Superior Tribunal não estavam sendo observadas da maneira que deveriam ser.³⁹

De qualquer forma, trata-se de instituto que visa, além dos objetivos já comentados, fazer respeitar os precedentes do STJ para garantir maior segurança jurídica em suas decisões, o que de fato vem ocorrendo,

³⁹ As decisões do Superior Tribunal de Justiça não são respeitadas nem no âmbito interno da Corte. As Turmas não guardam respeito pelas decisões das seções e, o que é pior, entendem-se livres para

pois se já havia uma tendência muito forte das instâncias inferiores em observar as decisões do STJ proferidas em âmbito de recurso repetitivo, é de se ressaltar que o novo Código de Processo Civil, lei 13.105 de 16 de março de 2015, em vigor desde 18/03/2016, traz previsão expressa⁴⁰ de que as decisões do STJ em incidente de demandas repetitivo terão efeito vinculante, inclusive podendo o juiz efetuar julgamento liminar do pedido, O que “também está intimamente ligado à questão da força vinculante das decisões nos Tribunais Superiores” quando contrariar seus precedentes (MARINONI, 2011, p. 492).

O novo Código de Processo Civil ampliou o alcance dos efeitos dessas decisões, passando a tratar não mais de recursos repetitivos no âmbito do STJ como fazia o CPC anterior, mas como “incidente de resolução de demandas repetitivas”, onde o mecanismo é assemelhado ao anterior, mas com alcance maior, ou seja, definida a tese jurídica no incidente, essa abrange causas de instâncias ordinárias também, em curso ou futuras.

2.4.2 Da súmula vinculante no Supremo Tribunal Federal

As Súmulas surgiram no direito processual brasileiro com a justificativa de desafogar o Judiciário e de facilitar o julgamento dos processos, servindo de guia de interpretação.⁴¹

Jamais poderia ser pensada como precedente judicial. Até porque sua decisão não vinculava a nada e a ninguém, como também, sobretudo, nunca foi instituída com base em análises fáticas das questões postas em juízos, como realmente é no sistema precedentalista.

decidir casos iguais de forma desigual (MARINONI, 2011, p. 127).

⁴⁰ Art. 927. Os juízes e os tribunais observarão:

I - as decisões do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade;

II - os enunciados de súmula vinculante;

III - os acórdãos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos;

⁴¹ Lembre-se de que, para justificar as súmulas, aludiu-se à necessidade de “desafogar o judiciário”, mas nunca se disse – ao menos antes da “súmula vinculante” – que era preciso afirmar a coerência

Destaque-se, por oportuno, que não há como pensar que as Súmulas do STF, de um modo geral, “[...] quando pensadas como enunciados elucidativos dos precedentes que tocam em determinada questão, possam não ter eficácia vinculante.” (MARINONI, 2011, p. 489).

Desta forma, sob o argumento⁴² de não mais apenas conferir celeridade ao trâmite processual no Judiciário, mas também de efetivar coerência e segurança jurídica, foi instituída pela Lei Federal 11.417/2006 o instituto da súmula vinculante, a qual vincula ao seu conteúdo toda a Administração Pública direta e indireta nas esferas Federal, Estadual e Municipal, como também todo o Judiciário.

A Súmula vinculante é a inscrição de um enunciado a partir da *ratio decidendi* de precedentes - ou, excepcionalmente, de precedente - que versam uma mesma questão constitucional. (MARINONI, 2011, p. 492).

O fato de possuírem efeito vinculativo gera situações a serem observadas, como a necessidade de que sua elaboração atenda a requisitos⁴³ mais criteriosos (como a necessidade de aprovação por 2/3 dos ministros para sua edição); além disso, que seu texto seja o mais elucidativo possível, sem a utilização de conceitos vagos e que gerem problemas de interpretação mais complexos do que a própria norma que regula a situação sumulada, bem como, nos termos do § 3º do art. 103-A da CF/88, a sua inobservância é passível de reclamação dirigida ao STF que, se julgar procedente, “[...] anulará o ato administrativo ou cassará a decisão judicial reclamada e determinará que outra seja proferida com

da ordem jurídica, garantir a segurança jurídica e impedir que casos semelhantes fossem decididos de modo igual (MARINONI, 2011, p. 492).

⁴² Esta nova “modalidade” de súmula surgiu da percepção de que as súmulas vinham sendo tratadas como enunciados gerais e abstratos, descompromissados com os casos e precedentes que lhes deram origem e com uma metodologia incapaz de permitir a sua adequada aplicação num sistema preocupado em tutelar a coerência da aplicação do direito e da segurança jurídica (MARINONI, 2011, p. 489).

⁴³ Devem as súmulas vinculantes, também, dizer respeito a situações capazes de se repetir ao longo do tempo de modo absolutamente idêntico. Em princípio, não se poderia, por exemplo, sumular tese jurídica relativa a direito de família, porque situações de família nunca são idênticas. Diferentemente ocorre no plano do direito tributário, em que um *leasing* é sempre um *leasing*, e se deve saber, com certeza, se gera, ou não, a incidência de tributo (WAMBIER; WAMBIER; MEDINA, 2007, p. 260).

ou sem aplicação da súmula, conforme o caso.” (WAMBIER; WAMBIER; MEDINA, 2007, p. 256-258).

Assim como o instituto da repercussão geral, que será trabalhado no próximo tópico, as súmulas vinculantes são de competência do Supremo Tribunal Federal, e apenas em matéria de cunho constitucional, depois que uma determinada matéria já houver sido reiteradamente decidida pelo STF.

Nos termos do § 1º do art. 103-A da CF/88, seu objeto é “[...] a validade, a interpretação e a eficácia de normas determinadas” e, ainda, quando tais normas gerarem “[...] controvérsia atual entre órgãos judiciários ou entre esses e a administração pública que acarrete grave insegurança jurídica e relevante multiplicação de processos sobre questão idêntica.”

Mais do que este objetivo específico, o instituto da súmula vinculante tem por finalidade trazer segurança e previsibilidade ao direito, frente às várias interpretações que surgem de uma mesma norma jurídica, além da redução do volume de processos no Judiciário, conforme se extrai da literalidade do comando normativo acima mencionado.

2.4.3 Repercussão geral como requisito de admissibilidade do recurso extraordinário junto ao Supremo Tribunal Federal

A repercussão geral foi instituída pela Lei Federal 11.418/2006 que regulamentou o artigo 102 da CF/88, tendo acrescentado o artigo 1.029 do Novo Código de Processo Civil, que passou a exigir como requisito de admissibilidade para o recurso extraordinário que o recorrente demonstre que a matéria a ser apreciada pela Suprema Corte repercute além do interesse subjetivo das partes, tendo em vista seu caráter econômico, político, social ou jurídico.

Como primeiro requisito de admissibilidade do recurso extraordinário, a repercussão geral, uma vez não demonstrada,

inevitavelmente resultará em não seguimento do recurso e, conseqüentemente, dos demais que se encontram sobrestados até a apreciação da repercussão daquele, desde que se trate de matéria semelhante, haja vista o caráter vinculante da decisão em comento, que inclusive é irrecurável.

Wambier (2005, p. 242) enfatiza que o instituto da repercussão geral impede que o STF figure como órgão de quarta instância recursal, diminuindo consideravelmente o volume de processos naquele órgão julgador, reforçando sua competência de apreciação de matérias constitucionais, mas que efetivamente tenham relevância social, não sendo “qualquer questão que se considere como tendo repercussão geral, só pela circunstância de ter ofendido o texto, mas a questão deve gerar repercussão geral em si mesma.” (WAMBIER; WAMBIER; MEDINA, 2007, p. 241).

O efeito vinculante da repercussão geral reforça a supremacia do precedente do STF, estabelecendo que deve ser seguido obrigatoriamente a decisão que apreciar a repercussão geral.

Do ponto de vista da celeridade processual, o referido instituto é eficiente, pois permite que por meio de um julgamento evite-se a análise de outros tantos processos com questões semelhantes, diminuindo consideravelmente o volume de trabalho do Supremo Tribunal Federal, possibilitando, desta forma, que decisões com maior qualidade sejam proferidas (WAMBIER; WAMBIER; MEDINA, 2007, p. 240).

Em sentido contrário, Lima (2008, p. 195) assevera que a repercussão geral não é solução para a questão da morosidade do judiciário. Em seu entendimento esse instituto “[...] estancará ainda mais o julgamento do recurso extraordinário, pois ficará o ministro relator obrigado a colocar em pauta aquele recurso para que, no mínimo, 2/3 dos ministros do STF se manifestem pelo seu recebimento ou rejeição.”

Na mesma trilha de entendimento, enfatiza ainda o autor que a repercussão geral “[...] em nada contribui para a celeridade do recurso

extremo, deixou apenas implícito que o recebimento do extraordinário ficará atrelado à vontade e à interpretação do que seja repercussão geral [...]”, ou seja, em sua visão, além de o referido instituto não contribuir com a celeridade dos processos, ainda fica à mercê da discricionariedade dos ministros do STF.

De qualquer forma, o que se verifica é que o objetivo primordial do instituto da repercussão geral, assim como os demais ora em estudo, está relacionado com o problema da morosidade do judiciário na entrega da prestação jurisdicional, com a segurança e previsibilidade do direito assim como com a sua estabilidade.

2.4.4 Demais alterações surgidas com o objetivo de previsibilidade do Judiciário

Não só previsibilidade e estabilidade se pretendia com a reforma do judiciário, conforme já explicado alhures, mas também desafogar os Tribunais Superiores. Para tanto, outras alterações no sistema processual civil brasileiro ocorreram a partir da reforma do Judiciário implementada com a EC 45.

Pode-se numerar a antes denominada sentença vinculante, e que agora vem prevista no art. 332 do novo código de processo civil intitulada de “improcedência liminar da pretensão inicial”, que possibilita ao juiz de primeiro grau a julgar improcedente no mérito a ação judicial proposta quando a matéria for unicamente de direito e a pretensão contrariar Súmulas de Tribunais Superiores, julgamento em recurso repetitivo no âmbito do STJ e STF e ainda tese firmada em incidente de resolução de demanda repetitiva.

Ainda neste sentido e com objetivo de celeridade, possibilitou-se ao relator, em decisão monocrática de segundo grau de jurisdição, julgar recurso quando a respeito da questão jurídica em debate houver súmula

do STF ou do STJ, entendimento firmado em incidente de resolução de demanda repetitiva; também permitiu-se ao relator negar seguimento a recurso “[...] inadmissível, improcedente, prejudicado ou em confronto com súmula ou com jurisprudência dominante do respectivo Tribunal, do Supremo Tribunal Federal ou do Superior Tribunal de Justiça.”

Todas estas transformações demonstram o interesse em mecanismos que concedam celeridade processual, uniformidade e coerência nas decisões, como também estabilidade do Direito a partir da prestação jurisdicional, regra essa que inclusive vem positivada no art. 926 da nova Lei processual civil.

Por fim, é importante enfatizar que essa uniformidade e estabilidade não significam imutabilidade dos entendimentos, os quais podem ser alterados nos termos propostos também pela nova lei de processo civil.

Conclui-se, nesse contexto, que as transformações por que vem passando o sistema processual civil estão relacionadas à primeira vista em dois pontos importantes, sendo eles: a) a resolução do problema da morosidade da entrega da prestação jurisdicional; e b) tornar o processo mais ágil com a prestação jurisdicional estável e previsível e, com isso, assegurar o acesso à justiça. Todavia, num segundo momento e “não tão à primeira vista”, o que se percebe é que por trás dessas transformações e com o argumento amparado nos dois pontos acima enunciados, a modificação no sistema processual civil ora implementada encontra-se difundida em interesses outros, que não propriamente aqueles mencionados, estando mais diretamente relacionados à redução do número de processos nos Tribunais Superiores, assim como em uniformizar e estabilizar o direito a partir do pronunciamento judicial, dando margem, inclusive, a um ambiente propício aos negócios. Tal questão ficará melhor caracterizada nas próximas seções.

CAPÍTULO III
INTERAÇÕES ENTRE
MERCADO E DIREITO

Partindo da premissa de que a transformação do sistema processual civil que ora vem sendo implementada também foi difundida para propiciar um ambiente favorável aos negócios, surge a necessidade de se analisar como o Poder Judiciário e consequentemente o Direito restaram envolvidos pelas transformações derivadas do pensamento neoliberal. Neste contexto, a presente seção pretende entender o surgimento e desenvolvimento do neoliberalismo, analisando-o desde o Estado Absolutista até o Estado Democrático de Direito. Após, verificar como o ideal neoliberal se ocupou da globalização para difundir sua hegemonia e, por fim, demonstrar como o neoliberalismo estabelece sua influência no mercado e no Direito, dando o primeiro passo com o princípio constitucional da eficiência.

3.1 SURGIMENTO DO NEOLIBERALISMO: DO ESTADO ABSOLUTO AO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

O debate que se pretende travar neste tópico está relacionado ao neoliberalismo e o desenvolvimento das relações sociais, visando entender de que forma os negócios foram afetados com uma carga de celeridade nas suas resoluções em busca do lucro rápido do mercado, muitas vezes em detrimento de direitos e até mesmo de funções desempenhadas pelo Estado, em face da flexibilização das normas internas dos Estados pela hegemonia do mercado no período neoliberal.

Para compreender como se chegou a essa modalidade de política do mercado, denominada neoliberalismo, há a necessidade de se fazer um percurso na história dos sistemas políticos de Estado, ou seja, do Estado Absolutista ao Estado Democrático de Direito, e, assim, verificar como se desenvolveu a “revolução neoliberal democrática global” (AVELÃS NUNES, 2006, p. 63-118) que possui um discurso único, ou seja, do império do capitalismo, sem a intervenção do Estado.

Convém sublinhar que o Estado Liberal surgiu no início do século XVIII em contraposição ao Estado Absolutista sendo este um período em que o poder era concentrado de forma absoluta e totalitária nas mãos do monarca que, por essa razão, se confundia com o próprio Estado. Sua duração se deu até meados do século XIX e se baseou na defesa de direitos inatos aos homens e que devem ser reconhecidos e protegidos pelo Estado (JUCÁ, 2009, p. 135).

Nesse novo período – liberal - marcado por grandes revoluções idealistas e libertárias, primeiro a inglesa ainda no século XVII e posteriormente as revoluções Americana em 1776 e Francesa em 1789, “[...] e que teve como concepções ideológicas as figuras de Robert Malthus, David Ricardo e Stuart Mill na chamada escola clássica do pensamento liberal” (JUCÁ, 2009, p. 139) e John Locke, Montesquieu, Rousseau e Immanuel Kant que se destacaram no âmbito do liberalismo político, presenciou-se o enfraquecimento do poder absoluto que detinha o Estado, tendo em vista o reconhecimento de direitos do homem, chamados direitos de primeira geração, o impedimento do Estado em intervir no mercado por força da pressão burguesa, e ainda a “[...] divisão dos Poderes, defendida por Montesquieu, visando não mais permitir a concentração do poder nas mãos de apenas um.”⁴⁴ (MONTESQUIEU, 2000, p. 166).

A transição para o período liberal significou a substituição do poder centrado e legitimado em forças superiores à sociedade para um Estado estruturado em instituições calcadas num ordenamento jurídico

⁴⁴ Quando em uma só pessoa, ou em um mesmo corpo de magistratura, o Poder Legislativo está reunido ao Poder Executivo, não pode existir liberdade, pois se poderá temer que o mesmo monarca ou o mesmo senado criem leis tirânicas para executá-las tiranicamente. Também não haverá liberdade se o poder de julgar não estiver separado do Poder Legislativo e do Executivo. Se o poder de julgar estiver unido ao Poder Legislativo, o Poder o sobre a vida e a liberdade dos cidadãos será arbitrário, pois o juiz será legislador. E se estiver ligado ao Poder Executivo, o juiz poderá ter força de um opressor. Tudo então estaria perdido se o mesmo homem, ou o mesmo corpo dos principais, ou o dos nobres, ou o do povo, exercesse estes três poderes: O de criar as leis, o de executar as resoluções públicas e o de julgar os crimes e as querelas dos particulares (MONTESQUIEU, 2003, p. 166).

que busca estabelecer a igualdade e liberdade a seus cidadãos, bem como que procura “intervir o mínimo possível em suas relações sociais e no mercado”,⁴⁵ caracterizando, assim, o Estado mínimo (CRUZ, 2001, p. 107).

Neste cenário, “[...] o liberalismo econômico substitui o intervencionismo mercantilista de empresa e de mercado e a livre contratação, rompendo com as restrições da época anterior” (CRUZ, 2001, p. 81), se amoldando numa sociedade dinâmica em desenvolvimento econômico e social, rumando em direção de uma economia pautada na liberdade de comerciar, o que tornou o “liberalismo”⁴⁶ e o capitalismo quase como sinônimos.

Toda esta mudança que teve início na Inglaterra, no século XVI, se confirmando com as revoluções americanas e francesa, se caracterizou por força e pressão da classe burguesa que, com a conquista da mudança de regime, para o liberalismo, passou a controlar o Poder (CRUZ, 2001, p 108-109)

A classe burguesa ao mesmo tempo em que buscou a defesa da liberdade e reconhecimento de direitos do homem com a edição de normas por ela criadas, através de seus representantes, também buscou limitar a atuação do Estado, em especial nas atividades econômicas promulgando, ainda, a propriedade privada no centro principal dos interesses, conferindo-lhe especial proteção, ou seja, tornando possível o desenvolvimento do capitalismo (CRUZ, 2001, p. 108-109).

Somado a isso, verificou-se, no mesmo período, o grande acúmulo de proletários camponeses ao redor das cidades devido à revolução

⁴⁵ De acordo com Adam Smith “[...] deixar a máxima liberdade aos indivíduos que buscassem enriquecer significaria conseguir uma produção ótima ao menor custo possível, assim como a harmonia social. Daí que, salvo para garantir o bem comum da sociedade, os poderes públicos não poderiam, de forma nenhuma, pois seria um erro gravíssimo, intervir no plano econômico.” (CRUZ, 2001, p. 107).

⁴⁶ No presente trabalho utiliza-se o conceito de liberalismo como sendo “corrente de pensamento que se consolidou a partir das revoluções burguesas do século XVIII, caracterizada por defender as maiores cotas possíveis de liberdade individual frente ao estado, que deve procurar ser neutro. Postula tanto uma filosofia tolerante da vida como modelo social que conseguiu substituir o Antigo regime e cujos conteúdos se constituíram em fundamento jurídico e político das constituições democráticas (CRUZ, 2001, p. 89).

industrial, onde os trabalhadores passaram a ser substituídos pelas máquinas e explorados com grande carga horária de trabalho, bem como baixos salários, fazendo jus aos direitos de liberdade e propriedade de forma efetiva apenas os burgueses, ou seja, que já eram proprietários, tendo em vista que “[...] construíram sociedades conforme seus interesses, nas quais todos os cidadãos tinham os mesmos direitos civis, mas só uma minoria – os proprietários – gozavam de direitos políticos.” (CRUZ, 2001, p. 110).

Estes fatos levaram o Estado, a partir da metade do século XIX, a adotar uma maior intervenção na economia, impondo determinados limites no avanço do liberalismo, que demonstrava uma certa contradição com os princípios que o levaram a se sobrepôr ao Estado absolutista e o que vinha de fato ocorrendo. Paulo Marcio Cruz (2001, p. 116) adverte que, com isto, “[...] alguns Países europeus foram precursores em estabelecer legislações com o reconhecimento de direitos sociais e trabalhistas, assim como a criação de classe de representante dos trabalhadores.”⁴⁷

Frente à pressão das massas pelo reconhecimento de direitos sociais, o Estado liberal passa a ser intervencionista, até mesmo pelo medo de um crescimento do comunismo após a revolução Russa de 1917, “[...] o que sugere que se mantenha a proteção do capitalismo, com o modelo de um Estado econômico”,⁴⁸ mas com o reconhecimento de direitos sociais, surgindo, desta forma, o Estado Social (SCOTT, 2000, p. 52-53).

Neste novo modelo de Estado são adotados os direitos fundamentais de segunda geração, caracterizados por direito à saúde,

⁴⁷ [...] países desenvolvidos como Inglaterra, França, Alemanha, Bélgica e Suíça iniciassem decididas políticas de intervenção nos domínios econômico e social que se materializaram através de legislações trabalhistas e sociais que objetivaram eliminar os aspectos mais injustos do capitalismo, tendendo a eliminar – ou diminuir muito – a luta de classes, inserindo no sistema sócio-político os sindicatos dos trabalhadores e isolando do grosso das camadas sociais os revolucionários que defendiam soluções políticas radicais (CRUZ, 2001, p. 116).

⁴⁸ Os Estados de economia capitalista perceberam que para assegurar o princípio da liberdade na economia – enquanto capacidade individual de autodeterminação econômica – e, por conseguinte, o seu próprio sistema, teriam de assumir, mesmo que parcialmente, alguns compromissos solidaristas próprios do comunismo e, enquanto período de transformação, do socialismo (SCOTT, 2000, p. 52-53, grifo do autor).

à previdência e à educação, os quais demandavam prestações estatais positivas e políticas públicas interventivas para a concretização destes direitos, rompendo, assim, com o modelo clássico de tripartição de Poderes, na medida em que proporcionou mais atribuições do Legislativo ao Executivo bem como ao Judiciário, que deixa de ser um mero aplicador da lei (JUCÁ, 2009, p. 142).

Com a denominação por “alguns pesquisadores de Estado Contemporâneo Democrático”,⁴⁹ o Estado social se caracterizou pela forte intervenção nas relações sociais e econômicas, buscando a realização de um Estado de bem-estar social, mantendo as bases capitalistas, implementando uma maior participação democrática social e conferindo uma maior proteção de direitos que, por pressão e em face da conjuntura econômica, foram reconhecidos como fundamentais.

O Estado agora preocupado com o bem-estar dos cidadãos, passa a exercer uma posição mais ativa na realização destes direitos fundamentais, o que exige um aumento na carga tributária tendo em vista os custos financeiros para a concretização de seus objetivos.

Mesmo havendo maior exigência de tributos necessários à realização de prestações que assegurassem a concretização destes direitos sociais, a partir da década de 70, em especial com a crise do petróleo, o Estado se viu com dificuldades em continuar a implementar sua política intervencionista, tendo em vista a dificuldade de arrecadar recursos que se surgiu, o que motivou e deu força novamente ao debate sobre a viabilidade de um Estado mínimo, mas agora cada vez mais com a “[...] participação popular nas

⁴⁹ O Estado Contemporâneo democrático que será aqui tratado é o também chamado de Estado Social, Estado de Bem-Estar ou Estado Social Democrata [...] entendido como aquele que intervém na Sociedade para garantir oportunidades iguais a seus cidadãos nos âmbitos econômico, social e cultural [...] (CRUZ, 2001, p. 152).

⁵⁰ No mesmo sentido Wolkmer (1990, p. 26) escreve que “finalmente, a crise e a falência do modelo liberal, a eclosão da sociedade industrial de massas, bem como as profundas transformações socioeconômicas ocorridas em fins do século XIX e começos do século XX, possibilitaram a complexa experiência de uma estrutura que, por estar ainda em curso, assume diversas especificidades, cunhada por autores com as designações de Estado Social, Estado do Bem Estar, Estado Providência ou Assistencial (Welfare State), Etc.

decisões políticas com enfoque na realização dos direitos fundamentais de primeira e segunda geração.” (JUCÁ, 2009, p. 144).

Com isso, “parcerias público-privadas”⁵⁰ passaram a ser implementadas para a realização de serviços e obras públicas necessárias, atuando o Estado na fiscalização e supervisão. De uma figura intervencionista passa a garantir o mínimo necessário à realização e proteção da dignidade da pessoa humana, sem olvidar a necessidade de não interferir na economia, no mercado, o que reacende um novo modelo liberal que tem por linha a “[...] abertura dos mercados internos, estrita disciplina fiscal com corte de gastos sociais, privatizações, desregulamentação do mercado e flexibilização das relações de trabalho.” (JUCÁ, 2009, p. 144).

Avelãs Nunes (2012, p. 20) observa que esse novo modelo de pensamento, que passa a dominar nos Estados, propõe o predomínio dos interesses do mercado, enfatizando a liberdade de atuação na economia em razão da propriedade privada e defesa do crescimento do patrimônio, estimulando e priorizando o individualismo e o competitivismo às margens da proteção e interferência estatal, reinventando o Estado mínimo.⁵¹

Essa linha neoliberal é tida por seus defensores como um modelo de agir, onde cidadãos encontrarão maiores oportunidades de crescimento econômico, inclusive de realização de desejos consumistas, já que pela

⁵⁰ As PPP's tiveram notável desenvolvimento nos séculos XVIII e XIX, “[...] a partir do predomínio das idéias liberais que pregavam a diminuição do Estado e a sua retirada da seara econômica.” Se trata de concessão de serviços públicos a entes privados, em parcerias com a própria sociedade, para sua execução, inclusive daqueles serviços que o Estado não seja titular. No Brasil, a lei que rege este instituto é a Lei Federal 11.079/2004 e a Lei Federal 8.987/1995 (FASANARO; CASTRO JUNIOR, 2010, p. 359-363).

⁵¹ Enfatiza o autor em sua obra “A crise do Capitalismo” que “o estado capitalista munuiu-se de outras armas, para cumprir seu papel nas condições históricas das últimas três ou quatro décadas. Anti-Keynesiano, apostou na privatização do setor público empresarial; na destruição do estado-providência; na criação das condições para a hegemonia do capital financeiro; na plena liberdade de circulação de capitais; na liberdade da indústria dos produtos financeiros, criados em profusão, sem qualquer relação com a economia real, apenas para alimentar os jogos de azar jogados nas bolsas-casinos; na independência dos bancos centrais, senhores absolutos das políticas monetárias posta ao serviço exclusivo da estabilidade dos preços; na desregulamentação dos mercados, na redução dos direitos dos trabalhadores, em nome de uma pretensa competitividade; na flexibilização e desumanização do Direito do Trabalho (transformado o direito das empresas ou direito dos empresários e negando a sua característica histórica de direito dos trabalhadores, inspirado no princípio do *favor laboratoris*)

proteção do Estado de bem-estar haveria uma “[...] ameaça à liberdade individual ou, pelo menos, como um fator inibidor à iniciativa privada” (CRUZ, 2001, p. 257), tendo em vista a proteção paternalista do Estado que “[...] retira dos indivíduos o estímulo ao trabalho e os faz menos aptos a assumir riscos.” (CRUZ, 2001, p. 257).

Prega-se a liberdade e igualdade por meio da possibilidade de competitividade, denominado por HAYEK (1990, p. 109) de regime de concorrência, onde as pessoas terão a possibilidade de enriquecimento, já que tal fator dependerá mais de cada um do que efetivamente de dependência dos demais, ou do próprio Estado. Por isso, prega a intervenção mínima do Estado na economia, nas relações comerciais bem como em relação aos direitos sociais e trabalhistas.

Neste seguimento, o neoliberalista Von Hayek (1990, p. 109) ainda explica que

Sem dúvida, no regime de concorrência, as oportunidades ao alcance dos pobres são muito mais limitadas que as acessíveis aos ricos. Mas mesmo assim em tal regime o pobre tem uma liberdade maior do que um indivíduo que goze de muito mais conforto material numa sociedade de outro gênero. No regime da concorrência, as probabilidades de um homem pobre conquistar grande fortuna são muito menores do que a daquele que herdou sua riqueza. Nele, porém, tal coisa é possível, visto ser o sistema de concorrência o único em que o enriquecimento depende exclusivamente do indivíduo e não do favor dos poderosos, e em que ninguém pode impedir que alguém tente alcançar esse resultado.

Da mesma forma, defende a propriedade privada⁵² também como elemento de garantia de liberdade, pois enfatiza que “o sistema de

(AVELÃS NUNES, 2012, p. 20).

⁵² Ao citar Max Eastman, Von Hayek (1990, p. 111) menciona passagem de um artigo daquele autor,

propriedade privada é a mais importante garantia de liberdade, não só para os proprietários, mas também para os que não são (HAYEK 1990, p. 110).

O neoliberalismo, portanto, como o próprio nome sugere, trata-se de um novo liberalismo, que a exemplo do regime liberal que surgiu em face do modelo absolutista, prega a intervenção mínima do Estado na economia, a desregulamentação das relações com o mercado, bem como um maior individualismo, por entender que aí está a fonte da liberdade, a partir da liberdade de iniciativa e de concorrência, prezando, ainda, pela proteção da propriedade privada e da garantia do cumprimento dos contratos.

Apesar de sua semelhança com o liberalismo, deve-se observar que ocorreram em momentos históricos diferentes, sendo o liberalismo no século XVIII e o neoliberalismo no século XX, bem como em contextos diferenciados, pois que naquele primeiro, os liberais se deparavam com o Estado Absolutista, de pouco reconhecimento e proteção de direitos dos indivíduos. Já os neoliberais, conforme se verá a seguir, se deparam com um Estado intervencionista na busca de reconhecimento e proteção de direitos fundamentais e, desta forma, procuram intervir no Estado para afastá-lo da economia, interferindo, se necessário, no direito e nas instituições.

Vem a ser a nova forma de pensar a economia, mas que se choca com a ideologia do socialismo, até então promovendo o que chamam de um Estado de bem-estar, já que o modelo neoliberal propõe a retirada do máximo possível da interferência do Estado⁵³ para alavancar os interesses

tratando da propriedade privada como elemento garantidor da liberdade, onde Eastman enfatiza: “[...] parece-me agora evidente – [escreve ele em recente artigo], - embora deva confessar que tardei em chegar a essa conclusão, que a instituição da propriedade privada é um dos principais fatores que conferiram ao homem justamente aquela porção limitada de liberdade e igualdade que Marx esperava tornar infinita, ao abolir tal instituição. O estranho é que Marx foi o primeiro a perceber esse fato. Foi ele que nos informou, remontando ao passado, que a evolução do capitalismo privado com o mercado livre foi a condição prévia da evolução de todas as nossas liberdades democráticas. Nunca lhe ocorreu, considerando o futuro, deduzir que, se assim acontecia, essas outras liberdades poderiam desaparecer com a abolição do mercado livre.”

⁵³ O neoliberalismo não estaria comprometido com as finalidades sociais do estado porque a distribuição dos bens entre as pessoas ocasiona retrocesso à garantia e prevalência das liberdades individuais (AQUINO, 2010, p. 403).

privados e do mercado, em especial nos Estados em desenvolvimento, chegando ao ponto de influenciar nos sistemas legal e judicial.⁵⁴

3.2 A DIFUSÃO DO NEOLIBERALISMO POR MEIO DA GLOBALIZAÇÃO

Como dito em linhas anteriores, o neoliberalismo se caracteriza por uma ideologia voltada a implementar uma política sem a interferência do Estado nas relações econômicas, buscando maior flexibilização na legislação trabalhista, redução da carga tributária, diminuição de gastos públicos com programas sociais, maior proteção à livre concorrência e privatização do setor público, deixando que “[...] as leis do livre mercado regulem a vida econômica da sociedade.” (CRUZ, 2001, p. 124).

Avelãs Nunes (2012, p. 54) vai além, e conceitua o neoliberalismo como

[...] o capitalismo na sua essência de sistema assente na exploração do trabalho assalariado, na maximização do lucro, no agravamento das desigualdades. O neoliberalismo é a expressão ideológica da hegemonia do capital financeiro sobre o capital produtivo, hegemonia construída e consolidada com base na ação do estado capitalista, porque ao contrário de uma certa leitura que dele se faz, o neoliberalismo exige um forte estado de classe ao serviço dos objetivos do setor dominante das classes dominantes, o capital financeiro.

Essa nova forma de pensar, que se estabeleceu no século XX, passou a ser implementada já nos governos conservadores de Margareth Thatcher, na Grã-Bretanha e Ronald Reagan, nos Estados Unidos,

⁵⁴ Deve ser salientado que o modelo neoliberalista propõe para os Estados em desenvolvimento uma série de estratégias para estimular o mercado, sendo uma delas “estabelecer um sistema legal e judicial adequado para proteger a propriedade e garantir o desfrute dos benefícios do esforço empresarial, sem carga tributária excessiva, por exemplo (CRUZ, 2011, p. 260).

numa oposição clara à política do Welfare State difundido na teoria “keynesiana”,⁵⁵ tendo em vista buscar o fim da proteção social do Estado em função da maior liberdade de comércio.

A realização destas medidas se deu frente à execução de políticas de avanço do mercado externo, com o desenvolvimento de negociações entre os países ao menor custo interno possível a partir da redução dos custos do trabalho, bem como de tributação, o que, conseqüentemente, afetou a realização de proteção de direitos fundamentais pelos Estados.

