

FUNDAÇÃO DE ENSINO “EURÍPIDES SOARES DA ROCHA”
CENTRO UNIVERSITÁRIO “EURÍPIDES DE MARÍLIA” – UNIVEM
PROGRAMA DE MESTRADO EM DIREITO

GUSTAVO HENRIQUE SCHNEIDER NUNES

**CRÍTICA À ESTRUTURA DO PROCESSO CIVIL BRASILEIRO:
TEMPORALIDADE PROCEDIMENTAL E DIREITOS
FUNDAMENTAIS**

MARÍLIA
2007

GUSTAVO HENRIQUE SCHNEIDER NUNES

**CRÍTICA À ESTRUTURA DO PROCESSO CIVIL BRASILEIRO:
TEMPORALIDADE PROCEDIMENTAL E DIREITOS
FUNDAMENTAIS**

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).

Orientador:
Prof. Dr.: Benedito Cerezzo Pereira Filho

MARÍLIA
2007

NUNES, Gustavo Henrique Schneider.

Crítica à estrutura do processo civil brasileiro: temporalidade procedimental e direitos fundamentais / Gustavo Henrique Schneider Nunes; orientador: Benedito Cerezzo Pereira Filho. Marília, SP: [s.d.], 2007.

173 f.

Dissertação (Mestrado em Direito) – Centro Universitário Eurípides de Marília – Fundação de Ensino Eurípides Soares da Rocha.

1. Processo civil. 2. Direitos fundamentais. 3. Tempestividade da tutela jurisdicional.

CDD: 341.46.

GUSTAVO HENRIQUE SCHNEIDER NUNES

**CRÍTICA À ESTRUTURA DO PROCESSO CIVIL BRASILEIRO:
TEMPORALIDADE PROCEDIMENTAL E DIREITOS
FUNDAMENTAIS**

Banca examinadora de dissertação apresentada ao Programa de Mestrado da UNIVEM/F.E.E.S.R., para obtenção do Título de Mestre em Direito. Área de Concentração: Teoria do Direito e do Estado.

Resultado: _____

ORIENTADOR: Prof. Dr. Benedito Cerezzo Pereira Filho

1º EXAMINADOR: Eduardo Henrique Lopes Figueiredo

2º EXAMINADOR: Aduino de Almeida Tomaszewski

Marília, 08 de junho de 2007.

Dedico este trabalho aos meus pais, André e Regina. Primeiro, por amá-los incondicionalmente. Segundo, porque me ensinaram a ser perseverante e a sempre percorrer o caminho do justo. Terceiro, porque somente o amor paterno é que leva alguém a suportar as reclamações de um filho inquieto ante as dificuldades surgidas no decorrer do Curso. Sem vocês eu nada seria!

AGRADECIMENTOS

Agradeço a Deus por nunca ter deixado de iluminar o meu caminho.

À minha mais do que querida irmã e amiga, Andréia, por sempre ter me dado força nos momentos em que mais precisei. Como Advogada, ela teve a incumbência de realizar o primeiro olhar sobre os meus escritos, sendo suas observações levadas em conta e seus elogios vistos com suspeição. Devo agradecê-la, ainda, por ter me acolhido tão carinhosamente em seu apartamento durante os meses em que cumpria os créditos do Mestrado.

À minha namorada, Talita, por me fazer mais feliz a cada momento vivido. Tudo em você me cativa, mas é o seu sorriso que me dá forças para me tornar uma pessoa melhor. Sei que não foi fácil para nenhum de nós suportar a supressão de muitos momentos que deixamos de passar juntos em virtude da realização desses meus estudos. Por isso, serei eternamente grato pela sua compreensão. Te amo!

Aos meus familiares que me ajudaram durante este período, quer seja por meio de orações, quer seja por meio de pensamentos positivos, quer seja por meio de uma palavra encorajadora. Todos vocês são indispensáveis em minha vida.

Aos amigos que fiz durante o Curso, pois com eles dividi momentos que serão únicos em nossas vidas. As discussões envolvendo temas jurídicos e filosóficos ficarão para sempre em minha memória e em meu coração. Tenho certeza disso.

Ao Prof. Dr. Benedito Cerezzo Pereira Filho, por ter contribuído para que eu pudesse enxergar e compreender o Direito sob uma perspectiva crítica e completamente diferente da inserida na maioria das obras jurídicas. Agradeço-lhe por ter me passado segurança ao elaborar esta dissertação, por ter se mostrado sempre acessível e cordial para comigo, pela indicação de valiosas e imprescindíveis leituras e pelo aprendizado em sala de aula que tive.

Ao Prof. Dr. Eduardo Henrique Lopes Figueiredo, por ter analisado tão atentamente os meus escritos e por ter me aberto os olhos para algumas coisas que, sozinho, não pude ver. Agradeço também pela indicação de algumas leituras e pela sugestão voltada para a modificação do título do trabalho, o que, inclusive, foi acatado.

Ao Prof. Adauto de Almeida Tomaszewski, pela cordialidade e pelas observações feitas na banca de qualificação.

A todos os demais professores, pelos conhecimentos científicos que me foram passados e por terem me ensinado a “caminhar com minhas próprias pernas”. Graças aos senhores é que eu sou uma pessoa diferente da que era antes de março de 2005, porque “minha visão de mundo” ampliou-se significativamente. Os momentos vividos em sala de aula serão para sempre inesquecíveis.

Por fim, a todos que de forma direta ou indireta contribuíram para a produção deste trabalho.

Sonho impossível (The impossible dream)

(J. Darion – M. Leigh – versão Chico Buarque – Ruy Guerra)

*Sonhar mais um sonho impossível
Lutar onde é fácil ceder
Vencer o inimigo invencível
Negar quando a regra é vender*

*Sofrer a tortura implacável
Romper a incabível prisão
Voar no limite improvável
Tocar o inacessível chão!*

*É minha lei, é minha questão
Virar esse mundo, cravar esse chão
Não me importa saber se é terrível demais
Quantas guerras terei que vender por um pouco de paz*

*E amanhã, se esse chão que eu beijei
Por meu leito e perdão
Vou saber que valeu delirar
E morrer de paixão*

*E assim, seja lá como for
Vai ter fim a infinita aflição
E o mundo vai ver uma flor
Brotar do impossível chão*

NUNES, Gustavo Henrique Schneider. **Crítica à estrutura do processo civil brasileiro: temporalidade procedimental e direitos fundamentais**. 2007. 173 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Centro Universitário Eurípides de Marília, Fundação de Ensino Eurípides Soares da Rocha, Marília, 2007.

RESUMO

As idéias do liberalismo jurídico, fruto das razões iluministas, atravessaram o Atlântico principalmente pela doutrina italiana e exerceram forte influência sobre o processo civil brasileiro. Por meio de dogmas, implementou-se a (in)ação do juiz, segundo a qual, sua função cingia-se a revelar a vontade contida no texto expresso da lei, ao término de uma cognição plena e exauriente, apoiada na “plenitude da defesa”. O processo civil amoldou-se aos padrões exigidos pelas ciências matemáticas, ao pressupor a univocidade do sentido da lei, sem que fossem admitidas graduações: ou a decisão judicial estava “certa” ou estava “errada”. O liberalismo projetou a transformação do Direito em uma ciência formal e abstrata, toda construída por conceitos puros, para que perdurassem pela eternidade. Nesse estágio, considerava-se que a duração do tempo do processo (principalmente aquele regido pelo procedimento ordinário) seria algo carente de relevância científica. Daí se explicar o porquê de, em muitos casos, não ocorrer a realização do resultado útil do processo, muito embora tenha que se dizer que a mentalidade dos operadores do Direito e a ideologia que se encontra por detrás da elaboração das leis compõem apenas parte de um problema, eis que questões envolvendo a organização judiciária, bem como insuficiência material e pessoal, devem fazer parte das mesas de discussões, para, logo em seguida, serem efetivadas. Porém, a mudança de paradigma havida na forma de compreender e de aplicar o Direito, do positivismo jurídico clássico para o denominado pós-positivismo, procura sanar a primeira parte do problema apontado, na medida em que visualiza o processo como um instrumento ético e justo de realização concreta do direito material, à luz dos direitos fundamentais, sem que, com isso, sejam desprezadas as particularidades do caso concreto. É nesse contexto que a jurisprudência adquire um papel de relevo, porque é ela que passa a compor um modelo de processo que o legislador ainda levará algum tempo para sistematizar. Com isso, o julgador antecipa-se ao legislador e fundamenta suas decisões por meio de uma principiologia axiológica de índole constitucional, para que os direitos fundamentais que informam a temporalidade do processo civil (acesso à justiça, inafastabilidade e efetividade jurisdicional, devido processo legal e duração razoável do processo) caracterizem-se como algo que tenha força normativa e seja capaz de transformar a realidade social.

Palavras-chave: Processo civil. Direitos fundamentais. Tempestividade da tutela jurisdicional.

NUNES, Gustavo Henrique Schneider. **Crítica à estrutura do processo civil brasileiro: temporalidade procedimental e direitos fundamentais**. 2007. 173 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Centro Universitário Eurípides de Marília, Fundação de Ensino Eurípides Soares da Rocha, Marília, 2007.

ABSTRACT

The liberal ideas, a consequence of an iluminism whose rationality was the center of attentions, crossed the Atlantic, mainly by the italian “doctrine” and had a strong influence on the brazilian civil process. Through the dogmas, an (in)action at the judge was implemented and, according to it, his function was restricted to reveal the desire existent in the exact text of the law, after a plenary and exhausting cognition, based on the “defense’s plenitude”. The civil process adjusted itself to the patterns required by the mathematical sciences, when it assumed the univocity of the sense of law, without graduations to be admitted: the juridical decision either was “right” or “wrong”. The liberalism wanted the Law to be transformed in a formal and abstract science, built by pure concepts, which would last forever. On this stage, the duration of time of the process (mainly that ruled by the ordinary procedure) was considered to be something without scientific importance. That’s why, in many cases, there isn’t the achievement of the useful result of the process, although it’s necessary to say that the mentality of the operator of law and the ideology existent behind the elaboration of laws compose just part of a problem, since that questions involving the juridical organization, as well as material and personal insufficiency must take part in the discussion tables. However, the changing of paradigm that happened in the way of understanding and putting the Law into practice, from the classical juridical positivism to the neoconstitutionalism, tries to cure the first part of the indicated problem, as it sees the process like an ethical and fair instrument of concrete achievement of the material law, according to the fundamental rights, without the characteristics of the concrete case to be despised. It’s in that context that the jurisprudence acquires an important role, because it starts to compose a model of process which it will still take the legislator some time to systemize. Herewith, the judge acts earlier than the legislator and bases his decisions through an axiological principiology of constitutional nature.

Keywords: Civil process. Fundamental rights. Tempestivity of jurisdictional tutelage.

NUNES, Gustavo Henrique Schneider. **Crítica à estrutura do processo civil brasileiro: temporalidade procedimental e direitos fundamentais**. 2007. 173 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Centro Universitário Eurípides de Marília, Fundação de Ensino Eurípides Soares da Rocha, Marília, 2007.

RESUMEN

Las ideas liberales, fruto de un iluminismo cuya racionalidad era el centro de las atenciones, atravesaron el Atlántico, principalmente por la “doctrina” italiana y ejercieron fuerte influencia sobre el proceso civil brasileño. A través de dogmas, se llevó a cabo una (in)acción al juez, según la cual, su función se limitaba a revelar la voluntad contenida en el texto expreso de la ley, al término de una cognición plena y agotadora, apoyada en la “plenitud de la defensa”. El proceso civil se amoldó a los patrones exigidos por las ciencias matemáticas al presuponer la univocidad del sentido de la ley, sin que se admitieran graduaciones: o la decisión judicial estaba “cierta” o estaba “errada”. Era deseo del liberalismo la transformación del Derecho en una ciencia formal y abstracta, toda construida por conceptos puros, que perdurasen eternamente. En esa etapa, se consideraba que la duración del tiempo del proceso (principalmente aquél regido por el procedimiento ordinario) sería algo carente de relevancia científica. Por esa razón se explica el porqué de, en muchos casos, no ocurre la realización del resultado útil del proceso, aunque tenga que decirse que la mentalidad de los operadores del Derecho y la ideología que se encuentra por detrás de la elaboración de las leyes componen apenas parte de un problema, he aquí que cuestiones envolviendo la organización judicial, así como insuficiencia material y personal, deben hacer parte de las mesas de discusiones. Sin embargo, la mudanza de paradigma habida en la forma de comprender y aplicar el Derecho, del positivismo jurídico clásico para el denominado neoconstitucionalismo procura subsanar la primera parte del problema señalado, en la medida en que visualiza el proceso como un instrumento ético y justo de realización concreta del derecho material, a la luz de los derechos fundamentales, sin que, con ello, sean despreciadas las particularidades del caso concreto. Es en ese contexto que la jurisprudencia adquiere un papel relevante, porque es ella que pasa a componer un modelo de proceso que el legislador aún llevará algún tiempo para sistematizar. Con eso, el juzgador se anticipa al legislador y fundamenta sus decisiones por medio de una principiología axiológica de índole constitucional.

Palabras llave: Proceso civil. Derechos fundamentales. Tempestividad de la tutela jurisdiccional.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	12
CAPÍTULO 1. A INFLUÊNCIA DO LIBERALISMO NO PROCESSO CIVIL BRASILEIRO	
1.1. Considerações iniciais sobre o liberalismo.....	17
1.2. A separação dos poderes e o papel reservado ao Judiciário.....	20
1.3. O liberalismo no Brasil	25
1.4. A (des)construção do processo civil sob o ideário liberal.....	33
1.4.1. Por uma visão crítica.....	37
CAPÍTULO 2. O PROCESSO CIVIL NA PERSPECTIVA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS	
2.1. A evolução processual.....	48
2.2. Mudança paradigmática: pós-positivismo e o processo civil na perspectiva dos direitos fundamentais.....	54
2.2.1. O acesso à justiça.....	86
CAPÍTULO 3. O TEMPO DO PROCESSO CIVIL	
3.1. Tempo, cotidiano e processo.....	97
3.2. Direito ao processo sem as dilações indevidas.....	106
3.3. Ideário liberal, procedimento ordinário e tempestividade da tutela jurisdicional.....	111
3.4. Fatores institucionais que contribuem para morosidade processual.....	123
3.5. Aplicabilidade do princípio do duplo grau de jurisdição.....	129
3.6. Morosidade processual e insuficiência material e pessoal.....	147
3.7. Conseqüências diretas (para as partes) e indiretas (para a sociedade).....	149
3.8. A antecipação da tutela e as regras processuais abertas como meio de obtenção da tutela jurisdicional tempestiva.....	152
CONCLUSÕES.....	158
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	163

INTRODUÇÃO

Superado o modelo jurídico clássico liberal-individualista e a cultura formal-positivista, o presente trabalho tem como objetivo específico evidenciar uma nova forma de pensar o Direito Processual Civil, à luz dos direitos fundamentais, para que seja possibilitada a prestação de uma tutela jurisdicional tempestiva, sem que ocorra afronta vital aos princípios do contraditório e da ampla defesa.

Além disso, deseja-se demonstrar a existência de técnicas processuais no bojo do ordenamento jurídico, capazes de garantir o acesso à justiça, o devido processo legal e a duração razoável do processo, bem como de promoverem a efetivação das decisões judiciais no plano da realidade extra-autos.

Entretanto, isso não quer dizer que o juiz encontra-se impedido de criar um procedimento específico para tutelar o direito discutido em determinado caso concreto, caso tal recurso mostrar-se necessário, porque, por mais zeloso que tenha sido o legislador, jamais teria ele condições de estabelecer normas a respeito de todas as hipóteses fáticas passíveis de virem à tona.

Na pós-modernidade, em que tudo se extingue, se cria ou se modifica em uma velocidade vertiginosa – as mudanças nas áreas científica e tecnológica são facilmente perceptíveis e não deixam ninguém se iludir –, o positivismo jurídico clássico, baseado na lógica analítica, e permeado até o limite de dogmas processuais advindos do liberalismo jurídico, apresenta-se inadequado para a tutela dos direitos.

Observe-se que o tempo do processo consiste em um dos principais problemas da processualística moderna e que, não raras vezes, o direito material só é realizado quando não mais se nutre nenhum interesse por ele.

Isso faz com que o jurisdicionado submeta-se a uma das seguintes alternantes: procure meios alternativos de solução do litígio (como a mediação, a arbitragem e as resoluções tomadas pelos Conselhos de Bairro), suporte os efeitos decorrentes do litígio do qual faz parte, ou, radicalizando, faça justiça de mão própria.

Se por um lado, a crise do e no processo civil, bem como a do e no Direito, é proporcionada por uma pífia organização judiciária, por outro, percebe-se que a atuação de muitos operadores do Direito colabora, decisivamente, para a manutenção deste patamar de flagrante injustiça, porque não foi dada a devida atenção para a modificação do positivismo jurídico clássico para o denominado pós-positivismo.

Isso é por demais grave, pois se o Estado chamou para si a responsabilidade de resolver os conflitos de interesse, monopolizando a jurisdição, tem ele o dever de prestá-la dentro de um período razoável de tempo, sem colocar em risco a utilidade do direito material. Por isso, o Estado tem o dever de prestar uma tutela jurisdicional tal como se daria se a justiça de mão própria não fosse proibida.

É certo que desde da edição da Lei nº 7.244/84, que criou o Juizado Especial das Pequenas Causas, o legislador tem se preocupado com a celeridade do processo e com a efetividade das decisões judiciais. Tanto que, influenciado por tais valores, elaborou a Lei nº 8.952/04, que houve por instituir a antecipação de tutela, e Emenda Constitucional nº 45/04, que cuidou da duração razoável do processo, da súmula vinculante e da repercussão geral das questões constitucionais.

Mas ele não parou por aí. Além dessas duas, que foram as mais significativas, elaborou, por exemplo, a Lei nº 11.187/05, que modificou as regras referentes ao recurso de agravo; a Lei nº 11.276/06, que estabeleceu a “súmula impeditiva de recursos”, que trata da irrecorribilidade da sentença proferida em conformidade com súmula do STJ ou do STF; a Lei nº 11.277/06, que criou o julgamento antecipado do pedido na apreciação da petição inicial; a

Lei nº 11.232/05, que cuidou da fase do cumprimento de sentença; e a Lei nº 11.382/06, que alterou a execução do título executivo extrajudicial.

Ocorre que todas essas reformas processuais seqüenciais são válidas e eficazes até certo ponto, uma vez que todas as mudanças delas decorrentes são unicamente paliativas. Em outras palavras, não se atinge o resultado esperado – a prestação da tutela jurisdicional de modo justo, adequado, tempestivo e efetivo –, porque as reformas processuais são quantitativas e não qualitativas.

É preciso, pois, que a aplicação das normas processuais se dê na perspectiva dos direitos fundamentais, de modo a se elaborar um modelo constitucional de processo civil apto a satisfazer o direito material e atento às peculiaridades do caso concreto.

Traçar uma crítica à estrutura do processo civil brasileiro sob o enfoque ora apresentado é o que se almeja fazer no transcurso deste trabalho. Para tanto, será usado o método crítico-dialético, para que se possa visualizar algo que se mostra resultante de múltiplas determinações e fatores, haja vista que a perspectiva dialética contribui para a análise crítica dos instrumentos jurídicos, evidenciando os seus condicionamentos.

Em algumas passagens, no entanto, haverá necessidade de se optar pela utilização da hermenêutica constitucional, conforme será visto no decorrer dos dois últimos capítulos, porque, com base nisso, é que se tentará demonstrar a relação existente entre tempo e processo civil e, mais particularmente, a existência de técnicas processuais capazes de proporcionar a tempestividade da tutela dos direitos.

No primeiro capítulo serão analisadas: a) algumas breves considerações a respeito do liberalismo, revelando o ideário de se constituir uma sociedade em que os cidadãos sofressem a mínima intervenção jurídica por parte do Estado, justificado pelo rompimento do absolutismo; b) o papel reservado ao Poder Judiciário ante a consagração da teoria da separação de poderes, elaborada por Montesquieu; c) a maneira como o ideário liberal foi

absorvido e implantando em terras brasileiras; d) como o liberalismo jurídico influenciou a criação do processo civil pátrio, ensejando a criação de dogmas como a neutralidade do juiz, a busca incessante da certeza, o princípio da *nulla executio sine titulo* e a concepção de que a função do juiz resumia-se a declarar a lei ao caso concreto; e e) o modo como, sob uma perspectiva crítica, se tornou possível a realização do processo de desdogmatização.

No segundo, demonstrar-se-á a evolução ocorrida no plano do processo civil. Momentos metodológicos baseados em concepções diversas, como a sincrética, a autonomista e a instrumentalista, foram deixadas de lado ante a necessidade de se enxergar e de se aplicar o processo civil de acordo com as normas constitucionais, em que a lei ordinária deixa de ser a principal fonte do Direito para se conformar às normas constitucionais. Essas delimitam o modo de ser da lei. Tanto é assim que se a lei não encontrar amparo e conformidade constitucional, será declarada inconstitucional, ou, se editada antes da promulgação da Constituição, será considerada não recepcionada.

Como decorrência disso, serão demonstradas as modificações ocorridas nos conceitos de jurisdição e, principalmente, de processo.

Ao término deste capítulo, abordar-se-á o direito ao acesso à justiça, bem como os obstáculos que dificultam a sua real efetivação.

No terceiro e último capítulo, estudar-se-á a dimensão do tempo do processo civil na perspectiva dos direitos fundamentais. Nesse sentido, serão vistas as seguintes questões: a) as relações existentes entre o tempo, o cotidiano e o processo, enfrentando, principalmente, o tema da lentidão processual; b) o direito ao processo sem as dilações indevidas, ou melhor, o direito à duração razoável do processo que, antes de tudo, consiste em um corolário do devido processo legal; c) o enfrentamento do procedimento ordinário clássico com o dever à tempestividade da tutela jurisdicional; d) o apontamento de fatores institucionais que contribuem para morosidade processual; e) as restrições quanto à aplicabilidade do duplo grau

de jurisdição; f) a maneira como a insuficiência material e pessoal ocasiona a morosidade do processo; g) as consequências danosas para as partes processuais e para a sociedade; e h) o modo como a antecipação da tutela, sendo uma regra processual de caráter aberto, pode contribuir para a prestação de uma tutela jurisdicional tempestiva.

CAPÍTULO 1. O LIBERALISMO E A (DES)CONSTRUÇÃO DO DIREITO PROCESSUAL CIVIL BRASILEIRO

“O dogmático perde a capacidade de indagar pelo ‘por quê’ dos fenômenos, das circunstâncias e obstáculos que o abraçam. O pensamento dogmático não pergunta pelas causas daquilo que acontece no domínio do Direito. Limita-se ao ‘como’. Isto acaba fortalecendo o próprio dogma”.²⁴¹

1.1. Considerações iniciais sobre o liberalismo

O nascedouro do Estado liberal clássico ocorreu no século XVII por intermédio da enorme influência exercida por filósofos como John Locke,²⁴² o qual dizia que o homem era caracterizado por um estado de liberdade primitiva assinalado por traços de independência e pela exclusiva sujeição ao direito natural.

Referia-se ao “estado de natureza no qual os homens são livres e iguais, sendo o estado civil uma criação, que não tem outra meta além da de permitir a mais ampla explicitação da liberdade e da igualdade naturais”.²⁴³

Em outras palavras, Locke considerava que para entender o poder político, bem como sua origem, haveria necessidade de se atentar para o estado em que os homens estão naturalmente inseridos, “o qual é um estado de perfeita liberdade para regular suas ações e

²⁴¹ BAPTISTA DA SILVA, Ovídio A. *Processo e ideologia: o paradigma racionalista*. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 299.

²⁴² Ver: LOCKE, John. *Ensaio acerca do entendimento humano*. São Paulo: Abril Cultural, 1973.

²⁴³ BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992, p. 28.

dispor de suas posses e pessoas do modo como julgarem acertado, dentro dos limites da lei da natureza, sem pedir licença ou depender da vontade de qualquer outro homem”.²⁴⁴

Com a construção do Estado jurídico, os filósofos de índole racionalista, acreditavam ter “encontrado formulação teórica capaz de salvar, em parte, a liberdade ilimitada de que o homem desfrutava na sociedade pré-estatal, ou dar a essa liberdade função preponderante, fazendo do Estado o acanhado servo do indivíduo”.²⁴⁵

Sob essa ótica, o poder que foi delegado à autoridade pública no momento da fundação do Estado, sustentou-se na condição humana de independência e nas necessidades de ordem coletiva, não ficando o homem devedor do Estado em nenhuma instância.

O homem passou a se enxergar como o centro do universo, na medida em que se considerou capaz de racionalizar regras próprias de convivência em sociedade, como forma de promover um corte epistemológico em relação ao absolutismo. Abandonou-se o apego à fé e privilegiou-se a razão.

Essas idéias surgiram primeiramente na França, mas alastraram-se pela Europa de acordo com os passos dados pelos soldados de Napoleão. Ocorre que, mesmo tendo perdido a batalha, o ideário liberal infiltrou-se na mente das pessoas residentes nos demais países, que também ficaram sensibilizadas diante da promessa de liberdade, igualdade e fraternidade.

A criação do Estado liberal clássico foi marcada pela exigência de se intervir o mínimo possível na esfera jurídica privada.

Foi com a Revolução Francesa, em 1789, que os direitos individuais foram delimitados e definidos como liberdade de consciência e de opinião, liberdade de expressão, segurança – entendida como liberdade da pessoa física – e propriedade. Por terem lhes atribuído caráter abstrato e universal, tais direitos foram interpretados como pertencentes a todos os homens independentemente de sua condição social ou política.

²⁴⁴ LOCKE, John. *O segundo tratado sobre o governo*. São Paulo: Martins Fontes, 1998, pp. 381-382.

²⁴⁵ BONAVIDES, Paulo. *Do estado liberal ao estado social*. 7ª ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 40.

Os direitos, “são universais em relação ao conteúdo, na medida em que se dirigem a um homem racional fora do espaço e do tempo, mas não extremamente limitados em relação à sua eficácia, na medida em que são [...] propostas para um futuro legislador”,²⁴⁶ ou seja, “esse código tanto explicita quanto confere uma ‘legitimidade natural’ aos pressupostos liberais, validando-os a priori”.²⁴⁷

A crença de que o homem é possuidor de direitos naturais, entendidos como um conjunto de valores e pretensões que não decorrem de uma norma jurídica emanada do Estado, tendo validade em si mesmo, graças a uma ética superior, foi o combustível das revoluções liberais que enfrentaram a monarquia absoluta.²⁴⁸

Com a eclosão da Revolução Francesa, essas idéias passaram da teoria à prática, do direito somente pensado ao direito realizado. Nessa passagem, se por um lado os direitos do homem ganharam em concreticidade, por outro perderam em universalidade, porque passaram a ter validade somente no âmbito de atuação do Estado que os reconheceu.²⁴⁹

Sobre a ordem das idéias que informaram os direitos do homem, percebe-se que “A burguesia revolucionária utilizou-a para estreitar os poderes da Coroa e destruir o mundo de privilégios da feudalidade decadente. E desse prélio saiu vitorioso”.²⁵⁰

Todavia, como ela foi “incapaz de realizar a própria revolução, habilmente induziu o povo ao campo bélico, com promessa de uma sociedade próspera, construída com liberdade, igualdade e fraternidade”.²⁵¹

²⁴⁶ BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*, p. 29.

²⁴⁷ SOUZA, Mériti de. *A experiência da lei e a lei da experiência: ensaio sobre práticas sociais e subjetividades no Brasil*. Rio de Janeiro: Revan, 1999, p. 26.

²⁴⁸ BARROSO, Luís Roberto. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro (pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo). *A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. BARROSO, Luís Roberto (Organizador). 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 20.

²⁴⁹ BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*, p. 30.

²⁵⁰ BONAVIDES, Paulo. *Do estado liberal ao estado social*, p. 42.

²⁵¹ PEREIRA FILHO, Benedito Cerezzo. O poder do juiz: ontem e hoje. *AJURIS – Revista da Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul*. Porto Alegre: AJURIS, nº 104, 2006, p. 21.

A burguesia, a princípio classe dominada, passou, em seguida, a ser classe dominante, formulando os princípios filosóficos de sua revolta social. Porém, no momento em que se apodera do controle político-social, não mais se interessa em manter na prática a universalidade daqueles princípios liberais, como garantia de todos os homens. “Só de maneira formal os sustenta, uma vez que no plano de aplicação política eles se conservam, de fato, princípios constitutivos de uma ideologia de classe”.²⁵²

1.2. A separação de poderes e o papel reservado ao Judiciário

Trata-se a separação de poderes de uma teoria elaborada por Locke e por Montesquieu. Principalmente por este, que fora um clássico do liberalismo burguês. A sua doutrina de separação de poderes não comporta apenas uma divisão de caráter teórico, como ocorre nos escritos de Locke. Ela vai além, pois corresponde a uma distribuição efetiva e prática do poder entre titulares que não se confundem.²⁵³

A separação de poderes refere-se ao princípio de organização de Estado constitucional. Os três Poderes haveriam de estar separados, mas ao mesmo tempo harmoniosamente interligados, com base na idéia de que o poder detém o poder.

Tamanha foi a repercussão desta teoria, que o art. 16 da Declaração dos Direitos do Homem, estabeleceu que: “Toda sociedade que não assegura a garantia dos direitos nem a separação dos poderes não possui constituição”.

