

**XXIV CONGRESSO NACIONAL DO  
CONPEDI - UFMG/FUMEC/DOM  
HELDER CÂMARA**

**TEORIAS DA JUSTIÇA, DA DECISÃO E DA  
ARGUMENTAÇÃO JURÍDICA**

**BERNARDO GONÇALVES ALFREDO FERRNANDES**

**ILTON GARCIA DA COSTA**

**VITOR BARTOLETTI SARTORI**

Todos os direitos reservados e protegidos.

Nenhuma parte deste livro poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

#### **Diretoria – Conpedi**

**Presidente** - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UFRN

**Vice-presidente Sul** - Prof. Dr. José Alcebíades de Oliveira Junior - UFRGS

**Vice-presidente Sudeste** - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM

**Vice-presidente Nordeste** - Profa. Dra. Gina Vidal Marcílio Pompeu - UNIFOR

**Vice-presidente Norte/Centro** - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes - IDP

**Secretário Executivo** - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC

**Secretário Adjunto** - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

#### **Conselho Fiscal**

Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG /PUC PR

Prof. Dr. Roberto Correia da Silva Gomes Caldas - PUC SP

Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini Sanches - UNINOVE

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS (suplente)

Prof. Dr. Paulo Roberto Lyrio Pimenta - UFBA (suplente)

**Representante Discente** - Mestrando Caio Augusto Souza Lara - UFMG (titular)

#### **Secretarias**

**Diretor de Informática** - Prof. Dr. Aires José Rover – UFSC

**Diretor de Relações com a Graduação** - Prof. Dr. Alexandre Walmott Borgs – UFU

**Diretor de Relações Internacionais** - Prof. Dr. Antonio Carlos Diniz Murta - FUMEC

**Diretora de Apoio Institucional** - Profa. Dra. Clerilei Aparecida Bier - UDESC

**Diretor de Educação Jurídica** - Prof. Dr. Eid Badr - UEA / ESBAM / OAB-AM

**Diretoras de Eventos** - Profa. Dra. Valesca Raizer Borges Moschen – UFES e Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - UNICURITIBA

**Diretor de Apoio Interinstitucional** - Prof. Dr. Vladimir Oliveira da Silveira – UNINOVE

---

T314

Teorias da justiça, da decisão e da argumentação jurídica [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UFMG/FUMEC/Dom Helder Câmara;

coordenadores: Bernardo Gonçalves Alfredo Ferrnandes, Ilton Garcia Da Costa, Vitor Bartoletti Sartori – Florianópolis: CONPEDI, 2015.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-135-7

Modo de acesso: [www.conpedi.org.br](http://www.conpedi.org.br) em publicações

Tema: DIREITO E POLÍTICA: da vulnerabilidade à sustentabilidade

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Brasil – Encontros. 2. Justiça. I. Congresso Nacional do CONPEDI - UFMG/FUMEC/Dom Helder Câmara (25. : 2015 : Belo Horizonte, MG).

CDU: 34



**XXIV CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI - UFMG/FUMEC  
/DOM HELDER CÂMARA**

**TEORIAS DA JUSTIÇA, DA DECISÃO E DA ARGUMENTAÇÃO JURÍDICA**

---

**Apresentação**

O presente livro aborda temas que, muito embora raramente tratados em conjunto, são de grande relevância na medida em que há possibilidade de uma análise que mostre certa confluência entre os mesmos. As temáticas que permeiam as distintas teorias da justiça, da decisão e da argumentação são muitas e, certamente, é possível tratá-las, até certo ponto, separadamente. No entanto, igualmente válido é observá-las em sua unidade. Temos em conta nesses termos, que um tratamento do Direito que deixe de problematizar a própria prática jurídica (bem como sua fundamentação) é, para dizer o mínimo, insuficiente. Neste sentido, pode-se considerar bastante proveitosa a posição segundo a qual, há uma unidade inseparável entre os textos que compõem o presente livro.

Justamente ao passar por uma grande variedade de temas e de autores, tem-se algo central à teoria do Direito contemporânea: a explicitação do fato segundo o qual qualquer abordagem jurídica envolve, ao mesmo tempo, a apreensão da especificidade do Direito e o modo pelo qual esta última relaciona-se com distintas esferas da sociabilidade, como a moral, a ética, a política, dentre muitas outras, as quais, de modos diversos, são tematizadas aqui.

Para que se ressalte algo, é bom trazer à tona um aspecto que não pode ser deixado de lado: é de conhecimento de todos aqueles que leram com o mínimo de atenção a obra de Hans Kelsen que sua Teoria pura do Direito não é uma teoria do Direito puro (embora seja necessário destacar que, por vezes, falte muita atenção na pesquisa jurídica realizada no Brasil). Por conseguinte, há de se perceber que mesmo um autor normativista, como Kelsen, que não tematiza a todo o momento acerca do processo decisório e da fundamentação das decisões judiciais, não fecha a porta de modo resolutivo à teorização acerca da maneira pela qual pode haver na prática jurídica, e não em uma teoria pura - uma relação necessária, por exemplo, entre o Direito e alguma posição moral, política, filosófica, etc, etc.

Ainda sobre o ponto, pode-se destacar que justamente o capítulo final da obra magna do autor abre um grande espaço para estas questões que, ao fim, aparecem quando se tem em conta a questão da interpretação, bem como de sua relação, a ser vista de um modo ou doutro, com a aplicação.

Certo é que interpretação e aplicação, a rigor, não podem ser retiradas de campo quando se aborda o Direito: tanto as codificações, quanto quaisquer espécies normativas, não dizem nada por si mesmas, não podendo haver uma fetichização do texto, como apontaram os mais diversos autores (muitos deles tratados por aqueles que contribuem para o presente volume).

Neste sentido, não pode deixar de ser interessante tratar dos temas aqui albergados em conjunto (mesmo que eles possam, como mencionamos, ser vistos separadamente também), sendo de bastante relevo para aqueles interessados na teoria do Direito e nas áreas a ela relacionadas a apreensão da especificidade, bem como da indissociabilidade, entre os diversos autores tratados neste volume.

É interessante que mesmo que se parta de Kelsen que pode ser visto como o maior autor do positivismo de cunho normativista, percebe-se que a questão da fundamentação, bem como da argumentação as quais remetem à problemática da justiça não podem ser tiradas de cena ao se tratar do Direito.

A questão, claro, ganha bastante destaque posteriormente ao debate entre Herbert Hart e Ronald Dworkin, tendo-se, com este debate, uma problematização explícita tanto das bases filosóficas da teoria do Direito quanto do modo pelo qual, ao final, haveria uma relação entre Direito e moral, seja ao modo de um conceito semântico de Direito em que se tematiza a relação entre a perspectiva interna e externa, como em Hart, seja com uma concepção decididamente hermenêutica como a de Dworkin.

Outra questão a se destacar é que, embora o debate metodológico tenha se passado permeando principalmente a teoria do Direito de talhe anglo-americano, ele influenciou todos aqueles que, posteriormente, trataram do Direito com seriedade. A teoria do Direito alemã, com Alexy principalmente, dentre outras coisas, procurou debater com a concepção de Dworkin acerca dos princípios, trazendo à tona, novamente, questões que remeteram à filosofia e à teoria do discurso.

Neste sentido, é bom que se tenha claro: aquilo a ser conhecido ao se ter em conta as teorias sobre o Direito ganha mais amplitude ainda, sendo necessário ao jurista, por exemplo, averiguar a qual teoria acerca da linguagem adere: Austin? Wittgenstein? Habermas? Apel? Algum outro? Também neste sentido, o modo pelo qual aparecem os diversos textos deste volume (em conjunto) não deixa de expressar a situação particular na qual os estudos sobre o Direito se encontram explicitando-se justamente que uma concepção tecnicista acerca do Direito não é mais possível. Mais ainda: uma concepção tecnicista sobre o Direito, justamente ao não abordar aquilo no que sua argumentação se embasa aceita,

inadvertidamente, posições não explicitamente tematizadas. E justamente a tematização disto parece ser essencial.