Com isso, acentua Faria (2004, p. 37), “relativizam-se ações estatais sociais”,⁵⁶ fecham-se os olhos para as barreiras e limites geográficos dos Estados em nome do mercado, já que, nesta nova conjuntura do “capitalismo democrático”,⁵⁷ sendo esta expressão bastante difundida para sustentar que não há possibilidade de democracia sem a presença do capitalismo, presencia-se o surgimento de um novo princípio jurídico, o do melhor interesse do mercado (DA ROSA, 2010, p. 76).

Em consequência de um Estado voltado para aceitação e proteção da ideologia neoliberal, Santos (2007, p. 19-20) reforça que o que se tem é o aumento, cada vez maior, do nível de desigualdade social, com o aumento

⁵⁵ O economista inglês John Maynard Keynes (1883 – 1946) se converte no autor mais influente do Ocidente, na medida em que propõe uma teoria econômica que proporcionaria as bases econômicas de desenvolvimento capazes de sustentar políticas sociais redistributivas. Keynes conseguiu convencer aos grupos sociais dominantes no Ocidente, de que a melhor forma de conter o movimento proletário e estabilizar o sistema, consistiria em reformar o sistema numa via possível e gradual (CRUZ, 2001, p. 119).

⁵⁶ No âmbito dessa ordem, as estruturas administrativas, políticas e jurídicas do Estado nação não desaparecem, é obvio. Mas vêm relativizados alguns dos instrumentos básicos que caracterizaram sua ação nas últimas décadas, como a ‘gestão normalizadora’ dos mercados; a intervenção nas negociações entre o capital e o trabalho para mantê-los dentro dos limites com níveis de crescimento de pleno emprego; a produção direta de insumos e a prestação direta de serviços por meio de empresas públicas; o estabelecimento de barreiras legais à entrada e saída de capitais e produtos; a imposição de determinadas restrições ao regime de propriedade privada em face de sua função social; e, por fim, a utilização da política tributária com vistas à indução do comportamento e decisões dos agentes econômicos, ao financiamento dos programas sociais e à distribuição de renda (FARIA, 2004, p. 37).

⁵⁷ Talvez o golpe de mestre do discurso tenha sido o de colocar seus fundamentos ligados à noção de ‘capitalismo democrático’, a saber, a impossibilidade de democracia sem capitalismo. Com esta bandeira – capitalismo democrático – como único meio de crescimento econômico manipula-se o discurso para se promover, no âmbito mundial, os pressupostos do livre mercado e, após o 11 de setembro da ‘ordem mundial’ (DA ROSA, 2010, p. 76).

da miserabilidade, do desemprego, baixa qualidade no ensino, bem como a diminuição da qualidade de vida das classes médias em contrapartida do aumento da riqueza das classes mais poderosas que se resumem nos grandes conglomerados, e que o autor denomina de “globalização como perversidade”.⁵⁸

Visando dar sustentabilidade a essa política comandada pelo mercado, “[...] legislações internas dos Estados são influenciadas, o que, muitas vezes, acaba na relativização dos próprios direitos fundamentais, em nome do desenvolvimento”,⁵⁹ em nome da necessidade de atrair investimento para dentro dos países, provocada por normas gerais emanadas de órgãos controladores do mercado, como Fundo Monetário Internacional⁶⁰ e Banco Mundial.

É neste novo quadro que passa a se desenvolver o Estado mínimo, ou seja, pela necessidade de preservação da atuação do Estado relativamente a assegurar a ordem social, sendo chamado apenas em último recurso.⁶¹ “O Estado não desapareceu, mas relativizou-se em determinadas dimensões

⁵⁸ De fato, para a grande maior parte da humanidade a globalização está se impondo como uma fábrica de perversidades. O desemprego crescente torna-se crônico. A pobreza aumenta e as classes médias perdem em qualidade de vida. O salário médio tende a baixar. A fome e o desemprego se generalizam em todos os Continentes. Novas enfermidades como a SIDA se instalam e velhas doenças supostamente extirpadas, fazem seu retorno triunfal. A mortalidade infantil permanece a despeito dos processos médicos e da informação. A educação de atualidade é cada vez mais inacessível. Alastram-se e aprofundam-se males espirituais e morais, como os egoísmos, os cinismos, a corrupção (SANTOS, 2007, p. 19-20).

⁵⁹ O mercado mundial unificado implica uma proeminência do mercado como lugar vazio, destruindo os ordenamentos jurídicos internos, com diversas estratégias: a) Criação de Órgãos Supranacionais (OMC, dentre outros), nos quais as decisões não são legitimadas por qualquer processo democrático; b) validade das normas internacionais sobre o direito interno, para além da noção clássica de Soberania, abrindo-se as portas pelo discurso dos Direitos Humanos; c) reflexibilidade da estrutura do ordenamento jurídico interno; d) Poder de conglomerados e do capital financeiros que circula sem limites, em face dos Estados (ROSA, 2010, p. 79).

⁶⁰ Avelãs Nunes (2012, p. 24), neste aspecto, comenta que “a partir da década de 70 do século XX, sempre que um país recorre aos serviços do FMI, este condiciona o apoio pretendido à aceitação, pelo país em dificuldades, dos princípios da livre convertibilidade da moeda e da livre circulação internacional de capitais”.

⁶¹ Robert Nozick, filósofo norte americano da Universidade de Harvard “[...] defende que somente o Estado mínimo, limitado às funções restritas de proteção contra a força, o roubo, a fraude, e voltada à fiscalização do cumprimento de contratos, entre outras, pode ser justificado. Qualquer proposta, segundo o autor, de um Estado mais amplo – violador, por consequência, das liberdades pessoais -, torna-se injustificável.” (MARCELLINO JUNIOR, 2009, p. 132).

legais, de maneira que não se reconhece mais o ente político-jurídico em suas características clássicas.” (STELZER, 2010, p. 15).

Os ideais neoliberalistas difundidos pela política de liberdade de concorrência somada à desregulamentação do mercado e ainda à pretensão de uma economia global, trazem um novo modo de pensar o desenvolvimento “[...] para se juntar crescimento econômico com progresso técnico, via expansão da produção e acumulação privada da riqueza, pelo aumento dos lucros, a cargo dos mais capazes (ricos), com redução do status dos trabalhadores e consumidores mínimos.” (ROSA, 2010, p. 75).

É nesse período neoliberal que se vê o surgimento da ideia de globalização, que se caracteriza por um movimento econômico-comercial em escala global, fortalecido especialmente no desenvolvimento da tecnologia, na flexibilização das telecomunicações e meios de transportes, o que, somado à ideologia neoliberal, tem como fator relevante o enfraquecimento da soberania do Estado-nação, com a fragilização de sua autoridade.⁶²

Na visão de Santos (2002, p. 29) essa nova tendência da economia global tem como características marcantes a intensificação das relações comerciais dentro de uma modelo econômico dominado pelo sistema financeiro em escala global e processos de produção multilocais a baixo custo de transporte, isso tudo contando com uma revolução nas tecnologias de informática e comunicação que ocorrem simultaneamente

⁶² Nesse novo contexto socioeconômico, embora em termos *formais* os Estados continuem a exercer soberanamente sua autoridade nos limites de seu território, em termos substantivos muitos deles já não mais conseguem estabelecer e realizar seus objetivos exclusivamente por si e para si próprios. Em outras palavras, descobrem-se materialmente limitados com sua autonomia decisória. E, conforme o peso relativo de suas respectivas economias nacionais na economia globalizada, a dimensão de seu mercado consumidor, a capacidade de investimento dos capitais privados nacionais, o controle da tecnologia produtiva, a especificidade de suas bases industriais, o grau de modernidade de sua infraestrutura básica e os níveis de escolaridade e informação de suas sociedades já não mais dispõem de condições efetivas para implementar políticas monetárias, fiscal, cambial e previdenciária de modo independente, nem para controlar todos os eventos possíveis dentro de sua jurisdição territorial. Numa situação extrema, os Estados chegam ao ponto de não mais conseguirem estabelecer os tributos a serem aplicados sobre a riqueza – esta é que, transnacionalizando-se, passa a escolher onde pagá-los (FARIA, 2004, p. 23).

à ascensão do ideal neoliberal somados à emergência de três grandes capitalismo transnacionais:

[...] o americano, baseado nas relações privilegiadas deste país com o Canadá, o México e a América Latina; o japonês, baseado no Japão e nas suas relações privilegiadas com os quatro pequenos tigres e com o resto da Ásia; e o europeu, baseado na União Europeia e nas relações privilegiadas desta com a Europa de Leste e com o Norte da África (SANTOS, 2002, p. 29) [caracterizando uma maior expansão e agilidade nas relações negociais].

Fenômeno derivado da globalização é a transnacionalização, que importa desterritorialização do comércio e ampliação da hegemonia do capitalismo, com a operação do comércio à margem da soberania estatal, sendo formada por organismos, corporações com sociedades estabelecidas em vários países.

“A transnacionalidade se evidencia pela ‘desterritorialização’⁶³ dos relacionamentos político-sociais, fomentado por sistema econômico capitalista ultravalorizado que articula ordenamento jurídico mundial à margem das soberanias dos Estados.” (STELZER, 2010, p. 20).

Ianni (1995, p. 93) reforça que a desterritorialização está especialmente vinculada à noção de transnacionalização, posto que se caracteriza em estruturas do poder econômico, político, social e cultural internacionais, mundiais ou globais descentradas, sem qualquer localização neste ou naquele lugar, região ou nação. No caso das empresas, a desterritorialização está caracterizada na possibilidade de descentralizar a cadeia produtiva, com sua ampliação para alguns ou vários Estados, sempre com o fim de redução de custos e, conseqüentemente, majoração dos lucros.

⁶³ A teoria econômica aponta algumas razões para a desterritorialização da produção: permite aproveitar a compra de insumos ou serviços mais baratos no estrangeiro, propicia menos contratação de mão de obra e aumenta a chance da empresa compradora em promover a especialização do trabalho (STELZER, 2010, p. 27).

Outro fator que contribuiu sobremaneira para a expansão do neoliberalismo e, conseqüentemente, da globalização com a transnacionalização dos mercados de insumos, capitais e consumo foi, sem dúvida, a revolução da informática que aproximou e acelerou as relações pessoais e comerciais através de expansão da informação e comunicação por meios eletrônicos, ou seja, pelo rádio, telefone e computadores entre outros.

Bemfica (2002, p. 28) acresce que esse processo de informatização, que aproximou as cadeias de relacionamento, importou numa maior democratização do conhecimento, bem como derrubou as barreiras geográficas e culturais, oportunizando sua disseminação entre os povos ao mesmo tempo em que aproximou e facilitou as redes de produção, sendo também responsável pelo surgimento de mecanismos de informação e comunicação que refletem em considerável aumento de produção e lucratividade, encurtando as distâncias e aproximando fornecedores de bens e serviços com seus clientes, independentemente da localização geográfica em que estejam situados.⁶⁴

Com isso, essa “[...] designada revolução científica teve por base a robotização, a automotização, a informatização e a tecnologia de ponta, viabilizando novos produtos e mão de obra especializada” (STELZER, 2010, p. 26), o que, certamente, gerou a complexidade das relações comerciais e, com ela, a agilidade necessária dos negócios, das informações a serem processadas, enviadas e recebidas, o que, inevitavelmente, leva os Estados a se adequarem às alternativas jurídicas estabelecidas pelos conglomerados empresariais.

Presencia-se, neste aspecto, o que se chama de sociedade da informação, sendo este mais um elemento que surgiu e ganhou força com

⁶⁴ Fernández-Aballi (apud BEMFICA, 2002, p. 28) menciona que “[...] a introdução imediata na prática social destes novos produtos e serviços está transformando acelerada e definitivamente a forma segundo a qual os seres trabalham, vivem e se relacionam e, portanto, vai modificar de forma permanente a educação, o trabalho, o governo, os serviços públicos, o mercado, as formas de participação cidadã, a organização da sociedade e as relações humanas, entre outras coisas.”

a globalização e que, além de tudo que foi dito alhures, se caracterizou pela hegemonia do neoliberalismo, agora a partir da inserção de base tecnológica ligada ao consumo no mercado, inclusive num modelo virtual, viabilizando a ampliação das relações de consumo e de mercado num espaço transnacional, sem fronteiras, fomentando a imposição de regras ditadas pelo mercado e não mais pelo Estado.

O cenário da globalização, portanto, transforma o modo de pensar da economia, os espaços das relações sociais e o próprio Estado em suas funções de poder, passando o mercado a ser protagonista dessa mudança de paradigmas que resultou em significativas alterações em busca de uma postura dominante gerando, dentre outras características,⁶⁵ “[...] a terceira revolução tecnológica, desempenhando um papel decisivo na reprodução das formas de poder e de dominação social.” (SILVA, 2010, p. 101). Resta verificar, portanto, como a difusão do pensamento neoliberal exerce influência sobre o Direito e, sobretudo, em relação às instituições do Estado.

3.3 NEOLIBERALISMO: SUA INFLUÊNCIA NO MERCADO E NO DIREITO

Estabelecido o regime neoliberal, ampliado com o surgimento da globalização que gerou uma intensa mudança nas relações sociais e, especialmente, comerciais, passa-se a uma outra etapa tão importante quanto aquela de se estabelecer a hegemonia neoliberal, sendo necessário

⁶⁵ Características importantes evidenciam o legado da globalização, podendo serem citadas “(...) 2) a formação de áreas livres comércio e blocos integrados (como o Mercosul, a União Europeia e o Nafta); 3) a crescente interligação de e independência dos mercados físicos e financeiros, em escala mundial, ao lados das inovações do sistema financeiro internacional, estruturado de acordo com as exigências do grupo dos 8 (G8) do Fundo Monetário internacional (FMI), do Banco Mundial (BM) e das empresas, corporações e conglomerados multinacionais que, ao se constituírem como novos atores, manipulam a dinâmica dos meios na produção de relações econômicas internacionais; 4) o Inglês é reconhecido como sendo a língua “universal”; 5) a moeda global é o dólar, ainda que em franco processo de decadência após a adoção do robusto Euro na União Europeia; 6) as políticas neoliberais constituem-se o braço ideológico que vai sustentar a globalização; 7) marcada a interação das esferas sociais e culturas em escala transnacional (SILVA, 2010, p. 101).

assegurar, por meio de mudanças jurídicas e institucionais que se fizerem necessárias, que efetivamente funcione o que se propõe com a economia agora globalizada, ou seja, um discurso único.

Percebe-se que a estrutura institucional forjada em relação ao Estado-nação acaba sendo posta em xeque. Fundamentada nos princípios da soberania, separação dos poderes, garantias individuais e direitos fundamentais, essa estrutura institucional acaba sendo confrontada pelas regras do mercado, pela imposição que se faz da economia sobre o debate público, sobre a participação popular na tomada de decisões a conduzir o Estado e suas políticas (FARIA, 2004).

A tomada de decisões, seja no plano Legislativo, Executivo e até mesmo Judiciário escapa à sua gerência e autonomia, encontrando-se materialmente limitados e vinculados ao plano estabelecido pela economia de mercado, agora globalizada, onde ao mesmo tempo em que se pretende desregulamentar as relações comerciais frente às normas estatais, impõe sua regulamentação sobre estas mesmas normas, “[...] pressionando o Estado a melhorar e ampliar as condições de competitividade sistêmica.” (FARIA, 2004, p. 25).

Tendo em vista a economia globalizada na política neoliberal, que influencia a hegemonia do mercado sobre as instituições clássicas do Estado, o que se vê é a busca pelo enfraquecimento destas bases, ora solidificadas no período keynesiano, em que o Estado, ora interventor na economia, assegurava de forma prestacional a difusão de direitos fundamentais por meio de sua positivação no texto constitucional.

A ideologia neoliberal se contrapõe ao modelo institucional até então estabelecido pelos Estados, pois o pensamento neoliberal encara o Direito estatal bem como as suas instituições políticas e jurídicas, promotoras de uma proteção social, como uma ameaça ao livre desenvolvimento do comércio. Na visão de Marcelino Junior (2009, p. 135), para os neoliberais “[...] uma constituição que defina o agir político-

estatal com base em Direitos Fundamentais – individuais e sociais -, e respaldada por um Judiciário forte que a efetive e garanta, é sempre vista como empecilho a ser superado.”

Cabe ao neoliberalismo a modificação destas estruturas institucionais e sociais através da recomposição do sistema de poder do Estado-nação, inclusive por meio de discussões e ampliações ou mesmo “modificações do alcance do conceito de democracia representativa”⁶⁶ por meio da sociedade da informação, já que por meio da informatização, o avanço progressivo da tecnologia, além difundir a comunicação e acesso à informação também trouxe como elemento primordial a proximidade virtual entre as pessoas, gerou o afastamento destas mesmas pessoas, o que refletiu sobremaneira no modo de agir, de pensar, de refletir e que resulta numa “intensa velocidade de empobrecimento qualitativo dos mecanismos de participação e representação políticos.” (FARIA, 2004, p. 30).

Ainda neste sentido, evidencia-se que o avanço global do mercado, por meio da transnacionalização, acabou por comprometer a forma de participação popular democrática com “a substituição da política pelo mercado como fator determinante do ‘âmbito público’ [...] e, por fim, sobre o caráter cada vez mais difuso e menos transparente da elaboração das regras jurídicas em matéria econômica, monetária, financeira, cambial, industrial e comercial.” (FARIA, 2004, p. 28).

Envolto à integração cada vez mais complexa e célere dos grandes conglomerados empresarias, os Estados perdem sua autonomia de gerência, de controle das relações negociais, e acabam se vinculando às normatizações implementadas pelo mercado e que acaba por ultrapassar as barreiras estabelecidas pelo próprio Estado, tendo em vista “[...] adotar

⁶⁶ Ao referenciar Marques Neto, Júlio Cesar elucida que “[...] no terreno político, princípios e conceitos cruciais, como os de democracia, Estado, Nação, soberania e cidadania, fundados no princípio ético da dignidade da pessoa humana, vão se transfigurando e mesmo, num sentido limite, se dissolvendo.” (MARCELLINO JUNIOR, 2009, p. 138).

as regras flexíveis da *lex mercatoria*⁶⁷ no lugar das normas do direito positivo, a condicionar cada vez mais o princípio da *pacta sunt servanda* à cláusula *rebus sic stantibus*, a trocar a adjudicação pela mediação e pela arbitragem na resolução dos conflitos.” (FARIA, 2004, p. 36).

Não se trata de interferência direta na legislação dos Estados, nem de sua modificação, mas de imposição de limites à atuação do Estado frente ao crescimento do Mercado, frente às relações jurídicas da economia envolvendo o mercado e cidadão, o que acaba fomentando o crescimento do desemprego bem como uma maior flexibilização das relações salariais (FARIA, 2004, p. 37).⁶⁸

Novamente, Faria (2004, p. 37) esclarece que a partir disso, as estruturas administrativas, políticas e jurídicas do Estado são reformadas, atendendo, direta ou indiretamente, os interesses econômicos em prol do desenvolvimento, do acesso à tecnologia de ponta, de solução à crise fiscal, aumento da produtividade industrial, entre outros.

Essa ideologia implantada pelo neoliberalismo que estabelece o interesse no mercado bem como a sua defesa por um discurso único, com hegemonia em todas as instituições sociais e dos Estados, revela-se totalmente incompatível com a ordem social, baseada na lei e na democracia.⁶⁹ Além disso, acaba se tornando mundialmente difundida com a globalização.

⁶⁷ A *Lex Mercatoria* está relacionada ao conjunto de regras de mercado baseadas nos usos e costumes e que surgiram ainda na Europa medieval, quando do desenvolvimento do mercado marítimo. No entendimento de Irineu Strenger (2000, p. 800) *Lex mercatoria* se trata de “[...] um conjunto de procedimentos que possibilita adequadas soluções para as expectativas do comércio internacional, sem conexões necessárias com sistemas nacionais e de forma juridicamente eficaz.”

⁶⁸ No âmbito dessa ordem, as estruturas administrativas políticas e jurídicas do Estado-nação não desaparecem; é óbvio. Mas veem relativizados alguns dos instrumentos básicos que caracterizam sua ação nas últimas décadas, como a “gestão normalizadora dos mercados; a intervenção nas negociações entre o capital e o trabalho, para mantê-los dentro dos limites com níveis de crescimento de pleno emprego; a produção direta de insumos e a prestação direta de serviços por meio de empresas públicas; o estabelecimento de barreiras legais, a entrada e saída de capitais e produtos; a imposição de determinadas restrições ao regime de propriedade privada em face de sua “função social”; e, por fim, a utilização da política tributária com vistas à indução de comportamento e decisões dos agentes econômicos, ao financiamento dos programas sociais e à distribuição de renda (FARIA, 2004, p. 37).

⁶⁹ Tal constatação é bem demonstrada por Dieterich, que com clareza, enaltece alguns pontos prin-

De fato, nesse processo de globalização, do qual se ocupou o neoliberalismo para difundir sua ideologia única de um mercado competitivo e vencedor, quem acabou sendo atingido foi o Estado e, conseqüentemente, seu Direito, suas leis e, inclusive, os direitos fundamentais, pois que correm o risco de serem relativizados em nome de um Estado mais voltado com a propagação do mercado, da economia, da liberdade contratual, de produção, da atração de investimentos. “Há uma efetiva mudança do Estado no seu modo de ser e de agir perante os seus na propagação dos direitos individuais e garantias fundamentais.” (MARCELLINO JUNIOR, 2009, p. 147-148).

É neste sentido que Bossa (2010, p. 117) ressalta o fato de a punição criminal para o cometimento das infrações previstas nos casos de crime de ordem tributária e ambiental serem destinados para determinados infratores, e não de modo geral como deveria ser. Conforme evidencia o autor, o direito penal econômico foi erigido com a finalidade de atingir a classe média e não os grandes conglomerados empresariais, e por uma lógica muito simples, “[...] pequenos e médios empresários, profissionais liberais bem-sucedidos, caso acumulem riquezas considerável, podem se tornar concorrentes aos grandes conglomerados econômicos, reduzindo seus lucros.”

Neste sentido, conforme elucida o citado autor, enquanto as grandes corporações empresárias têm a possibilidade de migrar de regiões em regiões, em busca de maiores incentivos empresariais, inclusive com isenção de tributação por parte do Estado, os pequenos e médios empresários ou se submetem à alta carga tributária que o Estado lhes impõe, sob o risco de cancelamento da atividade que desenvolvem,

cipais que justificam tal incompatibilidade: primeiramente, porque o princípio universal da cultura humana de alimentação e moradia, girando em torno da reprodução adequada da vida, choca-se com a lógica capitalista que gira em torno do lucro e do valor; segundo, porque o ideário que legitima o neoliberalismo “[...] tem por base as ‘piores tradições’ do utilitarismo, do malthusianismo, do social-darwinismo e do totalitarismo metafísico; e por último, porque a mitificação metafísica da figura mercadológica como entidade superior, divina, pretendendo-se substituidora da soberania popular, oculta uma perversa lógica de divisão e exclusão social.” (MARCELLINO JUNIOR, 2009, p. 147-148).

ou, para escapar dessa carga tributária pesada, acabam por inadimplir e até mesmo sonegar, o que lhes custará a liberdade, inclusive, já que a sonegação é punida com pena de prisão (BOZZA, 2010, p. 118).⁷⁰

Contudo, caso o grande empresário venha a sofrer algum processo criminal por infração à legislação tributária, terá, ainda, a oportunidade de efetuar o pagamento dos valores, que resultará em extinção da punibilidade, sem falar que, geralmente, média de quatro em quatro anos, os Governos (Federal, Estadual e Municipal) editam leis incentivando o pagamento dos tributos inadimplentes até então, com a exclusão de 100% de multas e juros moratórios para pagamento à vista, ou ainda, caso parcelado, com drástica redução dos juros e multas proporcional ao período de parcelas.⁷¹

Pode-se até pensar que tais benefícios estão à disposição de todos. Sim, formalmente falando. Contudo, é fato que, em se tratando de empresários de grande poder aquisitivo, o pagamento dos tributos inadimplentes ou sonegados resulta em maior facilidade do que para o médio e pequeno empresário que, na maioria das vezes, optará pelo parcelamento, mas lembrando que junto com a parcela mensal terá ainda a carga tributária decorrente de sua atividade.

Ou seja, o que se evidencia do entendimento do referido autor (Fábio da Silva Bozza), é que a legislação penal que trata de crimes contra a ordem econômica, tem por finalidade maior a punição aos agentes que cometerem conduta de sonegação fiscal, e que, indiretamente, acaba se voltando mais para o médio e pequeno empresário pelas razões já expostas.

⁷⁰ Por meio de uma política tributária completamente direcionada aos interesses das grandes corporações, determina-se uma carga tributária de tal forma que para as grandes corporações seja desnecessária a prática de algum crime tributário [...] Mais que isso, no Brasil, nota-se a existência de incentivos fiscais para as grandes corporações. Por outro lado, para a classe média a referida carga tributária é destruidora (BOZZA, 2010, p. 118).

⁷¹ É o caso das Leis Federais 11.941/2009 e 12.865/2013 que trataram da abertura de prazo para adesão ao programa REFIS, com a possibilidade de pagamento, a vista ou parcelado, mas sempre com desconto de juros e multa, dos créditos tributários inadimplentes até aquela data.

O que se presencia é uma análise do direito⁷² do ponto de vista econômico, voltado à proteção da hegemonia da economia, do mercado, em detrimento (se necessário) dos direitos estabelecidos a partir do liberalismo. Neste seguimento, “[...] a nova lógica, com a consequente e inevitável subordinação do Direito ao econômico, é que as normas constitucionais que declaram e garantem os direitos fundamentais passem a ser interpretadas sob a égide da relação custo-benefício.” (MARCELLINO JUNIOR, 2009, p. 158).

Essa teoria, desenvolvida a partir da necessidade de análise do Direito a partir da economia, acaba se voltando contra a difusão e proteção dos direitos fundamentais na medida em que por influência do mercado, por seus grupos empresariais e financeiros, acabam por influenciar na tomada de decisões, edição e até mesmo na aplicação de leis quando necessário.

Nessa mesma linha de raciocínio, importante colacionar o entendimento de Saldanha (2010, p. 684), relativamente sobre o fato de as alterações ocorridas no processo civil brasileiro e, conseqüentemente, na atividade jurisdicional no Brasil, derivarem da hegemonia do interesse do mercado sobre o político em busca da eficiência, demonstrando a necessidade da modelação da jurisdição aos interesses neoliberais, “[...] alinhado à quantificação e ao fluxo por meio de um conjunto de reformas que conjugam esforços para funcionar melhor, ser eficiente e compatibilizar o tempo do processo com o tempo da economia.”

O resultado disso pode ser demonstrado através de documento técnico emitido pelo Banco Mundial, em 1996, com orientações paranormativas ao Brasil, informando a necessidade de modificações no

⁷² A *Law and Economics*, teoria desenvolvida por Posner, se trata de “[...] movimento de ideologia liberal econômica que, aproveitando-se da crise do Estado de bem-estar, tenta transformar o Direito em uma ciência racional através da implementação do ponto de vista econômico na solução de questões jurídicas.” (MARRAFON FILHO, 2010, p. 278).

judiciário e no processo. Trata-se do Documento Técnico 319S – O setor Judiciário na América Latina e no Caribe.⁷³

Dentre outras orientações previstas no referido Documento Técnico, indica a necessidade de aprimoramento da atividade jurisdicional, tornando-a mais eficiente bem como mais previsível em sua postura, o que resultou na edição da Emenda Constitucional 45 de 2004, que tratou da reforma do Judiciário e, a partir dali, a instituição da súmula em caráter vinculante, a ser editada pelo Supremo Tribunal Federal bem como na repercussão geral como requisito de admissibilidade do Recurso Extraordinário, assim como foi implantada a Súmula Impeditiva de Recursos e o incidente de recurso repetitivo no âmbito do Superior Tribunal de Justiça, visando fortalecer os precedentes daquele Tribunal e, ainda, a imposição de metas a serem alcançadas pelo Poder Judiciário para a redução do volume de processos.

Não foi diferente no que diz respeito à virtualização do processo como meio de proporcionar eficiência e celeridade na administração da justiça quando da prestação de sua atividade preponderante.

Atendendo ao que dispõe o art. 7º da Emenda Constitucional 45 de 2004, de promover e encaminhar projetos de leis tendentes a elaborar leis ou mesmo alterar as que estavam em vigor, objetivando tornar mais amplo o acesso à justiça, bem como mais célere a prestação jurisdicional, foi editada a Lei Federal 11.419/2006, sendo esta a Lei oficial a estabelecer a informatização do processo judicial, regulando o uso de meios eletrônicos para a efetivação e comunicação dos atos processuais.

⁷³ O Banco Mundial, ao contrário de outras organizações internacionais, busca padronizar as concepções de Judiciário e de Justiça de forma meramente indicativa. A adesão dos Estados não se dá pela via de normas e sim pela adesão a ideias. O que nem por isso significa não ter impacto em nível interno. Um dos instrumentos da atividade paranormativa do Banco são as publicações e documentos a respeito do Judiciário. O domínio de sua influência sobre o Poder Judiciário dos Estados ocorre basicamente em dois níveis: a) institucional – o poder Judiciário deve ser enquadrado num processo de modernização e; b) os juízes são construtores do consenso (SALDANHA, 2010, p. 684).

Ainda que o projeto dessa lei date de 2001, antes da Emenda 45/2004, é incontestável que a edição deste comando constitucional impulsionou a sua elaboração, até porque, no ano de 2010, em pesquisa realizada a pedido da Ministra do Supremo Tribunal Federal, Ellen Gracie, constatou-se que 70% (setenta por cento) do tempo despendido na tramitação de um processo são efetuados com atos burocráticos, como movimentação cartorária, certidões, movimentações físicas dos processos, carga de processo às partes.⁷⁴

O que se presencia é uma nova era do processo civil, adequado à modernidade da informática, onde, na sua virtualização, almeja-se que os atos processuais sejam desempenhados com maior celeridade, já que desprovidos de atos burocráticos que, na pesquisa efetuada pelo CNJ, é um dos fatores principais da morosidade do processo. A atuação das partes e advogados junto aos fóruns e Tribunais certamente diminuirá, (BORGES, 2013, p. 1041)⁷⁵ assim como o volume de processos físicos (papel) nos escaninhos e nos gabinetes. São medidas que, certamente, importarão certo avanço na pretendida celeridade processual.

A virtualização do processo judicial é um caminho sem volta. Está aí, implantado e em pleno funcionamento, necessitando os operadores do Direito a sua atualização nesta nova etapa de atos tendentes à celeridade e desburocratização dos processos judiciais. O processo judicial como um todo foi inserido na sociedade da informação e assim deve prosseguir, oportunizando maneiras de seu desenvolvimento em busca de eficácia do acesso à justiça por meio de uma prestação jurisdicional justa e em tempo razoável.

⁷⁴ Essa pesquisa pode ser encontrada no site do Conselho Nacional da Justiça, no endereço eletrônico <<http://www.cnj.jus.br/noticias/70834>>.

⁷⁵ Esse mesmo autor, na obra mencionada, cita interessante comentário de Petrónio Calmon, de que “ eis o processo sem autos de papel. Eis o fim dos pontos mortos do procedimento. A máquina trabalhará pelo homem também na administração do processo judicial. Nunca mais se ouvirá falar no calhamaço de papéis que se convencionou chamar de autos. Não se verão mais as capas rosa, azuis ou amarelas, as tarjas vermelhas e, em especial, não se verá mais a velha costura de linha de algodão, que amarrava não só os papéis, mas os diversos volumes que muitas vezes formam s autos do processo,

Ainda nesta mesma trilha de raciocínio, deve-se enfatizar notícia recente veiculada no dia 29/09/2016, sobre as recomendações do FMI ao Brasil em relação a mudanças no salário mínimo bem como defendendo uma reforma ampla na previdência social, em prol do desenvolvimento e de atrativos de investidores ao País.

Em sua recomendação, enfatiza que “[...] a fórmula para as revisões do salário mínimo afeta o crescimento e outros benefícios e é, portanto, uma grande fonte de pressão fiscal no médio prazo.”⁷⁶

Portanto, o neoliberalismo como ideologia surgida em face da decadência do Estado social, e que se ocupou da globalização e transnacionalidade para se estabelecer no globo, fortalecendo suas raízes através da sociedade de informação que, conseqüentemente, tornou célere e eficaz seus objetivos negociais, acabou por criar blocos paraestatais, através de agências reguladoras (FMI, Banco Mundial, etc.), onde impôs, direta ou indiretamente, sua hegemonia sobre os Estados com o objetivo de se firmar e expandir.

Influenciou sobremaneira o Direito instituído em bases liberais, que prevê o reconhecimento, proteção e promoção dos direitos fundamentais, em prol da economia, do custo benefício das relações sociais e, principalmente, comerciais.

