

FUNDAÇÃO DE ENSINO “EURÍPIDES SOARES DA ROCHA”  
CENTRO UNIVERSITÁRIO “EURÍPIDES DE MARÍLIA” – UNIVEM  
CURSO DE DIREITO

**TIAGO CLEMENTE SOUZA**

**EPISTEMOLOGIA DO PROCESSO DE CONHECIMENTO**

MARÍLIA  
2010

TIAGO CLEMENTE SOUZA

EPISTEMOLOGIA DO PROCESSO DE CONHECIMENTO

Trabalho de Curso apresentado ao Curso de Direito da Fundação de Ensino “Eurípides Soares da Rocha”, mantenedora do Centro Universitário Eurípides de Marília – UNIVEM, como requisito parcial para obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Orientador:  
Prof. Luciano Henrique Diniz Ramires

MARÍLIA  
2010

Souza, Tiago Clemente

Epistemologia do Processo de Conhecimento / Tiago Clemente Souza; orientador: Luciano Henrique Diniz Ramires Marília, SP: [s.n.], 2010.  
56 f.

Trabalho de Curso (Graduação em Direito) – Curso de Direito, Fundação de Ensino “Eurípides Soares da Rocha”, mantenedora do Centro Universitário Eurípides de Marília – UNIVEM, Marília, 2010.

1. Ideologia 2. Ação e Demanda 3. Efetividade da Tutela

CDD: 341.46226



FUNDAÇÃO DE ENSINO "EURÍPIDES SOARES DA ROCHA"

MANTENEDORA DO CENTRO UNIVERSITÁRIO EURÍPIDES DE MARÍLIA – UNIVEM

Curso de Direito

**Tiago Clemente Souza**

RA: 36669-2

**EPISTEMOLOGIA DO PROCESSO DE CONHECIMENTO**

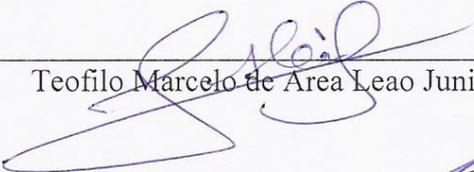
Banca examinadora do Trabalho de Conclusão de Curso apresentada ao Programa de Graduação em Direito da UNIVEM, F.E.E.S.R, para obtenção do Título de Bacharel em Direito.

**Nota:** 10,0

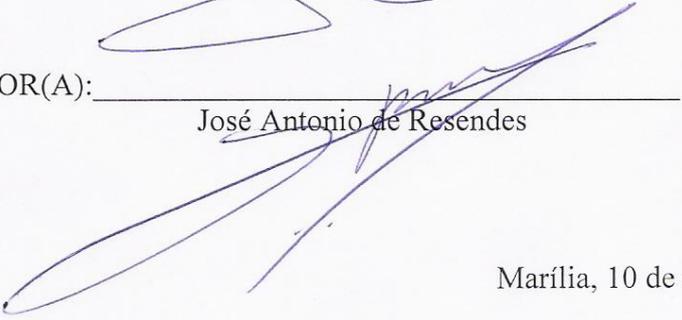
**ORIENTADOR(A):** \_\_\_\_\_

  
Luciano Henrique Diniz Ramires

**1º EXAMINADOR(A):** \_\_\_\_\_

  
Teofilo Marcelo de Area Leao Junior

**2º EXAMINADOR(A):** \_\_\_\_\_

  
José Antonio de Resendes

Marília, 10 de novembro de 2010.

*A Deus, que, ao abençoar-me com o dom da vida, nela vem se fazendo constantemente presente, indicando-me o caminho do bem e do amor na conquista de todos os meus sonhos;*

*Ao meu pai Reinaldo e à minha mãe Cleonice, pelo amor, carinho e dedicação que me dispensaram desde a concepção, responsáveis por minha formação educacional e moral, sem a qual, nada eu teria conquistado nesta vida;*

*Aos meus irmãos, Eduardo e Júnior por estarem ao meu lado em todos os momentos importantes da minha vida.*

## AGRADECIMENTOS

Agradeço a todos os meus amigos que estiveram sempre ao meu lado manifestando gestos de apoio, carinho e estímulo, fontes inspiradoras para a conclusão deste trabalho.

Agradeço também a todos os professores, funcionários da Fundação de Ensino “Eurípides Soares da Rocha”, em especial aos funcionários da biblioteca e a dona Beth da cozinha pelo empenho e dedicação que empreenderam na construção da minha estrutura ética e profissional ao longo de cinco anos de graduação.

Agradeço de forma particular:

Aos queridos amigos Estevam Cristiano Ferreira, Danilo Pieroti, Mariana Baruel, Julia Mussi, e especialmente Marielen Paura Orlando queridos e especiais, pessoas maravilhosas, pela determinante e essencial contribuição emocional que prestaram ao longo desses cinco anos de graduação.

Ao Prof. Luciano Henrique Diniz Ramires, não só pelo auxílio e apoio que me dispensou ao longo de toda a graduação e no desenvolvimento deste trabalho, mas, principalmente, pela dedicação, profissionalismo e amizade que empreendeu nesta orientação, o que constituiu estrutura técnica e emocional imprescindível à conclusão deste trabalho.

"Ao lado da demora, o custo e os percalços gerais que atravancam o itinerário processual localizam-se dentro desses quadros de negação da humanidade que decorre da negação da Justiça. A Justiça cara, a Justiça inacessível ao trabalhador é um arremedo de Justiça (com “j” minúsculo). Só merece ser grafada como maiúscula a Justiça que corporifica o mais fundamental dos Direitos Humanos, a Justiça que é Justiça para todos, a Justiça que socorre os fracos no enfrentamento da arrogância do forte, a Justiça que está a disposição do pobre, do órfão, da viúva, dos sem-terra, dos sem-teto, dos sem-nome, dos sem-poder”

João Baptista Herkenhoff

SOUZA, Tiago Clemente. **Epistemologia do Processo de Conhecimento**. 2010. 57 f. Trabalho de Curso (Bacharelado em Direito) – Centro Universitário Eurípides de Marília, Fundação de Ensino “Eurípides Soares da Rocha”, Marília 2010.

## RESUMO

O objeto de estudo do presente trabalho é: Epistemologia do Processo de Conhecimento. Como o próprio termo diz será um estudo crítico e científico do instrumento estatal de pacificação social. Para tanto iremos nos fixar principalmente às suas questões intrínsecas, principalmente quanto às ideologias que envolvem os elementos processuais na prestação da tutela jurisdicional, no exercício da jurisdição, na observância dos princípios garantidores do devido processo legal, ampla defesa e contraditório. O Poder Judiciário foi incumbido pelo Estado da função de dizer o direito aplicável aos conflitos de interesses submetidos à sua apreciação (jurisdição). Referida incumbência representa o último recurso hábil a proporcionar efetividade prática aos direitos e garantias fundamentais do indivíduo, que foram violados ou ameaçados de violação. Dada a morosidade que a assola, essa atuação jurisdicional, uma vez tardia, torna os direitos que tutela ineficazes. Ocorre que o Estado ao monopolizar a função jurisdicional, realizando a substituição dos mecanismos privados por mecanismos públicos não o fez de forma a garantir a efetiva satisfação da pretensão. A satisfação da pretensão do particular observa várias circunstâncias e institutos jurídicos que por muitas vezes impede a própria finalidade do instrumento. Com o objetivo de proporcionar celeridade e a concretização dos direitos materiais na atuação jurisdicional, demos importância a construção ideológica dos institutos jurídicos; a imprescindibilidade desses para o ser humano; a estrutura e funcionamento do órgão estatal incumbido da tutela desses direitos e garantias (Poder Judiciário), bem como a crise de morosidade que o assola; e, por fim, a colisão dos princípios do contraditório, ampla defesa e segurança jurídica em face da efetividade da tutela jurisdicional; permitindo a construção de instrumentos hábeis a proporcionar maior celeridade na prestação da tutela jurisdicional e a efetiva proteção de direitos.

**Palavras-chave:** Ideologia. Ação e Demanda. Efetividade da Tutela.

SOUZA, Tiago Clemente. **Epistemologia do Processo de Conhecimento**. 2010. 57 f. Trabalho de Curso (Bacharelado em Direito) – Centro Universitário Eurípides de Marília, Fundação de Ensino “Eurípides Soares da Rocha”, Marília 2010.

#### ABSTRACT

The object of the present study is the Epistemology on the Process of Knowledge. As the term already indicates, this work will be a critical and scientific study on this instrument of social pacification. In order to do that we will highlight mainly their intrinsic issues, regarding the ideologies that involve procedural elements in the provision of judicial protection, on exercising jurisdiction regarding the principles of due process of law, legal defense and contradictory. The Judiciary has been tasked by the State on the function of saying the applicable law to the conflicts of interest submitted to it (jurisdiction). This duty represents the last resort able to provide practical effectiveness and guarantees fundamental rights of individuals whose rights were abused or threatened. Sluggishness devastates this jurisdictional action and turns the rights to protection ineffective. What occurs is that the State monopolizes the judicial function. It does that performing the substitution of private mechanisms for public mechanisms. It did not do that in order to ensure the effective satisfaction of the claim. The satisfaction of the claim of the individual observes a variety of circumstances and legal institutions that often prevents the very purpose of the instrument. Aiming to provide speed and completion of material rights on jurisdiction action, we gave importance to the ideological construction of legal institutions: the indispensability of those for humans, the structure and functioning of the state agency responsible for protecting these rights and guarantees (Judiciary) and the speed crisis that devastates it, and finally the collision of contradictory principles, such as legal defense and juridical certainty regarding the effectiveness of judicial protection, allowing the construction of instruments able to provide greater speed in providing protection and effective protection of rights.

**Keywords:** Ideology. Action and demand. Effectiveness of Protection.

## LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

art.: Artigo

CF: Constituição Federal

CPC: Código de Processo Civil

p.: Página

STF: Supremo Tribunal Federal

TJ: Tribunal de Justiça

TRE: Tribunal Regional Eleitoral

TRF: Tribunal Regional Federal

TRT: Tribunal Regional do Trabalho

TSE: Tribunal Superior Eleitoral

TST: Tribunal Superior do Trabalho

## SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	10
CAPÍTULO 1 - CONTEXTUALIZAÇÃO HISTÓRICA – OS CONFLITOS SOCIAIS E AS FORMA DE SATISFAÇÃO DAS PRETENSÕES RESISTIDAS .....	13
1.1 O Período Grego.....	13
1.2 O Período Romano .....	14
1.3 Processo Romano-Germânico .....	17
1.4 O Processo Alemão .....	17
1.5 O Processo na Itália .....	17
1.6 As ordenações Filipinas e seus reflexos no processo civil brasileiro .....	18
CAPÍTULO 2 - QUESTÕES IDEOLÓGICAS QUE ENVOLVEM A PRESTAÇÃO DA TUTELA JURISDICIONAL.....	19
CAPÍTULO 3 - <i>ACTIO</i> : AÇÃO DE DIREITO MATERIAL E O SURGIMENTO DO MONOPÓLIO DA JURISDIÇÃO .....	28
3.1 - Direito de Demanda e Exercício Efetivo da Pretensão ( <i>ação</i> ).....	32
CAPÍTULO 4 - JURISDIÇÃO SOB A ÓTICA DO ESTADO LIBERAL E ESTADO SOCIAL.....	35
CAPÍTULO 5 – COLISÃO ENTRE OS PRINCÍPIOS DO CONTRADITÓRIO, AMPLA DEFESA E SEGURANÇA JURÍDICA EM FACE DO PRINCÍPIO DA EFETIVIDADE DA TUTELA JURISDICIONAL .....	43
CONCLUSÃO.....	52
REFERÊNCIAS .....	54

## INTRODUÇÃO

Os doutrinadores e todos os estudiosos do Direito deixaram de analisar a dinâmica da prestação da tutela jurisdicional de forma histórica, dando ao longo do tempo excessiva importância à dogmática e a “geometrização” do Direito Processual Civil.

Toda a construção do Direito Processual se viu embebida em questões ideológicas que nos impossibilitaram transpor questões que enrijecem toda dinâmica de satisfação da pretensão. Em decorrência disso, o Poder Judiciário acabou por decair em grande descrédito perante a sociedade, já que a certeza do processo quase sempre gera a certeza da não satisfação da pretensão do autor.

Após o monopólio da Jurisdição, o Estado se viu obrigado a ser plenamente acessível a todos aqueles que tivessem um direito ameaçado ou lesionado, a isso se deu o nome de Acesso à Justiça. Para que a autotutela fosse proibida, mas que a satisfação da pretensão fosse efetivamente realizada, o Estado-Juiz de alguma forma teria que substituir os mecanismos particulares de satisfação da pretensão por mecanismos públicos que *efetivamente* satisfizessem a pretensão do particular.

Ocorre que o Estado ao realizar tal substituição de mecanismos não o fez de forma a garantir a efetiva satisfação da pretensão. A satisfação da pretensão do particular observa várias circunstâncias e institutos jurídicos que por muitas vezes impede a própria finalidade do instrumento.

O presente trabalho terá como finalidade a análise do mecanismo estatal de satisfação da pretensão, analisando sua natureza, suas motivações ideológicas, o paradigma racionalista e todas as demais circunstâncias que impede a efetiva tutela do direito na prestação da Jurisdição pelo Estado. Para tanto, necessário analisar de forma efetiva algumas expressões que permeiam a dinâmica estatal como o conceito de Jurisdição, Acesso à Justiça, e finalmente “Efetividade da Tutela Jurisdicional”, bem como as forma da pacificação social desde as primeiras formas de intermediação estatal, passando desde àquelas existentes no direito grego, passando pelo grande desenvolvimento processual romano, até a dinâmica processual brasileira.

O presente trabalho irá analisar as questões ideológicas que envolvem tal dinâmica e a forma como essa dinâmica se dava antes mesmo do surgimento do Processo como instrumento. Somente compreendendo qual a verdadeira natureza do Processo de Conhecimento poderemos questioná-lo e propor soluções para a crise do Judiciário.

Nesse contexto, este trabalho propõe-se a averiguar as principais questões ideológicas que envolvem a prestação da tutela jurisdicional, bem como a carga axiológica do Poder/Função do Estado (Jurisdição) e ao final a colisão dos princípios do contraditório, ampla defesa e segurança jurídica face ao princípio da efetividade da tutela jurisdicional.