²⁵² BONAVIDES, Paulo. *Do estado liberal ao estado social*, p. 42; “O advento do Estado liberal, a consolidação dos ideais constitucionais em textos escritos e o êxito do movimento de codificação simbolizaram a vitória do direito natural, o seu apogeu. Paradoxalmente, representaram, também, a sua superação histórica. No início do século XIX, os direitos naturais, cultivados e desenvolvidos ao longo de mais de dois milênios, haviam se incorporado de forma generalizada aos ordenamentos positivos. Já não traziam a revolução, mas a conservação. Considerado metafísico e anticientífico, o direito natural é empurrado para a margem da história pela onipotência positivista do século XIX”. BARROSO, Luís Roberto. *Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro*, pp. 22-23.

²⁵³ Idem. *Ibidem*, p. 49.

Segundo Montesquieu, não haveria de se falar em liberdade se o poder de julgar não pertencesse ao Judiciário. “Se estivesse ligado ao poder legislativo, o poder sobre a vida e a liberdade dos cidadãos seria arbitrário, pois o juiz seria legislador. Se estivesse ligado ao poder executivo, o juiz poderia ter a força de um opressor”.²⁵⁴

O papel reservado ao Poder Judiciário era o de fazer com que o juiz ignorasse as mais diferentes posições sociais, para que pudesse proferir sentença judicial baseada no texto expresso da lei. O juiz haveria de agir como se fosse a *bouche de la loi* (a boca da lei). “Poderia acontecer que a lei, que é ao mesmo tempo clarividente e cega, fosse em certos casos muito rigorosa. Porém, os juízes de uma nação não são [...] mais que a boca que pronuncia as sentenças da lei, seres inanimados que não podem moderar nem sua força nem seu rigor”.²⁵⁵

Nesses termos, as idéias do direito natural que influenciaram a Revolução Francesa, foram deixadas de lado tão logo a vitória foi sedimentada. A partir de então, a idéia de que o Estado deveria ser constituído com leis escritas fez com que o positivismo jurídico fosse defendido com afinco, porque se entendia que, por meio dele, a sociedade – ou melhor, a classe burguesa – de forma lógica, abstrata e racional, se mostraria capaz de impor a defesa de seus interesses, principalmente dos referentes à preservação da liberdade e da propriedade. Como decorrência da passagem do absolutismo para esta nova fase, passou-se a considerar que só haveria Direito em suas leis.²⁵⁶

O Estado liberal de Direito, para condicionar a força do Estado à liberdade da sociedade, arquitetou o princípio da legalidade como fundamento para a sua imposição. Por meio dele, buscava-se eliminar as contradições do absolutismo e do *Ancien Régime*, pois recai

²⁵⁴ MONTESQUIEU, C. de Secondat. *Do espírito das leis*. São Paulo: Abril Cultural, 1973, p. 157.

²⁵⁵ Idem. *Ibidem*, p. 160.

²⁵⁶ “[...] a burguesia chegou ao poder desfraldando a bandeira ideológica do direito natural – com fundamento acima das leis – e, tendo conquistado o que pretendia, trocou de doutrina, passando a defender o positivismo jurídico (em substância, a ideologia da ordem assente). Pudera! A ‘guitarra’ legislativa já estava em suas mãos. A primeira fase contestou o poder aristocrático feudal, não a força do capitalismo em subida, para dominar o Estado. A segunda fez a digestão da vitória, pois já não precisava mais desafiar um poder de que se apossara. É daí que surge a transformação do grito libertário (indicando direitos supralegais) em arrote social, de pança cheia (não admitindo a existência de Direito senão em suas leis)”. LYRA FILHO, Roberto. *O que é o direito*. 17ª ed. São Paulo: Brasiliense, 1995, p. 23.

nos juízes a impossibilidade de invocar razões que viessem a se chocar com o texto expresso da lei.²⁵⁷

Deve se ressaltar, no entanto, que a elaboração do princípio da estrita legalidade “constituiu apenas a forma, encontrada pela burguesia, de substituir o absolutismo do regime deposto. Nesse sentido se pode dizer que na Europa continental o absolutismo do rei foi substituído pelo absolutismo da Assembléia Parlamentar”.²⁵⁸

De acordo com o princípio da legalidade, partia-se da premissa de que uma norma jurídica somente seria considerada válida e existente se fosse decorrente das formas regulares de sua produção. Assevera Marinoni, à luz dos ensinamentos de Luigi Ferrajoli, que o princípio da legalidade é a “metanorma de reconhecimento das normas vigentes”. Assim, pode-se dizer que “a juridicidade da norma está desligada de sua justiça intrínseca, importando somente se foi editada por uma autoridade competente e segundo um procedimento regular”.²⁵⁹ Como antes da Revolução Francesa os magistrados eram considerados aliados da nobreza e do clero, “a burguesia nutria justificada desconfiança em relação aos juízes. Daí mais uma razão para se pretender manter o Judiciário submisso ao Legislativo e destituído de poderes de execução”.²⁶⁰ contenção das arbitrariedades praticadas por um corpo de juízes imoral e corrupto foi erigida pela supremacia da lei sobre o Judiciário.²⁶¹

²⁵⁷ MARINONI, Luiz Guilherme. A jurisdição no estado contemporâneo: homenagem ao Professor Egas Dirceu Moniz de Aragão. *Estudos de direito processual civil*. Coord. MARINONI, Luiz Guilherme. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 14.

²⁵⁸ Idem. *Ibidem*, p. 15.

²⁵⁹ Idem. *Ibidem*, p. 15.

²⁶⁰ MARINONI, Luiz Guilherme. *Técnica processual e tutela dos direitos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 38.

²⁶¹ “Os juízes anteriores à Revolução Francesa eram tão comprometidos com o poder feudal que se recusavam a admitir qualquer inovação introduzida pelo legislador que pudesse prejudicar o regime. Os cargos de juízes não apenas eram hereditários, como também podiam ser comprados ou vendidos, e daí a explicação natural para o vínculo dos tribunais judiciários com idéias conservadoras e próprias do poder instituído, e para a conseqüente repulsa devotada aos magistrados pelas classes populares”. MARINONI, Luiz Guilherme. *Curso de processo civil: teoria geral do processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 1, 2006, p. 26.

“Na Inglaterra, ao menos até o ‘Act of Settlement’ de 1701, os juízes eram considerados normalmente e, seja como for, tratados de fato como funcionários do executivo, nomeados pelo rei ‘durante bene placito’”, sendo que, mais ou menos um século depois, tal situação projetou-se, semelhantemente, sobre o continente europeu.²⁶²

De acordo com Montesquieu, a atividade do juiz se resumia a expressar o conteúdo exato da lei, porque de outra forma constituiria uma opinião particular do juiz, capaz de proporcionar insegurança jurídica. Se assim fosse, “viver-se-ia na sociedade sem saber precisamente os compromissos nela assumidos”.²⁶³

Ao magistrado incumbia o mister de aplicar a lei produzida pelo legislador ao caso concreto, como se fosse um instrumento estatal por meio do qual deveria somente declarar o que estivesse literalmente contido na lei, porque a tarefa de criação do Direito ficava a cargo exclusivo do Legislativo.

Com a promulgação do Código Civil francês, em 1804, passou-se a entender que a lei, por ser clara, não carecia de interpretação, ou seja, qualquer tipo de interpretação seria considerado ilegítimo se não fosse a gramatical. O juiz era um escravo da lei. A justiça que deveria ser aplicada aos casos concretos era a justiça do legislador, pois a lei já era necessariamente justa.

O Direito amoldou-se aos padrões exigidos pelas ciências matemáticas, ao pressupor a univocidade do sentido da lei. Ou a decisão judicial era tida como “certa” ou como “errada”. “Esta lógica não admite gradações”.²⁶⁴ O desejo do liberalismo era o de transformar o Direito em uma ciência formal e abstrata, construída por conceitos puros que fossem capazes de perdurar eternamente.

²⁶² CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes legisladores?* Trad. Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1993, p. 78.

²⁶³ MONTESQUIEU, C. de Secondat. *Op. cit.*, p. 160.

²⁶⁴ BAPTISTA DA SILVA, Ovídio A. *Processo e ideologia*, p. 267.

Ademais, a burguesia não se contentou em restringir a atuação dos magistrados. “A par dessa (des)função desenhada para a magistratura, elaborou uma legislação condizente com as decisões que dela esperaria”, arquitetando-se “um sistema legal liberal que, ao permitir a auto-regulamentação da sociedade, proibia o juiz de emitir ordens às partes. Ou seja, idealizou um juiz neutro, eqüidistante dos jurisdicionados e um impiedoso descobridor da verdade”.²⁶⁵

Com isso, percebe-se que a influência exercida pelo ideário liberal sobre o Direito de um modo geral tinha como prioridade tutelar o patrimônio das classes dominantes, já que estas “vieram a se utilizar do instrumento processual em benefício próprio”.²⁶⁶

Se o Estado liberal estabelece a mínima intervenção na esfera jurídica privada dos cidadãos, não é de causar estranheza o fato de as decisões judiciais não gozarem de poder de *imperium*. O juiz não podia se afastar da lei. E, via de regra, somente poderia declarar a “vontade da lei” após o término de uma relação processual pautada por uma cognição plena e exauriente, já que nesse momento é que a “certeza jurídica” viria à tona.

Daí se observar que na ordinaryidade dos casos, o fator tempo não era levado em conta. Ao juiz não era concedida a possibilidade de julgar sumariamente, antecipando alguns dos efeitos da sentença, porque, nessa hipótese, estaria se afastando da lei e realizando a sua própria justiça, considerada arbitrária pelo sistema jurídico.

Em outras palavras, como cada Poder tinha seu campo de atuação previamente detalhado, “o juiz que concedesse uma medida executiva antes da declaração de certeza, expressa na sentença de que o destinatário da tutela era de fato o titular do direito tutelado, tornar-se-ia, ‘ispo facto’, legislador, ‘com grave risco para a liberdade dos cidadãos’”.²⁶⁷

²⁶⁵ PEREIRA FILHO, Benedito Cerezzo. O poder do juiz: ontem e hoje, p. 23.

²⁶⁶ Idem. Ibidem, p. 26. “A estrutura do código de processo civil denuncia bem essa situação. Senão, qual a lógica de se submeter o cidadão a um procedimento comum (‘ordinário e sumário’), de cognição plena/exauriente; sob o manto da neutralidade/imparcialidade; com intenção de se revelar a verdade para, após certeza, declarar o direito ao caso concreto e, alfim, conceder segurança jurídica se, para o procedimento especial a cognição é sumária/superficial, intervencionista, baseada em verossimilhança e lastreada em rapidez/efetividade?”. Idem. Ibidem, p. 26.

²⁶⁷ BAPTISTA DA SILVA, Ovídio A. *Jurisdição e execução na tradição romano-canônica*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996, p. 147.

1.3. O liberalismo no Brasil

O Brasil, quando descoberto por Portugal, de imediato foi visto como um lugar a ser explorado.²⁶⁸ Um lugar novo destinado a se fazer ótimos negócios. Isso é certo. Contudo, tendo em vista o objetivo deste trabalho, não serão relatados e analisados os fatos históricos decorrentes desde o ano de 1500. Serão, ao contrário disso, abordadas as questões tidas como relevantes a partir do norte traçado neste tópico: o liberalismo no Brasil.

No Brasil, cidades como Rio de Janeiro e Recife foram desenvolvidas em torno do largo do Paço, tal como se deu em Lisboa, “naquela noção tipicamente ibérica entre fidalguia altamente irmanada com as atividades comerciais, tudo isso orquestrado por um poderoso e onipresente estamento tecnoburocrático”.²⁶⁹

Para Sérgio Buarque de Holanda, a tentativa de implantação da cultura europeia em tão extenso território, dotado de condições naturais adversas, ou, pelo menos, estranhas à sua tradição milenar, consiste, nas origens da sociedade brasileira, no fato mais rico em conseqüências. “Trazendo de países distantes nossas formas de convívio, nossas instituições, nossas idéias, e timbrando em manter tudo isso em ambiente muitas vezes desfavorável e hostil, somos ainda hoje uns desterrados em nossa terra”.²⁷⁰

Por isso, percebe-se que o liberalismo, no Brasil, foi adotado com alguns contornos próprios e pré-estabelecidos, à diferença do que ocorreu, por exemplo, em países europeus, como a França. Se por um lado concordou-se com a tese de que o Estado deveria interferir o

²⁶⁸ “A descoberta do Brasil entrelaça-se na ultramarina expansão colonial portuguesa. Episódio, bem verdade, perturbador e original, incapaz de se articular totalmente nas navegações africanas e asiáticas. Diante do português emergiu um mundo novo, mas também um mundo diferente, que deveria, além da descoberta, suscitar a invenção de modelos de pensamento e de ação. O primeiro golpe de vista, embaraçado com a realidade exótica, irredutível aos esquemas tradicionais, apenas revelou a esperança de novos caminhos dentro do pisado quadro mercantilista. O descobridor, antes de ver a terra, antes de estudar as gentes, antes de sentir a presença da religião, queria saber de ouro e prata”. FAORO, Raymundo. *Os donos do poder: formação do patronato político brasileiro*. 3ª ed. São Paulo: Globo, 2001, p. 117.

²⁶⁹ DAMATTA, Roberto. *A Casa & A Rua: espaço, cidadania, mulher e morte no Brasil*. 5ª ed. Rio de Janeiro: Rocco, 1997, p. 45.

²⁷⁰ HOLANDA, Sérgio Buarque. *Raízes do Brasil*. 26ª ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2006, p. 31.

mínimo possível na esfera particular dos indivíduos, por outro, a classe social dominante houve por bem adequá-la a seus próprios interesses.

O liberalismo brasileiro foi alicerçado sem que houvesse ocorrido uma revolução burguesa nos moldes das que se deram na França, na Inglaterra e nos Estados Unidos, onde representou a ascensão da burguesia contra o absolutismo. E esta mesma burguesia, ao se instalar no poder, foi logo se tornando conservadora e se sentindo ameaçada pelo proletariado.²⁷¹

Para Stuart B. Schwartz, o mais surpreendente aspecto relativo ao governo brasileiro foi a interpenetração da burocracia e das relações pessoais de parentesco, uma vez que a “sociedade colonial demonstrava incrível habilidade para abraçar os burocratas – ou até a burocracia – isto é, integrá-los dentro dos sistemas existentes de poder e apadrinhamento”.²⁷²

De acordo com Mériti de Souza, ao invés da constituição de um projeto de Estado Nacional moderno, orientado pelo liberalismo, houve um projeto liberal, “adaptado às nossas elites que desejavam se equiparar aos europeus, adotando seu modelo de Estado e sociedade, desde que, nada perdessem com essa adoção”.²⁷³

Tanto ela tem razão, que no Rio de Janeiro, logo após a proclamação da República, “circulava o mundo ‘belle-époque’ fascinado com a Europa, envergonhado do Brasil, em particular do Brasil pobre e do Brasil negro”.²⁷⁴ Era o mundo do qual fazia parte o barão do Rio Branco, então Ministro das Relações Exteriores, “que na juventude tinha sido capoeira e que agora se esforçava em oferecer à visão do estrangeiro um Brasil branco, europeizado, civilizado”.²⁷⁵

²⁷¹ WOLKMER, Antonio Carlos. *Ideologia, estado e direito*. 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 124.

²⁷² SCHWARTZ, Stuart B. *Burocracia e sociedade no Brasil colonial*. São Paulo: Perspectiva, 1979, pp. 251-252.

²⁷³ SOUZA, Mériti de. *Op. cit.*, p. 38.

²⁷⁴ CARVALHO, José Murilo de. *Os bestializados: o Rio de Janeiro e a República que não foi*. 3ª ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2005, p. 41.

²⁷⁵ Idem. *Ibidem*, p. 41.

Essa opção fora aceita, com a condição de que não viessem a perder seus benefícios e que o modelo monocultor e exportador, baseado na mão-de-obra escrava, não sofresse alterações. “Para tanto, instituíram, via leis e jurisprudências, esse modelo que pairava acima das práticas sociais”.²⁷⁶

As contradições e as desigualdades existentes não eram levadas em conta pelas elites dominantes. Para elas, se seus interesses particulares restassem preservados, nenhuma relevância teria o fato de as leis se encontrarem distantes da realidade da esmagadora maioria da população.

A demagogia que reinava em terras brasileiras pode ser observada por meio de uma viagem realizada por Dom Pedro II aos Estados Unidos da América, no ano de 1876, já que nesta oportunidade ele fazia questão de exibir o seu lado “monarca cidadão”, apegado às letras e às ciências.

E foi assim que se apresentou aos intelectuais das Universidades norte-americanas. No exterior o discurso do Imperador era muito diferente das políticas efetivamente empregadas no Brasil. Lá, o liberalismo era cultuado tal como empregado por aquele povo. Aqui, adotava-o apenas em relação aquilo que fosse do interesse dos grupos detentores do poder.

Poucos eram os momentos de tensão. Mas eles existiram, apesar de contornados. Quando o cientista Louis Agassiz envia a primeira versão de *Viagem ao Brasil*, o Imperador traz a lume algumas objeções, como, por exemplo, a que discorda da idéia de que “os dias de trabalho são uma exceção no Brasil”.

Além disso, em carta escrita por Elizabeth, esposa de Louis Agassiz, recupera outro momento difícil. O cientista, quando indagado sobre as impressões que tivera do Brasil, teria respondido que tudo lhe agradava, exceto o fato de ver negros surrados nas ruas, em decorrência da escravidão. Dom Pedro II – que no exterior assinava apenas Pedro de

²⁷⁶ SOUZA, Mériti de. *Op. cit.*, p. 38.

Alcântara – responderia o seguinte: “A escravidão é uma tremenda maldição e há de desaparecer entre nós”.

À vista disso, conclui-se que as viagens e as correspondências de Dom Pedro II eram um grande teatro para a sua bem-sucedida política imperial. E a sua posição diante dos intelectuais do exterior era forte no sentido de distinguir-se da nação que governava.²⁷⁷

Feito este relato, salienta-se que ao longo da história nacional sempre ocorreu a importação de leis e de modelos de governo que não se apresentavam comprometidos com a experiência e com a prática de significativa parcela da população. A adoção das idéias do liberalismo em terras brasileiras significou o desejo de modernidade e de equiparação ao modelo liberal europeu, eis que esse modelo governamental e jurídico foi implantado sob o manto dos interesses pessoais, funcionando, assim, apenas no aspecto formal.²⁷⁸

Foi-se necessário conjugar a reordenação do poder nacional com o domínio exercido pelas elites agrárias, o que foi marcado pela ambigüidade das formas liberais sobre estruturas oligárquicas. Segundo Wolkmer, essa discrepante dicotomia perdurou ao longo de toda tradição republicana: “a retórica liberal sob a dominação oligárquica, o conteúdo conservador sob a aparência de formas democráticas”.²⁷⁹

Apenas para os grupos urbanos pauperizados é que o liberalismo, consubstanciado pela promessa de liberdade e igualdade significava “o fim da miséria, das diferenças de cor, de privilégio, de fortuna e de ocupação de cargos presidenciais”.²⁸⁰

Desde o primeiro século da história brasileira, “a realidade se faz e se constrói com decretos, alvarás e ordens régias. A terra inculta e selvagem, desconhecida e remota, recebe a

²⁷⁷ SCHWARCZ, Lília Moritz. Harvard 1876: o imperador, o poeta e o cientista. *O Estado de São Paulo*. São Paulo, 18 de junho de 2006. Caderno Cultura, pp. 08-09.

²⁷⁸ SOUZA, Mériti de. *Op. cit.*, p. 35.

²⁷⁹ WOLKMER, Antonio Carlos. *Ideologia, estado e direito*, p. 127.

²⁸⁰ ADORNO, Sérgio. *Os aprendizes do poder*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1988, p. 34.

forma do alto e de longe, como a ordem administrativa da metrópole”,²⁸¹ sendo que isso sempre foi implantado de cima para baixo, não tendo sido resultado de lutas sociais.

Entretanto, não obstante a existência dessa posição centralizadora, houve a criação de um sistema social capaz de conviver com as diferentes concepções de sociedade, política, economia e cidadania. Em um sistema pautado nas relações sociais, desde sempre puderam conviver dimensões e esferas de vida de valores diferentes, embora de ordem complementar entre si.²⁸²

No Império, a nobreza, o clero e os letrados (juízes, desembargadores, advogados e funcionários da Justiça e da burocracia) podiam ter relações pessoais poderosas e imperativas, ao passo que os pobres e os homens comuns haveriam de se contentar com as compensações decorrentes das instruções burocráticas e da justiça do rei.²⁸³

A escolha dos homens que exerciam – e exercem – funções públicas fazia-se – e se faz – de acordo com a confiança pessoal que mereciam – e merecem – os candidatos. Pouca ou quase nenhuma importância é dada para as suas capacidades próprias.²⁸⁴

Por relação pessoal entende-se aquela que permite o rompimento da lei, de maneira a concretizar a sua impessoalidade abstrata contra a concretude razoável de uma determinada singularidade. Uma pessoa que se vale desta singularidade, parte da premissa de que a lei não está errada, mas não deve ser aplicada no seu caso concreto (ou ao caso dos seus protegidos). Trata-se de uma situação em que a lei deve ser esquecida ou anestesiada para que o caso particular possa ser ressaltado por meio de um relacionamento específico.²⁸⁵

Como reação ao domínio exercido por Portugal, o Brasil desenvolveu políticas descentralizadoras, como o bandeirantismo, só que em momento nenhum a autoridade pública

²⁸¹ FAORO, Raymundo. *Os donos do poder*, p. 149.

²⁸² DAMATTA, Roberto. *Op. cit.*, 78.

²⁸³ Idem. *Ibidem*, p. 89.

²⁸⁴ HOLANDA, Sérgio Buarque. *Op. cit.*, p. 146.

²⁸⁵ DAMATTA, Roberto. *Op. cit.*, p. 84.

deixou de ter controle sobre os agentes descentralizadores, pois se contornou a situação “através da cooptação, da distribuição de cargos ou sob a coação de armas”.²⁸⁶

No que tange ao surgimento dos primeiros bacharéis em Direito no Brasil, pode-se dizer que eles estudavam na Faculdade de Direito de Coimbra, em Portugal, e “manifestavam comportamento nitidamente influenciado pelo liberalismo econômico e político”.²⁸⁷ Contudo, para poderem pôr em prática tais ideais no Brasil, precisaram adaptá-los a seus interesses, porque esses bacharéis consistiam na elite que se colocava à frente dos negócios públicos.

Somente com a Independência, em 1822, é que houve a necessidade de o Estado brasileiro se reordenar, de acordo com a nova ordem social e política estabelecida. Nesse momento, uma das principais estratégias adotadas foi justamente a de criar cursos jurídicos, porque, com esta medida, os bacharéis estariam aptos a elaborar leis que não se desviassem dos interesses das elites.²⁸⁸

A formação de intelectuais brasileiros foi determinante para que o liberalismo fosse adotado nas atividades relacionadas ao processo de organização da cultura e da atividade política. O bacharel constituiu-se “em uma figura central porque mediadora de interesses privados e interesses públicos, entre o estamento patrimonial e os grupos sociais locais”.²⁸⁹

Com a gênese da *inteligensia* ocorreu a constituição de uma consciência nacionalista, estabelecida em bases ético-jurídicas e nitidamente influenciada pelo liberalismo, que culminou com a profissionalização da política. Os bacharéis, por operarem num contexto relacional, apropriaram-se das oportunidades de acesso e promoção nas carreiras diretivas dos órgãos centrais e regionais de governo. Dessa forma, anestesiados por facilidades obtidas,

²⁸⁶ SOUZA, Meriti de. *Op. cit.*, p. 35.

²⁸⁷ ADORNO, Sérgio. *Op. cit.*, p. 24.

²⁸⁸ “A implantação dos dois primeiros cursos de Direito no Brasil, em 1827, um em São Paulo e outro em Recife, refletiu a exigência de uma elite, sucessora da dominação colonizadora, que buscava concretizar a independência político-cultural, recompondo ideologicamente, a estrutura de poder e preparando nova camada burocrático-administrativa, setor que assumiria a responsabilidade de gerenciar o país”. WOLKMER, Antonio Carlos. *História do direito no Brasil*. Rio de Janeiro: Forense, 1995, p. 80.

²⁸⁹ ADORNO, Sérgio. *Op. cit.*, p. 78.

passaram a respeitar e agir de acordo com a cultura jurídica advinda da Península Ibérica, e esqueceram-se da necessidade de direcionar seus olhos para as peculiaridades locais.

O governo brasileiro não sofria resistência por parte dos cidadãos, pelo fato de que inexistia cidadania. O que se via era apenas a participação de componentes da burocracia estatal, como por parte do operariado e do corpo pertencente ao Exército, que desejavam para si a plenitude da cidadania.

Para que isso se tornasse possível, renunciavam à condição de integrantes do Estado e utilizavam a força que esta mesma condição lhes dava, lutando de dentro pra fora, sem fazer parte de um movimento social específico. “Poder-se-ia dizer que buscavam maior participação através do pertencimento do Estado, isto é, não se tratava de cidadania mas do que poderíamos chamar de ‘estadania’ ”.²⁹⁰

Diferentemente do que ocorrera na Europa, no Brasil não havia participação do povo nos negócios de interesse público, nem mesmo por parte do povo entendido como burguesia. No Brasil não havia povo politizado, interessado na construção e na defesa de seu interesse. “A política era, na melhor das hipóteses, assunto dos estados-maiores das classes dominantes. Na pior, produto das rivalidades de chefes militares, entrando o povo apenas fortuitamente como massa de manobra”.²⁹¹

²⁹⁰ CARVALHO, José Murilo de. *Os bestializados*, pp. 49-50. “Com a exceção dos poucos radicais, os vários grupos que procuravam em modelos republicanos uma saída para a Monarquia acabavam dando ênfase ao Estado, como os que partiam de premissas liberais. Levava a isso, em parte, a longa tradição estadista do país, herança portuguesa reforçada pela elite imperial. A sociedade escravocrata abria também poucos espaços ocupacionais, fazendo com que os descolados acabassem por recorrer diretamente ao emprego público ou à intervenção do Estado para abrir perspectivas de carreira. Bacharéis desempregados, militares insatisfeitos com os baixos salários e com os minguados orçamentos, operários do Estado em busca de uma legislação social, migrantes urbanos em busca de emprego, todos acabavam olhando para o Estado como porto de salvação. A inserção de todos eles na política se dava mais pela porta do Estado do que pela afirmação de um direito de cidadão. Era uma inserção que se chamaria com maior precisão de estadania”. CARVALHO, José Murilo de. *A formação das almas: o imaginário da República no Brasil*. São Paulo: Companhia das Letras, 2003, p. 29.

²⁹¹ CARVALHO, José Murilo de. *Os bestializados*, p. 68

Estas observações vão de encontro com uma marcante frase de Aristides Lobo, a qual teria frisado que “o povo teria assistido ‘bestializado’ à proclamação da República, sem entender o que se passava”.²⁹²

Porém, pode-se ir além desse pensamento, chegando ao ponto até mesmo de invertê-lo, no momento em que se observa que, no fundo, o cidadão não tinha caminhos de participação em relação aos negócios de interesses sociais, ante o fato de que a República era uma ficção.

Assim, o tal bestializado era aquele que levasse a política a sério, sujeitando-se a ser massa-de-manobra. “Num sentido talvez ainda mais profundo que o dos anarquistas, a política era tribofê. Quem apenas assistia, como fazia o povo do Rio por ocasião das grandes transformações realizadas a sua revelia, estava longe de ser bestializado. Era bilontra”.²⁹³

A seguir, será analisada a maneira como o liberalismo interferiu na construção do processo civil. Questões como o objetivo da jurisdição, a busca incessante da certeza jurídica, a neutralidade do juiz, bem como a *nulla executio sine titulo*, contribuía para que o Judiciário se tornasse o Poder mais fraco da República.

É certo que o momento histórico justificava a forte reação exercida contra qualquer tipo de ação que pudesse ser considerada atentatória à liberdade dos cidadãos. Porém, a par disso, muitas situações eram intencionalmente mascaradas para que ocorresse a manutenção do *status quo*.

²⁹² CARVALHO, José Murilo de. *Os bestializados*, p. 68; “A fermentação liberalista que precedeu à proclamação da independência constitui obra de minorias exaltadas, sua repercussão foi bem limitada entre o povo, bem mais limitada, sem dúvida, do que querem fazer crer os compêndios de história pátria. Saint-Hilaire, que por essa época anotava suas impressões de viagem pelo interior brasileiro, observa que, no Rio, as agitações do liberalismo anteriores ao 12 de janeiro foram promovidas por europeus e que as revoluções das províncias partiram de algumas famílias ricas e poderosas. ‘A massa do povo’, diz, ‘ficou indiferente a tudo, parecendo perguntar como o burro da fábula: Não terei a vida toda de carregar a albarda?’”. HOLANDA, Sérgio Buarque de. *Op. cit.*, p. 161.

²⁹³ CARVALHO, José Murilo de. *Os bestializados*, p. 160.

Com isso, o processo jamais poderia servir de meio hábil para transformar a realidade. Rousseau não se enganou quando disse que “O homem nasce livre, e por todos os lados encontra-se a ferros”.²⁹⁴

1.4. A (des)construção do processo civil sob o ideário liberal

Ao juiz competia ser um oráculo da lei, tal como exigido pela Escola da Exegese. A sentença por ele proferida tinha a única finalidade de declarar o texto expresso da lei ao caso concreto. Tratava-se de uma decisão declaratória *lato sensu*, diversa daquela que se coloca ao lado das sentenças constitutivas e condenatórias, e que dão sustentação à tradicional – e hoje superada – classificação trinária da sentença.

