

LUCIANO LUCIO DE CARVALHO

**PRESTAÇÃO JURISDICIONAL EFETIVA: UM DIREITO
FUNDAMENTAL**

Dissertação apresentada ao Programa de Mestrado do Centro Universitário Eurípides de Marília, mantido pela Fundação de Ensino Eurípides Soares da Rocha, como requisito parcial para obtenção do Título de Mestre em Direito (Área de Concentração: Teoria do Direito e do Estado. Linha de Pesquisa: Crítica aos fundamentos da dogmática jurídica).

Orientador: Prof. Dr. Benedito Cerezzo
Pereira Filho

**MARÍLIA
2006**

LUCIANO LUCIO DE CARVALHO

PRESTAÇÃO JURISDICIONAL EFETIVA: UM DIREITO FUNDAMENTAL

Banca examinadora para avaliação da dissertação apresentada ao programa de Mestrado do UNIVEM/F.E.E.S.R, como requisito parcial para obtenção do Título de Mestre em Direito, Área de Concentração: Teoria do Direito e do Estado, Linha de Pesquisa: Crítica aos fundamentos da dogmática jurídica.

Resultado:

ORIENTADOR: Prof. Dr. Benedito Cerezzo Pereira Filho

1º EXAMINADOR: Prof. Dr. Adauto de Almeida Tomaszewski

2º EXAMINADOR: Prof. Dr. Eduardo Henrique Lopes Figueiredo

“Aproveito a ocasião para jurar que jamais
fiz um poema ou verso ininteligível para me
fingir de profundo sob a especiosa capa de
hermetismo. Só não fui claro quando não
pude...”
(Manuel Bandeira, *Itinerário de Passargada*)

AGRADECIMENTOS

Aos meus pais que sempre me incentivaram, não só neste, como em todos os momentos de minha vida.

À minha esposa, cuja presença, compreensão e paciência foram indispensáveis à conclusão deste trabalho.

À minha querida filha, pelo sorriso que inspira a superação de todos os meus obstáculos.

Ao meu orientador, Professor Doutor Benedito Cerezzo Pereira Filho, pela pronta atenção e orientações dispensadas.

Agradecimentos especiais aos professores e funcionários do Programa de Mestrado do UNIVEM, que estiveram presentes em todos os passos desta caminhada.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	9
1. HISTÓRIA, SOCIEDADE E JURISDIÇÃO	17
1.1 Jurisdição e Estado.....	18
1.2 Inadequação das teorias clássicas da jurisdição.....	19
1.3 A doutrina de Chiovenda: a jurisdição como atuação da vontade concreta da lei....	20
1.4 A doutrina de Carnelutti: a justa composição da lide	26
1.5 As influências dos valores do Estado liberal nos conceitos clássicos de jurisdição .	30
1.6 As conseqüências do liberalismo e os novos valores do Estado brasileiro.....	36
1.7 Um conceito crítico de jurisdição	40
2. FUNDAMENTALIDADE DA JURISDIÇÃO	50
2.1 Caracterização	51
2.2 A força normativa da Constituição	57
2.3 Uma visão principiológica.	66
3. TEMPO, JURISDIÇÃO E JUSTIÇA.....	71
3.1 A dimensão do tempo e sua influência no Direito	72
3.2 O tempo do processo.....	75
3.3 A razoável duração do processo.....	80
3.4 Conseqüências da prestação jurisdicional intempestiva	91
4. JURISDIÇÃO E MATERIALIDADE DOS DIREITOS	99
4.1 Tutelas adequadas ao direito material.....	100
4.2 O Direito superando o mito da legalidade	106
4.3 Interpretando e concretizando a norma jurídica de direito fundamental	114
CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	131
REFERÊNCIAS	135

CARVALHO, Luciano Lucio de. **Prestação jurisdicional efetiva: um direito fundamental**. 2006. 139 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Centro Universitário Eurípedes de Marília, Fundação de Ensino Eurípedes Soares da Rocha, Marília, 2006.

RESUMO

A questão inerente ao acesso à justiça é uma das mais importantes e discutidas no Direito atual, fruto de uma constante insatisfação com uma prestação jurisdicional incapaz de realizar a concretização fática dos fins a que se propôs. Sob essa perspectiva surgiu o interesse em desenvolver uma pesquisa a respeito da fundamentalidade da prestação jurisdicional para a garantia e proteção dos direitos, haja vista que qualquer titularidade de direitos é destituída de sentido sem mecanismos hábeis de sua reivindicação. Para tanto, propõe-se um olhar crítico e preocupado em não reproduzir conceitos clássicos, mas repensá-los contemporaneamente, pois em nosso tempo, antigas formulações podem se tornar grandes obstáculos. A idéia de Estado está ligada à jurisdição, desse modo, a jurisdição não pode mais ser vista a partir de ideais e valores do Estado Liberal pós-revolução francesa, visto que não mais se justificam frente aos fins e objetivos do Estado brasileiro, portanto, a nova jurisdição deve ser capaz de expressar e responder aos anseios de valorização de questões sociais e de realização de justiça social. A Emenda Constitucional n.º 45/2004 que acrescentou ao art. 5º da Constituição Federal o inciso LXXVIII, revitalizou as discussões sobre a efetividade da prestação jurisdicional e consolidou-a como pilar de sustentação e instrumento de garantia dos demais direitos, pois agora, sob o *status* de direito e princípio fundamental, a todos no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação. A positivação da dimensão do tempo do processo através da razoabilidade proporciona uma abertura que demonstra a evolução legislativa que procura refletir no Direito a dinamicidade da sociedade através da possibilidade de uma maior flexibilização de seus institutos jurídicos, pois, quando se trabalha com um sistema normativo fechado que procura definir de forma exata e precisa seus pressupostos e condutas, corre-se o risco de substituição de justiça por segurança nas relações jurídicas. A instrumentalidade do processo, que ora foi confundida com neutralidade em relação ao direito material, passa agora, a ser vista como fator ativo de efetividade da prestação jurisdicional, que para tanto, deve valer-se de técnicas tempestivas e apropriadas às diversas formas de tutelas do direito material. Existem obstáculos para a concretização desse direito fundamental, mas também possibilidades de superação através da mudança de paradigmas e rompimento de dogmas manifestamente ultrapassados. Assim, sugere-se uma nova interpretação constitucional voltada para a realização da vontade da Constituição, cujas técnicas argumentativas legitimem uma atuação judicial mais criativa que consiga, dentro dos limites autorizados pelo sistema jurídico, responder às necessidades e aos anseios da sociedade.

Palavras-chave: Direitos Fundamentais. Jurisdição. Efetividade.

CARVALHO, Luciano Lucio de. **Effective judgement: a fundamental right**. 2006. 139 f. Dissertation (Master in Right) - Centro Universitário Eurípedes de Marília, Fundação de Ensino Eurípedes Soares da Rocha, Marília, 2006.

SUMMARY

The inherent question to the access to justice is one of most important and argued in the actual Right, fruit of a constant dissatisfaction with a judgement incapable to carry through the fatiga concretition of the ends the one that if considered. Under this perspective the interest in developing a research about the fundamentaly of the judgement for the guarantee and protection of the rights, has seen that any title of rights is dismissed of felt without skillful mechanisms of its claim. For in such a way, a critical and worried look in not reproducing classic concepts, but rethink them actually, therefore in our time, old prescriptions can become great obstacles. The idea of State is on to the jurisdiction, in this way, the jurisdiction cannot more being seen from ideals and values of the Liberal State french after-revolution, how more front to the ends and objectives of the Brazilian State are not justified, therefore, the new jurisdiction must be capable to express and to answer to the yearnings of valuation of social matters and accomplishment of social justice. The Constitutional Emendation n.º 45/2004 that interpolated proposition LXXVIII added to art. 5º of the Federal Constitution, revitalized the discussions about the effectiveness of the judgement and consolidated it as pillar of sustentation and instrument of guarantee of the others rights, therefore now, under the status of right and basic principle, to all in the judicial and administrative scope, are assured the reasonable duration of the process and the ways that guarantee the quickness of its transmittion. The insertion in the positive law of the dimension of the time of the process through the reasonability provides an opening that demonstrates the legislative evolution that it looks to reflect in the Right the dinamicidade of the society through the possibility of a bigger flexibility of its legal juridical institute, therefore, when if it works with a closed normative system that it looks to define of accurate and precise form its estimateds and behaviors, runs the risk of substitution of justice for security in the legal relationships. The instrumentality of the process, that however was confused with neutrality in relation to the material right, passes now, to be seen as active factor of effectiveness of the judgement, that stops in such a way, must be used timely and appropriate techniques to the diverse forms of guardianships of the material right. There are obstacles for the concretion of this fundcamental right, but also possibilities of overcoming through the change of paradigms and disruption of dogmas manifestly exceeded. Thus, a new constitutional interpretation directed toward the accomplishment of the will of the Constitution is suggested inside, whose argumentativas techniques legitimize a judicial performance more creative than it obtains, inside the authorized limits for the legal system, to answer to the necessities and the yearnings of the society.

Keywords: Fundamental Rights. Jurisdiction. Efectiness

CARVALHO, Luciano Lucio de. **Prestación jurisdiccional efectiva: un derecho fundamental.** 2006. 139 f. Disertación (Maestría en Derecho) – Centro Universitário Eurípedes de Marília, Fundação de Ensino Eurípedes Soares da Rocha, Marília, 2006.

RESUMEN

La cuestión inherente a acceso a la justicia es una de las mas importantes y discutidas en el Derecho actual, resultado de una constante insatisfacción con una prestación jurisdiccional incapaz de realizar la concretización fática de los fines que se propuso. Bajo esta perspectiva surgió el interes en desarrollar una investigación a respecto de la fundamentalidad de la prestación jurisdiccional para garantizar la protección de los derechos, considerando que cualquier titularidad de derechos es destituida de derechos de su reivindicación. Por lo tanto, se propone una mirada crítica y preocupada en no reproducir conceptos clásicos, pero repensarlos contemporaneamente, pues en nuestro tiempo, antiguas formulaciones pueden transformarse en grandes obstáculos. La idea de estado está unida a la jurisdicción, de ese modo, la jurisdicción no puede ser vista a partir de ideales y valores del Estado Liberal pos revolución francesa, considerando que no se justifican más frente a los fines y objetivos del Estado Brasileño, por lo tanto, la nueva jurisdicción debe ser capaz de expresar y responder a los anhelos de valorización de cuestiones sociales y de realización de justicia social. La ementa Constitucional nº 45/2004 que agregó al art. 5º de la Constitución Federal el inciso LXXVIII, reforzó las discusiones sobre la efectividad de servicio jurisdiccional y la fortaleció como pilar de sustentación e instrumento de garantía de los demás derechos, pues ahora, bajo el status de derecho y principio fundamental, a todos en el ámbito judicial y administrativo son asegurados la razonable duración del processo y los medios que garantizan la rapidez de su tramitación. La positividad de la dimensión del tiempo del proceso através de la razonabilidad proporciona una abertura que demuestra la evolución legislativa que busca reflejarse en el derecho, la dinamicidad de la sociedad através de la posibilidad de una mayor flexibilización de sus institutos jurídicos, pues, cuando se trabaja con un sistema normativo cerrado que busca definir de forma exacta y necesita sus presupuestos y conductas, se corre el riesgo de substitución de justicia por seguridad en las relaciones jurídicas. La instrumentalidad del proceso, que fue confundida con neutralidad en relación al derecho material, pasa ahora a ser vista como factor activo de efectividad dela prestación jurisdiccional que para esto, debe valerse de técnicas apropiadas a las diversas formas de tutela del derecho material. Existen obstáculos para la concretización de ese derecho fundamental pero tambien posibilidades de superación através de los cambios de paradigmas y rompimiento de dogmas evidentemente obsoletos. Así, se sugiere una nueva interpretación constitucional volcada para la realización de la voluntad de la Constitución, cuyas técnicas argumentativas, legitimicen una actuación judicial más creativa que consiga, dentro de los limites autorizados por el sistema jurídico, responder a las necesidades y a los anhelos de la sociedad.

Palabras claves: Derechos fundamentales. Jurisdicción. Efectividad.

INTRODUÇÃO

Esta pesquisa tem como objetivo o desenvolvimento de um trabalho de construção teórica, que possa demonstrar que a efetividade da prestação jurisdicional é um direito fundamental e que sua aplicação é imediata, cuja concretização depende da participação de toda sociedade num processo de superação de dogmas manifestamente ultrapassados e obsoletos que não mais se harmonizam com o atual modelo de Estado brasileiro, pois, segundo Peter Häberle (1997), todos os que vivem a norma constitucional são seus intérpretes e agentes concretizadores.

Não há como falar de prestação jurisdicional sem que antes se tenha idéia do que é a jurisdição. Por isso, é que este trabalho começa a partir do estudo desse instituto, pois, quando o Estado assume o monopólio da jurisdição e proíbe a autotutela, cria-se um binômio indissociável - Estado e Jurisdição. Partindo-se dessa premissa, nenhuma teoria sobre a prestação jurisdicional pode ser compreendida sem sejam analisados os fatores históricos e os ideais do modelo de Estado que a inspirou, sob pena de se ter uma teoria que não reflète a cultura e a realidade social de sua época, e que, portanto não conseguirá responder aos anseios sociais. Assim, como a idéia de Estado está ligada à jurisdição se faz necessária uma análise de conformação entre eles.

No Brasil as influências do pensamento liberal sobre os ordenamentos e institutos jurídicos também se fizeram presentes. No caso da jurisdição, as teorias clássicas, principalmente as de Chiovenda e Carnelutti, formuladas há aproximadamente cem anos, e

que carregam em si forte influência dos ideais e valores do Estado de modelo liberal dos séculos XVIII e XIX, ainda são sustentadas nos tempos atuais.

Por esse motivo, cumpre a esse estudo a análise de quais foram essas influências e sua repercussão no sistema jurisdicional brasileiro, haja vista que com o advento da Constituição Federal de 1988, o Estado brasileiro assumiu o papel ideológico de um Estado cuja ordem social toma como objetivos a valorização e proteção de questões sociais e de realização de justiça social, ou seja, muito diferente do modelo liberal.

Sustenta-se a idéia de que a jurisdição vista com os olhares clássicos de Carnelutti e Chiovenda seja incompatível com os objetivos e fins do Estado Brasileiro nos tempos atuais. Pois, essas teorias sobre a jurisdição foram importantes no modelo de Estado e no contexto de sua época, quando em certo momento representaram os valores e os anseios da sociedade. A sociedade transformou-se com o passar do tempo e essa transformação deve ser acompanhada pelas transformações de seus institutos, para que se incluam as novas concepções, novos objetivos e novos elementos que correspondam às exigências dessa mesma sociedade transformada e em constante transformação.

Então, supõe-se que uma conceituação da jurisdição de forma universalizante e apartada dos objetivos e fins do estado não é suficientemente capaz de responder aos anseios sociais de uma prestação jurisdicional efetiva. Por isso, sem a ousadia de criar uma nova teoria sobre a jurisdição, se buscará uma conceituação crítica¹ da jurisdição com suporte nos

¹ Seguindo o posicionamento de Antônio Carlos Wolkmer (1991, p. 9), a terminologia crítica deverá ser entendida ao longo desse trabalho como um exercício reflexivo de questionar o que está ordenado e oficialmente consagrado (em nível do conhecimento, do discurso e do comportamento) em uma dada formação social, e a possibilidade de conceber outras formas não alienantes, diferenciadas e pluralistas de prática jurídica.

objetivos e fins do Estado Brasileiro, previsto na Constituição Federal, e também em elementos que possam nos remeter à efetividade da prestação jurisdicional. A partir dessa perspectiva crítica da jurisdição torna-se possível se caracterizar a prestação jurisdicional efetiva como um direito fundamental.

A Emenda Constitucional n.º 45, publicada em 31/12/2004, acrescentou ao art. 5º o inciso LXXVIII que assim dispõe: “a todos no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação”.

A doutrina moderna que antes deste dispositivo já defendia a garantia constitucional da prestação jurisdicional efetiva em decorrência do inciso XXXV do mesmo artigo, ou seja, “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça de direito”, agora pode vê-la constitucionalmente assegurada de forma fundamental nos dois dispositivos.

Para a caracterização dos direitos fundamentais, segundo a doutrina de Paulo Bonavides (2002), deve-se observar dois critérios, o formal e material. Pelo critério formal, basicamente seriam aqueles nomeados e especificados como tais pela própria Constituição, no instrumento constitucional. Pelo critério material, seriam aqueles valores e princípios instituídos conforme a ideologia do Estado.

Seguindo esse raciocínio, sob o critério formal, o direito à prestação jurisdicional efetiva, representado pelos dispositivos constitucionais supramencionados, é fundamental simplesmente por ter sido inserido como tal, no Título II da Constituição Federal de 1988, Dos Direitos e Garantias Fundamentais. Agora, pelo critério material, que parece ser mais

importante, será demonstrado que o direito à prestação jurisdicional efetiva é fundamental, entre outros aspectos, por ser suporte imprescindível ao exercício da cidadania e a própria dignidade da pessoa humana, denegá-lo, fere-se não só o direito de cidadão, mas também, a própria dignidade de ser humano.

Entretanto, esse direito fundamental, que é também um instrumento de garantia de todos os demais direitos, necessita de uma atuação concreta e normativa no mundo jurídico, ou seja, deve possuir uma força para fazer valer seus preceitos. Assim, faz-se necessário saber qual é a força normativa da Constituição para se encontrar os limites e possibilidades de sua realização.

Por isso, pretende-se demonstrar, principalmente pelo estudo doutrinário de Ferdinand Lassale (2003) e Konrad Hesse (1991), que a força normativa da Constituição reside na conformação inteligente com a realidade, mas também na capacidade de que suas tarefas sejam realizadas e que exista disposição de orientação à própria conduta segundo a ordem nela estabelecida, e principalmente nos de atos da vontade humana.

Numa concepção dinâmica, a Constituição Brasileira se apresenta como um sistema normativo fundamental, e para que exista equilíbrio, coerência e harmonia entre seus elementos normativos, o sistema constitucional é apoiado sobre bases que têm por objetivo dar segurança, ou melhor, dar garantia para a construção jurídica que sobre elas se edifica e nortear o rumo do seu entendimento e aplicação. Essas bases são os princípios constitucionais, e segundo Celso Antônio Bandeira de Mello (1994, p. 450) “violiar um princípio é muito mais grave que transgredir uma norma”.

De acordo com essa afirmativa, o direito fundamental à prestação jurisdicional efetiva deve também ser visto como um princípio constitucional, pois, é pilar de sustentação e instrumento de garantia dos demais direitos. Sua interpretação e implementação irradiam a garantias de proteção dos valores que a sociedade escolheu como fundamentais para uma convivência pacífica e igualitária visando alcançar o bem comum.

A não observância desse princípio é desestimulante à busca e efetivação dos direitos do povo, pois, do que adianta possuir garantias e direitos assegurados constitucionalmente e nenhum instrumento tempestivo e adequado que os façam efetivos. Portanto, é imprescindível que haja tempestividade e adequação dos meios para a efetividade da prestação jurisdicional, sem os quais se denega o próprio acesso à justiça.

Sob esse aspecto, se propõe o estudo da importância da prestação jurisdicional tempestiva e das conseqüências da sua intempestividade. Acredita-se que a justiça tardia constitui a negação da própria justiça, fonte de desigualdade social e econômica, e ofensa a um direito fundamental do ser humano, e se configura, segundo Cândido Rangel Dinamarco (1996, p. 274), como um dos principais fatores a decepcionar o cidadão e a sociedade e desgastar a legitimidade e os institutos do Estado.

Portanto, entende-se que direito de acesso à justiça, cujo instrumento é o processo, representa a própria concretização do princípio do Estado Democrático de Direito. Assim, a proteção judicial através dos tribunais implica uma proteção eficaz e temporalmente adequada não bastando apenas uma decisão fundada no Direito.

A prestação jurisdicional efetiva pode ser alcançada através da mudança de

paradigmas, pois, segundo Anthony Giddens (2003, p. 13), essa mudança é uma exigência do próprio desenvolvimento da sociedade, pois as esperanças e ansiedades vividas nos dias de hoje não são meramente cópias das vividas em tempos passados, estamos vivendo um importante período de transição histórica e as mudanças inerentes a essa transição não estão confinadas a nenhuma área do globo, mas estendem-se por toda parte.

Existem obstáculos à efetivação da prestação jurisdicional, mas também possibilidades de superação. Nesse contexto, sugerem-se algumas, porém, sem o intuito de esgotá-las. Espera-se, contudo, que sirvam como um ponto de início de reflexão e abertura para novos estudos.

Uma delas é questão da tutela jurisdicional dos direitos, que vem colocar em pauta a preocupação com a proteção efetiva dos direitos através da adequação do processo ao direito material. Dessa forma, a instrumentalidade do processo, que ora foi confundida com neutralidade em relação ao direito material, hoje passa a ser vista como fator ativo de efetividade da prestação jurisdicional, que para tanto, deve valer-se de técnicas apropriadas às diversas formas de tutelas do direito material.

Com isso, uma sociedade dinâmica exige dinamismo de seus institutos. Neste sentido o direito e o processo devem estar adequados a essa realidade, o que no plano processual significa dizer que a cada direito ou situação de direito deve corresponder a uma tutela diferenciada e adequada, sob pena do processo não responder aos anseios da sociedade.

O mito da legalidade tenta pressupor que tudo o que é emanado pelo Estado representa a vontade geral e atende a todas as necessidades do povo sem qualquer

contradição. Por isso, Direito e lei são tidos com expressões sinônimas. Mas acontece, que a lei quase sempre está comprometida com o interesse daqueles que detêm o poder, não constituindo, portanto, a vontade geral do povo, mas sim, a vontade de uma pequena minoria privilegiada.

Nesse sentido, para contornar-se tal problema, a lei deve sempre ser limitada e conformada por instrumentos hierarquicamente superiores capazes de dar a ela, além de uma feição formal, também um conteúdo substancial. Dessa forma a lei não valeria mais por si mesma, mas dependeria de sua real adequação com as acepções constitucionais expressas por seus princípios e regras.

Finalmente, sugere-se um processo de concretização da norma Constitucional, com participação do Poder Judiciário, principal órgão de realização concreta de seus preceitos normativos, dos demais poderes e de toda a sociedade, para que se busquem os resultados efetivos da norma e suas proposições não permaneçam inócuas.

Por isso, independentemente da forma dos seus atos, sejam decretos, leis, portarias ou sentenças, ou até mesmo aqueles livres de normatividade, todos devem ser dependentes e vinculados aos princípios constitucionais, pois neles, se encontram os valores que a sociedade elegeu como os mais importantes para uma convivência pacífica e harmônica na busca do seu próprio bem comum.

A aplicação dos princípios ainda é restrita, pois, os operadores do Direito não conseguem se desvencilhar do paradigma racionalista da subsunção da lei ao fato, pois, é cômodo buscar respostas sempre nas leis e nos códigos, pois nos princípios é um pouco mais

difícil, tem-se que aplicar um pouco de esforço intelectual, mas, se as respostas não estiverem mais nas leis ou nos códigos, aonde vamos encontrá-las?

1. HISTÓRIA, SOCIEDADE E JURISDIÇÃO

A sociedade se transforma e a atualidade exige uma redefinição das tradicionais relações entre os institutos do Direito e a História. A neutralidade do saber e o universalismo dos princípios do formalismo positivista, instrumentos justificantes de uma ordem liberal-individualista perde espaço e significação diante da necessidade de uma renovação crítica nascida e articulada na dialética da vida material e das relações sociais concretas.

A história do Direito e de seus institutos entram em pauta num momento em que o discurso dogmático não consegue mais responder às mudanças sociais pelas quais passa nossa sociedade. Em tempos de “crise“ a sociedade se volta ao passado para buscar respostas aos problemas atuais, ou para não recair ou perpetuar antigos erros.

O processo de mudança passa pelas transformações do papel do Estado e de seus institutos perante a sociedade. O Estado liberal cede espaço ao Estado social e intervencionista , que por sua vez pode ceder espaço a outro possível modelo. O que importa é alcançar uma condição histórico-crítica que se amolde ao tipo de sociedade em que vivemos.

Eduardo Novoa Monreal (1988, p.36) afirma que as transformações sociais caracterizadas, por exemplo, pela inclusão de novos meios a serviço do homem, avanços tecnológicos, novas manifestações culturais e ideológicas, novas formas de organização, enfim, novos fatores que por toda ordem produzem o avanço da humanidade, não são acompanhadas pelas transformações do Direito e seus institutos.

Segundo Antônio Carlos Wolkmer (2001, p. 7) trata-se da necessidade de repensar a historicidade do Direito no que se refere à sua evolução histórica, suas idéias e suas instituições a partir da reinterpretação das fontes do passado sob o viés da interdisciplinariedade (social, econômico e político) e de uma reordenação metodológica embasada segundo uma perspectiva desmistificadora.

A Jurisdição não passa imune às necessidades de mudanças. Como outras instituições do Estado deve responder às necessidades e anseios da sociedade atual, e não simplesmente ecoar representações ideológicas que não mais se vinculam à realidade social. A jurisdição vista, ainda hoje, sobre postulados sem a real vigência social é inteiramente incapaz de reagir e converter-se em instrumento de verdadeira utilidade para uma eficiente organização social. É necessária uma nova Jurisdição.

1.1 Jurisdição e Estado

As teorias sobre a jurisdição² não podem ser compreendidas sem que sejam analisados os fatores históricos e os ideais do Estado que as inspiram, sob pena de termos uma teoria que não reflete a cultura e a realidade social de sua época, e que, portanto, não conseguirá explicar e justificar com coerência seus reflexos no mundo social.

Partindo-se da premissa que toda teoria do processo possui como instituto fundamental a jurisdição, e que esta retira sua validade a partir da noção de Estado, surge

² Excluídas as noções gerais de processo e jurisdição, todo o estudo pretendido será desenvolvido tomando-se por base o processo civil e a jurisdição civil.

então, a importância da teoria do Estado para a formação de uma teoria do processo.

A própria idéia de Direito no Estado moderno está ligada à jurisdição, pois o pensamento do jurista contemporâneo não se desvencilha da equiparação entre Direito e norma jurídica editada pelo Estado conforme nos ensina Ovídio Baptista (2000, p. 61).

Assim, na concepção da adequação da teoria da jurisdição e teoria do Estado, se faz necessária a confrontação da estrutura e características do sistema jurisdicional brasileiro frente aos princípios e regras constitucionais formadoras do modelo de Estado brasileiro.

Dessa forma, a jurisdição será tratada sob o ponto de vista dos objetivos fundamentais do Estado brasileiro, nos termos do Art. 3º da Constituição Federal, quais sejam, construir uma sociedade livre, justa e solidária; garantir o desenvolvimento nacional; erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; promover o bem de todos, sem preconceito de origem, raça, sexo, cor, idade, e quaisquer outras formas de discriminação.