Frente à morosidade enfrentada atualmente pelo cidadão no alcance da tutela jurisdicional de seus direitos, e da conseqüente ineficácia destes, uma vez que tutela tardia é tutela ineficaz, é de suma importância uma pesquisa que vise estudar as fontes ideológicas da formação dos institutos jurídicos, para que possamos, posteriormente, estabelecer uma análise crítica dos dispositivos legais que regulamentam a dinâmica processual.

No desenvolvimento deste trabalho, primeiramente serão levantados dados atinentes à origem e atual contexto da função do Estado na prestação da tutela jurisdicional dos direitos, que são assegurados aos indivíduos por meio dos mandamentos legais emanados por este mesmo ente. Tanto na função legislativa quanto na função jurisdicional que foram atribuídas ao Estado por meio do contrato social, o fim último é o de proporcionar a paz e harmonia entre os indivíduos pertencentes a um mesmo conglomerado humano.

Abordado o contexto histórico e a importância dessa função jurisdicional do Estado, serão contempladas as questões ideológicas que envolvem tal prestação estatal. Analisando inicialmente o próprio conceito de ideologia e os efeitos destas na construção do saber humano, e especificamente na construção da Jurisdição.

Em seguida, serão estudadas: o conceito de ação (*actio*) no direito romano, ação de direito material, bem como o conceito de direito subjetivo, pretensão e exigibilidade desta. Após isso iniciaremos um estudo a respeito da substituição das formas privadas de solução dos litígios pelos instrumentos públicos de pacificação social, bem como a diferença entre ação e Processo de Conhecimento e ação e direito de demanda.

Realizadas essas considerações passaremos a abordar a construção do conceito do Poder/Função do Estado em solucionar os conflitos sociais que lhe forem levados a conhecer mediante o Processo. Para isso realizaremos uma análise dos anseios do Estado Liberal, diante dos direitos de primeira dimensão, até chegarmos aos anseios do Estado Social, este já diante dos direitos de segunda dimensão, para que possamos compreender qual o alcance se quis estabelecer para o conceito de Jurisdição.

Serão levantados e analisados, por fim, a colisão dos princípios constitucionais do contraditório, ampla defesa e segurança jurídica face ao princípio da efetividade da tutela jurisdicional, para isso elegeremos a teoria das regras e princípios realizadas por Alexy e estuda por Virgílio Afonso da Silva.

Esse trabalho consistirá em uma pesquisa descritiva quanto ao objetivo geral, qualitativa segundo à abordagem do problema, e de avaliação formativa quanto ao propósito. Por fim, será bibliográfica quanto ao procedimento técnico.

A coleta dos dados necessários ao seu desenvolvimento será feita, sob orientação, mediante leitura e fichamento de obras doutrinárias e de artigos escritos por juristas, buscados nos próprios exemplares de tais obras e em revistas jurídicas.

A análise e discussão crítica a respeito dos dados coletados conduzirá a uma conclusão no sentido de as questões ideológicas e valorativas que envolvem a dinâmica estatal de satisfação da pretensão influenciam ou não a celeridade na prestação da tutela jurisdicional (efetividade prática dos direitos).

Sendo assim, ao seu término, este trabalho contribuirá para o esclarecimento e conscientização a respeito da importância e imprescindibilidade da efetividade prática dos direitos, como forma de ratificação do próprio direito objetivo e conseqüentemente do Estado Democrático de Direitos, bem como da contribuição e implicações jurídicas das discussões filosóficas neste sentido, o que se dará, não só no âmbito jurídico como também no âmbito social em geral.

Seus resultados contribuirão para o desenvolvimento de um senso de visão crítico, possibilitando que mudanças legislativas ocorram, e que a inércia dê lugar às atitudes democráticas ativas e participativas na defesa de direitos garantidos.

## CAPÍTULO 1 - CONTEXTUALIZAÇÃO HISTÓRICA – OS CONFLITOS SOCIAIS E AS FORMAS DE SATISFAÇÃO DAS PRETENSÕES RESISTIDAS

Todo homem como indivíduo, portanto, como ser individual e único, possui suas singularidades e necessidades próprias. Como ser social e sequioso pela satisfação de suas necessidades, desde o início da sua aventura natural pelas relações sociais, experimentou embates e conflitos com seus semelhantes em decorrência dos choques de interesses.

As diversas dinâmicas de pacificação de conflitos, independentemente dos mecanismos utilizados, sempre deverão se dirigir no sentido de satisfazer a pretensão daquele que se diz titular do direito. Para este, independe a forma pela qual sua satisfação ocorrerá, almejará apenas a tutela do bem da vida objeto da relação conflituosa. Porém, como poderemos observar ao longo do presente trabalho a pacificação dos conflitos se tornou função privativa do poder estatal, que peca na sua executoriedade, fazendo-o de forma a não alcançar seus fins inicialmente colimados.

Para solução e pacificação de tais conflitos a história registrou inúmeras dinâmicas e mecanismos pacificadores, assim o presente capítulo se concentrará na demonstração sintética das diversas formas de solução de conflitos existentes antes mesmo do monopólio da Jurisdição pelo Estado.

Estudar a efetividade da prestação da tutela jurisdicional implica necessariamente em compreender as formas de solução de conflitos e seus respectivos mecanismos estatais. É o que passaremos a fazer, demonstrando tais dinâmicas desde o período grego, passando pelo império romano até as existentes hodiernamente, bem como as principais fases do Processo Judicial.

### 1.1 O Período Grego

Embora não tenha influenciado de forma direta o sistema jurídico ocidental contemporâneo, o sistema jurídico helênico observou certo grau de desenvolvimento. Tal circunstância justifica-se pelo fato de que tal desenvolvimento se concentrou basicamente ao direito ateniense.

Dessa forma, embora não há que se falar em um único sistema jurídico grego, haja vista que cada polis grega se desenvolveu de forma diferenciada, alguns autores tratam o direito ateniense como sendo o direito grego (WOLKMER apud LAGINSKI, 2004, p. 15).

Além deste fato, ao contrário do que ocorreu como direito romano, os textos jurídicos gregos não foram compilados, comentados ou transcritos, motivo que fez com que poucas citações de escritores, filósofos e oradores permanecessem como fontes para estudo (LAGINSKI, 2004, p. 16).

O direito grego observou também certo grau de desenvolvimento das questões processuais, inclusive com a nomeação de um terceiro para a solução de conflitos, existindo a figura do árbitro público e do árbitro privado (CAROBIANGO apud LAGINSKI, 2004, p. 15). Cabiam aos sacerdotes, representantes dos deuses, a definição da verdade, cabendo somente a partir do sec. V a produção de provas testemunhais, apoderando-se assim o povo do poder de dizer a verdade inclusive contra seus senhores.

Outro grande sinal de desenvolvimento do sistema jurídico grego foi a diferenciação entre as leis substanciais e as leis processuais, compreendendo aquelas as disposições que expressavam o fim da administração da justiça e estas as disposições que expressavam os meios utilizados para tal fim.

## 1.2 O Período Romano

O sistema jurídico processual do ocidente deriva do processo romano e germânico. O primeiro deixou maior herança, vez que demonstrou maior desenvolvimento cultural e intelectual. (LAGINSKI, 2004, p. 18).

O processo civil romano divide-se em três fases, compreendendo elas, o período da *legis actiones*, de 745 a. C. até 149 d.C.; período do processo formulário, de 149 d.C. até 209 d.C.; e período da *extraordinaria cognitio*, de 209, d.C. até o fim do império Romano (SANTOS apud LAGINSKI, 2004, p. 18).

No primeiro período, denominado *legis actiones*, observava-se o direito a partir da existência da “ação”, a partir dos institutos “*actio*” e “*ius*”. A chamada ação de direito material, que oportunamente será devidamente conceituada e explorada no presente trabalho era confundida com o conceito de “*ius*”, não havendo qualquer distinção entre os referidos institutos.

Observe que, conforme já esclarecido por SILVA, o conceito de “ação” para o direito romano não se confunde com o conceito de “ação processual” existente no direito contemporâneo. É o que se observa na seguinte passagem:

Os romanos jamais se preocuparam em teorizar sobre o ‘direito de acesso aos tribunais’, indicando-lhe como ‘direito de ação’, ou ‘ação’, como o faz a doutrina contemporânea. O que diz, ao contrário, é que ele se fundava em ‘ações’, indicadas no plural, conseqüentemente não mais ações processuais, mas ações pensadas como *procedentes*. (SILVA, 2006, p. 165 - a).

Para cada *ius* (direito) havia uma *actio* correspondente, enquanto que a *actio* somente existiria, se houve um *ius*. Em sentido contrário, Silva pondera que não há que se afirmar que o direito romano ficou pautado somente nas ditas “ações” e que o direito contemporâneo é pautado em “direitos”.

É comum ouvir a afirmação de que, ao contrário do direito romano, estruturado segundo um sistema de *ações*, o direito moderno seria um sistema, não de ações, mas de *direitos*... A rigor, nem o Direito Romano era um sistema de “ações” e nem os sistemas processuais modernos tutelam “direitos”, enquanto tais (SILVA, 2006, p. 165 - a).

Lagisnki (2004, p. 18), esclarece, fazendo referencia aos trabalhos realizados por Crus e Tucci e Luiz Carlos de Azevedo, que os romanos não diziam “eu tenho um direito”, mas sim, “eu tenho uma ação”.

Nessa primeira fase as ações se relacionam com a Lei das XII Tábuas (450 a.C.). Nela eram previstas quatro formas de ações, sendo elas: *legis actio per sacramentum*, de caráter geral; *legis actio iudicis arbitrive postulationem*, que se compara com a ação de rito ordinário, as *legis actio per pignoris capionem e actio per manus iniiectionem*, que se compara aos procedimentos especiais existentes no sistema processual brasileiro contemporâneo. (ALVIM apud LAGISNKI, 2004, p. 18).

As primeiras ações eram classificadas como ações de conhecimentos enquanto que as duas últimas eram classificadas como ações de execução. Neste período, demonstrava o povo romano ser um povo de certa forma primitivo, já que havia grande apego às formalidades, obedecendo solenidades rigorosas em que as fórmulas verbais, palavras e gestos, deveriam ser totalmente obedecidos, sob pena de a demanda ser perdida.

Já no segundo período, ou o período do processo formulário, o direito romano passou a ter uma base escrita, embora, conforme alertado por Lagisnki, permanecesse ainda na oralidade (LAGISNKI, 2004, p. 21).

Essa segunda fase compreende o período que vai de 149 a.C. (Lei *Aebutia*) até o século III da Era Cristã, confundindo-se com o período de expansão do Império Romano. Em decorrência desse novo contexto histórico o direito romano se viu obrigado a sofrer transformações para responder às novas relações sociais.

O império romano observou o surgimento de novas relações sociais, haja vista que a figura do estrangeiro passou a integrar a sociedade romana. Até a fase anterior à expansão do Império Romano as relações sociais se resumiam as relações dos romanos com os próprios romanos. Com a expansão do império a figura dos estrangeiros passou a compor a sociedade, e estes passaram a se relacionar com os romanos, e para tanto se fez necessário o surgimento de um novo sistema jurídico.

Até então o sistema jurídico baseado na oralidade satisfazia as necessidades da sociedade, com a expansão do império houve um grande aumento da população e com isso as dinâmicas sociais se tornaram mais complexas. Dessa forma o direito romano passou a ter uma base escrita, tornando-se mais dinâmico, acompanhando assim as mudanças sociais.

No direito correspondente à pequena Roma, somente os romanos poderiam socorrer-se a autoridade do magistrado. Com a aquisição de novos territórios surgiu a figura de um novo magistrado que passou a aplicar a jurisdição sobre os conflitos de interesses entre estrangeiros ou entre estes e os cidadão romanos.

O terceiro período, da *extraordinária cogntio*, teve início no ano de 294 da Era Cristã, e termina com a codificação de Justiniano. Este período foi marcado pela presença do Estado-Juiz no deslinde de todo o processo, prolatando por fim a sentença. Assim, houve a substituição do juiz particular pelo juiz oficial (LAGINSKI, 2004, p. 23).

O processo passou a ser dividido em duas fases, a primeira correspondia aquela em que o juiz tomava conhecimento dos fatos e dava a sua decisão e a segunda consistia na execução da sentença.

Neste momento a processo passou a ser tido como um instrumento da função estatal, cabendo ao Estado-Juiz (juiz oficial) a *solucionar* conflitos. O juiz passou a realizar o direito através de sua decisão.

Neste momento inicia-se, portanto, uma tendência do Estado de monopolizar a prestação da jurisdição, acabando por chamar para si a função de satisfazer a pretensão do particular, proibindo-se a utilização não só do autotutela, mas também a proibição da *solução* de conflitos mediante a atuação dos juízes particulares.

Tal observação se torna extremamente imprescindível para o presente trabalho, já que a efetividade da prestação da tutela jurisdicional somente toma importância quando o Estado monopoliza a prestação da Jurisdição.

A jurisdição somente existirá quando houver um órgão Estatal responsável pela *solução* de conflitos. Enquanto isso não ocorre o particular satisfaz sua pretensão no âmbito privado, satisfazendo sua pretensão sem necessitar se socorrer do Estado-Juiz.

### 1.3 Processo Romano-Germânico

No ano de 476 d.C. o império romano sucumbiu, sendo dominado pelos bárbaros que desenvolviam um sistema jurídico rudimentar, baseado num procedimento oral.

O sistema probatório era mais primitivo ainda, em que se admitia como meio probatório as ordálias ou juízos de Deus, que consistia em submeter o réu a experimentos cruéis, sendo que a verdade iria permanecer com aquele que sobrevivesse às tormentas. Da mesma forma os duelos era utilizado como sistema de estabelecimento da verdade, sendo que esta estaria com aquele que vencesse o conflito. (LAGINSKI, 2004, p. 25).

Após um longo retrocesso do processo que se desenvolvia na Roma à época do Império, este voltou a ser desenvolvido e aperfeiçoado, possuindo a Igreja grande papel neste aspecto.

### 1.4 O Processo Alemão

A recepção ao direito romano-canônico foi lenta, iniciando-se no séc. XIV com resistência na parte da Saxônia, fiel ao direito costumeiro tradicional e só se completou no séc. XVI. Entretanto, o processo que se formou, diversamente com o que ocorrera na França, continuou por muito tempo dominado por excessivo formalismo, razão pela qual acabou por fazer concessões aos direitos costumeiros locais. (LAGINSKI, 2004, p. 26).