Ainda para que se remeta ao modo pelo qual amplia-se o estudo do Direito ao se ter em conta o panorama atual um autor como Roberto Gargarella não deixou de mostrar como uma análise entre a posição de Rawls e de Dworkin poderia ser central e, neste sentido também deve-se destacar que, ao se tratar da teoria do Direito, também se tem uma conexão estreita com a teoria da justiça (embora não só com ela, claro). Ou seja, justamente a conformação do debate em torno do Direito atual propicia uma aproximação entre teorias da justiça, da decisão e da argumentação e, nesses termos, o presente livro talvez possa contribuir, mesmo que de modo modesto.

Poderíamos enumerar vários outros modos pelos quais a questão se delineia no presente livro, apontando, por exemplo, a importância da teoria de Honneth na contemporaneidade, ou as questões ligadas às minorias, ao racismo, ao sexismo e transfobia; poderíamos ainda destacar a importância destas questões passando pelo modo, por vezes apressado, pelo qual elas aparecem nos tribunais superiores no Brasil. No entanto, havendo destacado o cenário geral, passamos a citar os textos aqui trazidos a lume.

O primeiro texto diz respeito a temática entre a Hermenêutica filosófica e a teoria da Argumentação jurídica. Esse tema vem sendo objeto de debate na doutrina brasileira nos últimos anos, entre aqueles que são adeptos da hermenêutica filosófica e entendem que as teorias da argumentação desprezam a hermenêutica, e aqueles adeptos da teoria da argumentação, que entendem que os hermeneutas dão muito peso a hermenêutica e desprezam as técnicas de argumentação que produziriam racionalidade e segurança no processo de decisão do Direito. O texto se intitula: OS JURISTAS SABEM DO QUE ESTÃO FALANDO OU FALAM SOBRE O QUE SABEM? UM DIÁLOGO ENTRE ARGUMENTAÇÃO JURÍDICA E HERMENÊUTICA FILOSÓFICA; O segundo texto aborda a situação dos refugiados numa interface com a obra de Hans Kelsen e é intitulado A ILUSÃO DA JUSTIÇA POR KELSEN; O terceiro busca trabalhar a questão da fundamentação das decisões e é intitulado ANÁLISE DA NECESSIDADE DE FUNDAMENTAÇÃO DAS DECISÕES JUDICIAIS SOB A PERSPECTIVA DO DISCURSO JURÍDICO; Já o quarto texto apresenta uma crítica ao art.489 do novo CPC e é intitulado de TEORIA DA ARGUMENTAÇÃO JURÍDICA E FUNDAMENTAÇÃO JUDICIAL NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL: INSUFICIÊNCIAS DO MÉTODO LÓGICO-DEDUTIVO E A PROPOSTA DE UMA RACIONALIDADE PRÁXIS; O quinto texto traz um estudo de Aristóteles, Kant e Sandel e é intitulado JUSTIÇA EM ARISTÓTELES, KANT E SANDEL: UM ESTUDO COMPARADO; O sexto texto trabalha

com Rawls e Dworkin tendo como base as teorias da justiça desses autores do liberalismo norte-americano e é intitulado A EQUIDADE EM UMA DEMOCRACIA: ANALISE COMPARATIVA ENTRE RAWLS E DWORKIN; O sétimo versa também sobre Dworkin, mas pela ótica da jurisdição constitucional e é intitulado CONTRIBUICOES DE RONALD DWORKIN A JURISDICAÇÃO CONSTITUCIONAL; O oitavo texto discute novamente a teoria da justiça pela ótica do embate entre o liberalismo e o comunitarismo e é intitulado IGUALDADE E DIFERENÇA: O CONCEITO DE JUSTIÇA NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO A PARTIR E ALÉM DO COMUNITARISMO E DO LIBERALISMO; O Nono texto volta a temática de Ronald Dworkin e a sua teoria da justiça a partir da ótica do planejamento e tem como título JUSTIÇA DISTRIBUTIVA DE RONALD DWORKIN E A OBRIGACÃO CONSTITUCIONAL DE PLANEJAR; O decimo texto trabalha com as teorias da justiça e é intitulado de LIBERALISMO, LIBERAL-IGUALITARISMO OU COMUNITARISMO?; O decimo primeiro ensaio trabalha a temática da relação entre a liberdade e a justiça, tendo como pano de fundo a perspectiva marxista, e é intitulado de LIBERDADE VERSUS JUSTIÇA SUBSTANTIVA: TEORIAS ACERCA DAS (DES)IGUALDADES E (NÃO)LIBERDADES NA VISÃO DE ROUSSEAU E MARX. TERA SIDO MARX INFLUENCIADO PELAS IDEIAS DE ROUSSEAU E ATÉ QUE PONTO?; O decimo segundo texto aborda a questão das normas de direito internacional na interface com a Corte Internacional de Justiça e é intitulado de NORMAS PROCESSUAIS E NORMAS SUBSTANTIVAS: A PRIMAZIA DAS NORMAS DE JUS COGENS E O ENTENDIMENTO DA CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA; O decimo terceiro texto trabalha a questão da fundamentação das decisões e é intitulado de O PRINCÍPIO DA FUNDAMENTAÇÃO DAS DECISÕES JUDICIAIS FRENTE A IDEOLOGIA DA TEORIA POLÍTICA; O decimo quarto ensaio versa sobre a perspectiva pragmatista na teoria da decisão e é intitulado de MODELO PRAGMATISTA DE DECISÃO NO DIREITO: DO MENTALISMO INSTRUMENTAL À INTERSUBJETIVIDADE COMUNICATIVA; O decimo quinto ensaio trabalhou a obra do professor Humberto Ávila pela ótica da interpretação do direito e é intitulado de OS POSTULADOS NORMATIVOS NA DOUTRINA DE HUMBERTO ÁVILA E SUA APLICAÇÃO NA INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL EM CASOS DIFÍCIS; O decimo sexto texto trabalha a obra do professor de Kiel Robert Alexy e é intitulado de RACIONALIDADE DADA DECISÃO JUDICIAL EM ROBERT ALEXY; O decimo sétimo ensaio trabalha a questão do pluralismo jurídico na teoria da decisão e é intitulado de AS FONTES PLURAIS DO DIREITO, A ATUAÇÃO DAS PARTES NO PROCESSO E A NECESSIDADE DE LEGITIMAÇÃO DA DECISÃO JURISDICCIONAL; O Decimo oitavo texto trabalha a obra do professor Axel Honneth e a crítica do mesmo as tradicionais teorias da justiça e é intitulado de AXEL HONNETH E A RECONSTRUÇÃO DA JUSTIÇA: UMA TENTATIVA DE SUPERACÃO DO PARADIGMA DA DISTRIBUIÇÃO; O decimo nono