3.4 O PRINCÍPIO DA EFICIÊNCIA DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA COMO MARCA DO PENSAMENTO NEOLIBERAL

Os princípios são vigas de sustentação do sistema normativo, devendo ser interpretados e aplicados em conjunto com o aparato de

complicados e eternos (BORGES, 2013, p. 1041-1042).

⁷⁶ Notícia veiculada no endereço <<http://exame2.com.br/mobile/economia/noticias/fmi-recomenda-ao-brasil-mudancas-no-salario-minimo>>.

normas na solução e observância de casos concretos, para, na visão de Alexy (2015, p. 90), serem realizados em sua maior amplitude possível.

Trata-se de “[...] ordenações que se irradiam e imantam o sistema de normas; começam por ser a base de normas jurídicas, e podem estar positivamente incorporados, transformando-se em normas-princípio.” (CANOTILHO, 1992, p. 171-174).

Além de serem as normas mais importantes de um ordenamento jurídico, estando muitas vezes expressos na Lei Fundamental, servem de sustentação a interpretações das demais normas, mesmo quando estas deixem lacunas em suas previsões e regulamentações de condutas a serem aplicadas aos casos concretos.⁷⁷

Na ausência de lei, podem ser utilizados para interpretação e aplicação do “direito”⁷⁸ em caso concreto, exercendo, aí, a função também de regra, mas que com ela não se confunde, tendo em vista que os princípios tendem a ser mais abertos, mais abrangentes, enquanto que as regras são aplicáveis diretamente aos casos que regulam.

“No sistema do Direito positivo, caso do Brasil, um critério diferenciador, na prática, é o de que a norma jurídica será sempre escrita, expressa em um diploma legal; princípios podem constar como podem não constar de texto legal.” (NETO, 2006, p. 29).

O ponto decisivo para a distinção entre regras e princípios é que os princípios são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível, dentro das possibilidades

⁷⁷ No Direito, princípios são vigas-metras que sustentam a estrutura organizacional e operativa do sistema jurídico, atuando também como elo de ligação entre a lei, a doutrina e a jurisprudência, possibilitando a regulamentação harmônica e equânime da sociedade. Seu emprego permite, por um lado, a elaboração de leis que reflitam a ideia daquilo que, em determinado momento histórico, a sociedade considere como “socialmente justo”; e por outro, permite-se a aplicação dessas leis aos conflitos de interesse, de forma a efetivar o Direito, mediante a adequada interpretação da *mens legis* (NETO, 2006, p. 26).

⁷⁸ O Direito não é mero somatório de regras avulsas, produto de atos de vontade, ou mera concatenação de fórmulas verbais articuladas entre si. O Direito é mais do que isto: é conjunto significativo, é unidade de sentido, é valor incorporado em regra. E esse conjunto, essa unidade, esse valor projetam-se ou traduzem-se em princípios, logicamente anteriores aos preceitos, como bem preleciona o mestre português Jorge Miranda (BASTOS, 2010, p. 58).

jurídicas e reais existentes. Portanto, os princípios são mandamentos de otimização, que estão caracterizados pelo fato de poderem ser cumpridos em diferentes graus e que a medida devida de sua compatibilidade não só depende das possibilidades reais como também das jurídicas. (ALEXY, 1993, p. 86-87, tradução nossa).⁷⁹

O Artigo 37 da Constituição da República Federativa do Brasil trata dos princípios que regem a administração pública, ou seja, que demonstram por quais condutas deve se moldar o administrador e todo e qualquer servidor público, quando no exercício de suas funções.

Até o ano de 1998, o referido dispositivo constitucional contemplava como princípios da administração a legalidade, impessoalidade, moralidade e publicidade sendo que, a partir daquele ano, através da Emenda Constitucional 19 de 04/06/1998, foi incorporado ao texto constitucional o princípio da eficiência da administração pública.

Com a positivação desse princípio, deu-se uma resposta à população que ansiava por uma administração desburocratizada e rápida.⁸⁰ A doutrina jurídica brasileira vinha entendendo necessária a previsão e inclusão da eficiência como princípio administrativo, tendo em vista sua positivação no texto constitucional ocorrer em um período de reivindicação popular por um Estado menos desburocratizado, com resolução de seus serviços administrativos de forma mais célere.

⁷⁹ *El punto decisivo para la distinción entre reglas y principios es que los principios son normas que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible, dentro de las posibilidades jurídicas y reales existentes. Por lo tanto, los principios son mandatos de optimización, que están caracterizados por el hecho de que pueden ser cumplidos en diferente grado y que la medida devida de su cumplimiento no solo depende de las posibilidades reales sino también de las jurídicas* (ALEXY, 1993, p. 86-87).

⁸⁰ A Mensagem Presidencial n. 886/95, convertida em proposta de Emenda Constitucional n. 173/95 e, posteriormente, aprovada como Emenda Constitucional n. 19, trazia em sua exposição de motivos suas pretensões, dentre elas “[...] incorporar a dimensão de eficiência na administração pública: o aparelho de Estado deverá se revelar apto a gerar mais benefícios, na forma de prestação de serviços à sociedade, com os recursos disponíveis, em respeito ao cidadão contribuinte [e] enfatizar a qualidade e o desempenho nos serviços públicos: a assimilação, pelo serviço público, da centralidade do cidadão, conjugada com a retirada de controles e obstruções legais desnecessárias, repercutirá na melhoria dos serviços públicos.” (MORAES, 2011, p. 348).

Zanello (1998, p. 73-74) ressalta que pelo princípio da eficiência “[...] impõe-se ao agente público um modo de atuar que produza resultados favoráveis à consecução dos fins que cabem ao Estado alcançar”, porém, deve ser pautado pela conjugação harmônica com os demais princípios que regem a administração pública e que estão previstos no art. 37 da CF/88.

Para Bastos (2002, p. 79-80), a preocupação da Emenda 19/98 centrou-se “[...] no desempenho da administração pública”, pois “[...] não seria razoável pensar em atividades da administração pública desempenhada com ineficiência e sem o atingimento dos resultados dentro de seu objetivo maior, qual seja, a realização do bem comum.”

Bandeira de Mello (2006, p. 109), tendo em vista o modo inoperante com que o Estado vinha desempenhando sua atividade administrativa, ressalta que “[...] quanto ao princípio da eficiência, não há nada a dizer sobre ele. Trata-se, evidentemente, de algo mais do que desejável.”

Pelo seu caráter vinculante e também gerencial, que se baseia no controle de resultados e busca da autonomia dos órgãos da administração pública, o princípio da eficiência, assim como os demais princípios da administração pública, que se encontram positivados no texto Constitucional, devem ser observados por todos os Poderes da União, inclusive o Poder Judiciário. Por este fato, sentiu-se mais sensação de segurança na prestação da atividade administrativa pelo Estado, que agora estava vinculado à eficiência, pois “[...] grande parte da sociedade sempre pensou, como ainda entende, com a expressão *eficiência*, estar falando em *efetividade estatal* no sentido de efetividade social, de melhoria na qualidade e ampliação dos serviços públicos, de garantia e implementação dos direitos fundamentais.” (MARCELINO JUNIOR, 2009, p. 188).

Contudo, o princípio da eficiência da administração pública tem suas bases estabelecidas no pensamento neoliberal e não, necessariamente,

para atender a pretensão popular de desburocratização, celeridade e ampliação dos serviços administrativos.⁸¹

Jacinto Nelson de Miranda Coutinho (2003, p. 54) enfatiza que “[...] eficiência é o ponto central; é a marca epistêmica do pensamento neoliberal; é a base da estrutura da competição; da selvageria; é aquilo que propicia que irmão, em ser Saturno, engula irmão; que irmão mate irmão.”

A partir da década de 1990, o modo de governar brasileiro foi invadido pela onda neoliberal que avançava para os países periféricos da América Latina, interferindo em sua estrutura burocrática-estatal, sem falar das medidas de abertura de mercado ao capital estrangeiro e de enxugamento da máquina administrativa por meio de privatizações que já vinham ocorrendo (MARCELINO JUNIOR, 2009, p. 179).

Tal fato se deu por motivação “[...] das instituições de Bretton Woods – e impulsionado pelo consenso de Washington – que pretendiam uma reformulação político-econômica para o continente, ajustando as estratégias em conformidade, é claro, com as peculiaridades de cada País.” (MARCELINO JUNIOR, 2009, p. 180).

O que se pretendia era a modificação de políticas de ajustes estruturais que já vinha sendo implementada desde as décadas de 70 e 80, possibilitando, assim, a recuperação da crise que se vivenciava bem como e principalmente a redução de barreiras ao avanço do capital transnacional (MARCELINO JUNIOR, 2009, p. 180), mas que não foi possível, num primeiro momento, tendo em vista entenderem os parlamentares não haver base legal na Constituição para receber esse modelo neoliberal, tendo em vista a Carta Magna de 1988 estar voltada a um modelo social e

⁸¹ Marcellino Junior (2009, p. 189), ao tratar do caráter neoliberal do princípio da eficiência ao contrário do que se fazia crer, explica que “esse talvez seja o seu mais nefasto ‘efeito social’. Tornando-se verdadeiro paradigma a partir do qual toda atuação estatal deve estar pautada, a eficiência – sempre ancorada nos demais parâmetros neoliberais como a *concorrência*, *produtividade* e *competitividade* – se reveste de caráter ético-universal como se fosse a única alternativa para a resolução dos problemas da pátria. Naturaliza-se no imaginário coletivo, como já visto, sem muita resistência, a *falácia desenvolvimentista* que, desde a modernidade, tem por base a racionalidade dominadora, excludente e que encobre a diferença, a alteridade [...]”

democrático o que, diga-se de passagem, era o modelo que vinha sendo combatido pelo pensamento neoliberal em todo o mundo.

Mesmo assim, conseguiu-se a aprovação da Emenda Constitucional 19, de 04/06/1998, que tratou da reforma administrativa do Estado e que trouxe como uma de suas principais previsões a positivação do princípio da eficiência da administração pública.

Trata-se do principal e paradigmático princípio que acabou por vincular todos os demais, constituindo praticamente uma perigosa metanorma. O Estado brasileiro passou, a partir de então, a se legitimar em tal princípio de sorte que todas as práticas no âmbito da administração pública passaram a ser pautadas pela lógica da relação custo-benefício eficiente. (MARCELINO JUNIOR, 2009, p. 182).

Ainda na visão de Marcellino Junior (2009, p. 195), a ação eficiente, pretendida pelos neoliberais, tem dois alvos principais. O primeiro deles são os membros do Estado, ou seja, os servidores públicos. Para o citado autor, a partir da eficiência o serviço público passa a ser desempenhado de forma matematizada, não importando mais os fins a serem alcançados e sim a produtividade numérica, as estatísticas e otimização dos gastos públicos. Prioriza-se a eficiência técnico-produtiva amparado na produtividade e na celeridade.

O segundo alvo neoliberal é a pessoa humana vista na condição de consumidor e não mais numa relação de cidadania, estando os cidadãos vinculados, para não dizer presos, à ideia capitalista, sendo vistos apenas como máquinas e tratados como tal, onde os mais desafortunados não possuem condições de estudar, pois apenas estão destinados a jornadas excessivas de trabalho, em busca de produção com celeridade, revelando-se incapazes de um raciocínio crítico e racional. Já, aqueles que podem estudar, em muitos casos trabalhando durante o dia e estudando à noite, quando não em ensino à distância, apenas armazenam informações sem

qualquer tipo de senso crítico, sem qualquer raciocínio lógico do que ocorre à sua volta. Estão destinados apenas a produzir (MARCELINO JUNIOR, 2009, p. 196).

De toda sorte, deve ser ressaltado que o princípio da eficiência da administração pública, ainda que carregado de interesses neoliberais, foi acrescentado em conjunto com os demais princípios da administração, junto ao art. 37 da CF/88, o que demonstra a necessidade de que o mesmo seja sempre interpretado e aplicado em conjunto com os demais princípios, ou seja, legalidade, impessoalidade, moralidade e publicidade.

Observando a necessária conjugação destes princípios, a eficiência gerencial e mercadológica pretendida pelo ideal neoliberal estará vinculada à lei, ao procedimento, o que preservará o caráter esperado do referido princípio eficientista, de desburocratização dos serviços administrativos com o objetivo de alcançar sua real finalidade ao menor custo-benefício possível.

A prestação do serviço público em todos os Poderes do Estado, inclusive no Judiciário, deve sempre se revestir de eficiência, em busca de uma prestação pública célere, mas dentro dos preceitos normativos que asseguram direitos, inclusive fundamentais dos administrados.

No caso do direito brasileiro, a eficiência implantada e que resultou efeitos no Judiciário, está relacionada com a eficiência do Judiciário em entregar a prestação jurisdicional de forma célere. Pode-se dizer ainda que, além de celeridade, espera-se um Judiciário eficiente também a partir da estabilidade e previsibilidade de suas decisões. Neste ponto, evidencia-se a ligação existente entre a eficiência do Judiciário como solução para a morosidade dos processos judiciais, bem como para propiciar um ambiente favorável aos negócios, a partir da vinculação de suas decisões e garantindo previsibilidade e o cumprimento das promessas de obrigações.

Neste aspecto delineado, pode-se utilizar o conceito de eficiência desenvolvido por Caliendo (2009, p. 70), como a “[...] realização de

determinados processos, com a maximização de resultados pela menor utilização dos meios.”

Quando a Emenda 45/2004 trouxe reformas ao processo civil, em especial no âmbito recursal, acabou por estabelecer meios de se tornar previsível e estável direito com a edição da súmula vinculante, a repercussão geral para os recursos extraordinários, os recursos repetitivos no âmbito do STJ e ainda a sentença vinculante, agora denominada de improcedência liminar da pretensão inicial, tendo todos estes institutos caráter vinculante em relação aos demais órgãos da administração ou ainda em relação aos demais processos e juízes, conforme o caso.

Além de inferir previsibilidade e estabilidade, tais reformas objetivaram a redução do número de processos no âmbito dos Tribunais, bem como impedir o ingresso de novos processos, seja pela edição dos “precedentes” vinculativos mencionados, seja por implantar meios alternativos de resolução dos conflitos.

Neste contexto, convém destacar o estabelecimento de regras de mercado a serem observadas pelo Estado, como no caso do Banco Mundial que, desde o ano de 1996, tem elaborado documentos técnicos com o objetivo de indicar pontos de melhorias no Poder Judiciário de alguns países, como ocorreu por meio do Documento Técnico e Relatório para o Poder Judiciário, denominado “Documento Técnico 319S, O Setor Judiciário na América Latina e no Caribe.”⁸²

Por esse documento, que não se reveste de conteúdo normativo, mas que sugere alterações e condutas a serem adotadas pelos Estados, o Banco Mundial indica a necessidade de uma melhor qualidade na prestação da atividade pública, uma maior eficiência em sua administração, desburocratizando os serviços bem como gerando maior estabilidade e, conseqüentemente, segurança na economia.

⁸² Pode ser encontrado em: <<http://www.anamatra.org.br/uploads/document/00003439.pdf>>.

Dentre as transformações, indica a necessidade de aprimoramento na atividade jurisdicional com a previsibilidade das decisões do Poder Judiciário, sua independência e transparência, bem como sua maior credibilidade perante os jurisdicionados. Além disso, sugere o combate à corrupção, proteção à propriedade privada, respeito aos contratos e “mudança na forma do ensino jurídico”.⁸³

Buscando as alterações ocorridas com a Reforma do Judiciário, que acima foram enumeradas, editada pela Emenda Constitucional nº 45 de 2004, constata-se que se não todas, mas a maioria das sugestões do Banco Mundial foram recepcionadas.

Assim, a reforma administrativa implantada com a Emenda Constitucional 19 de 1998, quando veio atender a necessidade de desburocratização do serviço público, em todas as esferas do Poder, também foi implementada no Judiciário, surgindo aí o princípio da eficiência da administração da justiça, pelo qual deve o Judiciário assegurar e velar pela entrega da prestação jurisdicional de forma “célere”.⁸⁴

O princípio da eficiência resultou num conjunto de deveres-poderes imposto ao Poder Judiciário visando à satisfação das necessidades e interesses públicos, ou seja, para que a entrega da tutela jurisdicional seja efetuada dentro de um tempo célere, para que o processo, como instrumento de aplicação do direito material, atinja seu fim, no sentido de término da relação processual, o mais cedo possível.

⁸³ Afirma que o aprimoramento do ensino jurídico é crucial para a reforma do Poder Judiciário. Nesse sentido, recomenda que não só sejam elevados os níveis de exigência para ingresso e graduação, mas que também estágios para estudantes, cursos continuados para advogados e treinamento para os magistrados são áreas fundamentais da reforma. No campo específico da magistratura brasileira, o artigo 93, IV, na redação dada pela Emenda Constitucional nº 45/2004 estabelece como critério de promoção na carreira a frequência a cursos de preparação e aperfeiçoamento na carreira (SALDANHA, 2010, p. 697).

⁸⁴ O princípio da eficiência compõe-se, portanto, das seguintes características básicas: direcionamento da atividade e dos serviços públicos à efetividade do bem comum, imparcialidade, neutralidade, transparência, participação e aproximação dos serviços públicos da população, eficácia, desburocratização e busca da qualidade (MORAES, 2011, p. 348).

Foi o primeiro passo neoliberalista de interferência no Direito brasileiro, e que ganhou reforços por meio da Emenda Constitucional 45 de 2004, que tratou da reforma do Judiciário. Primeiro influenciou a Administração Pública como um todo. Após, o judiciário, com a sua reforma que culminou na edição de leis transformadoras do sistema processual civil brasileiro em busca de previsibilidade e estabilidade do Direito.

CAPÍTULO IV
ASPECTOS DESTACADOS
DA TEORIA DOS DIREITOS
FUNDAMENTAIS DE ROBERT
ALEXY

Pelo que se pôde perceber dos conteúdos abordados nas duas primeiras seções, o sistema processual civil brasileiro vem sofrendo significativas alterações, cujo propósito é resolver a crise do Judiciário que se revela em crise processual, e que tem como principal fator a morosidade do judiciário na entrega da prestação jurisdicional. Para esse propósito, essas alterações visaram tornar o direito mais previsível, estável e célere, o que motivou a positivação constitucional do princípio da eficiência por influência neoliberal na pretensão de estabelecer um maior controle do mercado sobre o Estado, especificamente no direito. A partir deste contexto, questiona-se se estas ocorrências têm efetivado ou violado o direito humano fundamental de acesso à justiça e caso se entenda pela violação, questiona-se ainda se a teoria dos direitos fundamentais de Robert Alexy pode colaborar para uma possível solução. Para esse entendimento, que será desenvolvido na última seção, se faz necessário abordar alguns aspectos destacados que estão relacionados à Teoria dos Direitos Fundamentais de Robert Alexy.

Robert Alexy é professor Catedrático de Direito Público e Filosofia do Direito na Universidade de Kiel, Alemanha e ainda do PPGD do Mestrado da UNOESC de Chapecó/SC. Dentre suas obras estão a teoria da argumentação jurídica, conceito e validade do direito e Direito, Razão e Discurso e ainda uma Teoria dos Direitos Fundamentais voltada à análise e à relação dos direitos fundamentais com a dignidade da pessoa humana e, a partir disso, sobre as condutas a serem adotadas pelo Estado em sua relação com os cidadãos.

Na presente seção, visando responder os questionamentos levantados, buscou-se relacionar a teoria do professor alemão a partir de aspectos destacados, relativamente à ideia de um novo constitucionalismo, onde se verificou qual a concepção nos dias atuais sobre a constituição como lei fundamental e, em seguida, identificar o lugar dos direitos fundamentais em meio a esse novo constitucionalismo

para, ao final, abordar diretamente a teoria de Robert Alexy a partir das dimensões defensivas e prestacionais dos direitos fundamentais e, ainda, a proporcionalidade como necessária ao controle de medidas restritivas de direitos fundamentais relacionadas ao tema do presente trabalho.

4.1 UM NOVO CONSTITUCIONALISMO NA PERSPECTIVA DE ROBERT ALEXY

Para tratar de um novo constitucionalismo, fenômeno este que se verifica nos tempos atuais, se faz necessário buscar entender o que é uma constituição e sua evolução ou transformação histórica a chegar até os dias atuais.

Paulo Bonavides (2011, p. 80/82) esclarece que o conceito de constituição pode ser observado do ponto de vista material bem como do ponto de vista formal. Na questão material, “[...] a Constituição é o conjunto de normas pertinentes à organização do poder, à distribuição da competência, ao exercício da autoridade, à forma de governo, aos direitos da pessoa humana, tanto individuais como sociais.”

No aspecto formal, enfatiza o citado autor, que a constituição é o conjunto de normas do ponto de vista do procedimento à sua aprovação, à sua instituição, sendo mais rígida a observância do procedimento à sua modificação inclusive, o que a diferencia das leis ordinárias (BONAVIDES, 2011, p. 82).

Encontra-se nos escritos clássicos de Ferdinand Lassalle, ao proferir conferência na Prússia em 1863, que a constituição, como sinônimo de lei maior ordenadora de um Estado, sempre existiu⁸⁵ bem como foi modificada

⁸⁵ Paulo Bonavides (2011, p. 81), a respeito desta afirmação de Lassalle, explica que “[...] não há Estado sem Constituição, Estado que não seja constitucional, visto que toda sociedade politicamente organizada contém uma estrutura mínima, por rudimentar que seja. Foi essa a lição de Lassalle, há mais de cem anos, quando advertiu, com a rudeza de suas convicções socialistas e a fereza de seu método sociológico, buscando sempre desvendar a essência das Constituições, que uma constituição em sentido real ou material todos os países, em todos os tempos, a possuía.”

à medida que transformações sociais aconteceram e influenciaram nas questões de poder de um Estado⁸⁶ (LASSALE, 2002, p. 55), porém não se trata de uma lei comum como as demais, mas sim de uma lei fundamental que, como enfatiza Lassale (1985, p. 8) “[...] no espírito unânime dos povos, uma Constituição deve ser qualquer coisa de mais sagrado, de mais firme, de mais imóvel que uma lei comum.”

Na visão exposta pelo autor, a Constituição é tida como “o somatório dos fatores reais de poder” que vigoram num país, sendo estes as instituições que regem bem como informam as leis de determinada sociedade, como a monarquia, a grande burguesia, os banqueiros, a pequena burguesia e a classe trabalhadora (LASSALLE, 2002, p. 42-48).

Sua relação com a constituição jurídica se dá na medida em que “[...] incorporados a um papel, já não são simples fatores reais de poder, mas que se erigiram em direito, em instituições jurídicas, e quem atentar contra eles atentará contra a lei e será castigado.” (LASSALE, 2002, p. 48).

Retira-se do entendimento de Lassalle a existência de duas constituições, uma real e efetiva, representada por aqueles fatores reais de poder e outra jurídica, escrita, denominada de “folha de papel”, mas que sua essência efetivamente se encontra naquela representada pelos fatores reais de poder, ao ponto de, num possível conflito entre o texto constitucional escrito e a soma dos fatores de poder, cedo ou tarde a constituição escrita, por ele denominada de folha de papel, seria modificada ou até revogada.

Para dar sustentação ao seu entendimento, cita uma frase de Frederico Guilherme IV, que teria dito “julgo-me obrigado a fazer agora, solenemente, a declaração de que nem no presente nem para futuro permitirei que entre Deus do céu e o meu país se interponha uma folha de

⁸⁶ Ferdinand Lassalle, em sua obra clássica “O que é uma constituição”, menciona que “[...] todos os países sempre têm e tiveram uma Constituição real e efetiva, e não há nada mais equivocado nem que leve a deduções mais desencaminhadas do que essa idéia tão extensa de que as Constituições são uma característica peculiar dos tempos modernos.” (LASSALLE, 2002, p. 55).

papel escrita como se fosse uma segunda Providência.” (LASSALE, 1985, p. 18).

Para Lassale (1985, p. 32), a essência da constituição está, portanto, vinculada aos denominados fatores reais de poder e, nesta relação, a constituição escrita somente será durável e terá valor que dela se espera, se corresponder à Constituição real e efetiva e estiver vinculada aos fatores de poder que regem o País.⁸⁷

Em contraponto à proposta de Lassale, o constitucionalista alemão Konrad Hesse, por meio da obra *A Força Normativa da Constituição*, assevera que uma constituição eficaz e legítima não deve estar submissa aos fatores reais de poder, mas, ao contrário, deve incorporá-los, adequando a realidade ao seu texto normativo e não de forma inversa, ou seja, a normatividade da constituição para que tenha força, deve ser preservada.

Neste contexto, explica o autor que é requisito essencial da constituição que ela “leve em conta não só os elementos sociais, políticos e econômicos dominantes, mas também que, principalmente, incorpore o estado espiritual de seu tempo, o que irá assegurar à Constituição o apoio e a defesa da consciência geral.” (HESSE, 1991, p. 8)

Indo além de Lassale na busca da conceituação da essência da constituição, Hesse (1991, p. 5) enfatiza que “[...] a Constituição não configura, portanto, apenas a expressão de um ser, mas também de um dever ser; ela significa mais do que o simples reflexo das condições fáticas de sua vigência, particularmente as forças sociais e políticas.”

Neste contexto, deve ser observado o que Hesse chama de vontade de Constituição, que na sua tese, é o que compete ao Direito

⁸⁷ Quando uma Constituição corresponde aos fatores reais de poder que regem um país, não há necessidade de modificá-la e o respeito que a ela se tem é natural, não é lema de um ou de outro partido político, porque ela já é respeitada e invulnerável. Se, ao contrário, não corresponder, será modificada (LASSALLE, 1985, p. 32).

Constitucional “realçar, despertar e preservar”⁸⁸ para garantir sua força normativa (HESSE, 1991, p. 11).

Deve existir um condicionamento, uma relação simultânea e recíproca entre as instituições políticas que compõem o Estado de Direito e o texto da constituição, na medida em que esta, quando escrita, constitucionalize o poder daquelas instituições para se tratar de poder de direito, onde se terá um Estado de Direito, a prezar pela realização sempre da justiça social com observância do que Bonavides (2011, p. 80) enfatiza da materialidade da constituição, relativamente “à organização do poder, à distribuição da competência, ao exercício da autoridade, à forma de governo, aos direitos da pessoa humana, tanto individuais como sociais.” É necessário que a constituição, antes de um “ser”, conforme enfatiza Lassalle, se traduza num “dever ser”, defendido por Hesse.

Ainda neste raciocínio, Bonavides (2011, p. 104) reforça a distinção entre constituição e lei constitucional, proposta por Carl Schmitt, para se compreender o conceito de Constituição, mencionando que:

A Constituição se define como a decisão global e fundamental acerca da espécie e da forma de unidade política. Exemplifica Schmitt com várias constituições, entre as quais a Constituição Francesa de 1791, que trouxe a decisão política do povo francês a favor da monarquia constitucional, ou a Constituição de Weimar, com sua decisão fundamental por formas políticas que compõem a ‘substância da Constituição’, tais como a Democracia, a República, a estrutura federativa, a forma representativa parlamentar de governo e o Estado de Direito burguês e seus princípios relativos aos direitos básicos e à separação

⁸⁸ Enfatiza Hesse (1991, p. 7) que “[...] 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 projeta o Estado contra o arbítrio desmedido e disforme. 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.”

de poderes. A constituição possui um sentido absoluto, não podendo sua essência ficar contida numa lei ou numa norma.

Apesar do que enfatizou Lassalle sobre a existência da constituição não ser de hoje, é certo que o atual modelo constitucional democrático apresenta como um dos requisitos de sua legitimação a aprovação e observância pelos Poderes estatais. Até porque, somente no período da revolução francesa, em 1789 é que se teve o conhecimento do Estado fracionado em três poderes, sendo o Legislativo, Executivo e Judiciário.

Até então o que se tinha era um Estado absolutista, comandado pelo Monarca, quem produzia o direito, muitas vezes mais com previsões obrigacionais do que de direito propriamente dito. Foi com as revoluções liberais, e como justificativas dessas, que “[...] a crença no direito natural – isto é, na existência de valores e de pretensões humanas legítimas que não decorrem de uma norma emanada do Estado – foi um dos trunfos da burguesia [...]” (BARROSO; BARCELLOS, 2003, p. 146). Trata-se de um movimento filosófico denominado jusnaturalismo.

Tal movimento traz três características fundamentais, ou seja, em relação à natureza, à inerência aos seres humanos e à independência ao direito positivo. Quando trata da natureza, a primeira característica está no fato de que tais direitos não estão previstos em uma ordem jurídica estatal interna, mas fundamentados na natureza humana. Quanto à inerência aos indivíduos, “decorre da constatação da existência de uma humanidade comum e universal de todos os homens”. E a terceira, com relação à existência e validade de tais direitos, defende-se que não necessitam de reconhecimento pelo direito positivo para sua validade (BAEZ; MOZETIC, 2013, p. 28-28).

O jusnaturalismo, portanto, possui como sua principal característica o fato de o direito não estar vinculado a uma convenção humana, mas, que, a Constituição, lei maior em um ordenamento jurídico, deve ser observada como um conjunto de valores vinculados a normas já existentes por sua vinculação não ao Estado ou a um estatuto, mas à própria natureza humana.

A partir desse período, o que se tem é um novo modo de pensar o direito, agora por meio de corrente de pensamento que contraria as ideias metafísicas e anticientíficas, denominada de positivismo jurídico. Neste seguimento, Kelsen (1999, p. 224) já advertia que

[...] para conhecermos a natureza da norma fundamental, devemos sobretudo ter em mente que ela se refere imediatamente a uma Constituição determinada, efetivamente estabelecida, produzida através do costume ou da elaboração de um estatuto eficaz em termos globais; e mediatamente se refere à ordem coercitiva criada de acordo com essa Constituição, também eficaz em termos globais, enquanto fundamenta a validade da mesma Constituição e a ordem coercitiva de acordo com ela criada.

Isso ocorre no período denominado liberal, durante o século XIX, com o objetivo de ser exercido maior controle pela classe burguesa sobre o Estado, vinculando tanto este Ente, assim como demais cidadãos ao direito estabelecido por meio da lei, ou seja, parte-se da concepção de que o direito se resume à lei. Nesta Trilha de entendimento, Bobbio elenca, “dentre outras tantas características”,⁸⁹ as principais desse período como sendo “[...] o direito definido em função da coação; a lei como fonte de direito e a interpretação mecanicista (o juiz só declara o direito) a teoria da obediência.” (BOBBIO, 1995, p. 131-133).

Com o surgimento do Estado de direito moderno, veicula-se o princípio da legalidade como principal fundamento, inclusive de segurança jurídica, já que a lei a que todos estariam vinculados seria elaborada por órgão ou autoridade dotada de competência legislativa, portanto

⁸⁹ Além destas características, Norberto Bobbio, na mesma linha de pensamento de Kelsen, estabelece como demais características do constitucionalismo positivista a “abordagem avaliativa do direito; a norma jurídica entendida como um comando; a unidade, completude e coerência do ordenamento jurídico; a teoria da obediência (BOBBIO, 1995, p. 131-133).

legitimada,⁹⁰ fator este que gera segurança jurídica nesta concepção de direito (FERRAJOLI, 2003, p. 16).

Verifica-se aí o surgimento do constitucionalismo moderno, período este em que se tratou de ordenar os direitos e liberdades do homem, também com o objetivo de impor limites ao poder político do Estado, contrariando e sobrepondo-se ao antigo regime baseado em um governo absoluto. Trata-se, na visão de Canotilho (2002, p. 52-53), de um conceito ocidental de constituição moderna, já que traz como característica o fato de a ordenação política e jurídica estar limitada a um documento escrito.⁹¹

Na visão de Sastre Ariza (2003, p. 240), o que se tem, portanto, neste período de constitucionalismo moderno, são constituições como “[...] resultado de revoluções que ocorreram no mundo em um mesmo período, baseadas no anseio de liberdade e igualdade,”⁹² e que culminam num acordo celebrado entre o povo e o Estado, caracterizadas especialmente na necessidade de observância de uma lei fundamental, escrita e estruturante de um Estado limitado por previsões de princípios fundamentais baseados na racionalidade.

⁹⁰ *El Estado de Derecho moderno nace, com la forma del Estado legislativo de Derecho, en el momento en que esta instancia alcanza realización histórica, precisamente, com la afirmación del principio de legalidad como criterio exclusivo de identificación del Derecho válido y antes aún existente, com independència de su valoración como justo. Gracias a este principio y a las codificaciones que sons u actuación, una norma jurídica es válida no por ser justa, sino exclusivamente por haber sido “puesta” por autoridade dotada de competência normativa.* (FERRAJOLI, 2003, p. 16).