### 1.5 O Processo na Itália

No período de 1100 à 1500 desenvolveu-se o processo comum, em três grandes períodos: período dos glosadores; dos pós-glosadores; e, da jurisprudência culta.

É neste período que renasce o juramento de calúnia, como por exemplo o *juramentum de veritate dicend nas causae spiritualibus* e o *jurmento malitae*. Porém em decorrência da não autorização para utilização do processo posicional o juramento de calúnia foi perdendo seu valor. (LAGINSKI, 2004, p. 27).

Com grande resistência o direito romano-canônico foi recepcionado pelo direito germânico principalmente a partir de 1495, com o processo cameral, e com este o juramento de calúnia.

## 1.6 As ordenações Filipinas e seus reflexos no processo civil brasileiro

As ordenações que mais influenciaram o direito processual brasileiro foram as filipinas, baixadas pelo rei D. Felipe II da Espanha e I de Portugal.

As ordenações filipinas já apresentavam uma estrutura bastante moderna, haja vista que dividia-se, como ocorre atualmente, em fase postulatória, fase instrutória, fase decisória e a fase executória. (LAGINSKI, 2004, p. 28).

Salienta Laginski, que as Ordenações Filipinas também já previam a existência de Processo Comum (ordinário) e Processos Especiais (destinados a ações especiais, que atualmente regula as ações cautelares).

A exigência da veracidade vinha disciplinada nas ordenações Manuelina e Filipinas, respectivamente no título XXIX livro 3º e título XLVIII do livro 3º, impondo a última ao Autor a necessidade de realizar um juramento de que se defenderia verdadeiramente até o fim.

Todos deveriam prestar o juramento, inclusive os advogados e procuradores. A não realização do juramento fazia com que o autor da demanda decaísse da causa, e no caso de recusa do réu presumia-se sua confissão.

## CAPÍTULO 2 - QUESTÕES IDEOLÓGICAS QUE ENVOLVEM A PRESTAÇÃO DA TUTELA JURISDICIONAL

A pesquisa tem como objeto o estudo de institutos jurídicos, construções teóricas e práticas pertencentes ao mundo do Direito. Assim é de grande importância a compreensão do conceito de Ideologia, da dinâmica que envolve a construção do saber e da autocompreensão do ser humano como tal e dos resultados das suas relações sociais.

Há imensa discussão em relação à natureza do Direito. Silva pondera que hoje não mais se discute quanto ao Direito ser uma construção humana, proveniente das interações sociais, portanto, não há uma ordem jurídica previamente inscrita na natureza das coisas, assim não se trata de algo que compõe a metafísica (SILVA, 2006, p. 1).

Tratando-se de uma construção humana, o Direito tem como elemento constituinte toda carga axiológica e volitiva que envolve o ser humano, todas suas preferências e posições, bem como uma posição ideológica.

Ocorre, no entanto, que toda construção jurídica se viu embebida em uma política de “geometrização” das ciências naturais, de um movimento que, por motivos legítimos para sua época, buscou trazer para o campo do Direito todas as perfeitas soluções cabíveis às ciências matemáticas. Praticava-se uma posição *ideológica* positivista, que, conforme alertado por Silva, influenciou de forma constante e profunda toda dinâmica jurisdicional, determinando a separação entre o direito dos práticos e o direito dos catedráticos. É o que se vê na seguinte passagem:

A análise de nossas instituições universitárias permitirá ver a separação entre o Direito dos sábios e filósofos, tal como ele era – e continua sendo – ensinado nas universidades e o Direito dos “práticos”. (SILVA, 2006, p. 3).

Em outra oportunidade segue afirmando:

A conclusão que se deve extrair de seu ensinamento decorre necessariamente dessa premissa: como seria impensável supor que a lei tivesse “duas vontades”, toda norma jurídica deverá ter, conseqüentemente, sentido *unívoco*. Ao intérprete não seria dado hermeneuticamente “compreendê-la”, mas, ao contrário, com a neutralidade de um matemático, resolver o problema “algébrico” da descoberta de sua “vontade”. (SILVA, 2006, p. 93)

Vale ponderar que é intrínseco a todo grupo social buscar a perenidade das suas construções teóricas, mesmo que para isso tenha que impedir determinado progresso

científico ou social. Todo conhecimento contemporâneo é considerado como “natural”, pensado como expressão definitiva do conhecimento humano possível. Não sendo possível que todo aquela conquista do conhecimento adquirida até então seja substituída, possuímos, assim, dificuldade em questioná-las, ou duvidar de sua perenidade (Silva, 2006, p.8).

É o que nos ensina Marinoni na seguinte passagem:

Nessa linha, podemos dizer, ainda, que não há teoria que não seja do seu “tempo”. O que pode ocorrer é que determinados sujeitos estejam “fora do seu tempo”, ou melhor, não atentam ao seu “tempo” ou somente reproduzem idéias de outros “tempos”. Estes últimos, realmente, são apenas “teoria”, pois não “falam”, apenas reproduzem, ou o que é pior, *conservam*. (2000, p.17).

Bobbio ao dissertar sobre os fundamentos e mecanismos garantidores dos direitos fundamentais, nos ensina que da finalidade visada pela busca do fundamento nasce a ilusão do fundamento absoluto, ou seja, a ilusão de que - de tanto acumular e elaborar razões e argumentos – terminaremos por encontrar a razão e o argumento irresistível, ao qual, ninguém poderá recusar a própria adesão. O fundamento absoluto é o fundamento irresistível no mundo de nossas idéias, do mesmo modo como o poder absoluto é o poder irresistível no mundo de nossas ações. Diante do fundamento irresistível, a mente dobra necessariamente, tal como o faz a vontade diante do poder irresistível. É o que vemos na passagem:

O fundamento último não pode mais ser questionado, assim como o poder último deve ser obedecido sem questionamentos. Quem resiste ao primeiro se põe fora da comunidade das pessoas racionais, assim como quem se rebela contra o segundo se põe fora da comunidade das pessoas justa ou boas” (BOBBIO, 2004, p. 36).

É intrínseco a toda ciência e discussão teórica a existência de idéias preexistentes, provenientes de *prejuízos* (pré-juízos). Ocorre que, muitas vezes tais idéias dificultam a transposição de um conceito, de uma solução, de uma ideologia para uma nova concepção da realidade.

Francis Bacon indica a existência de quatro figuras que “assediam o espírito humano”, escreve o filósofo:

No sentido de uma maior clareza, demo-lhes nomes distintos: chamaremos ao primeiro gênero, Ídolo da Tribo (*idola tribus*), ao segundo gênero, Ídolo da Caverna (ídolo specus), ao terceiro gênero, ídolo do Foro (*idola fori*) e ao quarto gênero, ídolo do Teatro (*idola theatri*) (Bacon apud Silva, 2006, p. 06).

Silva, analisando a seguinte passagem de Bacon diz que os *ídolos da tribo* têm seu fundamento da própria natureza humana, inclusive na raça; os *ídolos da caverna* são aqueles que têm o seu fundamento no homem individualmente considerado, com sua deficiência e aberrações, afirmando, ainda, que são os ídolos que brotam do “antro individual”, destruindo e corrompendo a luz da natureza; já os *ídolos do foro* nascem da aproximação e da associação dos homens entre si; e finalmente os *ídolos do teatro*, são representados pela filosofia tradicional (2006, p. 6).

Tais alegorias influenciam a forma do homem ser e se comportar, sua formar de pensar e concomitante suas criações cognitivas. Dedutivamente, caso nos livrássemos das noções falsas, devido à influência dos *ídola*, poderíamos alcançar o pensamento puro (SILVA, 2006, p. 6).

Tal afirmação se torna algo inalcançável, já que são elementos constitutivos do próprio ser humano e a ele intrínseco as figuras dos *ídola*, tanto individualmente considerado, quanto considerado observando sua correlação com os demais seres humanos.

Conforme alertado por Silva, Bacon vivia os primórdios do movimento racionalista, “para o qual o indivíduo, valendo-se apenas da razão, evitando as influências dos ídolos, inteiramente desligado de seus laços culturais e das doutrinas filosóficas tradicionais, seria capaz de atingir as verdades absolutas” (SILVA, 2006, p. 6).

Toda construção do saber, a partir da metade da Idade Média e Idade Moderna, se viu envolvida pelo espírito positivista que, combatendo os princípios teológicos e o poder político que viciava a construção do saber científico, propuseram que o ensino das ciências físicas e químicas para “formar um bom espírito” fosse baseado em um espírito capaz de analisar o objeto do estudo de forma objetiva, sem se perder em vazias especulações (DE TRACY apud CHAUI, 1997, p. 23).

Tal compreensão determinou as diretrizes para toda a construção teórica jurídica, refletindo diretamente no engessamento e da grande importância dada ao Processo.

Bacon não havia se utilizado do conceito de *ideologia*, mas sua concepção de *ídola* como uma falsa ou distorcida representação da realidade coincide com o conceito de ideologia, como assegura Silva (SILVA, 2006, p. 07).

Marx e Engels ao escreverem a obra *A Ideologia Alemã*, afirmaram que toda ideologia é a percepção falsa da realidade, uma vez que o indivíduo que pertence a certa classe social, principalmente aquele que está inserido numa classe dominada (trabalhadores), aquiesce como real uma concepção invertida da realidade fática e concreta, digerindo tal dinâmica

como legítima, vez que o Estado, mediante o Direito, torna legal tal dinâmica (MARX e ENGELS apud CHAUI, 1997, p. 85).

Porém, caso fosse percebido que o Direito é utilizado pelo Estado para maquiagem a realidade, os dominados se revoltariam. Nesse momento, surge a finalidade da ideologia, que busca impedir essa revolta fazendo com que o legal apareça para os homens como legítimo, portanto como justo e bom (CHAUI, 1997, p. 90). Isso ocorre, quando, por exemplo, entendemos que todos os cidadãos têm direito ao estudo, embora todos nós acreditamos que tal direito nos pertence, sabemos que na realidade concreta somente alcançam o estudo aqueles que são detentores dos meios materiais. A finalidade da ideologia é justamente manter essa dominação real, porém de forma despercebida.

Escreve Chauí que seu papel também é o de fazer com que os homens passem a crer que tais idéias representam efetivamente a realidade; portanto, não há que se questionar tal “realidade”, uma vez que demonstra a própria ambição dos cidadãos que nela acredita (CHAUI, 1997, p. 91).

Ocorre, todavia, que estaremos diante da *idéia* da realidade que nos foi transmitida (envolta da “realidade” que agrada a classe dominante), e não da sua realidade histórico-social (CHAUI, 1997, p. 88).

Segue Chauí afirmando que:

A Ideologia consiste precisamente na transformação das idéias da classe dominante em idéias dominantes para a sociedade como um todo, de modo que a classe que domina no plano material (econômico, social e político) também domina no plano espiritual (das idéias). (CHAUI, 1997, p. 94)

Assim como Marx e Engels quiseram demonstrar a Ideologia como fonte da aceitação pacífica das desigualdades sociais e do conflito de classes e, conseqüentemente da dominação de classes, observamos no Direito Processual Civil uma dinâmica que nos impede, de forma inconsciente, de questionarmos os parâmetros até aqui adotados, sendo que muitas vezes nos deparamos com afirmações acompanhadas de “com certeza”, “verdade absoluta” etc., que conforme Marx e Engels disseram, conceitos que se encontram fora da construção social humana (alienação), nos impedindo de questioná-las (*verdades pré-existentes, e que por isso não podemos questioná-las*).

O Processo de Conhecimento, como instrumento jurídico e como fruto da ação humana, é parte integrante da História. A História, conforme nos ensina Chauí analisando a Teoria Hegeliana, é concebida pela dinâmica de exteriorização e de interiorização do Espírito, ou seja, na produção de obras pela conduta humana (exteriorização do Espírito) e pelo

reconhecimento desta obra (interiorização do Espírito). A História, assim, não será uma sucessão de causa e efeito, mas um processo dotado de “uma força ou de um motor interno que produz os acontecimentos. Esse motor interno é a contradição”, como assegura Chauí (CHAUÍ, 1997, p. 36).

A História se constitui não mediante uma simples sucessão de causas e efeitos, mas pela contradição, em que os termos conflitantes não existem individualmente considerados, não se permitindo a compreensão dos termos antagônicos fora dessa relação. A contradição, sendo a força constituinte da História, se expressa mediante a negação interna, ou seja, quando o que é negado é a própria realidade de um dos termos (“‘a canoa é a não-árvore’, definimos a canoa por sua negação interna, ela é a árvore negada, suprimida como árvore pelo trabalho do canoeiro”) (CHAUÍ, 2004, p. 37).

As contradições não são algo dado pelo mundo, mas são produzidas; portanto, um “motor temporal”. A produção e superação das contradições é o movimento da História, esta é fruto de uma dinâmica de reflexão do Espírito (reflexão: volta para si mesmo).

Tal entendimento é necessário para compreender que o Processo do Conhecimento é algo proveniente das contradições internas do ser humano; portanto, não é algo dado pela natureza, mas criado pelo homem e que, por esse motivo, não se estabelece um pano de fundo entre as ciências naturais (dados pela natureza, portanto não historicamente) e as ciências sociais as regras fundamentais das ciências matemáticas.

Compreendendo que o Processo é fruto das relações sociais, que nasceu da dinâmica conflitante da construção da História, permitiremos que novos conceitos e parâmetros sejam trazidos para questioná-lo e modificar suas estruturas.

O Direito Processual Civil foi criado, assim, pelo homem a partir dessas contradições internas e para o homem, ou seja, para satisfazer suas necessidades, dando assim efetividade e concretização aos direitos materiais reconhecidos no Estatuto Civil, não sendo uma ciência que existe por si só, sem qualquer conexão com as necessidades humanas.

A cientificidade trazida ao Direito ocorreu inicialmente para que este fosse levado mais próximo à sua finalidade. Porém passou-se a pensar o Direito pelo próprio pensar, um pensar distante da sua causa. Certo é que toda teoria que nega sua própria causa distancia-se da sua finalidade (MARINONI, 2000, p.18)

É o que também vemos na seguinte passagem:

Há mais, contudo: o direito processual civil não pode ser compreendido como algo solto, perdido no tempo e no espaço, como se ele valesse por si só, como se ele fosse “só” uma “disciplina jurídica”, “só” um “Ramo do direito”, como se ele tivesse existência própria, independentemente de

quaisquer prescrições normativas, de quaisquer realidades políticas e jurídicas vigentes em determinados espaços de tempo em determinados lugares.