A jurisdição tinha como finalidade tutelar os direitos subjetivos privados violados. Apenas com a violação desses é que o Estado comprometia-se em exercer o seu poder – e não dever – jurisdicional. Buscava-se a reparação do dano, eis que não era permitido ao juiz fazer atuar a sua vontade antes de ter havido uma violação ao ordenamento jurídico.

Se o liberalismo tinha o objetivo de fazer com que o Estado interferisse o mínimo possível na esfera privada do indivíduo, qualquer conduta emanada pelo juiz que viesse a tutelar um direito ainda não violado, seria considerada como se fosse um atentado à liberdade individual. Assim, inexistia possibilidade de se realizar a tutela preventiva dos direitos.

Os processualistas tinham em mente, que a reparação do dano deveria ser realizada por meio da prestação do equivalente econômico. A igualdade formal transmitia a idéia de que haveria de ser conferido o mesmo tratamento às mais distintas posições sociais e aos bens, de sorte a fazer com que a jurisdição deixasse de lado as preocupações com o direito material, e

²⁹⁴ ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Do contrato social*. Trad. Lourdes Santos Machado. São Paulo: Abril Cultural, 1973, p. 28.

mantivesse em funcionamento os mecanismos de mercado. Dessa maneira, não se concebia a prestação da tutela jurisdicional preventiva, e entendia-se ser bastante apenas pôr no bolso do particular um equivalente em dinheiro.²⁹⁵

A jurisdição era entendida, segundo teoria elaborada por Chiovenda, como a função exercida pelo Estado para compor processualmente os litígios, em substituição à vontade das partes, para pacificar com justiça o conflito que os envolver.²⁹⁶ Ou, ainda, de que o juiz cria a norma individual para o caso concreto, relacionando-a com a tese da “justa composição da lide”, conforme lição de Carnelutti.²⁹⁷

Esta segunda teoria, denominada unitária, pode levar o processualista a pensar que está autorizado a criar um Direito que ainda não existe, na medida em que se coloca à procura da “justa composição da lide”. No entanto, ela não se desprende da idéia de que a função do juiz está subordinada à atuação do órgão legislador, devendo declarar a vontade da lei, ou seja, ela não representa qualquer rompimento em relação às concepções decorrentes do positivismo jurídico clássico.

Ocorre que a distinção entre as duas teorias está no fato de que para a primeira, “a jurisdição declara a lei, mas não produz uma nova regra, que integra o ordenamento jurídico”, enquanto que para a outra, “a jurisdição, apesar de não deixar de declarar a lei, cria uma regra individual que passa a integrar o ordenamento jurídico”.²⁹⁸

As três espécies de sentença, como integrantes do processo de conhecimento clássico, inclinado às demandas plenárias, só permitiam ao juiz atuar no plano normativo, de modo a declarar a vontade da lei e de consagrar a autoridade do Estado-legislador.

Os atos judiciais eram desprovidos de qualquer poder de *imperium*. Não se interferia na realidade existente além da relação processual. O juiz não podia atribuir força executiva às

²⁹⁵ MARINONI, Luiz Guilherme. A jurisdição no estado contemporâneo, p. 18.

²⁹⁶ CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil*. São Paulo: Saraiva, 1965, v. 2, p. 03.

²⁹⁷ CARNELUTTI, Francesco. *Sistema de diritto processuale civile*. Padova: Cedam, 1936, v. 1, p. 40.

²⁹⁸ MARINONI, Luiz Guilherme. A jurisdição no estado contemporâneo, p. 23.

suas decisões. “Aliás, diante da desconfiança do direito liberal em relação ao juiz posterior à Revolução Francesa, era natural a preocupação com a execução das decisões, pois esta poderia gerar maiores riscos do que a sentença declaratória (*lato sensu*)”.²⁹⁹

A sorte do processo se dava unicamente em razão do comportamento realizado pelas partes. O juiz não interferia na relação processual nem mesmo para determinar uma prova de ofício, “quando tinha consciência de que a ‘verdade’ dos fatos estava sendo ‘construída’ pela astúcia ou em virtude de maior habilidade de uma das partes”.³⁰⁰

Esta concepção de jurisdição inspirou a legislação pátria da época e passou a ser considerada como um verdadeiro dogma. Como a função do intérprete estava limitada à descoberta das leis que regem o “fato” normativo, as Universidades apenas ensinavam – e ainda ensinam – normas e não casos concretos, pois se considerava – e ainda se considera – que os fatos são estudados no momento em que se vê o “fato jurídico” enquanto norma.³⁰¹

Nesses termos, o juiz haveria de ser neutro³⁰² e sempre buscar a certeza jurídica. Era vedado fazer com que suas paixões, suas ojerizas, sua ideologia e qualquer outra ordem de sentimentos, viessem à tona no momento de proferir alguma decisão judicial, como também não podia decidir com base em convicção de verossimilhança, diante da pretensa semelhança então propalada do Direito com as ciências matemáticas.

A tutela jurisdicional era de índole repressiva, a não ser, à evidência, quando por necessário se tinha a preservação dos interesses de uma determinada classe detentora do poder. Para esta, por exemplo, o Direito Processual Civil dispunha de mecanismos aptos para

²⁹⁹ MARINONI, Luiz Guilherme. *Técnica processual e tutela dos direitos*, p. 38.

³⁰⁰ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Manual do processo de conhecimento*. 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 54.

³⁰¹ BAPTISTA DA SILVA, Ovídio A. *Processo e ideologia*, p. 301.

³⁰² “Em nome da liberdade dos cidadãos foi sustentada a neutralidade do juiz – que hoje sabidamente é mito –, supondo-se: I) ser possível um juiz despido de vontade inconsciente; II) ser a lei, como pretendeu Montesquieu, uma relação necessária fundada na natureza das coisas; III) predominar no processo o interesse das partes, e não o interesse público, na realização da ‘justiça’; e IV) que o julgador não deve importar-se com o resultado da instrução, como se a busca do material adequado para sua decisão fosse problema exclusivo das partes, na qual o juiz não devesse interferir”. MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Op. cit.*, pp. 54-55.

garantir o direito de propriedade à exaustão, de forma célere, logo no início da demanda, mesmo sem a oitiva da parte contrária. As ações possessórias exemplificam a matéria.

Essas considerações, somadas ao irritante formalismo contido na legislação processual civil, principalmente no que se refere às normas do procedimento ordinário, serviram para que fosse criado o princípio da *nulla executio sine titulo*, através do qual irradiava-se o entendimento de que o direito material somente poderia ser concretamente realizado após a prolação de sentença judicial transitada em julgado, tanto que a doutrina tradicional considerava que a execução provisória da sentença constituía uma “figura anormal”.³⁰³

Como parece claro, “há uma associação muito íntima e evidente entre ‘descoberta da verdade’, realização plena do princípio do contraditório, declaração, coisa julgada material e título executivo judicial”.³⁰⁴

Portanto, a ciência processual civil nasceu comprometida com os ideais do liberalismo clássico e com o pressuposto racionalista que determinou a submissão do juiz ao poder político. Enquanto oferecia-se às partes um procedimento amplo, apto a proporcionar a plenitude da defesa em juízo, fazendo com que o Estado viesse a decidir com a segurança que o tratamento exaustivo lhe daria, esse mesmo procedimento haveria de esgotar todas as possíveis questões litigiosas, porque assim asseguraria a máxima amplitude da coisa julgada.³⁰⁵

³⁰³ “Entrementes, pode ocorrer a figura de uma sentença não definitiva, mas executória, e, pois, a separação entre a definitividade da cognição e a executoriedade. É o que sucede, em primeiro lugar, quando a condenação é confirmada ou proferida em grau de apelação, e isso porque a sentença de apelação, se bem que não definitiva, por sujeita a cassação, é todavia executória, uma vez que a cassação não suspende a execução da sentença (art. 520 do Código de Processo Civil), e o mesmo se dirá do pedido de revogação. Conquanto seja uma figura anormal, porque nos apresenta uma execução descoincidente, de fato, da certeza jurídica [...]”. CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil*. São Paulo: Saraiva, 1965, v. 1, p. 235.

³⁰⁴ MARINONI, Luiz Guilherme. Direito à tempestividade da tutela jurisdicional. *Revista de Direito Processual Civil*. Curitiba: Gênese, nº 17, p. 547.

³⁰⁵ BAPTISTA DA SILVA, Ovídio A. *Curso de processo civil: processo de conhecimento*. 6ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, v.1, p. 125.

1.4.1. Por uma visão crítica³⁰⁶

Se o Estado proibiu a autotutela privada, ao assumir o monopólio jurisdicional, parece claro que ele tem o dever³⁰⁷ de prestar uma tutela jurisdicional adequada, tempestiva e efetiva, devendo o processo consistir em um instrumento capaz de proporcionar o mesmo resultado que se verificaria se a ação privada não estivesse vedada.³⁰⁸

O Direito moderno não mais se contenta com a simples garantia conferida ao cidadão de se valer do direito de ação como tal. Não importa o ingresso do jurisdicionado em juízo ou a mera declaração de um provimento de mérito. “Indispensável é que, além de reduzir os resíduos de conflitos não-jurisdicionalizáveis, possa o sistema processual oferecer aos litigantes resultados justos e efetivos, capazes de reverter situações injustas desfavoráveis”.³⁰⁹

Para que isso ocorra, o juiz não pode continuar preso à sua “neutralidade”. Mesmo porque, por mais que ele se esforce, neutro jamais será. A todo ser humano é inerente quedar em benefício de uma determinada situação, mesmo que isso seja feito inconscientemente. O ser humano é incapaz de agir sem utilizar os sentimentos que possui. E, dessa forma, é impossível ao juiz julgar sem paixão. O simples fato de não se quedar em determinada direção já representa a caracterização de uma posição conservadora.³¹⁰

Para João Baptista Herkenhoff, “Os juízes que mais alardeiam uma suposta neutralidade ideológica são aqueles que, em nome dessa neutralidade, apegam-se à lei e à

³⁰⁶ A crítica aqui desenvolvida não tem por escopo elaborar um discurso que venha a se opor à dogmática jurídica. O que se pretende é criticar as estruturas da própria dogmática jurídica – notadamente no tocante ao processo civil –, para que ela não seja vista apenas como uma racionalidade instrumental, e sim como algo criador do Direito, aproximando-a, portanto, de uma técnica emancipatória. Ver: STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise*. 7ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, pp. 243-248,

³⁰⁷ BAPTISTA DA SILVA, Ovídio A.; GOMES, Fábio. *Teoria geral do processo civil*. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 64; Ver: PEREIRA FILHO, Benedito Cerezzo. A prestação da tutela jurisdicional. *Em Tempo*. Marília, nº 3, 2001.

³⁰⁸ MARINONI, Luiz Guilherme. *A antecipação da tutela*. 8ª ed. São Paulo: Malheiros, 2004, pp. 26-27.

³⁰⁹ DINAMARCO, Cândido Rangel. Tutela jurisdicional. *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, nº 81, p. 55.

³¹⁰ PORTAVOVA, Rui. *Motivações ideológicas da sentença*. 3ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997, p. 73.

letra da lei, com toda sua estrutura de conservação, consagradora do antidireito”.³¹¹ Ocorre que “Os juristas e juízes que se submetem docilmente a esse sistema, sem mesmo descobrir algumas de suas brechas, que possam servir às maiorias oprimidas, colocam-se decididamente do lado das minorias aquinhoadas”.³¹²

O juiz não deve confundir neutralidade com imparcialidade. Esta consiste no respeito às garantias do devido processo legal e, uma vez configurada uma das hipóteses descritas na lei a respeito da imparcialidade do juiz, outro haverá de ser designado para prestar a tutela jurisdicional. É que “enquanto a imparcialidade busca ressalvar o juiz do comprometimento com a parte (atitude omissiva), a neutralidade, ao contrário, leva ao comportamento comprometido (atitude comissiva)”.³¹³

O juiz considerado “neutro” não cria o Direito, mesmo quando se depara com casos de lacuna. Ele tem, por automatismo, tentar resolver o impasse com base em soluções vistas apenas como instrumentos auxiliares de interpretação e de aplicação do Direito, como a analogia, os costumes e os princípios gerais do direito, conforme prevê o art. 4º da Lei de Introdução ao Código Civil.

Porém, esteja o intérprete consciente ou não, a criatividade mostra-se inerente ao Direito. Mauro Cappelletti assevera que “interpretação significa penetrar os pensamentos, inspirações e linguagens de outras pessoas com vistas a compreendê-los e – no caso do juiz [...] – reproduzi-los, ‘aplicá-los’ e ‘realizá-los’ em novo e diverso contexto, de tempo e lugar”, sendo certo que “toda reprodução e execução varia profundamente, entre outras influências, segundo a capacidade do intelecto e estado de alma do intérprete”.³¹⁴

Mesmo que o juiz se empenhe em aderir ao que estiver consubstanciado no texto expresso da lei, repetindo exatamente as mesmas palavras produzidas pelo legislador, a sua

³¹¹ HERKENHOFF, João Baptista. *Direito e utopia*. 5ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 61.

³¹² Idem. *Ibidem*, p. 61.

³¹³ PORTANOVA, Rui. *Princípios do processo civil*. 6ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, 78.

³¹⁴ CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes legisladores?*, p. 21.

decisão, ao final, terá significado materialmente diverso, porque o momento histórico o impele a mudar o tom e a inflexão. Se a lei foi promulgada no início do século XX, certamente a interpretação na contemporaneidade será distinta da realizada naquela época, porque o contexto é diverso.

Quanto maior a dificuldade do caso concreto, maior será o poder criativo do juiz. “Quanto mais o caso que há de ser decidido se aproxima de um ‘hard case’, mais ‘livre’ será o processo de ‘criatividade’ do juiz. Quanto mais rotineiro for o caso, mais próximo do esquema subsuntivo tradicional o juiz estará”.³¹⁵

Isso não quer dizer que o juiz, a despeito de sua interpretação gozar de certo grau de criatividade, esteja autorizado a desenvolver uma interpretação carente de vínculos. O seu poder criativo não deve ser confundido com liberdade total para agir de uma ou de outra maneira. A discricionariedade do intérprete não significa arbitrariedade, o que, evidentemente, trata-se de algo completamente distinto.³¹⁶

O Direito não é algo puro.³¹⁷ É algo que vai além das normas jurídicas instituídas, razão pela qual deve ser afastada qualquer influência kelseniana, que vise libertá-lo “de todos os elementos que lhes são estranhos”, para, com isso, dar efetividade ao que supõe ser seu “princípio metodológico fundamental”.³¹⁸ Por ser a realidade social plúrima, torna-se

³¹⁵ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Controle das decisões judiciais por meio de recursos de estrito direito e de ação rescisória: recurso extraordinário, recurso especial e ação rescisória: o que é decisão contrária à lei?* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, pp. 394.

³¹⁶ CAPPELETTI, Mauro. *Juízes legisladores?*, pp. 23-24.

³¹⁷ “O Direito não pode ser considerado um saber puro, kantianamente isolado de outros saberes, encastelado em seu objeto e método. O Direito é impuro por nascença. Ele surge dos conflitos concretos que envolvem subjetividade, interesses econômicos, afirmação de faculdades do envolvidos, trabalha em um mundo da materialidade das coisas e da espiritualidade das condutas, dos conflitos microscópicos às questões planetárias, que significa dizer que o técnico de normas, por sua estreiteza, não pode dar conta da resolução de problemas que dizem respeito à totalidade da própria condição humana”. AGUIAR, Roberto A. R. de. *A contemporaneidade e o perfil do advogado. OAB ensino jurídico: novas diretrizes curriculares*. Brasília: Conselho Federal da OAB, 1996, p. 136.

³¹⁸ KELSEN, Hans. *Teoria pra do direito*. Trad. João Baptista Machado. 6ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 01.

descabido defender a univocidade da linguagem. “A abertura para o múltiplo e o não-coercitivo, torna-se então, a palavra-mestra da racionalidade”.³¹⁹

Para o juiz do Iluminismo, inanimado e indiferente à injustiça, o modelo pertencente às ciências matemáticas era adequado. No máximo, permitia-se atualizar o sentido histórico da lei, ou seja, dizer hoje o que o legislador pretendia dizer ao criar a norma.³²⁰ Porém, na contemporaneidade, esse comportamento não pode jamais ser aceito, uma vez que representaria “a expressão acabada de uma ‘ideologia’, enquanto expressão de um pensamento que, tendo sido válido para outras épocas, constituídas por circunstâncias diferentes, quando não opostas, insiste, conservadoramente, em perpetuar-se”.³²¹

Foi com base em um entendimento distante desse adotado pelos juízes “neutros”, que os tribunais alemães conceberam as “dívidas de valor”, autorizando a correção monetária, mesmo diante do absolutismo emanado do princípio *pacta sunt servanda* e da sacralidade dos parâmetros monetários. Também foi com substrato nesta condição hermenêutica que se tornou possível a revisão dos contratos.³²²

A “neutralidade” do juiz vale-se da lógica de que a lei, a doutrina e a jurisprudência (que reproduzem o comando legal) são as premissas maiores, enquanto o fato é a menor. Aí está a consagração da dogmática jurídica, que é constituída de premissas vistas como se verdades definitivas fossem, absolutas e isentas de críticas³²³ “(como se prega em religião cristã: Cristo nasceu de Maria Virgem)”.³²⁴

³¹⁹ PERELMAN, Chaïm, OLBRECHTS-TYTECA, Lucie. *Tratado da argumentação. A nova retórica*. São Paulo: Martins Fontes, 1996, p. 20.

³²⁰ BAPTISTA DA SILVA, Ovídio A. *Processo e ideologia*, p. 279.

³²¹ Idem. *Ibidem*, p. 266.

³²² Idem. *Ibidem*, p. 287.

³²³ “O dogma, afinal, atravessa a história das idéias como uma verdade absoluta, que se pretende erguer acima de qualquer debate; e, assim, captar a adesão, a pretexto de que não cabe contestá-la ou a ela propor qualquer alternativa. Neste viés, terá, sempre, uma tendência a cristalizar as ideologias, mascarando interesses e conveniências dos grupos que se instalam nos aparelhos de controle social, para ditarem as normas em seu próprio benefício. Como toda ideologia, aliás, não é questão de má-fé, uma vez que produz a cegueira mental e tem como resultado um ‘delírio declamatório’”. LYRA FILHO, Roberto. *Para um direito sem dogmas*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1980, p. 12.

³²⁴ CARVALHO, Amilton Bueno de. *Direito alternativo em movimento*. 6ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 33.

Por se pretender “neutra”, a atuação do juiz, beneficia a classe social detentora do poder, em detrimento dos interesses dos miseráveis, na medida em que não existe nenhum comprometimento para com esses. Se o juiz, “neutro” (passivo), deve somente declarar a vontade da lei, tem-se por privilegiada a manutenção do *status quo*.

O juiz deve atuar como um agente transformador da realidade social. O seu julgamento não pode ser “neutro”, porque ele traz consigo uma visão de mundo totalmente particular, que não se confunde – por mais que se tente – com a de qualquer outro ser. Mesmo que ele não tenha conhecimento disso, suas concepções filosóficas, sociais, políticas, históricas, dentre outras, não deixam de existir por meio de dogmatismos ainda enraizados na cultura jurídica.³²⁵

Se o juiz deve somente declarar a vontade da lei, melhor seria transferir o seu mister para o automatismo realizado por computadores de última geração. Pelo menos a subsunção do fato à norma (regra legal) teria um grau de “acerto” muito maior.

E o pior é que em plena era pós-moderna, ainda é comum ouvir da boca de um juiz “que é escravo da lei”, e considerar-se, com base nisso, isento de responsabilidade para com as injustiças e os conflitos humanos e sociais que muitas vezes decorrem de suas decisões. “Com alguma consciência esse juiz perceberia a contradição de um juiz-escravo e saberia que um julgador só poderá ser justo se for independente. Um juiz não pode ser escravo de ninguém e de nada, nem mesmo da lei”.³²⁶

Ao valer-se de uma postura ativa, marcada pelos traços da não-neutralidade, o jurista questiona-se a respeito do que está ordenado e oficialmente consagrado, a fim se estruturar uma “arma de combate na busca do novo”. Esse “é um dos instrumentais do ativista jurídico

³²⁵ “[...] mais do que definir objeto, método e função que caracterizam a identidade da Ciência Jurídica – isto é, seu âmbito, instrumentos e sentido – o paradigma dogmático define toda uma maneira de cultivá-la; todo um estilo de pensamento e ação que marca, com efeito, uma tradição específica de fazer Ciência e na qual se formam, sucessivamente, novos juristas”. ANDRADE, Vera Regina Pereira de. *Dogmática jurídica: esboço de sua configuração e identidade*. 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 111.

³²⁶ DALLARI, Dalmo de Abreu. *O poder dos juízes*. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 80.

que ambiciona colocar seu saber na perspectiva de novo tipo de sociedade, que quer comprometer-se com os pobres; é combate à ‘passividade’ dos juristas”.³²⁷

O juiz deve mostrar-se atento às condições financeiras, culturais sociais das partes do processo, bem como ao momento histórico e político, para objetivar, em suma, uma visão totalizadora do Direito.

Não se pode admitir que o juiz promova a busca incessante do tão almejado juízo de “certeza”, traduzido como coerência ou uniformidade de entendimento nas decisões judiciais,³²⁸ e deixe de lado o dever de efetivar a tutela dos direitos, ou seja, deixe de empreender uma atuação comprometida com o asseguramento do resultado útil do processo e do direito material.

Para isso, se for o caso, é-lhe conferido até mesmo agir de ofício, determinando medida cautelar – excepcionalmente sem a oitiva das partes (art. 797 do CPC) – e concedendo provimentos de antecipação de tutela³²⁹ – a despeito de o art. 273 do CPC prever que tal medida deverá ser requerida pela parte.

A “certeza” jurídica fomentava o mito da *nulla executio sine titulo*. Considerava-se que a sentença condenatória deveria necessariamente preceder a execução, resultante da suposição de que o conhecimento da existência do direito afirmado pelo autor, deveria anteceder a realização de atos expropriatórios.

O objetivo do princípio da *nulla executio sine titulo* não era somente o de evidenciar que a execução não poderia ser iniciada sem a existência de um título **executivo, haja vista**

³²⁷ CARVALHO, Amilton Bueno de. *Op. cit.*, p. 35. “A atuação interpretativo-alternativa ultrapassa os limites da reprodução de práticas consagradas, tornando-se: (a) mais próximo do real conflito humano; (b) permissiva de discussão axiológica desmascaradora da idéia de neutralidade; (c) politicamente participativa; (d) questionadora da ordem estabelecida e das leis que a mantêm; (e) inserida no contexto sócio-econômico; (f) possibilitadora de novas soluções aos conflitos”. *Idem. Ibidem*, pp. 35-36.

³²⁸ PORTANOVA, Rui. *Motivações ideológicas da sentença*, p. 42.

³²⁹ Ver: PEREIRA FILHO, Benedito Cerezzo. Tutela antecipada: concessão de ofício? *Revista de Doutrina*. Rio de Janeiro: Instituto de Direito James Tubenclak, nº 15, 2004.

que esse “deveria conter em si um direito declarado, sem deixar margem para qualquer situação de incerteza”.³³⁰

Acreditava-se piamente que a proibição da execução antes do término da cognição processual “– que era traduzida por meio da fórmula de que o juiz não podia julgar com base em verossimilhança – era fundamental para garantir o direito de defesa e, assim, não poderia jamais ser excepcionada”.³³¹

O princípio da *nulla executio sine titulo*, “conjugado com o princípio que preside o ônus da prova, que proíbe ao juiz decidir com base em simples verossimilhança [...], legitimam e dão sustentação teórica à ordinariedade”.³³²

Não se trabalhava – como hoje ainda pouco se trabalha, mesmo havendo previsão legal – com o conceito de verossimilhança, entendido como a “(relativa) certeza quanto à verdade dos fatos”,³³³ apesar de todo juízo de verdade, caracterizado pela descoberta da certeza, sempre se resolver, na perspectiva gnosiológica, em um juízo de verossimilhança. Não prevalecia o entendimento – como hoje ainda pouco prevalece – de que as decisões judiciais são baseadas, em última análise, na probabilidade máxima de determinado fato ser considerado verdadeiro.³³⁴

³³⁰ MARINONI, Luiz Guilherme. *Técnica processual e tutela de direitos*, p. 47.

³³¹ Idem. *Ibidem*, p. 47.

³³² BAPTISTA DA SILVA. *Da sentença liminar à nulidade da sentença*. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 12. “Ao contrário do Direito inglês, que empresta significativo relevo á prova ‘prima facie’, liberando o autor do ‘onus probandi’, quando ele haja produzido prova de simples verossimilhança da procedência de sua ação (Micheli, ob. cit., p. 203); e do antigo Direito germânico, onde “la mera afirmación em juicio” podia ter relevância probatória (Micheli, p. 29) o Direito moderno, nos sistemas oriundos do Direito romano-canônico, dá preponderância absoluta à doutrina romana a respeito do ônus da prova, uma vez que, como anota Micheli (p. 19), naqueles sistemas jurídicos que permitem a tomada de decisões com base em mera plausibilidade de direito, “el demandado no gozaba de buena fama”, ao passo que, para o liberalismo que informa nossas instituições processuais, a excelência o réu, é colocado num pedestal de onde não poderá ser retirado a não ser com base em juízos de “certeza do direito”, investigada através de critérios objetivos – tal como nas ciências experimentais – nunca com fundamento em avaliações subjetivas do julgador (Micheli, p. 488)”. Idem. *Ibidem*, p. 12.

³³³ ZAVASCKI, Teori Albino. *Antecipação da tutela*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 76.

³³⁴ “[...] quando se diz que um fato é verdadeiro, se quer dizer em substância que tem conseguido, na consciência de quem como o tal o julga, aquele grau máximo de verossimilitude que, em relação aos limitados meios de conhecimento de que o julgador dispõe, basta para lhe dar a certeza subjetiva de que aquele fato tenha ocorrido”. CALAMANDREI, Piero. *Direito processual civil*. Trad. Luiz Albezia e Sandra Drina Fernandez Barbary. Campinas: Bookseller, 1999, v. 3, p. 269.

Os juízos de “certeza”, desse modo, não passam de juízos baseados em uma razoável previsibilidade. E deve-se levar em conta que a segurança que se pretende atingir, por si só, se opõem ao valor justiça. O desejo de fazer com que as decisões judiciais sejam mais previsíveis e mais uniformes, choca-se frontalmente com os ideais de justiça.

A impossibilidade de julgar com base em verossimilhança trata-se de uma ilusão desvendada todos os dias pelos órgãos julgadores. O processo que contém a lide possui várias “verdades” e inúmeras alternativas de solução do conflito, plausíveis e prováveis, colocadas à disposição do magistrado, para que livremente possa formar seu convencimento dentre todos os fatos, circunstâncias e indícios existentes nos autos.

A compreensão que o magistrado tem acerca de suas funções jurisdicionais é que o levará a adotar um posicionamento que o faça proferir uma decisão judicial que se aproxime de sua visão particular de justiça, a ser feita naquele caso em particular. E, para isso, suas inclinações pessoais, sua formação moral e os seus compromissos ideológicos vêm à tona. “Somente os ingênuos e aqueles que apenas ‘conhecem’ o direito pelos livros e pelo que se ensina nas universidades não sabem disso!”³³⁵

Se o Direito consiste em um ramo do conhecimento que se encontra em constante transformação, o valor justiça tem um grau de importância maior do que o valor segurança. “Esta fundamentalmente garante a segurança das classes que fizeram a lei ou tiveram papel preponderante na sua feitura”.³³⁶

O culto ao princípio da *nullo executio sine titulo* ainda permanece vivo, “porque poucos se deram conta de que certas situações de direito substancial exigem tutelas que realizem (e não apenas assegurem) o direito material de forma urgente”.³³⁷

³³⁵ BAPTISTA DA SILVA, Ovídio A. A “plenitude de defesa” no processo civil. Coord. TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. *As Garantias do Cidadão na Justiça*. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 163.

³³⁶ PORTANOVA, Rui. *Motivações ideológicas da sentença*, p. 61.

³³⁷ MARINONI, Luiz Guilherme. *Efetividade do processo e tutela de urgência*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1994, p. 15.

Tendo em vista a ocorrência de um conflito entre o direito à tempestividade da tutela jurisdicional e o direito de defesa, a sua resolução não deve ser abstrata, como se todas as situações de direito material fossem iguais. Nesse ponto, o procedimento ordinário deve levar em conta as peculiaridades das situações de direito substancial, porque, caso contrário, o processo poderá prejudicar os interesses do autor. Para que isso ocorra, a técnica processual a ser privilegiada é a da tutela antecipatória, já que, por meio dela, pretende-se preservar a isonomia no processo.³³⁸

Nas palavras de Athos Gusmão Carneiro, a antecipação da tutela traduziu-se na superação do princípio da *nulla executio sine titulo*, que “importava com freqüência em prêmio ao réu inadimplente, e em castigo ao autor que, embora favorecido com sólida aparência do bom direito, se via obrigado a suportar os ônus da demora processual”.³³⁹

A antecipação da tutela pôs uma pá de cal sobre o entendimento de que nula devia ser a execução que não fosse fundamentada em título executivo. Por isso, seria de bom alvitre que provimentos de cognição sumária recebessem a qualidade de título executivo judicial.³⁴⁰

Assim, a dogmática jurídica, fomentada pelo liberalismo burguês, exerceu um duplo papel: “a) aprisionou o juiz, libertando-o do absolutismo monárquico; b) através da certeza do direito instituído no Código, impediu, ou ao menos, dificultou as tentativas das classes dominadas de insurgirem-se contra a ordem estabelecida”.³⁴¹

³³⁸ MARINONI, Luiz Guilherme. *Novas linhas do processo civil*. 4ª ed. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 46.