1.2 Inadequação das teorias clássicas da jurisdição

No século passado dois pólos doutrinários principais se formaram em torno do tema. De um lado os adeptos de Giuseppe Chiovenda e de outro os de Francesco Carnelutti. Mesmo passados aproximadamente cem anos, suas teorias ainda são sustentadas e causam problemas para a efetivação da prestação da tutela jurisdicional. Seja a teoria de que a jurisdição tem a

função de atuar a vontade concreta da lei atribuída a Chiovenda, ou a de que o juiz cria a norma individual para o caso concreto, relacionada com a tese da justa composição da lide formulada por Carnelutti.

A lei que, na época da formulação dessas teorias, valia em razão da autoridade que a proclamava, independentemente da sua correlação com os princípios de justiça, não existe mais, pois, perdeu o seu posto de supremacia e hoje é subordinada à Constituição. Agora, é amarrada substancialmente aos direitos positivados na Constituição e, por isso, é acertado dizer que as leis devem estar em conformidade com os direitos fundamentais, contrariando o que antes acontecia, quando os direitos fundamentais dependiam da lei.

O Estado que se esgotava numa missão de inteira ausência social, e que provocou inúmeras injustiças, dá lugar a um Estado obrigado a reconhecer seu caráter coletivo e solucionar o problema essencial da ordem econômica e das contradições sociais. Assim, é necessário compreendermos o posicionamento dessas doutrinas a respeito da jurisdição, mesmo entendendo que não servem à realização dos objetivos do Estado brasileiro, ainda que de forma sintética, para que possamos nos posicionar diante das objeções e críticas que serão traçadas ao longo desse capítulo.

1.3 A doutrina de Chiovenda: a jurisdição como atuação da vontade concreta da lei

Ovídio Baptista (2000, p.62) menciona que Chiovenda parte do pressuposto de que,

no Estado moderno, a confecção das leis, vale dizer, a produção do Direito, é monopólio do próprio Estado, cuja função essencial é a administração da justiça, e que, portanto, somente ele tem o poder de aplicar a lei ao caso concreto, poder este que denomina jurisdição.

Para o exercício dessa função de administrar a justiça o Estado organiza órgãos especiais, melhor dizendo, jurisdicionais, sendo que o mais importante entre eles são os juízes, cuja tarefa é afirmar e atuar aquela vontade da lei que eles próprios considerem como realmente existente. Em outras palavras, os juízes aplicariam a vontade abstrata da lei à realidade do caso concreto.

Para Chiovenda (2000, p. 7-8) o pressuposto inicial, ou seja, a condição para poder-se analisar o mérito de uma demanda, é que esta deveria ser endereçada a um órgão do Estado revestido de jurisdição, e para tanto, define jurisdição como sendo:

[...] a função do Estado que tem por escopo a atuação da vontade concreta da lei por meio de substituição, pela atividade de órgãos públicos, da atividade de particulares ou de outros órgãos públicos, já no afirmar a existência da vontade concreta da lei, já no torná-la, praticamente efetiva.

A jurisdição como função exclusiva do Estado, nada mais é que a manifestação de sua soberania. O poder de soberania inerente ao Estado é único e insere três grandes funções: a legislativa, a governamental (ou administrativa) e a jurisdicional.

Em decorrência dos regimes democráticos, não se admite mais, que pessoas ou instituições, senão aqueles órgãos constituídos pelo o Estado, atuem a lei, como acontecia em outros tempos, como por exemplo, acontecia com a Igreja, que por muitos séculos atuava a vontade da lei entre seus entes eclesiásticos com efeito civil.

Uma das preocupações de Chiovenda (2000, p. 11) é demonstrar a diferença entre administração e jurisdição, pois admite ser bem mais simples a contraposição entre função legislativa e judicial, pois, à função legislativa cabia a criação das normas reguladoras da sociedade e à função judicial a sua aplicação.

A essência da diferença entre jurisdição e administração, reside em que a atividade jurisdicional é sempre uma atividade de substituição, ou seja, é a substituição de uma atividade alheia por atividade pública. O Estado representado por seu órgão jurisdicional, os juizes, substituiria a atividade das partes em conflito, a fim de compô-lo e resguardar a ordem jurídica.

Nesse sentido, Jônatas Luiz Moreira de Paula (2002, p.36) acrescenta que a substitutividade é no sentido de intervenção do juiz no litígio para resolver a demanda tendo por paradigma o Direito. Como exemplo dessa substitutividade cita o processo de execução, cuja violação expressa do patrimônio do devedor para a satisfação do crédito ocorre sem que haja necessariamente a ocorrência do crime de exercício arbitrário das próprias razões.

Já na função administrativa não se observa essa substitutividade, pois, administrar é uma atividade por si mesma imposta diretamente imposta pela lei, atua nos limites de seu poder, age por conta própria e não em lugar de outrem. Portanto, atuar a vontade da lei para o administrador seria completamente diferente do atuar a vontade da lei para o juiz. Para o administrador atuar a vontade da lei seria basear sua conduta em conformidade com a lei, a lei é seu limite, já para o juiz, a atuação da vontade da lei seria considerá-la em si mesma, ou seja, o seu fim, o que relegaria a jurisdição a uma atividade secundária nos dizeres de Jônatas

Luiz Moreira de Paula (2002, p.36).

Conforme Chiovenda (1965, p. 12):

[...] em outros termos, o Juiz age atuando a lei; a administração age em conformidade com a lei; o Juiz considera a lei em si mesma; o administrador considera-a como norma de sua própria conduta. E ainda a administração é uma atividade primária ou originária; a jurisdição atividade coordenada [...].

Dessa forma, o ato de aplicação do direito objetivo é diferente entre o administrador e o juiz. O administrador não tem por finalidade precípua a aplicação da lei, para ele a lei é seu limite de atuação e para o juiz seu fim. Chiovenda entende que atuar o direito objetivo para o administrador seria promover uma atividade de realização de bem comum, como por exemplo, a de construir escolas, estradas, arrecadar tributos entre tanto outras. Ele nunca atua a lei, como se sua função fosse a atuação abstrata da lei, seu objetivo é a realização do bem comum pela lei. Já o juiz, ao contrário, não tem por finalidade a realização do bem comum, a finalidade de seu agir é a própria lei; ele age para a atuação da lei.

A autonomia da função jurisdicional encerra para Chiovenda as tendências dos Estados Modernos de confiarem a órgãos diversos as funções inerentes a sua soberania:

Justificada tendência, por que existe uma incompatibilidade psicológica entre a tarefa de legislar e a de atuar a lei. Há uma incompatibilidade psicológica ainda maior entre a tarefa do administrador e a jurisdicional, porque o administrador pode ser dominado pela consideração do interesse do Estado. Daí a conveniência de que se confie a órgãos autônomos a função jurisdicional, de modo que quem atua a lei não se deixe guiar senão do que afigure ser a vontade da lei, segundo sua ciência e consciência. (CHIOVENDA, 2000, P. 12).

Essa concepção de autonomia da atividade jurisdicional é inspirada na teoria da

divisão dos poderes, que em suas primeiras aplicações na França, foi entendida em sentido rígido e mecânico; em que cada órgão deveria corresponder a uma única função e lhe era defeso interferir na atividade soberana do outro. Daí o princípio de que “os juízes não poderiam, sob pena de felonias, turbar de qualquer maneira as operações dos corpos administrativos por causa de suas funções” (CHIOVENDA, 2000, p.13)

Chiovenda (2000, p. 14) reconhece que a separação conceitual das funções não é possível corresponder uma separação absoluta de poderes e admite que entre os diversos órgãos não deve haver contraposição, mas coordenação. Porém, esse posicionamento está muito longe de uma evolução do conceito de separação dos poderes, capaz de ir ao encontro com o objeto do presente estudo, ou seja, a efetividade da prestação jurisdicional, pois, ainda preso às características funcionais da jurisdição mantém o órgão jurisdicional apenas como atuador da vontade da lei.

Trata-se de uma jurisdição extremamente legalista, já que toda sua sujeição está ligada à lei. Como dito por Chiovenda (2000, p.44):

Como função da soberania, a jurisdição tem a mesma extensão dela. Mas, pois que a jurisdição é atuação da lei, não pode haver **sujeição à jurisdição** senão onde haver **sujeição à lei**; e vice-versa, em regra, onde há sujeição à lei, aí há sujeição à jurisdição. (grifos nossos).

O conceito de jurisdição não deve ficar restrito à atuação concreta da lei, visto que a função jurisdicional não se limita à mera subsunção às fontes formais que consagram o direito material. Pode haver prestação jurisdicional sem que haja uma lei prévia que regule o direito material. A atividade jurisdicional não pode reduzir-se à sujeição da lei, uma vez que esta serve apenas como instrumento à justa solução da demanda. O juiz não deve se limitar à

exclusiva aplicação da lei ao caso concreto, mas, ao aplicá-la, sua atuação deve transcender a pura legalidade além da concretização do comando legislativo, para, principalmente atingir a justa composição do caso concreto.

É comum de nosso cotidiano, o problema posto pela filosofia do Direito, que é a questão do envelhecimento das leis, ou seja, no momento de sua aplicação os operadores se deparam com uma situação de inadequação de seus preceitos frente aos valores aceitos pela sociedade em razão do determinado tempo, ou inadequação de seus preceitos aos fatos a que propostos, conforme explica Plauto Faraco de Azevedo (1983, p. 120):

Ora é a mutação social que torna vetusta a lei, ora são os contornos específicos e diferenciados de certos fatos que tornam difícil o seu enquadramento legal. Ora é a lei que teima em ignorar as demandas sociais, exprimindo o insatisfatório senso de justiça de seus elaboradores, ora são os fatos que, desafiando previsibilidade legal e o engenho humano, revelam-se rebeldes ao automatismo do trabalho interpretativo, exigindo trabalho criativo, combinação e sistematização de dispositivos legais, suprimento de lacunas, devido a novas necessidades humanas ou caracteres novos que se acrescem a velhos fatos, ou, ainda, a formas diversas de valorizar os mesmos fatos. É, enfim, toda evolução da vida que desafia o esquema jurídico e aqueles que, por excelência, com ele lidam.

A escola chiovendiana, mesmo que preocupada com a busca das origens históricas dos institutos processuais, como também uma maior problematização da dogmática processual civil, nunca chegou a questionar, por exemplo, o acesso dos cidadãos ao Poder Judiciário e a efetividade dos procedimentos para atender aos direitos das classes desprivilegiadas.

Marinoni (2005, p.7) entende que Chiovenda era um verdadeiro adepto da doutrina que, inspirada no iluminismo e nos valores da Revolução Francesa, separava radicalmente as funções do legislador e do juiz, ou melhor, atribuía ao legislador a criação do direito e ao juiz

a sua aplicação. Para ele, Chiovenda procurava a essência da jurisdição dentro do quadro de funções do Estado e focava sua preocupação na atividade do juiz, posto isso, pode-se se dizer que ele via o processo sob a ótica publicista, mas fiel ao positivismo clássico.

1.4 A doutrina de Carnelutti: a justa composição da lide

O outro pólo doutrinário a respeito da jurisdição é o formado em torno das idéias de Francesco Carnelutti (2000, p. 93-94) para quem a jurisdição consiste na “justa composição da lide”.

Para ele, a lide, apesar da terminologia a esse respeito ainda não estar consolidada, pode se definida como “um conflito (intersubjetivo) de interesse qualificado por uma pretensão contestada (discutida). O conflito de interesses é o seu elemento material, a pretensão e a resistência são seu elemento formal” (CARNELUTTI, 2000, 78)

A jurisdição para Carnelutti é criada e organizada pelo Estado com a finalidade de pacificar, segundo a lei, os conflitos de interesse das mais diferentes espécies, abrangendo não só os conflitos de natureza privada, mas igualmente as relações conflituosas no campo do Direito (OVÍDIO BAPTISTA, 2000, p. 67). Somente haveria uma atividade jurisdicional do juiz caso houvesse um conflito a ser resolvido. Essa visão da atividade jurisdicional revela, segundo Marinoni (2005, p. 9), uma compreensão privatista da relação: lei, conflito e juiz. Assim, somente se daria corpo à jurisdição quando as partes necessitassem do juiz para solução dos conflitos, isto implica dizer que Carnelutti se preocupava com a finalidade das

partes, por isso, via o processo a partir dos interesses privados.

Marinoni (2005, p. 9) ainda quando trata da idéia de jurisdição a partir do conceito de lide menciona que:

[...] Carnelutti, entretanto, partiu da idéia de lide - compreendida como conflito de interesses, ou mais precisamente, marcada pela idéia de litigiosidade, conflituosidade ou contenciosidade – para definir a existência de jurisdição. A lide, dentro do sistema carneluttiano, é característica essencial para a presença de jurisdição. Havendo lide a atividade do juiz é jurisdicional, mas não há jurisdição quando não existe um conflito de interesses para ser resolvido ou uma lide para ser composta pelo juiz.

Enquanto Chiovenda se preocupava em definir a função jurisdicional a partir do critério orgânico das funções de soberania do Estado, a fim de esclarecer o caráter instrumental da função jurisdicional, Carnelutti preocupava-se com a finalidade da atividade judicial, ou seja, a justa composição da lide como forma de definir a função jurisdicional.

Justiça para Carnelutti (2000, p. 93-94) nada mais era do que a composição da lide “conforme o direito ou conforme a equidade, e a conformidade com o direito ou com a equidade se expressa por meio do conceito da justiça, a fórmula pode ser integrada de justa composição da lide”.

Segundo Jônatas Luiz Moreira de Paula (2002, p. 37), Carnelutti levou ao conceito de jurisdição os elementos sociológicos e axiológicos, ao defini-la como a justa composição da lide. Por justa entende que é a solução da demanda nos termos do direito e por lide o conflito de interesses qualificados por uma pretensão resistida.

Assim, sob esse aspecto, a jurisdição não viria da mera aplicação da lei, mas do

resultado de uma compreensão axio-sociológica: fato e justiça, que estaria embutido no Direito. Mas o que era Direito para Carnelutti?

Chamamos direito (objetivo; ordenamento jurídico) ao conjunto dos preceitos jurídicos (preceitos sancionados) que se constituem para garantir, dentro de um grupo social (Estado), a paz ameaçada pelos conflitos de interesses entre seus membros. (CARNELUTTI, 2000, p. 71)

O Direito para Carnelutti é sinônimo de ordenamento jurídico. Nesse aspecto ao considerar que a justiça se realizará conforme os parâmetros do direito compreende-se que, em última razão, pouca diferença haveria com a postura de Chiovenda, em vista de ambos os conceitos pugnam pela realização de uma ordem jurídica que se apresenta ineficaz, mal elaborada e cujos princípios são mal interpretados.

A partir da concepção de Direito como sinônimo de ordenamento jurídico, o processo para Carnelutti (2000, p. 72) era como:

Um método ou para a formação ou para a atuação do direito, serve ao direito; por outra parte, quando essa formação ou atuação, em razão dos conflitos de interesses que visam regular, e também dos outros em que resolve o próprio processo, está regulada pelo direito, o processo é servido pelo direito, pelo que a relação entre direito e processo é dupla e recíproca.

Não vemos em Carnelutti um ponto de separação entre o direito material e o direito processual, uma vez que o processo ora serve para a realização prática da vontade do direito, ora interfere na própria criação do direito. Isso leva a indagar se a jurisdição ao fim do processo poderia criar um novo direito entre as partes litigantes independentemente da lei, caso o juiz ao se deparar, com um caso concreto, em que a lei a ser aplicada não representasse os valores esperados pela sociedade ou que fosse ineficaz ou inadequada a seu tempo.

A resposta não é animadora para quem pretenda ver algo mais na definição de jurisdição de Carnelutti, pois, a norma individual, fixada na sentença ao final do processo, liga-se necessariamente a uma norma superior. A norma individual faria parte do ordenamento, ou teria natureza constitutiva, apenas por individualizar a norma superior para as partes.

Nesse sentido, Marinoni, crítico da doutrina de Carnelutti, comenta que ao individualizar a norma superior, o juiz apenas a declarava:

Quando torna a norma concreta, ou compõe a lide no sentido da doutrina de Carnelutti, faz apenas um processo de adequação da norma – já existente – ao caso concreto. Isso quer dizer que as concepções de que o juiz atua a vontade da lei e de que o juiz edita a norma do caso concreto beberam na mesma fonte, pois a segunda, ao afirmar que a sentença produz a norma individual, quer dizer apenas que o juiz, depois de raciocinar, concretiza a norma já existente, a qual, dessa forma, também é declarada. (MARINONI, 2005, p. 10)

Portanto, quando a sentença fixa a lei ao caso concreto, obviamente não quer dizer que a sentença não é fiel à lei que preexiste ao processo, mas apenas que a sentença, após o processo ter encerrado, vale como lei para as partes. Assim, a concepção de Carnelutti não consegue se desligar da idéia de que a função do juiz está estritamente subordinada à do legislador, devendo declarar a lei. Na verdade, a distinção entre a formulação de Chiovenda e a de Carnelutti está em que, para a primeira, a jurisdição declara a lei, mas não produz uma nova regra, que integra o ordenamento jurídico, enquanto que, para a segunda, a jurisdição, apesar de não deixar de declarar a lei, cria uma regra individual que passa a integrar o ordenamento jurídico.

1.5 As influências dos valores do Estado liberal nos conceitos clássicos de jurisdição

A conceituação clássica de jurisdição, aqui representada pelos posicionamentos de Carnelutti e Chiovenda, foi fruto da forte influência que os ideais e valores liberais tiveram sobre a produção do conhecimento jurídico da época.

A construção do modelo de Estado liberal dos séculos XVIII e XIX, cuja experimentação histórica se deu a partir da revolução francesa, alicerçou-se nos ideais de liberdade, igualdade e fraternidade. Esses ideais se contrapunham à concentração de poderes e às arbitrariedades exercidas pelos governantes dos estados absolutos. Sua característica fundamental foi a divisão dos poderes do Estado e o condicionamento da força desses poderes à sociedade.

Na doutrina do liberalismo, o Estado sempre foi o fantasma que aterrorizou o indivíduo. O poder, indispensável ao ordenamento estatal configura-se como o maior inimigo da liberdade.

Paulo Bonavides (1980, p. 1) quando trata das origens do liberalismo e da questão da liberdade menciona que:

O problema da liberdade para sua exata compreensão, deve ser posto em confronto dialético com a realidade estatal, a fim de que possamos conhecê-lo o conteúdo histórico e os diferentes matizes ideológicos de que há revestido, até alcançarmos, no Estado social, as linhas mestras de sua caracterização na consciência ocidental contemporânea.

O Estado e sua soberania configuravam uma antítese que restringia a liberdade primitiva conforme os ditames dos defensores do direito natural. Com o surgimento do Estado jurídico, a corrente racionalista dos defensores do direito natural acreditou que a liberdade ilimitada que existia antes do Estado poderia ser salva em parte ou tornar o próprio Estado detentor da função preponderante de garantidor dessa liberdade.

De acordo com os ideais do liberalismo os indivíduos exerceriam seus direitos, ditos naturais e inatos, na sociedade e frente ao Estado, ou seja, frente a sua antítese de liberdade, e delimitando a atuação do próprio Estado garantiriam a soberana e inviolável majestade.

Essa condição de Estado voltada ao indivíduo o isentava de qualquer responsabilidade de bem comum, sendo certo que qualquer bem comum era fruto exclusivamente da atuação dos indivíduos sem qualquer participação estatal. A essência do Estado esgota-se numa missão de inteira ausência de iniciativa social.

A sociedade, por sua vez, se reduzia à chamada “poeira atômica de indivíduos” (PAULO BONAVIDES, 1980, p. 3), e o Estado se apresentava apenas como uma criação deliberada das vontades individuais.

Porém, não se pode esquecer que esse mesmo Estado é o monopolizador do poder, o detentor da soberania e o depositário da coação. Estas características levaram Paulo Bonavides (1980, p. 3) a esclarecer que o Estado torna-se, “em determinados momentos, algo semelhante à criatura que, na imagem bíblica, se volta contra o criador”. Esse temor justifica a necessidade da limitação do poder do Estado e da formulação de técnicas e meios que

puddessem deter sua irresponsabilidade.

A separação dos poderes seria a técnica fundamental de proteção dos direitos da liberdade. Assim, o problema da soberania estaria solucionado por sua decomposição na pluralidade de poderes. Seguindo as tendências antiabsolutistas era necessário contrapor a onipotência do rei com um sistema de garantias.

A divisão de poderes nada mais era do que uma técnica do liberalismo acauteladora dos direitos dos indivíduos, não implicando em determinada forma de governo, podendo existir tanto numa monarquia constitucional como num Estado democrático.

A respeito da divisão dos poderes e da supremacia da lei, Montesquieu, indiscutivelmente um clássico do liberalismo burguês, cuja doutrina é inspirada por um sentimento radical de rejeição ao absolutismo menciona, diz que:

A liberdade política só se encontra nos Governos moderados. Mas ela não existe sempre nos Estados moderados. Ela só existe neles quando não se abusa do poder.

Mas é uma experiência eterna que todo homem que tem poder é levado a abusar dele. Vai até encontrar os limites. Quem diria! A própria virtude precisa de limites.

Para que não possam abusar do poder, precisa que, pela disposição das coisas, o poder freie o poder.

Uma constituição pode ser tal que ninguém seja forçado a fazer as coisas que a lei não obrigue, e a não fazer as coisas que a lei permita. (MONTESQUIEU, 2000, p. 165)

O condicionamento da força dos poderes do Estado à sociedade somente foi possível através do princípio da legalidade, segundo o qual, todos e principalmente o próprio Estado teriam seu limite e submissão na lei e que “um bom Governo, sem abusos, com liberdade e

estabilidade, só é possível sob o império da lei. Porque só aí o cidadão sabe o que pode fazer e o que um outro pode fazer contra ele”. (MONTESQUIEU, 2000, p.200)

O princípio da legalidade do Estado liberal para Marinoni (2005, p. 3) constituiu um critério de identificação do direito; o direito estaria apenas na norma jurídica, cuja “validade não dependeria de sua correspondência com a justiça, mas somente de ter sido produzida por uma autoridade dotada de competência normativa”.

O medo do poder absoluto e a conseqüente perda de liberdade nortearam a maneira com que os teóricos liberais enxergavam a divisão dos poderes e a não intervenção do Estado na relação dos indivíduos.

Nesse modelo de Estado, a separação de poderes claramente elegia o poder legislativo como o único centro do poder do Estado, pois a lei era a expressão da vontade geral e só era legítima se fosse emanada do legislativo. Os demais poderes (judiciário e executivo) se apresentariam como meros aplicadores e executores da lei, sem praticamente nenhuma autonomia criativa ou decisória fora dela.

Conseqüência tal, que o poder judiciário que é tratado por Montesquieu (2000, p. 55) como “Poder de julgar” é tido como um poder “de certo modo nulo”, cuja função reservada para o juiz era rígida e restrita, sendo somente “a boca que pronuncia as palavras da lei”. Mesmo que a lei pudesse ser rigorosa demais em certos casos, mesmo assim os juízes seriam “a boca que pronuncia as palavras da lei, seres inanimados que não lhe podem moderar nem a força, nem o rigor”.

Aos juizes não era concedida a permissão de interpretar a lei em face da realidade social, seus julgamentos, conforme preceitua Montesquieu (2000, p. 170), jamais seriam senão um texto preciso de lei. “Fossem eles a opinião particular dos juizes, viver-se-ia na sociedade sem saber precisamente quais os compromissos assumidos”.

Marinoni, quando se refere à questão da não intervenção do Estado na esfera dos particulares, assinala que:

Como o Estado liberal não se preocupava em proteger os menos favorecidos e em promover políticas públicas para uma organização comunitarista mais justa, mas apenas em manter em funcionamento os mecanismos de mercado, sem qualquer preocupação com as diferenças das posições sociais, qualquer interferência do Estado junto aos particulares era vista como intromissão indevida. (MARINONI, 2004, P. 40)

Portanto, quando falamos em valores do Estado liberal, nos referimos à supremacia da lei, separação dos poderes e garantias individuais. Porém, o importante é que tenhamos em mente que estes valores fizeram parte de um contexto histórico-cultural de uma época. A sociedade transforma-se com o passar do tempo e essa transformação deve ser acompanhada das transformações de seus institutos, para que se incluam as novas concepções, novos objetivos e novos elementos que correspondam às exigências dessa mesma sociedade transformada e em constante transformação.

As teorias clássicas de Carnelutti e Chiovenda sobre a jurisdição foram importantes no modelo de Estado e no contexto de sua época, pois em certo momento representaram os valores e os anseios da sociedade. O problema reside em se aplicar teorias de uma época em sociedades de outra; o que deixa claro a impossibilidade de uma correspondência uníssona entre elas.

Tanto em Carnelutti como em Chiovenda não temos uma conceituação que preste à realização dos fins sociais exigidos pela sociedade.

Em Chiovenda, como para ele a jurisdição seria o meio de realização do ordenamento jurídico tendo a lei como sinônimo exclusivo de direito, fica mais evidente sua falta de preocupação com a justiça social, a eficácia das leis, a forma e os fins a que essas mesmas leis se destinam. Em respeito aos princípios da separação dos poderes e da supremacia da lei, aos juízes somente caberiam a aplicação da vontade abstrata da lei à realidade do caso concreto sem qualquer juízo de valor em sua aplicação.

Ovídio Baptista, traçando críticas à doutrina de Chiovenda, elege como a mais séria delas, as influências que o processualista italiano sofreu das idéias jurídicas filosóficas liberais predominantes no século XIX, em que a função de legislar e a função de julgar seriam coisas separadas e de certo modo antagônicas, pois afirma que:

[...] Sua doutrina sustenta-se no postulado de que o ordenamento jurídico estatal seja, para o Juiz, um dado prévio, uma coisa existente, como se fora uma constelação posta completa e definitivamente pelo legislador, restando ao Juiz a tarefa de pura aplicação da lei ao caso concreto. [...] (BAPTISTA, 2000, P. 65)

Já em Carnelutti, mesmo incluindo em seu conceito elementos sociológico e axiológico, ao definir a jurisdição como a justa composição da lide, verificamos que a sua justiça se realiza apenas com base no próprio ordenamento jurídico e em seus parâmetros de direito, não se importando com sua eficácia, tampouco com os valores inerentes a esse próprio ordenamento. Fica aí a evidência da influência liberal da supremacia da lei.

Em ambos encontra-se a preponderância da aplicação de uma ordem jurídica que se

apresenta isolada da realidade social e longe da realização de justiça social, na qual, a vontade da lei é tomada como a vontade geral da sociedade e onde o judiciário desenvolve o papel de mero coadjuvante de aplicador dessa mesma lei. No entanto, entende-se que a conceituação clássica de jurisdição teve seu relevo dentro de uma perspectiva política e histórica da época de sua formulação. Portanto, é desnecessária uma crítica estrutural e lógica dessas teorias nos dias de hoje, bastando somente demonstrar que os valores da sociedade e o modelo de Estado de hoje são diversos daqueles, pugnando, assim, por uma nova conceituação de jurisdição.