texto trabalha a obra de Paul Ricoeur e é intitulado de A TEORIA DA JUSTICA NA CONCEPCAO DE PAUL RICOEUR EM FACE DA INTERGERACIONALIDADE DO IDOSO BRASILEIRO; O vigésimo texto desse livro aborda a obra de David Trubek e é intitulado de A TEORIA SOCIAL DO DIREITO NA CONCEPCAO DE DAVID M. TRUBEK; Logo em seguida temos o importante tema da justiça de transição abordado no texto DAS DIVERSAS FORMAS DE JUSTICA E DA JUSTICA DE TRANSICAO; O vigésimo segundo texto trabalha os precedentes da Corte Europeia de Direitos Humanos e é intitulado de OS PRECEDENTES DA CORTE EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS COMO INSTRUMENTO DE REFINAMENTO DAS NORMAS DE DIREITOS HUMANOS: DECISAO JUDICIAL E NORMA DE DIREITO FUNDAMENTAL ADSCRITA/DERIVADA; O próximo ensaio trabalhou a obra de Amartya Sen na interface com o processo civil e é intitulado A IDEIA DE JUSTICA EM AMARTYA SEN E A RAZOAVEL DURACAO DO PROCESSO; Novamente temos o professor Amartya Sen como marco teórico, agora no tocante a questão do gênero no texto A IDEIA DE JUSTICA DE AMARTYA SEN: UM ENFOQUE SOBRE A IGUALDADE DE GENERO; O vigésimo quinto texto trabalha os conflitos intergeracionais e é intitulado de MORTOS, VIVOS E NAO NASCIDOS: CONFLITOS INTERGERACIONAIS LIGADOS AO PROGRESSO E AO RETROCESSO NAS DEMANDAS CONSTITUCIONAIS; O vigésimo sexto texto apresentado envolve o intenso e atual debate europeu sobre o multiculturalismo e a xenofobia e é intitulado de MULTICULTURALISMO, TOLERANCIA E XENOFOBIA: UMA CRITICA DO RECENTE CONTEXTO EUROPEU; O vigésimo sétimo texto aborda a questão da transexualidade e é intitulado de JUSTICA?! O NOME, O SEXO E A LIBERDADE TRANS; O vigésimo oitavo ensaio volta a questão da transexualidade a partir da ótica das teorias do reconhecimento e é intitulado TRANSEXUALIDADE E TEORIA DO RECONHECIMENTO: DE UM MODELO PATOLOGIZANTE A UMA NOVA MANEIRA DE PENSAR ATRAVES DA CONTRIBUICAO TEORICA DE NANCY FRASER.

Os organizadores convidam a todos a lerem os textos, que como já externalizado, guardam uma interface entre as teorias: da justiça, da argumentação e da decisão.

## **A IDEIA DE JUSTIÇA EM AMARTYA SEN E A RAZOÁVEL DURAÇÃO DO PROCESSO**

### **THE IDEA OF JUSTICE IN AMARTYA SEN AND THE REASONABLE DURATION OF THE PROCESS**

**Cristiane Catarina Fagundes de Oliveira  
Sonia Beatriz da Silva Chamaniego**

#### **Resumo**

A pesquisa tem como objetivo compreender a ideia de justiça de Amartya Sen, estabelecendo os seus principais aspectos distintivos, analisando seus fundamentos em relação a algumas de ideias de John Rawls, e examinando as concepções de imparcialidade aberta, democracia e direitos humanos. Então, a pesquisa busca descrever o princípio da duração razoável do processo de acordo com o artigo 5º, inciso LXXIII da Constituição de 1988 de forma a perguntar se este princípio está de acordo com a ideia de justiça e quais as razões para se considerar justo o princípio da duração razoável do processo. A partir de um referencial teórico definido, a metodologia utilizada foi a revisão bibliográfica, com análise comparativa.

**Palavras-chave:** Justiça, Amartya sen, Razoável duração do processo

#### **Abstract/Resumen/Résumé**

The he research aims to understand the Amartya Sen's idea of justice, establishing its main distinguishing aspects, analyzing its fundamentals regarding some of John Rawls ideas, and examining the concepts of open impartiality, democracy and human rights. Then, the research intends to describe the principle of reasonable duration of the process in accordance with article 5th, LXXIII of the Constitution of 1988, in order to ask whether this principle is in line with the idea of justice and the reasons for considering fair the principle of reasonable duration of the process. From a defined theoretical reference, the methodology used was a literature review, with a comparative analysis.

**Keywords/Palabras-claves/Mots-clés:** Justice, Amartya sen, Reasonable duration of the process



## 1 INTRODUÇÃO

O problema central da pesquisa é se o princípio da duração razoável do processo, previsto no artigo 5º, inciso LXXIII, da Constituição de 1998 pode ser considerado justo, isto é, se atende a ideia de justiça, com base na noção de justiça de Amartya Sen e quais as razões que justificariam a justiça desse princípio constitucional. Dessa forma, o tema central da pesquisa é a compreensão da ideia de justiça de Amartya Sen, estabelecendo os seus principais aspectos distintivos, analisando seus fundamentos em relação a algumas de ideias de John Rawls, e examinando as concepções de imparcialidade aberta, democracia e direitos humanos.

O objetivo principal da pesquisa é, portanto, descrever o princípio da duração razoável do processo nos termos do artigo 5º, inciso LXXIII da Constituição de 1988, de forma a perguntar se este princípio está de acordo com a ideia de justiça. Ademais, apontar quais as razões para se considerar justo o princípio da duração razoável do processo.

A importância da pesquisa realizada reside especialmente no fato de que é possível justificar a necessidade da celeridade processual e a intervenção constitucional na área da duração processual, mesmo diante de uma ideia de justiça fundada na liberdade. De fato, a ideia de justiça de Amartya Sen é estruturada com base no valor moral substantivo da liberdade e é decisiva para a implementação e a avaliação da justiça nas sociedades contemporâneas. Nessa perspectiva, as pessoas têm as condições indispensáveis para o exercício das liberdades substantivas, a escolha de um conjunto de funcionamentos essenciais para o desenvolvimento das capacidades e, na condição de sujeito ativo, atuar em vista de uma estrutura social justa. Uma concepção de justiça que tem como referência o valor moral substantivo da liberdade, tem especial preocupação com a estabilidade e a legitimidade das sociedades, representadas, prioritariamente, no atendimento das necessidades humanas, nas relações entre as diferentes culturas, no princípio de sustentabilidade, nas relações internacionais e na opção e consolidação da estrutura democrática, sem a qual não se podem fundamentar as condições de igualdade e de justiça social. Amartya Sen identifica nas desigualdades do mundo contemporâneo os principais obstáculos ao desenvolvimento humano e social, que a globalização só fez acentuar. Examina então as contradições das diferentes correntes jurídicas em voga e investiga quais seriam os arranjos institucionais necessários para a realização da justiça perfeita – ainda que reconhecendo que se trata de uma utopia. Fazendo uma análise rigorosa do ponto de vista teórico, mas ao mesmo tempo atenta às necessidades das pessoas no

mundo real, Amartya Sen defende a importância de incorporar do conceito de equidade ao debate jurídico e à implementação de políticas públicas pelos governantes.

O debate, portanto, é atual e não está superado, diante dos fatores que influenciam a sociedade pós moderna na busca, cada vez mais acentuada, de soluções judiciais de conflitos que requerem soluções em tempo razoável. Neste contexto, a razoável duração do processo é examinada de acordo com a ideia de justiça de Amartya Sen, que estabelece alguns elementos para esta sua ideia de justiça, como liberdade, igualdade e felicidade. Desta forma, importante analisar se o direito a um processo em tempo razoável é um direito correspondente ao direito a um devido processo, justo e equitativo.