³³⁹ CARNEIRO, Athos Gusmão. *Da antecipação da tutela*. 6ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 10.

³⁴⁰ “Nessa perspectiva, aliás, seria possível uma reconceituação de *título executivo*. Note-se que não há motivo que possa impedir um provimento sumário de constituir título executivo. O conflito executivo endoprocessual, derivado da disputa entre a necessidade da tutela imediata e o direito à adequada cognição, pode ser resolvido através de normas que atribuam a qualidade de título executivo judicial a provimentos de cognição sumária. Nada impede que o legislador atribua eficácia executiva a um procedimento sumário, uma vez que o título executivo não pode ser visto como uma conseqüência lógica da existência do direito, ou, ainda, como o resultado de uma necessidade concreta da tutela jurisdicional”. MARINONI, Luiz Guilherme. *Novas linhas do processo civil*, pp. 46-47.

³⁴¹ BAPTISTA DA SILVA, Ovídio A. *Processo e ideologia*, p. 25; “A questão central a investigar como objeto deste controle é, pois, se a Dogmática fornece ‘segurança jurídica’ e, em caso afirmativo ‘para que’ ou ‘para quem?’”. ANDRADE, Vera Regina Pereira de. *Op. cit.*, p. 114.

As obras jurídicas e os julgados eram – e, em larga escala, ainda continuam sendo quase que à exaustão – uníssonos em transmitir a idéia de que a atividade jurisdicional resume-se à declaração da lei. O mesmo se diz em relação à Universidade, pois ela “é o instrumento de que se valem os interesses que gravitam em torno do poder para manter os juristas confinados no ‘mundo jurídico’”.³⁴²

Desse modo, os valores liberais que incidiram sobre o Direito, houve por moldar não só o comportamento dos juízes, mas dos juristas. Para todos – ou melhor, para todos os que se encontram presos ao paradigma racionalista –, tem-se a ingênua e incrédula idéia de que as leis são capazes de modificar o mundo.³⁴³

Esses juristas atuam no mundo abstrato, apesar de suas ações causarem efeitos no plano da realidade concreta. O que eles fazem é rejeitar a contrariedade existente nas relações sociais, vangloriando-se da suposta harmoniosidade existente no plano das normas jurídicas.

Nessa perspectiva caótica, “as pessoas se tornam partes, onde os conflitos se traduzem em contraditórios particularizados e onde viver é um processo dedutivo-retórico, que torna a existência um confronto com as urdiduras do texto em detrimento do contexto”. E, ademais: “eles são plasmados para viver num purgatório cinzento de processos, prazos e chavões, que torna a vida segura (às vezes), mas que os exclui das possibilidades de serem autônomos, de terem nas mãos a história e de escrever com suas próprias tintas o roteiro de suas histórias”.³⁴⁴

Com a consagração desse entendimento retira-se do jurista a perquirição sobre o “por quê” de suas dificuldades, não se percebe que os instrumentos processuais que outrora se adaptaram com alguma eficiência na regulação de uma sociedade organicamente estrutural e otimista, não têm a mesma sorte na contemporaneidade.

³⁴² BAPTISTA DA SILVA, Ovídio A. *Processo e ideologia*, p. 52.

³⁴³ Esses juristas “aparecem uniformizados, apresentam um mesmo código lingüístico, têm um entendimento do mundo, do homem e da história semelhante, vivem adorando o Estado (mesmo quando dele reclamam), preocupam-se com o controle da sociedade e, mesmo quando discursam em contrário, agem segundo um dogma: são as leis que modificam o mundo”. AGUIAR, Roberto A. R. de. O imaginário dos juristas. *Revista de Direito Alternativo*. Coord. CARVALHO, Amilton Bueno de. São Paulo: Acadêmica, 1993, v. 2, p. 18.

³⁴⁴ Idem. *Ibidem*, p. 18.

Eles não terão outro destino à frente, em boa parte dos casos, senão o do fracasso, no momento em que lhes couberem a profícua tarefa de disciplinar sociedades altamente complexas e pluralistas, caracterizadas pela carência de valores, e, conseqüentemente, individualistas e conflituosas.³⁴⁵

O modelo tradicional está em crise: sua racionalidade formal não se concilia com a crescente complexidade das tensões, seu caráter individualista não se concilia com a coletivização dos conflitos, frutos das desigualdades de uma sociedade de classes. O processo civil, portanto, consiste em um instrumento ético de e para a realização do direito material, a ser estudado e aplicado sob a perspectiva dos direitos fundamentais, devendo o juiz, quando necessário, criar procedimentos que se amoldem às peculiaridades do caso concreto.

A promulgação da Constituição Federal de 1988 foi um marco da passagem do Estado liberal para o Estado social, e isso, conseqüentemente, fez com que a participação do juiz no processo fosse além do cumprimento estrito das “regras do jogo”. A sua atuação deve estar comprometida com a construção de um “processo justo”, que sirva de instrumento para a realização do direito material, que se revista com todas as garantias processuais previstas em nível constitucional e que possibilite a efetiva tutela dos direitos.³⁴⁶

Foi-se o tempo em que a lei representava o “mundo jurídico”. Hoje, a lei deve se conformar às normas constitucionais, que deixaram de representar algo intangível, voltadas apenas a impedir a restauração do poder do *Ancien Régime*.³⁴⁷

Mas este é um assunto que será tratado a seguir.

³⁴⁵ BAPTISTA DA SILVA, Ovídio A. *Processo e ideologia*, p. 301.

³⁴⁶ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Op. cit.*, p. 55.

³⁴⁷ “O que dava unidade à lei não era a Constituição, mas sim o poder político e social da classe soberana no Parlamento. A coerência da lei advinha da coesão da força política da burguesia e o ordenamento jurídico era impregnado pelos seus valores e princípios. De modo que a unidade do ordenamento não precisava ser garantida por uma norma, na medida em que estava alicerçada nos valores da força política que sustentava o Parlamento”. MARINONI, Luiz Guilherme. *A jurisdição no estado contemporâneo*, pp. 16-17.

CAPÍTULO 2. O PROCESSO CIVIL NA PERSPECTIVA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

“a idéia dos sonhos dogmáticos acabou. A nossa modernidade está na consciência de que o processo, como o direito em geral, é um instrumento da vida real, e como tal deve ser tratado e vivido”.³⁴⁸

2.1. A evolução processual

Até meados do século XIX não havia separação científica entre direito material e direito processual. A ação era colocada no mesmo plano do direito material. A doutrina de então, conforme salientado por Marinoni, recorria a conhecidas definições romanistas, como a de Celso, segundo a qual “a ação nada mais é do que o direito de alguém perseguir em juízo o que lhe é devido” (*actio autem nihil aliud ius perseguendi in iudicio quod sibi debetur*).³⁴⁹

Nesse período, tinha-se uma “visão plena do ordenamento jurídico”. A ação era conceituada como o resultado da lesão ao direito subjetivo, a jurisdição como sistema voltado para a promoção da tutela aos direitos e o processo como uma mera sucessão de atos previamente definidos (procedimento). A ação, dessa forma, era incluída no sistema de exercício de direitos e o processo era considerado como um conjunto de formas apto para esse exercício, sob a condução pouco participativa – para não se dizer quase passiva – do juiz.³⁵⁰

³⁴⁸ MARINONI, Luiz Guilherme. *Novas linhas do processo civil*, p. 19.

³⁴⁹ MARINONI, Luiz Guilherme. *Curso de processo civil: teoria geral do processo*, p. 157.

³⁵⁰ DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 6ª ed. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 18.

Essa definição contribuiu para que a doutrina desenvolvesse a concepção de que a ação privada não mais existia, já que ela “nada mais era” “do que o direito de perseguir o direito por intermédio do juiz”.³⁵¹

Essa concepção sincrética começou a ruir com a publicação dos estudos de Windscheid, Muther, Oscar von Bulow e. A. Wach, realizados na Alemanha, sobre o Direito Processual, com o reconhecimento da autonomia científica. Foi aí que surgiu a denominada fase autonomista, levada à Itália por Giuseppe Chiovenda.³⁵²

De acordo com as idéias desenvolvidas, o conceito civilista de ação foi questionado e ocorreu a afirmação do seu entendimento contraposto, em relação à *actio romana*: “ele não é (como esta) instituto de direito material, mas processual; não se dirige aos adversários, mas ao juiz; não tem por objeto bem litigioso, mas a prestação jurisdicional”.³⁵³

Pouco importava se havia interesse de direito material a amparar a ação de direito processual. Esta, em realidade, gozava de autonomia, pois era possível a propositura de uma ação processual sem que houvesse direito material passível de ser tutelado por parte do Estado. A ação que visava unicamente declarar a inexistência de uma relação jurídica é um exemplo disso.

Houve a descoberta da autonomia da ação e do processo e, assim, renovaram-se os estudos a eles relacionados, implicando no surgimento de uma ciência dotada de objeto e método próprios. Portanto, o direito de ação passou a não ter mais nenhuma relação com o direito material, consistindo-se fim em si mesmo.

Trata-se de um momento metodológico que estabeleceu a mais alta autonomia do direito processual. Uma vez definido o seu objeto e os traços acerca de sua estrutura

³⁵¹ DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*, p. 158.

³⁵² TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. *A Reforma processual na perspectiva de uma nova justiça. Reforma do código de processo civil*. Coord. Sálvio de Figueiredo Teixeira. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 886.

³⁵³ DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*, p. 18.

sistemática, o direito processual ganhou “maturidade”, passando a ser visto como um ramo com normas gerais e abstratas, não mais importando, “a existência de grandes diferenças entre os diversos sistemas processuais do mundo contemporâneo, que constituem resultantes históricas, culturais e políticas de fenômenos e estruturas dotados de maior amplitude”.³⁵⁴

Por influência do racionalismo, o processo civil apresentava-se alheio a tudo o que não estivesse dogmaticamente concebido, razão pela qual o juiz deveria ser escravo da lei, neutro, perseguidor incansável da certeza jurídica e somente prolatar uma decisão judicial ao término de um processo pautado em cognição plena e exauriente. Assim, procurou-se eliminar a retórica, enquanto ciência argumentativa, da esfera processual.³⁵⁵

Várias outras áreas do conhecimento submeteram-se, à época, às mesmas interferências havidas sobre o Direito, mesmo nos campos aparentemente mais distantes do pensamento humano. Basta averiguar a similitude ocorrida entre o Direito Processual e a poesia, ou entre o Direito Processual e a pintura.

Enquanto no processo cultuava-se a existência de uma norma geral e abstrata, aplicada em um procedimento “puro”, por um processualista igualmente “puro”, os abstratistas criavam poesia “pura”, reduzida a uma seqüência ritmada de expressões sem sentido aparente. O mesmo ocorrendo em relação à pintura, já que esta era reduzida a entrecruzamentos de linhas de significação oculta.³⁵⁶

Isso tudo, por conseqüência, fez com que fosse formulada a teoria do direito abstrato de acionar, na qual a ação não se destinava a atribuir razão a quem tinha um direito,

³⁵⁴ DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*, p. 20.

³⁵⁵ BAPTISTA DA SILVA, Ovídio A. *Processo e ideologia*, p. 17.

³⁵⁶ CALAMANDREI, Piero. *Op. cit.*, p. 179.

realizando-o. Pelo contrário, destinava-se simplesmente ao direito de uma sentença judicial. Consagrava-se o direito vazio de significação no plano material.³⁵⁷

A autonomia do processo civil relacionava a ação somente no âmbito da relação processual, esquecendo-se de que existe uma ação de direito material que a precede, que a pressupõe. “Os direitos subjetivos e as pretensões de direito material são ‘dados’ prévios que o direito material recebe e tem de tratá-los segundo a configuração e as eficácias que lhes são dadas pelo direito material”.³⁵⁸

Se Pedro celebra contrato de locação residencial com João, e este, locatário, deixa de efetuar o pagamento convencionado, Pedro terá o direito de tentar resolver sua pretensão sem o auxílio do poder estatal. Com isso, ao tentar compor o impasse extrajudicialmente, nada mais está a fazer do que exercer seu direito de ação material. O direito de Pedro cobrar a crédito que lhe cabe nasce do direito material, como decorrência do direito subjetivo material de receber o pagamento convencionado no contrato de aluguel.

Agora, se esgotadas as possibilidades de solucionar o litígio nessa esfera, ou mesmo se não se preferir tentar solucionar o litígio dessa forma, cabe a Pedro a faculdade de formular sua pretensão em juízo, sendo que, ao assim agir, por si só, não pretende se valer de uma ação de direito processual que visa unicamente declarar a existência do direito que lhe assiste, mas, além disso, pretende, por intermédio desta, satisfazer, concretamente, o direito material que lhe foi violado.

Na real elaboração da fase autonomista, houve a constituição de algo que só não pode ser classificado como verdadeiro absurdo jurídico porque o momento histórico assim o

³⁵⁷ Durante o ato inaugural do Congresso internacional de Direito Processual Civil, celebrado em Florença, de 30 de setembro a 03 de outubro de 1950, Piero Calamandrei foi enfático ao pronunciar que consistiu em um pecado extremamente gravoso o fato de a ciência processual civil “haver separado o processo de sua finalidade social; haver estudado o processo como um instrumento fechado, como um mundo por si mesmo; haver pensando que se podia criar em torno do mesmo uma espécie de soberbo isolamento separando-o cada vez de maneira mais profunda de todos os vínculos com o direito substancial, de todos os contatos com os problemas de substância; da justiça, em soma”. CALAMANDREI, Piero. *Op. cit.*, p. 179.

³⁵⁸ BAPTISTA DA SILVA. *Jurisdição e execução na tradição romano-canônica*, p. 180.

permitia: foi transmitida a idéia de que o jurisdicionado apenas passaria a ter direito de ação quando tivesse seu direito usurpado, restringindo, o processo, a tutelar os bens da vida em caráter exclusivamente repressivo. Caso não fossem os direitos usurpados, não haveria que se falar em ação de direito processual, diante da ausência de interesse jurídico.

Com o evoluir das relações sociais houve um certo abrandamento dos ideais formadores da autonomia processual, a fim de colocar à disposição do jurisdicionado, em algumas hipóteses expressamente excepcionadas, instrumentos capazes de garantir a efetivação da tutela preventiva³⁵⁹ e a realização concreta do direito material, ou seja, mecanismos legais capazes de impedir que a ameaça ao direito venha a se tornar lesão e de impedir que a prestação jurisdicional não se apresente inócua.

A processualística moderna desenvolveu um novo método para contestar as mazelas proporcionadas pela autonomia processual,³⁶⁰ baseado na instrumentalidade, por acreditar que, por intermédio dele, houvesse o surgimento de novas idéias, capazes de coordenar os diversos institutos, princípios e soluções.

Percebeu-se que o Direito não pode ser considerado uma ciência matemática e que o processo civil jamais poderá ser visto como um ramo autônomo e auto-suficiente. As relações que as normas processuais têm com as de direito material, proporcionaram a realização de uma análise multidisciplinar, comprometida com a efetiva tutela dos direitos. As normas processuais não são auto-suficientes. Para serem aplicadas ao caso concreto necessitam sempre da existência de um direito a ser tutelado.

³⁵⁹ “Pode dar-se que a pretensão ainda não haja surgido e caiba a ação de prestação futura; aí, o sistema jurídico põe no presente a condenação que só se poderia conceder mais tarde. A natureza da ação exige trato especial”. PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado das ações*. Campinas: Bookseller, 1998, tomo I. Atualizado por Vilson Rodrigues Alves, p. 102.

³⁶⁰ “O processualista sensível aos grandes problemas jurídicos, sociais e políticos de seu tempo e interessado em obter soluções adequadas sabe que agora os ‘conceitos’ inerentes à sua ciência já chegaram a níveis mais do que satisfatórios e não mais se justifica a clássica postura metafísica consistentes nas investigações conceituais destituídas de endereçamento teleológico”. BAPTISTA DA SILVA, Ovídio A. *Processo e ideologia*, p. 21.

Apesar disso, o ranço da sincreticidade ou autonomicidade processual ainda teima em permanecer na mente de alguns operadores do Direito, quer seja por serem reacionários; quer seja por estarem “cômodos” com a situação, em virtude de não terem disposição de reverem posicionamentos doutrinários que eles mesmos sabem estar superados; ou ainda por não perceberem com exatidão a realidade que os cerca.

Mas de qualquer modo, o momento metodológico em comento demonstra que a pretensão de direito material é que fundamenta toda a logicidade do processo. O processo consiste em um instrumento que visa a concreta realização do direito material, almejando atingir os escopos sociais, políticos e jurídicos.³⁶¹

Portanto, a instrumentalidade processual consiste em uma fase que revela a existência de um processo que nada mais é do que um instrumento de jurisdição imprescindível à concreta realização da ordem jurídica substancial, à convivência humana e à efetivação dos direitos fundamentais dos cidadãos, sem deixar de se preocupar com a efetividade da tutela jurisdicional.³⁶²

Entretanto, isso ainda não basta.

É preciso mais.

Há que se construir um modelo constitucional de processo civil, apto a proporcionar a prestação de uma tutela jurisdicional adequada, tempestiva e efetiva.

³⁶¹ “Todo instrumento, como tal, é ‘meio’; e todo meio só é tal e se legitima, em função dos ‘fins’ a que se destina. O raciocínio teleológico há de incluir então, necessariamente, a fixação dos escopos do processo, ou seja, dos ‘propósitos’ norteadores da sua instituição e das condutas dos agentes estatais que o utilizam”. DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*, p. 149.

³⁶² TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. *Op. cit.*, pp. 886-887.

2.2. Mudança paradigmática: o pós-positivismo e o processo civil na perspectiva dos direitos fundamentais

Paradigma “é um modelo científico de verdade, aceito e predominante em determinado momento histórico. Trata-se de ‘práticas científicas compartilhadas’ que resultam de avanços descontinuados, saltos qualitativos e rupturas epistemológicas”.³⁶³

O homem age e se condiciona de acordo com o conhecimento produzido no tempo em que vive e, desse modo, não se pode conceber que as gerações pretéritas sejam versões parciais e incompletas do que no momento seja entendido como verdade definitiva. A tendência é ver a ciência moderna como a configuração da própria realidade, algo que a interpretação humana só consegue alcançar a partir do momento em que é construída, e que “será igualmente incompleta, aos olhos das gerações que nos sucederam, num período histórico de longa duração”.³⁶⁴

Se as concepções de ciência física propostas por Aristóteles são consideradas ridículas por alguns cientistas da modernidade, estes certamente duvidarão que alguém, num futuro razoavelmente próximo, possa vir a entender como ridícula a física contemporânea. As verdades com que hoje se labora são imaginadas como o último estágio da perfeição humana. Assim sendo, a mudança paradigmática torna-se impensável aos padrões mentais dos homens de determinada época.³⁶⁵

Talvez por isso alguns juristas ainda tenham dificuldade em perceber que o positivismo jurídico clássico encontra-se superado e não proporciona a resolução adequada dos conflitos sociais surgidos desde a época de transição do Estado liberal ao Estado social,

³⁶³ KUHN, Thomas S. A estrutura das revoluções científicas. São Paulo: Perspectiva, 1975, p. 218.

³⁶⁴ BAPTISTA DA SILVA, Ovídio A. *Processo e ideologia*, p. 18.

³⁶⁵ Idem. *Ibidem*, p. 18.

que, apesar de ambos nunca terem sido efetivamente concretizados na realidade brasileira,³⁶⁶ já foram deixados de lado diante da existência do Estado neoliberal.³⁶⁷ Tenta-se, assim, enfrentar o “novo” com as regras do “velho”.

E o pior é que os ideais liberais, decorrentes do racionalismo, encontram-se espalhados pelo sistema e são repassadas de geração a geração, sobretudo por meio da reprodução do ensino jurídico, sem se dar conta que a concepção do Direito como ciência próxima à matemática, expurga-lhe a retórica forense e elimina a perspectiva hermenêutica na compreensão do fenômeno jurídico.³⁶⁸

Não se põe em dúvida que o método cartesiano foi importante para o progresso da pesquisa científica, mas é necessário tomar consciência de que o equívoco não está no método

³⁶⁶ Assevera-se que, no Brasil, “não houve Estado Social” e, por conseqüência, “o agente principal de toda política social (ainda) deve ser o Estado, isto porque não há maior dificuldade em compreender a equação exurgente do fato de que apenas as ‘políticas neoliberais, que vivem a minimizar o Estado, não apontarão para a realização de tarefas antitéticas a sua própria natureza’ [...] É este, pois, o dilema: ‘quanto mais necessitamos de políticas públicas, em face da miséria que se avoluma, mais o Estado, único agente que poderia erradicar as desigualdades sociais, se encolhe!’”. STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica ao direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002, p. 79; “O discurso acerca do Estado atravessou, ao longo do século XX, três fases distintas: a pré-modernidade (ou Estado liberal), a modernidade (ou Estado social) e a pós-modernidade (ou Estado neoliberal). A constatação inevitável, desconcertante, é que o Brasil chega à pós-modernidade sem ter conseguido ser liberal nem moderno. Herdeiros de uma tradição autoritária e populista, elitizada e excludente, seletiva entre amigos e inimigos – e não entre certo e errado, justo ou injusto –, mansa com os ricos e dura com os pobres, chegamos ao terceiro milênio atrasado e com pressa”. BARROSO, Luís Roberto. *Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro*, p. 05.

³⁶⁷ “Em nome da fé na globalização propõe-se um capitalismo de última geração que, ao mesmo passo, em silêncio, o que denominamos golpe de Estado institucional. Golpe muito mais devastador e funesto que aquele do modelo clássico e tradicional – sem tanques nas ruas, sem interdição dos veículos de opinião, sem fechamento das Casas do Congresso –, mas que se serve justamente desses meios para coagir a Nação, anestesiar a sociedade, paralisar-lhe os nervos, calar a reação popular e sufocar a consciência do País. O golpe de Estado institucional, ao contrário do golpe de Estado governamental, não remove governos mas regimes, não entende com pessoas mas com valores, não busca direitos mas privilégios, não invade Poderes mas os domina por cooptação de seus titulares; tudo obra em discreto silêncio, na clandestinidade, e não ousa vir a público declarar suas intenções, que vão fluindo de medidas provisórias, privatizações, variações de política cambial, arrocho de salários opressão tributária, favorecimento escandaloso da casta de banqueiros, desemprego, domínio da mídia, desmoralização social da classe medida, minada desde as bases, submissão passiva a organismos internacionais, desmantelamento de sindicatos, perseguição de servidores públicos, recessão, seguindo, assim, à risca, receita prescrita pelo neoliberalismo globalizador, até a perda total da identidade nacional e a redução do País ao ‘status’ de colônia, numa marcha sem retorno”. BONAVIDES, Paulo. *Do país constitucional ao país neocolonial*. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 23.

³⁶⁸ BAPTISTA DA SILVA, Ovídio A. *Processo e ideologia*, p. 24.

e sim na indevida transferência do Direito para o domínio das ciências demonstrativas, que, por natureza, são alheias à História e às transformações sociais.³⁶⁹

Uma explicação se faz necessária: por Estado social, deve-se entender, aqui, com apóio de Paulo Bonavides, a intervenção feita pelo Estado nas mais diversas áreas, com o objetivo de dispensar tratamento mais digno e igualitário às sociedades de massa, não devendo ser feita alusão ao socialismo político, que ganhou ares de cientificidade por meio dos escritos de Karl Marx. Ressalta-se, contudo, que o aparecimento do Estado Social decorreu da “intervenção ideológica do socialismo”.³⁷⁰

O Estado Social, contido juridicamente no constitucionalismo democrático, fez com que o Estado burguês se adaptasse em relação a certas condições históricas, e isso, em outros termos, significa dizer que, para atingir o seu fim almejado, que era o de sobreviver, ora recuava, ora transigia, ora vacilava.³⁷¹

As Declarações nacionais e transnacionais dos direitos fundamentais do homem, como a Declaração Universal dos Direitos do Homem e a Convenção Européia para proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais, apenas para citar duas Cartas supranacionais, possibilitaram a expansão da justiça constitucional das liberdades, principalmente em razão da crise de desconfiança depositada no “estado leviatã” e na “orgia de leis”, que constitui típico produto desse mesmo estado.³⁷²

Enquanto os parlamentos nacionais eram vistos e aceitos por todos como algo supremo, ou seja, sem que devessem se submeter a qualquer outra disposição normativa, nenhuma declaração de direitos com força vinculativa para o julgador fazia-se necessária.

³⁶⁹ BAPTISTA DA SILVA, Ovídio A. *Jurisdição e execução na tradição romano-canônica*, p. 200.

³⁷⁰ BONAVIDES, Paulo. *Do estado liberal ao estado social*, p. 183.

³⁷¹ Idem. *Ibidem*, p. 183.

³⁷² CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes legisladores?*, p. 65.

No entanto, as declarações (nacionais ou supranacionais), tornaram-se concebíveis e necessárias “no momento em que os povos sentiram que certas normas e princípios, exprimindo valores fundamentais e irrenunciáveis, podiam ser ameaçados, e de fato se encontravam ameaçados, pelos próprios poderes legislativos”.³⁷³

De qualquer modo, com o término da Segunda Guerra Mundial, os países da Europa preocuparam-se com os atos da iniciativa individual e, por conseqüência, princípios e direitos tidos por fundamentais³⁷⁴ foram transferidos para o âmbito constitucional.

No Brasil, todavia, a inserção de direitos fundamentais no âmbito constitucional foi postergada pelo regime ditatorial ocorrido entre os anos de 1964 e 1988, sendo que somente aos 5 de outubro de 1988 é que as normas constitucionais brasileiras passaram a ser vistas e compreendidas à semelhança do que acontecia no Velho Mundo já durante um certo tempo. Nesse período, em *terrae brasilis*, não existia vida constitucional propriamente dita. “Havia arremedo disso, com a lei infraconstitucional assumindo o relevante papel de mecanismo de organização da sociedade.”³⁷⁵ O surgimento da Constituição de 1988 “foi o marco zero de um recomeço, da perspectiva da nova história”, que não representava a manutenção de velhas utopias e sim a construção de um caminho a ser feito ao andar.³⁷⁶

³⁷³ CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes legisladores?*, p. 65.

³⁷⁴ O surgimento dos direitos fundamentais decorre de condições *históricas e ideais*. As primeiras representaram a ruptura com a monarquia absolutista, principalmente por meio da *Declaração de Direitos do Bom Povo de Virgínia*, de 12.1.1776, da Constituição dos Estados Unidos da América aprovada na Convenção da Filadélfia (*Bill of Rights*), em 19.9.1787, e da *Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão*, adotada pela Assembléia Constituinte francesa em 27.8.1789. As segundas decorreram, ao longo dos anos, dos pensamentos *racionalistas, iluministas, marxistas* e, por fim, do *intervencionismo estatal* (Estado social). Nesse sentido: SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 13ª ed. São Paulo: Malheiros, 1997, pp. 172-174, para quem as condições ideais ainda comportam as inspirações do *pensamento cristão* e da *doutrina social da Igreja*.

³⁷⁵ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Os princípios constitucionais da legalidade e da isonomia, como inspiradores da compreensão de algumas recentes alterações de direito positivo – constituição federal e cpc. *Revista do Advogado*. São Paulo: Associação dos Advogados de São Paulo, nº 88, 2006, p. 188;

³⁷⁶ BARROSO, Luís Roberto; BARCELLOS, Ana Paula de. O começo da história. A nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro. *A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. BARROSO, Luís Roberto (Organizador). 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 329. Para Calmon de Passos, “A intensa e prolongada pressão exercida sobre a sociedade brasileira, por mais de vinte anos, levou à explosão da Constituição de outubro de 1988, irrealista, ingênua, sem coerência interna e sem compromisso com a realidade, tanto nacional quanto internacional, que pretendia ordenar”. CALMON DE PASSOS, J. J. *Direito, poder, justiça e processo: julgando os que nos julgam*. Rio de Janeiro: Forense, 2003, pp. 107-108.

A Constituição Federal de 1988 pode ser classificada como social, dirigente e compromissária. Porém, a elaboração do texto constitucional, por melhor que tenha sido, não foi suficiente para que o ideário que a inspirou fosse traduzido efetivamente nas estruturas sociais, de forma a reger com preponderância as relações políticas de seus integrantes.

Acontece que a eficácia das normas constitucionais exige um redimensionamento do jurista e do Poder Judiciário, na medida em que há o seguinte paradoxo: “uma Constituição rica em direitos (individuais, coletivos e sociais) e uma prática jurídico-judiciária que, reiteradamente, (só)nega a aplicação de tais direitos”.³⁷⁷

E é por esse motivo que se pode dizer que, no plano hermenêutico, ainda não ocorreu “a devida filtragem – em face da emergência de um novo modelo de Direito representado pelo Estado Democrático de Direito – desse (velho/defasado) Direito, produto de um modelo liberal-individualista-normativista do Direito”.³⁷⁸

A lei, até então considerada a principal fonte do Direito, precisa se conformar aos comandos constitucionais, que passam, a partir de então, a condicioná-la, esculpindo o seu modo de ser, por mais que haja um “certo fascínio pelo Direito infraconstitucional, a ponto de ‘adaptar’ a Constituição às leis ordinárias”.³⁷⁹

Tanto é assim que se a lei não encontrar amparo e conformidade constitucional, será declarada inconstitucional, ou, se editada antes da promulgação da Constituição, será considerada não recepcionada.