⁹¹ Canotilho explica que o conceito de constituição moderna não pode ser tratado sem a observância de um conceito histórico da constituição. Segundo o autor, “[...] um *Englischman* sentir-se-á arrepiado ao falar-se de ordenação sistemática e racional da comunidade através de um documento escrito.” Neste seguimento, explica que “[...] por constituição em sentido histórico entender-se-á o conjunto de regras (escritas ou consuetudinárias) e de estruturas institucionais conformadoras de uma dada ordem jurídico-política num determinado sistema político-social.” (CANOTILHO, 2002, p. 52-53).

⁹² Ariza (2013, p. 240) menciona que “[...] las Constituciones modernas se definen por la definición de dos rasgos: el de ser una norma que limita el legislador y el de ser una norma directiva fundamental. Estas características habían aparecido por separado em el contexto histórico de las revoluciones: em el ámbito de la revolución americana se destaca la idea de que el legislador está sometido a la Constitución, de ahí que la rigidez constitucional y el control de constitucionalidad de las leyes se conciban como auténticas garantías que apuntalan la supremacía constitucional, mientras que el período revolucionário francés se subraya, fundamentalmente, la visión de la Constitución como un proyecto común, ya que em ella figuran los fines u objetivos que el legislador debe alcanzar.”

Contudo, o modelo legalista, defendido pelo constitucionalismo e apoiado na teoria de Hans Kelsen, acaba ruindo frente à incapacidade de produzir a paz e organizar a sociedade, tendo, inclusive, sido utilizado de argumento para atrocidades num período belicoso no século XX (MOREIRA, 2008, p. 234).

Cabe ressaltar, no entanto, que em contraponto a essa afirmação, o próprio Moreira (2008, p. 235) explica que

[...] todos aqueles que seguiram tal afirmação não se lembraram que o mesmo Kelsen defendeu um Tribunal Constitucional independente de todos os poderes e seu principal adversário, Carl Schmitt, este sim a serviço do regime social nacionalista alemão, sustentava que o Tribunal Constitucional deveria ficar a cargo do chefe do executivo. (MOREIRA, 2008, p. 235).

Apesar de acusada como uma teoria frágil e inoperante frente à sua má utilização por regimes totalitários, não deve ser considerado como legitimador da imposição de um direito injusto, como mencionou Radbruch,⁹³ quando refere que “[...] essa concepção da lei e de sua validade, a que chamamos de Positivismo, foi a que deixou sem defesa o povo e os juristas contra as leis mais arbitrárias, mais cruéis e mais criminosas.” (MATOS, 2008, p. 113).

⁹³ No contexto do pós-guerra, Radbruch conclamou os juristas a considerarem o componente ético do direito – a justiça – como o seu traço fundamental, devendo todo o positivismo jurídico ser negado exatamente em razão de sua vacuidade axiológica. A posição assumida por Radbruch foi particularmente influente não apenas em razão da importância pessoal de sua figura na ciência jurídica alemã, mas sim porque antes da segunda guerra o autor apresentava – em texto de 1932 – ideias de natureza nitidamente juspositivista, sustentando que a ordem e a segurança das normas jurídico-positivas justificariam a obrigatoriedade de qualquer direito, “[...] mesmo se injusto e mal adaptado a um fim”. A justiça ostentaria então um valor meramente secundário. Com o fim da guerra, o jusfilósofo mudou de opinião, passando a acreditar que o jurista deveria recusar validade às leis injustas, cabendo-lhe denunciá-las como simulacros de direito. Da mesma forma, o povo não estaria obrigado a cumprir leis iníquas. Na verdade, Radbruch admitia que a segurança jurídica juspositivista e a noção de justiça entram constantemente em conflito, devendo este ser resolvido em nome da primeira, a não ser que a contradição alcançasse um nível de insuportabilidade tal que o “direito injusto” devesse ser preterido em nome da justiça. Isso ocorreria, sustenta, Radbruch, quando a lei positiva desrespeitasse de forma flagrante o conceito de igualdade – núcleo da justiça -, devendo ser, portanto, desconsiderada, dado que o ordenamento jurídico só existe enquanto tal para realizar a justiça (MATOS, 2008, p. 107).

Na visão de Norberto Bobbio, a teoria juspositivista trabalha com valores referente à ordem, igualdade formal e certeza jurídica, o que não se coaduna com os regimes totalitários, sendo que o próprio regime nazista se mostrava contrário ao juspositivismo, quando estipulava que competia ao juiz decidir com base nos interesses políticos em detrimento do ordenamento legal (BOBBIO, 1995, p. 236).

Nesse desenvolvimento do período histórico das teorias constitucionais, surge um tempo em que as normas passam a ser impregnadas de valores na sua interpretação e aplicação, erigindo, assim, um novo constitucionalismo, o que vem a ocorrer no século XX, no período do pós-guerra.⁹⁴

Trata-se o neoconstitucionalismo de uma teoria que busca explicar o direito no período contemporâneo, vendo-o como um direito transformador, que, em sua análise e aplicação, parte da constituição para superar o debate até então existente entre o jusnaturalismo e o positivismo jurídico. “Passamos de um direito em que as normas ditam o que fazer para um direito em que os princípios indicam o que se pode fazer.” (MOREIRA, 2008, p. 18).

Mesmo em épocas de grande valorização do interesse econômico, inclusive com a proteção do Estado, seja direta ou indiretamente, é inegável que o neoconstitucionalismo acaba interferindo na forma de aplicação do direito, tendo em vista a carga de princípios em que se apoia na sua interpretação, demonstrando um direito impregnado de valores a serem sopesados de forma proporcional em sua aplicação.⁹⁵

⁹⁴ Neste aspecto, para esclarecer melhor a questão, Walber de Moura Agra explica que “[...] o neoconstitucionalismo é propulsionado pelos seguintes aspectos: a) falência do padrão normativo que fora desenvolvido no século XVIII, baseado na supremacia do parlamento; b) influência da globalização; c) pós-modernidade; d) superação do positivismo clássico; e) centralidade dos direitos fundamentais; f) diferenciação qualitativa entre princípios e regras; g) revalorização do Direito.” (AGRA, 2008, p. 435).

⁹⁵ Não é mais o momento de um direito avalorativo, tampouco de um direito impregnado de valores carregados por preferências pouco científicas, como as defendidas pelos adeptos do jusnaturalismo, ou mesmo de uma ética dos valores espiritualistas. A estrutura do neoconstitucionalismo - desde logo revelamos - é construtivista, racional-ponderadora e argumentativa, três fatores que podem ser considerados como de inegabilidade dos pontos de partida (MOREIRA, 2008, p. 18).

Tais valores decorrem de previsões principiológicas, com mandamentos de direitos fundamentais onde se exige o seu cumprimento da melhor maneira e na maior amplitude possível.⁹⁶ O direito passa ser constituído de normas que podem ser caracterizadas em regras e princípios, o que será melhor analisado nos tópicos à frente.

A partir disso, tem-se uma nova visão da constituição, a qual passa a invadir os textos legais e tudo o que é relacionado ao direito passa, previamente, por uma análise da constitucionalidade ou inconstitucionalidade, desde a edição das leis até a sua interpretação e aplicação no âmbito judicial e na realização de políticas sociais.

Moreira (2008, p. 27) menciona que, “[...] foi justamente essa força invasora que possibilitou o fenômeno da constitucionalização do direito, isto é, todos os campos jurídicos estudados, a partir de suas regras e diretrizes constitucionais, e enquadrados nos princípios e objetivos da constituição.”

Supera-se a ideologia do constitucionalismo em limitar o Poder do Estado para se implantar uma nova ideologia visando não só limitar aquele poder, mas também de promover e assegurar direitos fundamentais. Aquela doutrina que visava, através da separação dos poderes, conter o absolutismo “[...] mostra-se como um estorvo na concretização dos direitos fundamentais, principalmente os de natureza prestacional.” (AGRA, 2008, p. 436).

Isso porque se passa à supremacia da legalidade dita constitucional em detrimento da lei infraconstitucional aplicada como fim em si mesma. Não é mais possível a análise da lei infraconstitucional em separado das normas constitucionais. O legislador bem como o julgador devem partir

⁹⁶ Deve ser lembrado que os direitos humanos foram concebidos como resposta a um período de mais de 30 anos de estado de Guerra Mundial (1914-1945) e sua afirmação foi construída nos anos que se seguiram (1945-1990), quando toda metodologia formal do constitucionalismo se expandiu, até conceber uma revolução material a partir dos direitos fundamentais com forte carga axiológica. Essas transformações possibilitaram uma forma diversa de organização política constitucional, isto é, a Constituição ganha novo *status* no cenário mundial [...] (MOREIRA, 2008, p. 26).

sempre da constituição para interpretação e aplicação do direito, com base em princípios, normas estas carregadas de valores.

O que se percebe é uma incompatibilidade do positivismo defendido por Kelsen em face do neoconstitucionalismo, que prevê um direito válido não apenas a partir da lei legitimamente instituída, mas também de seu conteúdo substancial, impregnado de valores morais, ou seja, por meio de conteúdo normativo axiológico.

O neoconstitucionalismo atribui o que Agra (2008, p. 440) denomina de “remoralização”⁹⁷ da constituição e, por assim dizer, do próprio direito, pois que passa a mitigar a distância entre direito e moral, até então renegada para os juspositivistas, exigindo um direito baseado em valores religiosos, éticos e culturais.

4.2 OS DIREITOS FUNDAMENTAIS E O NEOCONSTITUCIONALISMO

Diante da relação existente entre os Direitos fundamentais com o neoconstitucionalismo, em face do novo momento vivido pelo Direito que demonstra uma aceitação e vinculação de valores na sua interpretação e aplicação, torna-se importante visualizar o conceito da expressão “Direitos fundamentais” bem como seu desenvolvimento histórico e, ao final, entender qual sua vinculação com a transformação das teorias constitucionalistas e, conseqüentemente, com o Estado constitucional.

⁹⁷ A remoralização do Direito decorre da premência de se garantir uma maior legitimidade ao ordenamento jurídico que não mais pode auferir, de forma exclusiva, por intermédio de dispositivos normativos, sua justificação. Em decorrência de preceitos morais, o ordenamento jurídico passa a operar com determinados parâmetros de justiça que garantem uma maior justificação de seus postulados (AGRA, 2008, p. 440).

4.2.1 Direitos humanos e direitos fundamentais

“Direitos fundamentais”, “direitos humanos” e “direitos naturais” não se confundem, porém, antes, se complementam, mas sempre cada espécie com sua delimitação conceitual. Direitos naturais e direitos fundamentais são também direitos humanos, na medida em que seu titular sempre será uma pessoa humana, mas o que precisa ficar esclarecido é, talvez, não somente seu significado, mas também sua abrangência e relevância na compreensão dos direitos fundamentais.

Os direitos naturais são assim conhecidos e defendidos pela doutrina jusnaturalista dos séculos XVII e XVIII, que vinculavam o direito dos seres humanos à natureza, ao poder divino e à essência da pessoa humana, traçando sua distinção e divergência dos direitos positivados, ou seja, escritos nos ordenamentos e, desta forma, advogando a sua independência do reconhecimento pelo Estado. Podem ser citados como direitos naturais os direitos de liberdade e de igualdade que foram consagrados na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1798, na França.

Quanto aos direitos humanos, estes são aqueles direitos vinculados a todo ser humano, por ser da sua essência, mas que dependem de sua positivação em cartas de declarações de direitos humanos, como no caso da Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, Carta Africana dos Direitos Humanos.

Ambos, porém, não podem ser confundidos com os direitos fundamentais, na medida em que estes tratam daqueles direitos humanos positivados nos textos constitucionais de cada Estado⁹⁸ (SARLET, 2015, p. 29-30).

⁹⁸ A consideração de que o termo “direitos humanos” pode ser equiparado ao de “direitos naturais” não nos parece correta, uma vez que a própria positivação em normas de direitos internacionais, de acordo com a lúcida lição de Bobbio, já revelou, de forma incontestável, a dimensão histórica e relativa dos direitos humanos, que assim se desprenderam – ao menos em parte (mesmo para os

Percebe-se que os direitos naturais do homem, defendidos então pela teoria jusnaturalista, não estariam necessariamente ligados a um texto para seu reconhecimento, ao contrário dos direitos humanos, os quais tratam dos direitos essenciais à pessoa humana pela conexão com sua natureza. Por fim, os direitos fundamentais, como explica Sarlet (2015, p. 31-32), são aqueles direitos naturais e humanos, porém positivados nos textos constitucionais internos de cada Estado.⁹⁹ Verifica-se, portanto, que os últimos dois se caracterizam pela sua positivação, sendo os direitos humanos escritos em Cartas de Declarações relativas a países que às aderem, e os direitos fundamentais por estarem positivados em textos constitucionais de cada País.

Além da concepção dos direitos humanos e fundamentais acima tratada, ou seja, diferenciando-os pela sua positivação ou não, ou ainda pela sua recepção pelos textos constitucionais, há que se buscar entender os direitos humanos na sua essencialidade, de forma substancial.

Nesta vertente, pode-se dizer que os direitos humanos são assim considerados por estarem impregnados de valores éticos do ser humano, cujo objetivo é “[...] proteger e realizar a dignidade da pessoa humana.” (BAEZ, 2011, p. 36).

Alexy (2015, p. 168) explica que os direitos humanos são, em primeiro lugar, os “[...] direitos morais; segundo, direitos universais; terceiro, direitos fundamentais; quarto, direitos abstratos; quinto, direitos omni-prevalentes, dotados de prevalência sobre todas as demais normas.”

defensores de um jusnaturalismo) – da ideia de um direito natural. Todavia, não devemos esquecer que, na sua vertente histórica, os direitos humanos (internacionais) e fundamentais (constitucionais) radicam no reconhecimento, pelo direito positivo, de uma série de direitos naturais do homem que, neste sentido, assumem uma dimensão pré-estatal e, para alguns, até mesmo supraestatal. (SARLET, 2015, p. 29-30).

⁹⁹ Sarlet, citando Höffe, destaca a diferença entre direitos humanos e fundamentais na medida em que “os direitos humanos, antes de serem reconhecidos e positivados na Constituições (quando se converteram em elementos de direitos positivos e direitos fundamentais de uma determinada comunidade jurídica), integravam apenas uma espécie de moral jurídica universal. Assim, ainda para Höffe, os direitos humanos se referem ao ser humano como tal (pelo simples fato de ser pessoa humana) ao passo que os direitos fundamentais (positivados na Constituições), concernem às pessoas como membros de um ente público concreto (SARLET, 2015, p. 31-32).

Questão relevante e que não pode ser esquecida é que a realização dos direitos humanos, no plano da eficácia, não encontra equivalência com a realização dos direitos fundamentais, na medida em que dependem “[...] da sua recepção na ordem jurídica interna e além disso, do *status* jurídico que esta lhe atribui.” (SARLET, 2015, p. 34). Isso porque há ainda a insuperável discussão em torno do reconhecimento dos direitos humanos fundamentais como caráter universal ou dependente de valores culturais, o que é um dos principais fatores de sua recepção ou não junto aos textos constitucionais.

De qualquer forma, o que deve ficar esclarecido é que os direitos fundamentais se diferenciam dos direitos humanos apenas na sua concepção conceitual, pois que direitos fundamentais são os direitos humanos, porém, positivados nos textos constitucionais.

4.2.2 Concepção do desenvolvimento histórico dos direitos fundamentais

O surgimento e evolução dos direitos fundamentais tem significativa relação com as teorias da constituição, e com as transformações do próprio Estado (de absolutista para Estado de Direito e para Estado Democrático de Direito) e “[...] neste contexto, há que dar razão aos que ponderam ser a história dos direitos fundamentais, de certa forma, (e em parte, poderíamos acrescentar) também a história da limitação do poder.”¹⁰⁰ (SARLET, 2015, p. 36).

Os direitos fundamentais, no seu conceito aceito e defendido nos dias atuais, o que será exposto mais à frente, teve seu início antes

¹⁰⁰ Somente a partir do reconhecimento e da consagração dos direitos fundamentais pelas primeiras Constituições é que assume relevo a problemática das assim denominadas “gerações” (ou dimensões) dos direitos fundamentais, visto que umbilicalmente vinculada às transformações geradas pelo reconhecimento de novas necessidades básicas, de modo especial em virtude da evolução do Estado Liberal (Estado formal de Direito) para o moderno Estado de Direito (Estado social e democrático [material] de Direito), bem como pelas mutações decorrentes do processo de industrialização e seus reflexos, pelo impacto tecnológico e científico, pelo processo de descolonização e tantos outros fatores direta ou indiretamente relevantes nesse contexto e que poderiam ser considerados.

mesmo da própria teoria jusnaturalista,¹⁰¹ se desenvolvendo à medida que a racionalidade humana também se desenvolvia e concluía que as pessoas nascem com atributos, valores e direitos que lhe são inalienáveis e invioláveis.

A partir do século XVI é que se verifica terem os direitos fundamentais ganho particular relevância quando a doutrina jusnaturalista passa a desenvolver a ideia de que os direitos naturais do ser humano, expressados na liberdade, igualdade e dignidade da pessoa humana, devem ser observados e respeitados por todos, inclusive pelo governante, inspirando os acontecimentos revolucionários do século XVIII.¹⁰² (SARLET, 2015, p. 40).

De forma esparsa, documentos foram tendo positivados tais direitos sendo o principal deles a *Magna Charta Libertatum*, resultado de um pacto firmado em 1215 pelo rei João Sem-Terra, bispos e barões ingleses. Depois disso, em 1598, com a promulgação do Édito de Nantes por Henrique IV da França, tem-se o reconhecimento da liberdade de opção religiosa bem como liberdade de culto em muitos países da Europa. Após, tem-se ainda a Revolução Gloriosa, ocorrida na Inglaterra no século XVII, em 1688, e que resultou na *Petition of Rights*, firmada por Carlos I, a previsão do *Habeas Corpus Act*, de 1679, subscrito por Carlos II, cuja denominação oficial foi “[...] uma lei para melhor garantir a liberdade do súdito e para prevenção das prisões no ultramar”, e *Bill of Rights* de 1689, promulgado pelo Parlamento em face da coroa inglesa que, pela primeira vez, pôs fim ao regime da monarquia absolutista (COMPARATO, 2006, p. 69-89).

¹⁰¹ Robert Alexy explica que “Los orígenes de los derechos fundamentales se remontan muy atrás en el tiempo. Basta recordar la declaración de semejanza a Dios del Génesis 1,27: <<Dios creó al hombre a su imagen, a imagen de Dios lo creó>>.” (ALEXY, 2003, p. 32).

¹⁰² Decisiva, inclusive pela influência de sua obra sobre os autores iluministas, de modo especial franceses, alemães e americanos do século XVIII, foi também a contribuição doutrinária de John Locke (1632-1704), primeiro a reconhecer os direitos naturais e inalienáveis do homem (vida liberdade, propriedade e resistência) uma eficácia oponível, inclusive, aos detentores do poder, este, por sua vez, baseado no contrato social, ressaltando-se, todavia, a circunstância de que, para Locke, apenas os cidadãos (e proprietários, já que identifica ambas as situações) poderiam valer-se do direito de resistência, sendo verdadeiros sujeitos, e não meros objetos do governo (SARLET, 2015, p. 40).

Explica Sarlet (2015, p. 43) que todos estes documentos traziam em seu corpo previsões de direitos naturais que limitavam o poder governamental, mas que, ainda assim, não poderiam ser considerados como expressas previsões de direitos fundamentais na concepção atual, já que não vinculavam todas as esferas governamentais. Tal fato somente vem ocorrer anos mais tarde, quando das revoluções americana em 1776 e francesa em 1789, sendo ambas baseadas nos fundamentos iluministas, mas que podem ser reconhecidas como primeiros documentos de expressão dos direitos fundamentais, não somente por constitucionalizarem tais direitos naturais, mas também por sua vinculação com todos poderes públicos.¹⁰³

Os direitos fundamentais são assim reconhecidos não somente pelo fato de estarem positivados em um texto constitucional, mas também por vincular o Estado em todo o seu âmbito, em todos os seus Poderes, demonstrando, aí, o surgimento da primeira geração dos direitos fundamentais, a qual se caracteriza pela limitação do poder do Estado e do governante frente ao reconhecimento do que Bonavides (1997, p. 517) chamou de “direitos civis e políticos”, onde assumem notória relevância os direitos à vida, à liberdade, à igualdade perante a lei e à propriedade, resultado das lutas da classe burguesa nos séculos XVI a XVIII, desde a revolução gloriosa na Inglaterra, passando pela americana, nos Estados Unidos e também com a revolução francesa em 1789.

Outrossim, tendo em vista as relações surgidas do crescimento e aprimoramento da industrialização que inevitavelmente resultou em problemas sociais e econômicos, movimentos revolucionários de cunho

¹⁰³ A despeito do dissídio doutrinário sobre a paternidade dos direitos fundamentais, disputada entre a Declaração de Direitos do povo da Virgínia, de 1776, e a Declaração Francesa, de 1789, é a primeira que marca a transição dos direitos de liberdade legais ingleses para os direitos fundamentais constitucionais. [...] pela primeira vez os direitos naturais do homem foram acolhidos e positivados como direitos fundamentais constitucionais, ainda que este *status* constitucional da fundamentalidade em sentido formal tenha sido definitivamente consagrado somente a partir da incorporação de uma declaração de direitos à Constituição em 1791, mais exatamente, a partir do momento em que foi afirmada na prática da Suprema Corte a sua supremacia normativa (SARLET, 2015, p. 43).

social levaram ao reconhecimento de novos direitos fundamentais,¹⁰⁴ assim como à exigência de conduta mais positiva do Estado, caracterizando-se por outorgar aos cidadãos “[...] prestações sociais estatais, como assistência social, saúde educação, trabalho, etc.” (SARLET, 2015, p. 47). Tais direitos fundamentais se caracterizam como de segunda geração.

Neste contexto, importante elucidar que desde o seu reconhecimento nas primeiras constituições, ou seja, quando efetivamente reconhecidos, os direitos fundamentais enfrentaram diversas transformações, bem como assistiu-se ao surgimento e reconhecimento de novos direitos fundamentais, sempre como reflexo das transformações sociais, da complexidade das relações das pessoas, como também pela interferência e efeito das revoluções industriais e tecnológicas.

Além da primeira e segunda gerações de direitos fundamentais, acima tratadas, há ainda a chamada terceira geração, reconhecida pelos direitos fundamentais coletivos, transindividuais, características estas que os diferem dos demais já estudados, que são de cunho individual. São os denominados direitos de fraternidade e solidariedade e que se destinam à proteção de grupos como a família, por exemplo. Podem ser citados a título de exemplificação os direitos à paz, à autodeterminação dos povos, ao desenvolvimento, ao meio ambiente e qualidade de vida, à proteção do patrimônio histórico.¹⁰⁵

Os direitos fundamentais, portanto, decorrem dos direitos naturais, aqueles impregnados à pessoa humana enquanto ser humano, tendo sido

¹⁰⁴ Ainda na esfera dos direitos de segunda dimensão, há que atentar para a circunstância de que estes não englobam apenas direitos de cunho positivo, mas também as assim denominadas liberdades sociais, do que dão conta os exemplos de liberdade de sindicalização, do direito de greve, bem como do reconhecimento de direitos fundamentais aos trabalhadores, tais como o direito a férias e ao repouso semanal remunerado, a garantia de um salário mínimo, a limitação da jornada de trabalho, apenas para citar alguns dos mais representativos (SARLET, 2015, p. 48).

¹⁰⁵ No que tange à sua positivização, é preciso reconhecer que, ressalvadas algumas exceções, a maior parte destes direitos fundamentais da terceira dimensão ainda (inobstante cada vez mais) não encontrou seu reconhecimento na seara do direito constitucional, estando, por outro lado, em fase de consagração do âmbito do direito internacional, do que dá conta um grande número de tratados e outros documentos transnacionais nessa seara (SARLET, 2015, p. 49).

reconhecidos ao longo da história da humanidade na medida em que se expandia a sua racionalidade, caracterizando-se como limitadores do poder Estatal e também como fundamento para condutas positivas do Estado.

Além disso, os direitos fundamentais são os direitos humanos (declarados internacionalmente), porém recepcionados nos textos constitucionais de cada Estado. Não há como negar seu caráter abstrato e universal, pois como dito, são naturais, da essência do ser humano. Contudo, somente passam a ter eficácia e aplicação quando reconhecidos e positivados pelo direito interno de cada Estado.

Nessa linha de raciocínio Alexy (2015, p. 168) define que “[...] os direitos fundamentais são os direitos gravados intencionalmente em uma constituição, com o intuito de transformar os direitos humanos em direito positivo – a intenção, em outras palavras, é de positivar os direitos humanos.”

Dimoulis (2014, p. 41) conceitua os direitos fundamentais como sendo “[...] direitos público-subjetivos de pessoas (físicas ou jurídicas), contidos em dispositivos constitucionais e, portanto, que encerram caráter normativo supremo dentro do estado, tendo como finalidade limitar o exercício do poder estatal em face da liberdade individual.”

Seu reconhecimento depende de sua positivação. Contudo, o que tem sido verificado no decorrer dos tempos, em especial nesse período neoconstitucional, é que não somente através do direito positivado vêm sendo reconhecido os direitos fundamentais, mas também por meio de uma forte atuação do Poder Judiciário, a partir

[...] de uma transmutação hermenêutica e da criação jurisprudencial ao interpretar a lei a partir do texto constitucional. Com efeito, basta aqui uma referência ao crescente controle do indivíduo por meio dos recursos de informática, [...] novas técnicas de investigação na esfera do processo penal [...] (SARLET, 2015, p. 53) [e outros casos que demonstram esse avanço].

Trata-se do caráter prestacional que deve ser dado aos direitos fundamentais pelo Estado e que tem demonstrado uma forte atuação jurisdicional na interpretação e aplicação dos direitos fundamentais.

4.2.3 **Direitos fundamentais e Estado Constitucional Democrático**

No contexto do que foi visto até o momento, torna-se importante entender qual a vinculação dos direitos fundamentais com o Estado Constitucional Democrático.

O desenvolvimento do conceito de constituição, nos moldes em que é reconhecida atualmente, só foi possível com a implementação dos direitos fundamentais em seu corpo, tendo em vista que ambos possuem uma função similar, qual seja, limitadora do poder do Estado.

A respeito do assunto, Sarlet (2015, p. 49) menciona que “[...] os direitos fundamentais integram, portanto, ao lado da definição de forma de Estado, do sistema de governo e da organização de poder, a essência do Estado constitucional”, o que se configura em elemento nuclear da Constituição.

Com isso, é possível perceber que os direitos fundamentais caminharam juntos com as teorias da constituição, buscando, ambos, conceber uma forma de controle ao Poder do Governante, seja a partir da concepção de Estado, com sua estrutura e organização administrativa bem como a partir da regulação do Direito a impor condutas negativas e positivas ao Ente estatal.

Klaus Stern busca explicar a vinculação existente dos direitos fundamentais com o Estado constitucional mencionando que “[...] as ideias de Constituição e direitos fundamentais são, no âmbito do pensamento da segunda metade do século XVIII, manifestações paralelas e unidirecionadas da mesma atmosfera espiritual. Ambas se compreendem como limites normativos ao poder estatal.” (STERN apud SARLET, 2015, p. 59).

A partir do momento em que os direitos fundamentais passam a integrar a constituição, ao ponto de não se poder desvincular um do outro, verifica-se que deixa de ser apenas mais um conteúdo limitativo do poder estatal, para ser um legitimador do Estado Constitucional na medida em que “[...] o poder se justifica por e pela realização dos direitos do homem e que a ideia de justiça é hoje indissociável de tais direitos.” (SARLET, 2015, p. 60).

Neste contexto, a constituição é considerada a lei maior de um Estado de Direito, à qual estão vinculadas todas as demais normas infraconstitucionais e que devem estar de acordo com o conteúdo constitucional. Além disso, é norma fundamental já que traz em seu texto a positivação de direitos humanos fundamentais que limitam o poder estatal e, ao mesmo tempo, lhe impõe conduta positiva, visando não somente à proteção dos direitos do Homem, mas também a sua promoção, sendo condição de existência do Estado Constitucional a previsão e aplicação das normas de direitos fundamentais.

4.3 DIMENSÕES DEFENSIVAS E PRESTACIONAIS DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

A partir do momento em que o modelo liberal começou a apresentar suas insuficiências, o Estado passou a adotar uma postura intervencionista nas relações particulares bem como na economia, oferecendo uma conduta prestacional mais positiva para assegurar e efetivar os direitos fundamentais denominados de segunda geração, cujo objetivo foi de reduzir as desigualdades materiais surgidas naquele período de liberalismo. Isso porque, naquele período, sob o argumento da não intervenção na economia, os burgueses detentores do capital e do trabalho se utilizavam do poder econômico para aumentar suas riquezas em detrimento dos menos favorecidos.

No modelo de Estado Social, o que se vivenciou foi o estabelecimento de normas programáticas pelos poderes então constituídos que asseguravam os direitos fundamentais, mas que não emanavam um conteúdo de efetivação destes direitos. Ampliando a atuação estatal na realização de uma conduta prestacional, o Estado Democrático de Direito vem atuar para não somente garantir tais direitos sociais, mas sobretudo para os efetivar por meio de normas jurídicas dotadas de conteúdo imperativo.

Nessa medida, ao passo que o Estado passa a ter um dever prestacional em relação aos direitos fundamentais, ou seja, de promovê-los e protegê-los, o cidadão passa a ter um direito subjetivo a essa postura positiva do ente estatal. Canotilho (1998, p. 554) assevera que, com a garantia de certos direitos no texto constitucional, reconhece-se, “[...] simultaneamente, o dever do Estado na criação dos pressupostos materiais indispensáveis ao exercício efectivo desses direitos; e a faculdade de o cidadão exigir, de forma imediata, as prestações constitutivas desses direitos.”

Alexy (2015, p. 445) considera os direitos prestacionais um direito subjetivo a que o Estado promova os direitos fundamentais, ao que lhes atribui de direito a prestações. Para o citado autor, direito à prestação seria, em sentido amplo, um direito subjetivo a ações positivas do Estado na realização dos direitos fundamentais.

Por esse entendimento, os direitos fundamentais encontram duas dimensões quando de sua realização, uma dimensão liberal clássica, que se volta à proteção contra ações de interferências do Estado sobre aqueles direitos considerados de primeira geração, como a liberdade, a igualdade, a segurança, e uma outra dimensão relacionada com ações positivas que o Estado deve adotar, denominadas de prestacionais, e que geram aos cidadãos o direito a prestações positivas por parte do Estado na garantia, promoção e efetivação de direitos fundamentais, mais relacionados com os direitos fundamentais de segunda geração, ou seja, os direitos sociais.

Sarlet (2015, p. 194) categoriza os direitos prestacionais quanto ao seu objeto, distinguindo-os em direitos a prestações jurídicas, ou seja, normativas, e a prestações fáticas, relativamente a prestações materiais. O autor também traz importante classificação dos direitos a prestações quando diferencia os “[...] direitos originários dos direitos derivados a prestações.”¹⁰⁶ Para o autor, os direitos prestacionais podem derivar diretamente da norma constitucional, onde seriam denominados de originários ou ainda da legislação infraconstitucional, considerados derivados.

Aqui, no entanto, será analisada a proposta alexyana no que se refere aos direitos prestacionais, não somente porque é o autor de base da presente pesquisa, mas também pelo fato de que a solução encontrada por Robert Alexy pode servir de apoio ao que será proposto ao término do presente trabalho.

Defende Alexy (2015, p. 442) que “[...] todo o direito a uma ação positiva, ou seja, a uma ação do Estado, é um direito a uma prestação” que deve ser efetivado por meio de proteções fáticas e normativas que se estendem, inclusive, “à proteção do cidadão contra outros cidadãos por meio de normas de direito penal, passando pelo estabelecimento de normas organizacionais e procedimentais e alcançando até prestações em dinheiro e outros bens.”

Ainda que o citado autor se refira aos direitos sociais na Alemanha, quando se fala em direitos a prestações, referindo-se aos direitos fundamentais, deve-se observar que o dever de uma conduta positiva do Estado na realização

¹⁰⁶ Sob a rubrica de direitos derivados a prestações compreendem-se, de acordo com a formulação de Gomes Canotilho, tanto o direito de igual acesso, obtenção e utilização de todas as instituições criadas pelos poderes públicos, quanto o direito de igual participação nas prestações que estas instituições dispensam à comunidade, de modo que os direitos derivados a prestações podem ser considerados, neste sentido como direito dos cidadãos a participação igual nas prestações estaduais na medida de capacidade existentes.

¹⁰ No que concerne aos assim denominados direitos originários a prestações, estes podem ser definidos como os direitos dos cidadãos ao fornecimento de prestações estatais, independentemente da existência de um sistema prévio de oferta destes bens e/ou serviços por parte do Estado, em outras palavras, de direitos que podem ser deduzidos diretamente das normas constitucionais que os consagram (SARLET, 2015, p. 194-195).

e efetivação dos direitos fundamentais deve ser implementada em relação a todo e qualquer direito fundamental. “Assim, os direitos civis ou liberais não podem ser considerados diferentes dos direitos socioeconômicos a partir da dicotomia positivo-negativa.” (KLATT, 2015, p. 217).