E segue:

Não há “direito processual civil” na natureza. Ele existe apenas, no plano jurídico, embora – e é isto que o pensamento contemporâneo do direito processual civil tem se ocupado – ele se volta para o mundo não-jurídico, exterior, externo a ele próprio. (BUENO, 2007, p. 45).

Conforme o conceito trazido por Marx, ideologia é a concepção errada da realidade. Compreendendo a concepção de “ação” no Direito Romano, compreenderemos a verdadeira natureza do instrumento utilizado na prestação jurisdicional, que não se confunde com ação (dinâmica concreta e fática da satisfação da pretensão). Escorado em uma ideologia, o Processo de Conhecimento é encarado como a movimentação do titular do direito subjetivo para satisfação de sua pretensão, fato este que não condiz com a realidade prática, conforme observaremos ao longo do trabalho.

Agravando tal situação, toda dinâmica jurisdicional compreendida no Processo parte da premissa de que o Processo é a satisfação da pretensão, adquirindo a sentença Declaratória caráter satisfativo.

Outro aspecto a ser abordado que é de grande valia para nosso estudo, diz respeito à dialética hegeliana criticada por Marx. Enquanto Hegel entende que o processo histórico se dá mediante processo contraditório unificado em si mesmo e, por isso, plenamente compreensível e racional, sendo que o real é racional e o racional é real (realidade determinada por dinâmica cognitiva racional) (1997, p. 39). Para Marx, a história é a história do modo real como os homens reais produzem suas condições reais de existência, assim estabelece a história mediante o modo como se reproduzem a si mesmos, como produzem e reproduzem suas relações com a natureza, do modo como produzem e reproduzem suas relações sociais. Portanto, Marx desvincula-se do campo cognitivo, do campo das idéias racionais, passando a analisar os fatos sociais como fruto da realidade fática, que emana das contradições que se estabelecem entre homens reais. Conclui Marx que é também história o modo como os homens interpretam todas essas relações, seja numa interpretação imaginária, como na ideologia, seja numa interpretação real, pelo conhecimento da história que produziu ou que produz tais relações (CHAUÍ, 1997, p. 47).

Portanto, o conceito de ideologia gera duas implicações extremamente importantes para a análise do problema objeto do presente trabalho. O primeiro implica na existência de

toda carga ideológica positivista que envolve a construção de um paradigma, este que por sua vez impede o estudioso de construir um Direito único, que faz uma comunicação direta e permanente entre o *catedrático* e o *prático*. A segunda implicação diz respeito a toda construção do Processo de Conhecimento baseado no axioma, portanto numa verdade incontestável, de que este é “ação”, e de que possui alguns conceitos que jamais poderão ser questionados, uma vez que não fazem parte da construção social (“*já se encontravam ali quando nos chegamos*”).

Quando o indivíduo utiliza como base uma premissa falsa, todas as deduções dali resultantes serão também maculadas de vícios. O Processo de Conhecimento, uma vez estruturado na idéia de que se trata de “ação”, passou a ser a base norteadora de todos os demais instrumentos existentes no Direito Processual, baseado, portanto, neste mesmo entendimento.

No Estado Liberal, conforme nos explica Bueno, todo direito subjetivo era passível de conversão em valor pecuniário, ou seja, toda vez que o credor (*latu sensu*) tivesse seu direito lesado, este, independente da natureza, poderia ser convertido em um valor pecuniário. Assim, uma vez possível tal conversão, a demora na prestação da jurisdição e da eventual tutela do direito seria compensada por uma indenização em dinheiro, já que o próprio direito era passível a isso, a demora pela prestação jurisdicional (meio) também o era.

Tal entendimento, aliado ao pensamento de que o Processo de Conhecimento é em si ação, portanto, militância do credor para ver sua pretensão satisfeita, independentemente de conduta voluntária do devedor, justificaria a demora do mesmo, vez que ele se tornaria parte (principal) do fim, que é a afetiva tutela do direito (satisfação da pretensão). A supervalorização do Processo de Conhecimento acabou por lhe atribuir vida própria que, conforme alertado por Bueno, os trabalhos desenvolvidos pelos estudiosos do Direito (entre eles Carnelluti, Chiovenda, Bülow entre outros) para tornar o Direito Processual Civil autônomo e independente, trabalho de grande valia, acabaram por distanciá-lo em demasia do próprio direito material e das necessidades sociais. (2007, p. 41)

Diversos institutos processuais civis só têm sentido, é essa grande verdade, quando analisados à luz do plano do direito material. É importantíssimo, destarte, que o estudo do direito processual civil tenha consciência de que o plano material lhe diz respeito também e influencia, de forma mais ou menos tênue, consoante o caso, o próprio “ser” do direito processual civil.

E segue:

O direito processual civil, não obstante tenha identidade, função, finalidade e natureza próprias, serve, atende e volta-se para a aplicação concreta do direito material. (BUENO, 2007, p. 49)

Embora seja de grande necessidade trazer aspectos científicos para a dinâmica de prestação da tutela jurisdicional, isto que foi permitido pela fase autonomista do Direito Processual Civil, o Processo não poderá se distanciar e não realizar sua finalidade que é a concretização do direito material.

Não basta possuímos um Processo Civil autônomo e independente que garanta a todos o acesso à Justiça, no sentido de fazer que um determinado direito ou interesse seja levado para apreciação do Estado-juiz. Mas, muito além disto, é necessário que tenhamos um instrumento que garanta a efetiva tutela do Direito, e que haja uma atuação jurisdicional que possa tutelá-lo adequada e eficazmente, realizando-o no plano exterior ao processo, ou seja, no plano material.

Embora aqui não seja o momento mais oportuno, vale demonstrar alguns dispositivos legais que demonstram o quanto o Processo Civil tomou vida própria, distanciado-se demasiadamente do Direito material, e principalmente do que é seu próprio fim: satisfação da pretensão do titular do Direito e conseqüentemente a pacificação social. Senão, vejamos:

O art. 932 do CPC prevê a possibilidade de o titular de direito possessório, *diante do justo receio de ser molestado na posse, poderá impetrar ao juiz que o segure da turbação ou esbulho iminente, mediante mandado proibitório, em que se comine ao réu determinada pena pecuniária, caso transgrida o preceito*. O problema surge justamente no momento em que a ameaça é concretizada, ou seja, quando ocorre efetivamente a turbação ou o esbulho.

No *Interdito Proibitório* questionou-se a ameaça ao Direito possessório, que uma vez provado obteve-se a procedência da demanda, porém neste segundo momento, para se executar a sentença condenatória do Interdito, seria necessário ingressar com nova demanda plena para se provar a ocorrência do esbulho ou a turbação. É o que nos ensina Gonçalves:

Cumpra saber como cobrar essa multa caso se verifique o fato gerador. A pena é fixada na sentença que julga a ação possessória. Transitada em julgado, e tendo o réu perpetrado ou reincidindo na ofensa, discute-se se a pena pode ser executada diretamente, nos mesmos autos, ou se é preciso ajuizar um processo de conhecimento autônomo. A questão é tormentosa, porque se trata de nova ofensa à posse, distinta da que havia ocorrido anteriormente.

E segue:

A prova deve acompanhar o requerimento de cumprimento de sentença, o que produzirá outra dificuldade, pois a demonstração da existência de um novo esbulho ou turbação dificilmente é feita por documentos, mas por testemunhas ou perícia, inadmissíveis no bojo da fase de execução. (GONÇALVES, 2009, p. 291).

O que se observa aqui é grande influência da ideologia que envolve a dinâmica da satisfação da pretensão. A primeira diz respeito ao fato de que para o titular do direito possa ver seu direito satisfeito, ou seja, para que lhe seja pago a quantia fixa na sentença é necessário ingressar com outro processo de conhecimento (processo pleno e demorado), provando o esbulho ou a turbação, para somente assim ver a sua pretensão satisfeita. Aqui observamos toda a engenhosidade processual construída que impede o titular do direito de ver seu direito satisfeito de imediato. Outra implicação proveniente da Ideologia é a afirmação de que é “inadmissível” a produção de prova testemunhal na fase de execução, sendo que caso fosse possível poderia haver a satisfação da pretensão de forma mais célere.

Observa-se, portanto, que o instrumento processual, passa a tomar vida própria, colidindo frontalmente com sua própria finalidade, que é a satisfação da pretensão de forma célere e justa. Outra questão que se observa é o apontamento do doutrinador ao discursar a respeito da matéria, chegando ao ponto de dizer que a questão é “tormentosa”, demonstrando-se incapaz de enfrentar o dogma processual que lhe foi imposto.

No Capítulo 3 do presente trabalho, abordaremos o conceito de *actio* existente no Direito Romano, comparando-o com a atual dinâmica de satisfação processual. Assim, poderemos observar que o instrumento estatal para satisfação da pretensão, tornou-se instrumento com “vida própria”, com inúmeros atos e procedimentos complexos e demorados, que frustra a pacificação social, embora seja mero instrumento legitimador do Estado-Juiz, mas que está envolvido por todas essas questões ideológicas apresentadas busca manter a hegemonia da “ordinarização” dos instrumentos processuais.

### CAPÍTULO 3 - *ACTIO*: AÇÃO DE DIREITO MATERIAL E O SURGIMENTO DO MONOPÓLIO DA JURISDIÇÃO

Para que possamos estabelecer novos parâmetros e conceitos para uma efetiva tutela dos direitos, é de máxima importância compreender os conceitos de *direito subjetivo*, *pretensão* e *ação de direito material*.

Disse Von Thur ser o direito subjetivo a faculdade reconhecida à pessoa pela ordem jurídica, em virtude da qual o sujeito exterioriza sua vontade, dentro de certos limites, para consecução dos fins que sua própria escolha determine. Portanto, direito subjetivo é uma faculdade, um poder dado ao seu titular para torná-lo efetivo pelo seu exercício (VON THUR apud SILVA, 2006, p. 62).

Trata-se o direito subjetivo de um *status*, ou seja, neste momento ainda não há uma dinâmica de direitos, há apenas a possibilidade de seu exercício futuro, que poderá ou não ocorrer. Ao contrário da *ação*, conforme já alertado por Silva (2006, p. 63), que se constitui de um “*momento dinâmico de realização*”.

O possuidor de um crédito é titular de um direito subjetivo. Enquanto apenas possuidor do crédito não exerce nenhuma atividade, mas apenas o estado de possuidor.

Poderá existir o direito subjetivo sem que exista seu efetivo exercício, e mais ainda, poderá existir o direito subjetivo sem que exista a possibilidade de exercê-lo, ou porque ela não mais existe ou porque o termo para seu surgimento ainda não se apresentou.

A partir daí poderemos vislumbrar a *exigibilidade* e a *exigência efetiva* do direito subjetivo.

Numa relação obrigacional, o titular do crédito antes do seu vencimento não poderá exigir a satisfação da sua pretensão. Portanto, neste momento existe apenas um *status*, um direito sem qualquer dinâmica. No momento em que ocorrer seu vencimento, surge ao titular do direito a faculdade de exigí-lo; portanto, deixa de haver um mero estado de titular de direito, iniciando uma fase dinâmica, que, embora aqui não ocorra a efetiva movimentação do direito, há uma potencialidade, em que o credor poderá exigir do devedor a satisfação do seu direito.

A esse estado, que Silva denomina com grande brilhantismo “estado de latência” (2006, p. 64), é a chamada *pretensão*. Neste momento, há apenas uma potência, e não a efetiva exigibilidade do direito, ou seja, o exercício efetivo da pretensão. Assim, poderemos distinguir dois momentos, um da mera exigibilidade e outro da efetiva exigência do direito.

Conforme já observado por Silva, no campo do direito material não se pode falar em pretensão procedente, vez que a negativa da mesma não é permitida, ou seja, não se admite haver “direitos improcedentes” ou “pretensões improcedentes”.

O direito é ou não é, existe ou não existe, tal como a faculdade de exigir sua satisfação, que igualmente existe ou não existe. Procedência e improcedência são categorias de direito processual que corresponde ao resultado da investigação que no processo se faz para determinar justamente essa existência ou inexistência do direito e da pretensão.

No plano do direito material, o direito existe e será sempre procedente quando invocado no processo; ou não existe e o resultado será a improcedência da demanda em que o pretensio titular afirma sua existência (SILVA, 2006, p. 65 - a).

A pretensão de direito material é que traz a dinâmica ao direito subjetivo; assim, quando o titular do direito vai até seu devedor e exige de fato a satisfação da sua pretensão, a condição do credor deixa de ser um *status* e passar para uma dinâmica de direitos.

Porém, enquanto o titular do direito subjetivo está apenas a exigir do devedor que aquele se comporte de acordo com a norma e cumpra a obrigação, ainda não está *agindo para a realização* do direito. Enquanto limito-me a exigir, ainda não ajo (MIRANDA apud SILVA, p. 66). A Pretensão é o meio para um fim, mas este fim, à medida que apenas exijo o cumprimento do dever jurídico, é obtido mediante uma *conduta voluntária* do abrigado. (SILVA, 2006, p. 66).

Se acaso a mera exigência do direito não for cumprida de forma voluntária pelo devedor, surge àquele a possibilidade de realizá-lo por seus próprios meios, ou seja, independentemente de uma ato voluntário do devedor.

Uma vez que o devedor (sentido amplo) não cumpre voluntariamente sua obrigação, surge ao credor (sentido amplo) a ação de direito material, ou seja, poderá tomar atos para satisfazer sua pretensão independentemente de um ato voluntário do devedor.

Enquanto apenas tomo atos idôneos no sentido de ver minha pretensão satisfeita mediante ato voluntário do devedor, ainda não exerço meu direito de ação material, exerço somente de fato minha pretensão.