Nessa mesma linha de raciocínio é o entendimento de Marinoni (2005, p. 2):

Se as teorias da jurisdição constituem espelhos dos valores e das idéias das épocas e, assim, não podem ser ditas equivocadas – uma vez que isso seria um erro derivado de uma falsa compreensão de história -, certamente devem ser deixadas de lado quando não mais revelam a função exercida pelo juiz. Isso significa que as teorias de Chiovenda e Carnelutti, se não podem ser contestadas em sua lógica, certamente não têm – nem poderiam ter – mais relação alguma com a realidade do Estado contemporâneo.

Em síntese, pode-se compreender que a voz dos valores do modelo de Estado liberal ainda é ouvida nos tempos de hoje, mas numa língua que não nos faz mais sentido.

1.6 As conseqüências do liberalismo e os novos valores do Estado brasileiro

O pensamento liberal-individualista, idealizador do modelo de Estado moderno, se irradiou pelo mundo após a revolução francesa e influenciou a formação dos ordenamentos jurídicos sob a égide do formalismo, despolitização de seus operadores e de uma delimitação

rigorosa dos poderes de intervenção do Estado na esfera jurídica, e que a aplicação da lei não deveria levar em consideração as diferenças sociais, pois se assim o fizesse estaria traindo o princípio da igualdade e o da não intervenção nas liberdades individuais.

Acontece, porém, que na medida em que as sociedades baseadas nos princípios liberais cresceram e se desenvolveram e o relacionamento entre os indivíduos se tornou mais complexo, exigiu-se que deixassem de ter uma visão individualista dos direitos para reconhecerem um caráter coletivo.

Segundo Paulo Bonavides (1980, p. 6), os defensores dos direitos naturais da burguesia racionalizaram o problema do poder, simplificaram a sociedade, “como se fosse possível ignorar as forças elementares e obscuras que atuaram na infra-estrutura do grupalismo humano”, e ainda assinala:

Daí o desespero e a violência das objeções que mais tarde suscitou, notadamente no século XIX, quando os seus esquemas de Estado jurídico puro se evidenciaram inócuos, e de logicismo exageradamente abstrato, em face de realidades sociais imprevistas e amargas, que rompiam os contornos de seu lineamento tradicional. (BONAVIDES, 1980, p. 6)

Assim, pela insuficiência de seus fundamentos frente ao desenvolvimento social, o Estado liberal entra em crise e faz surgir a questão da justiça social. Nos dizeres de Ada Pellegrini Grinover, Antônio Carlos de Araújo Cintra e Cândido Rangel Dinamarco (2001, p. 37), o Estado moderno repudia as bases da filosofia liberal e pretende ser, embora sem atitudes paternalistas, “a providência do seu povo”, no sentido de assumir para si certas funções essenciais ligadas à vida e desenvolvimento da nação e dos indivíduos que a compõe.

Segundo José Afonso da Silva, o individualismo e o abstencionismo ou neutralismo

do Estado liberal provocou imensas injustiças, e os movimentos sociais do século passado e deste especialmente, desvelando a insuficiência das liberdades burguesas, permitiu que se tivesse consciência da necessidade da justiça social, e assinala:

[...] o Estado de Direito, que já não poderia justificar-se como liberal, necessitou, para enfrentar a maré social, despojar-se de sua neutralidade, integrar, em seu seio, a sociedade, sem renunciar ao primado do Direito. O Estado de Direito, na atualidade, deixou de ser formal, neutro e individualista, para transformar-se em Estado material de Direito, enquanto adota uma dogmática e pretende realizar a justiça social. (SILVA, 1989, p. 7)

O maior dogma, sobre o qual está fundamentado o liberalismo, ou seja, a separação dos poderes, responsável pela organização política do Estado liberal, e em princípio alicerce dos construtores da liberdade contemporânea e paradigma dos textos constitucionais pelo mundo, representou seu papel histórico. Quando Paulo Bonavides (1980, p. 36) diz que deve abandoná-lo “no museu da Teoria do Estado”, quer dizer que, em nossos dias, não podemos tê-lo como contradição dos direitos sociais. Para o jurista “pretender conservá-lo como dogma, em justificações descabidas para a atualidade, é o que parece inaceitável”.

A separação de poderes como técnica em declínio, imposta por novos rumos e anseios de fins sociais, já não se sustenta nas razões do preponderante formalismo na proteção de direitos individuais. O velho liberalismo não existe mais.

Paulo Bonavides (1980, p. 47-48) tratando do dogma da separação dos poderes, nos ensina que com a instituição do moderno Estado social, os fins do Estado cresceram, ao contrário do que propunha o princípio de Montesquieu, que se compadecia com a diminuição e não o alargamento dos fins do Estado. Verifica-se, então, uma outra justificativa para, em

nossos dias, determinar o recuo e quem sabe, talvez, o abandono de tal princípio da forma como era visto no Estado liberal, pois as necessidades do mundo moderno impuseram ao Estado uma ampliação dos seus fins e de suas responsabilidades.

A liberdade vivenciada e experimentada pelos liberais não nos interessa mais, o que interessa é solucionar o problema essencial de ordem econômica e das contradições sociais.

Essa liberdade, que o mundo clássico conheceu e praticou, interessa em nossos dias, fundamentalmente, aos necessitados do quarto estado, componentes da grande maioria, à massa anônima dos que não possuem, dos que se voltam messianicamente para um milagre de melhoria social e sentem que liberdade se identifica também com emancipação econômica, ou, se não for esta de imediato possível, com um ideal ao menos aproximado de certeza, paz e igualdade relativa no nível geral das condições materiais de existência. (BONAVIDES, 1980, p. 211)

O Estado, então, substitui o qualitativo liberal pelo social³, onde os valores individualistas dão lugar aos valores sociais, primados pelos direitos sociais e os objetivos de realização de justiça social.

Com o advento da Constituição Federal de 1988, o Estado brasileiro assume o papel ideológico de um Estado cuja ordem social toma como objetivos a valorização e proteção de questões sociais e de realização de justiça social. Esse Estado instituído pela Constituição de 1988 não se encontra mais numa posição de neutralidade frente aos conflitos sociais como no modelo liberal, mas, ao contrário, é obrigado a assumir um posicionamento ativo em que a realização do bem-estar e da justiça social exigem uma vinculação, ou seja, necessitam de uma realização, de promoção de oportunidades, de uma intervenção absolutamente necessária, que sem a qual, não é possível a compensação das desigualdades, nem a verdadeira liberdade.

³ O qualitativo social ao Estado, representa para Paulo Bonavides uma transformação superestrutural por que passou o antigo Estado liberal.

Segundo Paulo Bonavides (1980, p. 336-337) a Constituição de 1988 é em muitas de suas dimensões essenciais, uma Constituição do Estado Social, e assim, devem os problemas relativos ao exercício de direitos subjetivos serem resolvidos à luz dos conceitos derivados daquela modalidade. Para ele a Constituição do Estado liberal elevava-se a posições extremas de formalismo, as quais, despolitizavam o Direito e instauravam a neutralidade absoluta, cuja valia de cimentar o valor político da época, “seria hoje em sua dimensão exclusivista e unilateral uma espécie de artefato pré-histórico, inútil, sem préstimo para os combates sociais da atualidade”.

O maior problema para a realização do bem-estar e da justiça social, dentro desse modelo de Estado brasileiro, partindo-se da premissa que a própria Constituição de 1988 é essencialmente uma Constituição de Estado social segundo a linha de raciocínio de Paulo Bonavides, estaria em como “juridicizar” esse Estado, ou seja, como estabelecer novas técnicas, conceitos ou institutos processuais para garantir os direitos e fazê-los efetivos.

Assim, em busca da garantia dos direitos e de sua efetividade, surge a necessidade de vermos a jurisdição a partir da realidade social e torná-la efetiva com base nos princípios constitucionais delineados pela Constituição de 1988.

1.7 Um conceito crítico de jurisdição

Como a jurisdição retira sua validade a partir da noção de Estado, fica evidente que

ela terá diferentes significados e objetivos dentro de cada modelo de Estado.

A conceituação da jurisdição de forma universalizante e apartada dos objetivos e fins do Estado não é suficientemente capaz de responder aos anseios sociais de uma justiça efetiva.

Assim, a busca da melhoria da qualidade da prestação jurisdicional, ou seja, da efetividade da prestação jurisdicional começará pela compreensão crítica da jurisdição a partir dos objetivos do Estado brasileiro segundo a Constituição Federal.

São objetivos fundamentais do Estado brasileiro, nos termos do Art. 3º da Constituição Federal, construir uma sociedade livre, justa e solidária; garantir o desenvolvimento nacional; erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; promover o bem de todos, sem preconceito de origem, raça, sexo, cor, idade, e quaisquer outras formas de discriminação.

José Afonso da Silva aponta que a inserção dos objetivos do Estado na forma do referido artigo é inédita na história constitucional brasileira, e assim o registra:

É a primeira vez que uma Constituição assinala, especificamente, os objetivos do Estado brasileiro, não todos, que seria despropositado, mas os fundamentais, e, entre eles, uns que valem como base das prestações positivas que venham a concretizar a democracia econômica, social e cultural, a fim de efetivar na prática a dignidade da pessoa humana. (SILVA, 1993, p. 93)

Definidos os objetivos fundamentais do Estado, a Jurisdição obrigatoriamente passa a tê-los como seu caráter finalístico e elemento legitimador conforme nos ensina Jônatas Luiz Moreira de Paula:

O disposto enfocado trata do caráter finalístico da atividade jurisdicional. Acima da mera realização do ordenamento jurídico e normas infraconstitucionais, há uma diretiva da atividade jurisdicional que é a busca dos fins acima descritos (art. 3º, da CF).

Na medida em que a jurisdição realiza os fins estipulados, essa se legitima, posto que, ser o art. 3º, da CF, o referencial do discurso legitimador da atividade jurisdicional. (PAULA, 2002, p. 58)

No entendimento de Marinoni e Arenhart (2004, p. 36), se a jurisdição é manifestação do poder do Estado, é evidente que ela terá diferentes objetivos, conforme o tipo de Estado e sua finalidade essencial, conforme ensinam os autores:

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.

A partir de uma visão da jurisdição sob o plano constitucional começa-se a se distanciar de uma prática judiciária que sempre se apresenta na contra mão, ou seja, assume uma preponderância infraconstitucional através de uma ordem jurídica que se apresenta mal elaborada, ineficaz e repleta de princípios mal interpretados e mal aplicados.

Daí a necessidade de se reformular os conceitos e finalidades da jurisdição segundo os objetivos do Estado brasileiro, a fim de se dar à sociedade um instrumento capaz de garantir e tornar efetivos todos os direitos que lhe foram prometidos pela Constituição.

Essa reformulação de conceitos e finalidades da jurisdição exige um rompimento epistemológico, pois o modelo dogmático que nos foi imposto é incapaz de descrever a realidade como ela é, e somente descreve a realidade desejada pelo dogma.

Sobre a necessidade de um rompimento epistemológico do saber jurídico no âmbito da prestação jurisdicional explica José Guilherme de Souza, que:

[...] Na estrutura organizacional e funcional do Estado, o poder judiciário figura como órgão controlador e moderador dos excessos dos demais poderes. Na prática, ele se presta ao papel de mantenedor da coerência do sistema (= estrutura de poder = Estado = classes dominantes), pela legitimação dos atos estatais, inclusive os geradores de injustiças e distorções, bem como pela conviência e pusilanidade diante da dominação de classes, arena ideológica do Estado. No universo hipostasiado do judiciário, é à base de mitos que se retroalimenta sua postura anacrônica. Os mitos da estatalidade, da unicidade, da racionalidade e da legitimidade do direito são os mais freqüentes – não obviamente, como os mitos *tout court*, mas enquanto formas legitimadoras de condutas estereotipadas. Assim, é inegável a existência de um conflito entre o falso papel do judiciário [o real imaginário (legalista) e o real concreto] e a sua imanente condição de vetor de transformações sociais fundadas na equidade (um terceiro papel), condição essa que deve perpassar cada um de seus membros e repassar-se a ele enquanto instituição. (SOUZA, 2004, p.36)

As verdades teológicas, metafísicas e racionais que sustentaram durante séculos as formas de saber e de racionalidade dominantes não conseguem mais responder inteiramente às inquietações e às necessidades do presente estágio de desenvolvimento da modernidade humana. Os modelos culturais, normativos e instrumentais que fundamentaram o mundo da vida, a organização social e os critérios de cientificidade tornaram-se insatisfatórios e limitados. (WOLKMER, 1995, p.13).

As teorias clássicas sobre a jurisdição não atendem mais aos anseios de nossa realidade por conterem princípios, valores e paradigmas impertinentes à nossa época. Quando Antônio Carlos Wolkmer (1995, p. 13) trata da crise da racionalidade e mudança de paradigma, nos ensina que os paradigmas que produziram um “ethos”, marcado pelo idealismo individual, pelo racionalismo liberal e pelo formalismo positivista, bem como os

que mantiveram a logicidade do discurso filosófico, científico e jurídico, têm sua racionalidade questionada e substituída por novos modelos de referência.

A necessidade de mudança de paradigmas é uma exigência do próprio desenvolvimento da sociedade, pois segundo Anthony Giddens (2003, p. 13), as esperanças e ansiedades vividas nos dias de hoje não são meramente cópias das vividas em tempos passados, estamos vivendo um importante período de transição histórica e as mudanças inerentes a essa transição não estão confinadas a nenhuma área do globo, mas estendem-se por toda parte.

A época atual desenvolveu-se sob a égide da ciência, da tecnologia e do pensamento racional, que tiveram origem na Europa nos séculos XVII e XVIII. A cultura industrial ocidental foi moldada pelo iluminismo – pelos escritos de pensadores que se opunham à influência do dogma e da religião e desejavam substituí-los por uma abordagem mais racional à vida prática.

Os filósofos do iluminismo observavam um preceito simples, mas obviamente muito poderoso. Quanto mais formos capazes de compreender racionalmente o mundo, e a nós mesmos, mais poderemos moldar a história para nossos próprios propósitos. Temos que nos libertar dos hábitos e preconceitos do passado a fim de controlar o futuro. (GIDDENS, 2003, p.14)

No entanto, essa concepção iluminista de que o mundo iria se tornar mais estável com o aumento e desenvolvimento da ciência e da tecnologia estava errada e o mundo que nos encontramos hoje não se parece com o que eles previram. Em vez de estar cada vez mais

sob nosso comando, parece um “mundo em descontrole.” (GIDDENS, 2003, p.14)

Ainda a respeito das características da sociedade de nossa época menciona, Anthony Giddens, afirma que:

Ela não é firme nem segura, mas repleta de ansiedades, bem como marcada por profundas divisões. Muitos de nós nos sentimos presos às garras de forças sobre as quais não temos poder. Podemos sujeitá-las à nossa vontade? Acredito que sim. A impotência que experimentamos não é um sinal de deficiências individuais, mas reflete a incapacidade de nossas instituições. Precisamos reconstruir as que temos, ou criar novas. [...] (GIDDENS, 2003, P. 29)

Sob um outro ponto de vista, José Eduardo Faria entende que a mudança de paradigmas está diretamente vinculada, entre outros fatores, à complexidade dos conflitos sociais, heterogeneidade socioeconômica e concentração de capital, e menciona:

[...] à medida que a sociedade é vista como um sistema necessariamente conflituoso, tenso e em permanente transformação, toda e qualquer análise passa a ser considerada válida apenas se for capaz de identificar os fatores de mudança responsáveis pela contínua inadequação dos modelos culturais tradicionais – entre eles o Direito. (FARIA, 1988, p. 24)

Boaventura de Sousa Santos ao tratar dos rumos da transformação social, menciona que estamos entrando num período de transição paradigmática, em que a utopia é mais necessária do que nunca, e a crise final de um determinado sistema social reside em que a crise de regulação social ocorre simultaneamente com a crise de emancipação, afirmando que:

[...] A acumulação de irracionalidades no perigo iminente de catástrofe ecológica, na miséria e na fome a que se sujeita uma grande parte da população mundial – quando há recursos disponíveis para lhes proporcionar uma vida decente e uma pequena minoria da população vive numa sociedade de desperdício e morre de abundância [...] (SANTOS, 2005, P. 42)

Nesse ponto, esta análise proporcionou um conjunto de elementos que possibilitam uma conceituação crítica de jurisdição, como segue:

- a) A jurisdição tira sua validade a partir da noção de Estado.
- b) A jurisdição deve espelhar os objetivos e fins do Estado.
- c) A sociedade se transforma e exige uma resposta rápida e efetiva aos seus anseios.
- d) O modelo dogmático de jurisdição não fornece as respostas exigidas por essa sociedade.

A intenção de uma conceituação crítica de jurisdição não é a de criar uma fórmula estática e universalizante a respeito do tema, nem a ousadia criar uma nova teoria sobre a jurisdição, mas sim de manter um posicionamento aberto e reflexivo a partir de fatores que se adaptem com o passar dos tempos às necessidades e anseios da sociedade.

Como exemplo, Jônatas Luiz Moreira de Paula (2002, p. 45) conceitua criticamente a jurisdição civil como sendo “a real e efetiva solução do litígio posto ao conhecimento do judiciário, sob sua responsabilidade, com a finalidade de circular e distribuir rendas e bens de consumo”.

Por litígio entende o conflito entre duas ou mais pessoas e a norma substancial, ou a pretensão de uma ou várias pessoas que compõem o pólo da ação diante da norma processual. Assim, procura-se atingir não só a jurisdição contenciosa, como também a voluntária. O elemento *real* surge da necessidade do provimento atingir profundamente a causa submetida à

apreciação jurisdicional.

O elemento *efetiva* qualifica a jurisdição como aquela que realiza concretamente os anseios dos litigantes, principalmente do ganhador, pois, será efetiva quando munida de instrumentos capazes de garantir o comando jurisdicional, seja num despacho, decisão interlocutória ou na sentença. O desrespeito a uma decisão jurisdicional seria considerado um desrespeito ao próprio Estado, pois é imprescindível resguardar a jurisdição de meios para a realização de seus comandos. Portanto, a jurisdição efetiva deve ser satisfativa posto que não deva ter apenas uma declaração do Estado, mas sim, realizar a pretensão dos litigantes.

A questão da relação econômica na conceituação de jurisdição pelo autor, nada mais é do que a realização dos fins e objetivos sociais do Estado. Finalmente o elemento *posto a conhecimento* significa o meio de atuação da jurisdição, ou seja, através do devido processo legal, iniciado por uma ação.

A partir dessa conceituação crítica de jurisdição pode-se elaborar uma outra que nos parece mais peculiar ao que se propõe nesse estudo, ou seja, a efetividade da prestação jurisdicional.

O Estado proíbe a autotutela e assume o monopólio da prestação jurisdicional. Acredita-se que não haja dúvida de que a jurisdição é uma manifestação do poder do Estado, porém, não nos interessa conceituar jurisdição como poder, pois quem tem poder tem a faculdade de exercê-lo e o Estado não tem a faculdade de exercer ou não a jurisdição. Para nosso conceito o que interessa é que jurisdição seja tida como um dever do próprio Estado, pois quem tem dever é obrigado a cumprir.

Conforme afirma Barbosa Moreira:

Se o Estado vedou a autotutela privada, monopolizando a Jurisdição, passou a ter não só o direito, mas também, o dever de decidir os conflitos de interesses de seus cidadãos, de forma a aproximar o máximo possível o resultado do processo com a situação de fato em que o preceito legal tivesse sido observado de forma espontânea e perfeita pelos membros da comunidade. (MOREIRA, 1980, p. 21)

Mas cumprir de que forma? Como subsídio a essa resposta, a Emenda Constitucional nº. 45/2004 alterou o Art. 5º da Constituição e instituiu expressamente o direito fundamental à duração razoável do processo e aos os meios que garantam a celeridade de sua tramitação, conforme preceitua o referido dispositivo:

Art. 5º. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito á vida, à igualdade, à segurança e á propriedade, nos termos seguintes:

...

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

Portanto, o Estado deve prestar a tutela jurisdicional de maneira tempestiva e adequada através de meios adequados que atendam ao interesse real dos litigantes. Assim, haverá a condição, emprestando alguns elementos do conceito de jurisdição de Jônatas Luiz Moreira de Paula, de definir a jurisdição como sendo o dever do Estado de solucionar os litígios postos ao seu conhecimento, de forma tempestiva e adequada, visando satisfazer os interessados e alcançar os objetivos e fins sociais do Estado.

Pode parecer utópico? Pode, mas como bem disse Boaventura de Sousa Santos (2005, p. 43) “precisamos da utopia como do pão para a boca” e quanto mais radical a utopia

melhor para nos guiar num período de transição paradigmática.

2. FUNDAMENTALIDADE DA JURISDIÇÃO

A prestação jurisdicional efetiva é um direito fundamental garantido pela Constituição brasileira, é fundamental visto ser instrumento de proteção e garantia de todos os demais direitos explícita ou implicitamente inseridos na Constituição, visto que qualquer titularidade de direitos é destituída de sentido sem mecanismos hábeis de sua reivindicação.

A força com que o direito fundamental à prestação jurisdicional efetiva atua na realidade se confunde com a própria força normativa da Constituição, por isso, é necessário compreender dentro das condições históricas de sua concepção a sua possibilidade de ordenar o sentido de uma nova realidade política e social e de dominar efetivamente a distribuição do poder e fazer valer seus preceitos de Estado Democrático de direito para buscar os fins e objetivos a que se propôs.

Além de ser um direito fundamental, a prestação jurisdicional efetiva assume um papel importantíssimo no contexto constitucional, visto ser um princípio que sustenta e dá segurança para a construção jurídica e norteia o rumo de seu entendimento. Como princípio e elemento primário da ordem jurídica carrega em si a própria idéia de justiça, visto ser um valor eleito pelo povo como indispensável para uma organização social harmônica, pacífica e igualitária.

2.1 Caracterização

O monopólio da jurisdição, sinônimo do próprio Estado de Direito, estabeleceu a necessidade de se tutelar constitucionalmente a garantia de acesso à justiça. Porém, tal tutela há de ser efetiva, sob pena de haver sua negação. Sendo assim, a prestação jurisdicional efetiva constitui um direito fundamental, posto que dela depende a própria garantia de todos os demais direitos inseridos em nossa Constituição, o que exige que os meios de tutela sejam adequados e hábeis para realmente pacificar os conflitos e realizar justiça.

A prestação jurisdicional é efetiva quando possui a capacidade real de atingir seus objetivos, ou seja, o Estado ao substituir o indivíduo na solução dos conflitos de interesses deve assegurar meios aptos a propiciar aos envolvidos uma concretização fática de suas pretensões, ou seja, é a realização prática, real, dos fins a que se propôs. Sob esse aspecto, compreende-se que a prestação jurisdicional significa a atuação do Estado, num prazo adequado, com uma decisão justa e com capacidade de atuar no plano dos fatos.

Nesse sentido, acrescenta Teori Albino Zavascki:

[...] o dever imposto ao indivíduo de submeter-se obrigatoriamente à jurisdição estatal não pode representar um castigo. Pelo contrário: deve ter como contrapartida necessária o dever do Estado de garantir a utilidade da sentença, a aptidão dela garantir, em caso de vitória, a efetiva e prática concretização da tutela. (Zavascki, 1997, p.11)

Anteriormente à inclusão do inciso LXXVIII ao artigo 5º da Constituição Federal, que instituiu o direito fundamental à razoável duração do processo, bem como, os meios que assegurem a celeridade de sua tramitação, a doutrina através de uma interpretação moderna de nossa Constituição já defendia a garantia constitucional da tutela jurisdicional efetiva em decorrência do inciso XXXV do mesmo artigo, ou seja, “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça de direito”. Assim, a efetividade da tutela jurisdicional está constitucionalmente assegurada de forma fundamental nos dois dispositivos.

Pertinente é o posicionamento de Marinoni (2004, p.179), para quem, “O art. 5º, XXXV, da CF, afirma que ‘a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça de direito’. Entende-se que essa norma garante a todos o direito a uma prestação jurisdicional efetiva.”. Ainda segundo o autor, através desse dispositivo, encontra-se o princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional o qual se traduz na garantia de que o Estado assegurará a promoção da tutela adequada aos direitos pleiteados.

Sobre o princípio da inafastabilidade Marinoni assim se refere:

O princípio da inafastabilidade não garante apenas uma resposta jurisdicional, mas, a tutela que seja capaz de realizar, efetivamente, o direito afirmado pelo autor, pois o processo, por constituir a contrapartida que o Estado oferece ao cidadão diante da proibição da autotutela, deve chegar a resultados equivalentes aos que seriam obtidos se espontaneamente observados os preceitos legais. Dessa forma, o direito à adequada tutela jurisdicional garantido pelo princípio da inafastabilidade é o direito à tutela adequada á realidade social. (MARINONI, 2004, p. 179)

Kazuo Watanabe sobre o mesmo tema aponta que:

O princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional, inscrito no inciso XXXV do art. 5º da Constituição Federal, não assegura apenas o acesso

formal aos órgãos judiciários, mas sim o acesso à justiça que propicie a efetiva e tempestiva proteção contra qualquer forma de denegação da justiça e também o acesso à ordem jurídica justa. Cuida-se de um ideal que, certamente, está ainda muito distante de ser concretizado, e, pela falibilidade do ser humano, seguramente jamais o atingiremos em sua inteireza. Mas a permanente manutenção desse ideal na mente e no coração dos operadores do direito é uma necessidade para que o ordenamento jurídico esteja em contínua evolução. (WATANABE, 1996, p. 20)

Paulo Bonavides, quando trata da caracterização, conceito, natureza e universalidade dos direitos fundamentais, cita Konrad Hesse, um dos clássicos do direito público alemão contemporâneo, e explica que para aquele:

Numa concepção lata, os direitos fundamentais almejam criar e manter os pressupostos elementares de uma vida na liberdade e na dignidade humana, e de forma específica, ou seja, numa concepção normativa os direitos fundamentais seriam aqueles direitos que o direito vigente qualifica como tais. (HESSE, apud BONAVIDES, 2002, p. 514)

A partir da lição de Carl Schmitt, Paulo Bonavides (2002, p. 515) nos ensina também que existem dois critérios, o formal e o material, para a caracterização dos direitos fundamentais. Pelo critério formal, seriam “fundamentais todos os direitos ou garantias nomeados e especificados no instrumento constitucional”. Ainda sob o critério formal, também seriam fundamentais “aqueles direitos que receberam da Constituição uma grau mais elevado de garantia ou de segurança; ou são imutáveis ou pelo menos de mudança dificultada, a saber, direitos unicamente alteráveis mediante lei de emenda à Constituição”. Pelo critério material, “os direitos fundamentais, segundo Schmitt, variam conforme a ideologia, a modalidade de Estado, a espécie de valores e princípios que a Constituição consagra. Em suma cada Estado tem seus direitos fundamentais específicos”.

Em José Afonso da Silva (2001, p. 182), inspirado por Pérez Luño, encontra-se uma definição de direitos fundamentais adequada ao estudo aqui proposto. Para ele a expressão “direitos fundamentais do homem”, além de referir-se a princípios que resumem a concepção do mundo e informam a ideologia política de cada ordenamento jurídico, “reserva no nível do direito positivo”, aquelas prerrogativas e instituições que ele concretiza em garantias de uma convivência digna, livre e igual às pessoas.