Os direitos a prestações positivas por parte do Estado subentendem o direito constitucional subjetivo do cidadão, o que leva a uma relação triádica entre o indivíduo, o Estado e a uma ação estatal positiva, pois que, se há o direito subjetivo a uma conduta positiva do Estado, então, ao mesmo tempo, há um dever do Estado na realização dessa ação positiva (ALEXY, 2015, p. 445).

Para estabelecer o dever do Estado na consecução de prestações positivas, realizando direitos fundamentais que são direitos subjetivos de cidadãos, explica Alexy que há a necessidade de se observar uma ideia-guia e partir de um conceito de direitos fundamentais. Por isso, com o objetivo de explicar os direitos prestacionais que o indivíduo tem em face do Estado, o autor alemão estabelece um conceito amplo de direitos fundamentais como sendo “[...] posições que são tão importantes que a decisão sobre garanti-las ou não garanti-las não pode ser simplesmente deixada para a maioria parlamentar simples.” (ALEXY, 2015, p. 446).

Trata-se de direitos fundamentais relacionados ao mínimo existencial do indivíduo, em alguns casos nem sequer previstos em textos constitucionais, mas reconhecidos a partir de interpretações dos textos constitucionais e que, numa análise em nível constitucional, são tão importantes que a decisão em garanti-las ou não, ou ainda, em efetivá-las ou não, não pode simplesmente ficar à análise de uma maioria simples parlamentar, o que reflete uma concepção formal dos direitos fundamentais.

Para o autor, a escala de ações estatais positivas pode ser dividida em: 1) direitos à proteção; 2) direitos à organização e procedimento; 3) direitos a prestações em sentido estrito, conforme relacionado acima.

4.3.1 Direitos a proteção

O Direito à proteção é entendido como o direito subjetivo que possui o cidadão a que o Estado por meios “normativos ou fáticos”¹⁰⁷, assegure os direitos fundamentais, seja em face do próprio Estado seja nas relações entre pessoas num mesmo plano de hierarquia, numa mesma posição.

Não se trata de proteção contra a intervenção do Estado, direitos de defesa, mas sim direito a que o Estado, por meio de uma conduta positiva, lance proteção aos indivíduos em face dos demais indivíduos. (ALEXY, 2015, p. 450)¹⁰⁸.

Pelos direitos à proteção, cabe ao Estado zelar pelo efetivo cumprimento das normas protetoras e promotoras dos direitos fundamentais, inclusive preventivamente, e não somente em relação aos poderes públicos, mas também em relação a terceiros, ou seja, nas relações jurídicas horizontais, “[...] adotando medidas positivas com vista a garantir e proteger de forma efetiva a fruição dos direitos fundamentais.” (SARLET, 2015, p. 197).

Não há que se confundir, portanto, neste aspecto, os direitos de defesa com os direitos à proteção, pois que enquanto aqueles impõem uma abstenção na conduta interventiva do Estado em proteção aos direitos fundamentais, estes últimos impõem ao Estado o dever de agir por meio de proteção dos direitos fundamentais com ações positivas.

Inicialmente os direitos fundamentais eram concebidos como direitos essencialmente de defesa do cidadão perante o Estado (primeira

¹⁰⁷ Não menos diversificadas são as possíveis formas de proteção. Elas abarcam, por exemplo, a proteção por meio de normas de direito penal, por meios de normas de responsabilidade civil, por meio de normas de direito processual, por meio de atos administrativos e por meio de ações fáticas (ALEXY, 2015, p. 450).

¹⁰⁸ Direitos à proteção podem ter os mais diferentes objetos. Desde a proteção contra homicídios na forma mais tradicional, até a proteção contra os perigos do uso pacífico da energia nuclear. Não são apenas a vida e a saúde os bens passíveis de serem protegidos, mas tudo aquilo que seja digno de proteção a partir do ponto de vista dos direitos fundamentais: por exemplo, a dignidade, a liberdade, a família e a propriedade (ALEXY, 2015, p. 450).

dimensão dos direitos fundamentais), entretanto, com o advento do Estado Social de Direito, ampliam-se as funções do Estado, de modo que este, mais do que não atentar contra os direitos fundamentais de seus cidadãos, deve também (dentre outros deveres) protegê-los de agressões a seus direitos fundamentais (SARLET, 2009, p. 118).

Possuem por objeto a proteção de tudo o que se encontra relacionado aos direitos fundamentais, como a dignidade da pessoa humana, a liberdade, a propriedade, a família, ou seja, “[...] tudo aquilo que seja digno de proteção do ponto de vista dos direitos fundamentais” (ALEXY, 2015, p. 450) e que podem receber proteção através de normas de caráter penal, procedimentais, administrativas e “[...] até mesmo por atuação concreta dos poderes públicos.” (SARLET, 2015, p. 198).

Trata-se de direitos subjetivos que cada pessoa possui em face do Estado, para que este exerça uma conduta proativa na realização dos direitos fundamentais, neste caso, que promova a proteção dos direitos fundamentais nas relações entre pessoas em mesma situação, em mesma condição.

Neste sentido, conceitua Alexy (2015, p. 451) que se trata de “[...] direitos constitucionais a que o Estado configure e aplique a ordem jurídica de uma determinada maneira no que diz respeito à relação dos sujeitos de direito de mesma hierarquia entre si.”

Neste caráter subjetivo dos direitos prestacionais, deve ser entendido que está o direito subjetivo a que o Estado, então, promova os direitos fundamentais não apenas no sentido fático, ou seja, por meio de prestações materiais, mas também relativamente aos direitos normativos, de que se possa exigir dos poderes públicos a edição de atos normativos a regulamentar a aplicação e efetivação dos direitos fundamentais.

4.3.2 Direitos a organização e procedimento

Os direitos a prestações positivas do Estado para a realização e efetivação dos direitos fundamentais levantam uma outra problemática que não pode deixar de ser estudada, que se trata dos direitos à organização e ao procedimento. Isso porque, se há o reconhecimento de que os direitos a prestações do Estado são direitos subjetivos (já que ao mesmo tempo confere ao Estado o dever de sua realização), há que se verificar de que maneira estas prestações serão conferidas, surgindo aí a organização e o procedimento.

Essa questão não pode ficar adstrita apenas ao fato da necessidade de organização e procedimento para a concretização dos direitos prestacionais, mas, além disso, estabelecer se há um direito subjetivo à organização e procedimento.

De início é importante esclarecer que os direitos fundamentais são realizados amplamente na medida em que são observados os procedimentos adequados para sua efetivação, seja do ponto de vista dos direitos de defesa seja dos direitos à proteção. Por isso, é verificada a necessidade de que os direitos fundamentais sejam efetivados por meio de estruturas organizacionais e procedimentais e que, antes disso, haja estruturas organizacionais e de procedimento conferindo o meio de realização das prestações estatais.

Sarlet (2015, p. 201), por este contexto, explica que há uma íntima relação entre as noções de organização e procedimento e os direitos fundamentais, na medida em que “[...] os direitos fundamentais podem ser considerados como parâmetros para formatação das estruturas organizatórias e dos procedimentos servindo para, além disso, como diretrizes para aplicação e interpretação das normas procedimentais.”

Tal relevância se dá na medida em que os “[...] procedimentos são sistemas de regras e/ou princípios para a obtenção de um resultado. Se o

resultado é obtido por meio da observância dessas regras e ou respeito aos princípios então, ele deve, do ponto de vista procedimental, ser classificado positivamente.” (ALEXY, 2015, p. 472).

Os direitos procedimentais são dirigidos aos legisladores e aos tribunais. No que se refere aos legisladores, é exigido que observem o procedimento adequado quando da elaboração das leis, ou seja, quando do processo legislativo, enquanto que para os tribunais, os direitos procedimentais exigem sua observância quando da interpretação e aplicação do direito, ou seja, serão plenamente realizados os direitos fundamentais quando de sua elaboração ou ainda quando de sua interpretação e aplicação, desde que sejam observados o procedimento e organização adequados.¹⁰⁹ (ALEXY, 2015, p. 474).

Especificamente quando se trata dos direitos procedimentais judiciais e administrativos, ter-se-á uma proteção jurídica efetiva, quando pelo procedimento adequado se puder dar o resultado adequado à interpretação e aplicação dos direitos fundamentais materiais envolvidos. “O direito procedimental serve à produção de decisões que sejam conforme à lei e, por esse ponto de vista, corretas, mas, para além disso, de decisões que, no âmbito dessa correção, sejam justas.” (ALEXY, 2015, p. 488).

Nesta mesma linha de entendimento, “[...] levar a sério a dimensão organizatória e procedimental dos direitos fundamentais pressupõe também tomar a sério o poder-dever do juiz da adequada interpretação e formatação do processo e dos procedimentos [...]” (SARLET, 2015, p. 204).

Por essa razão, quanto maior a observância do procedimento, maior será a proteção aos direitos fundamentais, o que demonstra ser necessário o procedimento não só na elaboração do direito no plano legislativo, mas

¹⁰⁹ O direito a procedimentos como direito à proteção jurídica efetiva, nesse caso, tem como destinatário os tribunais. De outra parte, os direitos a procedimentos que têm como objeto a criação de normas procedimentais, por serem direitos ao estabelecimento de normas, têm como destinatário o legislador (ALEXY, 2015, p. 474).

também no plano judicial, quando de sua interpretação e aplicação de acordo com a lei e, acima de tudo, objetivando um resultado justo.

É possível dizer, neste sentido, que os direitos prestacionais, por se caracterizarem em direito subjetivo da pessoa em face do Estado para que este realize os direitos fundamentais, necessitam de estruturas organizacionais e procedimentais, seja no plano legislativo, seja no plano do processo judicial.

No primeiro caso, teríamos tais direitos na sede da participação política, por meio da participação democrática dos cidadãos na construção das estruturas de organização do Estado. No segundo momento, no que tange ao procedimento, se concretizaria no procedimento adequado para elaboração dos atos normativos e ainda para a interpretação e aplicação do direito no plano jurisdicional. Além de necessário para a possível e correta aplicação dos direitos fundamentais prestacionais, se caracteriza em direito fundamental do cidadão o direito à organização e procedimento, pois é a partir da realização desse direito que se terá a formulação e aplicação correta dos direitos fundamentais.

Portanto, o direito à organização e ao procedimento se trata de um direito prestacional e, desta forma, “um direito subjetivo”,¹¹⁰ por caracterizar também o dever do Estado em sua concretização para a plena e efetiva realização dos direitos fundamentais.

¹¹⁰ Importante anotar, neste aspecto, o comentário de Sarlet (2015, p. 204-205), que “[...] em que pese o reconhecimento praticamente uniforme da importância da dimensão organizatória e procedimental dos direitos fundamentais (ou da organização e procedimento para os direitos fundamentais), a doutrina e a jurisprudência constitucional germânica – a quem se deve tributar o desenvolvimento destes aspectos –, quando se cuida de admitir direitos fundamentais subjetivos a prestações normativas nesta esfera, revela-se, além de extremamente controversa, preponderantemente recalcitrante neste particular. Trata-se, por outro lado, de problema que abrange tanto as normas constitucionais que expressamente preveem obrigações do Estado nesta seara (que, segundo alguns, teriam sua eficácia restringida à esfera jurídico-objetiva), quando o reconhecimento de direitos não escritos, com base em outras normas definidoras de direitos e garantias fundamentais [...]”

4.3.3 Direitos a prestações em sentido estrito

Os “direitos a prestações em sentidos estrito”,¹¹¹ defendidos por Robert Alexy, estão relacionados diretamente aos direitos sociais que, salvo exceções, como o salário maternidade, não encontram previsões expressas na Constituição Alemã. Com isso, Alexy (2015, p. 499) propõe que os direitos fundamentais sociais podem ser enquadrados em duas espécies, ou seja, “aqueles expressamente previstos nas constituições estaduais e aqueles não expressos”,¹¹² mas que surgem da interpretação das normas de direitos fundamentais.

Alexy (2015, p. 499) propõe um modelo de direitos prestacionais baseado na ideia-guia formal por ele defendida, ou seja, de que “[...] os direitos fundamentais são posições tão importantes que a decisão sobre protegê-los ou não protegê-los não pode ser simplesmente deixada para a maioria simples parlamentar”, partindo-se do pressuposto de igualdade de que a todos são assegurados direitos fundamentais por meio de previsões normativas, mas que sua efetiva aplicação, em cada caso, não pode ficar à análise da maioria parlamentar simples.¹¹³

Por essa proposta, a discussão sobre quais os direitos fundamentais sociais o indivíduo tem, ou ainda de que forma será aplicado, depende do grau de importância de cada posição, o que resulta em um sopesamento de princípios, estando de um lado o princípio da liberdade fática e de outro

¹¹¹ Direitos a prestações em sentido estrito são direitos do indivíduo, em face do Estado, a algo que o indivíduo, se dispusesse de meios financeiros suficientes e se houvesse uma oferta suficiente no mercado, poderia também obter de particulares (ALEXY, 2015, p. 499).

¹¹² Às vezes a expressão “direitos fundamentais sociais” é reservada para os primeiros, enquanto os últimos são denominados como “direitos fundamentais a prestações” ou interpretações sociais dos direitos de liberdade e igualdade (ALEXY, 2015, p. 499).

¹¹³ De acordo com essa ideia, o critério para aquilo que deve ser decidido em conformidade com o processo democrático e aquilo que é decidido pela Constituição, vale dizer, aquilo que deve ser decidido mediante interpretação do conteúdo da Constituição e, em última instância, pela alternativa à jurisdição constitucional, depende do grau de importância de cada posição (ALEXY, 2015, p. 166).

os princípios formais relacionados à competência decisória do legislador bem como o princípio da separação dos poderes, “entre outros”.¹¹⁴

Esse modelo proposto, da ideia-guia formal, não traz os critérios de definição da importância de cada posição e, por este motivo, o autor Alemão propôs, ainda, a ideia-chave substantiva que se resume à dignidade da pessoa humana.

Defende Alexy que “[...] a dignidade humana implica direitos humanos. Essa é a razão pela qual a dignidade humana pode desempenhar o papel de uma ‘ideia-chave substantiva’. Portanto, a questão é se o atendimento da dignidade humana demanda direitos sociais.” (ALEXY, 2015, p. 169).¹¹⁵

A partir daí, podem ser aferíveis quais seriam os direitos fundamentais sociais cabíveis a cada indivíduo, onde Alexy confere uma resposta geral, explicando que os direitos prestacionais, ou seja, direitos fundamentais sociais, têm que ser vistos de forma definitivamente garantidos quando

(1) o princípio da liberdade fática a exigir de forma permanente e se (2) o princípio da separação de poderes e o princípio democrático (que inclui as competências orçamentárias do parlamento), bem como (3) os princípios materiais colidentes (especialmente aqueles que dizem respeito à liberdade jurídica de outrem) forem afetados em uma medida relativamente pequena pela garantia constitucional da posição prestacional e pelas decisões do

¹¹⁴ Alexy (2015, p. 513), neste ponto, estabelece que o princípio da liberdade fática pode ser sopesado com, além dos princípios da competência decisória do legislador democraticamente legitimado e da separação dos poderes, ainda com os princípios materiais, que dizem respeito sobretudo à liberdade jurídica de terceiros, mas também outros direitos fundamentais sociais e a interesses coletivos.

¹¹⁵ Para Alexy (2015, p. 169-171), a dignidade humana possui conceito altamente complexo e, somado a isso, o autor busca explicar a sua relação com a pessoa a partir do conceito de pessoa. Neste seguimento, explica que para ser considerado pessoa, o indivíduo deve reunir as seguintes condições: inteligência, o sentimento e a consciência. Esta última está relacionada à reflexividade, que se distingue em cognitiva (relacionada à capacidade de autoconhecimento), volitiva (relativo à capacidade de conduzir seu comportamento e a si mesmo) e normativa (vinculada à auto avaliação, no sentido de correção das condutas). Esse é o lado descritivo da dignidade humana.

tribunal constitucional que a levarem em consideração. (ALEXY, 2015, p. 512).

Para conhecimento de quais os direitos fundamentais aferíveis ou, ainda, em que medida se dará a sua aferição leva à necessidade de ponderação de princípios, obtendo, assim, mandamentos de otimização que sairá da análise ou teste da proporcionalidade. A dignidade humana tem o caráter de princípio.¹¹⁶ (ALEXY, 2015, p. 172).

Assim, deve ser observado que na realização e assecuração dos direitos prestacionais, seja pela decisão do legislador eleito democraticamente, seja pela jurisdição constitucional na interpretação e aplicação dos direitos fundamentais, deverá prevalecer a dignidade da pessoa humana, por respeito aos direitos de os seres humanos serem levados a sério como pessoas. Havendo colisões de princípios com o princípio da dignidade humana, deverão ser observadas questões em que o mínimo existencial é ou não garantido, posto que o Estado deve ser obrigado a assegurar o mínimo existencial.

Trata-se daqueles casos em que são satisfeitos os direitos mínimos necessários à existência do indivíduo, onde se tem um direito definitivo à prestação, quando “[...] o princípio da liberdade fática tem um peso maior que os princípios formais e materiais colidentes, considerados em conjunto. Esse é o caso dos direitos mínimos.” (ALEXY, 2015, p. 517). “[...] o Estado é peremptoriamente obrigado a assegurar o mínimo existencial [...]” (ALEXY, 2014, p. 177).

Neste entendimento outra problemática surge, em se saber qual o conceito de mínimo existencial bem como sua amplitude.

¹¹⁶ A dignidade humana – enquanto norma – tem, essencialmente, o caráter de um princípio. As elaborações de regras de garantia da dignidade humana são apenas derivações.

^os princípios são mandamentos de otimização. Como tal, eles exigem que “[...] algo seja realizado em sua maior extensão possível, consideradas as possibilidades jurídicas e de fato.” As pessoas podem ser levadas a sério em diferentes graus e a dignidade humana enquanto norma exige que eles devem ser levados a sério, na máxima medida do que for possível (ALEXY, 2015, p. 172).

O mínimo existencial encontra-se intimamente relacionado com a dignidade da pessoa humana, posto que se trata de direitos essenciais à realização de uma convivência social digna e foi reconhecido pela primeira vez no direito alemão (SARLET, 2015, p. 326-327), especificamente pela doutrina, tendo como primeiro a sustentar a possibilidade de seu reconhecimento o publicista Otto Bachof¹¹⁷ no início da década de cinquenta, seguida da jurisprudência alemã,¹¹⁸ amparada no postulado da dignidade da pessoa humana, posto não haver o reconhecimento expresso aos direitos sociais na legislação daquele país.

É fato que o mínimo existencial, tido como direitos básicos necessários à sobrevivência da pessoa, constituem elementos precípuos para uma conduta prestacional do Estado na realização dos direitos fundamentais.

Barcellos (2002, p. 126) afirma que o mínimo existencial compreende “[...] um elemento constitucional essencial, pelo qual se deve garantir um conjunto de necessidades básicas ao indivíduo.” Na sua visão, trata-se de um núcleo irreduzível da dignidade da pessoa humana, composto de quatro elementos fundamentais, sendo a educação fundamental, a saúde básica, a assistência aos desamparados e o acesso à justiça (BARCELLOS, 2002, p. 258).

Sarlet (2015, p. 328) enfatiza que “[...] é possível reconhecer que também o mínimo existencial tem por função assegurar as condições fáticas para o exercício pleno da autonomia individual.” Sustenta, ainda, o autor, que “[...] uma vida sem alternativas não corresponde às exigências

¹¹⁷ Otto Bachof “[...] considerou que o princípio da dignidade da pessoa humana (art. 1º, inc. I da LF) não reclama apenas a garantia da liberdade, mas também um mínimo de segurança social, já que, sem os recursos materiais para uma existência digna, a própria dignidade da pessoa humana ficaria sacrificada (SARLET, 2015, p. 326).

¹¹⁸ O Tribunal Federal Administrativo da Alemanha (*Bundesverwaltungsgericht*), já no primeiro ano de sua existência, reconheceu um direito subjetivo do indivíduo carente a auxílio material por parte do Estado, argumentando, igualmente com base no postulado da dignidade da pessoa humana, direito geral de liberdade e direito à vida, que o indivíduo, na qualidade de pessoa autônoma e responsável, deve ser reconhecido como titular de direitos e obrigações, o que implica principalmente a manutenção de suas condições de existência (SARLET, 2015, p. 326).

da dignidade humana, pois a vida humana não pode ser reduzida à mera existência.”

Com estas palavras, o que propõe o autor é o entendimento de que o mínimo existencial está relacionado com a dignidade da pessoa humana e compreende o necessário à sobrevivência além da mera existência humana em si, superando o limite da pobreza absoluta.

A ideia de mínimo existencial traz consigo a possibilidade de se verificar direitos básicos que assegurem a existência e sobrevivência de uma pessoa com dignidade no meio social em que está inserida. Está relacionado com os direitos à liberdade, à educação, à moradia, à saúde, à segurança, ao lazer, ao trabalho, à integridade física e moral e, ressalte-se, ao direito de acesso à justiça. É claro que cada um destes conceitos abriria um leque de possibilidades e divagações sobre a estrutura e alcance de cada um, até se chegar à sua aplicação. Contudo, no presente estudo o que se objetiva estabelecer é que o mínimo existencial é composto por aqueles direitos elencados, melhor dizendo, pelos direitos básicos antes relacionados e que são necessários a assegurar uma convivência social digna a cada cidadão, levando, ainda, em consideração para o presente estudo, a possibilidade de o direito de acesso à justiça ser enquadrado como componente dum mínimo existencial a ponto de se revelar um direito prestacional.

4.4 CENTRALIDADE DO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE

Em sua teoria dos direitos fundamentais, Robert Alexy defende a tese de que os direitos fundamentais possuem natureza principiológica e, portanto, são mandamentos de otimização que devem ser realizados em sua maior amplitude possível. Por esse motivo, surge a necessidade do dever da proporcionalidade para o controle de leis restritivas de direitos fundamentais bem como para evitar o excesso da atuação Estatal que possa resultar em violação aos direitos fundamentais.

Para o entendimento adequado do dever da proporcionalidade, faz-se necessário estabelecer o seu conceito, delimitar a sua estrutura e verificar a sua forma de aplicação na análise das normas jurídicas.

4.4.1 Definição do dever de proporcionalidade. Regra ou princípio?

A proporcionalidade é medida que se originou no direito alemão, mais especificamente em decisão proferida pelo Tribunal Constitucional Federal alemão na década de 1950 (DIMOULIS; MARTINS, 2014, p. 176), e que foi difundida na doutrina sendo adotada em outros países,¹¹⁹ chegando ao direito contemporâneo para a interpretação e aplicação dos direitos fundamentais quando da atuação do Estado.

É trabalhada por Robert Alexy quando propõe a teoria da ponderação na colisão entre princípios e direitos fundamentais. Na visão de Silva (2002, p. 24), trata-se de uma regra “[...] empregada especialmente nos casos em que um ato estatal, destinado a promover a realização de um direito fundamental ou de interesse coletivo, implica a restrição de outro ou outros direitos coletivos.”

O conceito do dever de proporcionalidade está relacionado à sua natureza, se se trata de uma regra ou um princípio, apesar de ser tratada em sua maior parte como princípio da proporcionalidade.

Portanto, para entender seu conceito técnico e ainda por se estar a tratar da proporcionalidade dentro da teoria difundida por Alexy, acredita-se poder chegar ao seu conceito através do que o citado professor desenvolve em sua teoria dos princípios e também da ponderação.

Conforme expõe Alexy (2015, p. 87), as normas jurídicas se classificam em regras e princípios,¹²⁰ pois ambos formulam expressões

¹¹⁹ Nas últimas décadas, foi exportada para várias partes do mundo, inclusive para países do sul da Europa, que determinaram em larga medida, mas não exclusivamente, suas formas de recepção no Brasil e em outros países da América Latina (DIMOULIS; MARTINS, 2014, p. 177).

¹²⁰ Conforme explica Alexy (2015, p. 85), sem essa distinção “[...] não pode haver nem uma teoria

deônticas, relativas ao dever, à permissão e à proibição, “ainda que de espécie muito diferente”. São normas que dizem o que deve ser.

Segundo o autor alemão, os princípios resultam em mandamentos de otimização, que devem ser realizados na maior amplitude possível, e “[...] são caracterizados por poderem ser satisfeitos em graus variados, e pelo fato de que a medida devida de satisfação não depende somente de possibilidades fáticas, mas também das possibilidades jurídicas” (ALEXY, 2015, p. 90), que são determinadas por meio dos princípios e regras colidentes.

Já em relação às regras, entende que se trata de normas que sempre são satisfeitas ou não, por conterem previsões determinantes daquilo que é possível no mundo fático e no mundo jurídico. “Se uma regra vale, então, deve se fazer exatamente aquilo que ela exige; nem mais, nem menos.” (ALEXY, 2015, p. 91).

Essa diferença existente entre princípios e regras fica mais evidente quando do conflito entre regras e a colisão entre princípios. Quando duas regras se colidem, uma delas é inválida, pois contém previsões contraditórias e, por isso, uma apenas deve prevalecer, salvo se uma delas representa uma exceção à outra, que não entre em contradição.

Com relação aos princípios, havendo alguma colisão entre estes, o que deve ser observado é que um deve ceder ao outro, não havendo a possibilidade de um deles ser declarado inválido, nem de um deles representar ou acrescentar uma exceção ao outro. O que resultará é que um dos princípios prevalecerá sobre o outro sob determinadas condições.

Na colisão entre princípios, há que ser levado em consideração o peso de ambos os princípios colidentes, enquanto que para os conflitos entre regras deve ser observada a validade de uma e a invalidade de outra,

adequada sobre restrições a direitos fundamentais, nem uma doutrina satisfatória sobre colisões, nem uma teoria suficiente sobre o papel dos direitos fundamentais no sistema jurídico. Essa distinção constituiu um elemento fundamental não somente da dogmática dos direitos de liberdade e igualdade, mas também dos direitos à proteção, a organização e procedimento e a prestações em sentido estrito. [...] Nesse sentido, a distinção entre regras e princípios é uma das colunas-mestras do edifício da teoria dos direitos fundamentais.”

ou seja, “[...] conflitos entre regras ocorrem na dimensão da validade, enquanto as colisões entre princípios – visto que só princípios válidos podem colidir – ocorrem, para além dessa dimensão, na dimensão do peso.” (ALEXY, 2015, p. 94).

Dentro destas questões postas, Silva (2002, p. 26) esclarece que a proporcionalidade não chega a ser um princípio propriamente dito, mas sim uma regra. Isso de acordo com a classificação do próprio Alexy.

No mesmo sentido, Dimoulis (2014, p. 178) estabelece que “[...] mesmo para quem adota a bipartição entre regras e princípios, a proporcionalidade apresenta muito mais natureza de regra do que de princípio.”

Nesse entendimento, Robert Alexy, em sua obra *Teoria dos Direitos Fundamentais*, deixa claro que, apesar de a proporcionalidade ser denominada com frequência como princípio, na verdade se trata de uma regra, posto que suas três máximas parciais (adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito) não são sopesadas contra algo, bem como não há possibilidades de que tenham precedência em alguns momentos e em outros não. Arremata o autor, expressando que “[...] o que se indaga é, na verdade, se as máximas parciais foram satisfeitas ou não, e sua não satisfação tem como consequência uma ilegalidade. As três máximas parciais devem ser, portanto, consideradas como regras.” (ALEXY, 2015, p. 117).

Dentro da própria proposta de Robert Alexy em relação à proporcionalidade, esta será enquadrada no presente trabalho como uma regra.¹²¹ A partir disso, é necessário apresentar um conceito à regra da proporcionalidade para que possa ser dado sequência ao desenvolvimento

¹²¹ Neste contexto, é importante enfatizar que Ávila (1999, p. 175) nessa mesma discussão sobre o caráter do dever de proporcionalidade, considera-o como “[...] um postulado normativo aplicativo decorrente da estrutura principal das normas e da atributividade do Direito, e dependente do conflito de bens jurídicos materiais e do poder estruturador da relação meio-fim, cuja função é estabelecer uma medida entre bens jurídicos concretamente correlacionados.”

da pesquisa, em que pese se estar ciente que a sua conceituação depende de uma análise mais profunda do tema, mas que não se enquadra na delimitação do assunto ora proposto.

Portanto, pode-se definir a regra da proporcionalidade como o meio necessário pelo qual se busca uma solução para a colisão entre direitos fundamentais, bem como uma limitação estatal nos atos limitadores dos direitos fundamentais, levando em consideração o que é defendido por Alexy, de que os direitos fundamentais são princípios, pelo menos em sua maioria, e, portanto, são mandamentos que obrigam que algo seja realizado na maior medida possível, de acordo com as possibilidades fáticas e jurídicas.

4.4.2 Estrutura do dever de proporcionalidade.

Diante da interpretação e aplicação dos direitos fundamentais, havendo a colisão de princípios e direitos fundamentais, onde não haverá a exclusão nem a invalidade de um princípio em detrimento do outro, a questão se resolverá com a aplicação da técnica da ponderação por meio de regra da proporcionalidade, que será visto adiante, onde a máxima da proporcionalidade deverá ser observada com as suas três máximas parciais, sendo a adequação, a necessidade e a proporcionalidade em sentido estrito.

Pela adequação, busca-se o meio mais adequado à realização do resultado pretendido. Alexy explica que ela tem natureza de um critério negativo ajustado à ordem-moldura e, neste caso, “[...] ele exclui algumas coisas – a saber: aquilo que não é adequado – sem, com isso, determinar tudo.” (ALEXY, 2015, p. 590).

Dimitri Dimoulis (2014, p. 203) vai um pouco além, explicando que somente os meios adequados, isto é, idôneos, para alcançar ou pelo menos promover determinado fim são “proporcionais” a esse fim.

No entendimento de Silva (2002, p. 36-37), “[...] adequado, então, não é somente o meio com cuja utilização um objetivo é alcançado, mas também o meio com cuja realização de um objetivo é fomentada, promovida, ainda que o objetivo não seja completamente realizado.”

Pode-se afirmar, então, que a adequação se encontra como a maneira de se averiguar, num primeiro momento dentro da análise da proporcionalidade, qual o meio mais adequado para conseguir o propósito perseguido com a mínima intervenção possível em um direito fundamental e, ao mesmo tempo, a maior realização possível de outro direito fundamental em colisão.

Contudo, a adequação pode levar a meios que ultrapassam a barreira da proporcionalidade, tornando-se “fortemente repressivos”, o que sugere a verificação não somente do meio mais adequado, mas também da necessidade do meio utilizado. “Isso indica que o exame de adequação permite aceitar uma ampla gama de meios interventivos, acarretando o risco de permitir medidas que, intuitivamente, parecem desproporcionais.” (DIMOULIS; MARTINS, 2014, p. 210).

Neste contexto, quanto à necessidade, deve-se observar o mandamento menos gravoso dentre aqueles adequados, ou seja, que causa uma intervenção menos intensa no outro princípio. Por isso, se diz que o exame da necessidade significa a busca do meio que mais poupe (o mais ameno) a liberdade intervinda (*Suche nach dem schenndsten Mittel*). (DIMOULIS; MARTINS, 2014, p. 214). Havendo um meio que cause uma menor intervenção possível, mas que seja igualmente adequado, “[...] uma posição pode ser melhorada sem que isso ocorra às custas de outra posição.” (ALEXY, 2015, p. 591).

A limitação de um direito fundamental somente será necessária se a realização do objetivo perseguido não puder ser promovida, com a mesma intensidade, por meio de outro ato que limite, em menor medida, o direito fundamental atingido (SILVA, 2002, p. 38), ou seja, a necessidade de uma

medida limitadora de um direito fundamental deve ser verificada com ou outra medida igualmente eficaz, mas que gere uma limitação mais amena.

No que se refere ao terceiro elemento estruturante da regra da proporcionalidade, ou como se refere Alexy, à terceira parcial da máxima da proporcionalidade, observa-se que esta traduz a otimização em relação aos princípios colidentes expondo, segundo o mencionado autor, que “[...] quanto maior for o grau de não-satisfação ou de afetação de um princípio, tanto maior terá que ser a importância da satisfação do outro.” (ALEXY, 2015, p. 591).

Neste caso, tem-se a exigência do sopesamento dos princípios colidentes para se chegar a uma decisão racional sobre a colisão de princípios ou de princípios com direitos fundamentais,¹²² o que demonstra que a máxima da proporcionalidade decorre do fato de os princípios serem mandamentos de otimização. A máxima da proporcionalidade, em sentido estrito, decorre da otimização das possibilidades jurídicas, enquanto que as máximas da necessidade e da adequação decorrem dos mandamentos de otimização em face das possibilidades fáticas (ALEXY, 2015, p. 118).