Poderá o indivíduo ser titular de um direito subjetivo, porém não lhe restar a capacidade de exigí-lo, ou seja, não ser mais dono da pretensão. É o que ocorreu quando, por exemplo, embora o indivíduo seja titular de um direito a crédito, pelo decurso do tempo, tem sua pretensão prescrita. Silva nos ensina que em tal hipótese não haverá qualquer movimentação de direitos:

Certamente a hipótese de um direito subjetivo privado de pretensão é extremamente rara no direito moderno, pois na normalidade dos casos a todo direito corresponde uma pretensão, que não é um segundo direito, mas apenas virtualidade de que se reveste o próprio direito subjetivo. O direito a que se cortou a pretensão, tal como o direito cuja pretensão prescreveu, é um estado absolutamente estático; a *pretensão de direito material* é que potencializa o direito subjetivo, dotando-o do dinamismo em virtude do qual o direito poderá realizar-se como consequência de sua satisfação. (2006, p. 65 - a)

Ocorre que o Estado, buscando a segurança social, monopolizou a dinâmica de satisfação da pretensão, ou seja, proibiu a satisfação da pretensão de forma forçada nas relações entre particulares. A autotutela foi proibida e o Estado monopolizou a Jurisdição, mas para tanto necessitou buscar um instrumento que viesse a substituir a ação de direito material, garantindo, assim, a satisfação da pretensão dos titulares dos direitos.

O instrumento eleito pelo Estado foi o Processo, que possui todos procedimentos e princípios previstos no Ordenamento Jurídico, de forma a garantir sua legitimidade e a satisfação da pretensão do autor de forma justa, sem que haja prejuízo ao réu.

Tal instrumento surgiu, portanto, para substituir as formas privadas de composição de lides. Seguindo um raciocínio lógico, tal substituição deveria ocorrer de forma a garantir a satisfação do antigo titular da ação de direito material, porém de forma a garantir a ordem e a paz social.

A espinha dorsal do presente trabalho encontra-se exatamente nessa substituição da ação de direito material (no âmbito privado) pela “ação” processual (no âmbito público).

O Estado, para prestar a Jurisdição e se sub-rogar no direito do credor, para satisfazer sua pretensão, necessita inicialmente conhecer do direito alegado pelo credor. Somente a partir da certeza do direito alegado e após a inércia do devedor é que o Estado sub-rogando-se no direito do credor irá ingressar no patrimônio do devedor para satisfazer de forma forçada a pretensão do titular do direito.

Quando o indivíduo se socorre do Estado para que este lhe preste a Jurisdição, não estará em momento algum militando no sentido de satisfazer sua pretensão sem um ato voluntário do devedor. Da mesma forma que não há que se confundir o efetivo exercício da *pretensão* com a *ação de direito material (actio)*, não há que se falar em identidade entre ação, propriamente dita, e o movimento do Estado em conhecer o Direito declarado pelo autor (Processo de Conhecimento).

Esse entendimento gera grande reflexo na dinâmica da satisfação da pretensão, vez que não se tratando o Processo de Conhecimento de ação propriamente dita, qual o motivo

desse instrumento ser algo constituído de um emaranhado de procedimentos demorados e complexos, que acabam por impedir seu único fim, o qual seja a satisfação da pretensão?

Silva, diante da grande demora que o Processo de Conhecimento gera na dinâmica de satisfação da pretensão, sugere a utilização, de forma ampla, do contraditório diferido e conseqüentemente a utilização de procedimentos especiais.

Pondera que, como regra, as demandas plenas utilizam o contraditório, funcionando este como uma “sentinela avançada do ‘procedimento ordinário’”, que é transformado em um “pressuposto inquebrantável de sua legitimidade” (Silva, 2006, p. 151). A observância desse princípio gera a necessidade de se observar a “ampla defesa”, chegando a ser considerada a junção da demanda plena, a obrigatoriedade do contraditório e a ampla defesa na santíssima trindade do Direito Processual Civil. A colisão entre tais princípios e o princípio da efetividade da tutela jurisdicional será abordado no capítulo 5, onde faremos as devidas conclusões.

Tal entendimento legitima e obriga de certa forma a perenidade do Processo, que buscando sempre respeitar o contraditório e a ampla defesa, aliada às ideologias que envolveram toda construção do Direito Processual expostas no item anterior, acabam por se estender no tempo, impedindo que ocorra a satisfação da pretensão do autor.

Bueno, citando Mauro Cappelletti, avalia que o processo civil passou a ser pensado como “meio” (instrumento) do que como “fim” em Processo Civil. Criou Cappelletti uma forma de pensar o direito processual, a que ele denominou de “três ondas de acesso à justiça”, voltada a verificar em que medida o direito processual civil e suas técnicas reúnem condições de realização de suas finalidades (2007, p. 51).

A que mais nos interessa para o presente trabalho é a “terceira onda de acesso a justiça” que propõe um novo meio de ser pensado o próprio processo enquanto realizador do direito material. Cappelletti afirma que se trata na verdade de assumir expressa e conscientemente, que o processo civil deve ser pensado de uma tal forma que garanta a efetiva tutela do direito material.

Dessa forma, a “terceira onda de acesso à justiça” propôs a criação de mecanismos alternativos de solução de conflitos, que dispensam ou, quanto menos, flexibilizam a atuação jurisdicional; a criação de novos procedimentos de acordo com as variações do direito material e, de forma ampla, as reformas das leis processuais para que elas sejam mais condizentes as dinâmicas sociais e assim possam solucionar os conflitos delas emanados (BUENO, 2007, p. 52).

Portanto, se faz de extrema necessidade se repensar, de forma consciente, toda dinâmica processual para que ocorra uma reaproximação do processo (instrumento) e o direito material, e que aquele alcance efetivamente sua finalidade, que nada mais é do que a satisfação célere e justa da pretensão do titular do direito.

### 3.1 - Direito de Demanda e Exercício Efetivo da Pretensão (*ação*)

Muito já se falou sobre o direito fundamental pertencente ao titular do direito subjetivo, ante a proibição da autotutela, de livre acessar o Poder Judiciário. A proibição da satisfação da pretensão privada pelas mãos do particular gerou várias implicações, sendo que o Estado, substituindo o privado na pacificação de conflitos, deveria garantir o livre acesso ao Poder responsável pela solução de conflitos. A isso se deu o nome de “Acesso à Justiça”.

Ocorre que tal direito não se confunde com o efetivo exercício do direito (*ação*), compreendendo, porém, a dinâmica de levar ao conhecimento do Poder Judiciário o direito pretendido, a que denominaremos direito de demandar. O fato de o titular do direito levar à apreciação do Judiciário a possível existência de um direito, não implica necessariamente no exercício desse direito em juízo, tal direito é o direito de demandar, que existirá quando preenchidos todos os pressupostos processuais, em que se estabelecerá um vínculo processual entre a parte e o Estado-Juiz.

Direito de demandar é o direito de ver o Estado-juiz conhecer a suposta ameaça ou lesão ao direito alegado, mediante o ingresso no Poder Judiciário pela petição inicial. O Direito de ação, embora se tenha falado em direito de ação, trata-se em verdade, conforme já dissertado em capítulo anterior, do exercício efetivo do direito, ou seja, quando o titular do direito se movimenta no sentido de satisfazer sua pretensão sem qualquer atividade voluntária do sujeito passivo da relação processual, não se confunde com aquele. Ou, como prefere Silva, “caracteriza-se sempre, segundo a doutrina, por uma atividade dirigida à remoção do ‘obstáculo impeditivo’ ao gozo do direito” (2006, p. 96).

Se o Estado só pode prestar aquele tipo de tutela jurisdicional que lhe foi pedida, é fácil compreender a importância teórica e prática da determinação do conceito de *demand*. Se a atividade jurisdicional só se desenvolve quando provocada, se nosso direito não conhece casos de proteção estatal, por meio de jurisdição, aos eventuais direitos individuais senão quando o próprio titular a requeira, a *demand* passa a ser o parâmetro, ou a baliza que define e limita a controvérsia (lide) que lhe é apresentada, respondendo ao pedido de tutela jurisdicional *contido na demand*. A tal obrigou-se o Estado

a partir do momento em que, proibindo a realização privada do direito, avocou a si o monopólio da jurisdição. (SILVA, 2006, p. 211-212 - a)

Assim, direito de demandar é compreendido pelo direito de levar a conhecimento do Poder Judiciário o direito objeto da lide, que uma vez declarado passará a ser exercido efetivamente (ação), não havendo que se falar em coincidência entre ambos os institutos.

O direito de demandar é correlato ao princípio do acesso à justiça, garantido a todos de forma indistinta e abstrata, sendo irrelevante que o demandante seja ou não titular de um direito. O direito de demandar é aquele dado ao autor para que possa ingressar na esfera judicial e que ao final da demanda de reconhecimento do direito e legitimação do Estado-juiz, este possa satisfazer sua pretensão.

Enquanto o direito de livre acessar o Poder Judiciário é o direito abstrato conferido a todos os indivíduos, de forma impessoal, cumprindo assim o dever estatal de não deixar de apreciar toda ameaça ou lesão a direito (Art. 5º, XXXV da CF). O direito de demandar é a concretização desse direito, que independe da sorte do demandante, exteriorizando-se quando este ingressa no Poder Judiciário requerendo tutela jurisdicional.

Observe que há diferença substancial entre ação e o direito dado a todos os indivíduos de forma genérica e abstrata de levar ao conhecimento do Poder Judiciário uma possível lesão ou ameaça a direito, portanto, o exercício do princípio do acesso à justiça. Aquele (ação), dentro do Estado Democrático de Direito, é posterior a este (demanda), já que o Estado deve se basear em toda a estrutura legislativa criada para garantir a segurança jurídica.

Assim, conforme alertado por Silva, da mesma forma como ocorre na ação de direito material, não se pode falar, neste momento de exercício da pretensão (portanto ação, e não mera demanda), de uma pretensão procedente, como se pudesse haver “direitos improcedente” ou “pretensões improcedentes”. Segue Silva afirmando:

O direito é ou não é, existe ou não existe, tal como a faculdade de exigir sua satisfação, que igualmente existe ou não existe. Procedência e improcedência são categorias de direito processual que correspondem ao resultado da investigação que no processo se faz para determinar justamente essa existência ou inexistência do direito e da pretensão. No plano do direito material, o direito existe e será sempre procedente quando invocado no processo; ou não existe e o resultado será a improcedência da demanda em que o pretenso titular afirmara sua existência (2006, p. 65 - a)

Podemos observar na seguinte passagem que questões quanto à procedência ou improcedência de uma demanda somente cabem na fase processual da satisfação da pretensão. Para fundir com as idéias trazidas no presente trabalho, as discussões quanto à procedência ou improcedência são categorias discutidas quando do exercício da demanda, portanto na fase de

conhecimento. Até porque, conforme nosso entendimento trazido nos capítulos iniciais, não podemos falar em ação, assim em exercício da pretensão, de forma independente do direito trazido a baila. Não há a possibilidade, até mesmo no plano da lógica, de exercer algo que não existe, somente exercerei um direito existente, reconhecido pela lei e pelo juiz.

Tal distinção se torna absolutamente necessária, já que assim podemos observar de forma consciente a existência de duas fases processuais na dinâmica processual, sendo que apenas uma compreende o efetivo exercício do direito, portanto ação, e não mera demanda. Sendo a demanda é um meio para o fim que é a satisfação da pretensão mediante a ação.

## CAPÍTULO 4 - JURISDIÇÃO SOB A ÓTICA DO ESTADO LIBERAL E ESTADO SOCIAL

O Direito de Demandar não se confunde com o exercício efetivo do Direito (Ação). Para que possamos compreender ainda mais as dificuldades existentes no Processo para solução das lides de forma célere e justa, necessário trazer os conceitos dos institutos que permeiam o Processo, compreendendo, assim, o conceito de Jurisdição, observando o contexto histórico ao qual foi concebido e o alcance ao qual o Estado lhe quis dar.

Quando o Estado é constituído, segundo as necessidades dos indivíduos que o compõe, terá como finalidade a felicidade e a paz daqueles que o criaram. Para tanto, o Estado necessitará utilizar poderes, com força coercitiva, bem como monopolizar a função de pacificar conflitos.

A função atribuída ao Estado para pacificar os conflitos sociais é a chamada função Jurisdicional. Tal poder/função sempre será regrada e conceituada de acordo com os anseios do Estado, seguindo as diretrizes trazidas na Constituição Federal, buscando, portanto, sempre diminuir as desigualdades sociais e promover o bem de todos. É o que nos Ensina Marinoni e Arenahrt:

“Se o Estado brasileiro está obrigado, segundo a própria Constituição Federal, a construir uma sociedade livre, justa e solidária, a erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais, e ainda promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação (art. 3º, da CF), os fins da jurisdição devem refletir essas idéias.” (MARINONI, ARENHART, 2004, p. 36).

Ocorre que todas as construções jurídicas ocorridas no ocidente, baseadas nos ideais iluministas e liberais, buscaram sempre a mínima intervenção do Estado, haja vista que toda a sociedade medieval se viu assolada pelos abusos e excessos de poder dos monarcas, culminando na Revolução Francesa e outras movimentações sociais que almejavam a limitação do poder estatal concentrada na figura do *príncipe*. Dessa forma sendo um Estado Liberal que valoriza os direitos de 1º dimensão, portanto, aos direitos de liberdade que vislumbram uma atuação negativa do Estado, essa foi a base ideológica que se serviu de pedra angular na constituição da função jurisdicional do Estado.

Toda construção teórica é marca pelos ideais volitivos e axiológicos de determinado contexto-social. Assim todos os institutos jurídicos criados dentro um contexto social político

terá determinado em sua constituição todos os valores daquele momento. É o que vemos na seguinte passagem:

Na verdade, a teoria do processo é marcada pela noção de Estado própria de um determinado momento histórico. A teoria do processo tem como seu instituto fundamental a jurisdição; a jurisdição e os demais institutos fundamentais do processo tiram a sua cor da noção de Estado. Daí a importância da teoria geral do Estado para o correto desenho dos institutos processuais.

E segue:

A teoria do processo, como valor cultural, não pode escapar a idéias do histórico. Os valores se expressam através de formas que se inserem dentro da consciência das épocas. A teoria do processo, portanto, também reflete a idéia de uma época. (MARINONI, 2000, p. 21/22)

No Estado Liberal a atividade estatal resume-se a uma atuação negativa, ou seja, na não intervenção nas relações privadas. Ante tal fato, satisfazendo a uma pretensão estatal de não intervir, sua função jurisdicional passou a se resumir na declaração de direitos, sem que necessitasse ingressar na seara privada, não ingressando no patrimônio do particular.