Ainda para o jurista, o qualitativo “fundamentais” indica que se trata de situações jurídicas sem as quais a pessoa humana não se realiza, não convive e, às vezes, nem mesmo sobrevive; fundamentais do homem no sentido de que a todos, por igual, devem ser, não apenas formalmente reconhecidos, mas concreta e materialmente efetivados.

Sob o aspecto formal, o direito a uma prestação jurisdicional tempestiva, bem como os meios que assegurem sua tempestividade se caracterizam como um direito fundamental tendo em vista a própria disposição constitucional do Estado, ou seja, inseriu tais direitos segundo sua ideologia no Título II, Dos Direitos e Garantias Fundamentais.

Pelo caráter material, o direito a uma prestação jurisdicional tempestiva, bem como os meios que assegurem sua tempestividade são direitos fundamentais por serem suporte imprescindível ao exercício da cidadania e a própria dignidade da pessoa humana, denegá-los, fere-se não só o direito de cidadão, mas também, a própria dignidade de ser humano.

Importante é a caracterização material do direito à tutela jurisdicional efetiva como um direito fundamental, dada por Marinoni quando afirma que:

[...] o direito à prestação jurisdicional é fundamental, pois dele depende a

efetividade dos demais direitos, uma vez que esses últimos, diante de situações de ameaça e agressão, sempre restam na dependência de sua realização. Não é por outro motivo que o direito à prestação jurisdicional efetiva é proclamado o mais importante dos direitos, exatamente por construir o direito e fazer valer os próprios direitos. (MARINONI, 2004, p. 184)

Mauro Cappelletti e Bryant Garth não utilizam a expressão efetividade da prestação jurisdicional, utilizam uma expressão para eles sinônima, que é o “acesso efetivo à justiça”, e nesse sentido salientam sua fundamentalidade material:

[...] De fato, o direito ao acesso efetivo tem sido progressivamente reconhecido como sendo de importância capital entre os novos direitos individuais e sociais, uma vez que a titularidade de direitos é destituída de sentido, na ausência de mecanismos para sua reivindicação. O acesso à justiça pode, portanto, sem encarado como o requisito fundamental – o mais básico dos direitos humanos – de um sistema jurídico moderno e igualitário que pretenda garantir, e não apenas proclamar os direitos de todos. (CAPPELLETTI; GARTH, 1998, p.12-13)

A fundamentalidade de uma prestação jurisdicional efetiva também é tema abordado por Canotilho (1999, p. 466-467) quando trata da proteção efetiva e temporalmente adequada, para ele o direito de acesso aos tribunais é um “direito fundamental formal” e “a proteção jurídica através dos tribunais implica garantia de uma proteção eficaz e temporalmente adequada”, pois “aos demandantes de uma proteção jurídica deve ser reconhecida a possibilidade, em tempo útil obter uma sentença executória com força de caso julgado, pois a justiça tardia equivale a uma denegação de justiça”.

A teoria dos direitos fundamentais de Robert Alexy (1993) é uma teoria dogmática, que tem por objeto de estudo o direito positivo de uma determinada ordem jurídica, qualificada enquanto categoria teórica estrutural investiga os conceitos dos direitos fundamentais, sua influência e fundamentação nos sistemas jurídicos.

Alexy (1993, p. 455) utiliza-se do conceito “direito à organização e ao procedimento” para classificar aqueles direitos fundamentais que dependem, na sua concretização, tanto de medidas estatais com o intuito de criação e conformação de órgãos, setores ou repartições (direito à organização), como de outras, de índole normativa, destinadas a ordenar a fruição de determinados direitos ou garantias, como é o caso das garantias processual-constitucionais (direito de acesso à justiça; direito de proteção judiciária; direito de defesa).

Assim, segundo sua teoria, o direito a uma prestação jurisdicional efetiva é um direito fundamental a uma ação positiva do Estado, para que institua meios adequados que assegurem sua implementação, conforme menciona Alexy:

Os direitos a procedimentos judiciais e administrativos são essencialmente direitos a uma prestação jurídica efetiva. Condição de uma efetiva proteção jurídica é que o resultado do procedimento garanta os direitos materiais do respectivo titular de direitos. (ALEXY, 1993, p. 472)

Sob diversos pontos de vista pôde ser observada a fundamentalidade da prestação jurisdicional efetiva. Resta concluir que esse direito é tão fundamental que sem a sua observância todos os demais direitos inerentes e consagrados pelos Estados Democráticos de Direito não tem como ser garantidos, pois carecem de instrumentos para torná-los factíveis. Não basta haver direitos constitucionalmente instituídos e oportunidade para que o indivíduo bata às portas do Judiciário e lamente sua pretensão em juízo, é necessária uma prestação jurisdicional que a realize efetiva e tempestivamente segundo os fins e objetivos do Estado.

Porém, esse direito fundamental, que é também um instrumento de garantia de todos

os demais direitos, necessita de uma atuação concreta e normativa no mundo jurídico, ou seja, deve possuir uma força para fazer valer seus preceitos. Assim, faz-se necessário saber qual é a sua força normativa e também a da própria Constituição.

2.2 A força normativa da Constituição

Um marco a respeito da força normativa da Constituição foi a tese levantada por Ferdinand Lassale em 1862, em Berlim, em uma conferência que se tornou celebre e ao mesmo tempo polêmica dentro do constitucionalismo moderno, ou seja, “O que é uma Constituição?”

Segundo sua tese, as definições jurídicas formais da Constituição e outras semelhantes se distanciam da resposta à pergunta “O que é uma Constituição?”. Em seu exemplo, falar que a “Constituição é a lei fundamental proclamada no país, na qual se lançam os cimentos para a organização do direito público desta nação” é apenas limitar-se a descrever externamente como se formam e o que fazem a Constituição, porém, não nos diz o que é uma Constituição. (LASSALE, 2003, p. 44)

Criar critérios e notas qualitativas para reconhecer externamente e juridicamente uma Constituição, sem dizer o que é a essência da Constituição não serve para a orientação se uma Constituição é boa ou má, factível ou irreal. O importante para Lassale era primeiramente saber em que consistia a verdadeira essência da Constituição, posto que as “definições jurídicas se aplicam a toda e qualquer espécie de papel assinado por uma nação,

para proclamá-la como Constituição, qualquer que seja seu conteúdo, sem penetrar para nada nele”. (LASSALE, 2003, p. 44)

Longe de ver as questões constitucionais como questões jurídicas, mas sim como questões políticas, Lassale vê nos fatores reais do poder “a força ativa e eficaz que informa todas as leis e instituições políticas da sociedade em questão, fazendo com que não possam ser, em substância, mais do que tal e como são”. (LASSALE, 2003, p. 49)

Para Lassale, a Constituição de um país nada mais seria que o somatório dos fatores reais de poder que vigoram no país em determinada época. Cada fragmento da Constituição seria representado por um fator poder, “um rei a quem obedecem o Exército e os canhões é um fragmento de Constituição”; “uma nobreza influente e bem relacionada com o rei e sua corte também é um fragmento de Constituição”; “os senhores Borsig e Egeis⁴, os grandes industriais, todos, são também um fragmento da Constituição”; “os banqueiros isso a nenhum governo convém, hoje em dia, estar de mal com essas personagens”; “também a consciência coletiva e a cultura geral do país são um fragmento de Constituição”; e finaliza com o último fator, “a pequena burguesia e a classe trabalhadora“, pois em certos casos extremos e desesperados, também vocês, senhores, todos juntos, são fragmentos de Constituição. (LASSALE, 2003, p. 51-57)

Assim, colhidos os fatores reais de poder e registrados em uma folha de papel, a partir desse momento temos a expressão escrita do que era fator de poder e agora é constituído em direito e instituições, “e quem atentar contra eles atentará contra a lei e será castigado” (LASSALE, 2003, p. 58)

⁴ Borsig, Egeis eram grandes fabricantes de tecidos estampados e seda, representavam a grande burguesia industrial prussiana da época.

Na concepção de Lassale existem duas Constituições, uma real formada pelos fatores reais do poder, e outra, a chamada Constituição jurídica, que não passa de uma pedaço de papel, e sua capacidade de regular e de motivar está limitada à sua compatibilidade com a Constituição real. Se não for dessa maneira, do conflito entre as duas, prevalece a que representa os fatores reais do poder.

Sobre os problemas constitucionais, Lassale conclui que:

Os problemas constitucionais não são, primordialmente, problemas de direito, mas de poder; a verdadeira Constituição de um país somente reside nos fatores reais e efetivos de poder que regem nesse país; e as Constituições escritas não têm valor nem são duradouras mais do que quando dão expressão fiel aos fatores de poder vigentes na realidade social: daí os critérios fundamentais que vocês devem considerar. [...] Não se esqueçam vocês dessa conferência, senhores, e quando voltarem a se ver alguma vez no momento crítico de ter que dar a si mesmos uma Constituição, espero que vocês já saibam como se fazem estas coisas, e que não se limitarão a assinar uma folha de papel, deixando intactas as forças reais que mandam no país. (LASSALE, 2003, p. 86-87)

O posicionamento cético e crítico de Lassale em relação à Constituição, mesmo parecendo atual dentro da perspectiva política, jurídica e social do Brasil, não nos auxilia na solução da inefetividade da prestação jurisdicional, porém, ajuda a tornar claras as idéias da falta de realização de nossa Constituição, não só em relação ao direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva, como também, de outros direitos e garantias constitucionalmente expressos.

Não há saída, a tentação de nos filiar-mos ao posicionamento de Lassale é grande, sua concepção parece ainda mais interessante ao considerar a sua aparente simplicidade e

evidência que se prende à realidade, o que nos obriga ao abandono de qualquer ilusão. Mesmo porque, a história constitucional nos ensina que na prática política e nas questões fundamentais do Estado sempre o poder da força se sobrepõe à força das normas jurídicas. Porém, não deve ser percorrido esse caminho na busca da força normativa da Constituição, pois, parece-nos que entre o conflito dos fatores reais do poder e a Constituição esta não deve sair derrotada.

Konrad Hesse (1991, p. 11), num dos textos mais importantes do constitucionalismo moderno, criticando as idéias de Lassale, enfatiza que um efeito determinante e exclusivo da Constituição real, ou seja, daquela formada apenas pelos fatores reais do poder, significa a negação absoluta da Constituição jurídica e conseqüentemente na negação do próprio direito constitucional, e comenta:

Essa negação do direito constitucional importa na negação do seu valor enquanto ciência jurídica. Como toda ciência jurídica, o Direito Constitucional é ciência normativa; Diferencia-se, assim, da Sociologia e da Ciência Política enquanto ciências da realidade. Se as normas constitucionais nada mais expressam do que relações fáticas altamente mutáveis, não há como deixar de reconhecer que a ciência da Constituição jurídica constitui uma ciência jurídica na ausência do direito, não lhe restando outra função senão a de constatar e comentar fatos criados pela Realpolitik. (HESSE, 1991, p. 11)

Assim, o direito constitucional não estaria a serviço de uma ordem estatal justa, cumpriria apenas a função de justificar as relações de poder dominante, como afirma adiante:

Se a Ciência da Constituição adota essa tese e passa admitir a Constituição real como decisiva, tem-se sua descaracterização como ciência normativa, operando-se a sua conversão numa simples ciência do ser. Não haveria mais como diferenciá-la da Sociologia ou da Ciência Política. (HESSE, 1991, p. 11)

Ao lado do poder determinante das relações fáticas, existe também uma força determinante do direito constitucional que caracterizaria a própria força da Constituição. A intensidade dessa força estaria condicionada à reciprocidade entre a Constituição e realidade político-social, aos limites e as possibilidades de atuação, bem como, a sua eficácia. (HESSE, 1991, p. 13)

Realidade e norma não devem ser radicalmente separadas para não voltarmos novamente ao início do caminho, ou seja, atribuição de força determinante dos fatores reais do poder. Um posicionamento extremado tanto para o lado da realidade quanto para o lado normatividade levaria ou a uma realidade desprovida de normatividade, ou a uma norma que não expressasse qualquer elemento real. “A norma constitucional não tem existência autônoma em face da realidade. A sua essência reside na sua vigência, ou seja, a situação por ela regulada pretende ser concretizada na realidade”. (HESSE, 1991, p. 14)

A normatividade constitucional não possui existência autônoma em face da realidade, sua essência reside na concretização das situações por ela reguladas. A pretensão de concretização da norma constitucional não deve ser separada das condições históricas de sua realização, pois a questão histórica gera normas próprias que não podem ser desconsideradas, caso fossem, a norma se distanciaria cada vez mais da realidade.

Devem ser contempladas aqui as condições naturais, técnicas, econômicas, e sociais. A pretensão de eficácia da norma jurídica somente será realizada se levar em conta essas condições. Há de ser, igualmente, contemplado o substrato espiritual que se consubstancia num determinado povo, isto é, as concepções sociais concretas e o baldrame axiológico que influenciam decisivamente a conformação, o entendimento e a autoridade das proposições normativas. (HESSE, 1991, p. 15)

A Constituição, portanto, não se configura apenas como um ser, mas também, como um dever ser, representando muito mais que apenas o reflexo das situações fáticas momentâneas de sua vigência, ela procura imprimir ordem e conformação à realidade política e social.

Realidade e norma estão numa relação de coordenação. A Constituição adquire força normativa na medida em que consegue tornar realidade a sua pretensão de eficácia. Porém, existem limites e possibilidades de sua realização no contexto em que a pretensão de eficácia está inserida.

Konrad Hesse, quando trata dos limites e possibilidades da Constituição estende sobre o tema um olhar reflexivo ao assegurar que:

Se não quiser permanecer eternamente estéril, a Constituição não deve procurar construir o Estado de forma abstrata e teórica. Ela não logra produzir nada que já não assente na natureza singular do presente. Se lhe faltam esses pressupostos, a Constituição não pode emprestar forma e modificação à realidade; onde inexistente força a ser despertada – força esta que decorre da natureza das coisas – não pode a Constituição emprestar-lhe direção. (HESSE, 1991, p. 18)

Desse posicionamento de Hesse pode-se verificar que a força da norma constitucional somente é determinante se busca construir o futuro com base na realidade do presente, pois “a força vital e a eficácia da Constituição assentam-se na sua vinculação às forças espontâneas e às tendências dominantes do seu tempo, o que possibilita o seu desenvolvimento e sua ordenação objetiva”.(HESSE,1991, p. 18)

A força normativa da Constituição reside na conformação inteligente com a realidade, mas também na capacidade de que suas tarefas sejam realizadas e que exista disposição de orientação à própria conduta segundo a ordem nela estabelecida e se identifique a vontade de concretizar essa ordem, principalmente da vontade dos realizadores da Constituição, vontade essa, não só de poder, mas também a vontade de Constituição.

A vontade de Constituição é baseada na necessidade de uma ordem normativa que proteja o Estado do arbítrio, da compreensão de que essa ordem não é legítima apenas pelos fatos, também necessita estar em constante processo de legitimação, e principalmente depende de atos da vontade humana.

Sobre a imprescindibilidade da vontade humana na composição da força normativa da Constituição, assim comenta Hesse:

Essa vontade tem consequência porque a vida do Estado, tal como a vida humana, não está abandonada à ação surda de forças aparentemente inelutáveis. Ao contrário, todos nós permanentemente convocados a dar conformação à vida do Estado, assumindo e resolvendo as tarefas por ele colocadas. (HESSE, 1991, p. 20)

No sentido de que todo cidadão individualmente possui um papel imprescindível na vontade de Constituição e que a própria força normativa da Constituição depende dessa vontade, evoca-se Canotilho, em posicionamento convergente com as idéias de Hesse, ao declarar que:

Realizar a constituição significa tornar juridicamente eficazes as normas constitucionais. Qualquer constituição só é juridicamente eficaz (pretensão de eficácia) através de sua realização. Essa realização é uma tarefa de todos os órgãos constitucionais que, na actividade legiferante, administrativa e judicial, aplicam as normas da constituição. Nessa tarefa realizadora

participam ainda todos os cidadãos “pluralismo de intérpretes” que fundamentam na constituição, de forma directa e imediata, os seus direitos e deveres. (CANOTILHO, 1999, p. 1126)

É apropriado pensar no sujeito concretizante da Constituição, pois, se a força da norma está vinculada à possibilidade de aplicação a casos concretos, os agentes que participam de todo esse processo de concretização possuem um papel fundamental, pois dependem deles a colocação da norma em contato com a realidade, como atesta adiante, ainda Canotilho:

No específico plano da concretização normativo-constitucional, a mediação metódica da normatividade pelos sujeitos concretizadores assume uma das suas manifestações mais relevantes. Em face do carácter aberto, indeterminado e polissêmico das normas constitucionais, torna-se necessário que, a diferentes níveis de realização ou de concretização – legislativo, judicial, administrativo -, se aproxime a norma constitucional da realidade. (CANOTILHO, 1999, p. 1147)

Outros subsídios existem para que a concretização ou realização das normas constitucionais não dependa somente das esferas públicas. Encontra-se nas idéias de Peter Häberle uma concepção de interpretação pluralista da constituição, ou seja, de uma atividade dirigida à compreensão e à explicitação de sentido da norma constitucional que deve partir de todos aqueles que vivem no contexto regulado por elas, assim expressado pelo autor:

Todo aquele que vive no contexto regulado por uma norma e que vive este contexto é, indireta ou, até mesmo diretamente, um intérprete dessa norma. O destinatário da norma é participante ativo, muito mais ativo do que se pode supor tradicionalmente, do processo hermenêutico. Como não são apenas os interpretes jurídicos da Constituição que vivem a norma, não detém eles o monopólio da interpretação da Constituição. (HÄBERLE, 1997, p. 15)

No contexto da concretização do direito fundamental à prestação jurisdicional efetiva, haja vista serem normas constitucionais, podemos entender que no processo de sua realização se faz necessária a participação ativa e criativa não só do judiciário, mas também do executivo e legislativo, como também de toda sociedade que vive a norma constitucional, pois não só os interpretes e agentes concretizadores jurídicos a vivenciam.

De um lado, a Constituição Brasileira de 1988 não está separada das condições históricas de sua realização, visto representar os valores que sociedade escolheu como fundamentais. De outro lado, o direito fundamental à prestação jurisdicional efetiva está plenamente sintonizado com seu tempo, num tempo em que o cidadão necessita mais do que nunca se valer dos direitos e garantias constitucionalmente prometidos. Assim, nossa Constituição não se apresenta apenas como uma expressão de realidade condicionada aos fatores reais do poder, ou seja, não é uma mera “folha de papel”⁵, pois, graças aos seus elementos normativos, ela ordena o sentido de uma nova realidade política e social. Seus limites condicionam-se apenas na convicção de sua inviolabilidade, quanto mais forte essa convicção entre os seus agentes concretizadores mais amplos seus limites.

Isso tudo significa, que a Constituição Brasileira possui força para dominar efetivamente a distribuição do poder e fazer-se valer de seus preceitos de Estado Democrático de Direito para buscar os fins e objetivos a que se propôs. Sua força normativa é capaz de conferir forma e modificar a realidade, porém, não podemos nos esquecer que sua realização depende da participação de toda a sociedade, pois toda ela vive a norma constitucional.

⁵ Expressão utilizada por Ferdind Lassale para justificar a realização da Constituição somente com os fatores reais do poder.

2.3 Uma visão principiológica.

“O impulso político deflagra o poder constituinte originário, mas a Constituição posta em vigência é um documento jurídico, é um sistema de normas.” (BARROSO, 1993, p.280). Esse sistema de normas é próprio “à organização do poder, à distribuição da competência, ao exercício da autoridade, à forma de governo, aos direitos da pessoa humana, tanto individuais como sociais.” (BONAVIDES, 2002, p. 63). Além disso, estabelece princípios, finalidades e objetivos do Estado conforme sua ideologia formadora.

Numa concepção mais ampla e dinâmica, a Constituição Brasileira é vista como um sistema normativo fundamental segundo Carmem Lucia Antunes Rocha, que assim a define:

É o complexo de normas jurídicas fundamentais, ordenadas harmonicamente segundo uma arquitetura de esferas que se adaptam e se acasalam permitindo um movimento contínuo e encaixado em sua interpretação e aplicação, que modela o sistema constitucional, conformador dos alicerces jurídicos de um povo em cada tempo e espaço. (ROCHA, 1990, p. 18)

Assim, sob esse ponto de vista sistêmico a Constituição revela-se uma unidade “harmonizada pela acomodação afinada e pela gradação justaposta e entrelaçada das normas jurídicas fundamentais” (ROCHA, 1990, p. 18). Quando se define um sistema jurídico, ou seja, um ordenamento jurídico, a conexão ou o entrelaçamento das normas que formam esse ordenamento deve ser coerente e sintonizada dentro da compreensão de sistema e formar um todo harmônico, pois, a regulação social exige equilíbrio, coerência e simetria, como é da natureza do Direito, assim definido pela autora:

Para ser sistêmico o ordenamento jurídico tem que ser concebido como

é puras, quero dizer, como elementos normativos concertados e coerentes, que enfeixam normas jurídicas acomodadas numa justaposição e que se associam e permitem o movimento harmônico permanente do regramento pela interpretação e na aplicação de suas disposições (ROCHA, 1990, p. 18).

Para que sejam possíveis essa coerência e harmonia entre os elementos normativos, o sistema constitucional é apoiado sobre bases que têm por objetivo dar segurança, ou melhor, dar garantia para a construção jurídica que sobre elas se edifica e nortear o rumo do seu entendimento e aplicação.

Essas bases ou pilares fundamentais, que inseridos no sistema constitucional lhe dão sustentação e definem os contornos ideológicos do povo e do Estado, são os princípios constitucionais, sem os quais, todo o ordenamento jurídico perde a harmonia, integração e coerência.

O princípio constitucional é o elemento valorativo inserido no ordenamento jurídico como base da construção jurídica fundamental de um Estado, “é a energia política constitucional primária que, integrando o ordenamento, faz-se pólo fundamental do qual se distendem as regras jurídicas com as quais se compõem o sistema.” (ROCHA, 1990, p. 19)

Abonando esta concepção há a definição de princípio jurídico colocada por Celso Antônio Bandeira de Mello, como segue:

Princípio – já averbamos alhures – é, por definição, mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas compondo-lhes o espírito e servindo de critério para sua exata compreensão e inteligência, exatamente por definir a lógica e a racionalidade do sistema normativo, no que lhe confere a tônica e dá sentido harmônico. É o conhecimento dos princípios que preside a inteligência das diferentes partes componentes do todo unitário que há por nome sistema

jurídico positivo

Violar um princípio é muito mais grave que transgredir uma norma. A desatenção ao princípio implica ofensa não apenas a um específico mandamento obrigatório, mas a todo o sistema de comandos. É a mais grave forma de ilegalidade ou inconstitucionalidade, conforme o escalão do princípio atingido, porque representa insurgência contra todo o sistema, subversão de seus valores fundamentais, contumélia irremissível a seu arcabouço lógico e correção de sua estrutura mestra. (MELLO, 1994, p. 450)

Se os princípios são as bases do sistema constitucional, ora dando corpo às regras jurídicas integrantes da elaboração normativa fundamental, ora norteando e demarcando o espírito do ordenamento constitucional, pode-se concluir que os princípios são elementos internos primários da ordem jurídica.

Como elemento primário da ordem jurídica o conjunto de princípios carrega em si a idéia de justiça, pois, através do sistema constitucional é que o povo elege os valores que lhe servirão como rumo para uma organização social harmônica, pacífica e igualitária. Sobre este tema Carmem Lucia Antunes Rocha assim escreve:

O sistema constitucional positiva valores – transformando-os, então, em princípios jurídicos – a fim de que a esfera de manifestação humana destes – a poética, que é ilimitada – encontre limites em dados normativos determinantes do comportamento do indivíduo no seio da sociedade. E por um exercício de racionalização do sentimento social sobre o valor absoluto de justiça, que é reduzido à dimensão humana pautada no tempo e na história, traduz-se o sentido a partir do qual se materializa a essência das normas jurídicas inseridas no sistema constitucional. O valor social da Justiça, como concebido na pauta do tempo e do espaço de um povo, faz-se realizável pelo Direito Positivo, submetendo as situações cuidadas no ordenamento ao fim que o justifica e por isso deve direcioná-lo. Assim, o princípio constitucional orienta a definição da essência do Direito Positivo de cada povo, tornando-o instrumento legítimo com o qual se busca realizar o valor supremo da justiça. (ROCHA, 1990, p. 19).

Os princípios são importantes não só para o Direito, como também para todas as ciências. Não se faz ciência sem princípios. Costuma-se mesmo definir ciência “como conjunto de conhecimentos ordenados coerentemente segundo princípios”. (PORTANOVA,

2001, p. 13).

O sentido de princípio serve às ciências em geral, conforme aponta Miguel Reale dizendo que:

Princípios são, pois, verdades ou juízos fundamentais, que servem de alicerce ou garantia de certeza a um conjunto de juízos, ordenados em um sistema de conceitos relativos à dada porção da realidade. Às vezes também se denominam princípios certas proposições que, apesar de não serem evidentes ou resultantes de evidências, são assumidas como fundantes da validade de um sistema particular de conhecimentos, como pressupostos necessários. (REALE, 1986, p.60)

A idéia de princípio como expressão de origem, início, ou como aquele que vem em primeiro lugar, também é defendida em contraposição aos conceitos que colocam os princípios como fundamento ou base, como expõe Paulo Bonavides (2002, p. 228), que citando Luís Díez Picazo comenta que princípio deriva da linguagem da geometria, onde designa as verdades primeiras. Logo acrescenta que exatamente por isso são “princípios”, ou seja, “porque estão ao princípio”, sendo “as premissas de todo um sistema [...]”.

Respalhando esta conceituação, Bonavides (2002, p. 229), ainda invocando o pensamento do jurista espanhol, acrescenta que os princípios “são verdades objetivas, nem sempre pertencentes ao mundo do ser, senão do dever-ser, na qualidade de normas jurídicas, dotadas de vigência, validade e obrigatoriedade”. E acrescenta que, como princípios de um determinado Direito Positivo, “têm os princípios dum lado, servido de critério de inspiração às leis ou normas concretas desse Direito Positivo e, de outro, de normas obtidas mediante um processo de generalização e decantação dessas leis”.

Uma outra conceituação de princípio é aquela formulada pela Corte Constitucional

italiana, numa de suas sentenças, de 1956 referida por Paulo Bonavides (2002, p. 229-230), na qual se lê:

Faz-se mister assinalar que se devem considerar como princípios do ordenamento jurídico aquelas orientações e aquelas diretivas de caráter geral e fundamental que se possam deduzir da conexão sistemática, da coordenação e da íntima racionalidade das normas, que concorrem para formar assim, num dado momento histórico, o tecido do ordenamento jurídico.

O direito fundamental a uma prestação jurisdicional efetiva é um princípio constitucional consagrado pela Constituição Federal segundo os seguintes dispositivos:

Art. 5º. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

...

XXXV – a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça de lesão;

...

LXXVIII – a todos no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação; (BRASIL, 1988)

Esse princípio é pilar de sustentação e instrumento de garantia dos demais direitos. Sua interpretação e implementação irradiam a garantias de proteção dos valores que a sociedade escolheu como fundamentais para uma convivência pacífica e igualitária visando alcançar o bem comum.