É importante evidenciar o que explica o já citado Silva (2002, p. 34-35), ou seja, de que as três máximas parciais da proporcionalidade – adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito – não necessariamente devem todas ser utilizadas sempre em conjunto, porém é importante que se faça nessa ordem estabelecida, por serem uma subsidiária da outra. “Essa é uma importante característica para a qual não se tem dado a devida atenção”, afirma o autor.

Explicando em outras palavras, quando na colisão de princípios, ao se utilizarem as três máximas parciais, se, no momento do sopesamento,

¹²² Neste sentido, explica Alexy (2015, p. 117-118) que “[...] A máxima da proporcionalidade em sentido estrito, ou seja, exigência de sopesamento, decorre da relativização em face das possibilidades jurídicas. Quando uma norma de direito fundamental com caráter de princípio colide com um princípio antagônico, a possibilidade jurídica para a realização dessa norma depende do princípio antagônico. Para se chegar a uma decisão é necessário um sopesamento nos termos da lei de colisão. Visto que a aplicação de princípios válidos – caso sejam aplicáveis – é obrigatória, e visto que para essa aplicação,

pela máxima da adequação se resolver a situação, as demais não necessitam ser utilizadas. Sem se resolver, então, pela adequação e necessidade, não necessariamente deverá se utilizar da proporcionalidade em sentido estrito, a qual será utilizada somente em casos mais complexos.

Portanto, a estrutura da regra da proporcionalidade se define nas três máximas parciais, adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito, que devem ser aplicadas, ainda que não necessariamente em conjunto sempre, mas nessa ordem prevista e de forma subsidiária uma à outra, sempre que for necessário aplicar a regra da ponderação diante da colisão de princípios e direitos fundamentais.

4.4.3 A regra da proporcionalidade na colisão entre princípios

As normas de direitos fundamentais podem ser regras ou princípios, sendo que as regras estabelecem meios de aplicação a partir do tudo ou nada, ou seja, pode ou não pode, deve ou não deve e, em havendo conflitos de regras uma se sobreporá à outra pelo critério da validade, salvo se a outra regra representar uma exceção.

No que tange aos princípios, estes são comandos de otimização, que devem ser realizados na maior medida possível. Havendo colisão de princípios, a conduta a ser adotada não será a mesma quando do conflito entre regras, pois nesse caso, não se pode falar em princípio válido ou inválido. O que se terá é a aplicação da regra da proporcionalidade para a resolução da questão, posto que por essa técnica um princípio intervirá no outro.

A aplicação da regra da proporcionalidade, para solução da colisão entre princípios, exige que sejam observados todos os elementos de sua

nos casos de colisão, é necessário um sopesamento, o caráter principiológico das normas de direito fundamental implica necessidade de um sopesamento quando elas colidem com princípios antagônicos. Isso significa, por sua vez, que a máxima da proporcionalidade em sentido estrito é deduzível do caráter principiológico das normas de direitos fundamentais.”

estrutura, neste caso a adequação, a necessidade e a proporcionalidade em sentido estrito.

O resultado da colisão entre dois princípios será aferido pela aplicação da proporcionalidade através da técnica da ponderação. Ela, a lei da ponderação, assim definida por Alexy, determina que “[...] quanto maior o grau de não satisfação ou de restrição de um princípio, maior deverá ser a importância em atender ao outro.” (ALEXY, 2014, p. 19).

Na aplicação da técnica do sopesamento, três passos devem ser observados sendo, num primeiro momento, a avaliação do grau de não-satisfação ou afetação de um dos princípios. Após, tem-se a avaliação da importância da satisfação do princípio colidente. Por fim, avalia-se “[...] se a importância da satisfação do princípio colidente justifica a afetação ou a não-satisfação do outro princípio.” (ALEXY, 2015, p. 594).

O que se objetiva é identificar qual princípio tem precedência sobre o outro e, além disso, qual interesse deve prevalecer. Isso significa que o princípio com maior peso acaba restringindo as possibilidades jurídicas do outro (ALEXY, 2015, p. 26).¹²³ Para a resolução dessa questão, Alexy propõe a fórmula do peso, ou seja, por meio de uma operação matemática poderão se encontrar os pesos de cada princípio, levando em consideração as estruturas da regra da proporcionalidade (adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito).

Importante mencionar que a proposta de Alexy em “Teoria dos Direitos Fundamentais”,¹²⁴ relativamente aos princípios como mandamentos de otimização, bem como à técnica da ponderação, sofre críticas de alguns autores, em especial Jürgen Habermas e Böckenförde.

¹²³ A solução para essa colisão consiste no estabelecimento de uma relação de precedência condicionada entre os princípios, com base nas circunstâncias do caso concreto. Levando-se em consideração o caso concreto, o estabelecimento de relações de precedências condicionadas consiste na fixação de condições sob as quais um princípio tem precedência em face do outro. Sob outras condições, é possível que a questão da precedência seja resolvida de forma contrária (ALEXY, 2015, p. 96).

¹²⁴ “A tese central deste livro é a de que os direitos fundamentais, independentemente de sua formulação mais ou menos precisa, têm natureza de princípios e são mandamentos de otimização.” (ALEXY, 2015, p. 575).

Para Habermas,¹²⁵ a tese da otimização retira a força dos direitos fundamentais além de ficarem vulneráveis a juízos irracionais quando de sua aplicação, por não haver parâmetros racionais para a aplicação do sopesamento (ALEXY, 2015, p. 576).

No lado oposto do posicionamento crítico de Habermas, Alexy cita a crítica de Böckenförde o qual admite o caráter principiológico dos direitos fundamentais como “capaz de abarcar todas as funções desses direitos de forma abrangente e, de maneira conversa, permite que todas essas funções se desenvolvam de forma variável e a partir dele”. Tal proposta, segundo Alexy, tornaria os direitos fundamentais ordem suprema no ordenamento jurídico, onde o legislador parlamentar perderia sua autonomia. “Sua atividade esgotar-se-ia na mera constatação daquilo que já foi decidido pela constituição.” (ALEXY, 2015, p. 577-578).

A esses contrapontos Alexy responde com a teoria da argumentação jurídica, ou seja, de que para a aplicação da ponderação em face da colisão de princípios a maneira mais racional de se obter um resultado justo é com a argumentação jurídica¹²⁶ na fundamentação de cada peso dado às parciais da proporcionalidade, ou seja, quando da análise da adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito. “Basta consignar que

¹²⁵ Alexy (2015, p. 576), ao citar Habermas em sua crítica à teoria do sopesamento, explica que o professor alemão entende não haver racionalidade para a realização do sopesamento, pois que diante desse peso reconhecido aos princípios, os direitos fundamentais ficariam à mercê de juízos irracionais no momento da ponderação, pois, no seu entendimento, “como faltam parâmetros racionais para tanto, o sopesamento é realizado ou de forma arbitrária ou irrefletida, baseado em standards e hierarquias sedimentados.”

¹²⁶ Se a atribuição de pesos abstratos aos princípios envolvidos, a atribuição de grau à lesão a um princípio (leve – média – grave), bem como a importância do cumprimento do princípio oposto e, por fim, a comparação entre ambas, fosse um processo arbitrário não sujeito a qualquer fundamentação poder-se-ia falar em arbitrariedade e assim em falta de racionalidade. Mas a teoria dos princípios e com ela a ponderação dependem da argumentação jurídica. Aquele que aplica princípios deve fundamentar as atribuições de pesos aos princípios bem como o escalonamento da interferência no princípio envolvido em uma colisão e o escalonamento da importância do cumprimento do princípio oposto. Esta fundamentação racional é possível, porque são possíveis argumentos práticos e jurídicos que comparam esses pesos e esses escalonamentos. Naturalmente, como ressalta o próprio Alexy, não se pode exigir, aqui, precisão matemática. Mas não existem, aqui, apenas duas opções, a saber, precisão matemática e arbítrio puro. Existe um terceiro caminho, que afirma ser possível a racionalidade da ponderação, porque é possível fundamentar juízos de valor e de dever. Esse é o caminho da teoria discursiva do direito de Alexy (TRIVISONNO, 2014, 27-28).

a ponderação seria um processo arbitrário se ela não estivesse conectada à argumentação jurídica.” (TRIVISONNO, 2014, p. 27).

Por esse entendimento, a argumentação jurídica retira a discricionariedade daquele que aplica os princípios, relativamente quando da atribuição de pesos aos princípios envolvidos, e ainda, do escalonamento da importância do princípio interferido e aquele que causa interferência.

A técnica da ponderação com a aplicação da fórmula do peso apresentada pelo professor alemão se torna adequada para a resolução das colisões entre princípios e direitos fundamentais, quando da aplicação da regra da proporcionalidade, onde, com argumentação jurídica racional, poder-se-á obter a otimização esperada dos princípios em aplicação na solução dos casos mais complexos.

Observa-se a partir do que propõe Robert Alexy, portanto, que os direitos fundamentais, como direitos humanos positivados nas constituições estaduais e ainda estruturados na dignidade da pessoa humana, devem não somente ser protegidos contra a interferência do Estado e de outras pessoas, assim como devem ser promovidos por meio de atuações fáticas e jurídicas para a sua ampla realização. Além disso, uma vez verificada a colisão entre princípios e direitos fundamentais, deve o Estado, por sua obrigação de proteção e promoção destes direitos, utilizar-se da regra da proporcionalidade, exercendo, ainda, se necessário, a técnica da ponderação. Tudo isso com um propósito maior, ou seja, de proteger e promover a dignidade da pessoa humana.

A partir disso, cabe estabelecer dentro da problemática levantada, se o direito humano fundamental de acesso à justiça encontra óbice nas transformações sofridas pelo sistema processual civil em decorrência de influências de políticas neoliberais, ou seja, em virtude de interesses hegemônicos bem como, identificada esta questão, verificar de que maneira a teoria de Robert Alexy pode ser utilizada para uma solução ao impasse, o que é objeto de discussão na próxima seção.

CAPÍTULO V
A EFETIVIDADE DO DIREITO
HUMANO FUNDAMENTAL
DE ACESSO À JUSTIÇA A
PARTIR DA CONCEPÇÃO DE
RAZOÁVEL DURAÇÃO DO
PROCESSO

O acesso à justiça é direito humano e fundamental que deve ser protegido e promovido pelo Estado, assim como pelos demais partícipes do processo, posto se tornar, nos dias atuais, em elemento essencial à promoção da dignidade da pessoa humana, pois é por meio do processo que se busca a proteção do Estado aos demais direitos fundamentais. Contudo, a questão é saber se esse direito humano fundamental vem sendo devidamente efetivado frente às alterações ocorridas no sistema processual, em especial a partir da Emenda Constitucional 45/2004, pois ao que parece, enquanto a Constituição Federal de 1988 traz previsões de amplitude do acesso à justiça, as leis infraconstitucionais que regulamentaram as previsões da EC 45 de 2004 atuam em sentido inverso, ou seja, limitando o efetivo acesso à justiça. Para a solução destas questões, a presente seção irá caracterizar a razoável duração do processo como elemento do direito humano fundamental de acesso à justiça; em seguida, estabelecer como a teoria dos direitos fundamentais, de Robert Alexy, pode contribuir para correta caracterização e efetivação do princípio da razoável duração do processo para efetividade do acesso à justiça.

5.1 A RAZOÁVEL DURAÇÃO DO PROCESSO COMO ELEMENTO DO DIREITO HUMANO FUNDAMENTAL DE ACESSO À JUSTIÇA

O direito de acesso à justiça, quando garantido e efetivado, é fator relevante para a promoção e proteção da dignidade da pessoa humana. Por isso, cabe ao Estado a implementação ampla de medidas tendentes à sua proteção e promoção, visando superar os obstáculos que possam inviabilizar a efetivação desse direito humano fundamental.¹²⁷

¹²⁷ [...] o princípio da proteção judiciária se constitui um direito humano fundamental de acesso a uma ordem jurídica justa. E o acesso à justiça é o garantidor de todos os demais direitos, pois ao seu redor convergem todos os princípios e as garantias constitucionais, razão pela qual é uma maneira de assegurar a efetividade aos direitos de cidadania. Dessa forma, é um direito de suma importância, por ser um direito elementar do cidadão, pelo qual ocorre a materialização da cidadania e a efetivação da dignidade da pessoa humana (SILVA; SPENGLER, 2015, p. 134).

Não por outro motivo é que a razoável duração do processo tem sido inserida nas “constituições dos Estados”,¹²⁸ na categoria de direito fundamental, a exemplo do que se pode verificar na “Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia, em seu art. 47”¹²⁹ e ainda na Carta da Corte Africana de Direitos Humanos que prevê em seu texto o direito do indivíduo de ser “[...] julgado em um prazo razoável por um tribunal imparcial.”¹³⁰

Nesta mesma linha, a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, de 22 de novembro de 1969, conhecida como Pacto de San José de Costa Rica,¹³¹ resguardou expressamente o direito de razoável duração do processo, fato este que, implicitamente, atribuiu à legislação brasileira a sua observância tendo em vista o Brasil ser signatário do Pacto de São José da Costa Rica, conforme o “[...] § 2º do art. 5º da Constituição da República de 1988.”¹³²

A constituição brasileira de 1988, definitivamente, proporcionou importante abertura do acesso à justiça, prevendo e ampliando medidas tendentes a efetivar esse direito. Assim, objetivando implementar efetividade na entrega da prestação jurisdicional, buscou o legislador pátrio assegurar que a tutela jurisdicional seja entregue em tempo razoável¹³³ e, desta forma, positivou no texto constitucional, por meio da

¹²⁸ Pode ser citado como exemplo a Constituição Italiana que, entre outras garantias, assegura a “razoável duração do processo” em seu art. 111. Da mesma forma a Constituição da República Portuguesa prevê em seu art. 20.4 que “Todos têm direito a que uma causa em que intervenham seja objecto de decisão em prazo razoável e mediante processo equitativo.”

¹²⁹ Toda a pessoa tem direito a que a sua causa seja julgada de forma equitativa, publicamente e num prazo razoável, por um tribunal independente e imparcial, previamente estabelecido por lei. Toda a pessoa tem a possibilidade de se fazer aconselhar, defender e representar em juízo.

¹³⁰ Artigo 7º. 1. Toda pessoa tem o direito a que sua causa seja apreciada. Esse direito compreende: [...] d) o direito de ser julgado em um prazo razoável por um tribunal imparcial.

¹³¹ I- Toda pessoa tem direito a ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou Tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou para que se determinem seus direitos ou obrigações de natureza civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza.

¹³² Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.

¹³³ [...] esse novo enfoque de acesso à justiça traz a ideia de que o princípio da proteção judiciária se constitui um direito humano fundamental de acesso a uma ordem jurídica justa. E o acesso à justiça é o garantidor de todos os demais direitos, pois ao seu redor convergem todos os princípios e as

Emenda Constitucional nº 45 de 2004¹³⁴ que tratou da reforma do judiciário, o direito fundamental de razoável duração do processo, seja no âmbito judicial como no administrativo.

A intensão do legislador, neste aspecto, foi de assegurar o acesso substancial à justiça, por meios justos e adequados para a entrega da prestação jurisdicional.¹³⁵

Contudo, não se encontra na legislação brasileira uma definição ou mesmo uma regulamentação sobre o que venha a ser um “tempo razoável” no processo, resultando esta atribuição à interpretação do legislador e também do julgador.

Cabe evidenciar que não só no Brasil a indeterminação do conceito de razoável duração do processo tem sido percebida, pois a Suprema Corte Norte Americana já sustentou que o direito a julgamento em tempo razoável é conceito muito vago, não sendo possível evidenciar quando o processo pode ser “[...] considerado longo em um sistema em que a justiça deve ser supostamente rápida, mas prudente.” (NICOLITT, 2014, p. 65).

Apesar de a legislação brasileira não contemplar um texto regulamentando o conceito e a extensão do direito de razoável duração do processo, é fato que várias disposições legais dão alcance a esse direito. Ao observar a lei orgânica da magistratura, Lei complementar 35/1979, art. 35, II e III, verifica-se a disposição de que são deveres dos magistrados “não exceder injustificadamente os prazos para sentenciar ou despachar”

garantias constitucionais, razão pela qual é uma maneira de assegurar a efetividade aos direitos de cidadania. Dessa forma, é um direito de suma importância, por ser um direito elementar do cidadão, pelo qual ocorre a materialização da cidadania e a efetivação da dignidade da pessoa humana (SILVA; SPENGLER, 2015, p. 134).

¹³⁴ A Emenda Constitucional de 1988, além de acrescentar ao texto constitucional a razoável duração do processo, também tratou de outras medidas visando uma maior celeridade processual, o que propiciou efetiva alterações no sistema recursal cível brasileiro.

¹³⁵ Os obstáculos referentes ao acesso à justiça estão situados nos mais variados setores: econômico, social, político, cultural e burocrático, como especificados anteriormente. Esses fatores, por sua vez, trazem reflexos para a noção de desenvolvimento tanto econômico quanto desenvolvimento como liberdade (MAILLART; SANCHES, 2012, p. 591).

bem como “[...] determinar as providencias necessárias para que os atos processuais se realizem nos prazos legais”,

No mesmo sentido, o Estatuto da OAB, Lei 8.906/1994, prevê a responsabilização de advogados que, no exercício da profissão, advogar contra literal disposição da lei, salvo exceções (art. 34, VI) ou ainda reter abusivamente autos de processo (art. 34, XXII).

Em relação ao Ministério Público, a lei orgânica dessa instituição, Lei 8.625/1993, prevê no artigo 43, IV que é dever do representante do Ministério público “obedecer aos prazos processuais”.

A legislação processual civil, em especial o novo código de processo civil, lei 13.105/2015, ao regular a relação das partes no curso do processo, estabelece condutas a serem observadas, tanto pelos juízes e seus auxiliares como pelos demais participantes do processo, sejam advogados, Ministério Público, bem como as partes em observância à razoável duração do processo.

Além disso, de início, ao prever as normas fundamentais do processo civil, elenca de forma expressa nos artigos 3º, 4º, 5º, 6º e 12 o direito de razoável duração do processo bem como meios para sua efetivação, como a conciliação das partes a ser promovida pelo juiz a qualquer momento do processo, a necessidade de ordem cronológica para julgamento dos processos, o dever de todos se comportarem de boa-fé no processo e ainda de todos os envolvidos numa relação processual cooperarem entre si para a rápida solução do litígio. Importante mencionar que a referida lei processual prevê, mais à frente, punições para quem violar tal direito fundamental, como a possibilidade de multa, inclusive astreintes, e/ou indenização por litigância de má fé e ainda os ônus da sucumbência, que podem ser majorados em segundo grau de jurisdição.

Por outro lado, a jurisprudência tem ressaltado a necessidade de observância do princípio da razoável duração do processo, seja em questões ligadas ao direito administrativo, seja no âmbito criminal.

O Superior Tribunal de Justiça, por meio da relatoria do Ministro Luiz Fux, em julgamento de mandado de segurança, concedeu ordem pretendida no writ para estabelecer que o processo administrativo deve ser concluído no prazo de 360 dias, em observância ao direito fundamental do contribuinte à razoável duração do processo, quando do julgamento do REsp. 11382006.

Com o mesmo entendimento foi julgado o RMS 48536/ES, em 16/02/2016, cujo relator foi o Min. Olindo Menezes, tendo sido concedida ordem mandamental ao impetrante que aguardava, há mais de 5 (cinco) anos, o julgamento de um mandado de segurança, cujo objeto se tratava de afastamento de cargo notarial por decisão cautelar em processo administrativo. Entendeu o Ministro julgador pela aplicação do art. 152 da lei 8.112/91 que prevê o prazo de 120 dias para resolução dos processos administrativos.

De se ressaltar que a matéria não é nova nos Tribunais Superiores, pois a Corte Suprema da Justiça já havia se manifestando em julgamento de matéria criminal pela aplicabilidade do direito fundamental de razoável duração do processo, quando a demora processual não se desse por culpa do jurisdicionado. Neste caso, concedeu ordem de soltura mediante habeas corpus mesmo antes da publicação da Emenda Constitucional 45 de 2004, a qual, em seu texto, positivou a razoável duração do processo como direito fundamental.¹³⁶

¹³⁶ HABEAS CORPUS – CRIME HEDIONDO – CLAMOR PÚBLICO – DECRETAÇÃO DE PRISÃO CAUTELAR – INADMISSIBILIDADE – PRISÃO CAUTELAR QUE SE PROLONGA DE MODO IRRAZOÁVEL – EXCESSO DE PRAZO IMPUTÁVEL AO PODER PÚBLICO – VIOLAÇÃO À GARANTIA CONSTITUCIONAL DO DUE PROCESS OF LAW – DIREITO QUE ASSISTE AO RÉU DE SER JULGADO DENTRO DE PRAZO ADEQUADO E RAZOÁVEL – PEDIDO DEFERIDO.

^ ACUSAÇÃO PENAL POR CRIME HEDIONDO NÃO JUSTIFICA A PRIVAÇÃO ARBITRÁRIA DA LIBERDADE DO RÉU.

(...) O JULGAMENTO SEM DILAÇÕES INDEVIDAS CONSTITUI PROJEÇÃO DO PRINCÍPIO DO DEVIDO PROCESSO LEGAL.

^ O direito ao julgamento, sem dilações indevidas, qualifica-se como prerrogativa fundamental que decorre da garantia constitucional do 'due process of law'. O réu – especialmente aquele que se acha sujeito a medidas cautelares de privação da sua liberdade – tem o direito público subjetivo de ser julgado, pelo Poder Público, dentro de prazo razoável, sem demora excessiva e nem dilações indevidas. Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Art. 7º, ns. 5 e 6). Doutrina. Jurisprudência.

Nesta mesma trilha de julgamento, no habeas corpus nº 86.915¹³⁷ de 21/02/2006, o Supremo Tribunal Federal também concedeu ordem de habeas corpus a um jurisdicionado sob a alegação de violação ao seu direito fundamental de razoável duração do processo.

Novamente, em 2008 a Corte Suprema se manifestou no habeas corpus nº 89.622/BA¹³⁸, tendo se pronunciado em outro processo criminal e concedeu ordem de habeas corpus, ressaltando a prevalência do direito fundamental de razoável duração do processo, quando a demora processual não é ocasionada pelo jurisdicionado.

É neste sentido que se verifica o poder-dever do Estado em promover e assegurar a eficácia desse direito fundamental, seja na via vertical ou horizontal, tomando medidas como na concessão de habeas corpus ou ainda de concessão de ordem de mandado de segurança para assegurar o tempo razoável de tramitação de processos administrativos e judiciais.

De qualquer forma, não se encontra na legislação constitucional ou infraconstitucional alguma regulamentação do conceito e alcance desse

“ O excesso de prazo, quando exclusivamente imputável ao aparelho judiciário – não derivando, portanto, de qualquer fato procrastinatório causalmente atribuível ao réu – traduz situação anômala que compromete a efetividade do processo, pois, além de tornar evidente o desprezo estatal pela liberdade do cidadão, frustra um direito básico que assiste a qualquer pessoa: o direito à resolução do litígio, sem dilações indevidas e com todas as garantias reconhecidas pelo ordenamento constitucional [...]” – (HC n. 89.622/BA).

¹³⁷ HABEAS CORPUS. HOMICÍDIO QUALIFICADO E TENTATIVAS DE HOMICÍDIO. PRISÃO PREVENTIVA. EXCESSO DE PRAZO. 1. A duração prolongada da prisão cautelar afronta princípios constitucionais, especialmente, o da dignidade da pessoa humana, devido processo legal, presunção de inocência e razoável duração do processo. 2. A demora na instrução e julgamento de ação penal, desde que gritante, abusiva e irrazoável, caracteriza o excesso de prazo. 3. Manter uma pessoa presa cautelarmente por mais de dois anos é desproporcional e inaceitável, constituindo inadmissível antecipação executória da sanção penal. 4. Precedentes. 5. Ordem de *habeas corpus* deferida de ofício. (HC nº 86.915, de 21/02/06, DJ 16/06/06).

¹³⁸ HABEAS CORPUS. PRISÃO CAUTELAR. PRISÃO PREVENTIVA. EXCESSO DE PRAZO. INSTRUÇÃO CRIMINAL INCONCLUSA. A LONGAMENTO PARA O QUAL NÃO CONTRIBUIU A DEFESA. COMPLEXIDADE E PECULIARIDADES DO CASO NÃO OBSTAM O DIREITO SUBJETIVO À RAZOÁVEL DURAÇÃO DO PROCESSO. RETARDAMENTO INJUSTIFICADO DO FEITO. ORDEM CONCEDIDA. 1. O Supremo Tribunal Federal entende que a aferição de eventual excesso de prazo é de se dar em cada caso concreto, atento o julgador às peculiaridades do processo em que estiver oficiando. 2. No caso, a custódia instrumental do paciente já ultrapassa 3 anos, tempo superior até mesmo a algumas penas do Código Penal. Prazo alongado, esse, que não é de ser imputado à defesa. 3. A alegada gravidade da imputação não obsta o direito subjetivo à razoável duração do processo (inciso LXXVIII do art. 5º da CF). 4. Ordem concedida. (HC Nº 89.622/BA, julgado em 03/06/08, DJe 19/09/08).

princípio fundamental. A doutrina vem se esforçando para esclarecer qual o alcance do conceito do direito fundamental de razoável duração do processo, ou, pelo menos, estabelecer meios objetivos de seu alcance, chegando a afirmar que “[...] a duração razoável do processo, assim, será aquela em que melhor se puder encontrar o meio-termo entre definição segura da existência do direito e realização rápida do direito cuja existência foi reconhecida pelo juiz.” (WAMBIER; WAMBIER; MEDINA, 2005, p. 29).

Ramos (2008, p. 89) explica que para se aferir o tempo do processo, é necessário verificar o lapso temporal decorrido entre o início e o término do processo. Mas, quando teríamos o início do processo? Com a distribuição da petição inicial ou com a citação válida do requerido? Quando teríamos o seu término? Com o trânsito em julgado da decisão ou com a satisfação do direito em questão? São questões que merecem análise adequada para que se possa aferir qual o tempo razoável do processo!

Foi neste contexto que o Tribunal Europeu de Direitos Humanos estabeleceu maneiras de se verificar o tempo do processo, elencando, como elementos primordiais a essa verificação, os seguintes: complexidade da causa, conduta das partes e atuação das autoridades judiciais (MARINONI; ARENHART; MITIDIERO, 2015, p. 265).

No que se refere à complexidade da causa, pode-se dizer que são questões mais objetivas, relacionadas com a complexidade fática, jurídica e processual (NICOLITT, 2014, p. 73), ou seja, não estão atribuídas à conduta das partes no processo nem mesmo das autoridades judiciais (juízes e serventuários da justiça), mas sim à própria natureza da causa em análise, por exemplo, se se trata de processo de conhecimento ou de execução; se o processo demanda dilação probatória (inclusive testemunhal e pericial) ou se trata apenas de matéria de direito; se há questões relacionadas a incidentes processuais levantados pelas partes; quantidade de pessoas envolvidas nos polos da ação, enfim, com base nestas situações, causas com menor complexidade certamente terão duração temporal menor.

Outrossim, quando se trata de conduta das partes ou das autoridades judiciárias (inclua-se os serventuários da justiça), podem ser encontradas violações ao direito fundamental de razoável duração do processo, já que às partes cabe a atuação com lealdade processual e ao juiz e seus auxiliares a condução do processo, prezando pela sua resolução.

Ao se tratar das partes envolvidas no processo, a importância da análise se dá pelo fato de que a morosidade processual pode decorrer das condutas destes sujeitos processuais, o que inclusive pode gerar sua responsabilização civil pelos danos ocasionados, desde que fique demonstrado o propósito protelatório na realização dos atos processuais que lhes competem, como por exemplo na utilização indevida de recursos, ou ainda quando da retirada em carga de processo pelo advogado da parte e sua restituição ao Judiciário em prazo muito superior ao previsto legalmente ou fixado pelo juiz (MARINONI; ARENHART; MITIDIERO, 2015, p. 266).

Da mesma forma, quando se analisam questões relacionadas à atuação do juiz e seus auxiliares, deve ser observado o tempo do processo, em observância à razoável duração do processo. No sistema processual civil brasileiro vigora o princípio do impulso oficial do processo, previsto no art. 2º do Código de Processo Civil, ou seja, de que o processo se desenvolve por impulso oficial, o que deve ser conferido pelo juiz e seus auxiliares.

Apesar da necessidade da observância da razoável duração do processo, caracterizada com o direito fundamental, sua implementação não pode se dar com a violação do devido processo legal, princípio este também elevado e reconhecido como direito fundamental. Isso porque a razoável duração do processo está intimamente relacionada com o princípio do devido processo legal na medida em que o processo deve assegurar aos seus participantes o direito de ação, de ampla defesa e contraditório, de ampla produção de provas, à decisão judicial devidamente fundamentada, ao duplo grau de jurisdição. Quando o processo é iniciado, estes princípios decorrentes do devido processo legal devem ser protegidos e promovidos

pelo Estado, bem como observado e respeitado pelas partes para que possa ser entregue a prestação jurisdicional de forma a resguardar a efetividade da aplicação do direito a caso.

Mas o que se tem presenciado é que dentro do termo “tempo do processo” há uma tendência em tratar a razoável duração do processo como sinônimo de celeridade processual, em virtude da necessidade de eficiência da administração da justiça na entrega da prestação jurisdicional.

A eficiência na entrega da prestação jurisdicional vem sendo exigida desde 1998, com a promulgação da Emenda Constitucional 19 que veio incorporar o rol de princípios constitucionais informadores da administração pública e que busca dar maior dinamismo e efetividade às suas atividades, já que com a positivação do princípio da eficiência, o que se buscou foi dar uma resposta à população que ansiava por uma administração desburocratizada e rápida,¹³⁹ impondo-se “[...] ao agente público um modo de atuar que produza resultados favoráveis à consecução dos fins que cabem ao Estado alcançar.” (DI PIETRO, 1998, p. 73-74).

Já naquela época, Cruz e Tucci (1997, p. 89) refletiu no sentido de que o tempo do processo tem se tornado em uma preocupação de expansão global, pois, em sua visão, além do perecimento das questões a serem levadas ao Judiciário pode ainda “[...] ocasionar danos econômicos e psicológicos às partes e profissionais aos operadores do direito, estimular composições desvantajosas, e conseqüentemente, gerar descrédito ao Poder Judiciário e ao Estado como um todo.”

Não pode ser confundido, portanto, o direito à razoável duração do processo com o direito a um processo célere, pois “[...] podemos

¹³⁹ A Mensagem Presidencial n. 886/95, convertida em proposta de Emenda Constitucional n. 173/95 e, posteriormente, aprovada como Emenda Constitucional n. 19, trazia em sua exposição de motivos suas pretensões, dentre elas “[...] incorporar a dimensão de eficiência na administração pública: o aparelho de Estado deverá se revelar apto a gerar mais benefícios, na forma de prestação de serviços à sociedade, com os recursos disponíveis, em respeito ao cidadão contribuinte [e] enfatizar a qualidade e o desempenho nos serviços públicos: a assimilação, pelo serviço público, da centralidade do cidadão, conjugada com a retirada de controles e obstruções legais desnecessárias, repercutirá na melhoria dos serviços públicos.” (MORAES, 2011, p. 348).

ter uma justiça mais rápida, mas não necessariamente uma justiça mais cidadã.” (SANTOS, 2008, p. 27). Um não é sinônimo do outro posto que de duração razoável do processo deve-se entender um processo com trâmite temporal apto a realizar com efetividade a aplicação do direito material sem, contudo, ignorar ou violar o direito a um devido processo legal que garante às partes o contraditório, a ampla defesa, a produção de provas, duplo grau de jurisdição.¹⁴⁰

Câmara (2010, p. 61) evidencia que “[...] o processo excessivamente lento é incapaz de promover justiça, pois justiça que tarda falha. De outro lado, porém, o processo excessivamente rápido gera insegurança, sendo quase impossível que produza resultados justos.”

Disso, observa-se que o tempo do processo deve ser respeitado, pois, conforme enfatiza Ost (1999, p. 39) “[...] o direito deve seguir seu tempo normal, sem uma aceleração exacerbada e desmotivada que prejudicaria e muito a natural preservação de um direito em sua essência máxima.”

Morosidade processual e celeridade processual, ao que tudo se evidencia, não estão enquadradas no conceito de razoável duração do processo, não podem se tornar em obstáculo ao direito de acesso à justiça e muito menos em convite à litigiosidade,¹⁴¹ uma vez que ambas “[...] provocam danos econômicos (imobilizando bens de capitais), favorecem a especulação e a insolvência, acentuam a discriminação entre os que têm a possibilidade de esperar e aqueles que, esperando, tudo têm a perder.” (TROCKER apud TUCCI, 1993 p. 101).