Assim, a conceituação de Jurisdição defendida por Montesquieu sempre satisfaz a pretensão estatal, constituindo o juiz somente o “boca da lei”, declarando direitos ao aplicar a lei ao caso concreto, não lhe cabendo fazer qualquer interpretação, muito menos lhe permitindo uma atuação ativista. Quando a norma fundamental estabelece diretrizes de ordem liberal o processo de subsunção refletirá tal pretensão, é que observamos na seguinte passagem:

Assim, a jurisdição, ao aplicar uma norma ou fazê-la produzir efeitos concretos, afirma a vontade espelhada na norma de direito material, a qual deve traduzir, já que deve estar de acordo com os fins do Estado, as normas constitucionais que revelam suas preocupações básicas. (MARINONI, ARENHART, 2004, p. 36).

Assim as fontes constitutivas da função Jurisdicional, baseou-se nesse meio histórico que se encontravam os estudiosos que primeiramente a conceituaram.

Até então o direito de se socorrer do Estado para satisfazer a pretensão do particular, garantia apenas a proteção das liberdades, da propriedade e da manutenção das dinâmicas de mercado, portanto, pretensões burguesas. É o que nos ensina Marinoni:

Na época do Estado liberal, o direito de ação, quando finalmente visto de forma dissociada do direito material, foi concebido como direito de pedir à Jurisdição a realização do direito material que fora negado pelo obrigado. Nesta dimensão, o direito de ação, embora já definido como um direito

dirigido contra o Estado, era visto apenas como uma garantia da efetividade das posições substanciais outorgadas aos cidadãos pelo Estado burguês. O direito de ação, em outras palavras, apenas tinha sentido como garantia da proteção da liberdade, da propriedade e, ainda, da manutenção do funcionamento dos mecanismos de mercado, através da outorga do equivalente em dinheiro ao credor que não tivera o seu direito de crédito adimplido. (MARINONI, 2010).

Ocorre, entretanto, que diante do presente Estado Social, em que o poder estatal deve militar no sentido de suprir as necessidades coletivas e públicas, não poderá apenas se resumir a declarar o direito ao caso concreto, abstando-se de interferir nas relações privadas. Neste momento, buscando dar aplicação aos direitos de 2º dimensão, deverá praticar uma atuação positiva, interferindo assim nas relações sociais.

Imaginar hoje que o juiz seja apenas “boca da lei”, como no século XVIII pretendia Montesquieu, depois de tudo o que escreveu e de todas as vicissitudes que marcaram o trágico século XX, afigura-se, para a grande maioria de nossos juristas, uma grosseira heresia, fruto de ingenuidade, quando não de uma indesculpável ignorância. (SILVA, 2006, p. 89)

- E Segue:

Afinal, exorcizada, que teria sido, a concepção que fazia do juiz um simples oráculo da “vontade do legislador”; definitivamente superada a doutrina que dizia ser o Judiciário um “poder nulo”, posto que incumbido de apenas declarar o que dissera o legislador; eliminada a ilusão de que a sentença seja somente declaratória, como pretendia o supostamente superado século XIX – mito que a filosofia do Direito, especialmente no campo da hermenêutica, desfez nos últimos cem anos -, para reconhecer que a sentença tem uma dose significativa de *vontade*; que afinal o Poder Judiciário exerce função criadora de direito; se todo esse progresso foi conseguido a custa do trabalho incessante da doutrina dos processualistas, então não se lhes deverão acusar de responsáveis pela crise vivida pelo Poder Judiciário. Eles teriam dado a contribuição que lhes poderia exigir. (SILVA, 2006, p. 89).

Tal movimentação se dá de forma mais acentuada no campo do direito público, porém deverá refletir de forma ampla nas relações privadas, havendo uma atuação mais positiva não só das autoridades políticas, mas também dos entes pertencentes ao Poder Judiciário na busca pela Justiça.

Passaremos a analisar a surgimento dos direitos de primeiro e segunda geração (ou como outros preferem direitos de primeira ou segunda dimensão, já que este conceito não estabelece uma idéia de superação de direitos de diferentes “gerações”, mas sim uma correlação de direitos) e o contexto histórico, para que assim possamos compreender a

essência do conceito de Jurisdição no Estado Liberal e o conceito de Jurisdição no Estado Social.

Para Norberto Bobbio os direitos fundamentais são direitos históricos, ou seja, direitos criados a partir da evolução histórica e de acordo com os anseios e necessidades sociais. Os direitos de primeira dimensão possuem origem basicamente no final do séc. XVIII, possuindo como evento principal a Revolução Francesa e a Independência dos Estados Unidos (movimentos burgueses e liberais).

Conforme nos ensina Bonavides, o lema revolucionário esculpido pelo gênero político francês exprimiu em três princípios cardeais todo o conteúdo possível dos direitos fundamentais, profetizando até mesmo a seqüência histórica de sua gradativa institucionalização: liberdade (direitos de primeira dimensão), igualdade (direitos de segunda dimensão) e fraternidade (direitos de terceira dimensão). (BONAVIDES, 2006, p. 526).

Os direitos de primeira dimensão dizem respeito aos chamados *direitos negativos*, ou seja, direitos que reclamam uma atuação negativa do Estado frente aos direitos individuais. São os direitos de liberdade, os primeiros a constarem de instrumento normativo constitucional, a saber, os direitos civis e políticos, que em grande parte correspondem àquela fase inaugural do Constitucionalismo do Ocidente (BONAVIDES, 2006, p.564).

Os direitos de primeira dimensão ou direitos da liberdade têm por titular o indivíduo, sendo oponíveis ao Estado, traduzem-se como faculdades ou atributos da pessoa e ostentam uma subjetividade que é seu traço mais característicos, constituindo direitos de resistência ou de oposição perante o Estado (BONAVIDES, 2006, p. 564).

Os direitos políticos entram na categoria de *status negativus* e demonstram a nítida separação entre a sociedade e o Estado. Sem o reconhecimento dessa separação, não se pode aquilatar o verdadeiro caráter antiestatal dos direitos da liberdade, o que externa o levante social diante do poder estatal absoluto.

Tais direitos *inaugurais* exigem da parte dos outros, inclusive do Estado, obrigações puramente negativas, que implicam a abstenção de determinados comportamentos. Tais direitos emergiram quando houve uma grande alteração do contexto histórico-social, ocorrendo uma inversão, característica da formação do Estado Moderno, ocorrida na relação Estado e cidadão: passou-se da prioridade dos deveres do súdito à prioridade dos direitos do cidadão, surgindo um modo diferente de encarar a relação política, não mais predominantemente do ângulo do soberano, e sim daquele do cidadão, em correspondência com a afirmação da teoria individualista da sociedade em contraposição à concepção organicista tradicional (BOBBIO, 2004, p. 41).

Assim, passou a se analisar a sociedade a partir de baixo, ou seja, dos indivíduos que a compõem, em oposição à concepção orgânica tradicional, segundo a qual a sociedade como um todo vem antes dos indivíduos. Tal dinâmica ocorreu de forma natural, tornando-se algo irreversível, afirmando um direito de resistência à opressão, pressupondo um direito mais originário e substancial, o direito do indivíduo não ser oprimido (BOBBIO, 2004, p. 21).

Surgem, assim, diante dos movimentos sociais que lutavam pelas liberdades civis, da luta dos parlamentos contra os soberanos absolutos, da liberdade política e as liberdades sociais, do nascimento, crescimento e amadurecimento do movimento dos trabalhadores assalariados, se mostrando o direito à liberdade como um direito inato e adquirido, transmitido ao homem pela natureza e não por uma autoridade constituída.

Observamos, assim, que um movimento extremamente legítimo para a sua época, que lutou pela conquistas dos direitos individuais, encabeçado por ideais burgueses e liberais, foi o contexto histórico para construção do Estado Moderno e todas as construções jurídicas que lhe pertencem. Ocorre, todavia, que tal fato maculou, como consequência lógica, todos os institutos, inclusive a Jurisdição, da máxima liberal de não intervenção.

Com o desenvolvimento das relações sociais e do surgimento de novas relações mais complexas, novas necessidades foram surgindo, reclamando assim uma participação mais ativa do Estado, não lhe cabendo apenas declarar direitos e não intervir na vida privada. Surgem assim os direitos de segunda dimensão.

Os direitos de segunda dimensão só podem ser realizados se for imposto a outros, inclusive o Estado, não uma obstenção, mas um certo número de obrigações positivas. Houve uma passagem, não uma substituição (daí direitos de segunda dimensão), dos direitos de liberdade para os direitos políticos e sociais, que requerem uma intervenção direta do Estado.

Sendo direitos que reclamam atuação positiva do Estado, de forma inversa daqueles de primeira dimensão, clamam também por uma organização dos serviços públicos, em que o Estado diante da maquina estruturada, irá prestar os serviços sociais, fazendo surgir o Estado Social. Assim, os direitos sociais (nascidos não no momento de luta contra o poder absoluto) não se realizam por meras declarações, mas somente serão satisfeitos com a ampliação dos poderes do Estado.

Bobbio, em uma passagem extremamente feliz, nos ensina que “Não é verdade que o aumento da liberdade seja sempre um bem ou o aumento do poder seja sempre um mal” (2004, p.77).

Tal atividade comissiva do Estado também é observada por Bonavides na seguinte passagem:

Os direitos sociais fizeram nascer a consciência de que tão importante quanto salvaguardar o indivíduo, conforme ocorreria na concepção clássica dos direitos da liberdade, era proteger a instituição, uma realidade social muito mais rica e absoluta. A participação criativa e à valorização da personalidade que o quadro tradicional de solidão individualista, onde se formara o culto liberal do homem abstrato e isolado, sem a densidade dos valores existenciais, aqueles que unicamente o social proporciona em toda a plenitude. (2006, p. 564)

Observe que a efetividade do direito mediante uma eficiente tutela jurisdicional é o fim do próprio direito, não se confundindo este com o instrumento que permite tal dinâmica, reclamando os *novos direitos* uma atuação que extrapolem uma declaração do Estado.

Assim, o ato jurisdicional fim do Processo de Conhecimento, ou seja, a sentença declaratória, não será mais, como a doutrina tradicional chegou a se referir, meras declarações de direitos ou meras normas pragmáticas, sem eficácia direta e imediata que, no máximo, vinculariam o legislador. Necessitamos tratar tais atos jurisdicionais, que embora tenham profundo vínculo declaratório, como instrumentos de grande capacidade de produzir efeitos no plano extraprocessual, inclusive com caráter obrigatório.

Este gravíssimo equívoco foi possível e tem ganho a dimensão impressionante que se verifica da aceitação, de certo modo implícito, de tal pressuposto pela doutrina contemporânea, em virtude de um outro engano não menos grave, a respeito do conceito de jurisdição. J. FREDERICO MARQUES, ao tratar das chamadas “ações de conhecimento”, dá-nos um bom exemplo desta limitação conceitual, ao escrever que, “nas ações de conhecimento, constitui objeto da tutela jurisdicional o pronunciamento da sentença que componha o litígio” (Manual de direito processual civil, v. 2, § 48). Para ele, como de resto para a doutrina em geral, tutelar significa declarar (“pronunciar”) o direito. O que sobra – as demais eficácias do ato sentencial – são efeitos da tutela, e, por definição, devem estar fora de seu conteúdo (SILVA, 2006).

Dessa forma, a função jurisdicional do Estado/Juiz não deve se resumir apenas a declaração de existência do direito subjetivo do indivíduo, mas, além disso, deverá praticar todos os atos necessários para que o titular do direito tenha sua pretensão efetivamente satisfeita, realizando o direito. Observe que o titular do direito subjetivo poderá ver dez sentenças declaratórias prolatadas, mas sem que nenhuma delas lhe traga a satisfação da sua pretensão, haja vista que caberá ao sujeito passivo cumprir a determinação judicial de forma voluntária. Demonstrando que o ato jurisdicional declaratório traz a cor dos ideais liberais de não intervenção.

A função Jurisdicional deverá estar estritamente vinculada à efetividade da sua prestação, garantindo uma igualdade real e não forma de mero acesso ao poder judiciário. Sendo que a atuação positiva do magistrado é fundamental para a efetividade da sua prestação jurisdicional, é o que nos ensina Silva na seguinte passagem:

Um juiz ativo é fundamental para a concretização dos direitos e garantias fundamentais.

Portanto, o papel do juiz moderno no processo não é de mero espectador ou um “mero convidado de pedra”, na democracia participativa deve se preocupar em dar o rumo ao processo de modo que todos devam dele participar com as mesmas oportunidades (SILVA, 2010, p. 05).

A doutrina clássica defende a existência de uma atividade jurisdicional complementar, quando a mera declaração do direito não satisfaz a pretensão do autor da demanda, sendo necessária uma nova prestação para que o direito levado a juízo seja devidamente tutelado. Chegando inclusive a separar a dinâmica jurisdicional em atividade de *reconhecer* e a atividade de satisfazer, é o que preleciona Bueno:

É certo, contudo, que o processo não se volta apenas ao *reconhecimento* do direito pelo Estado-Juiz. Há aqueles casos em que tal reconhecimento não é o bastante para a satisfação daquele que rompe a inércia da jurisdição. Há, por isso mesmo, atividades jurisdicionais verdadeiramente *complementares* com vistas à satisfação do direito tal qual reconhecido. Seu estudo, contudo, não é o objeto de considerações nesta sede. Por ora, basta pesquisar como o Estado-juiz *reconhece* direitos, deixando para outros momentos do *Curso* a pesquisa em torno de sua *satisfação* (BUENO, 2007, p. 61).

Assim, é necessário que haja equilíbrio entre a dinâmica processual civil de prestação da tutela jurisdicional e o resultado dessa dinâmica, devendo aquela se mostrar adequada e eficaz para atingir este. Senão vejamos:

Ele tem que começar pela Constituição Federal e verificar em que medida o direito processual civil como um todo e cada um de seus institutos, a “jurisdição”, a “ação”, o “processo”, e “defesa”, para mencionar os considerados institutos “fundamentais”, mostram-se capazes de realizar adequadamente o equilíbrio entre aquelas duas vertentes: a obtenção dos resultados práticos e concretos do processo (que, última análise, justificam sua própria razão de ser, como método de atuação do Estado Democrático de Direito), e a *técnica* que existe, que se desenvolveu enormemente desde os primeiros estudos “científicos” do direito processual civil e que faz as vezes de criar as condições mínimas (os meios) para atingimento daqueles fins (BUENO, 2007, p. 61).