Não devem ser enfrentadas as questões existentes no Estado contemporâneo “com os olhos do velho”, sob pena de a Constituição transformar-se em uma espécie de “latifúndio

³⁷⁷ STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição constitucional e hermenêutica*, pp. 28-29.

³⁷⁸ Idem. *Ibidem*, p. 30.

³⁷⁹ Idem. *Ibidem*, p. 30.

improdutivo”, diante da “falta de uma pré-compreensão adequada acerca de seu papel no interior do novo paradigma do Estado Democrático de Direito”.³⁸⁰

De acordo o positivismo jurídico clássico, o objeto da ciência do Direito é aquele que efetivamente se manifesta na realidade histórico-social e que é estudado sem se perguntar os “porquês” ou se além dele existe também um Direito ideal.

Não se examina se o primeiro corresponde ou não ao segundo, e, sobretudo, não se pretende fazer com que a validade do Direito real dependa da sua estrita correspondência com o Direito ideal. O Direito, nessa ordem de idéias, reduz-se à lei e a legitimidade desta depende somente da autoridade que a emana.³⁸¹

Ante o atual momento histórico, a norma jurídica, geral, abstrata, coerente e fruto da vontade homogênea do Legislativo, passa a ser vista como “o resultado da coalizão das forças de vários grupos sociais, e que por isso freqüentemente adquire contornos não só nebulosos, mas também egoísticos”, configurando-se, assim, “evidente a necessidade de submeter a produção normativa a um controle que tome em consideração os princípios de justiça”.³⁸²

Some-se a isso que, na pós-modernidade, marcada pela crescente complexidade das relações humanas, sociais e culturais, não é possível examinar os conflitos de interesses sob

³⁸⁰ STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição constitucional e hermenêutica*, p. 31.

³⁸¹ “Para os adeptos dessa linha de pensamento o direito se restringe ao conjunto de regras formalmente postas pelo Estado, seja qual for o seu conteúdo, resumindo-se nisso o chamado positivismo jurídico que tem sido praticado em vários países europeus e em toda a América Latina. Desse modo a procura do justo foi eliminada e o que sobrou foi um apanhado de normas técnico-formais, que, sob a aparência de rigor científico, reduzem o direito a uma superficialidade mesquinha. Essa concepção do direito é conveniente para quem prefere ter a consciência anestesiada e não se angustiar com a questão da justiça, ou então para o profissional do direito que não quer assumir responsabilidades e riscos e procura ocultar-se sob a capa de uma aparente neutralidade política. Os normativistas não precisam ser justos, embora muitos deles sejam juízes”. DALLARI, Dalmo de Abreu. *Op. cit.*, p. 83.

³⁸² MARINONI, Luiz Guilherme. *A jurisdição no Estado contemporâneo*, p. 24.

um único ponto de vista ou oferecer-lhes uma resposta simples e direita. Na contemporaneidade, esses conflitos envolvem valores e interesses diversificados.³⁸³

Portanto, uma vez notada a superação do jusnaturalismo e o fracasso político do positivismo, deu-se ensejo à construção de um caminho voltado para um conjunto amplo e ainda inacabado de reflexões sobre o Direito, sua função social e sua interpretação: o pós-positivismo. Trata-se de uma designação provisória e genérica de um ideário difuso, de onde devem ser incluídas tanto a definição das relações entre valores, princípios e regras, como também os aspectos da nova hermenêutica e da teoria dos direitos fundamentais.³⁸⁴

Ao invés da lógica caracterizada pelo rigor de procedimento para conclusões corretas, a partir da evidência de suas premissas, a lógica que agora se instaura é a lógica do preferível àquilo que justificadamente se apresente como mais razoável para cada situação concreta.³⁸⁵

Sob a perspectiva de que o ordenamento jurídico e a realidade devem ter uma relação bilateral, de constante diálogo, chega-se, inequivocamente, com apoio em Konrad Hesse, à conclusão de que a norma constitucional não goza de autonomia em face dos contornos da realidade, pois a norma constitucional pretende ser concretizada na própria realidade.³⁸⁶

A eficácia das normas constitucionais encontra-se interligada às condições naturais, técnicas, econômicas e sociais, e, com base nisso, não pode ser desprezado, ainda, o

³⁸³ BARCELLOS, Ana Paula de. Alguns parâmetros normativos para a ponderação constitucional. *A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. BARROSO, Luís Roberto (Organizador). 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 50.

³⁸⁴ BARROSO, Luís Roberto. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro, pp. 26-27.

³⁸⁵ CAMARGO, Margarida Maria Lacombe. *Hermenêutica e argumentação: uma contribuição ao estudo do direito*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 203; “Não se vê mais como condizente à prestação jurisdicional aquele juiz que se reporta a conceitos abstratos, que procura uma verdade absoluta capaz de decidir a questão, descurando-se do subjetivismo (ou o intersubjetivismo) social, que levam a possíveis verdades jurídicas. A lógica formal não mais serve ao direito, porque a solução jurídica não se restringe a uma operação puramente teórico-silogística. A subsunção dos fatos à regra geral (que funciona como axioma) pode produzir um resultado formalmente lógico, mas não adequado à realidade. O pensamento jurídico não se conforma com um tipo de raciocínio linear que ignora a dialética e os valores que informam a hermenêutica. A inegabilidade dos pontos de partida, que aponta para a inexorabilidade da lei, não impede de trabalharmos uma interpretação mais adequada para cada caso”. *Idem*. *Ibidem*, p. 251.

³⁸⁶ HESSE, Konrad. *A força normativa da constituição*. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991, p. 14.

“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”.³⁸⁷

Segundo Hesse, “a pretensão de eficácia de uma norma constitucional não se confunde com as condições de sua realização; a pretensão de eficácia associa-se a essas condições como elemento autônomo”, o que implica em dizer que a Constituição não se trata “apenas de um ser, mas também de um dever ser; ela significa mais do que um simples reflexo das condições fáticas de sua vigência, particularmente as forças sociais e políticas”.³⁸⁸

Ante o fato de a interpretação tratar-se de um fator extremamente decisivo para a preservação da força normativa da Constituição, sendo submetida ao princípio da ótima concretização da norma, apresenta-se um pouco mais que evidente que meios fornecidos pela subsunção lógica e pela construção conceitual devam ser deixados de lado. E, por interpretação adequada, nesse caso, deve-se entender “a que consegue concretizar, de forma excelente, o sentido (‘Sinn’) da proposição normativa dentro das condições reais dominantes numa determinada situação”.³⁸⁹

Além disso, se ocorrerem mudanças nas relações fáticas, sejam elas em quaisquer das áreas relacionadas ao Direito, se farão necessárias mudanças no modo de interpretação da Constituição, já que o plano da realidade constitucional dialoga, ininterruptamente, com o plano da realidade social, fazendo recair sobre ele a aplicação de suas normas.³⁹⁰

³⁸⁷ HESSE, Konrad. *A força normativa da constituição*, p. 15.

³⁸⁸ Idem. *Ibidem*, p. 15.

³⁸⁹ Idem. *Ibidem*, p. 23.

³⁹⁰ “Ao mesmo tempo, o sentido da proposição jurídica estabelece o limite da interpretação e, por conseguinte, o limite de qualquer mutação normativa. A finalidade (‘Telos’) de uma proposição constitucional e sua nítida vontade normativa não devem ser sacrificadas em virtude de uma mudança da situação. Se o sentido de uma proposição normativa não pode mais ser realizado, a revisão constitucional afigura-se inevitável. Do contrário, ter-se-ia a supressão da tensão entre norma e realidade com a supressão do próprio direito. Uma interpretação construtiva é sempre possível e necessária dentro desses limites. A dinâmica existente na interpretação construtiva constitui condição fundamental da força normativa da Constituição e, por conseguinte, de sua estabilidade. Caso ela venha a faltar, tornar-se-á inevitável, cedo ou tarde, a ruptura da situação jurídica vigente”. Idem. *Ibidem*, p. 23.

A idéia de que o texto expresso da lei é perfeito é por demais anacrônica. A sua produção deixou de ser feita à margem do Judiciário e do Executivo. Na verdade, “tornou-se necessário resgatar a substância da lei” e encontrar instrumentos capazes de limitá-la e conformá-la aos princípios de justiça e aos direitos fundamentais, colocados no bojo das Constituições.³⁹¹

Deve-se deixar claro que a lei não deve mais ser entendida e aplicada como algo que vale por si próprio. O fetichismo da lei deve ser deixado de lado. A partir de agora, a sua compreensão parte do texto constitucional,³⁹² revelando-se uma nova feição do positivismo, “não porque atribui às normas constitucionais o seu fundamento, mas sim porque submete o texto da lei a princípios materiais de justiça e direitos fundamentais, permitindo que seja encontrada uma norma jurídica que revele a adequada conformação da lei”.³⁹³

A norma jurídica é composta tanto por princípios quanto por regras,³⁹⁴ apesar de o senso comum, mecanicamente, fazer incidir sobre a mente das pessoas a noção de que a norma jurídica resume-se às figuras das regras, como se essas fossem seu verdadeiro sinônimo, o que aproximaria o Direito das ciências exatas.

A sociedade humana não é um fato natural, mas algo que já sofreu no tempo e no espaço a interferência de sucessivas gerações, tendo em vista que se encontra em um processo de constante evolução. Foi graças às ciências culturais como o Direito, que opera por meio de

³⁹¹ HESSE, Konrad. *A força normativa da constituição*, p. 25.

³⁹² "A Constituição, uma vez posta em vigência, é um documento jurídico, é um sistema de normas. As normas constitucionais, como espécie do gênero normas jurídicas, conservam os atributos essenciais destas, dentre os quais a imperatividade. De regra, como qualquer outra norma, elas contêm um mandamento, uma prescrição, uma ordem, com força jurídica e não apenas moral. Logo, a sua inobservância há de deflagrar um mecanismo próprio de coação, de cumprimento forçado, apto a garantir-lhe a imperatividade, inclusive pelo estabelecimento das conseqüências de insubmissão ao seu comando. As disposições constitucionais são não apenas normas jurídicas, como têm um caráter hierarquicamente superior, não obstante a paradoxal equivocidade que longamente campeou nesta matéria, considerando-as prescrições desprovidas de sanção, mero ideário não-jurídico". BARROSO, Luís Roberto. *A constituição e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da constituição brasileira*. 3ª ed. Renovar: Rio de Janeiro, 1996, p. 287.

³⁹³ MARINONI, Luiz Guilherme. *A jurisdição no estado contemporâneo*, p. 29.

³⁹⁴ “[...] não há distinção entre princípios e normas, os princípios são dotados de normatividade, as normas compreendem regras e princípios, a distinção relevante não é, como nos primórdios da doutrina, entre princípios e normas, mas entre regras e princípios, sendo as normas o gênero, e as regras e os princípios a espécie”. BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 7ª ed. Malheiros: São Paulo, 1998, p. 255.

um incessante processo histórico, que se adquiriu consciência da irrenunciabilidade de determinados valores considerados universais, e, como tais, atribuíveis a cada um.

Correspondem eles às variantes axiológicas ou valorativas, como as relativas à dignidade da pessoa humana, à salvaguarda da vida individual, garantindo-se a igualdade e a liberdade. Estes são os princípios fundamentais, dos quais todos os demais decorrem.

Para José Afonso da Silva, “No qualitativo ‘fundamentais’ acha-se a indicação de que se trata de situações jurídicas sem as quais a pessoa humana não se realiza, não convive e, às vezes, nem mesmo pode sobreviver [...]”.³⁹⁵ Além disso, deve-se entender “fundamentais do ‘homem’ no sentido de que a todos, por igual, devem ser, não apenas formalmente reconhecidos, mas concreta e materialmente efetivados”.³⁹⁶

A previsão dos direitos fundamentais é feita na Constituição,³⁹⁷ e a sua teoria deve ser entendida como uma verdadeira teoria de princípios. A fundamentalidade destes direitos auferem natureza principiológica. O direito à igualdade, por exemplo, que detém prioridade *prima facie*, é entendido como um princípio, passível de ser valorado no momento de sua aplicação em determinado caso concreto.

Os direitos fundamentais podem ser classificados nos sentidos material e formal. Este último encontra-se relacionado ao sistema constitucional positivo. A Constituição confere dignidade e proteção especiais aos direitos fundamentais,³⁹⁸ quer seja por destacar que suas normas gozam de aplicação imediata (art. 5º, § 1º),³⁹⁹ quer seja porque até mesmo o poder constituinte reformador não tem legitimidade para alterá-los, em razão de serem considerados cláusulas pétreas (art. 60, § 4º, IV).⁴⁰⁰

³⁹⁵ SILVA, José Afonso da. *Op. cit.*, p.177.

³⁹⁶ Idem. *Ibidem*, p. 177.

³⁹⁷ “Sem esta positivação jurídica, os ‘direitos do homem são esperança, aspirações, idéias, impulsos, ou, até, por vezes, mera retórica política’, mas não direitos protegidos sob forma de normas (regras e princípios) do direito constitucional [...]”. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 2ª ed. Coimbra: Almedina, 1998, p. 347.

³⁹⁸ MARINONI, Luiz Guilherme. *Técnica processual e tutela dos direitos*, p. 167.

³⁹⁹ “As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”.

⁴⁰⁰ “Não será objeto de liberação a proposta de emenda tendente a abolir: os direitos e garantias fundamentais”.

Já a materialidade dos direitos fundamentais repercute sobre toda a estrutura do Estado e da sociedade. Este dispositivo institui um sistema constitucional aberto à fundamentalidade material. Apesar de os direitos fundamentais encontrarem-se previstos no Título II da Constituição, nada impede que sejam inseridos em outros Títulos, ou até mesmo fora da própria Constituição. Essa é a inteligência do art. 5º, § 2º.⁴⁰¹ O direito ao meio ambiente, v. g., está consagrado no art. 225 e nem por isso pode-se dizer que ele não possui fundamentalidade.

De qualquer sorte, o critério que realmente importa para a caracterização de um direito fundamental é o referente à análise de seu conteúdo, porque, se de um direito decorrer a exigibilidade da dignidade humana, por exemplo, será ele fundamental e tido como “cláusula superconstitucional”.⁴⁰²

Os direitos fundamentais podem ser vistos sob duas perspectivas: a objetiva e a subjetiva. De acordo com a primeira, eles incidem valores sobre todo o ordenamento jurídico e iluminam as atividades desenvolvidas pelos Poderes Judiciário, Executivo e Legislativo.

Para Marinoni, “as normas que estabelecem direitos fundamentais, se podem ser subjetivadas, não pertinem somente ao sujeito, mas sim a todos aqueles que fazem parte da sociedade”. Ou, de outra maneira: “os direitos fundamentais não apenas garantem direitos subjetivos, mas também fundam princípios objetivos orientadores do ordenamento jurídico”.⁴⁰³

⁴⁰¹ “Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos outros por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”.

⁴⁰² “Nesses termos, não parece haver outra alternativa senão a compreensão dos direitos fundamentais enquanto expressão daquela esfera de proteção indispensável à realização da dignidade humana. Não como um conjunto finito de direitos positivados com uma ou com outra denominação, ou, ainda, numa ou noutra posição dentro do texto constitucional. A supremacia dos direitos, aos quais se deve assegurar a posição de cláusula superconstitucional, decorre de sua exigibilidade para a realização da dignidade, não de classificações mais ou menos arbitrárias”. VIERA, Oscar Vilhena. *A constituição e sua reserva de justiça*. São Paulo: Malheiros, 1999, p. 245.

⁴⁰³ MARINONI, Luiz Guilherme. *A jurisdição no estado contemporâneo*, p. 37.

A eficácia irradiante dos valores inseridos nos direitos fundamentais condiciona todos os Poderes. O fato de eles terem aplicação imediata, nos termos do art. 5º, § 1º, da Constituição, não significa, em absoluto, que o Estado tenha cumprido a sua parte. O Legislativo, por exemplo, tem o dever de editar normas capazes de possibilitar ao **máximo a** efetivação de um meio ambiente ecologicamente equilibrado, tanto para as presentes quanto para as futuras gerações.

A eficácia dos direitos fundamentais opera-se também nas relações entre os particulares,⁴⁰⁴ pois a “norma de direito fundamental, ao instituir valor, e assim influir sobre a vida social e política, regula o modo de ser das relações entre os particulares e o Estado, assim como as relações apenas entre os sujeitos privados”.⁴⁰⁵

Sobre a eficácia dos direitos fundamentais, pode-se classificá-la, ainda, em horizontal e vertical. Deseja-se aqui, fazer referência à distinção existente entre a eficácia dos direitos fundamentais sobre o Poder Público e a eficácia dos mesmos direitos fundamentais nas relações entre os entes particulares.

“Existe eficácia vertical na vinculação do legislador e do juiz. Há eficácia horizontal [...] nas relações entre particulares, embora se sustente que, no caso de manifesta desigualdade entre os particulares [...] também existe relação de natureza vertical”.⁴⁰⁶

Pode, realmente, ocorrer que em uma relação jurídico-privada um sujeito necessite de uma intervenção estatal. Pense-se no caso das relações havidas entre o consumidor e o fornecedor, em que o Estado atua no sentido de promover políticas intervencionistas voltadas

⁴⁰⁴ Ver: PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. Apontamentos sobre a aplicação das normas de direito fundamental nas relações jurídicas entre particulares. *A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. BARROSO, Luís Roberto (Organizador). 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006; SARMENTO, Daniel. A vinculação dos particulares aos direitos fundamentais no direito comparado e no Brasil. *A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. BARROSO, Luís Roberto (Organizador). 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

⁴⁰⁵ MARINONI, Luiz Guilherme. *Técnica processual e tutela dos direitos*, p. 169.

⁴⁰⁶ Idem. *Ibidem*, p. 170; “[...] parece indiscutível que se a opressão e a violência contra a pessoa provêm não apenas do Estado, mas de uma multiplicidade de atores privados, presentes em esferas como o mercado, a família, a sociedade civil e a empresa, a incidência dos direitos fundamentais na esfera das relações entre particulares se torna um imperativo incontornável”. SARMENTO, Daniel. *Op. cit.*, pp. 193-194.

à proteção daquele que é considerado hipossuficiente, ou seja, a parte mais frágil da relação consumeirista.

A eficácia dos direitos fundamentais sobre as relações particulares é imediata. Como os direitos fundamentais possuem alta carga axiológica, não se pode admitir que venham ter eficácia mediata, à luz do ideário liberal clássico. Não se pode admitir uma postura equidistante diante das relações entre particulares inseridos em classes sociais díspares.

Quando não houver lei regulando diretamente determinado caso concreto, “o juiz poderá recorrer aos conceitos abertos do direito privado, preenchendo-os com o auxílio dos valores constitucionais ou, se for o caso, tomar em consideração os princípios gerais [...]”.⁴⁰⁷

Diz-se que os direitos fundamentais são multifuncionais, pois comportam direitos de defesa e direitos a prestações. O direito de o particular impedir a realização de ingerências em sua esfera jurídica, decorrente da época do constitucionalismo marcado pelo liberalismo-burguês, que outrora reinava soberano, tem, agora, a companhia dos direitos a prestações, que se encontram ligados às novas funções assumidas pelo Estado diante da sociedade.⁴⁰⁸

Isso significa, também, que se o Estado cumpre, total ou parcialmente, certos deveres na área da saúde, realizando, assim, as respectivas normas previstas na Constituição, passa-se a considerar que a responsabilidade do Estado, a partir de então, deixa de consistir apenas “numa obrigação positiva, para se transformar ou passar também a ser uma obrigação negativa. O Estado, que estava obrigado a atuar para dar satisfação ao direito social, passa a estar obrigado a abster-se de atentar contra a realização dada ao direito social”.⁴⁰⁹ É a aplicação da denominada cláusula da proibição do retrocesso social.

⁴⁰⁷ MARINONI, Luiz Guilherme. *Técnica processual e tutela dos direitos*, pp. 174-175.

⁴⁰⁸ MARINONI, Luiz Guilherme. *Curso de processo civil: teoria geral do processo*, p. 70.

⁴⁰⁹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional*. Coimbra: Almedina, 1992, p. 542. No mesmo sentido: STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise*, p. 257.

Para melhor explicar o assunto, proveitosa é a classificação de Canotilho. Para ele as funções dos direitos fundamentais são: função de defesa ou de liberdade, função de prestação social, função de prestação perante terceiros e função de não discriminação.

A primeira função constitui, objetivamente, normas de competência negativa para os poderes públicos, de forma a impedir que estes venham a cometer ingerências na esfera jurídica do indivíduo, bem como implica, subjetivamente, o poder de exercer direitos fundamentais (liberdade positiva) e de exigir omissões dos poderes públicos, a fim de evitar agressões lesivas por parte dos cidadãos (liberdade negativa).⁴¹⁰

A função de prestação social representa o direito de o particular receber uma prestação do Estado, como deve ocorrer na área da saúde ou educação.⁴¹¹

Os direitos fundamentais relacionados à função de pretensão perante terceiros, indicam que muitos direitos carecem da atuação do Estado para que sejam protegidos perante terceiros. O Estado, por exemplo, tem o dever de proteger a vida dos cidadãos diante de eventuais lesões que possam sofrer.

Da garantia constitucional de um direito resulta o dever de o Estado empreender medidas com o intuito de proteger o exercício de direitos fundamentais perante atividades lesivas cometidas ou a serem cometidas por terceiros. Portanto, a relação que aqui se estabelece é entre o indivíduo e outros indivíduos.⁴¹²

Por fim, a função da não discriminação é derivada do princípio da igualdade e visa que o Estado trate os seus cidadãos como seres humanos fundamentalmente iguais, o que se alarga sobre todos os demais direitos. É com base nessa função que não é permitida discriminação em virtude de religião, é garantido o acesso de todos aos cargos públicos, é conferido o direito

⁴¹⁰ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*, p. 373.

⁴¹¹ Idem. *Ibidem*, p. 374.

⁴¹² Idem. *Ibidem*, pp. 374-375.

ao emprego e à formação profissional. Além disso, essa função serve de fundamento para as denominadas ações afirmativas, tendentes a compensar a desigualdade de oportunidades.⁴¹³

A relativização é um traço que marca os direitos fundamentais.

Por mais fundamental que um direito possa parecer em um determinado momento histórico, tem-se por inevitável que ele, ao longo dos anos, poderá deixar de prevalecer sobre os demais.⁴¹⁴

O direito que uma determinada classe tinha de possuir escravos outrora parecia muito justo. Porém, com o decurso do tempo e com o espírito influenciado por novas idéias (ou interesses), os homens fizeram com que tal direito não mais prevalecesse. A importância dos fatores históricos no Direito é inegável, pois este não sobrevive sem aquele.⁴¹⁵

Essa gradual transformação por que passam os valores de cada direito, contribui para que ocorra um certo aprimoramento nas relações sociais, de sorte a evitar a supremacia dos interesses da classe social dominante sobre os demais. Ou seja, essa gradual transformação gera sérias interferências no que se refere à intenção da classe social dominante realizar a manutenção do *status quo*.

Há que se buscar os argumentos capazes de fundamentar as decisões, em conjunto com as condições, os meios e as situações nas quais este ou aquele direito pode ser realizado. Afinal, de nada adiantaria proteger direitos referentes às relações sociais, sem que houvesse uma transformação industrial no país.

⁴¹³ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*, p. 375.

⁴¹⁴ “[...] dois direitos fundamentais, mas antinômicos, não podem ter, um e outro, um fundamento absoluto, um fundamento que torne um direito e o seu oposto, ambos inquestionáveis e irresistíveis. Aliás, vale a pena recordar que, historicamente, a ilusão do fundamento absoluto de alguns direitos estabelecidos foi um obstáculo à introdução de novos direitos, total ou imparcialmente incompatíveis com aqueles. Basta pensar nos empecilhos colocados ao progresso da legislação social pela teoria jusnaturalista do fundamento absoluto da propriedade: a oposição quase secular contra a introdução dos direitos sociais foi feita em nome do fundamento absoluto dos direitos de liberdade. O fundamento absoluto não é apenas uma ilusão; em alguns casos, é também um pretexto para defender posições conservadoras”. BOBBIO, Norberto. *Op. cit.*, p. 22.

⁴¹⁵ “[...] os direitos do homem, por mais fundamentais que sejam, são direitos históricos, ou seja, nascidos em certas circunstâncias, caracterizadas por lutas em defesa de novas liberdades contra velhos poderes, e nascidos de modo gradual, não todos de uma vez e nem de uma vez por todas”. *Idem. Ibidem*, p. 05.

A diferença existente entre princípios e regras⁴¹⁶ é de natureza lógica. Ambos apontam sobre a obrigação jurídica em circunstâncias particulares, mas distinguem-se no que se refere ao modo da orientação que fornecem.

A aplicabilidade das regras se dá à base do “tudo-ou-nada”. Ao analisá-la, há que ser verificado se a regra é válida ou não, pois na primeira hipótese a resposta fornecida deverá ser aceita, enquanto que na segunda em nada contribuirá para a decisão.⁴¹⁷ Diante de um conflito entre regras, deve-se proferir, necessariamente, a exclusão de uma, em prol da aplicação da outra. O conflito será resolvido com o auxílio das seguintes alternantes: lei superior prevalece sobre lei inferior, lei posterior revoga lei anterior e lei especial derroga lei geral.

Os princípios, por outro lado, possuem uma dimensão completamente diferente da constante nas regras, qual seja, a dimensão do peso, do valor, da importância. Por estar diante de uma interpretação mais sofisticada e mais sensível aos ditames da argumentação jurídica, pode-se dizer que caso dois princípios venham a entrar em conflito, o julgador deverá levar em conta a força relativa de cada um,⁴¹⁸ priorizando aquele que melhor corresponda às circunstâncias peculiares do caso concreto.⁴¹⁹

Privilegia-se a abordagem principiológica do Direito com base nas normas previstas na Constituição Federal. Reveste-se a idéia de “mandamento nuclear de um sistema”, de alicerce fundamental que exerce influência sobre os mais diversos tipos de norma, compondo

⁴¹⁶ “[...] a dogmática moderna avalia o entendimento de que as normas jurídicas, em geral, e as normas constitucionais, em particular, podem ser enquadradas em duas categorias diversas: as normas-princípios e as normas-disposição. As normas-disposição, também referidas como regras, têm eficácia restrita às situações específicas as quais se dirigem. Já as normas-princípio, ou simplesmente princípios, têm, normalmente, maior teor de abstração e uma finalidade mais destacada dentro do sistema”. BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da constituição*, 2ª ed. Saraiva, São Paulo, 1998, p. 141.

⁴¹⁷ DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 39.

⁴¹⁸ “Os princípios possuem uma dimensão que as regras não tem – a dimensão do peso ou importância. Quando os princípios se inter cruzam (por exemplo, a política de proteção aos compradores de automóveis se opõe aos princípios de liberdade de contrato), aquele que vai resolver o conflito tem de levar em conta a força relativa de cada um. Esta não pode ser, por certo, uma mensuração exata e o julgamento que determina que um princípio ou uma política particular é mais importante que outra freqüentemente será objeto de controvérsia. Não obstante, essa dimensão é uma parte integrante do conceito de um princípio, de modo que faz sentido perguntar que peso ele tem ou quão importante ele é”. Idem. *Ibidem*, p. 42.

⁴¹⁹ ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993, pp. 86 e ss.

os princípios o espírito, e servindo de critério para sua correta compreensão, tendo em vista que definem a lógica e a racionalidade do sistema e lhe confere harmoniosidade.⁴²⁰

Daí asseverar-se, com segurança, que a violação de um princípio jurídico é demasiadamente mais grave do que a infração de uma regra jurídica, uma vez que agride e contamina de efeitos malévolos todo o sistema normativo.⁴²¹

Com a evolução da Teoria Geral do Direito, principalmente a partir do momento que houve a inserção dos princípios gerais nos textos constitucionais, ocorreu “uma revolução de juridicidade sem precedentes nos anais do constitucionalismo. De princípios gerais se transformaram, já, em princípios constitucionais”.⁴²²

Diante do constitucionalismo contemporâneo, não se pode admitir o entendimento de que os princípios consistem apenas em mecanismos auxiliares voltados para a correta aplicação das regras, ou, então, que se tratem de válvulas de escape à rigidez do ordenamento jurídico, no momento em que as regras deixam de regular adequadamente os casos concretos.⁴²³

Os princípios são razões que modelam os juízos concretos de dever ser⁴²⁴ e condicionam a existência e validade das leis, mesmo não estando necessariamente positivados, porque, diante de sua natureza, não se esgotam nesta seara.

Por estarem sujeitos às circunstâncias decorrentes do ambiente histórico-cultural, os princípios são interpretados, ou redimensionados, de acordo com as constantes

⁴²⁰ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Elementos de direito administrativo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980, p. 230.

⁴²¹ “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 irreversível a seu arcabouço lógico e corrosão de sua estrutura mestra”. BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 11ª ed. São Paulo: Malheiros, 1999, p. 748; Bonavides também compartilha deste entendimento, ao dizer que a supremacia dos princípios sobre as regras “não é unicamente formal, mas sobretudo material, e apenas possível na medida em que os princípios são compreendidos e equiparados e até mesmo confundidos com os valores, sendo, na ordem constitucional dos ordenamentos jurídicos, a expressão mais alta da normatividade que fundamenta a organização do poder”. BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*, p. 255.

⁴²² Idem. *Ibidem*, p. 232.

⁴²³ MARINONI, Luiz Guilherme. *Curso de processo civil: teoria geral do processo*, p. 48.