3. TEMPO, JURISDIÇÃO E JUSTIÇA

O tempo foi um dos mais inquietantes temas abordados pela filosofia e uma das maiores preocupações do ser humano. Sua dimensão relativa retira significado a partir dos fins e objetivos que se pretende. A comum expressão “para uns o tempo não passa, para outros o tempo voa” reflete a diferença de dimensão em que as pessoas estão inseridas.

No mundo do direito, o tempo é considerado como um critério de justiça, seja distributiva como comutativa, haja vista que a morosidade da prestação jurisdicional é causa desestimulante à busca e efetivação dos direitos do povo. Tal é sua importância, que a Constituição elegeu como fundamental o direito a razoável duração do processo, visto ser imprescindível que haja a tempestividade para a efetividade da prestação jurisdicional, sem a qual se denega o próprio acesso à justiça.

O processo pode ser considerado como forma de manifestação do poder do Estado ou como instrumento de atuação da jurisdição, e sua existência envolve a idéia de temporalidade. Sua morosidade constitui um dos maiores, senão o maior fator de crise de justiça, e responsável por gravíssimas conseqüências para as partes, como também para toda a sociedade, tais como, o distanciamento do Estado de seus objetivos, o aumento das desigualdades sociais e econômicas e sobreposição dos interesses individuais dos mais ricos ao dos mais pobres.

A razoabilidade inserida para qualificar a duração do processo proporciona uma abertura para se entender os sentidos e nexos entre as significações dos problemas humanos

baseados na mutabilidade e prioridades sociais, bem como, na multiplicidade dos valores a fim de atender da melhor maneira as exigências de justiça e os anseios sociais.

3.1 A dimensão do tempo e sua influência no Direito

Entre os acontecimentos da natureza o tempo é um dos que mais inquietam o homem. A filosofia, que sempre se preocupou em indagar os motivos das preocupações do ser humano, viu no tempo um dos temas mais enigmáticos. Como exemplo, Santo Agostinho foi um dos que mais demonstrou sua inquietude, assim manifestada:

[...] Que é, pois, o tempo? Quem poderá explicá-lo clara e brevemente? Quem o poderá aprender, mesmo só com o pensamento, para depois nos traduzir por palavras o seu conceito? E que assunto mais familiar e mais batido nas nossas conversas do que o tempo? Quando dele falamos, compreendemos o que dizemos. [...] (SANTO AGOSTINHO, 2004, p.322)

Não se tentará aqui responder a essas inquietações sobre o tempo, contudo o que vai nos interessar é a sua dimensão tomada em relação à existência das coisas, mais precisamente na duração do processo judicial. Essa dimensão específica representa um dos fatores para que possamos qualificar uma prestação jurisdicional de efetiva ou não.

A problemática do tempo é matéria que vem tendo grande relevância no universo do Direito. Primeiramente, porque é através dele que desenvolve-se a sociedade, tanto com relação ao tempo cronológico, aquele absoluto e determinável, quanto ao tempo social, dos

acontecimentos e das relações jurídicas que se operam na sociedade, portanto relativo e variável, e que imprimem ao Estado uma dinâmica de atuação.

A unidade de medida do tempo é absoluta, ou seja, uma hora representa o mesmo lapso de tempo em qualquer lugar do mundo. Porém, o próprio tempo não traz em si o mesmo significado para todas as pessoas, essa dimensão relativa retira seu significado a partir dos fins ou objetivos que se pretende. É comum ouvirmos a expressão “para uns o tempo não passa, para outros o tempo voa”.

A dimensão relativa do tempo é comentada por José Rogério Cruz e Tucci quando cita as idéias de Carmo Silva:

Se perder tempo é, aos olhos dos outros, nada fazer, isto é, coisas vistas sem valor, aos nossos próprios olhos perdemos tempo quando nos dedicamos a atividades não escolhidas como dignas da nossa ação. O nosso tempo retira toda sua significação e preço a partir dos fins de que nos apropriamos; é somente em relação a objetivos próprios que algo adquire o caráter de contratempo ou intempestivo. (CARMO SILVA, apud CRUZ E TUCCI, 1997, p. 19)

Essa diferença de dimensão temporal está relacionada exatamente com as situações e o contexto em que as pessoas estão inseridas. Por exemplo, um minuto para o término de um jogo possui dimensão completamente diferente, para o time que está ganhando, da que é para o time que está perdendo. Para o que está ganhando o tempo parece não passar, já para o que está perdendo o tempo voa. Esse exemplo pode ser usado para muitas outras situações da vida cotidiana.

No mundo jurídico não é diferente, por exemplo, cinco anos de duração processual possui uma dimensão completamente diferente para um credor e um devedor. Para o primeiro, o passar do tempo causa prejuízo econômico, angústia e descrença nas instituições jurídicas por não ver seu crédito rapidamente satisfeito, para o segundo o seu passar pode representar um instrumento muito hábil ao não cumprimento de uma obrigação, cuja prorrogação somente lhe trará lucros, pois na verdade representaria um empréstimo a longo prazo com juros irrisórios.

A morosidade da prestação jurisdicional é desestimulante à busca e efetivação dos direitos do povo. Não são poucas as situações que nos deparamos no cotidiano nas quais as pessoas dizem não querer recorrer ao Poder Judiciário para buscarem seus direitos em decorrência da lentidão de sua resposta. A demora irrazoável configura omissão violadora do direito fundamental a uma prestação jurisdicional efetiva, pois prazo razoável à prestação jurisdicional é condição de efetivação do próprio acesso à justiça e do exercício da cidadania não só no Brasil como em todos os países que vivenciam o Estado Democrático de Direito

Observamos que no plano do jurídico o tempo toma importante relevo, pois condiciona a garantia e fruição dos direitos. Tanto é que a Constituição elege como direito fundamental a razoável duração do processo, bem como os meios necessários para sua celeridade. Nesse aspecto ele possui um significado ligado ao próprio exercício da cidadania, pois do que adianta possuir garantias e direitos assegurados constitucionalmente e nenhum instrumento tempestivo que os façam efetivos. Portanto, é imprescindível que haja tempestividade e adequação dos meios para a efetividade da prestação jurisdicional, sem os quais se denega o próprio acesso à justiça.

3.2 O tempo do processo

O Estado contemporâneo com a finalidade de manutenção da paz social proíbe a autotutela, impõe as normas que regularão a conduta social e assume o monopólio da jurisdição para a solução dos conflitos.

A jurisdição sob esse aspecto se apresenta como manifestação do Poder do Estado, e segundo Marinoni e Arenhart (2004, p. 78) “Se a jurisdição é apenas uma das manifestações do poder do Estado, é lógico que ela deve ser exercida por alguém e por meio de algo”. Esse “alguém” é o juiz e o “por meio de algo” é o processo. Por isso o processo é visto como um instrumento utilizado pelo Estado para exercer a jurisdição e conseqüentemente o seu poder.

A visão do processo como manifestação do poder do Estado é bem expressa por Cândido Rangel Dinamarco, que sobre ele afirma:

Na teoria do poder fala-se em sua dinâmica, para designar o modo como ele se exerce, ou seja, o que em direito processual é o processo. Na realidade, as definições pecam um pouco pela imprecisão, não sendo raro falar de algo como o “mecanismo de transmissão dos resultados de seleção” como sendo o poder mesmo e não o processo mediante o qual se exerce. Certo é, no entanto, que hoje facilmente se compreende que todo poder se exerce mediante um procedimento, caracterizando este como processo desde que seja feito em contraditório. (DINAMARCO, 1996, p. 126)

A partir desse posicionamento pode-se compreender que o processo é um procedimento que, respeitados os enunciados constitucionais, permitem ao juiz o exercício da

jurisdição. Nas democracias o poder somente é legitimado pela participação dos envolvidos que serão atingidos pelo seu exercício. Diferentemente da participação através da eleição, no âmbito jurisdicional a participação se faz pelo instituto do contraditório, ou seja, através da efetiva participação dos interessados no processo. De outra forma, segundo Marinoni e Arenhart (2004, p. 79) “somente existirá procedimento legítimo e, portanto, processo, quando dele participarem aqueles que serão atingidos pela decisão do juiz”.

A título de esclarecimento, é oportuno observar, de acordo com Cândido Rangel Dinamarco, que:

Quando se diz que o procedimento legitima o resultado do exercício do poder, tem-se em vista agora o modo de ser dos procedimentos que o direito positivo oferece e que constituem o penhor da lei à preservação dos princípios constitucionais do processo, a começar pelo contraditório. Se algum procedimento excluísse a participação dos sujeitos envolvidos no litígio, ele próprio seria ilegítimo e chocar-se-ia com a ordem constitucional. (DINAMARCO, 1996, p. 126)

É interessante enfatizar que não é apenas na observância dos princípios constitucionais processuais que o procedimento legitima o resultado. Sua legitimação depende ainda de uma sintonia com os objetivos e fins do Estado, pois, sendo o processo jurisdicional também um instrumento de sua concretização, não é legítimo o procedimento que não atente aos valores fundamentais eleitos pela própria sociedade.

A propósito do poder legitimado, na doutrina de Marinoni (2000, p.251) encontramos que:

[...] não é suficiente para a legitimação do poder a observância dos princípios constitucionais processuais, ou somente a presença dos valores processuais. Se o processo é instrumento que serve ao direito material, não é legítimo o processo que realiza um direito discriminador ou desatento aos valores do Estado Democrático de Direito, Ora o “democrático”, inserido na expressão, qualifica o Estado, o que irradia os valores da democracia sobre a ordem jurídica. O Direito, portanto, é permeado por tais valores, e o seu conteúdo deve ser buscado no sentimento popular e no interesse coletivo. (MARINONI, 2000, p. 251)

Seja considerado como forma de manifestação do poder do Estado ou como instrumento da jurisdição, “todo processo envolve a idéia de temporalidade, de um desenvolver-se temporalmente, a partir de um ponto inicial até atingir o fim desejado” (OVÍDIO BAPTISTA, 1998, p.14) e sua necessidade representa um custo para todos os titulares de direitos. Esse custo pode significar angústia, ansiedade, privação, necessidades e até mesmo a miséria, o que leva o jurista contemporâneo à especial atenção em buscar soluções que possam eliminar as causas que acarretam a demora do processo e conseqüentemente os males trazidos aos envolvidos.

As conseqüências e custos sociais trazidos pelo tempo do processo têm levado a sociologia a tê-lo também como objeto de estudo. Segundo Boaventura de Sousa Santos (2005, p. 169) a “análise de duração média dos processos civis e a conseqüente verificação do aumento da lentidão da justiça é um dos temas mais intrigantes da investigação sociológica sobre os tribunais em nossos dias”.

A partir da própria compreensão etimológica da palavra processo (pro cedere = seguir adiante) se pode ter a noção de que ele não é um método instantâneo de solução de conflito. Pelo contrário, é um instituto essencialmente dinâmico, destinado a desenvolver-se

no tempo. Tem-se, pois, que lhe é característica ínsita durar, prolongar-se. Isso, exige a prática de um conjunto de atos ordenados, não só pelo juiz, mas também pelas partes. Assim, entre o instante em que alguém pleiteia ao Estado a proteção de um direito que afirma ter, até o momento em que essa pretensão é efetivamente tutelada, transcorre um lapso temporal. Esse lapso é o tempo do processo. Enfim, o processo, possui uma duração que lhe é inerente, e que não pode prescindir.

Dessa forma, é muito oportuna a observação feita por José Rogério Cruz e Tucci:

O processo – direção no movimento – consubstancia-se então num instituto essencialmente dinâmico, porquanto não exaure o seu ciclo vital em um único momento, mas é destinado a desenvolver-se no tempo, possuindo duração própria. Os atos processuais, embora tenham uma determinada ocasião para serem realizados, normalmente não se perfazem de modo instantâneo, mas sim, desenrolam-se em várias etapas ou fases. (CRUZ E TUCCI, 1997, p. 25)

Portanto, é incontroverso que o processo depende do tempo para desenvolver-se. Mas esse desenvolvimento deve reger-se, na medida do possível, mediante um procedimento célere, para que assim, a tutela pretendida seja prestada de forma oportuna e efetiva. Conforme lição de Cruz e Tucci (1997, p. 27) “os direitos subjetivos dos cidadãos devem ser providos da máxima garantia social, com o mínimo sacrifício individual, e ainda, com o menor dispêndio de tempo e energia”.

O processo ideal não existe, ou seja, é impossível que seja prestada uma tutela imediatamente a um direito violado. Assim, resta-nos pretender que o tempo entre a lesão do

direito e a efetivação da decisão jurisdicional seja o mais breve possível sem esbarrar nos direitos e garantias das partes.

Não se pode aqui, confundir celeridade com precipitação. A celeridade tem a ver com a exclusão de dilações indevidas e despropositais aos fins do processo, e a precipitação é o desatendimento dos princípios fundamentais da ordem jurídica. Portanto, um processo pode ser rápido sem ofender o núcleo básico dos demais princípios constitucionais do processo.

Isto é possível por tratar-se de uma colisão de princípios e não de uma colisão entre regras. Na solução do conflito da colisão entre regras, ou seja, quando duas regras conflitantes são aplicáveis ao caso concreto, obrigatoriamente uma não é válida. Já na colisão de princípios a solução é totalmente distinta, como é explicado por Alexy:

Quando dois princípios entram em colisão – tal como é o caso quando segundo um princípio algo está proibido e, segundo outro princípio, está permitido – um dos princípios tem que ceder ante ao outro. Mas, isto não significa declarar inválido o princípio deslocado nem que no princípio deslocado tenha que introduzir uma cláusula de exceção. O que se sucede é que em certas circunstâncias um dos princípios sucede ao outro. Já em outras circunstâncias, a questão de precedência pode ser solucionada de maneira inversa. Isto é o que se quer dizer quando se afirma que nos casos concretos os princípios têm diferente peso e que coloca em primeiro lugar o princípio com maior peso. (ALEXY, 1993, p. 89)

Desse modo, o conflito das regras estaria no campo de sua validade e o de princípios, devido só haver princípios válidos, no campo de sua importância, cuja solução passaria pela ponderação de “qual dos interesses, abstratamente da mesma categoria, possui maior importância no caso concreto” (ALEXY, 1993, p. 90)

No caso do processo, sua celeridade não exclui de forma absoluta os demais princípios que lhe são inerentes, como por exemplo, o do contraditório, o da ampla defesa entre outros. O que ocorre na verdade é uma constante concorrência de princípios do início até o fim do processo, cuja adequada solução dos conflitos permite chegar a uma prestação jurisdicional efetiva.

Nesse sentido, esclarece Cruz e Tucci afirmando:

[...] que a grande equação reside, essencialmente, em conciliar valores e todas as conseqüências que dele advêm, com a obtenção de decisão que represente uma composição do litígio consonante com a verdade, e em que se respeite amplamente o regramento do contraditório e todas as garantias de defesa, pois só assim se logrará uma decisão acertada no âmbito do processo justo. (CRUZ E TUCCI, 1997, p. 29)

O processo depende do tempo e sua excessiva morosidade constitui um dos maiores, senão o maior fator da crise de justiça do nosso tempo, responsável por gravíssimos inconvenientes às partes e a toda sociedade. Sua celeridade além de direito fundamental é sinônimo de justiça e garantia dos direitos, cuja observância não significa usurpar dos envolvidos as demais garantias constitucionais, mas sim fazê-las efetivas.

3.3 A razoável duração do processo

A Emenda Constitucional n.º 45, publicada em 31/12/2004, acrescentou ao art. 5º o inciso LXXVIII que assim dispõe: “a todos no âmbito judicial e administrativo, são

assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação”

O legislador ao utilizar a expressão “razoável”, obriga-nos a refletir sobre seu significado, e também, o que se esperar de sua significação no mundo do Direito. Não resta dúvida que por causa de sua indeterminabilidade objetiva e abertura pode tornar difícil e imprecisa sua conceituação, porém, sua utilização demonstra uma evolução legislativa que procura refletir no Direito a dinamicidade da sociedade através da possibilidade de uma maior flexibilização de seus institutos jurídicos, pois, quando se trabalha com um sistema normativo fechado que procura definir de forma exata e precisa seus pressupostos e condutas, corre-se o risco de substituição de justiça por segurança nas relações jurídicas.

Segundo Adauto de Almeida Tomaszewski (2005, p. 3-4) após a Revolução Francesa o pensamento jurídico voltou-se à preservação dos direitos individuais, cuja limitação encontrava-se apenas na lei, como expressão de ideais coletivos. De um lado observou-se um apego extremado ao texto da lei nas questões interpretativas e de aplicação do direito. De outro, ao Judiciário a proibição de participação na criação jurídica, por ser atividade exclusiva do Legislativo. Com isso, surgiu a concepção mecânica da função jurisdicional que considerava a sentença “[...] um ato meramente mecânico; um simples exercício de lógica dedutiva, destituída de qualquer elemento valorativo e alheia à realidade dos fatos”.

Ainda segundo o autor, a sociedade se transformou motivada, sobretudo pela Revolução Industrial, o que alterou sensivelmente as relações sociais, fazendo surgir ferrenhas críticas à concepção “mecânica da jurisdição”, “reclamando uma melhor adequação da lei à existência concreta, fazendo surgir novas posturas interpretativas”.

Nesse momento as escolas de interpretação objetivaram encontrar critérios de eleição dos métodos interpretativos que fizesse prevalecer um dentre outros métodos. Porém, sem êxito, chega-se à conclusão de não haver razão justificada para nenhuma preferência. Assim, segundo Aduino de Almeida Tomaszewski (2005, p. 4) foi a partir dos estudos de Luis Recaséns Siches, que a interpretação do Direito assume a “dupla dimensão circunstancial de todo Direito positivo, a lógica do humano e o caráter criador da função judicial” e que os demais métodos interpretativos, por exemplo, o literal, o histórico, subjetivo-objetivo, etc., podiam ser substituídos por um único método, o da “Lógica do Razoável”, “definida como uma razão impregnada de pontos de vista estimativos, de critérios de valorização, de pautas axiológicas, que além de tudo traz consigo os ensinamentos colhidos da experiência própria e também do próximo através da história”. (SICHES, apud Tomaszewski, 2005, p. 4).

A Lógica do Razoável, então procura “entender os sentidos e nexos entre as significações dos problemas humanos, e portanto, dos políticos e jurídicos, assim como realiza operações de valoração e estabelece finalidades ou propósitos”. (SICHES, apud Tomaszewski, 2005, p.5).

Por essa Lógica, ao legislador importaria mais os juízos de valor adotados como inspiradores da regra de direito, do que com o texto da lei em si. Ao juiz, o abandono das motivações lógico-dedutivas, próprias do Estado de modelo Liberal, para uma motivação embasada no ser humano e de característica “sempre criadora, por alimentar-se de um amplo complexo de valorações particulares sobre o caso concreto”. (TOMASZEWSKI, 2005, p. 6).

Portanto, a partir dessa Lógica, podemos esperar da expressão “duração razoável do processo” uma oportunidade de se encontrar caminhos para a solução prática dos problemas humanos baseada na mutabilidade e prioridades sociais, bem como, na multiplicidade dos valores a fim de atender da melhor maneira as exigências de justiça e os anseios sociais.

Nesse sentido, esclarece Adauto de Almeida Tomaszewski afirmando que:

[...] o “logos” do razoável constitui a lógica que serve ao homem. Não está destinada a explicar, mas, sim, compreender e penetrar o sentido dos objetos humanos. Está voltada para a adequação das soluções aos casos reais, ainda que de forma irracional, pois assim como o Direito, é fruto da concepção humana, que tem por fim a realização de certos valores. Embora se originando indiretamente de fatos, transcende Às fronteiras fáticas, devendo ser visto numa noção de conjunto. Ademais, tem por objetivo a compreensão do sentido e nexos entre as significações, a fim de realizar operações valorativas, fixando finalidades e propósitos, pois o fato humano não se restringe apenas à causa e efeito, eis que tem um algo a mais, um sentido. (TOMASZEWSKI, 2005, p.8)

As razões que levaram o legislador a tratar a questão do tempo do processo ao nível de garantia fundamental mostram-nos uma insatisfação da sociedade com a prestação da tutela jurisdicional e o entendimento de que a jurisdição não deve apenas ser prestada pelo Estado como decorrência do direito de ação, mas que a tutela jurisdicional deve ser efetiva, tempestiva e adequada, sendo obrigação do Estado alcançar este objetivo.

Esse dispositivo constitucional apesar de recente em nosso ordenamento, revela uma tendência contemporânea de preocupação com a tutela dos direitos, cujo valor fundamental é a necessidade da efetividade do processo como instrumento de realização da justiça. Assim,

para que cumpra essa missão, o processo deve possuir mecanismos que lhe permita a tutela dos direitos de forma efetiva e tempestiva.

Não há como dissociar a efetividade da tempestividade, pois a prestação jurisdicional somente será efetiva se prestada num lapso de tempo compatível com a natureza do objeto da demanda, caso contrário, se a luta processual se prolonga durante muito tempo, a efetividade fica proporcionalmente mais fraca e ilusória.

Nesse sentido, são oportunas as palavras de Cruz e Tucci reforçando que:

De tal sorte, um julgamento tardio irá perdendo progressivamente seu sentido reparador, na medida em que se postergue o momento do reconhecimento judicial dos direitos; e, transcorrido o tempo razoável para resolver a causa, qualquer solução será, de modo inexorável, injusta, por maior que seja o mérito científico do conteúdo da decisão. (CRUZ E TUCCI, 1997, p. 65)

A noção de acesso à justiça se confunde com a efetividade do processo, haja vista que o principal objetivo do Poder Jurisdicional é pacificar os conflitos, cujo sucesso somente se alcança se o fizer de forma breve e efetiva.

Logo, pertinente é o posicionamento de Teori Albino Zavascki sobre essa questão, comentando que:

O direito fundamental à efetividade do processo – que se denomina também, direito de acesso à justiça ou direito à ordem jurídica justa – compreende, em suma, não apenas o direito de provocar a atuação do Estado, mas também e principalmente o de obter, em prazo adequado, uma decisão justa e com potencial de atuar eficazmente no mundo dos fatos. (ZAVASCKI, 1999, p. 64)

Assim, não basta às partes envolvidas na demanda apenas a satisfação jurídica de seus interesses, além dela, deve haver uma satisfação temporal para que a tutela jurisdicional seja efetivamente prestada, pois “como já se afirmou, com muita razão, para que a Justiça seja injusta não faz falta que contenha equívoco, basta que não julgue quando deve julgar” (CRUZ E TUCCI, 1997. p.65).

Ordenando a análise dos conceitos, verificou-se no tópico anterior que o processo possui um tempo de duração que lhe é inerente. Agora, o Art. 5, LXXVIII da Constituição Federal, fala em “razoável duração do processo” o que nos leva a indagar sobre o que seria, ou melhor, o que significaria essa razoável duração.

A preocupação com a duração do processo não é recente e nem exclusiva do Brasil. Em 1992 através do Decreto n.º 678 o Brasil aderiu à Convenção Americana de Direitos Humanos realizada em 22 de novembro de 1969, mais conhecida como Pacto de São José da Costa Rica, que pelo qual os Estados participantes comprometeram-se a respeitar os direitos e liberdades nela reconhecidos e a garantir seu livre e pleno exercício a toda pessoa que esteja sujeita à sua jurisdição, sem discriminação alguma, por motivo de raça, cor, sexo, idioma, religião, opiniões políticas ou de qualquer outra natureza, origem nacional ou social, posição econômica, nascimento ou qualquer outra condição social.

Dentre os direitos e garantias expressos pela convenção, esta presente em seu art. 8º a garantia judicial à razoável duração do processo:

Toda pessoa terá o direito de ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou Tribunal competente, independente e

imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou na determinação de seus direitos e obrigações de caráter civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza. (Convenção Americana de Direitos Humanos, 1969)

Portanto, a recente inserção constitucional do direito fundamental à razoável duração do processo somente veio a embasar e consolidar ainda mais a intenção brasileira de proteção desse direito que já havia sido demonstrada em nível internacional com sua adesão ao referido pacto.

A preocupação com a lentidão da justiça em muitos países vem justificando a elaboração de inúmeros textos legislativos que contemplam a fundamentalidade do direito a um processo sem dilações indevidas.

Vale aqui registrar alguns exemplos apontados por Francisco Carlos Duarte e Adriana Monclaro Grandinetti (2005, p. 33) a respeito da existência deste direito fundamental em outros países. Na Constituição Espanhola de 1978, art. 24.2: “Todos têm direito ao juiz ordinário previamente determinado por lei, à defesa e à assistência de advogado sem dilações indevidas e com todas as garantias.”. Nos Estados Unidos, a existência da cláusula “*speed trial clause*” – Cláusula do julgamento rápido que é contemplada pela 6ª Emenda Constitucional. A Carta Canadense dos Direitos e Liberdades de 1982 em seu art. 11, “b” assim dispõe: “Toda pessoa demandada tem o direito de ser julgada dentro de um prazo razoável”.

A Constituição Portuguesa, através de seu Art. 20º/3 que disciplina que “todos têm direito a que uma causa em que intervenham seja objeto de decisão em prazo razoável e

mediante processo equitativo”, é apontada por Canotilho (1999, p. 463) como a “conformação justa e adequada do direito à tutela jurisdicional”.

O art. 6º, §1º, da Convenção Européia para Salvaguarda dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais subscrita em Roma no dia 4 de novembro de 1950, prescreve:

Toda pessoa tem direito a que sua causa seja examinada equitativa e publicamente num prazo razoável, por um tribunal independente e imparcial instituído por lei, que decidirá sobre seus direitos e obrigações civis ou sobre o fundamento de qualquer acusação em matéria penal contra ela dirigida. (Convenção Européia para Salvaguarda do Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais, 1950)

Esse dispositivo é apontado por Cruz e Tucci, Cappelletti e Garth como sendo o precursor do direito constitucional à razoável duração do processo:

Foi, sem dúvida, a partir da edição desse diploma legal supranacional, que o direito ao processo sem dilações indevidas passou a ser concebido como um direito subjetivo constitucional, de caráter autônomo, de todos os membros da coletividade (incluídas as pessoas jurídicas) à tutela jurisdicional dentro de um prazo razoável [...] (CRUZ E TUCCI, 1997, p. 67)

A Convenção Européia para a Proteção dos Direitos Humanos e Liberdades Fundamentais reconhece explicitamente, no art. 6º, parágrafo 1º que a justiça que não cumpre sua funções dentro de um prazo razoável é, para muitas pessoas, uma Justiça inacessível. (CAPPELLETTI; GARTH, 1988, p. 20)

A partir da análise dos diversos dispositivos apontados, percebe-se que todos contemplam o prazo razoável como pressuposto para uma prestação jurisdicional efetiva. De

fato, a tutela jurisdicional em tempo hábil constitui direito fundamental da pessoa humana, sendo alicerce dos Estados Democráticos de Direito.