Tratando-se o Processo Civil de um reflexo das diretrizes do Estado, portanto refletindo todos os preceitos elementares previstos na Constituição Federal, representará um *macrocosmo* do Estado Democrático de Direito, conforme nos ensina Bueno, devendo, portanto apresentar um balanceamento entre os princípios e garantias fundamentais com o

outro *princípio* constitucional da Efetividade da Tutela Jurisdicional. É o que faremos no próximo capítulo.

## CAPÍTULO 5 – COLISÃO ENTRE OS PRINCÍPIOS DO CONTRADITÓRIO, AMPLA DEFESA E SEGURANÇA JURÍDICA EM FACE DO PRINCÍPIO DA EFETIVIDADE DA TUTELA JURISDICONAL

A dinâmica de satisfação da pretensão pelo Estado deve ser baseada em leis previamente estabelecidas, devendo o Processo de Conhecimento observar os *princípios* garantidos na Constituição Federal, representando ao final, conforme já afirmado anteriormente, um macrocosmo do Estado Democrático de Direito.

Ocorre que para o alcance efetivo da sua finalidade e para a ratificação extraprocessual dos direitos objetivamente previstos nas mais diversas leis materiais, tal dinâmica deve ser prestada em tempo razoável, ou melhor, de forma célere. Porém, para tanto, a prestação jurisdicional esbarrará em *princípios* garantidores do réu na demanda processual.

Assim, o magistrado militante, ativo, ao prestar a Jurisdição de forma célere entrará em conflito com os princípios do contraditório e ampla defesa, que visam resguardar principalmente o sujeito passivo da relação processual.

Para análise do conflito de princípios ou colisão de princípios elegemos o estudo de Virgílio Afonso da Silva sobre a teoria dos princípios e regras de Robert Alexy para o presente embate.

Inicialmente insta estabelecer a distinção entre princípios e regras, sobre uma análise estrutural e não quanto à fundamentalidade dos institutos. A partir de então poderemos analisar a colisão dos princípios que permeiam a dinâmica prestacional estatal.

Virgílio pondera que desde a promulgação da Constituição Federal de 1988, o debate sobre os princípios jurídicos ganhou cada vez mais espaço. Sendo que as primeiras discussões eram meramente classificatórias, buscando-se tipologias de princípios à luz do novo ordenamento jurídico constitucional, pretendendo sempre distinguir os princípios segundo sua importância, sua especialidade ou sua matéria. Havia sempre os princípios mais fundamentais e os princípios menos fundamentais, os princípios gerais e os princípios especiais, dentre outras contraposições (SILVA, 2008, p.30).

Para Silva o critério que Alexy utilizou para distinguir princípios e regras é um critério estrutural, e não meramente segundo critérios materiais, em que se realiza a classificação acima mencionada. Para esse critério estrutural, não se leva em consideração a fundamentalidade, nem generalidade, nem abstração, nem qualquer outro critério da mesma

natureza valorativa. Assim, muito do que se entende por princípio fundamental – a anterioridade da lei penal – é segundo, o presente critério, uma regra e não princípio. (SILVA, 2008, p.30).

As teorias ao dissertarem sobre a distinção entre princípios e regras normalmente classificam as teorias em três grandes categorias: I – teoria que propõe uma distinção forte; II – teorias que propõem uma distinção débil; e III – teorias que rejeitam a possibilidade de distinção. (SILVA, 2008, p. 30)

Segundo a primeira teoria (distinção forte), os princípios e regras são normas que têm estruturas lógicas diversas. Assim, não se poderia falar em mera distinção gradual entre ambos os tipos de normas.

Para a teoria que propõem uma distinção débil, pressupõe que a diferença entre ambas não é assim tão íntima quanto à primeira, havendo uma mera diferença de grau.

Já para a última, defende que princípios e regras são absolutamente idênticos, ou o grau de semelhança é tão grande que uma diferenciação definitiva se torna impossível (SILVA, 2008, p.31).

Alexy, segundo alertado por Silva, é adepto da primeira teoria, o que permite realizar o estudo sobre suas análises, permitindo sua utilização no presente trabalho.

Segundo Alexy, quando do desenvolvimento do conceito de mandamento de otimização, princípios são normas que exigem que algo seja realizado na maior medida do possível diante das possibilidades fáticas e jurídicas existentes, e não de observação obrigatória. Já as regras, se válidas, devem sempre ser realizadas, sempre por completo, assim o grau de realização dos princípios, ao contrário, poderá sofrer variações, principalmente quando houver “colisão” entre princípios que estabelecem a realização de direitos e deveres distintos diante de uma mesma situação jurídica e concreta. (SILVA, 2008, p.32)

Para delimitar ainda mais a distinção desses dois fenômenos, Alexy utiliza uma importante diferenciação na forma de aplicá-los, usando as figuras do “conflito entre regras” e da “colisão entre princípios”. (SILVA, 2008, p.32).

No caso de aplicação das regras, e de seus conflitos, vale o raciocínio “tudo ou nada”. Quando duas regras entram em conflito, isso poderá ser sanado por meio do estabelecimento de uma espécie de “cláusula de exceção” em uma das duas regras (na primeira estabelecida). Porém quando regras conflitantes estabelecem conseqüências jurídicas, para a mesma circunstância fática, inconciliáveis, a aplicação da cláusula não será possível, devendo assim, ocorrer o reconhecimento da invalidade de uma delas.

Nos casos conflitantes entre regras, estamos frente a uma questão que se refere exclusivamente a um problema de validade, não podendo esta sofrer qualquer gradação, sendo ela válida ou não.

Silva apresenta alguns exemplos para elucidar tal teoria. O primeiro deles é o caso de haver uma regra que proíbe que os alunos de uma determinada escola deixem suas salas de aula antes que o sinal soe e, no conjunto de regras da mesma escola, há uma outra regra que impõe que esses mesmos alunos saiam de suas salas se tocar o alarme de incêndio, havendo um conflito parcial, vez que a consequência jurídica da segunda não é compatível com a proibição total de sair da sala antes do sinal. Para solucionar tal conflito é necessário analisar a máxima de que “lei especial derroga lei geral” e, assim, a segunda regra será encarada como exceção à primeira.

Em um segundo exemplo, há uma regra que proíbe e outra que permite fumo nas salas de aula, havendo um conflito total de regras. Não se permite a instituição de uma cláusula de exceção, vez que as consequências jurídicas são totalmente excludentes entre si, aplicando-se outra máxima de que “lei superior derroga lei inferior”. O resultado será a declaração de invalidade de uma das regras (SILVA, 2008, p. 34).

Já para a colisão de princípios não se exige declaração de invalidade de nenhum deles e também não é possível que se fale que um princípio impõe uma exceção a outro.

Nos casos de colisão de princípios, o que se exige é a definição de relações condicionadas de precedência, vez que nos princípios há mandamento de otimização. Sendo assim, exigem que algo seja realizado na maior medida do possível, mas sempre de acordo com as possibilidades fáticas e jurídicas do caso concreto.

Ao contrário do que ocorre com os conflitos entre regras, nenhum dos princípios será declarado inválido, sendo necessário realizar um sopesamento entre os princípios colidentes para que se decida qual deles terá preferência, que valerá apenas para determinado caso concreto, já para no caso de análise das regras, não importa qual o caso concreto, este será *sempre* aplicado (SILVA, 2008, p.35).

Analisando os aspectos da teoria apresentada por Alexy, podemos concluir que um princípio nem sempre terá precedência em relação a outro, sendo necessária a análise no caso em concreto.

Conclui Silva que:

“(…)falar em princípio do *nulla poena sine lege*, em princípio da legalidade, em princípio da anterioridade, entre outros, só faz sentido para as teorias tradicionais. Se se adotam os critérios proposto por Alexy, essas normas são

regras, não princípios. Todavia, mesmo quando se diz adotar a concepção, ninguém ousa deixar esses “mandamentos fundamentais” de fora das classificações dos princípios para incluí-los na categoria das regras” (SILVA apud SILVA, 2008, p. 36).

Realizada esta abordagem inicial quanto a teria dos princípios e regras, passaremos a conceituar os princípios do contraditório, ampla defesa, segurança jurídica e efetividade da tutela jurisdicional, e a colisão dos primeiros com o último.

O princípio do contraditório vem expresso no inciso no inciso LV do art. 5º da Constituição Federal: “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”.

O contraditório deve ser entendido como o direito de influir, de influenciar, na formação da convicção do magistrado ao longo de todo o processo. Entende-se o contraditório não como um direito negativo das partes, mas sim de uma participação ativa daquelas que sentirão os efeitos da decisão do magistrado (BUENO, 2007, p.108).

O contraditório, que possui sua previsão legal tanto de ordem constitucional, quanto de ordem infraconstitucional, também reflete os anseios do legislador e do Estado. É o que nos ensina Bueno:

O princípio do contraditório deve ser entendido como diálogo, como cooperação; é a participação *também* no plano do processo. Contraditório é a realização concreta, *também em juízo*, das opções políticas do legislador brasileiro sobre o modelo de Estado adotado pela Constituição brasileira. Contraditório é forma pela qual efetivam-se os princípios democráticos da República brasileira, que viabiliza ampla participação no exercício das funções estatais. (2007, p.108-109)

Bueno salienta que o princípio do contraditório mostra-se tão forte que impõe a sua observância mesmo naqueles casos em que, usualmente, a prêvia e efetiva manifestação das partes não seria sequer concebida, quando da prática dos atos de ofício pelo magistrado.

Alguns autores afirmam que em decorrência da segurança jurídica e por conta do Estado Democrático de Direito, o direito de ouvir a pessoa perante a qual será proferida a decisão é direito *absoluto*, devendo sempre ser observado, sob pena de nulidade do processo.

Júnior enumera três conseqüências básicas desse princípio:

Decorrem três conseqüências básicas desse princípio:

- a) A sentença só afeta as pessoas que foram parte no processo, ou seus sucessores;
- b) Só há relação processual completa após regular citação do demandado; e

- c) Toda decisão só é proferida depois de ouvidas ambas as partes. (JÚNIOR, 1997, p. 29).

Segue afirmando que o contraditório permite que se dê oportunidade à parte não só de falar sobre as alegações do outro litigante, como também de fazer a prova contrária.

Silva assegura que uma das tantas conseqüências da *ordinariedade* é a eliminação das formas superiores de *contraditório*, fazendo com que fique autorizado apenas o contraditório *prévio*, segundo o qual o juiz só poderá conhecer da lide depois de ouvir ambas as partes (*audiatur et altera pars*). O contraditório *diferido*, com o qual se inverte a estrutura da relação processual, para antecipar algum efeito da sentença de mérito (sob cognição superficial), bem como o contraditório *eventual*, não são priorizados na dinâmica jurídico-prestacional, vez que, conforme já desde o direito comum medieval, prefere-se um julgamento depois de ouvir ambas as partes, portanto ao contraditório *prévio*. (2006, p. 145)

Quando falamos em “princípio do contraditório”, temos a mente voltada ao *procedimento comum* (ordinário). Vemos o princípio através da fórmula *audiatur et altera pars*, segundo a qual o juiz não poderá apreciar a lide antes de o réu produzir as suas alegações e provas. (Silva, 2006, p. 146)

Como conseqüência disso fica, de certa forma, vedada ao juiz julgar, exceto em alguns casos com requisitos específicos, com base em simples plausibilidade ou verossimilhança da pretensão afirmada pelo autor. Chegando-se a afirmar que o magistrado ao conceder uma medida liminar, ainda não julgam. Senão vejamos:

Para os praticantes da *ordinariedade* (que somos nós), julgar sob o signo da provisoriedade é não julgar. O *paradigma* elimina a possibilidade de “juízos provisórios”, porque todo juízo provisório corre o risco de ser apenas uma liberalidade ou, pior, uma forma de arbitrariedade cometida pelo juiz, sem correspondência na “vontade da lei”.

Na verdade, como antes indicamos (Cap. III, n° 21), nossos magistrados nem mesmo “decidem”, não possuem “poder decisório”. O sistema conserva-se à idéia de que a função jurisdicional seja uma atividade meramente declaratória, resumida na proposição com que Chiovenda a compreendia, ao dizer que a missão dos juízes limitava-se a revelar a “vontade da lei”, proclamando, conseqüentemente, sua “univocidade” de sentido. Supondo, como o sistema o supõe, que a missão do juiz seja a revelação dessa vontade, teremos, por uma determinação lógica, de supô-la dotada de sentido *unívoco*, posto que seria inimaginável pretender que a lei tivesse “duas vontades” (SILVA, 2006, p. 147).

O segundo princípio em análise, que se comunica diretamente com o primeiro abordado, é o do Devido Processo Legal. Está expresso no inciso LIV do art. 5° da

Constituição Federal: *“ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”*.

É um princípio que gera a legitimação do Estado para a prestação da efetiva tutela jurisdicional, culminando na conformação da atuação estatal a um especial modelo de agir. Deverá agir de acordo com as regras previamente estabelecidas e que assegurem, amplamente, que os interessados exerçam *todas* as possibilidades de ataque e de defesa que lhe pareçam necessárias.

Sua observação pelo Estado deve ocorrer desde o momento em que é provocado pelas partes até o instante em que irá satisfazer a pretensão do titular do direito, criando condições concretas para isso.

Bueno, afirma que é tal princípio é de observância obrigatória pelo Estado, sob pena de cometer flagrante inconstitucionalidade, senão vejamos:

A Constituição Federal brasileira, ao indicar, expressamente, qual é o conteúdo *mínimo* do “devido processo legal”, não permite que qualquer intérprete ou aplicador do direito reduza o seu alcance e sua amplitude sem que isto incida em flagrante (e direta) inconstitucionalidade. Com isso, criam-se condições ainda mais propícias de realização concreta daquilo que se encarregou o n. 2, supra, de demonstrar. (2006, p. 105)

O ultimo princípio ora abordado que colide com a efetividade da tutela jurisdicional é o princípio da segurança jurídica. Este guarda estrita relação condicional com os princípios abordados anteriormente, já que a segurança da ordem jurídica será, a princípio, estabelecida somente com a observância obrigatória daqueles. Pelo menos é o que entende todos os processualistas clássicos.

Explica Bueno que o princípio do contraditório prende-se intrinsecamente ao princípio da segurança jurídica, sendo este um princípio fundante do direito como um todo. Afirma que seu maior reflexo legal encontra-se na “coisa julgada”, prevista no art. 5º inciso, XXXVI da Constituição Federal: *“a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada”*.