⁴²⁴ ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*, p. 102.

transformações da realidade social. Ao comportarem um certo grau de “elasticidade”, permitem a possibilidade de o jurista desenvolver juízos de subjetividade, no que se refere à interpretação e aplicação do Direito.

Nesse aspecto, o jurista vale-se de sua discricionariedade, ganhando primordial importância a teoria da argumentação jurídica,⁴²⁵ suscetível não só à normatividade, mas também aos elementos constantes de outras áreas do saber, como a Filosofia, a Sociologia, a Economia e a História.

Expressões que na linguagem cotidiana não oferecem dificuldade a seus interlocutores, quando colocadas em um contexto de disputa jurídico-político de grande magnitude, podem não ser facilmente compreendidas. “Conceitos e expressões menos claros, ou mais amplos, como liberdade, direitos, separação de Poderes ou democracia, tornam ainda mais complicado o trabalho”⁴²⁶ do intérprete.

Alguns casos surgem para o juiz com um grau de complexidade tão intenso, que não podem ser decididos nem mesmo com a ampliação e a reinterpretção dos significados das regras jurídicas existentes. Pode acontecer de a interpretação lógico-sistemática não se apresentar apta o suficiente para solucionar um determinado conflito de interesses, principalmente quando o pano de fundo envolver a colisão de direitos fundamentais.⁴²⁷

É certo que a maioria dos casos levados para apreciação do Poder Judiciário é de fácil resolução. Contudo, nos chamados casos difíceis, em que ocorre a colisão entre direitos igualmente fundamentais, várias decisões poderão vir à tona, dependendo da forma com que o juiz venha a sopesar os direitos envolvidos.

⁴²⁵ Ver: ALEXY, Robert. *Teoría de la argumentación jurídica: la teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1989.

⁴²⁶ VIEIRA, Oscar Vilhena. *Op. cit.*, p. 184.

⁴²⁷ Dworkin diz que, às vezes, as regras são vagas e precisam ser interpretadas antes de se poder aplicá-las aos novos casos, e que, além disso, “alguns desses casos colocam problemas tão novos que não podem ser decididos nem mesmo se ampliarmos ou reinterpretarmos as regras existentes. Portanto, os juízes devem às vezes criar um novo direito, seja essa dissimulação criada ou explícita. Ao fazê-lo, porém, devem agir como se fossem delegados do poder legislativo, promulgando as leis que, em sua opinião, os legisladores promulgariam caso se vissem diante do problema”. DWORKIN, Ronald. *Op. cit.*, pp. 128-129.

As normas abertas, de caráter flexível, consistem em um convite aos juízes para que eles venham a efetuar suas próprias escolhas, por meio da discricionariedade. Mas tais escolhas devem ser feitas com observância aos limites contidos no ordenamento jurídico. “Tal como o espaço vazio no centro de uma rosca, o poder discricionário não existe a não ser como um pedaço vazio, circundado por uma faixa de restrições”.⁴²⁸

Isso não impede que os juízes adotem uma postura comprometida com os ideais de justiça social, já que, mesmo dentro do sistema positivado, podem se valer das contradições, lacunas e ambigüidades lá existentes.

Para todo direito corresponde um dever. O direito que A tem de receber alimentos de B, corresponde ao dever que B tem para com A em pagar estes mesmos alimentos. Só que quando a questão é passada para o âmbito dos direitos fundamentais, esses direitos igualmente fundamentais podem vir a entrar em conflito entre si, pois quanto mais fundamental for um direito, mais ele estará passível de entrar em choque com outro da mesma categoria.

Quando dois direitos fundamentais se enfrentam, inevitavelmente, chega-se à conclusão de que tais direitos não são absolutos, pois um deles haverá de definir. O limite de um é exatamente o limite de um outro que com ele venha a concorrer e que tenha as mesmas características capazes de o identificar, tendo como campo de atuação o plano oferecido pelo caso concreto, já que não existe hierarquia entre princípios, apesar de alguns deles guardarem uma prioridade *prima facie*, como ocorre com o direito à liberdade e à igualdade.

Para Alexy, esta prioridade *prima facie* que se atribui a certos direitos, não significa que eles jamais cederão frente a outros direitos opostos, se estes demonstrarem ter razões mais fortes para que isso ocorra.⁴²⁹

Em um conflito existente entre o direito à liberdade de imprensa e o direito à honra (ambos igualmente fundamentais), pode ocorrer que este prevaleça sobre àquele, por meio de

⁴²⁸ DWORKIN, Ronald. *Op. cit.*, p. 51.

⁴²⁹ ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*, p. 550.

um juízo de ponderação moral, relacionado com as circunstâncias e as particularidades contidas no caso concreto.

A colisão entre direitos fundamentais é resolvida pela aplicação do princípio da proporcionalidade, que apesar de não estar expressamente previsto no ordenamento jurídico, decorre do devido processo legal, estabelecido no art. 5º, inciso LIV, da Constituição.⁴³⁰

Trata-se de um postulado axiológico revestido de princípio. E mais: considerando-se que a proporcionalidade não pode ser ponderada, o princípio da proporcionalidade deve ser visto como o princípio dos princípios, o mais fundamental de todos, como aquele que tem por finalidade fornecer os meios para solucionar o atrito entre dois direitos fundamentais.

É ele constituído por três sub-princípios, a saber: o da adequação, o da necessidade e o da ponderação (ou proporcionalidade em sentido estrito).

O primeiro significa que toda intervenção aos direitos fundamentais, deve ser adequada e contribuir para a obtenção de um fim constitucionalmente legítimo.⁴³¹ Deve-se fazer com que as alegações constantes no bojo da decisão judicial venham a tornar efetivos os direitos previstos e emanados da Constituição Federal.⁴³²

Já por intermédio do sub-princípio da necessidade, depreende-se a idéia de que toda medida que for apta a intervir no âmbito dos direitos fundamentais deverá proporcionar a menor restrição possível ao direito que sofreu a intervenção, entre todas aquelas consideradas possíveis de alcançarem o mesmo objetivo proposto.

⁴³⁰ “A fundamentação do princípio da proporcionalidade, no nosso sistema, é realizada pelo princípio constitucional expresso do devido processo legal. Importa aqui a sua ênfase substantiva, em que há a preocupação com a igual proteção dos direitos do homem e os interesses da comunidade quando confrontados”. STUMN, Raquel Denise. *Princípio da proporcionalidade no direito constitucional brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999, p. 173.

⁴³¹ PULIDO, Carlos Bernal. *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*. Madrid, CEPC, 2003, p. 36.

⁴³² Atente-se para o teor do art. 3º da CF: “Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I - construir uma sociedade livre, justa e solidária; II - garantir o desenvolvimento nacional; III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação”.

Isso quer dizer que se existir mais de um modo de atingir determinado fim, aquele que proporcionar conseqüências menos gravosas ao direito que com ele momentaneamente concorre é que deverá prevalecer.

Finalmente, sobre o princípio da proporcionalidade em sentido estrito,⁴³³ alude-se que ante um eventual conflito entre direitos (liberdade de expressão *versus* privacidade), a solução a ser buscada haverá de ser dada por via de um processo de ponderação, no qual haverá prevalência daquele que detiver o maior peso, a maior carga valorativa.

Aqui, diferentemente do que foi analisado a respeito das regras, inexistente eliminação de um princípio para que um outro possa ser aplicado. Os princípios convivem no mesmo plano de existência, pouco importando as diferenças.

Ao determinar-se a aplicação de um, se está, ao mesmo tempo, determinando a remessa do outro ao mesmo patamar que antes se encontrava. Isso quer dizer que ambos os princípios em atrito são harmoniosamente aplicados até o exato momento em que um deles deixa de o ser para que o outro, efetivamente, continue sendo, sem que seja absorvido por qualquer regra matemática de exclusão.

À luz do princípio da proporcionalidade, o operador do Direito deve buscar, ainda, a eliminação do excesso. Para prolatar uma decisão que melhor solucione o caso concreto, o juiz se vê obrigado a restringir o âmbito de aplicação de um determinado princípio, em benefício de um outro, utilizando-se, segundo Celso Ribeiro Bastos, de um processo de “cedência recíproca”,⁴³⁴ que tem como ponto de partida o postulado constitucional da harmonização das normas constitucionais.

⁴³³ “De la máxima de proporcionalidad en sentido estricto se sigue que los principios son mandatos de optimización con relación a las posibilidades jurídicas. En cambio, las máximas de la necesidad y de la adecuación se siguen del carácter de los principios como mandatos de optimización con relación a las posibilidades fácticas”. ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*, p. 111.

⁴³⁴ BASTOS, Celso Ribeiro. *Hermenêutica e interpretação constitucional*. 3ª ed. São Paulo, Celso Bastos Editor, 2002, p. 197.

A importância dos objetivos perseguidos por toda intervenção aos direitos fundamentais deve guardar uma adequada relação com o significado do direito interferido, ou seja, as vantagens que se obtêm mediante a intervenção devem compensar os sacrifícios que esta implica para seus titulares e para a sociedade em geral.⁴³⁵

A dedução apresentada consiste em uma fundamentação da máxima de proporcionalidade a partir das normas fundamentais, razão pela qual pode ser chamada de fundamentação jus-fundamental. Contudo, outras fundamentações, como as que se apóiam no princípio do Estado de Direito, na prática jurisprudencial ou no conceito de justiça não podem ser por ela excluídas, porque reforçam esta mesma fundamentação.⁴³⁶

Na verdade, os métodos tradicionais de interpretação e aplicação da lei não se mostram eficazes diante das novas realidades sociais. Diante de um mundo globalizado e em uma era pós-moderna, esses métodos emolduram um quadro obsoleto. Daí o desencadeamento de várias correntes do pensamento jurídico crítico, sustentando que os pressupostos de fundamentação do modelo jurídico clássico liberal-individualista e a cultura formal-positivista passam por um processo de crise e profundas transformações.⁴³⁷

Sob a ótica crítica, o operador do Direito deve assumir uma postura política, progressista⁴³⁸ e comprometida com a transformação da realidade, de sorte a dar efetividade às normas constitucionais e prover a tutela dos direitos. Nesses termos, destaque há de ser

⁴³⁵ PULIDO, Carlos Bernal. *Op. cit.*, p. 36.

⁴³⁶ ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*, p. 115.

⁴³⁷ “[...] a nova racionalidade emancipatória, sem negar a racionalidade técnico-instrumental inerente à dominação do positivismo moderno, leva-nos a pensar na existência de outro fundamento ético-político, bem como na reconciliação das normas que regulam socialmente o mundo sistêmico com o mundo da vida e nas possibilidades de edificação de novo paradigma teórico-crítico do Direito”. WOLKMER, Antonio Carlos. *Introdução ao pensamento jurídico crítico*. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 03; “A teoria crítica, portanto, enfatiza o caráter ideológico do Direito, equiparando-o à política, a um discurso de legitimação do poder. O Direito surge, em todas as sociedades organizadas, como a institucionalização dos interesses dominantes, o acessório normativo da hegemonia de classe. Em nome da racionalidade da ordem, da justiça, encobre-se a dominação, disfarçada por uma linguagem que a faz parecer natural e neutra. A teoria crítica preconiza, ainda, a atuação concreta, a militância do operador jurídico, à vista da concepção de que o papel do conhecimento não é somente a interpretação do mundo, mas também a sua transformação”. BARROSO, Luís Roberto. *Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro*, p. 14.

⁴³⁸ “Para que se obtenham sentenças progressistas dos juízes é preciso que haja advogados progressistas. É o advogado, militando por uma tese avançada, que pode alcançar uma sentença avançada”. HERKENHOFF, João Baptista. *Direito e utopia*, p. 57.

dado à argumentação jurídica, que consiste não somente em simples técnica formal, mas também em “lógica da persuasão”,⁴³⁹ sendo que uma das correntes do pensamento crítico que tem se destacado é a dialética, tida como a mais aceita pelos juristas brasileiros.

Ocorre que, por operarem no nível da academia (os professores) e da prática institucional (os advogados, promotores, procuradores e juízes, dentre outros), os adeptos à teoria crítico-dialética compartilham de certos pontos comuns, como se observa em relação à “teoria do conflito, a dimensão político-ideológica do jurídico, a defesa de uma sociedade democrática e socialista, a efetivação da justiça social, a superação da legalidade tradicional liberal-burguesa e a opção pelos excluídos e injustiçados”.⁴⁴⁰

Como representante maior do pensamento crítico-dialético no Brasil, Roberto Lyra Filho sustentava que este deveria ser aberto e preocupado em encarar os fatos dentro de uma perspectiva de constante transformação e ligação com todos os segmentos da realidade, ou seja, em função de conjunto, porque, dessa forma, estar-se-ia revelando o caráter instrumental do Direito não só para o controle e a dominação, mas, sobretudo, para as mudanças sociais e para a libertação conscientizada.⁴⁴¹

Procura-se, por conseguinte, descobrir o que se encontra contido na norma e o que se encontra além dela (e antes dela), sem que esta busca apresente-se centrada unicamente no “mundo jurídico”.⁴⁴²

⁴³⁹ REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*. 22ª ed. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 89.

⁴⁴⁰ WOLKMER, Antonio Carlos. *Introdução ao pensamento jurídico crítico*, p. 98.

⁴⁴¹ LYRA FILHO, Roberto. *O direito que se ensina errado*. Brasília: Nair, 1980, p. 14.

⁴⁴² “A recusa de fórmulas pré-estabelecidas em ideologias para dar soluções a problemas de um imediatismo e complexidade tais, como são os que hoje se nos apresentam, leva a que adotemos postura tolerante, pela qual se propõe buscar essas soluções provocando um debate amplo, incluindo o maior número possível de posicionamentos, sem excluir nenhum por alguma prevenção de ordem ideológica, procurando extrair de cada um deles alguma contribuição, contemplando-as quando demonstrarem consistência, de forma a possibilitar uma opção vinculante a todos os envolvidos no debate”. GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Judiciário e conflitos sociais (na perspectiva da pós-modernidade)*. Coord. CARVALHO, Amilton Bueno de. *Revista de Direito Alternativo*. São Paulo: Acadêmica, nº 03, 1994, pp. 108-109.

Só assim se pode bradar em solucionar com justiça o caso específico.⁴⁴³

Resta evidente a importância de se empreender uma visão de mundo tal como a sustentada pela filosofia estóica, que tem como base a concepção de um mundo criado pela razão universal, onde todas as coisas apresentam-se interconectadas entre si, em um verdadeiro encadeamento de causas e acontecimentos.⁴⁴⁴

A interpretação da Constituição, com base e a partir dos princípios de justiça e dos direitos fundamentais, permite muito bem a inclusão dessa abordagem crítica, em razão do caráter aberto de suas normas instituidoras.

Peter Häberle sustenta a adoção de uma hermenêutica constitucional adequada à sociedade pluralista, acrescentando que todo aquele que vive a Constituição é seu legítimo intérprete.

Tal teoria, que prima por seu caráter democratizante, propõe de forma bastante clara que “no processo de interpretação constitucional estão potencialmente vinculados os órgãos estatais, todas as potências públicas, todos os cidadãos e grupos, não sendo possível estabelecer-se um elenco [...] fixado com ‘*numerus clausus*’ de intérpretes da constituição”.⁴⁴⁵

Para ele, a interpretação constitucional sempre foi algo típico de uma sociedade fechada, da qual tomavam parte “apenas os intérpretes jurídicos ‘vinculados às corporações’ [...] e aqueles participantes formais do processo constitucional”,⁴⁴⁶ quando, na verdade, a interpretação constitucional é um elemento muito mais relacionado à sociedade aberta.

⁴⁴³ “Em suma, libertar o juiz da escravidão e do império da lei é remetê-lo para uma motivação totalizadora, é aproximá-lo da realidade, é afastá-lo do idealismo positivista normatista. A intenção é fazer insurgir um Direito original e legítimo, mais voltado à justiça e menos à legalidade”. PORTANOVA, Rui. *Motivações ideológicas da sentença*, p. 132.

⁴⁴⁴ ASSIS, Olney Queiroz. *O estoicismo e o direito: justiça, liberdade e poder*. São Paulo: Lúmen, 2002, p. 46.

⁴⁴⁵ HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da constituição*. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Serio Antonio Fabris Editor, 1997, p. 13.

⁴⁴⁶ Idem. *Ibidem*, p. 13.

Em uma sociedade pluralista como a brasileira, em que há várias religiões, várias culturas, várias divisões de classes sociais, vários climas etc., os critérios de interpretação das normas constitucionais deverão ser sensivelmente abertos.⁴⁴⁷

De fato, a interpretação constitucional não deve ser realizada apenas por aqueles que se encontram numa posição econômica, política ou social mais privilegiada. Não pode haver monopólio algum neste campo, e para que isso não ocorra, urge atentar para o fato de que não fornecer elementos de interpretação para todos, significa retirar de alguns a possibilidade de exercer atos inerentes à cidadania. A não ser que se pretenda que uma parcela da sociedade assista, passivamente e resignada, a prática de atos voltados para a preservação dos interesses de uma minoria que se encontra no Poder, ou à sua volta, dele se beneficiando...

Toda abordagem feita até aqui sobre a mudança paradigmática, ou seja, sobre a passagem (ainda que lenta) do positivismo jurídico clássico para o pós-positivismo, em que a presença dos princípios constitucionais de justiça e dos direitos fundamentais é merecedora de especial destaque, evidentemente, repercute sobre a seara do processo civil.

A partir da promulgação da Constituição Federal de 1988, o processo civil brasileiro sofreu fortes e marcantes influências no que se refere ao conteúdo, interpretação e aplicação das normas constitucionais. Esta influência fez com que o processo viesse a ser modelado pelo Direito Constitucional, na medida em que se levou em conta que o ordenamento jurídico

⁴⁴⁷ Idem. Ibidem, p. 13. “Colocado no tempo, o processo de interpretação constitucional é infinito, o constitucionalista é apenas um mediador (‘Zwischenträger’). O resultado de sua interpretação está submetido à reserva da consistência (‘Vorbehalt der Bewährung’), devendo ela, no caso singular, mostrar-se adequada e apta a fornecer justificativas diversas e variadas, ou, ainda, submeter-se a mudanças mediante alternativas racionais. O processo de interpretação constitucional deve ser ampliado para além do processo constitucional concreto. O raio de interpretação normativa amplia-se graças aos ‘intérpretes da Constituição da sociedade aberta’. Eles são os participantes fundamentais no processo de ‘trial and error’, de descoberta e de obtenção do direito. A sociedade torna-se aberta e livre, porque todos estão potencial e atualmente aptos a oferecer alternativas para a interpretação constitucional. A interpretação constitucional jurídica traduz (apenas) a pluralidade da esfera pública e da realidade (‘die pluralistische Öffentlichkeit und Wirklichkeit’), as necessidades e as possibilidades da comunidade, que constam do texto, que antecedem os textos constitucionais ou subjazem a eles. A teoria da interpretação tem a tendência de superestimar sempre o significado do texto”. Idem. Ibidem, p. 43.

positivado deve conter normas que indiquem o caminho da justiça, não se restringindo apenas ao ser, mas também ao dever ser.⁴⁴⁸

O conceito de jurisdição não se encontra mais atrelado à necessidade de se declarar o texto expresso da lei, nem à tese que sustenta o posicionamento de que o juiz cria a norma individual que dá solução ao caso concreto, tal como previsto nas teorias chiovendiana e carneluttiana, porque nenhuma das duas corresponde aos valores presentes no Estado constitucional.

Isso, em realidade, pode ser explicado “Não só porque ambas são escravas do princípio da supremacia da lei, mas também porque as duas negam à compreensão do caso concreto no raciocínio decisório, isto é, no raciocínio que leva à prestação jurisdicional”.⁴⁴⁹

Em outras palavras: superadas as teorias clássicas, o juiz “constrói ‘a norma jurídica’ a partir da interpretação de acordo com a Constituição, do controle de constitucionalidade e da adoção da regra do balanceamento [...] dos direitos fundamentais no caso concreto”.⁴⁵⁰

No Estado contemporâneo, a decisão judicial deve ser proferida a partir dos princípios constitucionais de justiça e dos direitos fundamentais, tanto que o juiz, “após encontrar mais de uma solução a partir dos critérios clássicos de interpretação da lei, deve obrigatoriamente escolher aquela que outorgue a maior efetividade à Constituição”.⁴⁵¹

⁴⁴⁸ “É preciso fazê-la ver os objetos tais como eles devem parecer, mostra-lhe o caminho certo que procura, defendê-la da sedução das vontades particulares, aproximar a seus olhos os lugares e os tempos, pôr em balanço a tentação das vantagens presentes e sensíveis com o perigo dos males distantes e ocultos”. ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Op. cit.*, p. 62.

⁴⁴⁹ MARINONI, Luiz Guilherme. *Curso de processo civil: teoria geral do processo*, p. 92.

⁴⁵⁰ Idem. *Ibidem*, p. 99.

⁴⁵¹ MARINONI, Luiz Guilherme. *Curso de processo civil: teoria geral do processo*, p. 94.

O pós-positivismo faz com que a jurisdição zele (ou que pretenda zelar, considerando que muitos ainda não notaram a mudança paradigmática) para que os direitos sejam tutelados de acordo com as normas constitucionais e que os direitos fundamentais sejam protegidos e tutelados mesmo nos casos em que o legislador tenha deixado de tratar de determinada questão, ressaltando-se, uma vez mais, a necessidade de se tutelar a preservação destes direitos no caso concreto por meio da aplicação da regra do balanceamento, ou seja, do fio condutor que é o princípio da proporcionalidade em sentido estrito.⁴⁵²

A jurisdição deve, assim, ter como fim tutelar às necessidades decorrentes do direito material, compreendidas sob o prisma das normas constitucionais, sendo que o ideal de pacificação social passa a ser visto como “‘conseqüência’ da atividade jurisdicional voltada à efetiva tutela jurisdicional dos direitos”, ou seja, “a jurisdição tem por objetivo editar a norma jurídica capaz de dar conta das necessidades do direito material e, apenas por conseqüência desta sua missão, é que pode gerar o efeito da pacificação social”.⁴⁵³

A função do juiz encerra-se com a prolação da sentença somente quando o autor pleiteia uma sentença declaratória de existência ou de inexistência de uma relação jurídica ou a constituição ou a desconstituição de uma situação jurídica, porque, nesses casos, o ato judicial não carece de complementação, sendo suficiente para desincumbir o juiz do seu dever de prestar tutela jurisdicional.

Fora desses casos, o juiz necessita desenvolver atos de natureza mandamental e executiva, para que se possa falar em efetividade jurisdicional. Se o autor propõe uma ação condenatória, o seu direito não será realizado por meio da simples prolação da sentença de

⁴⁵² Idem. Ibidem, p. 102. “O juiz, ao atuar dessa forma, não apenas cumpre a tarefa que lhe foi atribuída no constitucionalismo contemporâneo, como também, ‘diante da transformação do próprio conceito de direito’, apenas o ‘aplica’. Ou seja, no Estado constitucional não há qualquer motivo para a doutrina enxergar aí uma exceção à função de aplicação do direito, como se a aplicação do direito ou a atuação jurisdicional não estivesse subordinada aos princípios constitucionais e aos direitos fundamentais”. Idem. Ibidem, p. 102.

⁴⁵³ Idem. Ibidem, p. 109.

mérito. Será necessário que além do reconhecimento do direito alegado, existam meios capazes de satisfazê-lo.⁴⁵⁴

Portanto, a tutela jurisdicional é prestada pelo Estado-juiz quando se opera a realização do direito, seja por meio da sentença de mérito (quando ela é bastante para tanto), seja através da concretização de atos mandamentais e executórios. Como decorrência disso, o juiz deve estar atento a duas questões que se encontram nitidamente interligadas: uma que “aponta para a necessidade de a técnica processual executiva ser estruturada pela lei conforme o direito material”, e a outra “que obriga o juiz a pensar a regra processual definidora das técnicas processuais com base no direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva e segundo as necessidades de direito material particularizadas no caso concreto”.⁴⁵⁵

É que a jurisdição deixou de ser vista como um poder do Estado para ser tornar um dever. Quem ajuíza uma ação não pretende se valer apenas do seu direito em caráter abstrato, no sentido de, no máximo, receber um juízo declarativo a respeito do mérito *ad causam*. Procura, ao invés disso, fazer uso de meios ou técnicas processuais desenvolvidas para satisfazer o seu direito material.

Dar a alguém, mecanicamente, apenas aquilo que lhe é devido, na forma devida, não é o objetivo do Estado no momento em que efetua a prestação da tutela jurisdicional.⁴⁵⁶ É preciso, assim, que se atente para a isonomia das partes. De acordo com o enfoque constitucional, o processo trata-se de um instrumento ético e político de atuação da justiça.⁴⁵⁷

⁴⁵⁴ MARINONI, Luiz Guilherme. *Curso de processo civil: teoria geral do processo*, p. 112.

⁴⁵⁵ Idem. *Ibidem*, p. 113.

⁴⁵⁶ “A propósito de ‘dar a cada um o que é seu’, como princípio ‘jurídico’, mostrava o grande jurista João Mangabeira que é expressão muito velha da separação social das classes entre os proprietários e os não-proprietários, entre os dominantes e os espoliados: ‘porque se a justiça consiste em dar a cada um o que é seu, dê-se ao pobre a pobreza, ao miserável a miséria, ao desgraçado a desgraça, que é isso que é deles... Nem era senão por isso que ao escravo se dava a escravidão, que era o seu no sistema de produção em que aquela fórmula se criou”. LYRA FILHO, Roberto. *O que é direito*, p. 21.

⁴⁵⁷ PORTANOVA, Rui. *Motivações ideológicas da sentença*, p. 101.

Tanto que, de acordo com o art. 3º, inciso I, da Constituição, constitui objetivo fundamental da República Federativa do Brasil, a construção de uma sociedade livre, justa e solidária.

Häberle, ao tecer considerações a respeito da sua teoria da sociedade aberta aos intérpretes da Constituição, de forma bastante clara alude às conseqüências para a conformação e utilização do direito processual constitucional. Para ele, os instrumentos de informação dos juízes devem ser ampliados e aperfeiçoados, principalmente no que toca às formas de participação no processo, como ocorre nas audiências e nas intervenções.⁴⁵⁸

Ele considera, ainda, que devem ser desenvolvidas formas de participação, que envolvam potências públicas pluralistas, porque o direito processual constitucional faz parte do direito de participação democrática. A interpretação da Constituição por parte dos juízes pode ser dada de forma elástica e ampla, sem que com isso chegue-se a uma identidade de posições com a interpretação realizada pelo legislador. Assim resta evidente, aqui, a íntima relação contextual entre Constituição material e direito constitucional processual.⁴⁵⁹

A “participação no processo e pelo processo já não pode ser visualizada apenas como instrumento funcional de democratização ou realizadora do direito material e processual, mas como dimensão intrinsecamente complementadora e integradora dessas mesmas esferas”.⁴⁶⁰

Nessa linha, o processo passa a ser um instrumento de formação do Direito, seja material, seja processual. Tudo isso se potencializa, a partir do momento em que se compreende que ele deve servir para a produção de decisões conforme a lei, e que, além disso, venha se prestar essencialmente para a produção de decisões justas.⁴⁶¹

⁴⁵⁸ HÄBERLE, Peter. *Op. cit.*, p. 47.

⁴⁵⁹ Idem. *Ibidem*, p. 48.

⁴⁶⁰ OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. O processo na perspectiva dos direitos fundamentais. *Revista de processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, nº 113, 2004, p. 18.

⁴⁶¹ Idem. *Ibidem*, p. 18.

Se o juiz negar a validade de uma norma infraconstitucional em virtude de não se encontrar de acordo com os direitos fundamentais, a sua justificativa deverá basear-se em uma argumentação racional capaz de convencer que a lei desconsidera o valor social presente no direito fundamental, ou seja, a argumentação judicial deverá convencer os cidadãos de que o produto da decisão parlamentar não pode ser aplicado ao caso concreto pelo fato de não estar de acordo com o direito fundamental.⁴⁶²

O processo, nos dias de hoje, libertou-se do entendimento que o caracterizava como uma relação jurídica processual, porque, se assim não fizesse, estar-se-ia por revelar o aspecto interno e estático do processo, o que possui pouca importância diante do estágio atingido pelo direito processual no Estado contemporâneo, em que se preocupa mais com a concretização daquilo que se encontra previsto nas normas constitucionais.⁴⁶³

É claro que a relação entre as partes e o juiz não pode ser negada, porém é de pouca necessidade saber se é uma ou se são várias relações que se desenvolvem ou se essas relações decorrem de uma única situação jurídica ou de várias. Essa problemática foi relevante no passado, à luz do liberalismo jurídico, na época em que os doutrinadores buscavam determinar o que ocorria no plano de aplicação do Direito e do processo civil a partir de conceitos gerais e abstratos.⁴⁶⁴

Se a jurisdição realiza seus fins por meio do processo, este deve produzir decisões adequadas aos direitos fundamentais. Não basta apenas o desenvolvimento de um procedimento legítimo, porque “a jurisdição realiza seus fins quando a lei é aplicada na

⁴⁶² “Se a jurisdição detém a representação argumentativa em benefício da sociedade e em defesa dos direitos fundamentais, mas a representação política está consubstanciada na lei, é necessário que a representação argumentativa supere a representação política para que o direito fundamental possa se sobrepor à lei. ‘Vale dizer que a representação argumentativa deve ser capaz de convencer os cidadãos de que a decisão parlamentar, ou a representação política, não deve prevalecer sobre o direito material’”. MARINONI, Luiz Guilherme. *Curso de processo civil: teoria geral do processo*, p. 449.