O direito de acesso à justiça, cujo instrumento é o processo, representa a própria concretização do princípio do Estado Democrático de Direito. Assim, a proteção judicial através dos tribunais implica uma proteção eficaz e temporalmente adequada não bastando apenas uma decisão fundada no Direito. Nesse sentido, pode-se dizer que o direito de acesso à justiça não engloba apenas o direito de acesso ao Poder Judiciário, mas sim, o direito que possui o cidadão de ver sua demanda atendida eficazmente em um prazo razoável.

Por isso, pertinente é o posicionamento de Canotilho a respeito de uma proteção jurídica tempestiva e compatível com as demais garantias constitucionais processuais, argumentando que :

[...] ao demandante de uma proteção jurídica deve ser reconhecida a possibilidade de em tempo útil. (adequação temporal, justiça temporalmente adequada), obter uma sentença executória com força de julgado – a justiça tardia equivale a uma denegação de justiça. Note-se que a exigência de um processo sem dilações indevidas, ou seja, de uma proteção judicial em tempo adequado, não significa necessariamente justiça acelerada. (CANOTILHO, 1999, p. 467)

Visto isso, a celeridade do processo, ou melhor, a razoável duração do processo, representa condição indispensável para uma proteção jurídica adequada que atenda os anseios da sociedade contemporânea dentro de um Estado que se qualifica Democrático e de Direito.

Todavia, não é possível fixarmos uma regra específica determinante das violações do direito fundamental à razoável duração do processo, nem determinar o lapso de tempo

necessário para o desenvolvimento de um processo célere, justo e eficaz, de forma que a decisão final não reflita delongas desnecessárias, comprometendo a efetiva prestação da tutela jurisdicional.

A doutrina tem entendido por dilações indevidas e que consistiriam na violação do direito fundamental a razoável duração do processo, segundo Cruz e Tucci (1997, p. 67) como aqueles atrasos que se produzem por inobservância de prazos, injustificados prolongamentos das etapas entre a produção de um ato processual e outro, atos sem subordinação a tempos específicos, e outras dilações que não dependam das vontades das partes.

Não há dúvida que falar da razoável duração do processo, como também, das dilações indevidas nos leva a imprecisões e dificuldades de conceituação tendo em vista sua indeterminabilidade objetiva e abertura. Porém, existem alguns critérios que podem facilitar a análise do curso temporal do processo e podem ser levados em conta para determinarmos se existem ou não dilações indevidas, como por exemplo: a complexidade da matéria, o comportamento das partes e a atuação do órgão jurisdicional.

Um exemplo prático da inobservância da razoabilidade na duração do processo é citado por Cruz e Tucci (1997, p.69) através de um importante precedente da Corte Europeia dos Direitos do Homem, que em 1987 condenou o estado italiano a indenizar um litigante por dano moral decorrente da demora da prestação jurisdicional.

Neste caso, após analisar os diversos critérios e condições do referido processo, a Corte entendeu que, se condicionado ao conceito de razoável duração, prescritos pelo Art. 6º, §1º da Convenção Europeia para Salvaguarda dos Direitos do Homem e das Liberdades

Fundamentais, houve dilação indevida, e decidiu-se pela condenação, visto tratar-se de um processo não particularmente complexo, tanto em matéria de fato, quanto de Direito, e que ainda não havia sido concluído após 10 anos e 4 meses do seu início.

Apesar de não haver um critério objetivo para a razoável duração do processo, o exemplo deixou claro que 10 anos e 4 meses não é razoável para o encerramento de um processo sob aquelas condições, consoantemente parece-nos irrazoável sob qualquer condição.

Segundo apontamentos de Cruz e Tucci a partir de pesquisa realizada pela American Bar Association, o tempo razoável de duração dos processos da justiça norte-americana, levadas em consideração a diversidade e complexidade das matérias, é, a saber:

a) causas cíveis:

a.1) casos cíveis em geral: 90% destes devem ser iniciados, processados e concluídos dentro de 12 meses; sendo que os 10% restantes, em decorrência de circunstâncias excepcionais, dentro de 24 meses;

a.2) casos cíveis sumários: processados perante juizados de pequenas causas (small claims), devendo ser finalizados em 30 dias;

a.3) “relações domésticas”: 90% destas pendências devem ser iniciadas e julgadas ou encerradas de outro modo no prazo de 30 dias; 98% dentro de 6 meses e 100% em um ano. (CRUZ E TUCCI, 1997, p. 77)

Parece lógico que esses parâmetros possam variar conforme o caso em questão, porém, o importante é que o tribunal competente pela causa oriente-se sempre norteia pelo postulado da celeridade do processo.

A razoabilidade da duração do processo carece de limites e seu conceito é muito vago perante outras garantias processuais, isto posto, depende de uma valoração do conteúdo

de cada caso em concreto, porém, incontroverso que o acesso à justiça de forma efetiva depende de uma prestação jurisdicional que traga uma satisfação temporal aos demandantes.

Dessa forma, para o cumprimento do prazo razoável para a duração do processo previsto na Constituição Brasileira e em outros inúmeros textos legislativos pelo mundo, é imperioso que se proceda a uma mudança estrutural, de forma que a sociedade venha a conscientizar-se de que a garantia do acesso à justiça aos cidadãos é o alicerce dos Estados Democráticos de Direito, constituindo a sua não na própria denegação da justiça.

3.4 Conseqüências da prestação jurisdicional intempestiva

A justiça tardia constitui a negação da própria justiça e ofensa a um direito fundamental do ser humano. A demora na prestação jurisdicional é consubstanciada pela ofensa ao direito do cidadão a uma prestação jurisdicional pronta e eficaz. Um cidadão que, ao recorrer ao Poder Judiciário, não encontra resposta eficiente em um prazo razoável à sua demanda, em virtude de atraso injustificado, em verdade não encontra resposta alguma, o que configura a denegação da justiça.

A partir dessas conseqüências imediatas da prestação jurisdicional intempestiva pode-se verificar conseqüências mediatas ou secundárias causadas nos protagonistas do processo e na sociedade como um todo. Apesar de difícil dimensionamento, os males causados pela demora na prestação jurisdicional sejam para as partes diretamente envolvidas ou para a sociedade são enormes.

Em relação aos juízes, sua imagem pública fica cada vez mais desprestigiada, pois, a lentidão do processo é fator estimulante da descrença do povo no Poder Judiciário. A demora processual acarreta o acúmulo de processos e conseqüentemente afeta a qualidade da prestação jurisdicional que leva, às vezes, a decisões injustas.

As partes, além de sofrerem diretamente o prejuízo material da demora da prestação jurisdicional, também sofrem danos de ordem psicológica, como a angústia, ansiedade e a insegurança trazidas por anos a fio de espera.

Reforçando a suposição de danos, recorde-se que em tópico anterior foi mencionado que a Corte Européia dos Direitos do Homem, condenou o Estado italiano a indenizar um requerente por danos morais, derivados do estado de prolongada ansiedade, e materiais advindos da excessiva duração de um processo que tinha sido parte. Note-se que tal demonstração de dano moral dependeu apenas da comprovação de nexos causal entre processo pendente e dilação indevida.

Dessa forma, a dilação indevida do processo sujeita as partes à desigualdade e injustiça social, pois, segundo Cruz e Tucci:

A intolerável duração do iter processual constitui fenômeno que propicia a desigualdade e é fonte de injustiça social, porque a resistência do pobre é menor do que a do rico: este, e não aquele, pode, via de regra, aguardar, sem sofrer grave dano, uma injustiça lenta... Um processo longo beneficia, em última análise, a parte rica em detrimento da parte desafortunada. (CRUZ E TUCCI, 1997, p. 111)

A intempestividade da tutela jurisdicional é injusta às partes mais pobres, cuja condição econômica não lhes permite a espera sem a ocorrência de graves danos dos seus direitos. Nessas condições essas pessoas aceitam transações sobre seus direitos que quase sempre não lhes são vantajosas, porém, devido à lentidão da justiça acaba sendo melhor abrir mão de parte de seus direitos do que esperar uma decisão final do processo e sua efetivação muito tempo depois. Isso demonstra claramente que a demora da prestação da tutela jurisdicional afeta diretamente o princípio da igualdade, pois os mais pobres acabam sucumbindo ao poder financeiro dos mais ricos, sendo que “a lentidão dos processos, pode ser facilmente convertido num custo econômico adicional e este é proporcionalmente mais gravoso para os cidadãos de menos recursos” (SANTOS, 2005, p. 168.)

Como mera ilustração antagônica da morosidade processual, porém dentro do contexto das conseqüências da demora da prestação jurisdicional, podemos mencionar que as desigualdades entre as partes podem ocorrer dentro de um mesmo procedimento do processo, que é a situação do procedimento ordinário de nossa legislação processual civil, em que, claramente, as partes mais pobres sofrem os maiores prejuízos, como também, pela diferença dos próprios procedimentos, onde partes privilegiadas, ao contrário do cidadão comum, têm para si procedimentos especiais mais céleres e efetivos.

Ou, como bem expressa Luiz Guilherme Marinoni, quando embasando o exposto, afirma que:

Curiosamente, porém, o procedimento ordinário, que sempre foi o único remédio jurisdicional disponível ao cidadão comum, jamais constituiu óbice às aspirações da classe dominante, à medida que esta, patrocinando o lobby, sempre conseguiu procedimentos diferenciados para a tutela dos seus interesses. Basta lembrar o ainda considerado constitucional (apesar de sua gritante inconstitucionalidade) Decreto 70/66, que permite a execução privada, em verdadeira justiça de mão própria, à medida que autoriza o leilão

do bem dado em garantia à instituição financeira, pelo próprio agente fiduciário, sem prévia autorização do poder judiciário. (MARINONI, 1988, p. 20)

Um outro enfoque a respeito da demora processual é a diferença entre o ônus do tempo do processo para o autor e para o réu. A demora da tutela jurisdicional quase sempre beneficia o réu que não tem razão, cuja atitude processual somente se justifica para cansar o autor e dele obter uma composição vantajosa, ou simplesmente procrastinar ao máximo o feito para obter, com o passar do tempo, o maior benefício possível.

Não são raras as situações em que o réu não tem nenhum interesse em comprovar que a pretensão do autor é impertinente, mas, apenas, deseja manter o bem, objeto da demanda, em seu poder, mesmo consciente de não ter razão durante todo o transcorrer do processo, cuja demora processual é seu grande aliado. “O processo, portanto, é um instrumento que sempre prejudica o autor que tem razão e beneficia o réu que não tem” (MARINONI, 1997, p. 23). Daí a razão do dito popular “mais vale um mau acordo do que uma boa demanda.”

Na ordem socioeconômica a intempestividade da prestação jurisdicional tem merecido importante destaque dos juristas, como também de economistas, pois na vida privada, os altos custos trazidos pela demora na prestação da justiça representam contratos mais onerosos para as partes, recheados pela preocupação presente em se garantir, dificuldades de financiamentos, maiores taxas de juros, redução de investimentos, entre outras conseqüências que favorecem a retração da economia nacional.

Nesse contexto, Cruz e Tucci (1997, p. 115) aponta que os países que apresentam uma satisfatória administração da justiça estimulam o crescimento econômico e o progresso tecnológico, e acrescenta que “há uma evidência muito persuasiva de que sistemas judiciais que têm bom funcionamento aceleram o desenvolvimento econômico. Assegurando o direito de propriedade e os direitos contratuais, reduzindo a instabilidade social [...]”.

Também é verdadeiro que em países onde existe eficácia do sistema judiciário há maiores garantias e isto estimula o aporte de capital privado em infra-estrutura, conforme atesta Cruz e Tucci em:

Ademais, o funcionamento insatisfatório do Judiciário prejudica, por duas vias, o desempenho da economia: primeiro, compromete a eficiência da economia, pois aumenta a incerteza e os custos de transação. A falta de uma proteção ágil e imparcial dos contratos e dos direitos de propriedade faz com que as decisões empresariais sejam distorcidas, mantendo-se recursos e deixando-se de aproveitar oportunidades de negócios. [...] Uma segunda via se dá pelo impacto do Judiciário sobre o investimento. Em particular, os investimentos em infra-estrutura são muito sensíveis à presença de um aparato regulatório eficiente, que seja secundado por um Judiciário ágil, imparcial e independente [...] (CRUZ E TUCCI, 1997, p. 115)

Sob outro ponto de vista, nem todos sofrem os males diretos da demora da justiça, tudo isso vale para relações processuais entre pessoas comuns, pois entre os detentores do poder econômico, ou seja, entre as grandes corporações ou empresas multinacionais, ou ainda todos os grandes participantes do jogo do mercado capitalista a regra é outra, eles não são afetados pela demora processual, pois não se utilizam o processo para a solução de seus conflitos, utilizam sim, outros mecanismos como as arbitragens e cortes internacionais, pois para eles quanto menos tempo mais dinheiro. E para aqueles que não têm dinheiro que fiquem com o tempo.

Note-se, por exemplo, que é lógico que numa suposta demanda no Brasil entre a Microsoft, gigante dos sistemas operacionais, e a Intel, líder mundial na fabricação de microprocessadores, cujo valor discutido gire em torno de centenas de milhões de reais, as partes não esperarão 10 anos de luta judicial para terem sua lide resolvida. Essa espera é para os mortais!

Nesse sentido é o posicionamento da BOVESPA⁶, através de artigo publicado por Andréa Háfez:

Enquanto no Judiciário, questões complexas da área societária e de mercado de capitais podem levar mais de dez anos para uma solução, além de serem analisadas por alguém não muito afeito à matéria, a arbitragem cumpre com os requisitos desejados: rapidez e especialização. A relação custo-benefício compensa mesmo quando os gastos em uma arbitragem normalmente ultrapassam os custos de um processo judicial no aspecto monetário. Mas a importância do tempo para as partes envolvidas não tem como ser contabilizada. O empresário até perde dinheiro, mas não tempo. (HÁFEZ, 2005)

De um lado, o cidadão comum deixa de recorrer ao Judiciário desestimulado pelos males provocados pela lentidão da prestação jurisdicional, já de outro, esvazia-se o judiciário pelos detentores do poder econômico que encontram outros meios mais céleres e efetivos para a solução de seus conflitos. O denominador comum dessas situações é o enfraquecimento e o desprestígio do Poder Judiciário por não conseguir exercer seu papel dentro do Estado Democrático de Direito

Dentre outros fatores tradicionais limitadores ao acesso à justiça, de ordem social e econômica, a lentidão, é segundo Cândido Rangel Dinamarco, um dos principais a

⁶ Bolsa de Valores de São Paulo

decepcionar o cidadão e a sociedade e desgastar a legitimidade e os institutos do Estado, e acrescenta:

As tradicionais limitações ao ingresso na Justiça, jurídicas ou de fato (econômicas e sociais) são óbices graves à consecução dos objetivos processuais e, do ponto-de-vista da potencial clientela do Poder Judiciário, constituem para cada qual um fator de decepções em face de esperanças frustradas e insatisfações que se perpetuam; para a sociedade, ela impedem a realização de práticas pacificadoras destinadas ao estabelecimento de clima harmônico entre seus membros; para o Estado, é fator de desgaste de sua própria legitimidade e da dos seus institutos e do seu ordenamento jurídico. (DINAMARCO, 1996, p. 274)

A demora intolerável do processo se constitui então como fonte de desigualdade e injustiça social, com isso, o próprio processo se empobrece e distancia-se de sua função e escopo social, pois “não basta pacificar, tem que pacificar com justiça social” (PORTANOVA, 2001, p.55).

A respeito da função social do processo, José Carlos Barbosa Moreira nos ensina que:

[...] de um lado, cuida-se das possibilidades de estimular a marcha em direção a uma igualdade maior, no sentido da eliminação – ou, quando menos, da atenuação – das diferenças de tratamento dos membros da comunidade em razão de diversidade de riquezas, de posição social, de cultura, de pertinência a esta ou àquela classe, raça, credo religioso ou corrente política. De outro lado, reclama atenção a questão da capacidade do sistema jurídico para assegurar, na medida necessária, a primazia dos interesses da coletividade sobre os estritamente individuais. (MOREIRA, 1985, p. 140)

Ainda sobre o tema, comente Rui Portanova:

Pelo princípio da efetividade social, o processo abre amplo espaço para a crítica e para a prática contra um sistema que dá relevância ao individualismo, contra um Estado que não cumpre sua tarefa de gerente da redistribuição de riquezas e contra uma parte que põe sua razão em direitos afrontosos ao interesse social. Ademais, o processo se torna capaz de, no caso concreto, pôr em questão o jogo do mercado, o favorecimento e privilégios a minorias, o exercício de direitos baseados em ilegítimas acumulações de riquezas e o lucro abusivo. (PORTANOVA, 2001, p. 55)

Totalmente na contra-mão da evolução social do processo, a intempestividade da prestação jurisdicional distancia o Estado de seus objetivos⁷, aumenta as desigualdades sociais e econômicas e sobrepõe o interesse individual da minoria abastada ao dos mais pobres. Com isso, na verdade, o Estado não consegue cumprir suas tarefas sociais com vistas ao atendimento das necessidades básicas da sociedade.

⁷ Art. 3º da Constituição Federal Brasileira

4. JURISDIÇÃO E MATERIALIDADE DOS DIREITOS

Existem obstáculos à efetivação da prestação jurisdicional, mas também possibilidades de superação. Aqui, sugerem-se algumas, porém, sem o intuito de esgotá-las.

Uma delas é questão da tutela jurisdicional dos direitos, que vem colocar em pauta a preocupação com a proteção efetiva dos direitos através da adequação do processo ao direito material, pois uma sociedade dinâmica exige dinamismo de seus institutos. O direito e o processo devem estar adequados a essa realidade, a cada direito ou situação de direito deve corresponder a uma tutela diferenciada e adequada.

O mito da legalidade supõe que tudo o que é emanado pelo Estado representa a vontade geral e atende a todas as necessidades do povo. Por isso, Direito e lei são tidos com expressões sinônimas, mas acontece, que a lei quase sempre está comprometida com o interesse daqueles que detêm o poder. Nesse sentido, para se contornar tal problema, a lei deve sempre ser limitada e conformada por instrumentos hierarquicamente superiores, capazes de dar a ela, além de uma feição formal, também um conteúdo substancial.

Finalmente, sugere-se um processo de interpretação e concretização da norma Constitucional, com participação do Poder Judiciário, dos demais poderes e de toda a sociedade, para que se busquem os resultados efetivos da norma para que suas proposições não permaneçam inócuas.

4.1 Tutelas adequadas ao direito material

A sociedade se transforma com o passar do tempo. Essa sociedade dinâmica exige que suas instituições e mecanismos de solução dos conflitos sociais também acompanhem suas mudanças, pois essa sintonia é responsável pela justaposição dos anseios e necessidades da sociedade atual com sua realidade fática.

O mundo do Direito não escapa imune às exigências de mudanças. Os valores da sociedade mudam com o seu desenvolvimento, novos direitos surgem, outros se modificam ou desaparecem, os conflitos sociais passam ter outras dimensões e demandas. Toda essa mudança exige novas formas e mecanismos de atuação do Estado para a pacificação social.

O Estado quando assumiu o monopólio da jurisdição, proibindo a autotutela privada, obrigou-se a solucionar os conflitos de interesses de forma adequada e efetiva objetivando a paz social. O processo, então, passou a ser um instrumento do Estado para a realização da obrigação que ele assumiu cumprir, ou seja, tutelar jurisdicionalmente os direitos.

Essa expressão “tutela jurisdicional dos direitos” é recente e nem sempre foi aceita pelos processualistas como função da jurisdição, relatado assim por Marinoni:

A expressão “tutela jurisdicional dos direitos”, como se sabe, foi afastada do cogito científico do Direito Processual quando se concluiu que “a tutela dos direitos” não deveria ser vista como escopo da jurisdição. A partir deste momento até bem pouco tempo, falar em tutela jurisdicional dos direitos poderia constituir um pecado mortal para o processualista; (MARINONI, 1998, p. 27)

A polêmica girava em torno de uma leitura equivocada do Art. 75 do antigo Código Civil Brasileiro de 1.916, que dispunha: “A todo direito corresponde uma ação, que o assegura”. Então, aqueles que entendiam que o processo era apenas a maneira de fazer atuar o direito material em juízo, defendiam que não existiria direito subjetivo sem ação.

Marinoni procura demonstrar que a interpretação desse antigo conjuntamente com Art. 5º, XXXV⁸ da Constituição Federal, permitiu que a doutrina superasse tal impasse ao afirmar que:

A correta leitura do art. 75 do Código Civil permite a conclusão de que toda pretensão de direito material deve corresponder a uma ação processual, obrigando o processualista a deixar de lado a sua preocupação com o procedimento ordinário e a partir para o estudo das chamadas tutelas jurisdicionais diferenciadas. (MARINONI, 1998, p. 25)

Ou, como bem expressa Humberto Theodoro Junior:

Se, pois, existe o direito da parte de exigir do Poder Judiciário a composição do litígio, isto se deve, acima de tudo, à vontade da própria lei de que nenhuma lesão ou ameaça a direito seja subtraída à tutela jurisdicional (CF, art. 5º, nº XXXV). É certo, portanto, que a tutela jurisdicional é dada mesmo diante de quem não tem, efetivamente, o direito subjetivo material que invoca contra o adversário. Mas isto se deve ao objetivo de eliminar o litígio, que intranqüiliza o convívio social e compromete a autoridade do ordenamento jurídico [...] (THEODORO JUNIOR, 1995, p. 51)

A questão da tutela jurisdicional dos direitos vem colocar em pauta a preocupação com a proteção efetiva dos direitos através da adequação do processo ao direito material. A instrumentalidade do processo, que ora foi confundida com neutralidade em relação ao direito material, hoje passa a ser vista como fator ativo de efetividade da prestação jurisdicional, que

⁸ Princípio da inafastabilidade da jurisdição

para tanto, deve valer-se de técnicas apropriadas às diversas formas de tutelas do direito material.

Uma sociedade dinâmica exige dinamismo de seus institutos, portanto o direito e o processo devem estar adequados a essa realidade, o que no plano processual significa dizer que a cada direito ou situação de direito deve corresponder a uma tutela diferenciada e adequada, sob pena do processo não responder aos anseios da sociedade.

O instrumento necessário à prestação jurisdicional sempre deve ser adequado e efetivo, motivo pelo qual as tutelas devem assumir diferentes formas, de acordo com a prestação jurisdicional em questão. Nesse sentido, se o caso concreto exigir uma forma diferenciada de tutela, segundo seus objetivos e características peculiares, não há que se implementar uma tutela comum, padronizada ou ordinária.

O maior obstáculo a ser rompido em busca das tutelas diferenciadas e da conseqüente efetividade da prestação jurisdicional é a desordinarização do processo. Pois, o procedimento ordinário, ou seja, aquele com cognição plena e exauriente e com sentenças trinárias, é incapaz de propiciar tutelas adequadas. O motivo é que esse procedimento faz parte da herança do Direito liberal, cujo processo era totalmente isolado do direito material e refletia valores como a neutralidade do juiz, autonomia da vontade e não intervenção do Estado, valores esses incompatíveis com os atuais valores do Estado brasileiro, segundo seus objetivos.

Foi a partir do século XIX, com o movimento iluminista, que o magistrado passou a ser desprovido de qualquer poder criativo e ser apenas considerando um mero aplicador de leis. Conseqüência tal, que o poder judiciário que é tratado por Montesquieu (2000, p. 55)

como “Poder de julgar” é tido como um poder “de certo modo nulo”, cuja função reservada para o juiz era rígida e restrita, sendo somente “a boca que pronuncia as palavras da lei”.

Dessa forma, para que realmente cumprisse a vontade da lei sem criatividade ou politização em sua interpretação, adotou-se o procedimento ordinário, pautado na farsa do princípio da neutralidade, imparcialidade, que eram as molas-mestras do controle político do judiciário.

A partir de então, criou-se a falsa ilusão de que o processo seria um fim em si mesmo, e que seria um instrumento de busca da verdade real, deixando de lado a sua função instrumental, valorizando mais as formas do que o resultado, afastando-se assim, da efetividade da prestação da tutela jurisdicional.

Reflexo dessa herança histórica é o fenômeno da ordinarização em massa do processo civil brasileiro, que tanto prejuízo trouxe a efetivação da prestação jurisdicional. Cujas insuportáveis demoras tem se mostrado imprópria aos novos tempos e às novas exigências da sociedade moderna, dinâmica e globalizada.

Aliás, na sua doutrina, Luiz Guilherme Marinoni sustenta que:

O procedimento ordinário, caracterizado por ser um procedimento alheio ao que se passa no plano do direito material, é a maior prova de que o isolamento do processo não produziu bons resultados, haja vista a crescente preocupação com as chamadas tutelas jurisdicionais diferenciadas, imprescindíveis para a proteção efetiva de determinadas situações de direito substancial, e portanto, alternativas à neutralidade imposta pela ordinariedade. (MARINONI, 2003, p. 29)

A ordinarização do processo além de ser um mal em si mesma, notadamente pela sua ineficiência, por exemplo, de prevenção e proteção efetiva de direitos não patrimoniais, ainda é fator de desigualdade, pois alguns privilegiados valendo-se de seu poder econômico ou político, conseguem se esquivar de tal procedimento e de seus males, para serem agraciados com procedimentos especiais. Aspecto que fica reforçado por Marinoni, ao expor que:

Partindo-se da premissa de que os detentores do poder costumam conseguir legislações que bem tutelam os seus interesses, parece estranho que os interessados na dinamicidade da economia deixem de lado a lentidão da justiça civil. Tal contradição é apenas aparente: primeiro, porque o procedimento ordinário não constitui óbice às aspirações da classe dominante à medida que esta, patrocinando o lobby, consegue procedimentos diferenciados que tutelam egoisticamente seus interesses; e, em segundo lugar, porque os grandes grupos econômicos resolvem as demandas que lhes são mais sensíveis à margem da justiça estatal. (MARINONI, 1994, p.1)

Assim, consegue-se visualizar que o procedimento comum não nos serve mais para tutelar de forma efetiva várias formas de direito material, e que a insistência de se ter tutelas jurisdicionais descompromissadas com o direito material, não reflete a verdadeira instrumentalidade do processo, ou seja, não é substancial. Isso quer dizer que apenas o direito a uma sentença judicial não faz do Estado cumpridor do dever de tutelar jurisdicionalmente os direitos e “constitui um alerta contra o dogma da neutralidade do processo em relação ao direito substancial”. (MARINONI, 1994, p. 1)

A relação de todos esses fatores e questões a respeito da efetividade da prestação jurisdicional nos deve servir de orientação para uma visão mais completa do problema. Uma reflexão adequada evidencia que não se pode simplesmente achar que todo o mal da justiça é

culpa exclusiva dos juízes e da estrutura do Poder Judiciário, pois, “na verdade, nenhuma justiça é boa ou má, ou efetiva ou inefetiva, já que ela sempre será da forma que os detentores do poder a desejarem e, portanto, para alguns sempre boa e efetiva”. (MARINONI, 1994, p.2).

Isto posto, revela-se o que se configura como um grande problema de cunho ideológico e político, pois a demora da prestação jurisdicional passa a servir como mantenedora do “status quo” do conflito de interesses por longo tempo, o que favorece os mais ricos e impede as transformações sócio-econômicas, logo, a lentidão da justiça interessa a todos.