Revestida desse princípio as decisões judiciais de mérito não sofreram qualquer alteração quando alcançarem o trânsito em julgado, exceto quando cabível ação rescisória. Dessa forma, ao atribuir o caráter de imutabilidade para as decisões de mérito definitivas, o Estado garante a segurança aos negócios jurídicos e a todas as relações sociais.

É o que observamos na seguinte passagem:

É a sua realização como “contraditório” que interessa ao estudioso do direito processual civil, assim como é a sua aplicação no sistema infraconstitucional

que encontra o seu maior reflexo na “coisa julgada” (referida expressamente no art. 5º, XXXVI, da Constituição Federal e disciplinada nos arts. 467 a 474 do Código de Processo Civil), característica que assumem, de acordo com a doutrina tradicional, forte na redação do art. 467, determinadas decisões jurisdicionais (as de “mérito”) de se tornarem *imutáveis*, isto é, não poderem ser mais discutidas ou modificadas por quem que seja, justamente como forma de eliminar a *insegurança jurídica*. O direito material, quando reconhecido pelo Estado-juiz em determinadas circunstâncias – a que importam para cá, quando realizado, suficiente e exaustivamente, o “contraditório” -, fica *imunizado* de qualquer nova discussão. (BUENO, 2007, P. 112)

E finalmente o princípio da efetividade da tutela jurisdicional ou efetividade do processo, embora não tenha previsão expressa na constituição, sua existência decorre do desdobramento do disposto no art. 5º, inciso XXXV: “*a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito*”.

Embora extremamente interligados, os princípios da efetividade da tutela jurisdicional e o princípio do *acesso à justiça* são distintos, já que este somente assegura a todos os indivíduos que acreditam ser titulares de direito, e uma vez que estes sejam lesados ou ameaçados, possam se socorrer do Estado-juiz para protegê-los. Já o princípio da efetividade da tutela jurisdicional constitui a garantia daquele que se socorreu do Estado de ver sua pretensão efetivamente satisfeita, não se encerrando no mero ajuizamento da demanda, muito menos da declaração do direito.

Observe que tal confusão decorre exatamente de todas as questões já esplanadas nos capítulos anteriores, sendo que garantir o *mero* acesso do demandante ao Poder Judiciário é condição vital para que a efetividade da tutela seja realizada, e uma vez garantido o acesso (condição mínima para o indivíduo, que foi proibido de exercer a autotutela) não se garante que a satisfação da pretensão do autor ocorra.

Tal confusão pode ser observada na seguinte passagem:

O princípio da efetividade do processo também repousa na locução contida no art. 5º, XXXV, de que a lei não excluirá nenhuma *lesão* ou *ameaça* a direito da apreciação do Poder Judiciário, o mesmo que, no n. 3, *supra*, rendeu ensejo à apresentação do “princípio do acesso à justiça”. Este princípio, por vezes, é anunciado como “efetividade da jurisdição”. (BUENO, 2008, p. 146)

Embora um princípio decorra do outro, possuindo uma relação condicional, ambos não se confundem, sob pena de continuarmos presos no paradigma racionalista do Estado Liberal, acreditando que o *simples* acesso ao Poder Judiciário (que na verdade trata-se de uma

obrigação estatal) garantirá de imediato a concretização do direito. Tornando a confundir Processo de Conhecimento com Ação, e dando àquele poder satisfativo.

A efetividade da tutela jurisdicional tem noção nuclear repousada em verificar que, uma vez verificado a lesão ou ameaça a direito, o Estado-juiz, legitimado pelo processo judicial, poderá ingressar no patrimônio do titular (ou praticar qualquer outra atividade, de acordo com a natureza da pretensão do titular do direito) produzindo resultados efetivos e concretos no plano extraprocessual.

Necessário observar que para que a prestação jurisdicional produza efeitos no plano extraprocessual e que caiba na medida da pretensão do autor, ela deverá ser prestada em tempo hábil e coerente. Assim, se faz necessário que o magistrado realize de forma célere a fase inicial de sua legitimação (Processo de Conhecimento), para que no momento da efetiva dinâmica de satisfação da pretensão do autor (ação), esta ainda exista e que a tutela seja de fato efetiva.

O grande problema surge quando o Estado-juiz ao prestar a tutela jurisdicional esbarra em uma mecanismo processual que busca sua perenização, e por conta da observância dos princípios do contraditório, ampla defesa e devido processo legal, tornam a demanda judicial ineficaz para o autor e um esconderijo para o réu. Silva disserta a respeito quando analisa demandas cujo objeto é a guarda dos filhos e separação judicial ou divórcio:

Para uma pálida idéia da complexidade temática envolvida no problema de Elster, tenha-se presente a observação do jurista de que o próprio tempo necessário para que o juiz possa dispor de “cognição exauriente”, descobrindo a problemática “vontade da lei”, poderá causar danos consideráveis ao menor, pois, nestes casos, “El divorcio aparece ser más dañino para La salud mental de los niños cuando La disputa ES reñida” (2006, p. 116).

Dessa forma, sendo tais máximas constitucionais *princípios* e não *regras*, sofrem na sua aplicação o chamado processo de otimização. Aplicam-se os preceitos na medida do possível. E uma vez que nos encontramos em um contexto histórico-social que exige uma maior atuação do Estado no sentido de militar pela concretização dos direitos objetivos, não sendo mais aquele que deve se abster na sua relação com o privado (direitos de liberdade), mas sim praticar uma conduta positiva, sua função somente se esgotará quando efetivamente satisfizer a pretensão do autor da demanda, sendo necessário otimizar o princípio da efetividade face os princípios que lhe são colidentes .

Os mandamentos de otimização determinam que os princípios são normas que exigem que algo seja realizado na maior medida do possível diante das possibilidades fáticas e

jurídicas existentes, não sendo de observação obrigatória, como é o caso das regras. Assim, diante do contexto os princípios do contraditório, ampla defesa e devido processual legal devem ser exercidos na *maior medida do possível*, de modo a garantir o fim máximo do direito processual.

Sendo que uma vez servindo tais princípios como obstáculos para a satisfação da pretensão, já que engessamento do processo de conhecimento é o que retarda a prestação efetiva da jurisdição, deverá ocorrer uma preferência pelo princípio da efetividade da jurisdição.

Esse é o entendimento de Bueno, que o expressa na seguinte passagem:

Sem desconhecer que os princípios jurídicos, normas jurídicas diferentes das regras, não são mais ou menos fortes do que outros, é importante enfatizar a importância – a preponderância – do princípio da efetividade da jurisdição. É por ele que se deve repensar o processo civil todo de uma perspectiva que, se não é nova, é carente de uma maior reflexão. Para ir direto ao ponto saliente deste *princípio*, o processo civil deve gerar resultados práticos e concretos para aqueles que procuram o Estado-juiz de que tem razão de levar as conseqüências práticas e reais desta sua razão, deste seu convencimento para casa e ir em paz, feliz, satisfeito e o mais rápido possível. (2008, p. 147).

Bueno afirma que observar os princípios do contraditório e o devido processo legal não geram a ineficácia dos direitos reconhecidos pela lei e pelo juiz, diz que é seguir um trâmite que ambos os interessados poderão ser ouvidos na medida de seus direitos.

O que defendemos não é a inaplicabilidade de tais princípios, já que isso demonstraria um retrocesso do Direito Processual Civil, que culminaria da prática de arbitrariedades. Porém devemos nos preocupar em aplicar tais princípios, de modo a externar o Estado Democrático de Direito, e ao mesmo tempo garantir que as finalidades do Processo sejam alcançadas.

Uma vez destituído de instrumentos capazes de torná-lo concreto, o Direito torna-se mero reflexo de um código de papel, sem qualquer efeito extraprocessual e sem qualquer resultado material. Uma vez destituído de instrumentos capazes de concretizar de forma eficaz e adequada o direito material, este se tornará meras declarações políticas, sem qualquer efeito vinculante e de observância obrigatória.

## CONCLUSÃO

O foco deste trabalho consistiu no propósito de realizar uma análise crítica quanto aos elementos constituintes do Processo, observando quanto aos possíveis motivos que geram a não concretização dos direitos objetivamente assegurados em lei e reconhecidos pelo magistrado.

Para tanto, primeiramente foi feita uma abordagem a respeito da origem dos mecanismos de pacificação de litígios e da função do Estado na prestação da tutela jurisdicional dos direitos legalmente reconhecidos.

Nesse ponto inicial foi possível auferir a importância social da atuação deste ente na promoção da organização e harmonia sociais, ao qual não resta apenas prever direitos de forma abstrata em seus mandamentos legais, mas também fazê-los cumprir determinando sua aplicação ao caso concreto, quando não cumpridos espontaneamente por seus destinatários.

Após demonstrada toda evolução histórica e aplicação da função jurisdicional do Estado, foi contemplada as questões ideológicas que envolveram a construção da poder/função estatal, que acentuadamente influenciam nos efeitos produzidos pelo processo no plano material. Foram apontadas as influências que a ideologia gera na construção do saber humano, bem como demonstrada a necessidade de se compreender que o Direito Processual Civil e conseqüentemente o Processo são construções humanas, provenientes do processo de exteriorização e interiorização do Espírito humano. Tal entendimento nos permitirá o desvencilhamento do Paradigma Racionalista criado pelo Estado Burguês, nos permitindo construir um Processo voltado não para os interesses de um grupo de classes, mas sim para os homens de forma genérica e impessoal.

Em seguida, foram descritas: o conceito do movimento na esfera extraprocessual de do estabelecimento do direito subjetivo, da pretensão, da exigibilidade desta e do surgimento do direito da ação de direito material (*actio*). Após essas considerações demonstramos que o Estado monopolizando as formas de pacificação social, substituiu-as pelo instrumento público chamado Processo. Ocorre, todavia, que tal substituição não ocorreu de forma satisfatória, de modo a garantir a concretização dos direitos previstos em lei e pertencentes ao particular.

Nesse aspecto do trabalho, restou amplamente demonstrada a importância da atuação do Poder Judiciário, pois, incumbido pelo Estado do desempenho da prestação da tutela

jurisdicional, é imprescindível que a desempenhe em tempo hábil a não gerar a ineficácia prática dos direitos, cujos titulares rogam-lhe proteção.

Na seqüência, foi exposto o contexto histórico-social em que ocorreu a construção do conceito de Jurisdição, passando pelos ideais burgueses do Estado Liberal, externados nos direitos de primeira dimensão, que influenciou demasiadamente na não produção de efeitos extraprocessuais pelo instrumento estatal de pacificação. Em seguida abordamos a novo contexto histórico, demonstrando que as necessidades sociais são outras, sendo que reclamam uma participação estatal positiva e não mais passiva. Somente a partir do momento que compreendermos todas essas questões, que parecem estar em um mundo abstrato e distante, poderemos de fato construir um novo instrumento capaz de concretizar os direitos materiais e ao mesmo tempo garantir o Exercício do Estado Democrático de Direito.

Após a análise e discussão crítica a respeito dos dados coletados, foi possível auferir conclusão no sentido de que tais construções ideológicas e volitivas geram efeitos diretos no alcance do Processo, conseqüentemente, na efetividade prática dos direitos e garantias fundamentais.

Finalmente, utilizando o método criado por Alexy para análise das colisões dos princípios, realizamos estudo a respeito da colisão entre os princípios do contraditório, ampla defesa e segurança jurídica, frente ao princípio da efetividade da tutela jurisdicional. Remetendo-nos ao capítulo segundo onde falamos a respeito possibilidade de questionarmos verdades absolutas que nos foram impostas, e observando que tais máximas são princípios, estes deverão ser aplicados na maior medida do possível, sempre observando quais os anseios sociais.

Em outras palavras, observa-se uma grande necessidade de dar preferência ao princípio da efetividade da tutela jurisdicional, como forma de se auto-afirmar os Estatutos de Direitos Materiais, sob pena desses se tornarem meras folhas de papéis.

Por fim, todo estudo desenvolvido no presente trabalho caminhou no sentido de nos conscientizar a respeito de toda carga ideológica que envolve a prestação da tutela jurisdicional realizada pelo Estado. Sendo que somente a partir de então a construção de um instrumento capaz satisfazer os anseios sociais se tornará possível.

## REFERÊNCIAS

ARENHART, Sérgio Cruz; MARINONI, Luiz Guilherme. **Manual do processo de conhecimento: a tutela jurisdicional através do processo de conhecimento**. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2004.

BENTO, Flávio; MACHADO, Edinilson Donisete. **A efetividade da tutela jurisdicional a legislação brasileira**. Disponível em: < <http://www.diritto.it/pdf/28029.pdf>>. Acesso em: 27 de outubro de 2010.

BOBBIO, Noberto. **A era dos direitos**. Rio de Janeiro: Campus, 2004.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Malheiros Meditadores, 2006.

BUENO, Cássio Scarpinella. **Curso sistematizado de direito processual civil**. São Paulo: Saraiva, 2007.

CHAUÍ, Marilena. **O que é ideologia**. São Paulo: Brasiliense S.A., 1997.

GONÇALVES, Marcus Vinícius Rios. **Novo curso de direito processual civil**. São Paulo: Saraiva, 2009.

JÚNIOR, Huberto Theodoro. **Curso de Direito Processual Civil**. vol. I. Rio de Janeiro: Forense. 1997.

LAGINSKI, Petruska. **A deslealdade processual no código de processo civil brasileiro**. 2004. 130 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Fundação de Euripedes Soares da Rocha, 2004.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Novas linhas do processo civil**. São Paulo: Editora Malheiros, 2004.

MARINONI, Luiz Guilherme. **O direito de ação na constituição brasileira**. Disponível em: < [www.professormarinoni.com.br/.../20090909022054Direito\\_de\\_acao.doc](http://www.professormarinoni.com.br/.../20090909022054Direito_de_acao.doc)>. Acesso em: 27 de outubro de 2010.

SILVA, Nelson Finotti. **A paridade de arma no Processo Civil**. Disponível em: <[http://www.manualdeprocessocivil.com.br/arquivos/artigo\\_nelson2.pdf](http://www.manualdeprocessocivil.com.br/arquivos/artigo_nelson2.pdf)>. Acesso em: 27 de outubro de 2010.

SILVA, Ovídio A. Baptista da. (a) **Curso de processo civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

SILVA, Ovídio A. Baptista da. **Processo e ideologia**. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

SILVA, Virgílio Afonso. **A constitucionalização do direito**. São Paulo: Malheiros Meditadores, 2008.