Por fim, ainda na justificativa da escolha do tema da justiça, refere-se que o ideal de justiça é o objetivo mais importante da organização social, presente nos diferentes estágios da história da humanidade. Sua fundamentação adquire maior vitalidade considerando as gritantes desigualdades que assolam as sociedades, caracterizadas pelo acelerado processo de globalização. Ao mesmo tempo, ocorre um aumento sem precedentes da produção de bens, da inovação tecnológica e da capacidade de comunicação. Essa contradição ameaça a legitimidade e a estabilidade social, política, econômica e cultural, sendo responsável, em muitas situações, pelo desequilíbrio das relações entre as pessoas e entre os países. O ordenamento social que prioriza o acesso aos bens, à maximização da liberdade individual e avalia o agir humano e a organização social pela sua utilidade é insuficiente para a equalização dos graves dilemas contemporâneos. Especificamente, as desigualdades simbolizadas na distribuição dos bens, nas limitadas formas de participação política, na utilização indiscriminada dos recursos disponíveis e na deficiência ou inexistência dos mecanismos e das instituições democráticas demonstram a fragilidade das estruturas sociais, da mesma forma que impedem as condições para a justiça. As diferenças, por sua vez, são características que integram a dinâmica da natureza, da ação humana e do funcionamento da sociedade. Estas, ao contrário das desigualdades, dinamizam e contribuem para a evolução de uma organização social equitativa. Desconsiderá-las representaria a opção por uma organização social linear, o que exclui o valor moral substantivo da liberdade, essencial para a construção da justiça.

O método de pesquisa utilizado é a revisão bibliográfica, a fim de responder ao problema de pesquisa proposto. Também se aponta como método, a análise comparativa da ideia de justiça de Amartya Sen aplicada ao princípio constitucional da duração razoável do processo.

## 2 A IDEIA DE JUSTIÇA EM AMARTYA SEN E ALGUNS FUNDAMENTOS EM JOHN RAWLS

A reflexão de Amartya Sen sobre a justiça segue algumas ideias traçadas por John Rawls, além da visão comum do papel do Estado para atingir um mínimo de justiça social, quando existem mecanismos de mercado suficientes. Veja-se que John Rawls e Amartya Sen são "liberais" ou liberais igualitários”, posição fora do pensamento anglo-saxão, conhecidos como "social-democracia”, que é precisamente o objetivo da teoria da justiça. Compartilham a convicção de que é possível usar a razão neste campo. Os requisitos de uma teoria da justiça, diz Amartya Sen,

incluem a razão colocada em jogo no diagnóstico de justiça e injustiça (...) os estudiosos da justiça em todo o mundo têm tentado fornecer a base intelectual para se deslocar de um sentimento geral de injustiça para com os indivíduos fundamentando diagnósticos de injustiça, e destes para a análise das formas de promover a justiça (SEN, 2011, p. 37).

Este é um ponto que Amartya Sen, como grande parte da filosofia moral anglo-saxão do nosso dia, é certamente grato a John Rawls, por seu trabalho representar o ponto de viragem, após o que, depois de décadas de domínio positivista a academia dos Estados Unidos chegou a reconhecer a validade da reflexão ética ou "regras". O ensaio de John Rawls 1958, "A justiça como equidade", lembra Amartya Sen: "Acendemos de uma maneira que seria muito difícil para descrever hoje. "Mas seria fundamentalmente a Teoria da Justiça", o livro inovador de John Rawls", que acaba de abrir um caminho para a reflexão avaliativa que seria mantida por muitos seguidores (SEN, 2011, p. 81).

Um ponto importante é que Amartya Sen leva mais em conta o contexto e a questão da justiça no âmbito internacional. Amartya Sen destaca:

Numa observação memorável em *Leviatã*, Thomas Hobbes notou que as vidas das pessoas eram “sórdidas, brutais e curtas”. Era um bom ponto de partida para uma teoria da justiça em 1651, e receio que ainda o seja para uma teoria da justiça na atualidade, visto que as vidas de inúmeras pessoas no mundo ainda têm exatamente essas características medonhas, apesar do grande progresso material de outras (SEN, 2011, p. 447).

A preocupação com a justiça social aproxima-se do ponto de vista da comunidade global, levando Amartya Sen a rejeitar o que ele chama de "institucionalismo transcendental" de John

Rawls e optar por uma abordagem "comparativa". Tanto o institucionalismo transcendental como o "comparatismo" se originaram, argumenta ele, no Iluminismo. Mas, enquanto a primeira abordagem, herdeira de uma tradição contratualista "remontada por Thomas Hobbes, recebeu contribuições substanciais de Locke, Rousseau e Kant" (SEN, 2011, p. 447), que está preocupado em "identificar mecanismos institucionais justos para a sociedade "e" chama a atenção para o que identifica como justiça perfeita, "(SEN, 2011, p. 37) A segunda abordagem, apoiada por autores tão diversos como Adam Smith, o Marquês de Condorcet, Jeremy Bentham, Mary Wollstonecraft, Karl Marx e John Stuart Mill, tenta executar, no entanto, as comparações parciais entre contratos já existentes ou que poderiam existir. Ao escolher a segunda abordagem, Amartya Sen se opõe ao que ela considera ser a corrente predominante na filosofia política dos nossos dias, é suficiente dizer, a posição daqueles que (como John Rawls) consideram que para ser capaz de julgar os efeitos dos problemas específicos da justiça, é necessário chegar a um acordo sobre o que consiste uma situação de justiça ideal (o que John Rawls chama de "teoria ideal de justiça"). Amartya Sen acredita, no entanto, que este exercício para identificar o que seria uma situação de justiça perfeita, não é suficiente nem necessário avaliar situações particulares. Para ilustrar a questão, nas palavras de Amartya Sen: "O fato de uma pessoa ver a Mona Lisa como a melhor pintura no mundo não revela que Pablo Picasso seja melhor em comparação com um Van Gogh" (SEN, 2011, p. 131). Também não é necessário, no sentido de que podemos resolver comparações específicas sem apelar para uma sociedade ideal como comparação.

No exercício de fazer juízos comparativos em qualquer campo, a avaliação relativa de duas alternativas em geral tende a ser um a questão entre elas, sem que haja necessidade de solicitar a ajuda de um a terceira alternativa ("irrelevante"). (...)Ao argumentarmos em favor da superioridade de um Van Gogh em relação a um Picasso, não precisamos nos enfurecer para identificar a pintura mais perfeita do mundo, a que superaria os Van Gogh e os Picasso e todas as outras pinturas do mundo (SEN, 2011, p. 132)

O julgamento de Amartya Sen é, no entanto, discutível. Poderíamos pensar que a descrição ideal de uma sociedade perfeita, não se limita a ser um exercício de imaginação, que tem como objetivo identificar os critérios que, em seguida, devem ser aplicados na avaliação de situações específicas. Talvez não seja necessário comparar entre um Picasso e Van Gogh, concordar que a pintura Mona Lisa é a mais perfeita do mundo, mas certamente devemos ser

claros sobre as razões que nos ajudam a escolher entre um ou outro. A definição da situação ideal seria a de esclarecer precisamente os princípios dos quais teremos de julgar as várias alternativas.

Ao contrário de John Rawls, ao descrever o senso de justiça como desejo afirmado pelos membros de uma sociedade como regulador de seu plano de vida (RAWLS, 2000, p.631), Amartya Sen considerou improvável que um acordo unânime sobre o que deve ser alcançado ser os princípios de justiça. Utilitaristas, igualitaristas econômicos e libertários muitas vezes têm opiniões diferentes sobre como resolver estas questões, de modo tal que poderia “não haver nenhum arranjo social identificável que seja perfeitamente justo e sobre surgiria um acordo imparcial” (SEN, 2011, p. 45). Isto não impede, no entanto, que as pessoas que concordam com princípios diferentes podem chegar a um acordo sobre a necessidade de combater as injustiças flagrantes. “Foi o diagnóstico da injustiça intolerável contida na escravidão que fez da abolição um a prioridade esmagadora, e isso não exigia a busca de um consenso sobre o que seria um a sociedade perfeitamente justa” (SEN, 2011, p. 52).