De outro lado, não vivemos mais a linha de pensamento iluminista do século XIX e, portanto, não há mais razão para o juiz atuar somente a vontade da lei, sem qualquer poder criativo, em nome de uma neutralidade e busca da verdade real, que nunca existiu. Hoje, o Poder Judiciário é a personificação do próprio Estado na tarefa de solucionar os conflitos e proteger os direitos, portanto, os objetivos de um se confundem com os do outro, o que dá a ele um importantíssimo papel social, do qual não pode abrir mão, que é o compromisso de construir uma sociedade livre e igualitária, diminuir as desigualdades, promover o bem a todos sem qualquer preconceito e garantir o desenvolvimento nacional.

A prestação jurisdicional deve, portanto, expressar essa nova realidade sob pena de comprometer a própria justiça, e para a concretização de sua efetividade deve-se considerar, segundo Watanabe que:

Se de um lado há exigências próprias do direito material por uma adequada tutela, há de outro as técnicas, e soluções específicas do direito processual,

não somente quanto à natureza do provimento, como também no tocante à duração do processo, à eventual antecipação da tutela, a intensidade e amplitude da cognição, e a muitos outros aspectos. (WATANABE, 1987, p.19)

Por fim, cumpre salientar que a identificação e adoção de tutelas diferenciadas são sem dúvida, uma importante forma de rompimento com a morosidade e de realização da prestação jurisdicional. Por consequência, o fim do processo passa a ser encontrado nas necessidades do direito material, ou melhor, “não há como deixar de pensar nas tutelas quando se deseja analisar se o processo, como técnica, está respondendo à sua missão constitucional de dar tutela aos direitos. E nada pode ser mais importante ao doutrinador do processo nos dias de hoje.” (MARINONI, 2004, p. 149)

4.2 O Direito superando o mito da legalidade

Muitas vezes fala-se simplesmente em Direito, mundo do Direito, direito material, entre outras concepções de Direito, porém, é certo que toda vez que esse tema é abordado cria-se uma associação, praticamente sinônima entre direito e lei. Por que? Qual a sua pertinência no contexto da efetivação da prestação jurisdicional?

O Estado possui o monopólio de criação das leis. Uma identificação entre lei e direito pode ser encontrada em sua própria ideologia, ou seja, o Estado tenta pressupor que tudo o que é emanado por ele representa a vontade geral e atende a todas as necessidades do povo sem qualquer contradição. Dessa forma, quando o Estado cria leis, implementa também

uma falsa noção de que não se precisa buscar nada fora das leis, porque o que tinha que ser garantido ou regulado já fora corretamente feito pelas mesmas e satisfeitas as necessidades da sociedade. Assim, todo o direito já estaria contemplado nas leis.

Com isso, criou-se o hábito de ver o Direito apenas como um conjunto de normas propostas para as diversas situações tidas como relevantes pela ordem jurídica do Estado. Essa concepção segundo Plauto Faraco de Azevedo (1989, p.11) “nem esgota as virtudes da expressão da normatividade jurídica nem alcança o significado global do direito”

Aí então, começam os problemas, pois, segundo Roberto Lyra Filho:

A lei emana do Estado e permanece, em última análise, ligada à classe econômica dominante, pois o Estado, como sistema de órgãos que regem a sociedade politicamente organizada, fica sob o controle daqueles que comandam o processo econômico, na qualidade de proprietários dos meios de produção. (LYRA FILHO, 2001, p. 8)

Por esse ponto de vista, a legislação estaria quase sempre comprometida com o interesse daqueles que detêm o poder, não constituindo, portanto, a vontade geral do povo, mas sim, a vontade de uma pequena minoria privilegiada. Dessa forma seria ingenuidade pensar que toda legislação representa um direito legítimo e indiscutível, sendo que na verdade “abrange, sempre, em maior ou menor grau, Direito e Antidireito: isto é, Direito propriamente dito, reto e concreto, e negação do Direito, entortado pelos interesses classísticos e caprichos continuístas do poder estabelecido” (LYRA FILHO, 2001, p.8)

Essa desconfiança no produtor da lei não é recente, pois na metade do século XVI o filósofo Michel Montaigne (2005, p.361) diagnosticando no que se teria transformado as leis

da França naquele tempo, conclui que elas se tornaram apenas normas que se autolegitimaram como lei, ou seja, como vontade de um sujeito soberano, e acrescenta que:

A autoridade das leis não está no fato de serem justas e sim no de serem leis. Nisso reside o mistério de seu poder; não tem outra base, e essa lhe basta. Foram não raro feitas por tolos; mais vezes ainda por indivíduos que, no seu ódio à igualdade, incorriam em falta de equidade; mas sempre por homens e, portanto, por autores irresolutos e frívolos. Nada há tão grave, ampla e comumente defeituoso quanto as leis; quem as obedece porque são justas, labora em erro, pois é a única coisa que em verdade não são. (MONTAIGNE, 2005, p.361)

Porém, foi a partir da revolução francesa do final do século XVIII, que nasce, propriamente dita, a mística da supremacia da lei consolidando-a como uma “forma pura que não encontra em um conteúdo ou em um objetivo nem seu significado e nem a sua legitimação”. (PAOLO GROSSI, 2004, p.42).

Nesse sentido, Paolo Grossi menciona que:

De fato, é exatamente naqueles anos, em meio a muitas mitologias laicas inauguradas pela Revolução de 1789, destaca-se claríssima a legislativa: a lei, isto é, a expressão da vontade do poder soberano, é axiomáticamente identificada na expressão da vontade geral, transformando-a dessa forma no único instrumento produtor do direito merecedor de respeito e de obséquio, objeto de culto enquanto lei e não pela respeitabilidade de seu conteúdo. Identificada a vontade geral na lei, isso tornava possível a identificação do direito na lei e possibilitava sua completa estatização. (GROSSI, 2004, p. 3)

Dessa forma, as fontes do Direito, como por exemplo, os usos e costumes, as doutrinas, a história jurídica, a *práxis* jurídica e os fatos sociais, cedem lugar a uma única fonte, a lei, a qual se confunde com a vontade do Estado. Mesmo naquele modelo de Estado dito democrático, onde se diz que a vontade legislativa coincide com a vontade geral, o

Direito se contrai na lei, através de regras autoritárias, abstratas e estáticas, emanadas pelo soberano, cujos conteúdos são dissociados dos anseios da sociedade. O resultado disso é o cumprimento da mística da lei.

Na redução das fontes de Direito à lei, segundo Roberto Lyra Filho, se encontra uma forma de “positivismo legalista” que mesmo ao dar supostamente uma abertura para outras fontes de Direito, permanece sempre a supremacia da lei, assim:

O positivismo volta-se para a lei e, mesmo quando incorpora outro tipo de norma – como, por exemplo, o costume – dá à lei total superioridade, tudo ficando subordinado ao que ela determina e jamais sendo permitido – de novo, a título de exemplo – invocar um costume contra a lei. (LYRA FILHO, 2001, p. 31)

Nesse compasso, a idéia de lei genérica ou universal não tem lugar numa sociedade que não é homogênea, na qual, numa hipótese pouco provável, todos deveriam ser livres e iguais. Na verdade, a sociedade é composta por pessoas diferentes, classes sociais diferentes e com necessidades e aspirações diferentes.

A respeito desse aspecto, já dizia Montaigne no século XVI:

Que ganharam nossos legisladores com selecionar cem mil espécies e fatos específicos e provê-los de cem mil leis? Esse número não está em proporção com a diversidade infinita dos atos humanos, nem a multiplicidade de nossas invenções alcançará jamais a variedade dos exemplos. Acrescentem cem vezes mais leis e não deixará de suceder que nas ocorrências vindouras alguma se encontre, em meio às escolhidas e registradas, que requeira ponderação e juízos diferentes. Pouca relação existe entre nossos atos, sempre em perpétua transformação, e as leis que são fixas e estáticas. (MONTAIGNE, 2005, p. 355)

Em nosso tempo, a respeito da lei genérica, bem menciona Luiz Guilherme Marinoni ensinando que:

A lei genérica ou universal, assim como a sua abstração ou eficácia temporal ilimitada, somente seriam possíveis em uma sociedade formada por iguais – o que é utópico –, ou em uma sociedade em que o Estado ignorasse as desigualdades sociais para privilegiar a liberdade, baseando-se na premissa de que essa somente seria garantida se os homens fossem tratados como iguais, independentemente das suas desigualdades concretas. (MARINONI, 2005, p. 12)

Herança do Estado de modelo liberal, o tratamento igual perante a lei da forma como era tido, repercutiu na forma de atuação da jurisdição, que por sua vez, ao comando de uma lei que não se importava com a diversidade e condição social das pessoas, também não se comprometeu com tal questão.

O juiz, que em um momento foi proibido de interpretar as leis e ser criativo em suas decisões, permaneceu com tal cultura mesmo sob a égide de outros valores e condições históricas, pois hoje, notadamente se percebe que a efetivação da liberdade está diretamente vinculada com a diminuição das desigualdades sociais. A atuação do juiz, engessada aos valores do Estado liberal, acarreta uma prestação jurisdicional inefetiva, haja vista estar embasada por valores ultrapassados.

Consoantemente suspeite-se da lei, pois hoje a vontade da lei, se é que lei tem alguma vontade, está mais próxima da vontade dos detentores do poder, do que da vontade legislativa ou da vontade geral do povo, pois “atualmente, porém, a lei não é nem mais a expressão de uma vontade política, uma vez que determinados membros do Parlamento sequer conhecem as suas próprias vontades” (MARINONI, 2005, p.12)

Continua o referido autor na sua análise sobre a vontade expressa na lei dizendo que:

Nessa linha, a vontade da lei seria, na verdade, uma “ausência de vontade” – o que poderia de outro ângulo, representar uma vontade. Mas a ausência de vontade é certamente a vontade de outro, vale dizer, a presença da vontade de alguém que está por trás do Parlamento. O que se quer dizer é que a lei do Estado Contemporâneo está muito mais perto de constituir a vontade dos lobbys e dos grupos de pressão do que representar a vontade uniforme do Parlamento ou expressar do poder político que legitimamente o domina. (MARINONI, 2005, p.13)

Não há dúvida de que a estratégia da burguesia foi triunfante, pois sua instrumentalização destruiu a dimensão jurídica fazendo com que a involução do direito fosse inarredável. A lei, comando autoritário, geral e indiscutível, fechada e estática continua sendo sinônimo de Direito, e agora também se pode dizer de poder, o que nos faz estranhos e distantes do que é realmente o Direito.

O resgate do Direito é possível, porém, não sob a mitologia da legalidade, pois, ao que vimos, a vontade da lei é suspeita e a legitimidade do Estado para a sua produção está imensamente comprometida, constata-se que hoje a produção das leis fica mais a cargo do corporativismo detentor do poder econômico e político do que do próprio Estado. Com isso, na prática a lei não representa a vontade geral do povo e nem é emanada pelo Estado, pois segundo Paolo Grossi (2004, apud GEORGES RIPERT, 1949) “quando o poder político manifesta-se em leis que não são mais a expressão do Direito, a sociedade encontra-se em perigo”

No atual contexto da dinâmica social e de seus novos valores, não há como sustentarmos o princípio da legalidade como era visto pelos iluministas, reduzindo o Direito à lei e valorizando mais a autoridade de quem emanava do que a qualidade de seu conteúdo. A lei, sem dúvida, é o resultado de coalizão das forças sociais, da luta de interesses e confronto de valores, porém, não se deve esquecer que sua produção obrigatoriamente passa por um poder político, que nem sempre é confiável, e que, portanto, pode produzir um texto de lei cujo conteúdo esteja viciado por interesses privilegiados travestidos de vontade popular. A lei, portanto, deve sempre ser limitada e conformada por instrumentos hierarquicamente superiores capazes de dar a ela, além de uma feição formal, também um conteúdo substancial.

Esses instrumentos seriam os princípios de direito inseridos na Constituição, que por definirem os valores fundamentais da sociedade criariam um vínculo de dependência entre a lei e eles. Dessa forma a lei não valeria mais por si mesma, mas dependeria de sua real adequação com as acepções constitucionais expressas por seus princípios e regras.

Nesse sentido observa Luiz Guilherme Marinoni que:

A assunção do Estado constitucional, se ainda permite falar em princípio da legalidade, exige que a ele se dê uma nova feição, compreendendo-se que, se antes esse princípio era formal, agora ele tem conteúdo substancial, pois, requer a conformação da lei com a Constituição e, especialmente, com os direitos fundamentais. (MARINONI, 2005, p. 14)

Essa nova condição de conformação da lei aos princípios constitucionais, permite que a jurisdição atue de forma mais justa, pois, o que era mera atuação da lei do classicismo iluminista, agora pode ser substituída por uma atuação interpretativa, compreensiva e criativa cuja legitimidade é encontrada nos próprios princípios constitucionais e direitos fundamentais.

Assim, quando neste texto se afirma que a prestação jurisdicional efetiva é um direito constitucionalmente fundamental, deve-se observar que sua concretização somente será alcançada se forem observados os princípios constitucionais. Se não houver um desprendimento com o princípio legalista liberal, freqüentemente deparará com interesses, ou melhor, desinteresses dos detentores do poder que sempre sustentaram a mitologia da legalidade em seu próprio proveito para a manutenção do *status quo* e obstrução da transformações sócio-econômicas. Não se espere mais por boas leis, porque já possuímos bons princípios.

Estamos vivendo um verdadeiro estado de necessidade, por isso, pertinente é a crítica de Luiz Edson Fachin a respeito das transformações a que deve passar o Direito:

Entre a resistência à transformação e as necessidades que se impõem pelos fatos, o papel a ser exercido, nesse campo, pelos operadores do Direito, poderá antecipar, em parte, aquilo que virá. Nada obstante, não é possível aceitar passivamente os resultados dessa aferição crítica. Essa mesma via há de ser submetida à prova: trata-se de uma renovação por dentro e ao fundo vai, ou são apenas retoques que operam na estrutura do projeto racionalista que fundou as codificações privadas? Esta interrogação sugere pensar se o passo à frente que se esboça é uma mudança efetiva ou tão-só a última fronteira de um sistema moribundo que agoniza, mas ainda não esgotou. (FACHIN, 2003, p. 19)

Não estamos desvinculados de nossa realidade histórica, mudanças são necessárias, pois o Direito deve servir à vida e não repor a cena do individualismo e neutralismo do século XVIII.

4.3 Interpretando e concretizando a norma jurídica de direito fundamental

A falta de efetividade de muitas normas de direito fundamental decorre do não reconhecimento da própria força normativa da Constituição e da falta de vontade política de dar-lhe aplicabilidade direta e imediata.

Segundo Ana Paula de Barcellos e Luís Roberto Barroso (2003, p.1-4) a falta de efetividade da Constituição brasileira está relacionada à prevalência entre nós da tradição europeia da metade do século XX, que via a Lei Fundamental como mera ordenação de programas de ação, convocações ao legislador ordinário e aos poderes públicos em geral. Seria então, a partir daí que as promessas de atuação e pretensos direitos jamais se consumaram na prática. “Uma história marcada pela insinceridade e pela frustração”.

Ainda segundo os autores, a efetividade da Constituição é a base sobre a qual se desenvolveu no Brasil, a nova interpretação constitucional. Essa nova interpretação constitucional está ligada ao desenvolvimento de fórmulas originais de realização da vontade da Constituição numa fase de “efervescente criatividade dogmática jurídica e de sua aproximação com a ética e com a realização dos direitos fundamentais”.

Os métodos tradicionais da hermenêutica continuam a desempenhar um papel relevante na busca de sentido das normas e na solução dos casos concretos, porém, nem sempre suficientes, haja vista que as normas nem sempre trazem em si um único sentido.

A respeito dessa afirmativa, comenta Ana Paula de Barcellos e Luís Roberto

Barroso:

A grande virada na interpretação constitucional se deu a partir da difusão de uma constatação que, além de singela, sequer era original: não é verdadeira a crença de que as normas jurídicas em geral – e as normas constitucionais em particular – tragam em si um sentido único, objetivo, válido para todas as situações sobre as quais incidem. (BARCELLOS; BARROSO, 2003, p.5)

A nova interpretação constitucional, ao contrário dos métodos interpretativos clássicos que pretendiam encontrar o sentido único das normas para a solução dos casos concretos, pretende encontrar o sentido das normas com a finalidade de uma solução adequada constitucionalmente a partir dos elementos do caso concreto, dos princípios a serem preservados e dos fins a serem realizados. Portanto, sustenta-se num modelo de princípios, cuja aplicação depende de ponderação de valores.

Ao intérprete, segundo Ana Paula de Barcellos e Luís Roberto Barroso, cabe uma função indispensável na concepção pós-positivista do Direito:

[...] cabendo ao intérprete proceder à interação entre fato e norma e realizar escolhas fundamentadas, dentro das possibilidades e limites oferecidos pelo sistema jurídico, visando à solução justa para o caso concreto. Nessa perspectiva pós-positivista do Direito, são idéias essenciais a normatividade dos princípios, a ponderação de valores e a teoria da argumentação. (BARCELLOS; BARROSO, 2003, p.44)

Se o sistema jurídico delimita as possibilidades e limites do intérprete constitucional, exige-se sua conceituação adequada com as idéias propostas. Por isso, vale citar aquela feita por Juarez Freitas:

[...] uma rede axiológica e hierarquizada de princípios gerais e tópicos, de

normas e de valores jurídicos cuja função é a de, evitando ou superando antinomias, dar cumprimento aos princípios e objetivos fundamentais do Estado Democrático de Direito, assim, se encontram consubstanciados, expressa e implicitamente, na Constituição. (FREITAS, 1998, p. 46)

Uma idéia essencial à nova interpretação constitucional, que segue a linha do Direito pós-positivista, é a ponderação de valores. Consiste, segundo Ana Paula de Barcellos e Luís Roberto Barroso (2003, p. 17), em uma técnica de decisão jurídica aplicável a casos difíceis, em relação aos quais a subsunção insuficiente, especialmente quando uma situação concreta dá ensejo à aplicação de normas de mesma hierarquia que indicam soluções diferenciadas. O raciocínio de ponderação implica a escolha das normas e fatos relevantes, atribuindo aos elementos em disputa diferentes pesos, que através de um mecanismo de concessões recíprocas procura-se preservar, na maior intensidade possível, os valores contrapostos.

A teoria da argumentação⁹ é outro elemento tratado como decisivo à nova interpretação constitucional segundo Ana Paula de Barcellos e Luís Roberto Barroso:

[...] A teoria da argumentação tornou-se elemento decisivo da interpretação constitucional, nos casos em que a solução de um determinado problema não se encontra previamente estabelecida pelo ordenamento, dependendo de valorações subjetivas feitas à vista do caso concreto. (BARCELLOS; BARROSO, 2003, p.45)

Para que se entenda a essencialidade da teoria da argumentação à nova interpretação constitucional é necessário conhecer, mesmo que de forma sintética, o que é uma teoria da argumentação. Para tanto, toma-se por foco a teoria da argumentação de Chaïm Perelman, a qual se desenvolve, segundo Luiz Vergílio Dalla-Rosa (2002, p.117), ao campo do discurso retórico.

⁹ Trata-se de expressão singular somente por fazer referência a elementos comuns de outras teorias da argumentação.

Como exemplo de definição de discurso podemos mencionar a formulada pelo referido autor:

O discurso nada mais é do que a identificação dos modos pelo qual o homem, pela utilização da palavra, consegue atingir a esfera de outrem, ou modificar sua própria esfera, utilizando-se para tanto de instrumentos que permitam compreender o objeto através de seus aspectos lingüísticos, aproximando-os de sua natureza ontológica e conduzindo seu destinatário a imaginação, a decisão, a concordância ou ao convencimento da premissa firmada. (DALLA-ROSA, 2002, p. 25)

Discurso retórico seria então, uma exposição metódica que visa influir no raciocínio do destinatário sem que haja um comprometimento com a busca da verdade ou da sua probabilidade. Objetiva apenas convencer o destinatário de que sua convicção é certa ou verdadeira. Haja vista que, segundo Luiz Vergílio Dalla-Rosa (2002, p.35), “O discurso retórico parte das convicções atuais do público, sejam ela verdadeiras ou falsas, e procura levar a platéia a uma conclusão verossímil”.

Na apresentação de sua teoria da argumentação Chaïm Perelman (1998, p.135) parte do princípio de que o raciocínio jurídico relativo à aplicação da lei não é mais uma simples operação dedutiva que não leva em consideração seu caráter justo ou injusto, razoável ou aceitável. Objetivando compreender a atuação da razão afirma que nas disciplinas cujo raciocínio está fundado na demonstração o discurso lógico funciona eficazmente, porém, na área das ciências humanas, à filosofia e ao Direito, existe a dificuldade de construção de raciocínios que partam de premissas inquestionáveis e que indiquem conclusões únicas e necessárias.

Sobre a natureza da argumentação jurídica comenta Chaïm Perelman:

A argumentação não visa à adesão a uma tese exclusivamente pelo fato de ser verdadeira. Pode-se preferir uma tese à outra por parecer mais equitativa, mais oportuna, mais útil, mais razoável, mais bem adaptada à situação. Em certos casos, é verdade que excepcionais, conceder-se-á preferência a outros valores que não a verdade; [...] (PERELMAN, 1998, p. 156)

A teoria da argumentação jurídica de Perelman consiste, portanto, num conjunto de técnicas que legitimam a atuação judicial segundo uma demonstração racional de que a solução é a mais equitativa e justa dentro dos limites autorizados pelo sistema jurídico. Nesse sentido, afirma que:

Como se trata de deixar as decisões de justiça mais aceitáveis, o recurso às técnicas argumentativas torna-se indispensável. Como, por outro lado, trata-se de motivar as decisões, mostrando sua conformidade com o direito em vigor, a argumentação será específica, pois terá por missão de que modo a melhor interpretação da lei se concilia com a melhor solução dos casos particulares. (PERELMAN, 1998, p. 185)

Portanto, segundo Barcellos e Barroso (2003, p. 26), no caso da interpretação constitucional, a argumentação assume, muitas vezes, um papel decisivo, pois, o caráter aberto de muitas normas, o espaço de indefinição de conduta dos princípios e os conceitos indeterminados conferem ao intérprete elevado grau de subjetividade. Com isso, a demonstração lógica adequada do raciocínio desenvolvido é essencial para a concretização da

norma constitucional e vital para a legitimidade da decisão proferida.

O direito fundamental a uma prestação jurisdicional efetiva é consagrado pelas normas jurídicas de direitos fundamentais representadas pelo Art. 5º, XXXV e LXXVIII da Constituição Federal. Conforme o parágrafo primeiro desse mesmo artigo, as normas definidoras de direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata. Então, na concepção de aplicação imediata dessas normas, qual o verdadeiro alcance? Como se apresentam perante o Poder Judiciário, principal órgão de realização concreta de seus preceitos normativos, e perante também aos demais poderes e toda a sociedade?

O estudo sobre a concretização da norma Constitucional não é recente. A doutrina constitucional sempre se preocupou em buscar os resultados efetivos das normas constitucionais, de maneira que suas proposições não permanecessem inócuas.

Como exemplo dessa busca histórica, Luiz Roberto Barroso ao tratar da aplicabilidade das normas constitucionais, relembra Celso Antônio Bandeira de Mello, que procurou demonstrar a ampla potencialidade de concretização já na própria Carta outorgada de 1969, dizendo que:

Ali deixou acentuado o dever do jurista de perquirir no sistema normativo, até a exaustão, todas as possibilidades abertas em prol do atendimento de valores sócios-culturais incorporados ao patrimônio da civilização e abrigados nas Constituições contemporâneas. (BARROSO, 1993, p. 141)

Pode parecer pouco lógico que uma norma definidora de direito fundamental tenha

que afirmar expressamente que seus dispositivos são aplicáveis. Mas não, acontece que isso reflete exatamente a prática costumeira de negar a evidência de sua aplicabilidade. Tais situações não são exclusivas da Constituição brasileira, também se encontra tal preocupação, por exemplo, na constituição alemã através de seu Art. 1º, item 3. “Os direitos fundamentais aqui enunciados constituem preceitos jurídicos diretamente aplicáveis que vinculam os Poderes Legislativo, Executivo e Judicial.”. Da mesma forma na portuguesa no Art 18, item 1, “Os preceitos constitucionais respeitantes aos direitos, liberdades e garantias são diretamente aplicáveis às entidades públicas e privadas.”

Luiz Roberto Barroso aponta que ligado à questão da concretização há o problema da eficácia de uma norma jurídica:

[...] Tratando-se de uma norma, a eficácia jurídica designa a qualidade de produzir, em maior ou menor grau, os seus efeitos típicos, ao regular, desde logo, as situações, relações e comportamentos nela indicados; nesse sentido, a eficácia diz respeito à aplicabilidade, exigibilidade ou exequibilidade da norma. (BARROSO, 1993, p.78)

Dizer apenas que uma norma é eficaz juridicamente não quer dizer que ela seja eficaz socialmente. A eficácia social tem a ver com cumprimento efetivo de suas disposições, mais particularmente, aos efeitos concretos que opera no mundo real, ou seja, no mundo dos fatos.

Mais importante que a eficácia jurídica, como possibilidade de aplicação da norma, seria sua eficácia social, ou seja, os meios de sua realização, que para Luiz Roberto Barroso teria o significado de efetividade, como afirma:

A efetividade significa, portanto a realização do Direito, o desempenho concreto de sua função social. Ela representa a materialização, no mundo dos fatos, dos preceitos legais e simboliza a aproximação, tão íntima quanto possível, entre o dever-ser normativo e o ser da realidade social. (BARROSO, 1993, p. 79)

O problema da concretização das normas de direito fundamental passa primeiramente pelo estudo da estrutura da norma constitucional. Para a teoria dos direitos fundamentais de Alexy, entre numerosas distinções teórico-estruturais a mais importante seria a distinção entre princípios e regras. Segundo sua afirmação:

Ela constitui a base da fundamentação jusfundamental e é a chave para a solução de problemas centrais da dogmática dos direitos fundamentais. Sem ela, não pode existir teoria adequada dos limites, nem uma teoria satisfatória da colisão e tão pouco uma teoria suficiente acerca do papel que jogam os direitos fundamentais no sistema jurídico. (ALEXY, 1993, p. 81)

A Constituição, segundo Canotilho, se comporta como um sistema aberto de regras e princípios, sendo caracterizada como:

[...] (1) é um sistema jurídico porque é um sistema dinâmico de normas; (2) é um sistema aberto porque tem uma estrutura dialógica, traduzida na disponibilidade e capacidade de aprendizagem das normas constitucionais para captarem a mudança da realidade e estarem abertas às concepções cambiantes da verdade e da justiça; (3) é um sistema normativo, porque a estruturação das expectativas referentes a valores, programa, funções e pessoa, é feita através de normas; (4) é um sistema de regras e de princípios, pois as normas do sistema tanto podem revelar-se sob a forma de princípios como sob a forma de regras. (CANOTILHO, 1999, p. 1085)

Para Alexy e Canotilho, como também para a doutrina constitucional contemporânea, os princípios são considerados como autênticas normas jurídicas. Os princípios não são mais qualificados como meros “preceitos de ordem ou política, mas sim verdadeiros comandos de direito”. (ROTHENNBURG, 1999, p. 13)

Em Norberto Bobbio (1997, p. 158) também se encontra a normatividade dos princípios: “a palavra princípios leva a engano, tanto é que a velha questão entre os juristas se os princípios gerais são normas. Para mim não há dúvida: os princípios gerais são normas como todas as outras”.