¹⁴⁰ Deve-se tomar o devido cuidado para que as coisas não se acelerem por demais, visto que o direito deve seguir seu tempo normal, sem uma aceleração exacerbada e desmotivada que prejudicaria e muito a natural preservação de um direito em sua essência máxima (OST, 1999, p. 39).

¹⁴¹ Rodolfo de Camargo Mancuso (apud COUTO, 2012, p. 371) menciona que isso “[...] favorece a percepção, pelo jurisdicionado (efetivo ou virtual), de que a judicialização dos conflitos é o caminho natural ou o mesmo necessário para todos os interesses contrariados ou insatisfeitos; passa a (falsa) ideia de que toda e qualquer pretensão resistida ou insatisfeita deve ser resolvida por uma decisão de mérito, a ser oportunamente estabilizada pela coisa julgada; desestimula a busca pela solução alternativa dos conflitos, alvitre até hoje percebido com certa relutância pela população, *acostumada* à liturgia e à majestade da tradicional Justiça togada.”

Caracteriza-se, neste entendimento, a duração razoável do processo como meio essencial de efetividade do acesso à justiça, pois remete à segurança de se poder buscar a tutela jurisdicional de forma segura, a ser entregue de forma justa, observando o princípio do devido processo legal, dentro de um prazo razoável, proporcionando a entrega do provimento almejado com a observância da ampla defesa, contraditório, produção de provas, duplo grau de jurisdição e a se obter uma decisão judicial devidamente fundamentada.

5.2 A RAZOÁVEL DURAÇÃO DO PROCESSO A PARTIR DO DEVIDO PROCESSO LEGAL E DO EFICIENTISMO DA ADMINISTRAÇÃO DA JUSTIÇA COMO ELEMENTO DE EFETIVIDADE DO ACESSO À JUSTIÇA NA PERSPECTIVA DA TEORIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DE ROBERT ALEXY

Numa leitura simplória das previsões constitucionais trabalhadas até aqui e que se destinaram a reformar o sistema processual brasileiro, a mensagem que se retira é de que se está a buscar uma maior abertura do acesso à justiça, bem como celeridade na entrega da prestação jurisdicional e, desta forma, tornar efetivo o direito humano fundamental de acesso à justiça.

Ao se observar a Emenda Constitucional 45 de 2004, verifica-se que o legislador constituinte de início evidenciou o propósito de efetividade do acesso à justiça ao implantar o princípio da razoável duração do processo,¹⁴² elencando-o no rol dos direitos fundamentais previstos no art. 5º da Constituição da República de 1988, seguido da previsão da Súmula

¹⁴² Art. 1º Os arts. 5º, 36, 52, 92, 93, 95, 98, 99, 102, 103, 104, 105, 107, 109, 111, 112, 114, 115, 125, 126, 127, 128, 129, 134 e 168 da Constituição Federal passam a vigorar com a seguinte redação: “Art. 5º.....

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

Vinculante no art. 2^o¹⁴³, a ser editada pelo STF e, por fim, no artigo 7^o¹⁴⁴ a previsão de que serão editadas leis infraconstitucionais que ampliem o acesso à justiça bem como efetivem a celeridade da prestação jurisdicional.

Visando dar cumprimento a esse comando constitucional, foram editadas as leis 11.417/2006 que regulamenta a súmula vinculante; a lei 11.418/2006 que prevê e regulamenta a repercussão geral no âmbito do Supremo Tribunal Federal; a lei 11.276/2006 que prevê e regulamenta a Súmula Impeditiva de Recursos, e que incluiu no art. 518 do Código de Processo Civil de 1973 a previsão de que “o juiz não receberá o recurso de apelação, quando a sentença estiver em conformidade com súmula do Superior Tribunal de Justiça ou do Supremo Tribunal Federal; e, por fim, a lei 11.672/2008 que incluiu no CPC de 1973 a sistemática dos Recursos Repetitivos no âmbito do STJ. Todas estas modalidades foram tratadas em seções anteriores.

Dentro desta prospecção, o questionamento que deve ser feito está relacionado ao acesso à justiça, ou seja, na medida em que a razoável duração do processo se torna elemento de efetividade do direito de acesso à justiça, como foi visto no tópico anterior, as alterações no sistema processual, em especial no âmbito recursal, se adequam ao comando constitucional acima mencionado? Tornam mais amplo o acesso à Justiça e ao mesmo tempo mais célere a prestação jurisdicional, conforme prevê o art. 7^o da EC 45/2004?

Visando tomar conhecimento da realidade do Poder Judiciário, o Conselho Nacional de Justiça, órgão do Poder Judiciário instituído com a

¹⁴³ Art. 2^o A Constituição Federal passa a vigorar acrescida dos seguintes arts. 103-A, 103-B, 111-A e 130-A: “Art. 103-A. O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços dos seus membros, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, aprovar súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma estabelecida em lei.”

¹⁴⁴ Art. 7^o O Congresso Nacional instalará, imediatamente após a promulgação desta Emenda Constitucional, comissão especial mista, destinada a elaborar, em cento e oitenta dias, os projetos de lei necessários à regulamentação da matéria nela tratada, bem como promover alterações na legislação federal objetivando tornar mais amplo o acesso à Justiça e mais célere a prestação jurisdicional.

Emenda 45/2004 em seu art. 2º, passou a produzir relatórios a partir de 2004, com estatística nacional relativamente ao número de processos judiciais visando maior controle do Judiciário, assim como adotar as medidas pertinentes aos resultados.¹⁴⁵

Neste aspecto, evidencia-se que nos relatórios produzidos no programa justiça em números do Conselho Nacional de Justiça (2012), encabeçam entre os 10 primeiros colocados da lista dos 100 maiores litigantes do país, pessoas jurídicas relacionadas direta ou indiretamente ao Poder Público, sendo o INSS, a Caixa Econômica Federal, a Fazenda Nacional, a União, o Banco do Brasil, o Estado do Rio Grande do Sul, Municípios, empresas de telefonia e seguem.

A partir destes dados, o que se revela é que o Poder Público é quem mais se utiliza do litígio, até porque várias medidas processuais, previstas em lei, propiciam este fato, como por exemplo ser beneficiado pelas regras de duplo grau de jurisdição necessário, a vedação em transacionar sem lei específica que autorize, prazos mais estendidos em relação às demais pessoas participantes de um processo, isenção de custas processuais e preparos, enfim, ser o maior litigante se torna cômodo.

Também neste aspecto e nesta mesma linha de raciocínio, o que se tem presenciado nos dias atuais é o próprio Judiciário ocupando o lugar do Executivo na execução de medidas públicas que efetivem direitos sociais e

¹⁴⁵ Art. 2º A Constituição Federal passa a vigorar acrescida dos seguintes arts. 103-A, 103-B, 111-A e 130-A:

[...]

“Art. 103-B. O Conselho Nacional de Justiça compõe-se de quinze membros com mais de trinta e cinco e menos de sessenta e seis anos de idade, com mandato de dois anos, admitida uma recondução, sendo:

[...]

§ 4º Compete ao Conselho o controle da atuação administrativa e financeira do Poder Judiciário e do cumprimento dos deveres funcionais dos juízes, cabendo-lhe, além de outras atribuições que lhe forem conferidas pelo Estatuto da Magistratura:

[...]

VI elaborar semestralmente relatório estatístico sobre processos e sentenças prolatadas, por unidade da Federação, nos diferentes órgãos do Poder Judiciário;

VII elaborar relatório anual, propondo as providências que julgar necessárias, sobre a situação do Poder Judiciário no País e as atividades do Conselho, o qual deve integrar mensagem do Presidente do Supremo Tribunal Federal a ser remetida ao Congresso Nacional, por ocasião da abertura da sessão legislativa.

fundamentais. Toda a promessa efetuada no texto da constituição, direito à propriedade privada, direito à saúde e à educação e sendo estes também obrigação do Estado, acabam sendo efetivados muitas vezes por decisões judiciais tendo em vista o não cumprimento destes deveres pelo Poder Público competente para tanto, ou seja, a administração pública.

Levando em consideração estes acontecimentos, o que se evidencia é que as medidas infraconstitucionais acima citadas tiveram como objetivo a limitação do número de recursos, ou seja, limitação de acesso aos Tribunais bem como desafogá-los do número de processos, e não necessariamente a efetivação da celeridade processual na entrega da prestação jurisdicional ou mesmo a ampliação do acesso à justiça.

É neste contexto que se verifica o texto que ilustra página da internet relativo a programa de parceria entre Supremo Tribunal Federal e Fundação Getúlio Vargas, sobre projeto “Supremo em Números”, que em sua introdução ressalta a preocupação dos Ministros com a morosidade do judiciário e a necessidade de medidas que limitem o acesso aos Tribunais.

É público e notório que o Supremo está atento aos problemas da morosidade. Seus ministros já executaram iniciativas no passado visando atacar diferentes dimensões da morosidade. O Min. Peluso apoiou uma proposta de emenda à Constituição para que a avalanche de recursos fosse definitivamente contida, dando prestígio às decisões dos tribunais estaduais e regionais. Seria o fim do 4º grau de jurisdição, singular no mundo. O Min. Lewandowski adotou padrão de eficiência na gestão administrativa e processual em seu gabinete, obtendo o rigoroso certificado ISO 9001:2008. E as iniciativas continuam, inclusive com os ministros que passaram a fazer parte do Tribunal há pouco tempo, mas já reconheceram a seriedade do problema. O Min. Barroso está criando uma agenda de soluções para a questão da repercussão geral, que hoje mantém mais de meio milhão de processos represados nos tribunais estaduais e regionais. (SUPREMO EM NÚMEROS, 2016).

As medidas infraconstitucionais adotadas e que limitam o acesso aos Tribunais, como a súmula vinculante, repercussão geral, incidente de recursos repetitivos e até mesmo a previsão do novo CPC da possibilidade de julgamento de improcedência liminar da pretensão inicial não se enquadram com os propósitos da Constituição Federal de 1988, em especial, no presente caso, relacionadas ao acesso à justiça e à razoável duração do processo como elemento daquele.

A crise do Judiciário deriva, portanto, do próprio Poder Público (federal, estadual e municipal) e, neste aspecto, o mais correto seriam inferir medidas que regulassem o procedimento processual relativo a estes entes e não, como vem ocorrendo, editar medidas infraconstitucionais limitadoras do acesso à justiça, em contrariedade com o texto constitucional (GALILHETI, 2013, p. 264-266).

Somada a esta questão e conforme já noticiado em seções anteriores, há ainda o questionamento se e em que medida as alterações introduzidas no direito processual brasileiro possuem alguma relação com os interesses neoliberais?

Inicialmente, verifica-se que, por meio das alterações então estabelecidas no sistema processual, o propósito maior é tornar o direito previsível e estável, como também tornar a prestação jurisdicional célere e produtiva, o que, sem dúvidas, propicia um ambiente favorável aos negócios¹⁴⁶ (SALDANHA, 2010, p. 681), fato este que demonstra uma possível influência neoliberal para as alterações do direito processual ora estudadas.

¹⁴⁶ “Na atualidade, a expansão do judiciário e o primado do direito foram também incorporados no vocábulo do consenso hegemônico neoliberal. O modelo de desenvolvimento neoliberal, dada a sua maior dependência dos mercados e do setor privado, exige um marco jurídico para o desenvolvimento que fomente o comércio, os investimentos e o lucro. De acordo com o consenso sobre o Estado de Direito e a reforma judicial, aquele traduz-se como um elemento essencial para o desenvolvimento requerendo-se que seja amplamente aceite e aplicado. A tarefa fundamental do sistema judicial é garantir a certeza e a previsibilidade das relações jurídicas, clarificar e proteger os direitos de propriedade, exigir o cumprimento das obrigações contratuais, etc. O sistema judicial é responsável por prestar um serviço equitativo, ágil e transparente. Consequentemente deve-se reformar tendo em vista atingir o consenso global. A reforma judicial passa a ser um componente essencial do novo modelo de desenvolvimento e a base de uma boa administração. Não à toa, as agências de ajuda internacional passaram a dar prioridade aos programas de reforma judicial e de construção do Estado de Direito em

Neste contexto, convém destacar organismos protagonistas da transformação do direito¹⁴⁷ ligados ao campo hegemônico, que, como já mencionado em tópicos anteriores, estabelecem regras de mercado a serem observadas pelo Estado, como no caso do Banco Mundial com o lançamento do “Documento Técnico 319S, O Setor Judiciário na América Latina e no Caribe” com o objetivo de indicar pontos de melhorias no Poder Judiciário de alguns países em desenvolvimento.

Por esse documento, o Banco Mundial indicou a necessidade de uma maior eficiência na administração da justiça, desburocratizando os serviços e gerando maior estabilidade e, conseqüentemente, segurança na economia com o combate à corrupção, proteção à propriedade privada, respeito aos contratos e mudança na forma do ensino jurídico.

Destaca Joana Maria Lopes Saldanha (2010, p. 689) que “[...] com isso, orientar os governos aos interesses particulares dessa agência de fomento financeiro, disfarçados sob a retórica da necessidade de dar mais qualidade à prestação jurisdicional, nada mais significa do que o discurso deliberado para condicionar o jurídico.”

“Foram maneiras de implantar força vinculante nas decisões dos Tribunais Superiores”,¹⁴⁸ posto que suas decisões, até então, têm sido utilizadas apenas como fonte de direito para interpretação, mas não de observância obrigatória (MARINONI, 2014, p. 109). É neste sentido que

muitos países em desenvolvimento. Nunca como hoje tanto dinheiro foi investido no sistema judicial, tradicionalmente uma das áreas de cooperação internacional que não tinha expressão financeira. Calcula-se que se tenham gasto 300 bilhões de dólares em projetos de reforma, e o mais dispendioso terá sido o do sistema jurídico e judicial da Rússia, depois do colapso do sistema soviético.” (SANTOS, 2008, p. 19).

Nessa mesma linha de pensamento, Saldanha (2010, p. 684) afirma que “É necessário que o processo e a jurisdição modelem-se aos interesses neoliberais, alinhem-se à quantificação e ao fluxo por meio de um conjunto de reformas que conjugam esforços para funcionar melhor, ser eficiente e compatibilizar os tempos do processo com o tempo da economia.”

¹⁴⁷ Conforme afirma Santos (2011, p. 21), os protagonistas do campo hegemônico são o Banco Mundial, o Fundo Monetário Internacional e as grandes Agências Multilaterais e Nacionais de ajuda ao desenvolvimento, a USAID. É neste campo que se concentra a grande parte das reformas do sistema judiciário por todo o mundo.

¹⁴⁸ Um sistema que realmente se preocupa com a previsibilidade não pode admitir que, depois da pronúncia da Corte Suprema, as condutas possam ser avaliadas ao sabor dos casos e conforme a opinião de cada juiz (MARINONI, 2014, p. 109).

MARINONI (2014, p. 111) enfatiza que a “[...] variação das decisões judiciais, ao significar falta de critérios para o empresário definir suas estratégias de ação e de investimento certamente conspira contra a economia.”

Para o desenvolvimento de um País, faz-se necessário o investimento em indústrias, o aporte de investidores, a crença e confiança de que não somente vale a pena investir, mas também que há segurança e estabilidade das relações jurídicas e que esta segurança será observada por instituições estatais. É neste contexto que Santos (2011, p. 19) enfatiza o entendimento aqui estabelecido e explica que “as sociedades assentam no primado do direito e não funcionam eficazmente sem um sistema judicial eficiente, eficaz, justo e independente [...]”

Por isso a necessidade de fortes e grandes investimentos que venham a garantir o crescimento no campo dos negócios e dos interesses econômicos, exigindo, assim, um judiciário eficiente e rápido, que dê segurança jurídica e permita a previsibilidade dos negócios (SANTOS, 2011, p. 20).

Marcellino Junior (2009, p. 239) enfatiza, neste aspecto, que para a consecução de um ambiente propício ao mercado, os neoliberais defendem a necessidade de se flexibilizar o direito e, conseqüentemente, controlar o Judiciário não havendo qualquer interferência estatal na relação entre mercado e consumidores. O que se busca é a maximização da riqueza ao menor custo possível.

O mesmo autor ainda ressalta que este ambiente levaria o direito a assumir o papel de “[...] garantidor das condições de absoluta liberdade e segurança do tráfego mercantil e – quando da ocorrência de falhas do mercado – o de reduzir a existência dos obstáculos reduzindo os custos da transação” (MARCELLINO JUNIOR, 2009, p. 225), ou seja, o Direito atuando com todo seu instrumental em favor do mercado.

Num panorama geral das reformas processuais ocorridas em contexto com as sugestões de organismos financeiros, como no caso do Documento Técnico 319 S do Banco Mundial, destaca-se a previsibilidade

a ser desenvolvida no Judiciário, a exemplo da súmula vinculante e o instituto da repercussão geral para os recursos extraordinários junto ao STF, além dos incidentes de recursos repetitivos no âmbito do STJ.

Neste aspecto, enfatiza Saldanha (2010, p. 689) que com a edição destas medidas de previsibilidade, o objetivo imediato de desafogar o Judiciário parece que vem sendo alcançado, pelo menos para os Tribunais Superiores, aonde o número de processos, que chegam para julgamento de mérito, vem diminuindo acentuadamente ano após ano, desde a edição da EC 45/2004, pois que, para uma melhor visualização destes resultados, já nos três primeiros anos seguintes à regulamentação da repercussão geral houve uma queda no ingresso de recursos extraordinário no STF. “Em 2007 foram 49.708. Em 2008 foram 21.531 e em 2009 o total de 7656.”

Somado a este fator está a produtividade da prestação jurisdicional, mais atrelada à quantidade do que à qualidade das decisões judiciais, a partir do que se encontra previsto no art. 93, II “c” da CF/88, quando trata dos critérios de promoção dos juízes, ou seja, “aferição do merecimento conforme o desempenho e pelos critérios objetivos de produtividade e presteza no exercício da jurisdição e pela frequência e aproveitamento em cursos oficiais ou reconhecidos de aperfeiçoamento”, sendo esta mais uma das orientações do Banco Mundial para o Poder Judiciário e que foi acatado com a EC 45/2004.

O contexto em destaque permite ainda vislumbrar o princípio da eficiência da administração da justiça como fator tendente a propiciar maior celeridade aos processos, e também como limitador do campo da discussão recursal, tendo em vista a previsibilidade e vinculação das decisões judiciais. Novamente, a respeito deste aspecto, Saldanha (2010, p. 693) reforça que:

Assim, novamente, quando a Constituição Federal no art. 5º, LVXXVIII prevê a duração razoável do processo e a penalização aos juízes que excederem os prazos legais tal

como prevê o art. 93, II, e; a promoção dos juízes a partir da produtividade conforme prevê o art. 93, II, “c”, quando o sistema como um todo prestigia a simplificação de ritos; estudo sobre agilização processual; iniciativas legislativas como a criação de um novo Código de Processo Civil com possibilidade de criação de incidente de coletivização e visibilidade através dos meio de comunicação, coloca a eficiência como um valor incontestável. Segundo essa lógica, as deliberações dos juízes no que diz respeito ao cumprimento de seus deveres funcionais e da administração da Justiça, ficam sob o olhar do Conselho Nacional de Justiça, órgão do Poder Judiciário a quem cabe fazer o controle da atividade jurisdicional.

Desse modo, enfatiza-se a tendência do direito a uma vinculação com os interesses neoliberais, tendo em vista a preocupação na estabilidade e previsibilidade do direito a partir da prestação jurisdicional a ser entregue de forma célere, ou seja, eficiente.

A partir disso, outro questionamento deve ser formulado, ou seja, o que efetivamente se pretende, uma justiça rápida ou justa?

Acentua Santos (2011, p. 27), que celeridade processual pode resultar em “decisões injustas”,¹⁴⁹ na medida em que princípios constitucionais podem ser inobservados, como o devido processo legal, o contraditório, ampla defesa e até o “[...] direito fundamental a uma decisão judicial devidamente fundamentada.”¹⁵⁰

Para solução dessa problemática, sugere-se que a teoria dos direitos fundamentais de Robert Alexy pode apresentar suporte necessário à solução da questão posta.

¹⁴⁹ Com as reformas que incidem sobre a morosidade sistêmica podemos ter uma justiça mais rápida, mas não necessariamente uma justiça mais cidadã (SANTOS, 2008, p. 27).

¹⁵⁰ A garantia da motivação das decisões judiciais possui natureza de direito fundamental do jurisdicionado. [...] Ainda, porém que não houvesse expressa disposição constitucional nesse sentido, o princípio da motivação não deixaria de ser um direito fundamental do jurisdicionado, eis que consectário da garantia do devido processo legal e manifestação do Estado de Direito (DIDIER; BRAGA; OLIVEIRA, 2007, p. 227-228).

Quando o autor germânico trabalha a teoria defensiva e prestacional dos direitos fundamentais, estabelece que cabe ao Estado adotar medidas que assegurem o cumprimento do direito fundamental de acesso à justiça, no presente caso por meio da razoável duração do processo.

Os direitos fundamentais terão eficácia na medida em que forem devidamente efetivados não somente pelo Estado, mas também pelos próprios cidadãos. Contudo, é devido ao Estado a proteção e promoção destes direitos diante da íntima relação que guardam com a dignidade da pessoa humana.

Alexy (2015, p. 450) trata da proteção dos direitos fundamentais estabelecendo que o Estado deve assegurá-los contra a intervenção do próprio ente estatal, ou ainda contra a violação por meio da conduta de terceiros, através de meios normativos ou fáticos, ou seja, por meio de normas de responsabilidade civil, penal ou ainda por medidas de cunho processual.

Em relação ao direito de acesso à justiça, as normas infraconstitucionais que enfatizam a necessidade de fundamentação de todas as decisões judiciais (art. 489 e incisos do CPC) ou ainda que preveem penas por litigância de má-fé (arts. 79 e 80 do CPC) em caso de atos processuais destinados a procrastinarem o processo, astreintes (art. 537 do CPC) como meio de tornar efetiva a prática de ato processual são meios normativos previstos pelo Estado e que por ele devem ser observados e aplicados para assegurar a razoável duração do processo.

É neste contexto que Marinoni¹⁵¹ enfatiza que o direito fundamental à razoável duração do processo vincula o Estado em todos os seus poderes, posto que seu conteúdo mínimo está a determinar:

¹⁵¹ O citado autor, ainda esclarece que “[...] a tendência à simplificação procedimental, que expressa, por exemplo, na previsão de um procedimento comum adaptável ao caso concreto (arts. 139 e 190, § 1º), ao aproveitamento dos atos processuais por força de um regime de invalidades processuais dominado pela necessidade de demonstração de prejuízo aos fins do processo e do não preenchimento da finalidade (arts. 188, 277 e 282), à realização de calendário processual (art. 191) e à necessidade de outorgar-se uma ordem cronológica ao julgamento dos processos (art. 12), atendem à necessidade de

(i) ao legislador, a adoção de técnicas processuais que viabilizem a prestação da tutela jurisdicional dos direitos em prazo razoável (por exemplo, previsão de tutela definitiva da parcela incontroversa da demanda no curso do processo), a edição de legislação que reprima o comportamento inadequado das partes em juízo (litigância de má-fé e *contempto f court*) e regulamente minimamente a responsabilidade civil do Estado por duração não razoável do processo; (ii) ao *administrador judiciário*, a adoção de técnicas gerenciais capazes de viabilizar o adequado fluxo dos atos processuais, bem como organizar os órgãos judiciários de forma idônea (número de juízes e funcionários, infraestrutura e meios tecnológicos); e (iii) ao juiz, a condução do processo de modo a prestar a tutela jurisdicional em prazo razoável. (MARONONI; ARENHART; MITIDIERO, 2015, p. 263-264).

Dentro deste contexto, é preciso dizer também que o direito fundamental de acesso à justiça estará devidamente assegurado se, na condução do processo, forem devidamente observados a organização e o procedimento adequado a conferir segurança e concretização do direito material pretendido.

Alexy (2015, p. 488) enfatiza que os procedimentos são sistemas de regras e/ou princípios estabelecidos para a obtenção de um resultado que, além de estar em conformidade com a lei, seja justo.

Estará assegurada a organização e procedimento, conforme enfatiza Alexy, quando devidamente assegurado o devido processo legal, com a observância da ampla defesa, contraditório, ampla produção de provas e duplo grau de jurisdição.

Pode-se afirmar, neste contexto e em conformidade com o que já se tratou sobre a razoável duração do processo, que este direito fundamental

promoção do princípio da economia processual, cujo fundamento constitucional não é outro senão a necessidade de que o processo tenha uma duração razoável.” (MARONONI; ARENHART; MITIDIERO, 2015, p. 268).

é elemento essencial à efetividade do direito humano fundamental de acesso à justiça, podendo ser conceituado, a partir das proposições defensivas e prestacionais de Robert Alexy como direito humano fundamental apto a ter um processo tramitando em tempo razoável, ou seja, em tempo necessário a instrumentalizar a prestação jurisdicional na realização do direito onde o jurisdicionado tenha a resposta estatal vinda de um processo com a observância da organização e procedimento adequados, ou seja, com a atenção ao devido processo legal e a garantia dos direitos de ampla defesa, contraditório, produção de provas, decisão judicial devidamente fundamentada e duplo grau de jurisdição.

Contudo, este conceito de razoável duração do processo não se encontra devidamente assegurado frente aos atos normativos antes tratados, como súmula vinculante, repercussão geral, incidente de recursos repetitivos, julgamento preliminar de improcedência do pleito inicial.

Isso pelos seguintes motivos: a) não se revestem de meio a entregar a prestação jurisdicional em tempo razoável, mas sim em tempo célere; b) não possibilitam acesso à justiça, mas sim impedimento, visto obstaculizar o acesso ao judiciário (sendo este também uma espécie de acesso à justiça); c) sua motivação não se deu para efetivar o acesso à justiça, mas sim como meio de reduzir o número de processos nos tribunais (onde, diga-se de passagem, figura o Poder Público como maior litigante) em prejuízo de todos os jurisdicionados que já estavam tendo esse direito fundamental impedido.

Contrariamente ao que se pregou com a edição daqueles atos normativos, ou seja, que derivam da razoável duração do processo, pode-se afirmar que estão mais vinculados ao princípio da eficiência da administração pública que, na visão de Di Pietro (1998, p. 73-74), impõe a produção de “[...] resultados favoráveis à consecução dos fins que cabem ao Estado alcançar.”

Constata-se, neste seguimento, a necessidade de ponderação entre o princípio da eficiência da administração da justiça que, como já demonstrado, busca realizar a entrega da prestação jurisdicional de forma célere, desburocratizando os meios de tramitação do processo em face do direito fundamental da razoável duração do processo, o qual, da mesma forma, busca uma tramitação do processo em tempo razoável, mas com a proteção e promoção do direito de acesso à justiça por meio de procedimento que preza pelo devido processo legal.

Novamente se retorna à indagação antes efetuada: afinal de contas, o que se pretende? Uma justiça rápida ou justa?

O que deve ser ressaltado é a prevalência do efetivo acesso à justiça e que quando se fala em razoável duração do processo como elemento de efetivação desse acesso, não se está sugerindo celeridade processual, posto que por se tratar de um direito humano fundamental, deve ser realizado na sua maior amplitude possível, tendo em vista sua natureza principiológica, tratando-se de mandamento de otimização.

Portanto, na apontada colisão entre o direito fundamental de razoável duração do processo com o princípio da eficiência da administração da justiça, deve-se observar meios que assegurem o acesso à justiça, para que esse direito fundamental sofra a mínima intervenção possível, o que será efetivado através da regra da proporcionalidade com aplicação da técnica da ponderação, se necessário.

Silva (2002, p. 24), conforme salientado em seção anterior, ressalta que a regra da proporcionalidade é utilizada em especial naqueles casos em que um ato do Estado que tem por objetivo realizar um direito fundamental ou um interesse coletivo, resulta na intervenção de outro direito da mesma intensidade.

O primeiro elemento a ser verificado é a adequação, ou seja, identificar o meio mais adequado para se ter o propósito perseguido com a mínima intervenção possível no direito fundamental em questão, de acesso

à justiça, seguido da necessidade por meio da observação do meio menos gravoso dentre aqueles adequados à realização do objeto pretendido. O terceiro elemento diz respeito à máxima da proporcionalidade em sentido estrito, onde estabelece Alexy (2015, p. 591) que “[...] quanto maior for o grau de não satisfação ou de afetação de um princípio, tanto maior terá que ser a importância da satisfação do outro.”

O resultado da técnica da ponderação derivado da regra da proporcionalidade diante da colisão do direito fundamental de razoável duração do processo com o princípio da eficiência deve ser aquele que efetive o acesso à justiça em sua maior amplitude possível, posto realizar a dignidade da pessoa humana.

Deste modo, se o raciocínio até aqui exposto estiver correto, então pode-se afirmar que as alterações surgidas no Judiciário e no sistema jurídico brasileiro derivados da Emenda Constitucional 45 de 2004 partiram de interesses relativos ao Judiciário, em especial aos Tribunais Superiores, para reduzir o número de processos daquelas instâncias bem como o seu acesso; ainda, também há evidências fortes de que partiram de interesses econômicos, influenciados pela ideologia neoliberal e que propõe tais alterações com o discurso de propiciar um ambiente favorável ao desenvolvimento.

Por fim, enfatiza-se que tais alterações já postas no sistema jurídico processual brasileiro não podem servir para flexibilização e violação de direitos e garantias fundamentais na edição do direito enquanto proferido pelo Judiciário. Em que pese estar-se anunciando um sistema jurídico voltado ao precedencialismo, com a previsibilidade e estabilidade das decisões judiciais, o princípio do devido processo legal deve ser observado, e parece que a saída para esta situação seria a observância do direito fundamental de razoável duração do processo, que se caracteriza, inclusive, como meio de acesso à justiça.

CAPÍTULO VI

CONCLUSÃO

A proposta do presente trabalho de pesquisa se deu em responder o problema sobre em que medida a teoria dos direitos fundamentais de Robert Alexy pode contribuir para a concepção de razoável duração do processo como elemento de efetividade do direito humano fundamental de acesso à justiça.

Isto porque se verificou que as alterações ocorridas no direito processual civil brasileiro até então efetivadas, em especial no âmbito recursal cível, apresentam-se como violadoras do direito humano fundamental de acesso à justiça.

Conforme ficou demonstrado na primeira seção, o texto constitucional de 1988 positivou o direito de acesso à justiça no rol dos direitos e garantias fundamentais, viabilizando a efetivação desse direito pela ampliação de instrumentos processuais, bem como de legitimados para propositura de ações constitucionais e de direito coletivo e difuso, também pela superação de barreiras que obstaculizam o acesso por pessoas mais carentes, proporcionando meios alternativos de resolução de conflitos e, ainda, propiciando o acesso à informação aos jurisdicionados sobre seus direitos.

A partir disso, pôde-se constatar que o direito de acesso à justiça se configura em direito humano fundamental, na medida em que se encontra declarado em documentos reconhecidos por organismos internacionais, ou seja, em declarações de direitos humanos bem como positivado no texto constitucional brasileiro.

Além disso, constatou-se também que se trata de direito humano fundamental por estar relacionado com a dignidade da pessoa humana na medida em que é componente do mínimo existencial do ser humano, posto se tratar de direito básico que deve ser garantido e promovido pelo Estado e pela sociedade, pois é por meio do acesso à justiça que poderá o cidadão, ainda mais nos dias atuais, de relações cada vez mais complexas,

buscar a efetivação de seus direitos, em especial aqueles necessários a viver com qualidade de vida.

Estes fatores componentes do acesso à justiça resultaram num significativo aumento das demandas processuais, mas que não obteve, por parte do Estado, uma contrapartida estrutural a atender tantos conflitos de interesses, o que gerou e, conseqüentemente, agravou a denominada crise do judiciário pelo aumento cada vez maior do número de processos, como também da morosidade na prestação jurisdicional em solucioná-los.

Além disso, não há como tratar da crise do judiciário como resultante unicamente destes fatores, posto que, como ficou demonstrado, a inércia dos Poderes Executivo e Legislativo em suas atribuições acaba por não implementar direitos e garantias fundamentais, o que resulta no cidadão buscando a tutela jurisdicional para efetivação de tais direitos.

Diante deste contexto, buscou-se efetivar medidas a solucionar essa crise processual por meio de celeridade processual, previsibilidade e estabilidade do direito a partir da prestação jurisdicional, o que resultou na Emenda Constitucional 45 de 2004 que tratou da reforma do judiciário, implantando no sistema processual civil medidas de estabilização e previsibilidade do direito, com a edição da súmula vinculante, repercussão geral no âmbito dos recursos extraordinários no Supremo Tribunal Federal, instituto do recurso repetitivo no âmbito do STJ e a sentença de improcedência liminar do pedido.