Assim, argumenta Amartya Sen:

Para o surgimento de um entendimento comum e útil de muitas questões de fundo sobre direitos e deveres (e também sobre erros e acertos), não há necessidade de insistir em que precisamos nos pôr em acordo sobre ordenações completas, ou partições completas e universalmente aceitas, do que é justo, estritamente separadas do que é injusto; por exemplo, uma resolução em comum de lutar pela abolição das fomes coletivas ou dos genocídios, do terrorismo, da escravidão, da “intocabilidade”, do analfabetismo ou das epidemias etc. não exige que haja um acordo igualmente extenso sobre as fórmulas apropriadas para direitos de herança, tabelas de imposto de renda, níveis do salário mínimo ou leis de direitos autorais (SEN, 2011, p. 175).

Esta necessidade de concordar apenas em essência torna-se mais urgente se levarmos em consideração que Amartya Sen está pensando em primeiro lugar no contexto internacional. Quais são esses critérios que as pessoas com tradições, culturas e Estados diferentes podem concordar? Amartya Sen não quer renunciar ao universalismo e posições críticas que desde o multiculturalismo, consideram impossível encontrar princípios comuns fora de um mesmo quadro cultural.

A compreensão e a reflexão normativa podem cruzar as fronteiras geográficas? Enquanto alguns são evidentemente tentados pela crença de que não podemos seguir uns aos outros para além das fronteiras de determinada comunidade ou país específico, ou além dos limites de uma cultura específica (uma tentação que foi alimentada sobretudo pela

popularidade de algumas versões de separatismo comunitário), não há nenhuma razão especial para supor que a comunicação interativa e o envolvimento público sejam buscados apenas no interior de tais fronteiras (ou dentro dos confins do mundo daqueles que podem ser vistos como “um povo”) (SEN, 2011, p. 181).

Mas a proposta de John Rawls parece excessiva. Sua preocupação é certamente digna de consideração, uma vez que pode ser discutido até que ponto os princípios de justiça que segundo John Rawls derivariam do contrato original podem ser requisitos para todos os países. Deve-se notar, contudo, que esta preocupação não é exclusiva de Amartya Sen, mas é compartilhada por muitos estudiosos dos Estados Unidos (o caso de Walzer) que, depois de ter pensado justiça em um único país, vem aumentando suas reflexões em dimensão internacional, talvez em parte por causa de uma crescente consciência imperial dos Estados Unidos que começa a se perguntar como organizar uma comunidade de nações, talvez em parte, pela crescente globalização (evidentemente as condições mudaram dramaticamente desde 1971, ano em que a Teoria da Justiça foi publicada).

O institucionalismo, de acordo com Amartya Sen, pressupõe uma visão contratualista. Para obter uma perspectiva sobre isso, nossas obrigações para com os outros são originárias do acordo que dá origem ao Estado. Não seria viável para ele falar de uma justiça global sem falar antes de um estado global. Mas Amartya Sen argumenta que existem obrigações para com aqueles que estão fora do estado (aqueles que estão fora do contrato), o institucionalismo deve ser descartado.

Esse tipo de discussão sobre a melhoria da justiça, em geral, e do alargamento da justiça global, em particular, pareceria mera “conversa fiada” para aqueles que estão convencidos, pela alegação hobbesiana — e rawlsiana —, de que necessitamos de um Estado soberano para aplicar os princípios de justiça através da escolha de um conjunto perfeito de instituições: (...).A justiça global perfeita, por meio de um conjunto de instituições impecavelmente justo, mesmo que tal coisa pudesse ser identificada, sem dúvida exigiria um Estado global soberano, e na ausência desse estado, as questões de justiça global pareceriam intratáveis aos transcendentalistas. Considere a vigorosa recusa da relevância da “ideia de justiça global” por um dos filósofos mais originais, influentes e humanos de nosso tempo, meu amigo Thomas Nagel (...) Em um artigo bastante envolvente, publicado na *Philosophy and Public Affairs*, em 2005 (...) afirma: " Parece-me muito difícil resistir à alegação de Hobbes sobre a relação entre a justiça e a soberania”, e, “se Hobbes estiver certo, a ideia de justiça global sem um governo mundial é um a quimera" (SEN, 2011, p. 56 -57).

Acredita-se que esta interpretação decorre de que Amartya Sen assumiu que o contratualismo só foi entendido a partir de uma perspectiva de Hobbes. Na verdade, para o autor de *Leviatã*, fora do âmbito do contrato rege um estado de natureza em que o homem é lobo do homem. Amartya Sen acredita que "a ideia de que um exercício global de contrato social para toda a população mundial" é "profundamente irrealista, agora ou no futuro previsível" (SEN, 2011, p. 170). Portanto, na ideia de justiça de Amartya Sen, há elementos em comum com John Rawls, mas nesse aspecto da possibilidade de uma ideia inequívoca, percebe-se a divergência de entendimentos.

Por fim, na medida em que

Na medida em que Sen defende que a justiça de um ato deve ser medida em termos de sua capacidade de promover as liberdades, o resultado é uma identificação entre Justiça e Desenvolvimento.

### **3 IMPARCIALIDADE ABERTA**

Interessado nas relações de justiça no âmbito internacional, Amartya Sen rejeita o "institucionalismo transcendental". Ele acredita que nesta abordagem, os princípios da justiça são uma criação do pacto, originado da comunidade política, limita a eficácia no Estado, impedindo de prosseguir o diálogo entre diferentes povos a respeito.

É a estrutura contratualista da "justiça como equidade" que faz com que John Rawls limite as deliberações na posição original para um grupo politicamente segregado cujos membros "nasceram na sociedade em que levam suas vidas". Não só não existe aqui nenhuma barreira processual contra a suscetibilidade aos preconceitos locais, como não existe uma maneira sistemática de abrir aí reflexões na posição original aos olhos da humanidade (SEN, 2011, p. 156).

Portanto, em vez da visão contratualista, Amartya Sen passa a "ampliar a discussão para evitar paroquialismo de valores", com a ideia de "espectador imparcial" delineado por Adam Smith (SEN, 2011, p. 74). A ideia básica de Smith, explica Amartya Sen, "é expressa com concisão por Smith, na teoria dos sentimentos morais, como a exigência, ao julgarmos a própria conduta, de "examiná-la do modo como imaginamos que um espectador imparcial a examinaria"

(SEN, 2011, p. 154). Smith salienta a necessidade "para invocar uma ampla variedade de opiniões e pontos de vista com base em diversas experiências próximas e distantes, em vez de se contentar com encontros (...) com outros que vivem no mesmo ambiente cultural e social, e o mesmo tipo de experiências, preconceitos e crenças sobre o que é razoável e o que não é" (SEN, 2011, p. 74).

Existiria, portanto, uma clara dicotomia:

[...] entre a abordagem smithiana do "espectador imparcial" e a abordagem contratualista, da qual a "justiça como equidade" rawlsiana é uma eminente aplicação. A necessidade de invocar como as coisas pareceriam para "qualquer outro espectador justo e imparcial" é uma exigência que pode incluir juízos feitos por pessoas desinteressadas de outras sociedades também — distantes e próximas. Por outro lado, o caráter institucionalmente construtivo do sistema rawlsiano restringe a extensão na qual as perspectivas dos "outsiders" podem ser acomodadas dentro do exercício de avaliação imparcial (SEN, 2011, p. 154).

Obviamente, esta abordagem parece adequar-se mais aos interesses de um autor como Amartya Sen que, apesar de herdeiro reconhecido das ideias do iluminismo europeu, é de interesse especial (provavelmente porque ele nasceu na Índia), para não calar as vozes que podem vir de outras tradições. Deve ainda:

considerar a necessidade de ir além das vozes de países com os sucessos econômicos recentes (incluindo, por razões diferentes, China, Brasil, Índia e outros), que falam mais alto, mas muitas vezes não representam as preocupações e opiniões das pessoas em países com menor sucesso econômico incluindo quase todos os países Africanos e muitos latino-americanos (SEN, 2011, p. 442).