Dessa forma, aos princípios e às regras deve ser atribuído um denominador comum, ambos são espécies de um mesmo gênero: a norma jurídica. Tal aspecto é explicado por Alexy em:

Tanto as regras como os princípios são normas porque ambos dizem o que deve ser. Ambos podem ser formulados com ajuda das expressões deontológicas básicas do mandamento, da permissão e da proibição. Os princípios, tal como as regras, são razões para juízos concretos de dever ser, ainda quando sejam razões de um tipo muito diferente (ALEXY, 1993, p. 83).

Os critérios de diferenciação das regras e dos princípios são muitos, atente-se aqui, a alguns deles apresentados pela doutrina.

Pela natureza, ou melhor, pela qualidade, os princípios se distinguem dos demais preceitos jurídicos por constituírem eles “expressão primeira dos valores fundamentais

expressos pelo ordenamento jurídico, informando materialmente as demais normas.” (ROTHENBURG, 1999, p.16).

Sob esse aspecto, Canotilho (1999, p. 1086-1087) salienta que os princípios possuem um papel fundamental no ordenamento jurídico devido à sua posição hierárquica no sistema das fontes do direito, “os princípios são fundamento para as regras, isto é, são normas que estão na base ou constituem a ratio de regras jurídicas, desempenhando, por isso, uma função normogenética fundamentante”.

Além do que, os princípios dão a própria idéia de proximidade do Direito “os princípios são standards juridicamente vinculantes radicados nas exigências de justiça (Dworkin) ou na idéia de direito (Larenz); as regras podem ser normas vinculativas com um conteúdo meramente funcional”. (CANOTILHO, 1999, p. 1087)

As características materiais apresentadas devem ser acompanhadas também de uma diferenciação formal, ou melhor, de diferença entre as formas de sua apresentação.

Para a teoria dos direitos fundamentais de Robert Alexy (1993, p. 83), sob esse aspecto, o critério distintivo mais freqüentemente utilizado é o da generalidade, segundo ele, “os princípios são normas de um grau de generalidade relativamente alto, e as regras normas com um nível relativamente baixo de generalidade” e completa, “a distinção entre regras e princípios é, pois, uma distinção entre dois tipos de normas”

Já Canotilho, diferencia o aspecto formal entre princípios e regras pelo grau de abstração e de determinabilidade, assim relatando:

- a) Grau de abstração: os princípios são normas com um grau de abstração relativamente elevado; de modo diverso, as regras possuem uma abstração relativamente reduzida.
- b) Grau de determinabilidade na aplicação do caso concreto: os princípios, por serem vagos e indeterminados, carecem de mediações concretizadoras (do legislador? Do juiz?), enquanto as regras são susceptíveis de aplicação direta. (CANOTILHO, 1999, p. 1086)

Sejam quais forem os critérios de distinção entre princípios e regras adotados pela doutrina, o importante é assegurarmos que as características peculiares dos princípios não sejam utilizadas como fonte de perpetuação da inobservância dos preceitos constitucionais e que com isso, direitos fundamentais sejam negados.

A maior abstração dos princípios permite sempre orientar e expressar os valores principais de uma sociedade com o passar do tempo, sendo certo que as regras não possuem essa capacidade, podem envelhecer e perderem sentido. “Da generalidade e da vagueza decorre a plasticidade que os princípios jurídicos apresentam, permitindo-lhes amoldarem-se às diferentes situações e assim acompanharem o passo da evolução” (ROTHNEBURG, 1999, p. 21)

Os princípios nem sempre possuem significado impreciso e indeterminado, ao contrário, sempre em situações de fato podemos retirar dos princípios sua precisão e determinação. Por possuírem grau de determinabilidade inferior que o das regras, não significa que os responsáveis pela concretização da constituição possuam liberdade plena de ignorá-los, eles estão sim, vinculados a uma atuação obrigatória de conformação.

A norma de direito fundamental que institui o direito fundamental à efetividade da prestação jurisdicional, Art. 5º XXXV e LXXVIII, é capaz de trazer modificações substanciais no andamento dos processos desde que os agentes concretizadores possuam a vontade e disposição de dar especial atenção à força normativa da Constituição e de suas normas, sejam elas regras ou princípios. Os ingredientes estão disponíveis, a receita é complexa, mas o resultado é simples, justiça.

Os direitos fundamentais sejam eles representados por regras ou princípios, possuem aplicabilidade imediata. Não são normas para a produção de outras normas, nem programas a serem executados, “são normas que diretamente regulam situações jurídicas dependendo do caso concreto”. (CANOTILHO, 1999, p.412)

As normas consagradoras de direitos fundamentais vinculam todos os atos das entidades públicas, seja na esfera do legislativo, do executivo, como também do judiciário, como ensina Canotilho:

A cláusula de vinculação de todas as entidades públicas exige, pois, uma vinculação sem lacunas: abrange todos os âmbitos funcionais dos sujeitos públicos e é independente da forma jurídica através da qual as entidades praticam seus atos ou desenvolvem suas atividades. (CANOTILHO, 1999, p. 413)

Independentemente da forma dos seus atos, sejam decretos, leis, portarias ou sentenças, ou até mesmo aqueles livres de normatividade, todos são dependentes e vinculados às normas de direitos fundamentais como mostra o autor:

As formas de atuação dessas entidades podem ser extremamente diversas: desde atos normativos típicos (leis, regulamentos) às várias medidas

administrativas ou decisões judiciais, passando pelas próprias intervenções fáticas, nenhum ato das entidades públicas é livre dos direitos fundamentais. (CANOTILHO, 1999, p.413)

Para o legislativo sua vinculação tem um caráter proibitivo que veda a criação de leis contrárias ou que impeçam a fruição dos direitos fundamentais, ou seja, estabelece limites objetivos à sua atuação. Além de outro, este de caráter positivo, que exige a criação de atos destinados à conformação da vida, das relações entre o Estado e os cidadãos e as relações entre os indivíduos, segundo os princípios, medidas e diretivas materiais consubstanciadas nas normas de direito fundamental. Neste sentido, Canotilho ensina que:

Muitos direitos, liberdades, e garantias carecem de uma ordenação legal (ex.: cidadania, o direito de celebrar casamento); outros pressupõem dimensões institucionais, procedimentais e organizatórias criadas pelo legislador (ex: o direito de acesso aos tribunais implica na criação e organização de tribunais, bem como a definição de vias adequadas; [...]) (CANOTILHO, 1999, p. 414)

A administração pública também fica vinculada às normas definidoras de direitos fundamentais. Ao exercer sua competência de aplicação da lei, somente deve aplicar aquelas que estejam em conformidade com preceitos constitucionais consagradores de direitos fundamentais, e ao executá-las fazê-lo com a mesma conformidade.

Isso quer dizer para Canotilho (1999, p. 417) que a administração ao aplicar uma lei constitucional deve interpretá-la, no exercício de seu poder discricionário, de forma coerente com os princípios dos direitos fundamentais.

Outra questão para Canotilho, agora um pouco mais complexa, é como a administração pode deixar de cumprir uma lei inconstitucional, ou seja, aquela que não tenha observado as normas definidoras dos direitos fundamentais. Em suma defende o direito de resistência dos agentes administrativos em algumas situações:

O funcionário ou agente administrativo deverá, porém, desobedecer a ordens concretas das leis inexistentes, violadoras dos direitos fundamentais, quando implicarem a prática de um crime. Isto parece impor-se, designadamente, quando a aplicação da lei conduza à afetação do direito à vida ou integridade pessoal, direitos que nem em estado de sítio podem ser suspensos. As leis violadoras do núcleo essencial dos direitos fundamentais, e, inquestionavelmente, as leis aniquiladoras do direito à vida e da integridade pessoal, são leis inexistentes, pelo que os agentes administrativos poderão deparar com um direito de resistência [...] (CANOTILHO, 1999, p. 417)

Excetuando as situações especiais, como as referidas acima, afirma que o poder de resistência dos funcionários da administração pública é um poder questionável e que os critérios apontados pela doutrina até o momento são insuficientes e inseguros, porém, sustenta que:

[...] é ainda de ponderar se a vinculação imediata da administração não deverá conduzir mesmo, como sugerem com bons argumentos alguns autores, à desaplicação do ato ostensivamente violador da essência dos direitos fundamentais, sem prejuízo de um posterior acesso à via jurisdicional para um controle da legalidade/constitucionalidade de tal comportamento desaplicador do ato jurídico que em circunstâncias normais seria vinculativo para a administração. (CANOTILHO, 1999, p. 419)

Aos atos do governo igual forma, ou seja, tanto no exercício da função política como na governamental vinculam-se às normas definidoras de direitos fundamentais. Apesar da difícil operatividade prática do controle dos atos políticos, é inequívoca sua vinculação ao

princípio da constitucionalidade e da aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais. (CANOTILHO, 1999, p. 419)

Ao poder judiciário a vinculação é ainda mais importante, pois, na tarefa de defesa dos direitos e interesses dos cidadãos, não se apresenta somente a serviço da defesa dos direitos fundamentais, mas sim, vinculado pelos próprios direitos fundamentais. Assim, a vinculação do judiciário é determinada pelo próprio exercício da função jurisdicional em conformidade com os direitos fundamentais, o que é enfatizado por Canotilho:

Os direitos fundamentais, por um lado, e a organização e procedimento, por outro, desenvolvem uma eficácia recíproca: a organização e o procedimento devem ser compreendidos à luz dos direitos fundamentais; estes, por sua vez, influenciam a organização e o procedimento. (CANOTILHO, 1999, p. 420)

Os juízes invariavelmente utilizam a lei infraconstitucional como a principal fonte de direito para a solução de um caso concreto. Porém, nem sempre essa lei está em conformidade com a Constituição e seus princípios. Nessas situações, deve sempre prevalecer a vinculação pela Constituição, por tratar-se de norma hierarquicamente superior e conter subsídios edificadores suficientes e capazes de solucionar qualquer situação prática, pois, nos princípios constitucionais se encontram os valores que a sociedade elegeu como os mais importantes para uma convivência pacífica e harmônica na busca do seu próprio bem comum.

Amilton Bueno de Carvalho (2005, p. 4) aponta que o princípio da legalidade está em crise, visto ser insuficiente à solução dos casos a que se pretendia e que sua possível solução encontra-se nos princípios gerais do direito, e acrescenta:

Cada vez mais fica claro entre os pensadores do direito que o princípio da legalidade está em profunda crise: a lei não consegue dar respostas suportáveis às situações que ela busca prever – seja pela inflação legislativa, pelo seu mau uso (e criação), pela impossibilidade lógica de alcançar a realidade que se altera brusca e incontrolavelmente, pela inconfiabilidade no legislador. (CARVALHO, 2005, p. 6)

Na busca da concretização constitucional, fala-se da vinculação às normas de direito fundamental pelos poderes e entidades públicas, entretanto não se pode esquecer que toda a sociedade deve também estar vinculada. Pois, partindo da Constituição para se chegar a uma realidade constitucional de interesse e bem-estar geral, deve-se obrigatoriamente passar por um processo de interpretação constitucional de que todos somos partes, direta ou indiretamente. Nesse sentido, Peter Häberle (1997, p. 24) afirma que “a conformação da realidade da Constituição torna-se também parte da interpretação das normas constitucionais pertinentes a essa realidade”.

Relembrando o que foi dito anteriormente, todo o destinatário da norma é um participante ativo de sua interpretação e responsável pela concretização da Constituição. Deste enfoque Häberle assegura que:

A relevância dessa concepção e da correspondente atuação do indivíduo ou de grupos, mas também a dos órgãos estatais configuram uma excelente e produtiva forma de vinculação da interpretação constitucional em sentido lato ou em sentido estrito. Tal acepção converte-se num elemento objetivo dos direitos fundamentais. (HÄBERLE, 1997, p. 17)

A aplicação dos princípios ainda é restrita. Os operadores do Direito não conseguem se desvencilhar do paradigma racionalista da subsunção da lei ao fato. É muito cômodo buscar respostas sempre nas leis e nos códigos, pois nos princípios é um pouco mais difícil, tem-se que aplicar um pouco de esforço intelectual. Porém, e se as respostas não estiverem mais nas leis nem nos códigos, aonde vamos encontrá-las?

Serão encontradas nos princípios constitucionais, porém, temos que estar aptos a encontrá-las. A aplicação dos princípios exige o exercício da abstração, da criatividade, não da mera repetição de atos programados pela ordem jurídica positiva. “Ao abstrair, torna-se impossível encontrar modelo já fabricado: somos forçados ao novo“ (CARVALHO, 2005, p. 12). Se ao novo exige-se mudar, mudemos.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A partir deste trabalho de pesquisa acredita-se ter demonstrado que a prestação jurisdicional efetiva é um direito fundamental cuja aplicação é imediata. Sua concretização depende da participação não só do Poder Judiciário, como dos demais poderes, e de toda a sociedade, pois, todos os que vivem essa norma de direito fundamental são seus intérpretes e seus agentes concretizadores. Nesse processo de concretização a mudança de paradigma e a superação de dogmas manifestamente ultrapassados se fazem imprescindíveis.

Quando se fala em efetividade da prestação jurisdicional, ou seja, da capacidade real de se alcançar os objetivos pretendidos, deve-se inicialmente analisar o significado da própria jurisdição e seus objetivos. Desse modo ao se estudar as teorias clássicas de Carnelutti e Chiovenda, que ainda são sustentadas no Direito brasileiro, chega-se a conclusão de que elas envelheceram e não possuem mais subsídios para responder aos anseios da sociedade por uma justiça tempestiva, adequada e que revele em si os objetivos constitucionais estabelecidos pelo Estado.

A impertinência dessas teorias não está em sua estrutura ou sistematização, mas nos valores embutidos nos seus conceitos. Esse suporte axiológico representava um Estado liberal que se esgota numa missão de inteira ausência social através de uma visão individualista dos direitos, e onde a lei era tomada como a vontade geral da sociedade, o que tornava o judiciário um mero aplicador dessa mesma lei, fruto do golpe burguês da separação extremada dos poderes e da supremacia da lei.

Com o advento da Constituição Federal de 1988, o Estado brasileiro assumiu o papel ideológico de um Estado cuja ordem social toma como objetivos a valorização e proteção de questões sociais e de realização de justiça social. Assim, pela característica ideológica do Estado brasileiro, conclui-se que a jurisdição não pode mais ser vista segundo ideologias que não fazem mais parte do contexto político atual.

Portanto, a busca da efetividade da prestação jurisdicional deve começar pela compreensão crítica da jurisdição a partir dos objetivos do Estado brasileiro segundo a Constituição Federal. Assim, a jurisdição que sempre foi vista como manifestação do poder do Estado, agora vinculá-o a um dever, pois quem tem dever é obrigado a cumprir.

Assim, o dever jurisdicional do Estado somente estará cumprido se sua atuação for efetiva, pois a prestação jurisdicional sempre deve possuir capacidade de produzir os efeitos reais a que se propôs, sob pena de haver sua negação, pois dela depende a garantia e proteção dos direitos.

Sob o critério formal, o direito à prestação jurisdicional efetiva, é fundamental simplesmente por ter sido inserido como tal, no Título II da Constituição Federal de 1988, Dos Direitos e Garantias Fundamentais, porém, mais importante é sua caracterização material, por tratar-se, entre outros aspectos, de suporte imprescindível ao exercício da cidadania e a própria dignidade da pessoa humana.

Por isso, dentro da sistemática normativa da Constituição, o direito à prestação jurisdicional efetiva revela-se como um legítimo princípio constitucional, pois têm por objetivos garantir a realização dos demais direitos constitucionalmente instituídos e nortear

toda a construção jurídica e o entendimento da própria Constituição.

A realização de um princípio depende da própria força normativa da Constituição que reside na conformação inteligente com a realidade, mas também na capacidade de que suas tarefas sejam realizadas e que exista disposição de orientação à própria conduta segundo a ordem nela estabelecida, e principalmente nos de atos da vontade humana.

A inobservância do direito fundamental à prestação jurisdicional efetiva, pela sua intempestividade e inadequação, causa grandes males sociedade. O passar do tempo do processo, instrumento utilizado pelo Estado para exercer a jurisdição, causa prejuízo econômico, angústia e descrença nas instituições jurídicas, e desestimula a busca da efetivação dos direitos do cidadão.

Na ordem socioeconômica a intempestividade da prestação jurisdicional tem causado contratos mais onerosos para as partes, recheados pela preocupação presente em se garantir, dificuldades de financiamentos, maiores taxas de juros, redução de investimentos, entre outras conseqüências que favorecem a retração da economia nacional.

Sob outro aspecto, nem todos sofrem os males diretos da demora da justiça, tudo isso vale para relações processuais entre pessoas comuns, pois, entre os detentores do poder econômico e participantes do “jogo do mercado” capitalista a regra é outra, não se utilizam o processo para a solução de seus conflitos, utilizam sim, outros mecanismos como as arbitragens e cortes internacionais, pois para eles quanto menos tempo mais dinheiro. E para aqueles que não têm dinheiro que fiquem com o tempo.

Se de um lado, o cidadão comum deixa de recorrer ao Judiciário desestimulado pelos males provocados pela lentidão da prestação jurisdicional, de outro, esvazia-se o judiciário pelos detentores do poder econômico que encontram outros meios mais céleres e efetivos para a solução de seus conflitos. O ponto comum dessas situações é o enfraquecimento e o desprestígio do Poder Judiciário por não conseguir exercer seu papel dentro do Estado Democrático de Direito

Ao sugerirem-se algumas possibilidades de superação dos obstáculos à efetivação da prestação jurisdicional, como adoção de tutelas adequadas ao direito material, superação do mito da legalidade e concretização da norma jurídica de direito fundamental com base nos princípios constitucionais, espera-se simplesmente iniciar a abertura e reflexão sobre o tema para futuros estudos.

O importante é que essas e outras possibilidades tenham um mesmo denominador, ou seja, a vontade de mudar e atitudes criativas, pois, a necessidade de mudança de paradigmas é uma exigência do próprio desenvolvimento da sociedade. Se ao novo exige-se mudar, mudemos.

REFERÊNCIAS

- AGOSTINHO, Santo. **Confissões**. Trad. J. Oliveira Santos e A. Ambrósio de Pina. São Paulo: Nova Cultural, 2004.
- ALEXY, Robert. **Teoria de los derechos fundamentales**. Trad. Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios constitucionales, 1993.
- ARAÚJO, José Henrique Mouta. **Acesso à justiça e efetividade do processo**. Curitiba: Juruá, 2002.
- ARENHART, Sérgio Cruz; MARINONI, Luiz Guilherme. **Manual de Processo de Conhecimento**. 3. ed. São Paulo: RT, 2004.
- AZEVEDO, Plauto Faraco de. **Crítica à dogmática e hermenêutica jurídica**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1989.
- _____. **Justiça distributiva e aplicação do direito**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1983.
- BARCELLOS, Ana Paula de; BARROSO, Luís Roberto. O começo da história. A nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no Direito brasileiro. **Revista de Direito**, Rio de Janeiro, 2003. Disponível em: http://www.camara.rj.gov.br/setores/proc/revistaproc/revproc2003/sumar_revproc03.htm. Acesso em 01 de outubro de 2006.
- BARROSO, Luis Roberto. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas: Limites e possibilidades da Constituição brasileira**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1993.
- BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico**. Trad. Maria Celeste Cordeiro Leite Junior. 9. ed. Brasília: Editora Unb, 1997.
- BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.
- _____. **Do estado liberal ao Estado social**. 4.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1980.
- CAMBI, Eduardo. **Jurisdição no processo civil: Compreensão crítica**. Curitiba: Juruá, 2003.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 3. ed. Coimbra: Almedina, 1999.
- CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. Trad. Ellen Gracie Borthfleet. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1988.
- CARNELUTTI, Francesco. **Instituições do processo civil**. Trad. Adrián Sotero de Witt Batista. São Paulo: Classic Book, 2000. v.1.

CARVALHO, Amilton Bueno de; CARVALHO, Salo de. **Reformas penais em debate.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de direito processual civil.** Trad. Paolo Capitanio. 2.ed. Campinas: Bookseller, 2000. v.2.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; DINAMARCO, Cândido Rangel; GRINOVER, Ada Pellegrini. **Teoria geral do processo.** 17. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **O poder dos juízes.** São Paulo: Saraiva, 1996.

DALLA-ROSA, Luiz Vergílio. **Uma teoria do discurso constitucional.** São Paulo: Landy Editora, 2002.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo.** 5. ed. São Paulo: Malheiros, 1996.

_____. **Instituições de Direito Processual Civil.** 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

DUARTE, Francisco Carlos; GRANDINETTI, Adriana Monclaro. **Comentários à emenda constitucional 45/2004: Os novos parâmetros do processo civil no direito brasileiro.** Curitiba: Juruá, 2005.

FACHIN, Luiz Edson. **Teoria crítica do direito civil: À luz do novo Código Civil brasileiro.** 2. ed. São Paulo: Renovar, 2003.

FARIA, José Eduardo.(Org). **A crise do direito numa sociedade em mudança.** Brasília: UNB, 1988.

FREITAS, Juarez. **A interpretação sistemática do Direito.** 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

GIDDENS, Anthony. **Mundo em descontrole.** 3. ed. Rio de Janeiro: Record, 2003.

GOMES, Fábio; Silva, Ovídio Araújo Baptista da. **Teoria geral do processo civil.** 2.ed. São Paulo: RT, 2000.

GROSSI, Paolo. **Mitologias jurídicas da modernidade.** Trad. Arno Dal Ri Junior. Florianópolis: Boiteux, 2004.

_____. **Primeira lição sobre direito.** Trad. Ricardo Marcelo Fonseca. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Processo constitucional e direitos fundamentais.** São Paulo: Celso Bastos, 1999.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. (Coord.). **Dos direitos humanos aos direitos fundamentais.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.

HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica constitucional**. A sociedade aberta aos intérpretes da constitucional: Contribuição para a interpretação pluralista e procedimental da constituição. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1997.

HÁFEZ, Andréa. **Uma mão da justiça, Poder Judiciário confere segurança necessária para o desenvolvimento da arbitragem**. Disponível em: <http://www.bovespa.com.br/Investidor/Juridico/051006NotB.asp>. Acesso em: 24 mar. 2006.

HERKENHOFF, João Batista. **Como aplicar o direito**. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

HESSE, Konrad. **A força normativa da constituição**. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991.

LASSALE, Ferdinand. **O que é uma Constituição?** Leme: JG Editor, 2003.

LYRA FILHO, Roberto. **O que é direito**. 17. ed. São Paulo: Brasiliense, 2001.

MARINONI, Luiz Guilherme. **A antecipação da tutela**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

_____. **Efetividade do processo e tutela de urgência**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1994.

_____. **Novas linhas do processo civil**. 4.ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

_____. **Técnica processual e tutela dos direitos**. São Paulo: RT, 2004.

_____. **Tutela específica: arts. 461, CPC e 84, CDC**. 2. ed. São Paulo: RT, 2001.

_____. **Tutela inibitória: Individual e coletiva**. 3. ed. São Paulo: RT, 2003.

_____. A jurisdição no Estado Constitucional . **Jus Navigandi**, Teresina, a. 9, n. 635, 4 abr. 2005. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=6550>>. Acesso em: 05 mar. 2006

_____. **Tutela antecipatória, julgamento antecipado e execução imediata da sentença**. São Paulo:RT, 1997.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

MONREAL, Eduardo Novoa. **O direito como obstáculo à transformação social**. Trad. Gérson Pereira dos Santos. Porto Alegre: SAFE, 1988.

MONTAIGNE, Michel de. **Ensaio**. Trad. Sérgio Milliet. São Paulo: Nova Cultural, 2005. v. 2.

MONTESQUIEU, Charles Louis Secondat, Baron de. **O espírito das leis**. Introdução, tradução e notas de Pedro Vieira Mota. São Paulo: Saraiva, 2000.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. A função social do processo civil moderno e o papel do juiz e das partes na direção e instrução do processo. **Revista de Processo**, São Paulo, v.37, 1985.

_____. **Tutela sancionatória e tutela preventiva**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1980.

NEGRÃO, Theotonio. **Código civil e legislação em vigor**. Colab. José Roberto Ferreira Gouvêa. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

PAULA, Jônatas Luiz Moreira de. **A jurisdição como elemento de inclusão social: revitalizando as regras do jogo democrático**. Barueri: Manole, 2002.

PERELMAN, Chaïn. **Lógica jurídica: nova retórica**. Trad. Vergínia K. Pupi. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

PORTANOVA, Rui. **Princípios do processo civil**. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

REALE, Miguel. **Filosofia do direito**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 1986.

ROCHA, Carmen Lúcia Antunes. **O princípio constitucional da igualdade**. Belo Horizonte: Editora Lê, 1990.

ROTHENBURG, Walter Claudius. **Princípios constitucionais**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1999.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **Pela mão de Alice**. O social e o político na pós-modernidade. 10. ed. São Paulo: Cortez, 2005.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

_____. O estado democrático de direito. **Revista Forense**, São Paulo, v.305, 1989.

SILVA, Ovídio Araújo Baptista da Silva. **Curso de processo civil**. 4.ed. São Paulo: RT, 1998. v.1.

_____. **Jurisdição e execução na tradição romana-canônica**. 2. ed. São Paulo: RT, 1997.

_____. **Processo e ideologia: O paradigma racionalista**. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

SOUZA, José Guilherme de. **A criação judicial do direito**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991.

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

THEODORO JUNIOR. Divagações em torno do tema "direito e processo". **Revista Forense**, São Paulo, v.332, 1995.

TOMASZEWSKI, Adauto de Almeida. A lógica do razoável e o negócio jurídico: reflexões sobre a difícil arte de julgar. **Mundo Jurídico**, 2005. Disponível em: http://www.mundojuridico.adv.br/sis_artigos/artigos.asp?codigo=86. Acesso em: 20 set. 2006.

TUCCI, José Rogério Cruz e. **Tempo e processo**: Uma análise empírica das repercussões do tempo na fenomenologia processual (civil e penal). São Paulo: RT, 1997.

WATANABE, Kazuo. **Da cognição no processo civil**. São Paulo: RT, 1987.

_____. Tutela antecipada e tutela específica das obrigações de fazer e não fazer. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. **Reforma do Código de Processo Civil**. São Paulo: Saraiva, 1996.

WOLKMER, Antonio Carlos. **Introdução ao pensamento jurídico crítico**. São Paulo: Editora Acadêmica, 1995.

_____. Antonio Carlos. (Org.). **Fundamentos da história do direito**. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey Editora, 2001.

ZAVASCKI, Teori Albino. **Antecipação da tutela**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

_____. Antecipação de tutela e colisão de direitos fundamentais. **Revista Forense**, São Paulo, v.339, 1997.