As medidas que não foram diretamente previstas no texto da citada emenda constitucional, acabaram sendo implantadas por leis infraconstitucionais, atendendo o comando do art. 7º da EC 45/2004.

Com isso, é possível concluir que as transformações ocorridas no sistema processual civil estão relacionadas, à primeira vista, em dois pontos importantes, sendo eles: a) a resolução do problema da morosidade da entrega da prestação jurisdicional; e b) tornar o processo mais ágil com a prestação jurisdicional estável e previsível e, com isso, assegurar

o acesso à justiça. Entretanto, o que se percebe é que por trás destas transformações e com o argumento amparado nos dois pontos acima enunciados, a modificação no sistema processual civil ora implementada encontra-se difundida em interesses outros, que não propriamente aqueles mencionados, estando mais diretamente relacionados à redução do número de processos nos Tribunais superiores bem como em uniformizar e estabilizar o direito a partir do pronunciamento judicial, dando margem, inclusive, a um ambiente propício aos negócios por influência neoliberal.

A segunda seção da pesquisa tratou das interações havidas entre o mercado e o direito, tendo demonstrado que, efetivamente, há certa influência neoliberal no Direito brasileiro a propiciar um ambiente mais favorável aos negócios, ao mercado.

Trata-se o neoliberalismo de uma forma de pensar e efetivar a economia e que propõe o afastamento máximo possível do Estado nas relações econômicas, para alavancar interesses privados e do mercado e que foi fortemente impulsionado pela globalização, gerando intensa mudança nas relações sociais e comerciais.

Desta forma, para estabelecer sua hegemonia, o mercado acaba reformando, direta ou indiretamente, as estruturas administrativas, políticas e jurídicas do Estado em prol do desenvolvimento, do acesso à tecnologia de ponta, aumento da produtividade industrial, entre outros, o que leva à sua interferência no direito, posto que o mercado, para consolidar sua supremacia, necessita de um direito e um judiciário mais voltado às normas de mercado do que aos direitos sociais.

Para este propósito, promoveu-se a edição do princípio da eficiência da administração pública a partir da Emenda Constitucional 19 de 1998, sendo este a marca principal do pensamento neoliberal, baseado na competitividade, na produtividade, na desburocratização e consequentemente na celeridade.

Referido princípio, no contexto do Judiciário, resultou na necessidade de entrega da prestação jurisdicional de forma célere, com a valorização da produtividade na resolução dos processos com a maximização dos resultados. Nitidamente se tem o pensamento neoliberal na estrutura administrativa do Estado e que afetou o processo judicial, na medida que o judiciário como Poder Estatal está submetido aos princípios da administração pública, dentre eles o da eficiência.

Neste contexto, a reforma administrativa do Estado, implementada pela Emenda Constitucional 19 de 1998, que implantou o princípio da eficiência e posteriormente a reforma do Judiciário implementada com a Emenda Constitucional 45 de 2004 que veiculou medidas tendentes a gerar efeito vinculante nas decisões judiciais, tiveram por objetivo atender a eficiência da administração da justiça, posto resultar em previsibilidade e estabilidade do direito por influência neoliberal.

No entanto, a mesma Emenda Constitucional 45 de 2004 positivou ainda o direito fundamental de razoável duração do processo, sendo este um elemento essencial do direito de acesso à justiça, desde que observado a partir do devido processo legal e não da eficiência da administração da justiça.

A razoável duração do processo, conforme ficou caracterizado, é fator de efetividade do acesso à justiça na medida em que conduz à segurança de se poder buscar a tutela jurisdicional plena e efetiva, a ser entregue de forma justa e com observância e respeito ao princípio do devido processo legal e ainda de forma rápida, dentro de prazo razoável, respeitados os prazos legais, a amadurecer o provimento almejado com a observância da ampla defesa, contraditório, produção de provas, duplo grau de jurisdição e a se obter uma decisão judicial devidamente fundamentada.

Não se trata, portanto, de celeridade, e, desta forma, não se engloba dentro da perspectiva da eficiência, no conceito até então trabalhado.

É neste aspecto que se chega à conclusão de que as alterações do sistema processual civil efetivamente ocorreram por dois motivos, sendo o primeiro deles desafogar os Tribunais Superiores, e o segundo motivo em atender os interesses neoliberais, de mercado, voltando o direito para atender as regulações de mercado.

Neste contexto, verificou-se que o próprio Estado é o que mais se utiliza do litígio frente às benesses legislativas que o impulsiona a litigar. Além disso, também pelo fato de presenciar-se o Judiciário ocupando o lugar do Executivo e do Legislativo na efetivação de direitos fundamentais não implementados por políticas públicas pelos Poderes competentes.

Somado a esses fatores que já impulsionam a transformação a um judiciário previsível e um direito estável, verificou-se, também, a influência do pensamento neoliberal, posto que, coincidência ou não, as transformações até então implementadas no sistema processual civil, iniciadas com a EC 19/1998, reforçadas com a EC 45/2004 e que finalizou na edição de um novo código de processo civil encontram-se todas previstas no Documento Técnico 319S do Banco Mundial, de 1996, que indica pontos que entende ser de melhorias para o Poder Judiciário de alguns Países, inclusive no Brasil, onde destaca-se a eficiência através da produtividade, da estabilidade e previsibilidade do direito a partir da tutela jurisdicional.

Estas transformações ocorridas no sistema processual civil violam o direito humano fundamental de acesso à justiça posto que são medidas que impedem o acesso ao Judiciário. Corroborado a esse entendimento, pode-se ainda afirmar que tais fatos resultam numa colisão entre o princípio da eficiência da administração da justiça com o direito fundamental de razoável duração do processo, posto que ambos se encontram amparados no discurso de promover o acesso à justiça, sendo o primeiro baseado na eficiência e o segundo na efetividade.

É neste contexto que na quarta e última seção demonstrou-se que a teoria dos direitos fundamentais de Robert Alexy possui elementos necessários e suficientes a solucionar a questão.

O direito fundamental de acesso à justiça estará devidamente assegurado se, na condução do processo, forem devidamente observados a organização e procedimento adequado a conferir segurança e concretização do direito material pretendido, o que se efetivará quando devidamente assegurado o devido processo legal, com a observância da ampla defesa, contraditório, ampla produção de provas e duplo grau de jurisdição.

Nesse contexto e em conformidade com o que já se tratou sobre a razoável duração do processo, esse direito fundamental é elemento essencial à efetividade do direito humano fundamental de acesso à justiça, podendo ser conceituado, a partir das proposições defensivas e prestacionais de Robert Alexy como direito humano fundamental apto a ter um processo tramitando em tempo razoável, ou seja, em tempo necessário a instrumentalizar a prestação jurisdicional na realização do direito, onde o jurisdicionado tenha a resposta estatal vinda de um processo com a observância da organização e procedimento adequados, ou seja, com a atenção ao devido processo legal e a garantia dos direitos de ampla defesa, contraditório, produção de provas, decisão judicial devidamente fundamentada e duplo grau de jurisdição.

REFERÊNCIAS

ACQUAVIVA, Marcus Claudio. *Dicionário Jurídico Brasileiro*. 13. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Jurídica brasileira, 2006.

ALEXY, Robert. Direitos Fundamentais Sociais e Proporcionalidade. In: ALEXY, Robert; BAEZ, Narciso Leandro Xavier; SILVA, Rogério Luiz Nery da (Org.). *Dignidade Humana, Direitos Sociais e Não-positivismo inclusivo*. 1. ed. Florianópolis: Qualis, 2015.

ALEXY, Robert. Los derechos fundamentales em el Estado Constitucional Democrático. In: CARBONELL, Miguel. *Neoconstitucionalismo(s)*. Madrid: Editorial Trotta, 2003.

ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

AGRA, Walber de Moura. Neoconstitucionalismo e superação do positivismo. In: DIMOULIS, Dimitri; DUARTE, Écio Oto (Coord.). *Teoria do Direito Neoconstitucional. Superação ou reconstrução do positivismo jurídico?* São Paulo: Método, 2008.

ARIZA, Santiago Sastre. La ciência jurídica ante el neoconstitucionalismo. In: CARBONELL, Miguel. *Neoconstitucionalismo*. Madrid: Editorial Trotta, 2003.

AVELÃS NUNES, Antônio José. A Constituição Européia. A Constitucionalização do Neoliberalismo. In: MIRANDA COUTINHO, Jacinto Nelson de (Org.). *Diálogos Constitucionais: Direito, Neoliberalismo e Desenvolvimento em Países Periféricos*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 63-118.

ÁVILA, Humberto. A distinção entre princípios e regras e a redefinição do dever de proporcionalidade. *R. Dir. Adm.*, Rio de Janeiro, v. 215, p. 151-179, 1999.

ÁVILA, Humberto. *Sistema Constitucional Tributário*. Saraiva: São Paulo, 2004.

BAEZ, Narciso Leandro Xavier; MOZETIC, Vinicius Almada. A morfologia das teorias universalistas dos Direitos Humanos Fundamentais. In: ALEXY, Robert et al. (Org.). *Níveis de efetivação dos Direitos Humanos Fundamentais Cíveis e Sociais: Um diálogo Brasil e Alemanha*. Joaçaba: Ed. Unoesc, 2013.

BAEZ, Narciso Leandro Xavier. Direitos humanos fundamentais e direitos humanos dependentes de fatores culturais – novos rumos de uma possível coexistência. In: BAEZ, Narciso Leandro Xavier; CASSEL, Douglas (Org.). *A realização e a proteção internacional dos Direitos Humanos Fundamentais*. Desafios do século XXI. Joaçaba: Ed. Unoesc, 2001.

BARCELLOS, Ana Paula de. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais*. O princípio da dignidade da pessoa humana. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

BARRETO, Vicente de Paulo; RECKZIEGEL, Janaína. Dignidade Humana, Experiências Científicas e Direitos Humanos. In: ALEXY, Robert et al. (Org.). *Níveis de Efetivação dos Direitos Fundamentais Cíveis e Sociais: Um diálogo Brasil e Alemanha*. Joaçaba: Ed. Unoesc, 2013.

BARROSO, Luís Roberto; BARCELLOS, Ana Paula de. O começo da história. A nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro. *Revista de direito administrativo*, Rio de Janeiro, v. 232, abr./jun. 2003.

BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Celso Bastos Editora, 2002.

BEMFICA, Juliana do Couto. *Estado, Mercado e Redes Transnacionais na constituição da Sociedade da Informação: um estudo sobre os princípios norteadores das políticas para a infra-estrutura de informação.*

Tese (Doutorado em Ciência da Informação) – Escola de Ciência da Informação, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2002. Disponível em: <http://www.bibliotecadigital.ufmg.br/dspace/bitstream/handle/1843/EARM-74CS22/tese_juliana_do_couto_bemfica.pdf?sequence=3>. Acesso em: 09 mar. 2016.

BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito.* São Paulo: Ícone, 1995.

BONAVIDES, Paulos. *Curso de Direito Constitucional.* 7. ed. São Paulo: Malheiros, 1997;

BORGES, Flávio Buonaduce; Sistema de Comunicação Processual – Processo Judicial Eletrônico Brasileiro – Lei de Informatização do Processo Judicial. In: LAMY, Eduardo; ABREU, Pedro Manuel; DE OLIVEIRA, Pedro Miranda (Coord.). *Processo Civil em Movimento.* Diretrizes para o novo CPC. Florianópolis: Conceito Editorial, 2013.

BOZZA, Fábio da Silva. Uma análise crítica ao modelo de direito penal da sociedade de risco: a utilização de parte do direito penal econômico como instrumento de manutenção de uma ordem econômica neoliberal. In: MARCELLINO JUNIOR, Julio Cesar; VALLE, Juliano Keller do; AQUINO, Sergio Ricardo Fernandes de. Organizadores. *Direitos Fundamentais, Economia e Estado: reflexões em tempos de crise.* Florianópolis: Conceito Editorial, 2010.

BRASIL. *Constituição.* República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF: Senado Federal, 05 out. 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 10 out. 2015.

BRASIL. Emenda Constitucional n. 45, de 30 de dezembro de 2004. Altera dispositivos dos arts. 5º, 36, 52, 92, 93, 95, 98, 99, 102, 103, 104, 105, 107, 109, 111, 112, 114, 115, 125, 126, 127, 128, 129, 134 e 168 da Constituição Federal, e acrescenta os arts. 103-A, 103B, 111-A e 130-A, e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 31 dez. 2004. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Emendas/Emc/emc45.htm>. Acesso em: 10 out. 2015.

BRASIL. Lei Complementar n. 15, de 14 de março de 1979. Dispõe sobre a Lei Orgânica da Magistratura. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 14 mar. 1979. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp35.htm>. Acesso em: 06 ago. 2016.

BRASIL. Lei n. 11.276, de 07 de fevereiro de 2006. Altera os arts. 504, 506, 515 e 518 da Lei no 5.869, de 11 de janeiro de 1973 - Código de Processo Civil, relativamente à forma de interposição de recursos, ao saneamento de nulidades processuais, ao recebimento de recurso de apelação e a outras questões. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 08 fev. 2006. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2006/Lei/L11276.htm>. Acesso em: 06 ago. 2016.

BRASIL. Lei n. 11.417, de 19 de dezembro de 2006. Regulamenta o art. 103-A da Constituição Federal e altera a Lei no 9.784, de 29 de janeiro de 1999, disciplinando a edição, a revisão e o cancelamento de enunciado de súmula vinculante pelo Supremo Tribunal Federal, e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 19 dez. 2006. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11417.htm>. Acesso em: 06 ago. 2016.

BRASIL. Lei n. 11.418, de 19 de dezembro de 2006. Acrescenta à Lei no 5.869, de 11 de janeiro de 1973 - Código de Processo Civil, dispositivos que regulamentam o § 3º do art. 102 da Constituição Federal. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 20 dez. 2006. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11418.htm>. Acesso em: 06 ago. 2016.

BRASIL. Lei n. 11.672, de 08 de maio de 2008. Acresce o art. 543-C à Lei no 5.869, de 11 de janeiro de 1973 - Código de Processo Civil, estabelecendo o procedimento para o julgamento de recursos repetitivos no âmbito do Superior Tribunal de Justiça. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 09 maio 2008. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2008/Lei/L11672.htm>. Acesso em: 06 ago. 2016.

BRASIL. Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015. Dispõe sobre o Código de Processo Civil. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 16 mar. 2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 06 ago. 2016.

BRASIL. Lei n. 5.896, de 11 de janeiro de 1973. Institui o Código de Processo Civil. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 12 jan. 1973. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5869compilada.htm>. Acesso em: 06 out. 2015.

BRASIL. Lei n. 8.625, de 12 de fevereiro de 1993. Institui a Lei Orgânica Nacional do Ministério Público, dispõe sobre normas gerais para a organização do Ministério Público dos Estados e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 12 fev. 1993. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8625.htm>. Acesso em: 06 ago. 2016.

BRASIL. Lei n. 8.906, de 04 de julho de 1994. Dispõe sobre o Estatuto da Advocacia e a Ordem dos Advogados do Brasil. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 05 jul. 1994. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8906.htm>. Acesso em: 06 ago. 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas corpus n. 128833. Órgão Julgador: Segunda Turma. *Diário de Justiça eletrônico*, Brasília, DF, 08 set. 2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas corpus n. 89.622. Órgão Julgador: Primeira Turma. *Diário de Justiça eletrônico*, Brasília, DF, 19 set. 2008.

CALIENDO, Paulo. *Direito Tributário e Análise Econômica do Direito*. Uma visão crítica. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009.

CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de direito processual civil: volume 1*. 20. ed. rev. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 6. ed. São Paulo: Almedina, 1993.

CAPPELLETTI, Mauro; BRYANT, Garth. *Acesso à Justiça*. Tradução e revisão Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1988.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. O papel da jurisdição constitucional na realização do Estado Social. *Revista de Estudos Criminais*, Porto Alegre, n. 10, p. 54. 2003.

COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos Direitos Humanos*. 4. ed. rev. e atual. 2. tir. São Paulo: Saraiva, 2006.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *100 maiores litigantes*. Departamento de Pesquisas Judiciárias, 2012. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/images/pesquisas-judiciarias/Publicacoes/100_maiores_litigantes.pdf>. Acesso em: 06 ago. 2016.

COUTO, Mônica Bonetti. *A Duração Razoável do Processo como Direito Fundamental no Brasil: Mecanismos e Alternativas à sua Implementação*. In: BAEZ, Narciso Leandro Xavier; SILVA, Rogério Luiz Nery da; SMORTO, Guido (Org.). *Os desafios dos Direitos Humanos Fundamentais na América Latina e na Europa* Joaçaba: Ed. Unoesc, 2012.

CRUZ, Paulo Marcio. *Política, Poder, ideologia e Estado Contemporâneo*. Florianópolis: Diploma Legal, 2001.

CRUZ, Paulo Márcio; STELZER, Joana (Coord.). *Direito e Transnacionalidade*. 1. ed. 1. reimpr. Curitiba: Juruá, 2010.

DANTAS, Marcos. *A lógica do capital informação: monopólio e monopolização dos fragmentos num mundo de comunicações globais*. Rio de Janeiro: Contraponto, 1996.

AQUINO, Sergio Ricardo Fernandes de. *Direitos Humanos, ética e neoliberalismo: (im)possibilidades Hermenêuticas da Pós-Modernidade*. In: MARCELLINO JUNIOR, Julio Cesar; VALLE, Juliano Keller do; AQUINO, Sergio Ricardo Fernandes de (Org.). Organizadores. *Direitos Fundamentais, Economia e Estado: reflexões em tempos de crise*. Florianópolis: Conceito Editorial, 2010;

LIMA, José Edvaldo Albuquerque de. *Recursos Ordinário, Extraordinário e Especial*. Teoria, prática, jurisprudência e legislação. Leme: Mundo Jurídico, 2008.

DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. *Teoria Geral dos Direitos Fundamentais*. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2014.

DINIZ, Márcio Augusto Vasconcelos; DOURADO, Gabriel Peixoto. A Eficácia das Decisões Judiciais em Caso de Mudança de jurisprudência e os Meios de Estabilidade das Relações Jurídicas: A Valorização dos Precedentes no Brasil. In: MACEDO, Harzheim; STAFFEN, Márcio Ricardo (Org.). *Jurisdição e Processo. Tributo ao Constitucionalismo*. Arraes editores: Belo Horizonte, 2012.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 10. ed. São Paulo: Atlas, 1998.

FARIA, José Eduardo. *O Direito na Economia Globalizada*. 1. ed. 2. tir. São Paulo, 2004.

FASANARO, Roberta de Macedo; DE CASTRO JUNIOR, Osvaldo Agripino. A relevância da PPP para a efetividade dos Direitos Fundamentais: Estudo de Caso da SC-Parcerias. In: MARCELLINO JUNIOR, Julio Cesar; VALLE, Juliano Keller do; AQUINO, Sergio Ricardo Fernandes de (Org.). *Direitos Fundamentais, Economia e Estado: reflexões em tempos de crise*. Florianópolis: Conceito Editorial, 2010;

FERRAJOLI, Luigi. Pasado y futuro del estado de derecho. In: CARBONELL, Miguel. *Neoconstitucionalismo*. Madrid: Editorial Trotta, 2003.

GASPARINI, Diogenes. *Direito Administrativo*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

GALILHETI, Edgar José. *A EC 45/2004 e o Viés do Novo Regime Recursal Cível Brasileiro: Uma Análise Político Jurídica da Atuação Judicial a Partir de Osvaldo Ferreira de Melo*. Itajaí: UNIVALI, 2013. 505 p. Tese (Doutorado em Ciência Jurídica)–Universidade do Vale do Itajaí, Itajaí, 2013.

GONÇALVES, Diego da Silva. O sistema de precedentes como garantidor da segurança jurídica, da previsibilidade e estabilidade das decisões judiciais. *Processos Coletivos*, Porto Alegre, v. 3, n. 3, 01 set. 2012. Disponível em: <<http://www.processoscoletivos.net/doutrina/36-volume-3-numero-3-trimestre-01-07-2012-a-30-09-2012/1006-o-sistema-de-precedentes-como-garantidor-da-seguranca-juridica-da-previsibilidade-e-estabilidade-das-decisoes-judiciais>>. Acesso em: 05 out. 2014.

HAYEK, Friedrich August von. *O Caminho da Servidão*. Tradução e revisão Anna Maria Capovilla, José Ítalo Stelle e Liane de Moraes Ribeiro. 5. ed. Rio de Janeiro: Instituto Liberal, 1990.

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

IANNI, Octavio. *A sociedade global*. 3. ed. Rio de Janeiro: Civilização brasileira, 1995.

JUCÁ, Danielle Nascimento. Do Estado Liberal ao Estado Democrático de Direito: Um enfoque nas Constituições Brasileiras. In: MATIAS, João Luis Nogueira (Coord.). *Neoconstitucionalismo e Direitos Fundamentais*. São Paulo: Atlas, 2009.

MARCELLINO JUNIOR, Julio Cesar. *Princípio Constitucional da Eficiência Administrativa*. Florianópolis: Habitus editora, 2009.

KANT, Immanuel. *Fundamentação da metafísica dos costumes*. Tradução Paulo Quintela. Lisboa: Edições 70, 2007.

KLATT, Matthias. Direitos a prestações positivas: quem deve decidir? Controle judicial ponderado. In: ALEXY, Robert; BAEZ, Narciso Leandro Xavier; SILVA, Rogério Luiz Nery da (Org.). *Dignidade Humana, Direitos Sociais e Não-positivismo inclusivo*. 1. ed. Florianópolis: Qualis, 2015.

KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

LASSALE, Ferdinand. *O que é uma constituição?* Tradução Hiltomar Martins Oliveira. Belo Horizonte: Cultura Jurídica: Líder, 2002.

LEAL, Mônica Clarissa Hennig; BOLESINA, Iuri. Mínimo Existencial Versus Mínimo Vital: Uma análise dos limites e possibilidades de atuação do Poder Judiciário na sua garantia e no controle jurisdicional de políticas públicas. In: ALEXY, Robert et al. (Org.). *Níveis de Efetivação dos Direitos Fundamentais Cíveis e Sociais: Um diálogo Brasil e Alemanha*. Joaçaba: Ed. Unoesc, 2013.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo Curso de Processo Civil*. Teoria do processo civil. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. v. 1.

MARINONI, Luiz Guilherme. *A Ética dos Precedentes*. Justificativa do novo CPC. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

MARRAFON, Marco Aurélio; FILHO, Ilton Noberto Robl. Paradoxos da hipermodernidade: Reflexões sobre a Análise Econômica do Direito, os Direitos Fundamentais e o papel da jurisdição constitucional no Brasil à luz da filosofia de Gilles Lipovetsky. In: MARCELLINO JUNIOR, Julio Cesar; VALLE, Juliano Keller do; AQUINO, Sergio Ricardo Fernandes de (Org.). *Direitos Fundamentais, Economia e Estado: reflexões em tempos de crise*. Florianópolis: Conceito Editorial, 2010.

MATOS, Andityas Soares de Moura Costa. Positivismo jurídico e autoritarismo político: A falácia da Reductio Ad Hitlerum. In: DIMOULIS, Dimitri; DUARTE, Écio Oto (Coord.). *Teoria do Direito Neoconstitucional. Superação ou reconstrução do positivismo jurídico?* São Paulo: Método, 2008.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 20. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

MONTESQUIEU, Charles de Secondat. *O espírito das leis*. Tradução Jean Melville. São Paulo: Malheiros, 2003.

MOREIRA, Eduardo Ribeiro. *Neoconstitucionalismo. A invasão da constituição*. São Paulo: Método, 2008.

MOREIRA, Eduardo Ribeiro. O Momento do Positivismo. In: DIMOULIS, Dimitri; DUARTE, Écio Oto (Coord.). *Teoria do Direito Neoconstitucional. Superação ou reconstrução do positivismo jurídico?* São Paulo: Método, 2008.

MÜLLER, Julio Guilherme; Tutela Adequada, Efetiva, Tempestiva e Justa (posições jurídicas para a concretização do acesso à Justiça). In: LAMY, Eduardo; ABREU, Pedro Manuel; OLIVEIRA, Pedro Miranda de (Coord.). *Processo Civil em Movimento. Diretrizes para o novo CPC*. Florianópolis: Conceito Editorial, 2013.

NETO, José Cretela. *Fundamentos principiológicos do processo civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

OST, François. *O Tempo do Direito*. Lisboa: Instituto Piaget, 1999.

PEZZELLA, Maria Cristina Cereser; DE MARCO, Cristhian Magnus. *Realização dos Direitos Fundamentais e a Jurisprudência em Perspectiva Histórica*. In: MACEDO, Harzheim; STAFFEN, Márcio Ricardo (Org.). *Jurisdição e Processo. Tributo ao Constitucionalismo*. Belo Horizonte: Arraes editores, 2012.

ROSA, Alexandre Morais da. *Direito transnacional, soberania e o discurso da law and economics*. In: CRUZ, Paulo Márcio; STELZER, Joana (Coord.). *Direito e Transnacionalidade*. 1. ed. 1. reimpr. Curitiba: Juruá, 2010.

SALDANHA, Jânia Maria Lopes. *A paradoxal face “hipermoderna” do processo constitucional: um olhar sobre o direito processual brasileiro*. *Estudios Constitucionales*, a. 8, n. 2, p. 675-706, 2010. Disponível em <http://www.scielo.cl/scielo.php?pid=S0718-52002010000200020&script=sci_arttext>. Acesso em: 06 out. 2016.

SANTOS, Boaventura de Souza. *A Globalização e as Ciências Sociais*. 2. ed. São Paulo: Cortêz, 2002.

SANTOS, Boaventura de Souza. *Para uma revolução democrática da justiça*. 2. ed. São Paulo: Cortez, 2008.

SANTOS, Milton. *Por uma outra globalização: do pensamento único à consciência universal*. 6. ed. Rio de Janeiro: Record, 2001.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. Uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 12. ed. rev., atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

SARLET, Ingo Wolfgang. Dignidade Humana, mínimo existencial e jurisdição constitucional. In: ALEXY, Robert et al. (Org.). *Níveis de Efetivação dos Direitos Fundamentais Cíveis e Sociais: Um diálogo Brasil e Alemanha*. Joaçaba: Ed. Unoesc, 2013.

SCOTT, Paulo Henrique Rocha. *Direito Constitucional Econômico: Estado e normalização da economia*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2000.

SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Jurisdição e Execução na Tradição Romano-canônica*. 2. ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997;

SILVA, Virgílio Afonso da. *O proporcional e o razoável*. Revista dos tribunais 798, 2002.

STELZER, Joana. O Fenômeno da Transnacionalização da Dimensão Jurídica. In: CRUZ, Paulo Márcio; STELZER, Joana (Coord.) *Direito e Transnacionalidade*. 1. ed. 1. reimpr. Curitiba: Juruá, 2010.

STRECK, Lenio. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito*. 7. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

STRENGER, Irineu. *Direito Internacional Privado. Parte geral. Direito Civil internacional*. Direito comercial internacional. 4. ed. aum. e atual. São Paulo: LTr, 2000.

SUPREMO EM NÚMEROS. *Relatórios*. Disponível em: <<http://www.fgv.br/supremoemnumeros/publicacoes.html>>. Acesso em: 17 ago. 2016.

TEIXEIRA, Tarcisio. *Curso de direito e processo eletrônico*. Doutrina, jurisprudência e prática. 1. ed. 2. tir. São Paulo: Saraiva, 2013.

ALEXY, Robert. *Teoria Discursiva do Direito*. Organização, tradução e estudo introdutório Alexandre Travessoni Gomes trivisonno. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2014.

TUCCI, José Rogério Cruz e. *Tempo e Processo; uma análise empírica das repercussões do tempo na fenomenologia processual (civil e penal)*. São Paulo; RT, 1997.

WAMBIER, Luiz Rodrigues; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; MEDINA, José Miguel Garcia. *Breves Comentários à nova sistemática processual civil*. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

WATANABE, Kazuo. *Da cognição no processo civil*. 2. ed. Campinas: Bookseller, 2000.

WATANABE, Kazuo. *Participação e processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988.

WOLKMER, Antônio Carlos. *Elementos para uma crítica do Estado*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1990.

GLOSSÁRIO

Crise do Judiciário – Para o presente trabalho a crise do judiciário está relacionada à morosidade na entrega da prestação jurisdicional. Também denominada de crise processual.

Emenda Constitucional – Trata-se da possibilidade de alteração no texto constitucional pelo Poder Legislativo, conforme prevê a própria Constituição Federal de 1988 no art. 59, inciso I. “Manifestação do Poder Constituinte derivado que visa reformar, parcialmente, a Constituição. O Poder constituinte originário, ao criar a constituição, institui o Poder Constituinte derivado que tem por missão reformar, atualizar, periódica e parcialmente, o texto constitucional, mediante emendas.” (ACQUAVIVA, 2006, p. 334).

Jurisprudência – Orientação dos Tribunais, resultado do conjunto de decisões a respeito de casos semelhantes que podem ser observadas na interpretação e aplicação do direito. “É utilizada de forma ambígua, podendo significar (a) a ciência do direito, dogmática jurídica ou doutrina do direito; ainda, jurisprudência pode denotar (b) a interpretação do direito praticada no âmbito do Poder Judiciário, normalmente por tribunais superiores, as quais se tornam paradigmas para os casos semelhantes, de observação obrigatória ou não, dependendo do contexto.” (PEZZELLA; DE MARCO, 2012, p. 26).

“Demandas e litígios são solucionados caso por caso. À medida que os casos concretos se repetem, é natural que sentenças e acórdãos passem a consolidar uma orientação uniforme, de tal forma que se pode depreender, antecipadamente, e com segurança quase total, como decidirão os tribunais a respeito de casos que, a eles submetidos, encontram precedentes nas decisões anteriores. Essa uniformidade de decisões a respeito de um caso determinado se chama jurisprudência.” (ACQUAVIVA, 2006, p. 334).

Liberalismo – “Corrente de pensamento que se consolidou a partir das revoluções burguesas do século XVIII, caracterizada por defender as maiores cotas possíveis de liberdade individual frente ao Estado, que deve procurar ser neutro.” (CRUZ, 2001, p. 89).

Neoliberalismo – Corrente de pensamento decorrente do liberalismo, mas surgida no século XX e que prega a intervenção mínima do Estado na economia, a desregulamentação das relações com o mercado bem como um maior individualismo, por entender que aí está a fonte da liberdade, a partir da liberdade de iniciativa e de concorrência, prezando, ainda, pela proteção da propriedade privada e da garantia do cumprimento dos contratos.

Reforma processual – Termo utilizado no presente trabalho de pesquisa para se referir ao conjunto de medidas legais implementadas para alterar o conjunto de normas processuais no ordenamento jurídico brasileiro.

Repercussão geral – Requisito de admissibilidade de Recurso Extraordinário dirigido ao STF, estabelecido por comando constitucional, e que impõe a necessidade de observância sobre a repercussão que haverá sobre a coletividade em relação à matéria constitucional julgada pelo Supremo Tribunal Federal.

Sistema processual – Termo utilizado no presente trabalho de pesquisa para se referir ao ordenamento jurídico processual brasileiro.

Socialismo – “Corrente de pensamento dotada de uma infinidade de expressões ideológicas concretas que busca a igualdade entre os homens que, entre eles, são – ou deveriam ser – sócios e não adversários.” (CRUZ, 2001, p. 127).

Súmulas – Síntese de uma corrente jurisprudencial, tida como correta e que pode ser observada para interpretação e aplicação do direito (ALVIM NETO, 1988, p. 80).

Súmulas Vinculantes – Inscrição de um enunciado de competência do STF, a partir da *ratio decidendi* de precedentes – ou, excepcionalmente, de precedente – que versa uma mesma questão constitucional (MARINONI, 2011, p. 492), que deve ser observada por todos os Poderes de Estado e órgãos da administração pública, cuja inobservância é passível de reclamação ao Supremo Tribunal Federal.

Sobre o autor:

Jeison Francisco de Medeiros é Mestre em Direitos Fundamentais pela UNOESC de Chapecó/SC; Especialista em Direito Processual Civil pela Escola Superior da Advocacia e UnC – Universidade do Contestado de Curitiba/SC; Especialista em Direito Tributário pela UNOESC de Joaçaba/SC; Professor de Direito Processual Civil e Direito Tributário e ainda coordenador do Núcleo de Práticas Jurídicas da UnC – Universidade do Contestado de Curitiba/SC; Membro pesquisador do Grupo de Pesquisas em Direito processual Civil pela UnC - Universidade do Contestado de Curitiba/SC; Advogado e Bacharel em Direito pela UnC de Curitiba/SC; jeisonmedeiros@unc.br