⁴⁶³ Idem. Ibidem, p. 451.

⁴⁶⁴ Idem. Ibidem, p. 451.

dimensão dos direitos fundamentais”,⁴⁶⁵ o que se encontra relacionado com o devido processo legal. E mais: o procedimento deve ser adequado aos fins do Estado constitucional, apresentando-se idôneo à tutela dos direitos e às necessidades do caso concreto.⁴⁶⁶

Por outro lado, “o procedimento também pode ser visto como verdadeiro canal para a participação popular no poder e na sociedade, concretizando os ideais da democracia participativa”.⁴⁶⁷ A ação popular e as ações coletivas são bons e efetivos exemplos disso.

Com efeito, as várias formas e os diversos fins relevados pelo procedimento no Estado constitucional, significam que processo e procedimento tornam-se algo absolutamente inseparável. “Não há como, nem por que, separar a noção de procedimento da de processo, uma vez que o procedimento que revela os propósitos do Estado constitucional nada mais é do que o processo jurisdicional do Estado contemporâneo”.⁴⁶⁸

O procedimento trata-se de um instrumento, módulo legal ou conduto, voltado para o alcance de um fim, legitimar uma atividade e viabilizar uma atuação. Enquanto instrumento o processo busca tutelar os direitos na dimensão constitucional; enquanto módulo legal legitima a atividade jurisdicional e colabora para a legitimidade da decisão; enquanto conduto é a via que garante o acesso de todos ao Poder Judiciário e que efetiva a participação popular no poder e na reivindicação dos modos de concretizar e de proteger os direitos fundamentais. Por isso, o procedimento tem que ser legítimo, isto é, capaz de atender as diversas situações substanciais carentes de tutelar e mostrar-se de acordo com os direitos fundamentais.⁴⁶⁹

Trata-se da constitucionalização do processo civil, que não é fenômeno dos nossos dias. Já na primeira metade do século passado, em países europeus que outrora foram

⁴⁶⁵ MARINONI, Luiz Guilherme. *Curso de processo civil: teoria geral do processo*, p. 452.

⁴⁶⁶ “A impossibilidade da definição de tantos procedimentos quantos sejam as situações substanciais carentes de tutela levou o legislador a editar normas que abrem oportunidade para a construção do procedimento adequado ao caso concreto, derivado do direito de ação – já que igualmente se pode falar em direito à construção da ação adequada ao caso concreto –, relaciona-se com o dever de a jurisdição prestar efetiva tutela jurisdicional aos direitos”. *Idem. Ibidem*, p. 461.

⁴⁶⁷ *Idem. Ibidem*, p. 453.

⁴⁶⁸ *Idem. Ibidem*, p. 454.

⁴⁶⁹ *Idem. Ibidem*, pp. 466-467.

submetidos a regimes autoritários, houve a preocupação em se constitucionalizar as garantias e os direitos fundamentais mínimos do processo, para que, dessa forma, resultassem impedidas eventuais violações por parte dos legisladores futuros.⁴⁷⁰

Não há nem mesmo que se falar na criação de uma nova disciplina jurídica. Muito pelo contrário, trata-se de um método de trabalho em que o operador do Direito tem que analisar o processo civil com os olhos voltados para as normas contidas no bojo da Constituição Federal, afastando-se, portanto, daquele entendimento ultrapassado que havia por entender o processo civil como uma disciplina auto-suficiente, com normas autônomas e independentes.

A concepção de que o processo civil deve ser entendido e aplicado na perspectiva dos direitos fundamentais tem como ponto de partida e de chegada a própria Constituição Federal, sem que sejam ignorados os princípios e as regras pertencentes, especificamente, ao processo civil. Não se pretende retirar todo o conteúdo deste ramo do Direito, mas sim estudá-lo com os olhos voltados para as normas constitucionais, para possibilitar a atuação correta dos valores contidos na ordem jurídica.⁴⁷¹

Com base nisso, a jurisprudência pode compor um modelo de processo que o legislador ainda levará algum tempo para sistematizar (sé é que conseguirá algum dia sistematizar), uma vez que o julgador antecipa-se ao legislador, estando fundamentado por uma principiologia axiológica de índole constitucional, de onde se busca privilegiar o amplo acesso à justiça e a prestação de uma tutela jurisdicional adequada, efetiva e tempestiva, em harmonia com os direitos de defesa assegurados constitucionalmente, como o contraditório e a ampla defesa.

⁴⁷⁰ LOPES, João Batista. Efetividade da tutela jurisdicional à luz da constitucionalização do processo civil. *Revista de processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, nº 116, 2004, p. 30.

⁴⁷¹ Idem. *Ibidem*, p. 30.

2.2.1. O acesso à justiça

Na época do Estado liberal, entendia-se que o direito de ação resumia-se ao direito formal de ajuizar uma ação, apresentando-se, dessa forma, completamente alheio e desinteressado às distintas necessidades sociais. E, nessa perspectiva, estaria em juízo apenas quem pudesse arcar com os custos de uma demanda, porque o Estado não se mostrava preocupado com questões de ordem econômica e social. “O acesso formal, mas não efetivo à justiça, correspondia à igualdade, apenas formal, mas não efetiva”.⁴⁷²

Mas com o decorrer do tempo e a influência dos valores do Estado social sobre o direito de ação, o acesso à justiça passou a ser visto como um importante fator de ligação com a justiça social.

A realização do acesso à justiça consiste em algo indispensável para a perfeita configuração de Estado, porque “não há como pensar em proibição da tutela privada e, assim, em Estado, sem se viabilizar a todos a possibilidade de efetivo acesso ao Poder Judiciário”. Os obstáculos ao acesso à justiça hão de ser superados, ante a assertiva de que “ter direitos e não poder tutelá-los certamente é o mesmo do que não os ter”.⁴⁷³

O acesso à justiça não se trata de um movimento restrito unicamente ao denominado “mundo do Direito”, pois se encontra em constante diálogo com várias outras áreas do conhecimento, como a Sociologia, a Economia etc. Tem-se presente, portanto, a existência de uma preocupação pluralista.

Esse movimento tem representado, nos últimos anos, uma valiosa expressão de radicalidade, no que se refere à transformação do pensamento jurídico e das reformas

⁴⁷² CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Trad. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1988, p. 09.

⁴⁷³ MARINONI, Luiz Guilherme. *Curso de processo civil: teoria geral do processo*, p. 185.

normativas e institucionais, visíveis em um número cada vez mais crescente de países, já que pode “ser encarado como o requisito fundamental – o mais básico dos direitos humanos – de um sistema jurídico moderno e igualitário que pretenda garantir, e não apenas proclamar os direitos de todos”.⁴⁷⁴

Ocorre que, se os jurisdicionados não tiverem o acesso à justiça em igualdade de condições, os direitos pertencentes à boa parte deles restarão seriamente comprometidos. Por isso, o Estado contemporâneo não pode ignorar a necessidade de estabelecer mecanismos capazes de garantir o acesso à justiça, porque, caso assim não aja, deixará de atender o dever jurisdicional assumido, ou, pelo menos, irá realizá-lo parcialmente.

Como parece evidente, o acesso à justiça não se resume à possibilidade de o jurisdicionado ir a juízo e nem ao fato de o Poder Judiciário proferir uma decisão meramente declaratória (*lato senso*). Tal como previsto no art. 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal, o acesso à justiça, ou melhor, o acesso à ordem jurídica justa,⁴⁷⁵ deve proporcionar a prestação de uma tutela jurisdicional adequada, tempestiva e efetiva.

Aliás, uma de suas principais razões de ser é exatamente a de impedir a ocorrência do fenômeno da litigiosidade contida.⁴⁷⁶ Procura-se impedir que os jurisdicionados, diante da existência de uma lesão ou ameaça a direito, deixem de se valer dos serviços prestados pelo Poder Judiciário, a ponto de suportarem tal lesão ou ameaça.

O processo civil tem contornos extremamente elitistas⁴⁷⁷ e isso se dá na medida que se encontra afastado da grande maioria da população brasileira, os denominados excluídos, outrora descamisados. Poucos são os que têm consciência dos direitos e obrigações que

⁴⁷⁴ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Op. cit.*, p. 12.

⁴⁷⁵ WATANABE, Kazuo. Tutela antecipatória e tutela específica das obrigações de fazer e não fazer. *Reforma do Código de Processo Civil*. Coord. Sálvio de Figueiredo Teixeira. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 20.

⁴⁷⁶ WATANABE, Kazuo. *Juizado especial de pequenas causas: Lei 7.244, de 7 de novembro de 1984*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1985, p. 02.

⁴⁷⁷ MARINONI, Luiz Guilherme. *A antecipação da tutela*, p. 21.

possuem, e poucos são os que conseguem contratar um advogado, pagar as custas e despesas do processo, sem prejuízo do sustento próprio ou da família.

O Estado, apesar de garantir o acesso à justiça no art. 5º, XXXV, da CF, e de fomentá-lo por meio da edição de vários diplomas legais, como a Lei nº 4.717/65, que trata da Ação Civil Pública; a Lei nº 8.078/90, que instituiu o Código de Defesa do Consumidor; a Lei nº 9.009/95, que estabeleceu os Juizados Especiais Cíveis, na Justiça dos Estados (inclusive com a dispensa do advogado nos processos cíveis, em que o valor da causa não ultrapasse o equivalente a vinte salários mínimos), não oferece condições reais de prestar uma efetiva tutela dos direitos.

Editar algumas leis merecedoras de aplausos, mas não conferir condições necessárias para que a sociedade delas se valha na defesa dos seus direitos, é o mesmo que garantir o inaccessível à justiça de alguns, pertencentes a uma classe social economicamente menos favorecida.⁴⁷⁸

O pouco que se faz para assegurar a efetivação do acesso à justiça é logo tolhido pelo Estado por meio da implantação de políticas voltadas a atender seus próprios interesses em face aos da população mais necessitada, como aconteceu com a promulgação da Lei nº 11.608/2003, que trata das custas judiciais no Estado de São Paulo.

O direito de ação não pode ser restringido. Em respeito ao regime democrático, todas as barreiras contidas no caminho que leva ao acesso à justiça devem ser superadas. Se a idéia de pacto social fez com que a jurisdição ficasse a cargo do Estado em troca da proibição de se fazer justiça de mãos próprias, o não oferecimento de meios adequados para tornar efetivo o acesso à justiça corresponde a algo que se desvia das normas previstas no ordenamento jurídico, comprometendo-se, assim, a harmonia social.

⁴⁷⁸ “[...] a Justiça não é para os pobres, nem os pobres são para os advogados. Essa é uma crise evidente e de alta periculosidade para a própria inteireza social, que pode ser atingida por uma pulverização libanizada de interesses, ou por um ‘apartheid’ social, conforme os analistas políticos. Nessa voragem os advogados desaparecem, melhor dizendo, a função do advogado perde a sua significação”. AGUIAR, Roberto de A.. *A crise da advocacia no Brasil*. São Paulo: Alfa-Ômega, 1994, p. 20.

Feitas essas considerações, a seguir serão analisados os motivos que verdadeiramente dificultam o amplo acesso à justiça, quais sejam: a representação legal do pobre, a proteção dos interesses difusos e o amplo acesso à justiça.

Esse primeiro motivo já foi parcialmente visto nas linhas anteriores. Entretanto, urge esclarecer que não é apenas a pobreza material, considerada aquela que impede o cidadão de gozar a vida com o mínimo de dignidade, que dificulta o acesso à justiça. A pobreza cultural também presta o mesmo desserviço, senão ainda com maior intensidade.

Pelo fato de o Estado mostrar-se criminosamente omissivo no que se refere ao dever de prestar um serviço educacional de qualidade, os cidadãos desprovidos de riqueza deixam de ter sequer conhecimento dos direitos e deveres que têm, e isso, como não poderia deixar de ser, trata-se de um obstáculo ao acesso à justiça.⁴⁷⁹

O pobre, por motivos das mais variadas ordens, sente-se intimidado diante de determinadas formas de poder. Os advogados, os membros do Ministério Público e os da Magistratura são temidos pelas pessoas de baixa renda que, além disso, os vêem com desconfiança, em razão de fracassadas experiências anteriores com a justiça, quer seja direta, quer seja indiretamente, por meio de relatos de amigos e parentes.⁴⁸⁰

Os serviços prestados pela Defensoria Pública e pelos convênios de assistência judiciária gratuita devem ser melhorados. Isso é fato. Mas eles revestem-se talvez na única via capaz de proporcionar o acesso de cidadãos pobres à justiça e, conseqüentemente, com muito otimismo e com muita reza, alcançar a prometida efetivação da tutela de seus direitos.

⁴⁷⁹ “Quanto mais baixo é o estrato sócio-econômico do cidadão menos provável é que conheça advogado ou que tenha amigos que conheçam advogados, menos provável é que saiba onde, como e quando pode contactar o advogado e maior é a distância geográfica entre o lugar onde vive ou trabalha e a zona da cidade onde se encontram os escritórios de advocacia e os tribunais”. SANTOS, Boaventura de Souza. *Pela mão de Alice: o social e o político na pós-modernidade*. 2ª ed. São Paulo: Cortez, 1996, p. 170.

⁴⁸⁰ MARINONI, Luiz Guilherme. *Novas linhas do processo civil*, p. 66.

Enquanto o empresariado procura cada vez mais se refugiar da morosidade processual, valendo-se de meios alternativos de composição do litígio, como a mediação e a arbitragem, aos cidadãos comuns não resta alternativa senão a de buscarem guarida junto ao Poder Judiciário, no mais das vezes, valendo-se do desesperador procedimento ordinário, que foi criado para tudo declarar e nada realizar no plano da realidade fática.

Vale dizer que a construção de um ambiente destinado unicamente para a solução dos conflitos de interesses dos donos do poder proporciona, de certa forma, o desinteresse destes para com a efetividade do Poder Judiciário, “especialmente quando se percebe que os litigantes dos casos entregues à arbitragem podem ser os réus nas demandas propostas pelos particulares e pelo próprio Estado perante a jurisdição”.⁴⁸¹

Surgem, assim, paralelamente e com as especificidades próprias, duas classes de justiça – “a ‘justiça privada’ e a ‘justiça pública’ –, ambas igualmente servindo à mesma classe social, em um local preocupada com a efetividade e com a tempestividade e no outro apostando na inefetividade e na demora”.⁴⁸²

Para que se alcance o objetivo de se construir uma sociedade livre, justa e solidária, para todos, torna-se necessário que o Estado conscientize-se de um outro objetivo que lhe é inerente, previsto no art. 3º, inciso II, da Constituição Federal, qual seja: “erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais”.

Enquanto isso não acontecer, os pobres continuarão tendo sérias dificuldades para percorrer o caminho que os leva à justiça, ficando relegados à categoria de cidadãos de segunda classe. Isso, ainda, se puderem ser classificados dessa forma, porque o “povo brasileiro” continua assistindo bestializado tudo o que se passa por essas terras desde a Proclamação da República.

⁴⁸¹ MARINONI, Luiz Guilherme. *Curso de processo civil: teoria geral do processo*, p. 152.

⁴⁸² Idem. *Ibidem*, p. 153.

Em relação à proteção dispensada aos direitos difusos, assevera-se que o individualismo influenciou a elaboração das normas de direito privado e com isso fomentou um processo civil disperso à defesa dos interesses coletivos.⁴⁸³

Apenas com o evoluir da sociedade e o surgimento de direitos supra-individuais, é que se atentou para o fato de que as técnicas processuais existentes não eram aptas a resolver as novas questões levadas à apreciação do Poder Judiciário. Percebeu-se, enfim, que em uma sociedade de massa, “o indivíduo mostra-se simplesmente incapaz de se proteger por si mesmo de forma adequada”, porque se passou a considerar que “o indivíduo isolado é desarmado”.⁴⁸⁴

As instituições brasileiras (no caso em específico, o Judiciário) precisam se preparar para enfrentar as transformações sociais, tendo em vista que o distanciamento existente entre as instituições e essas transformações sociais faz com que a realização concreta dos direitos previstos na Constituição Federal torne-se inviável.

A ordem jurídica caracteriza-se pelo diálogo travado entre as normas de direito material e as normas de direito processual, sendo inerente a reciprocidade que se dá entre elas. “Sem o processo, o direito ficaria abandonado unicamente à boa vontade dos homens e correria freqüentemente o risco de permanecer inobservado; e o processo, sem o direito, seria um mecanismo fadado a girar no vazio, sem conteúdo e sem finalidade”.⁴⁸⁵

Assim, a respeito da proteção dos direitos difusos, melhora significativa houve no ordenamento jurídico, a partir da promulgação da Constituição Federal de 1998, haja vista que

⁴⁸³ “A influência exercida pelo ‘individualismo’ sobre o processo civil é enorme, uma vez que todos os institutos e o conjunto de categorias de que se utiliza a doutrina processual, foram concebidos para a tutela de direitos e interesses individuais, a partir dos movimentos formadores do Mundo Moderno, especialmente através do Renascimento e da reforma religiosa. É neste que reside a dificuldade com que se debate o processo civil quando tem de lidar com direitos supra-individuais, com as ações coletivas, para as quais a maioria das categorias tradicionais tornam-se imprestáveis”. BAPTISTA DA SILVA, Ovídio A. *Processo e ideologia*, p. 56.

⁴⁸⁴ CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes legisladores?*, p. 59.

⁴⁸⁵ LIEBMAN, Enrico Tulio. *Manual de direito processual civil*. Trad. Cândido Rangel Dinamarco. Rio de Janeiro: Forense, 1984, p. 148.

ela os normatizou adequadamente. Inclusive, no tocante aos direitos ambientais, o art. 225 prevê o dever de o Estado garanti-lo, de maneira ecologicamente equilibrada, para as presentes e futuras gerações, o que consiste num extraordinário avanço e reflete, sobretudo, a superação da ideologia individualista, pois reflete um ideal árduo e difícil de ser alcançado, mas que demonstra o esgotamento de um individualismo que se manteve à tona no decorrer dos últimos tempos.

No âmbito da legislação infraconstitucional, existem, da mesma forma, mecanismos legais aptos para tutelar esses direitos. A ação popular, a ação civil pública e o mandado de segurança coletivo são bons exemplos disso.

A legitimação ativa para essas ações é conferida aos cidadãos (ação popular, p. ex.), aos grupos de interesses e ao Ministério Público (ação civil pública, p. ex.). Para que tudo pudesse funcionar com adequação, tornou-se necessária uma transformação do papel do juiz e de alguns conceitos processuais básicos, como a citação, o direito de ser ouvido e a coisa julgada.⁴⁸⁶

A legitimidade que o Ministério Público tem na defesa desses interesses é digna de nota, pois, além de defender os mais nobres interesses da sociedade, como o meio ambiente, contribui para que pequenas ameaças ou lesões a direito não venham a ser suportadas pelo jurisdicionado.

O consumidor que adquiriu um produto defeituoso pode desistir de ingressar em juízo para buscar a reparação do prejuízo sofrido, em razão do pequeno valor isoladamente considerado. Porém, diante da existência de um ente capaz de representar em juízo este consumidor e outros que, da mesma forma que ele, adquiriram este produto defeituoso, deu-se um enorme passo para que, em tais casos, o acesso à justiça se aproximasse do desejado. A

⁴⁸⁶ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Op. cit.*, 50.

reunião de pequenas causas aumenta o poder de barganha da classe, eis que reforçado está pela ameaça de uma considerável indenização por danos.⁴⁸⁷

O denominado amplo acesso à justiça,⁴⁸⁸ que engloba as duas primeiras ondas, possibilita uma representação judicial adequada e exige que se tenham mecanismos procedimentais que os tornem exeqüíveis, porque os procedimentos influem decisivamente na tutela que se deve dar aos direitos substanciais, ou, em outras palavras, são eles, os procedimentos, que possibilitam a efetivação dos direitos substanciais.⁴⁸⁹

Para isso, a burocracia, entendida como uma forma de dominação, presente nas estruturas do Poder Judiciário deve ser combatida, por meio das seguintes propostas: a primeira trata da necessidade de o julgador ter uma atuação mais humana e mais próxima às partes para acolher os cidadãos pobres que se socorrem do Poder Judiciário, a fim proteger seus interesses de maneira justa; a segunda, diz respeito à simplificação dos procedimentos e dos atos judiciais e, de certa maneira, da linguagem que cuida do próprio direito material.⁴⁹⁰

O forte apego ao formalismo decorre do processo de colonização por que passou o Brasil e, nesse aspecto, são sábias as palavras de Max Weber, ao aludir que: “Toda burocracia busca aumentar a superioridade dos que são profissionalmente informados, mantendo secretos seu conhecimento e intenções”.⁴⁹¹

⁴⁸⁷ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Op. cit.*, p. 61.

⁴⁸⁸ “Essa ‘terceira onda’ da reforma inclui a advocacia, judicial ou extrajudicial, seja por meio de advogados particulares ou públicos, ‘mas vai além’. Ela centra sua atenção no conjunto geral de instituições e mecanismos, pessoas e procedimentos utilizados para processar e mesmo prevenir disputas nas sociedades modernas. Nós o denominamos ‘o enfoque do acesso à justiça’ por sua abrangência. Seu método não consiste em abandonar as técnicas das duas primeiras ondas da reforma, mas em tratá-las como apenas algumas de uma série de possibilidades para melhorar o acesso”. *Idem. Ibidem*, pp. 67-68.

⁴⁸⁹ *Idem. Ibidem*, p. 69.

⁴⁹⁰ PORTANOVA, Rui. *Motivações ideológicas da sentença*, p. 116.

⁴⁹¹ WEBER, Max. *Ensaio de sociologia*. Trad. Waltensir Dutra. 5ª ed. Rio de Janeiro: Guanabara Koogan, 1982, p. 269.

Trata-se a burocracia de uma forma de controle, em que as organizações se valem da hierarquia dos cargos, para, através dela, o agente superior hierárquico conseguir impor disciplina e garantir submissão.⁴⁹²

Essa burocracia, no âmbito do Poder Judiciário, fez com que o procedimento oral fosse quase que completamente desprestigiado. Mas a sua existência “justifica-se” pela busca incessante da certeza, já que de acordo com a visão tradicional, ao magistrado só é dado proferir julgamento definitivo, a respeito do mérito, quando seu espírito estiver isento de dúvida. Alcançada a certeza, a segurança jurídica será privilegiada...

Isso, inequivocamente, afasta os cidadãos do Poder Judiciário, na medida em que eles não estão dispostos a cultivarem uma demanda que demorará vários anos, sem saber se no final atingirão o resultado esperado.

Certas situações da vida não admitem o decorrer de lapso temporal. Nesses casos, o proferimento de uma tutela jurisdicional intempestiva, tornará o direito do autor que tem razão desprovido de qualquer utilidade no plano da realidade extra-autos.

Precisa-se, portanto, fazer com que os magistrados (bem como os advogados, promotores etc.) desçam ao mesmo pé de igualdade das partes e que apresentem uma atitude muito mais participativa, porque não mais se admite qualquer tipo de afeição à neutralidade e ao entendimento anacrônico de que o propósito da jurisdição é declarar a vontade da lei ao caso concreto.

Além disso, os operadores do Direito precisam aprender a trabalhar com o conceito de verossimilhança, sob pena de haver, em última hipótese, denegação de justiça. A ausência de efetividade da tutela jurisdicional, proporcionada pela burocratização do Poder Judiciário, afugenta o jurisdicionado de levar sua pretensão a juízo.

⁴⁹² “O conteúdo da disciplina é apenas a execução da ordem recebida, coerentemente racionalizada, metodicamente treinada, e exata, na qual toda crítica pessoal é incondicionalmente eliminada e o agente se torna um mecanismo preparado exclusivamente para a realização da ordem”. WEBER, Max. *Op. cit.*, p. 292.

O processo é composto de muito papel, de muitas solenidades, de muitas desnecessidades e de pouco contato das partes com o magistrado. A vultuosa arquitetura dos tribunais, próxima à das catedrais, bem como as vestes e a linguagem forense, operam negativamente em relação à efetivação do acesso à justiça.

Aliás, a linguagem jurídica é marcada pela rigidez das regras e da adoção de expressões difíceis de serem entendidas até mesmo por aqueles que estão acostumados a participar das lides forenses. Isso dificulta a sua compreensão pelos cidadãos inseridos em outras áreas do conhecimento, precisando, dessa forma, ser modificada o mais brevemente possível. O cidadão pobre (econômica e culturalmente), vê nessa linguagem rebuscada e arcaica um obstáculo intransponível ao acesso à justiça.

Diante do formalismo existente no processo civil, faz-se necessária uma elucidação a respeito da mudança de paradigma por qual passou o Direito brasileiro a partir da promulgação da Constituição Federal de 1988, pois de nada adiantam modificações legislativas, mormente as de ordem infra-constitucional, se não for mudada, principalmente, a mentalidade dos juristas.

Uma justiça desprovida de formalismos e de acordo com os direitos fundamentais, “estaria mais aberta aos juízos de equidade, ao sentimento, à intuição, primordialmente envolvida com causas de pequeno valor ou de grande alcance social e pouca complexidade, mas de interesse direto para o dia-a-dia da comunidade”.⁴⁹³

A prestação de uma tutela jurisdicional tardia e inoportuna gera forte sentimento de angústia e de insegurança e, por isso, deve ser combatida. No Estado contemporâneo, o legislador está obrigado a criar procedimentos sensíveis ao direito material e as particularidades do caso concreto e o juiz deve aplicá-los à luz das normas constitucionais.

⁴⁹³ OLIVEIRA, Carlos Aberto Alvaro de. *Do formalismo no processo civil*. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 131.

Contudo, caso o legislador mostrar-se omissos em relação ao seu dever, o juiz deverá valer-se das normas processuais de caráter aberto e desenvolver, por via de critérios argumentativos, os meios capazes de proporcionar a tutela do direito material, à luz dos princípios de justiça constitucionais e dos direitos fundamentais, conforme será visto no capítulo seguinte.

Por derradeiro, deixe-se aqui registrado que o direito de acesso à justiça equivale ao direito à obtenção de resultados justos, porque não tem acesso à justiça nem o jurisdicionado que mal consegue fazer-se ouvir em juízo, nem o que, pelas mazelas contidas no processo, recebe uma justiça intempestiva ou alguma injustiça decorrente de outro motivo. Dessa maneira, busca-se otimizar a universalização da tutela jurisdicional e fazer com que o processo seja capaz de outorgar à parte que tem razão toda a tutela jurisdicional que tem direito de receber.⁴⁹⁴

⁴⁹⁴ DINAMARCO, Cândido Rangel. *A reforma do código de processo civil*. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 1996, pp. 21-22.

CAPÍTULO 3. O TEMPO DO PROCESSO CIVIL

*“Mesmo quando tudo pede/ Um pouco mais de calma/ Até quando o corpo pede/ Um pouco mais de alma/ A vida não pára/ Enquanto o tempo acelera/ E pede pressa/ Eu me recuso, faço hora/ Vou na valsa/ A vida é tão rara/ Enquanto todo mundo espera a cura do mal/ E a loucura finge que isso tudo é normal/ Eu finjo ter paciência/ O mundo vai girando cada vez mais veloz/ A gente espera do mundo e o mundo espera de nós/ Um pouco mais de paciência/ Será que é tempo que nos falta pra perceber?/ Será que temos esse tempo pra perder?/ E quem quer saber/ A vida é tão rara, tão rara/ Mesmo quando tudo pede um pouco mais de clama/ Mesmo quando o corpo pede um pouco mais de alma/ Eu sei/ A vida não pára”.*⁴⁹⁵

3.1. Tempo, cotidiano e processo

Apesar de a contagem do tempo ser uma invenção social, por mais que a sociedade tenha evoluído nos últimos anos, mormente a partir da Revolução Industrial, o seu transcurso ainda independe de qualquer ato volitivo. Porém, esse fato em nada impede, ao contrário, antes incentiva o ser humano de criar mecanismos capazes de estreitar ou de alongar a duração temporal, dependendo, evidentemente, dos interesses que o impulsiona a agir de uma ou de outra forma.

De acordo com a ética do sistema capitalista, que engendra seus ideais em praticamente todas as partes do globo terrestre, *time is money*,⁴⁹⁶ e, por esse motivo, se em determinado período de tempo não for produzido um produto ou não for prestado um serviço

⁴⁹⁵ LENINE; FALCÃO, Dudu. *Paciência. Na pressão*. São Paulo: BMG, 1998, faixa 3.

⁴⁹⁶ “Na perspectiva filosófica, o tempo é uma categoria abstrata, enquanto na visão dos pragmáticos do mundo contemporâneo ‘time is money’...”. CRUZ E TUCCI, José Rogério. *Tempo e processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, p. 18.

apto a gerar lucro, pode-se dizer que houve tempo perdido e que o responsável carregará sobre seus ombros o peso de tal “culpa”.

Sob a ótica dessa ideologia dominante, “o tempo foi notavelmente disciplinado e universalizado pelo patrão (que o compra) e pelo operário (que o vende)”. Desse modo, tempo “é realmente dinheiro num sistema que acabou por individualizar tudo, tornando hegemônica a sua concepção como uma forma quantificável de ‘coisa’ social ou bem de consumo que, nestas civilizações, pode ser ‘sempre’ e a ‘todo momento’ comprado e vendido”.⁴⁹⁷

As rotinas diárias funcionam para preservar o tempo na sua duração considerada “normal”, enquanto que nas festas o tempo pode ser acelerado e vivido dessa maneira. Isso se explica porque nas rotinas os espaços estão socialmente equacionados a atividades específicas, e porque as festas implicam no deslocamento dessas atividades dos seus “espaços normais”. “Isso, então, permite a sensação de um tempo louco, notavelmente lento ou, como ocorre com o nosso carnaval, uma temporalidade acelerada, vibrante e invertida”.⁴⁹⁸

À exceção do tempo cronológico, que tem sua dimensão determinável, o tempo é analisado, entendido, sentido e vivido de acordo com o momento histórico. Basta notar que no limiar do século XVIII uma embarcação a vapor demandava, à luz dos parâmetros atuais, uma extraordinária quantidade de tempo para se locomover da Inglaterra à França. Tratava-se, sob a perspectiva da época, de uma inacreditável façanha.