Além disso, há também uma necessidade, ele diz, "ir além das vozes de governos (...) para pagar a atenção para as sociedades civis e as pessoas mais fracas em diferentes países do mundo." (SEN, 2011, p. 442). Isso pode ser útil até mesmo para países desenvolvidos (Amartya Sen dá o exemplo da pena de morte, aceitos na China e nos Estados Unidos). As ações de um país podem afetar seriamente outras vidas em outros países. Isso não se deve apenas ao uso da força armada (como na invasão do Iraque, em 2003), mas também a influência direta e indireta do comércio. Nós não vivemos em casulos isolados. E se as instituições e políticas de um país influenciam as vidas de outras pessoas em outros países, não deve as vozes das pessoas afetadas ter que determinar o que é certo e errado na organização de uma sociedade e produzir efeitos profundos, diretos e indiretos, nas de outras sociedades? (SEN, 2011, p. 159).



No entanto, embora Amartya Sen rejeite a proposta de John Rawls para desenvolver um esboço de sociedade ideal (acordo transcendental único), no entanto usa o esquema de uma Teoria da Justiça para apresentar suas ideias (com algumas variações). John Rawls propõe que, em sua opinião, constituem a estrutura básica de uma sociedade justa, partindo do princípio da justiça (o que seria que as partes concordam com o contrato original hipotético), princípios que, no entanto, são uma justificativa abstrata de interpretação "liberal" da Constituição dos Estados Unidos.

#### **4 DEMOCRACIA E DIREITOS HUMANOS**

Amartya Sen define a democracia como "governo pela discussão".

Há, naturalmente, a visão mais antiga e mais formal da democracia que caracteriza principalmente com relação às eleições e à votação secreta, em vez da perspectiva mais ampla do governo por meio do debate. Contudo, na filosofia política contemporânea, a compreensão da democracia ampliou-se enormemente, de modo que já não seja vista apenas com relação às demandas por exercício universal do voto secreto, mas, de maneira muito mais aberta, com relação àquilo que John Rawls chama de "exercício da razão pública". Na verdade, uma grande mudança na compreensão da democracia tem sido provocada pelas obras de John Rawls e Habermas e por uma vasta literatura recente sobre esse assunto (SEN, 2011, p. 354).

Esta abordagem permite compreender, em primeiro lugar, àqueles que se opõem a ela como um fenômeno estritamente Ocidental e consideram, portanto, um ideal universal.

A fim de compreendermos as raízes da democracia no mundo, temos de nos interessar pela história da participação popular e da razão pública em diferentes regiões e países. Temos de ultrapassar a idéia da democracia apenas com relação à evolução européia e americana. Se virmos a democracia como um a espécie de produto cultural próprio do Ocidente, fracassaremos em compreender as pervasivas exigências da vida participativa, das quais Aristóteles falava com extenso discernimento (SEN, 2011, p. 356).

A "deliberação aberta - Amartya Sen assegura - também floresceu em várias outras civilizações antigas" (SEN, 2011, p. 365). Por exemplo, na Índia, e também no Islã. "Nos reinos muçulmanos centralizados no Cairo, Bagdá, Istambul, ou no Irã, Índia e até mesmo na Espanha, havia muitos defensores da discussão pública" (SEN, 2011, p. 364). Esta tradição não só legitima

os que lutam pela democracia nos países árabes, mas também levanta esperanças no domínio das relações entre árabes e judeus. Embora existam atualmente no mundo muitos exemplos de conflitos entre muçulmanos e judeus, “o domínio muçulmano no mundo árabe e medieval na Espanha tem uma longa história de integração de judeus como membros tutelados pela comunidade social e cujas liberdades — e às vezes suas posições de liderança — foram respeitadas” (SEN, 2011, p. 364).

Definir a democracia como governo pela discussão autoriza Amartya Sen a projetar suas consequências, mesmo sem a existência de um estado mundial, para a comunidade internacional. A existência de "razão pública" é um diálogo que é realizado não só entre as comunidades do estado.

No mundo de hoje, o diálogo global, que é de vital importância para a justiça global, ocorre não apenas através de instituições como as Nações Unidas ou a OMC, mas muito mais amplamente através da mídia, da agitação política, do trabalho empenhado de organizações de cidadãos e muitas ONGS, e através do trabalho social que recorre não somente às identidades nacionais, mas também a outras características comuns, como os movimentos sindicais, as operações cooperativas, as campanhas de direitos humanos ou atividades feministas. (...). Além disso, precisamente no momento em que o mundo está envolvido em discussões sobre formas e meios de impedir o terrorismo através das fronteiras (e nos debates sobre as raízes do terrorismo global), e também sobre como as crises econômicas globais, que estão afligindo as vidas de milhões de pessoas em todo o mundo, podem ser superadas, é difícil aceitar que nós simplesmente não podemos compreender uns aos outros além das fronteiras de nossa comunidade política (SEN, 2011, p. 182).

A preocupação de Amartya Sen com o desenvolvimento social pode ser vista, ao contrário de John Rawls, para quem a democracia como forma de governo é legítima, porque é um sistema capaz de proteger as liberdades civis. Amartya Sen acredita que uma das razões para defender esta forma de governo é a sua capacidade para garantir uma maior igualdade social.

No sentido de que a justiça de um ato deve ser medida em termos de sua capacidade de promover as liberdades, é possível afirmar, como COSTA E CARVALHO (2012) que o resultado para Amartya Sen é uma identificação entre Justiça e Desenvolvimento. Nesse sentido seria importante complementar a ideia de justiça exatamente com as relações entre desenvolvimento e liberdade (SEN: 2000).

## **5 A RAZOÁVEL DURAÇÃO DO PROCESSO**

O princípio da duração razoável do processo como direito fundamental inequívoco após o advento da Emenda Constitucional 45/2004. Desta forma, o princípio já se encontrava expressamente no ordenamento jurídico brasileiro como direito fundamental por força do parágrafo segundo do art. 5º da Constituição de 1988, que acolhe os direitos fundamentais consagrados em tratados internacionais que o Brasil fizer parte (NICOLITT, 2006, p.19). Em outros termos, a previsão derivada da combinação do art. 5º, §2º, com os artigos 9 e 14 do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, sem olvidar o Pacto de São José da Costa Rica, que ingressou no Brasil em 1992. Todavia, com a sua adoção expressa pela Constituição de 1988, não resta dúvida sobre o relevo e realce que ganhou, significando um verdadeiro convite ou exigência constitucional à comunidade jurídica, a fim de dar efetividade ao princípio.

A duração razoável do processo, deve ser considerada direito fundamental. Nesse sentido é que Steinmetz (2004, p.78) relaciona objetivamente os direitos fundamentais ao Estado de Direito: (i) os direitos fundamentais são limites ao poder do Estado, (ii) o Estado limitado e controlado é o Estado de Direito, (iii) os direitos fundamentais são tutelados ex lege e não ex Constitutione, (iv) os direitos fundamentais vinculam a Administração Pública por meio do princípio da legalidade e o Poder Judiciário por meio do dever de interpretação e aplicação da lei, e (v) o Estado de Direito é um “Estado Legislativo de Direito”, porque o Poder Legislativo não está vinculado juridicamente à Constituição e, por consequência, aos direitos fundamentais”.

Na mesma linha Sarlet (2005, p. 72) refere a íntima vinculação entre as noções de Estado de Direito, Constituição e direitos fundamentais e considera os direitos fundamentais sob o aspecto de “concretizações do princípio da dignidade da pessoa humana, bem como dos valores da igualdade, liberdade e justiça, constituem condição de existência e medida da legitimidade de um autêntico Estado Democrático e Social de Direito”. Daí se percebe a relevância dos direitos fundamentais de acesso à justiça e de duração razoável do processo.

O significado da duração razoável do processo não está em um direito a processo rápido, pois a ideia de processo já exclui a noção de resultado imediato. Ao contrário, Bulos (2009, p.591) define que “Pelo princípio da duração razoável do processo, as autoridades jurisdicionais (processo judicial) e administrativas (processo administrativo) devem exercer suas atribuições com rapidez, presteza e segurança, sem tecnicismos exagerados, ou demoras injustificáveis, viabilizando, a curto prazo, a solução dos conflitos”.

Nesse sentido a ideia em Mitidiero et al., (2012, p. 678-9): “O que a Constituição determina é a eliminação do tempo patológico – a desproporcionalidade entre duração do processo e a complexidade do debate da causa que nele tem lugar. Nesse sentido, a expressão processo sem dilações indevidas, utilizada pela Constituição espanhola (art. 24, segunda parte), é assaz expressiva. O direito ao processo justo implica sua duração em tempo justo”. A duração razoável do processo não é, portanto, conceito absoluto, mas a ser aferido nas circunstâncias específicas dos casos. E por essa razão a duração do processo não deve ser classificada como um conceito estático, mas sim dinâmico, a depender do caso concreto, pois é evidente que situações mais complexas corresponderão a processos mais demorados, ao passo que casos mais simples, serão resolvidos em menos tempo. Cabe ressaltar que celeridade demais em muitos casos pode até implicar injustiça, pois a ânsia de resolver o assunto com rapidez pode resultar em trabalho mal feito, em análise inadequada.

Ademais, o direito à razoável duração do processo, da maneira como vem expresso na Constituição de 1988, não apresenta sanções a seu descumprimento. Em verdade, é comando direcionado ao legislador que deve produzir normas destinadas a otimizar e promover a celeridade dos processos, bem como ao administrador, no sentido de que suas técnicas de gestão conduzam a decisões de qualidade no menor tempo possível e ao juiz no sentido de que preste a tutela jurisdicional em espaço de tempo razoável, pois a duração razoável do processo gera confiança por parte da sociedade na eficácia da ordem jurídica (DANTAS, 2012).

Refira-se ainda que o direito à duração razoável do processo exige prestações positivas do legislador, do administrador e do juiz, devendo o Estado dar tempestividade à tutela jurisdicional conforme Marinoni (2009). Nesse contexto, passa-se a analisar o legislador como destinatário do direito ao fundamental ao processo justo, em seu dever de proteção normativa. Mitidiero et al. (2012, p.678-9) apontam que o direito fundamental à duração razoável do processo vincula o legislador no sentido de que ele deve viabilizar técnicas processuais que permitam a prestação tempestiva da tutela jurisdicional, normas que reprimam comportamentos atentatórios à duração razoável, e deve estabelecer a previsão de responsabilidade civil do Estado pelo descumprimento do referido direito fundamental. Neste sentido, Marinoni (2009) assevera que o legislador é obrigado a dar proteção normativa à duração razoável do processo em três dimensões, (a) devendo editar normas com o fim de regular a prática dos atos processuais em prazo razoável, estabelecer prazos que realmente permitam a prática dos atos processuais e fixar sanções

preclusivas diante da não observância dos prazos; (b) devendo "dar às partes meios de controle das decisões judiciais que violem as normas processuais destinadas a dar proteção ao direito fundamental à duração razoável, assim como formas de controle das decisões que, sem atentar contra regras infraconstitucionais, neguem diretamente o direito fundamental à duração razoável"; e (c) devendo "instituir meios processuais capazes de permitir o exercício da pretensão à tutela ressarcitória contra o Estado".

De tudo, percebe-se que o acesso à justiça e a duração razoável do processo devem ser considerados como direitos fundamentais, ligados à noção de Estado Democrático de Direito, que devem ser concretizados pelo Estado por meio das normas jurídicas dirigidas aos Poderes de Estado. Não há como, na vigência da Constituição de 1988, negar aplicação do acesso à justiça e da duração razoável do processo aos cidadãos.

A duração razoável do processo, pressuposto do acesso à justiça, consagrado em documentos internacionais, sendo o principal a carta internacional de Direitos Humanos, conjunto dos instrumentos por: Declaração Universal de Direitos Humanos, Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos e Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, aprovados pela ONU. O Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos consagra o direito a um processo justo, bem como a garantia de um julgamento em um tempo razoável (NICOLITT, 2014, p.25-26).

No Brasil, somente a Constituição de 1988 trouxe a lume a consagração do princípio da duração razoável do processo em seu art.5º, LXXVIII, importante passo na consolidação dos direitos fundamentais (NICOLITT, 2014, p.37).

A questão do tempo no processo filia-se a ideia de justiça, tanto do ponto de vista positivo quanto negativo. Miguel Reale Jr. adverte “que não há nada pior que a injustiça célere, que é a pior forma de negação de justiça e, por outro lado, o excesso de tempo na prestação jurisdicional traduz-se em verdadeira sonegação de justiça”, no dizer de Rui Barbosa. Essa dualidade envolvendo celeridade excessiva x morosidade excessiva pode se traduzir em injustiça, razão pela qual a razoável duração do processo deve situar-se no meio termo, corolário lógico do devido processo legal, não podendo se descuidar da segurança jurídica. A segurança jurídica é importante à medida que proporciona paz e equilíbrio à sociedade em um estado democrático de direito (NICOLITT, 2014, p. 29).

Para a definição de qual seria a duração normal de um processo, não há que se duvidar da dificuldade de fixar uma regra absoluta e específica, determinante da violação ao direito à tutela jurisdicional dentro de um prazo razoável. Os critérios que a Corte Europeia analisam para considerar e avaliar a razoabilidade da duração nos processos, assim como em países que possuem este direito em suas Constituições, têm sido: a) as circunstâncias particulares de cada caso concreto, e mais especificamente, a complexidade do litígio no que concerne aos seus feitos ou aos seus fundamentos jurídicos; b) as condutas das partes; c) a conduta das autoridades competentes, sejam elas administrativas ou judiciais; d) a atividade do advogado do processo. Soma-se a tais características, a natureza da demanda, bem com a sua complexidade, diretamente ligadas ao tempo da prestação jurisdicional. Da mesma forma, as partes podem contribuir para a protelação do feito, através da interposição de recursos, requerimentos de perícias desnecessárias, bem como falta de cumprimento dos prazos processuais.

Faz parte de uma sociedade que convive com o estado democrático de direito, as condições de vida do seu povo, os valores morais, a ideia de liberdade e de oportunidade, são capazes de proporcionar equilíbrio na organização social. Por outro lado, o desequilíbrio desses fatores também é capaz de desestruturar a organização da sociedade.

Sociedades com alto desenvolvimento econômico medido por indicadores como o Produto Interno Bruto (PIB) e Índice de Desenvolvimento Humano (IDH) (SEN, 2014, p. 259) podem ter um judiciário com processos tramitando em desconformidade ao princípio ora em estudo, porque as condições econômicas não são determinantes ou exclusivas, segundo Amartya Sen, para que se tenha um processo com duração razoável. Exemplo disso é a possibilidade de acesso ao judiciário, que é mais frágil ou menos acessível aos menos abastados, em sociedades que apresentam considerável desigualdade econômica entre seus componentes. Outro elemento que cabe relevo no presente estudo é a ideia de liberdade.

A ideia de liberdade para Amartya Sen é diferente para cada povo e depende da cultura e dos valores éticos e morais de cada sociedade. Para exemplificar menciona-se a diferença entre os orientais e os ocidentais quando se estuda a forma como tais povos valorizam a liberdade. Para os orientais a liberdade é vista de um modo mais restrito do que para os ocidentais (SEN, 2014, p. 262).

O anseio por justiça é o eterno anseio do homem por felicidade. É tão elementar e está tão profundamente enraizado no coração do homem, por constituir-se em desejo de uma felicidade

subjetiva. Podemos assim afirmar que a busca por justiça é o desejo do ser humano por felicidade. Não podendo encontrá-la como indivíduo isolado, procura essa felicidade dentro de uma sociedade. Justiça é felicidade social, é a felicidade garantida por uma ordem social.

A liberdade é o instrumento para que os indivíduos possam buscar seus objetivos, independentemente da forma ou do processo pelo qual ela se concretiza, ou seja, independe dos aspectos de oportunidade e de processo, o indivíduo tem a oportunidade maior ou menor de desfrutá-la, dependendo da situação em concreto que se encontra (SEN, 2014, p. 262). A busca dos objetivos do ser humano em geral pode envolver a necessidade de recorrer ao judiciário, o que tem relação ou dependência direta com o princípio da razoável duração do processo. A liberdade, os objetivos e a capacidade do indivíduo podem ser diretamente influenciados pela tramitação processual.

Podemos assim estabelecer um paralelo em relação a razoável duração do processo com o exemplo dado por Amartya Sen em seu livro *A Ideia de Justiça*, quando menciona as opções A, B e C do personagem Kim, que resolve ficar em casa em um domingo qualquer. No cenário B, Kim é retirado a força de sua casa e jogado em uma valeta, o que afeta sobremaneira a sua liberdade: Kim não pode fazer o que gostaria e sua liberdade de decidir por si mesmo também desaparece, o que resulta em violações no aspecto de oportunidade de sua liberdade e no aspecto de processo, já que não pode decidir sozinho o que fazer.

O direito fundamental da razoável duração do processo, quando se pensa no seio da coletividade, do interesse público, trata-se de uma fundamentação objetiva de norma consagradora da vivência comunitária. A perspectiva objetiva alude a elementos fundamentais da comunidade. Esta dimensão dos direitos fundamentais confere valores ao ordenamento sendo essa noção a responsável pela mais valia jurídica, reconhecendo efeitos jurídicos autônomos, para além da dimensão subjetiva. A dimensão objetiva impõe constantemente a obrigação de concretização dos direitos fundamentais pelo Estado. A perspectiva objetivo valorativa dos direitos, denominado de eficácia dirigente, gera obrigação de respeito e efetivação pelos órgãos estatais. Neste contexto, pode-se afirmar que os direitos fundamentais contêm uma ordem dirigida ao Estado para incumbir a obrigação permanente de concretização e realização dos direitos fundamentais.

Portanto, evolução dogmática a respeito da dimensão objetiva do direito fundamental à razoável duração do processo está atrelada, no plano ideológico, à superação do indivíduo liberal

e à ascensão do Estado Social, refletindo o entendimento de que os direitos fundamentais são os pressupostos elementares de uma vida humana livre e digna, tanto para o indivíduo como para sociedade. O indivíduo só é livre e digno numa comunidade livre; a comunidade só é livre se for composta por homens livres e dignos.

## **6 CONCLUSÃO**

Em uma conclusão inicial, percebeu-se que a reflexão sobre o ideal de justiça é um tema permanente nas diferentes esferas da organização das sociedades. O aprofundamento dessa temática adquire especial relevância considerando a necessidade de, constantemente, reafirmar o seu valor em face da dinâmica que caracteriza as relações sociais, em permanente transformação.

Tendo em vista que o problema central da pesquisa foi se o princípio da duração razoável do processo, previsto no artigo 5º, inciso LXXIII, da Constituição de 1998 poderia ser considerado justo, segundo a ideia de justiça de Amartya Sen, é possível concluir que, de fato, está adequado à ideia de justiça exposta.

O objetivo inicial foi de compreender a ideia de justiça de Amartya Sen, estabelecendo os seus principais aspectos distintivos, analisando seus fundamentos em relação a algumas de ideias de John Rawls, e examinando as concepções de imparcialidade aberta, democracia e direitos humanos. A partir disso, foi possível afirmar que a realização do ideal de justiça é um compromisso permanente das sociedades e a sua razão de existir, o que justifica os esforços para a sua viabilidade. Nesse objetivo se expressa a sua identidade política, que destaca, entre os aspectos mais importantes, como os seus membros concebem a existência e o funcionamento das instituições, as diferentes formas de participação, o exercício das liberdades e outras, a distribuição da renda e da riqueza, a identificação com a democracia, a opção pelo compromisso com o desenvolvimento sustentável e com as condições de existência das futuras gerações. Essa dimensão demonstra a maneira como os membros da sociedade veem a estrutura social e como nela se situam na condição de sujeitos ativos.

O princípio da razoável duração do processo é justo porque uma sociedade justa está comprometida com o valor moral substantivo da liberdade, com a efetivação da democracia como o sistema de organização das relações sociais, com o desenvolvimento sustentável, com a preservação e integração das culturas, o ordenamento seguro do ponto de vista moral, legal e



político das relações internacionais e com a diminuição dos níveis de desigualdade que ameaçam a estabilidade e a legitimidade moral de uma sociedade. Nesse sentido é que a razoável duração do processo está adequada à ideia de justiça de Amartya Sen, pois percebe-se que o direito a um processo em tempo razoável é um direito correspondente ao direito a um devido processo, justo e equitativo.

## REFERÊNCIAS

COSTA, Alexandre Araújo; CARVALHO, Alexandre Douglas Zaidan de. Amartya Sen - A ideia de Justiça. **Revista Brasileira de Ciência Política**. Brasília, no. 8, May/Aug. 2012. Disponível em [http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0103-33522012000200011](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-33522012000200011)

Acessado em 17 ago 2015.

DANTAS, Rosalliny Pinheiro. **O direito fundamental à razoável duração do processo**. Conteúdo Jurídico, Brasília-DF: 10 out. 2012. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.39924&seo=1>>. Acesso em: 15 ago. 2015.

INSTITUTO HUMANITAS UNISINOS. A ideia de justiça em Amartya Sen. Disponível em <http://www.ihu.unisinos.br/noticias/noticias-anteriores/30280-a-ideia-de-justica-de-amartya-sen>

Acessado em Acessado em 17 ago 2015.

MARINONI, Luiz Guilherme. Direito fundamental à duração razoável do processo. **Revista Jurídica**, n. 379, p. 12-13, 2009.

MITIDIERO, Daniel; MARINONI, Luiz Guilherme; SARLET, Ingo Wolfgang. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.

NICOLITT, André Luiz. **A duração razoável do processo**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2006.

\_\_\_\_\_. **A Duração Razoável do Processo**. 2ª ed. rev. atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

OLIVEIRA, Mário Nogueira de. Amartya Sen e as sociedades mais justas como ideia e realidade. **Revista Fundamento**. Vol 1 n. 05. Disponível em: <http://www.revistafundamento.ufop.br/Volume1/n5/vol1n5-1.pdf> Acessado em 17 ago 2015.

RAWLS, John. **Uma Teoria da Justiça**. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. 5 ed.. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

SEN, Amartya. **A ideia de Justiça**. Tradução: Denise Bottmann, Ricardo Doninelli Mendes. São Paulo: Companhia das Letras, 2011.

SEM, Amartya. **Desenvolvimento como Liberdade**. São Paulo: Companhia das Letras, 2000.

STEINMETZ, Wilson. **A Vinculação dos Particulares a Direitos Fundamentais**. Editora Malheiros: São Paulo, 2004.