A partir do momento em que o calendário gregoriano racionalizou a contagem do tempo, o ser humano passou a traçar suas metas, seus objetivos, suas vontades e seus quereres. Dos atos mais mezinhos aos mais complexos a leitura da dimensão temporal é indispensável.

A tramitação do processo não poderia ficar alheia à influência do tempo. Tanto que o legislador pretendeu fazer com que a tutela jurisdicional fosse sempre prestada pelo Estado

⁴⁹⁷ DAMATTA, Roberto. *Op. cit.*, p. 35.

⁴⁹⁸ Idem. *Ibidem*, pp. 41-42.

dentro de um limite razoável de tempo, procurando editar normas com a finalidade de tornar o processo idealmente instrumentalizado, a fim de que pudesse ter uma duração razoável.

O tempo do processo não é estanque como transparece em alguns momentos na obra *A montanha mágica*, de Thomas Mann. Davos-Platz, situada no cantão dos Grisões, é marcada pela rotina, pela “eterna e infinita monotonia”. Por isso, a chegada de Hans Castorp, representou para Joachim, “pelo menos uma variação” em sua vida. Lá, o tempo não passa de modo algum, pois, segundo Joachim, “não há tempo nem vida”.⁴⁹⁹

No filme *Efeito Borboleta*, o personagem Evan tem o poder de modificar o passado e fazer com que os acontecimentos traumáticos por ele vividos deixassem de ocorrer em sua vida. Porém, essa interferência, ante a complexidade da vida humana, não impediu que outros acontecimentos similares aos modificados surgissem. É a abordagem prática do que se denominou teoria do caos, elaborada pelo cientista norte-americano Eduard Lorenz, em meados de 1960, na Massachusetts University.

No plano processual, diferentemente do que ocorre na ficção, o juiz não tem a possibilidade de, uma vez ocorrido um fato, agir sobre o passado a fim de modificá-lo segundo o seu senso de justiça. E mesmo que a tivesse, sua atuação poderia, sob esta ótica, proporcionar acontecimentos igualmente traumáticos e indesejáveis. Assim, o juiz deve estar atento às peculiaridades do caso concreto, pois em algumas situações a prestação de uma tutela jurisdicional intempestiva pode pôr em risco a produção do resultado útil do processo.

Pode parecer estranho, mas parte da doutrina tratou da demora processual como algo meramente accidental ao processo, de forma a rejeitar do “discurso científico” qualquer argumento que pudesse relacioná-la. Considerava-se que o direito processual somente deveria se ater às questões de ordem exclusivamente técnicas, o que, por consequência, implicava no

⁴⁹⁹ MANN, Thomas. *A montanha mágica*. Trad. Herbert Caro. São Paulo: Circulo do Livro, 1986, p. 20.

necessário desligamento de sua relação com a vida social e com o período de tempo transcorrido no processo.

Apenas sob a influência do Estado social é que se passou a abordar a questão da “capacidade de o processo atender às necessidades dos jurisdicionados e, para tanto, além de problemas como o custo, importa o significado que o tempo aí assume, em especial como o tempo repercute sobre a efetiva proteção do direito material”.⁵⁰⁰

É certo que a dimensão do tempo pode ser analisada sob as mais variadas óticas (física, existencial, biográfica etc.), mas no bojo deste trabalho pretende-se (re)pensá-la à luz do enfoque jurídico-político, de forma a analisar os motivos causadores da angustiante morosidade processual.

Em virtude do acelerado aumento de conflitos de interesses não solucionados no âmbito extrajudicial, o Estado passou a ser cobrado a dar uma resposta rápida e adequada a esses casos. E por mais esforço que faça tem falhado em seu mister.

Com certa freqüência, observa-se que a prestação da tutela jurisdicional muitas vezes só vem à baila quando o bem da vida objeto do processo não mais interessa ao autor, ou, ainda, que a tutela jurisdicional só foi prestada após o falecimento do autor. Assim, o Poder Judiciário deixa de ser o ambiente tido como ideal para a solução de conflitos.

De acordo com a natureza do bem discutido no processo, prefere-se, cada vez mais, buscar soluções através de “meios mais eficientes”, distantes da esfera judicial, como programas jornalísticos, de ordem eminentemente sensacionalista, que se usam da desgraça alheia com o intuito primeiro, senão exclusivo, de aumentar seus índices de audiência. Quando não, os indivíduos regressam a outros tempos e procuram solucionar o conflito por meio do uso das próprias mãos, fazendo-se justiça privada.

⁵⁰⁰ MARINONI, Luiz Guilherme. *Curso de processo civil: teoria geral do processo*, p. 187.

Quem procura resolver seu conflito de interesse por meio da atuação judicial, definitivamente, não se mostra satisfeito em valer-se de seu direito de ação, abstratamente considerado, e muito menos demonstra interesse em relação às questões de ordem técnico-processual, com os posicionamentos doutrinários e jurisprudenciais divergentes, ou, ainda, com os problemas existentes quanto à composição da organização judiciária.

O que realmente interessa a este cidadão, sob a ótica dos ideais consumeristas que norteiam a prestação jurisdicional, visto como um serviço público, é a real tutela do bem da vida que lhe é de direito.

Não restam dúvidas de que as Associações de Bairros têm empreendido esforços para poder solucionar os conflitos de interesses havidos em seu âmbito territorial, por meio da aplicação de um direito inoficial. Mas isso não basta. Trata-se de uma exceção, revestida de medida paliativa, que serve mais para evidenciar os contornos da regra. É que enquanto os cidadãos pobres valem-se desta Justiça Alternativa, os empresários valem-se do Juízo Arbitral, muito mais célere e eficiente.⁵⁰¹

Segundo incisiva lição de Carnelutti, “O tempo é um inimigo implacável do processo, contra o qual todos – o juiz, seus auxiliares, as partes e seus procuradores – devem lutar de modo obstinado”.⁵⁰²

O problema é que surge sempre o inevitável confronto entre o direito à segurança jurídica e o direito à efetividade da tutela jurisdicional, o que demanda a utilização de juízos de probabilidade por parte do operador do Direito, no sentido de tentar conciliar estes valores.

Deve-se pretender a realização de uma interpretação harmoniosa, mesmo diante da circunstância de que o fator tempo consiste em um elemento fático especialmente habilitado para desencadear conflitos à segurança jurídica e a efetividade jurisdicional, tendo em vista que “O decurso do tempo, todos o sabem, é inevitável para a garantia plena do direito à

⁵⁰¹ MARINONI, Luiz Guilherme. Observações a partir de uma visão da ideologia no processo civil. *Revista Jurídica*. Ano IX, nº 7, Curitiba: Faculdade de Direito de Curitiba, 1993, p. 137.

⁵⁰² CARNELUTTI, Francesco. *Diritto e processo*. Napoli: Morano, 1958, p. 354.

segurança jurídica, mas é, muitas vezes, incompatível com a efetividade da jurisdição, notadamente quando o risco de perecimento do direito reclama tutela urgente”.⁵⁰³

Essa questão, à primeira vista, parece gozar de impossível resolução, mas a atuação ativa do juiz à frente do processo, deve assemelhar-se da atividade desenvolvida pelo cinematógrafo, que se dá à luz das possibilidades de diminuir a velocidade, acelerar e retroceder, conforme as necessidades.⁵⁰⁴

Sucede que o tempo do processo civil, em alguns casos, não se coaduna com o tempo em que o direito material discutido na relação processual deve ser efetivamente tutelado. A incessante procura da “certeza” pode levar o juiz ao desencontro da tutela que deve ser dada aos direitos, mormente àqueles passíveis de fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação.

O tempo que se consome até o momento processual tido como adequado pela doutrina pautada nos ideais do liberalismo para proferir uma decisão baseada em juízos de “certeza” fere qualquer boa intenção legislativa que tenha por finalidade fazer com que a prestação da tutela jurisdicional seja mais célere.

Em época em que os direitos são divididos em primeira, segunda e terceira gerações, ou em tantas outras quanto se possa classificar, o processo civil necessita se pautar nos valores constitucionalmente assegurados, como o da efetividade e o do devido processo legal, sob pena de denegar justiça.

Se por um lado não se tem dúvida de que o número de casos levados ao conhecimento do Poder Judiciário é extraordinariamente alto e marcado pelas mais variadas questões de ordem fática e de direito, por outro, a partir do momento em que o Estado chamou para si o

⁵⁰³ ZAVASCKI, Teori Albino. Antecipação da tutela e colisão de direitos fundamentais. *Reforma do Código de Processo Civil*. Coord. Sálvio de Figueiredo Teixeira. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 149.

⁵⁰⁴ CARNELUTTI, Francesco. *Diritto e processo*, p. 353.

monopólio jurisdicional,⁵⁰⁵ não pode apresentar como justificativa à morosidade processual o fato de haver excesso de trabalho, ainda porque muitos processos judiciais existem em razão de o próprio Estado apresentar-se omissivo onde não deveria ser, como ocorre em relação à saúde, educação e saneamento básico.

Muito pelo contrário, de acordo com esse ponto de vista, o Estado tem o dever⁵⁰⁶ – e não somente o poder – de prestar uma tutela jurisdicional tal como a que seria proporcionada pela força privativa do titular do direito material.

Diante da vertiginosa velocidade das transformações sociais, pode-se dizer, sem medo de errar, que se não efetivados em tempo hábil, os direitos poderão perecer, acarretando para a atividade jurisdicional desprestígio perante os cidadãos, gastos inúteis de dinheiro público e forte desconforto social, porque as pessoas economicamente menos favorecidas suportarão, resignadas, eventual lesão aos seus direitos.

Daí a busca de se criar mecanismos processuais pautados em técnicas de cognição sumária, não somente para eliminar os traumas presentes nos cidadãos que se encontram à espera da resposta do Poder Judiciário, no sentido de solucionar o conflito de interesses do qual fazem parte, mas, sobretudo, de possibilitar aos jurisdicionados meios capazes de proporcionar a prestação de uma tutela jurisdicional tal como prometida constitucionalmente.

Se se tem como ponto de partida o entendimento de que o processo consiste em um instrumento que se desenvolve no tempo, todos os operadores do Direito têm o dever de promover uma atuação que vise a sua redução, transportando para o seu âmbito os valores

⁵⁰⁵ “É de se concluir, assim, que a busca da efetividade do processo é necessidade que advém do direito constitucional à adequada tutela jurisdicional, indissociavelmente ligado ao *due process law*, e ínsito no princípio da inafastabilidade, que é garantido pelo princípio da separação dos Poderes, e que constitui princípio imanente ao próprio Estado de Direito, aparecendo como contrapartida à proibição da autotutela privada, ou ao dever de que o Estado se impõe quando chamou a si o monopólio da jurisdição. A tutela antecipatória, portanto, nada mais é do que instrumento necessário para a realização de um direito constitucional”. MARINONI, Luiz Guilherme. *A antecipação de tutela*, pp. 165-166.

⁵⁰⁶ “A par dessas premissas, é forçoso reconhecer que jurisdição é muito mais dever do que poder. A aparente contradição é facilmente desfeita se lembrarmos que todo poder emana do povo e esse ao delegá-lo a um órgão responsável pela jurisdição, tem, em contrapartida, o direito de cobrar o serviço e aquele o dever de prestá-lo. A situação, guardadas as devidas proporções, é a mesma que se passa entre mandante e mandatário”. PEREIRA FILHO, Benedito Cerezzo. *A prestação da tutela jurisdicional*, p. 24.

processuais contidos no art. 5º, incisos XXXV, LIV e LXXVII, da Constituição Federal, desde que estes sejam harmoniosamente considerados em relação aos princípios do contraditório e da ampla defesa, ambos de igual estirpe.

Apesar desse dever incidir sobre todos os atores processuais,⁵⁰⁷ incumbe ao órgão judicial a responsabilidade pela celeridade do processo. De acordo com o princípio da demanda,⁵⁰⁸ ao jurisdicionado é conferida a faculdade de movimentar o Poder Judiciário, mas, em contrapartida, o princípio do impulso oficial determina que é o juiz quem deve fazer com que o processo venha desenvolver-se regularmente, responsabilizando-se, inclusive, a parte que incorrer em uma das hipóteses de litigância de má-fé previstas no art. 17 do CPC.

O juiz é um agente político, transformador da realidade. No exercício de sua atividade deve velar pela rápida solução do litígio, mas sem que isso se dê açodadamente, sem refletir sobre as conseqüências de tal comportamento, eis que poderá causar um mal ainda maior.⁵⁰⁹

À luz dos direitos fundamentais, devem-se reorganizar as normas processuais e o modo de aplicá-las. A sociedade não espera que o juiz seja um refém das normas processuais constantes unicamente no Código de Processo Civil, haja vista que, se dessa forma ele for, também estará fazendo com que a sociedade se torne refém das normas processuais, ou melhor, do Legislativo e do Executivo (este por meio da edição desordenada de medidas

⁵⁰⁷ “Mas é incontestável que o juiz e, aliás, todos os operadores do processo, devem buscar a abreviação do tempo, opondo-se a formalismos inúteis, às demoras injustificáveis, às protelações maliciosas. Reputa-se litigante de má-fé aquele que opõe resistência injustificada ao normal andamento do processo, age de modo temerário, provoca incidentes manifestamente infundados, interpõe recursos protelatórios, atenta contra a dignidade da justiça (CPC, art. 17, IV, V, VI e VII; arts. 600 e 601), ou comete ato atentatório ao exercício da jurisdição (art. 14, V, com a redenção da Lei nº 10.358, de 27.12.2001)”. CARNEIRO, Athos Gusmão. *Da tutela antecipada*, p. 02.

⁵⁰⁸ Este princípio é previsto no CPC nos seguintes arts.: “Art. 2º Nenhum juiz prestará a tutela jurisdicional senão quando a parte ou o interessado a requerer, nos casos e formas legais”; “Art. 262 O processo civil começa por iniciativa da parte, mas se desenvolve por impulso oficial”.

⁵⁰⁹ “O juiz inconsiderado é ainda pior que o vagaroso. A observância rigorosa das formas e prazos legais é a melhor receita para conciliar rapidez e segurança”. TORNAGHI, Hélio. *Comentários ao código de processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1974, v. 1, p. 382. Todavia, tendo em vista que esta doutrina foi elaborada antes da promulgação da Constituição Federal de 1988 e, por óbvio, antes das reformas processuais que se ativeram ao tema da redistribuição do tempo no processo, pode-se dizer que Tornaghi consistia em um jurista de seu tempo e não um reacionário.

provisórias seqüenciais) e das mazelas que elas proporcionam se aplicadas cegamente, à semelhança dos escritos de Montesquieu.

Inúmeras são as causas geradoras da pernicioso lentidão processual. A não conformação dos procedimentos processuais ao direito material é apenas uma delas, em que pese existirem juristas de renome, do porte de Humberto Theodoro Júnior, sustentando a tese de que “a morosidade da Justiça pouco ou nada tem a ver com os procedimentos da lei [...]”, porque ela se deve, “[...] ao anacronismo dos serviços forenses e à completa indiferença dos que neles operam pelas modernas técnicas de administração”.⁵¹⁰

Para desenvolver esse raciocínio, o jurista mineiro invoca os ensinamentos de Niceto Alcalá Zamora Y Castilho, para quem a desmedida duração do processo deve-se ao que é denominado de “tempos mortos”. Ou, de outra maneira: a prestação de uma tutela jurisdicional tempestiva “somente se consegue evitando as ‘etapas mortas’, ou seja, a inatividade processual durante a qual os autos ou os expedientes forenses permanecem paralisados nos escaninhos forenses”.⁵¹¹

Sábias são essas palavras, mas apesar delas e da autoridade de quem as proferiu, não há como negar que as técnicas processuais contribuem para a lentidão processual, na medida em que impedem que ocorra o acesso à ordem jurídica justa, fundamentada pelos direitos à efetividade e à tempestividade. O problema é por demais complexo, pois envolve falhas na organização judiciária, que vão desde a recusa de alguns juízes a capacitarem seus conhecimentos até a total falta de suporte material por que passam algumas comarcas.

É nitidamente perceptível que um bom advogado é capaz de adiar longamente uma decisão, interpondo recursos perante um mesmo juiz ou tribunais superiores. Obviamente, um bom advogado cobra caro por seus serviços e, por via de consequência, esse artifício consiste em um privilégio de empresas, do governo e de pessoas economicamente mais favorecidas.

⁵¹⁰ THEODORO JÚNIOR, Humberto. *As novas reformas do código de processo civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 64.

⁵¹¹ Idem. *Ibidem*, p. 64.

“Para estes, o rendimento obtido em não pagar se deve usualmente mais do que compensa os gastos. Um ganho provado, mas uma perda social: o Judiciário fica abarrotado de casos que lá não deveriam estar, sobrando menos tempo para os que precisam da sua atenção”.⁵¹²

Sustentar que os procedimentos legais pouco ou nada contribuem para isso, é, no mínimo, não se atentar para a ideologia que se situa sob as estruturas do vagaroso procedimento ordinário. Vale dizer que no procedimento ordinário, a desigualdade processual encontra as melhores terras para ser cultivada.

3.2. Direito ao processo sem as dilações indevidas

A doutrina tradicional, influenciada pelo liberalismo jurídico, considerava o tempo como um elemento acidental da relação jurídica processual, ou seja, o fator temporal tarava-se de uma questão estranha ao conhecimento científico. Entendia-se que o tempo era algo irrelevante e desprovido de importância no “mundo do processo”. Porém, se este entendimento for acolhido no Estado contemporâneo, pode-se dizer, sem pestanejar, que o seu defensor encontra-se “não só alheio ao mundo em que vive, como também não tem a capacidade de perceber que o tempo do processo é o fundamento dogmático de um dos mais importantes temas do processo civil moderno: a tutela antecipada”.⁵¹³

A Convenção Européia para a Salvaguarda dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais, dele cuidou nos artigos 6º e 50, e, dessa forma, pretendeu coibir o excesso de tempo contido na tramitação de uma relação processual. Um processo que perdura longos e injustificados anos coloca em risco o objetivo de garantir-se o seu resultado útil.

⁵¹² PINHEIRO, Armando Castelar. Reforma do judiciário: observações de um economista. *Revista do Advogado*. São Paulo: Associação dos Advogados de São Paulo, 2004, nº 75, p. 21.

⁵¹³ MARINONI, Luiz Guilherme. Direito à tempestividade da tutela jurisdicional. *Revista de Direito Processual Civil – GENISIS*, nº 17. Ano V. Junho/setembro de 2000, pp. 542-556.

Foi por ofensa a essas previsões que a Corte Européia dos Direitos do Homem, condenou o Estado italiano “a indenizar uma litigante nos tribunais daquele país pelo dano moral ‘derivante do estado de prolongada ansiedade pelo êxito da demanda’”.⁵¹⁴

Torna-se difícil delimitar qual o período de tempo considerado ideal para a resolução de cada situação em concreto, mas a *American Bar Association* publicou pesquisa referente ao tempo tolerável de duração dos processos cíveis nos tribunais ordinários da justiça norte-americana, que podem ser parametralmente válidos, a saber:

- a1) *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;
- a2) *casos cíveis sumários*: processados perante juizados de pequenas causas (*small claims*), devendo ser finalizados em 30 dias;
- a3) *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.⁵¹⁵

A Convenção Americana de Direitos Humanos, assinada em São José, capital da Costa Rica, aos 22 de novembro de 1969, no seu art. 8º, 1,⁵¹⁶ foi expressa ao prever o direito a razoável duração do processo que, apesar de não ter sido originalmente recepcionada pela Constituição Federal de 1988, foi alçada à condição de direito fundamental, em razão de o Brasil ter sido signatário desta Convenção e do fato de o art. 5º, § 2º, da Constituição Federal,

⁵¹⁴ CRUZ E TUCCI, José Rogério. *Tempo e processo*, p. 60. “Eis a íntegra do acórdão: “Direitos políticos e civis – Itália – Duração dos procedimentos judiciais – Limites razoáveis – Caso concreto – Violação da Convenção – Ressarcimento do dano – Critérios de determinação (Convenção Européia para a Salvaguarda dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais: arts. 6º e 50). Excede os termos razoáveis de duração, prescritos pelo art. 6º, 1, da Convenção Européia para a Salvaguarda dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais, o processo não particularmente complexo, tanto em matéria de fato, quanto em matéria de direito, e que ainda não foi concluído depois de 10 anos e 4 meses. O motivo de que o processo italiano é inspirado pelo princípio dispositivo não se põe em contraste com a Convenção, e também não dispensa o juiz do dever de atender aos limites de duração prescritos no art. 6º, 1, da Convenção Européia para a Salvaguarda dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais. Com a finalidade de valorar a contribuição da parte à causa dos atrasos que determinaram a excessiva duração do processo, nem todos aqueles devidos a atos do defensor são imputados à parte. O Estado italiano é responsável pelas delongas dos trabalhos periciais, como consequência da falta de exercício dos poderes de que o juiz dispõe, inclusive no tocante à inobservância dos prazos por ele definidos. O Estado italiano é obrigado a pagar à requerente, em face da excessiva duração do processo no qual ela é autora, a soma de 8.000,00 libras, determinada equitativamente ao ressarcimento, seja do dano moral advindo das despesas efetuadas e das perdas sofridas, seja do dano moral derivante do estado de prolongada ansiedade pelo ‘êxito da demanda’”. Idem. *Ibidem*, pp. 69-70.

⁵¹⁵ Idem. *Ibidem*, p. 77.

⁵¹⁶ “Toda pessoa tem direito de ser ouvida com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável por um juiz ou tribunal competente, independente e imparcial, instituído por lei anterior, na defesa de qualquer acusação penal contra ele formulada, ou para a determinação de seus direitos e obrigações de ordem civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza”.

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

Não obstante isso, a duração razoável do processo trata-se de um direito já absorvido pelo devido processo legal, previsto no art. 5º, inciso LIV, da CF, que, aos poucos, começa a repercutir de um modo mais eficaz no cotidiano forense.⁵¹⁷ Mas como no Brasil parece fazer parte da cultura legislativa a produção de diversas normas para regular o mesmo fato, a Emenda Constitucional nº 45, de 8 de dezembro de 2004, houve por acrescentar o inciso LXXVIII ao art. 5º, deixando consignado que “a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a duração razoável do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação”.

Dessa forma, o que se busca garantir não é apenas o mero acesso do jurisdicionado ao Judiciário, mas também a inafastável regularidade do processo, “com a verificação efetiva de todas as garantias resguardadas ao consumidor da justiça, ‘em breve prazo de tempo’, isto é, dentro de um ‘tempo justo’, para a consecução do escopo que lhe é reservado”.⁵¹⁸

Além de incidir sobre o Executivo e o Legislativo, esse direito fundamental também recai sobre o Judiciário, na medida em que o obriga a organizar adequadamente a distribuição da justiça, a equipar de modo efetivo os órgãos judiciários, a adotar técnicas processuais idealizadas para a prestação de uma tutela jurisdicional tempestiva, além de impedir a

⁵¹⁷ “O julgamento sem dilações indevidas constitui projeção do princípio do devido processo legal. O direito ao processo sem dilações indevidas, qualifica-se como prerrogativa fundamental que decorre da garantia constitucional do ‘due process of law’. O réu – especialmente aquele que se acha sujeito a medidas cautelares de privação da sua liberdade – tem o direito público subjetivo de ser julgado, pelo Poder Público, dentro de prazo razoável, sem demora excessiva e nem dilações indevidas. Convenção Americana sobre Direitos Humanos (art. 7º, nºs 5 e 6). Doutrina. Jurisprudência. O excesso de prazo, quando exclusivamente imputável ao aparelho judiciário – não derivando, portanto, de qualquer fato procrastinatório casualmente atribuível ao réu –, traduz situação anômala que compromete a efetividade do processo, pois, além de tornar evidente o desprezo estatal pela liberdade do cidadão, frustra um direito básico que assiste a qualquer pessoa: o direito à resolução do litígio, sem dilações indevidas e com todas as garantias reconhecidas pelo ordenamento constitucional”. STF – HC nº 80.379/SP – Rel. Min. Celso de Mello – Segunda Turma.

⁵¹⁸ CRUZ E TUCCI, José Rogério. *Tempo e processo*, pp. 87-88.

ocorrência de atos omissos ou comissivos que venham a retardar o trâmite processual de forma injustificada.⁵¹⁹

Cabe frisar que um procedimento deve ser constituído de técnica processual capaz de possibilitar a concessão de pedido de antecipação da tutela em casos de fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação, abuso do direito de defesa e parcela incontroversa da demanda, conforme previsão contida no art. 273, incisos I e II, e § 6º, do CPC, sob pena de ser considerado incompatível com o direito à duração razoável.

A cognição sumária, entendida como a técnica processual menos aprofundada no sentido vertical, permite ao juiz formar sua convicção com base em juízos de verossimilhança⁵²⁰ e, dessa forma, consiste em uma técnica de concepção de processos diferenciados e ajustados à sociedade moderna.⁵²¹

Mesmo que se conseguisse reduzir as formalidades existentes no processo comum, de cognição plena e exauriente, e por melhor que viesse ser a organização judiciária, sempre existiriam direitos que, pela sua natureza, sua simplicidade ou principalmente pela urgência da tutela que carecem em virtude da iminência de dano irreparável ou de difícil reparação, exigiriam processos diferenciados, quer seja em relação aos “procedimentos de cognição plena e exauriente ajustados às peculiaridades das situações substanciais controvertidas”, quer seja em relação aos “procedimentos de ‘cognição sumária’, que atendam aos reclamos da extrema rapidez na concessão do provimento jurisdicional”.⁵²²

⁵¹⁹ MARINONI, Luiz Guilherme. *Curso de processo civil: teoria geral do processo*, p. 222.

⁵²⁰ WATANABE, Kazuo. *Da cognição no processo civil*, p. 145.

⁵²¹ “O direito e o processo devem ser aderentes à realidade, de sorte que as normas jurídicas materiais que regem essas relações devem propiciar uma disciplina que responda adequadamente a esse ritmo de vida, criando os mecanismos de segurança e de proteção que reajam com agilidade e eficiência às agressões ou ameaças de ofensa. E, no ‘plano processual’, os direitos e pretensões materiais que resultam da incidência dessas normas materiais devem encontrar uma tutela rápida, adequada e ajustada ao mesmo compasso”. Idem. *Ibidem*, p. 165.

⁵²² Idem. *Ibidem*, p. 168.

Em que pese a redundância contida no texto constitucional, na medida em que a duração razoável do processo parece ser uma idéia fixa do Estado, urge esclarecer que não se altera a realidade das coisas por decreto.⁵²³

Normas há em demasia. Mas quantidade, não significa qualidade. Pelo menos no plano do processo civil. O que precisa ser feito é direcionar a produção legislativa para a criação de técnicas processuais adequadas ao direito material e, sobretudo, modificar a mentalidade dos juristas, porque, no Estado contemporâneo, deve-se estudar e aplicar o Direito na perspectiva dos princípios constitucionais de justiça e dos direitos fundamentais.

Ou será que a inserção desta previsão no art. 5º, inciso LXXVIII, da CF quer dizer que ela não goza de auto-aplicabilidade? Será que se está “diante de mais uma disposição meramente programática, desprovida de efetividade, de eficácia prática e de sanção, para a hipótese de descumprimento?”⁵²⁴

A antecipação da tutela, o processo monitorio, os títulos executivos extrajudiciais e a execução provisória são mecanismos dirigidos ao escopo de acelerar a prestação jurisdicional, invertendo a lógica pertencente à visão clássica, em que o ônus do tempo necessário para a tramitação processual deveria ser suportado pelo autor, já que, agora, com a revisão desse postulado, deve-se tutelar o direito provável em detrimento do improvável.⁵²⁵

O tempo do processo encontra-se ligado ao contraditório, devendo ser distribuído entre as partes. Acelerar a prestação da tutela jurisdicional sem ofender os direitos fundamentais de defesa é a grande questão da processualística moderna. “Há que se distribuir o tempo entre as partes para se respeitar o princípio da isonomia e a idéia de democracia subjacente à noção de processo”⁵²⁶.

⁵²³ YARSHELL, Flávio Luiz. A reforma do judiciário e a promessa de “duração razoável do processo”. *Revista do Advogado*. São Paulo: Associação dos Advogados de São Paulo, nº 75, 2004, p. 28.

⁵²⁴ Idem. *Ibidem*, p. 28.

⁵²⁵ Idem. *Ibidem*, 33.

⁵²⁶ MARINONI, Luiz Guilherme. *Curso de processo civil: teoria geral do processo*, p. 224.

A celeridade processual restou priorizada no texto constitucional, mas, de qualquer forma, este valor fundamental deve ser compartilhado com o conteúdo material da decisão, porque a decisão precisa ser justa e célere, com base em critérios racionais. Ocorre que o direito à razoável duração do processo inverteu a ordem lógica que sempre esteve presente no processo civil brasileiro.

Diante disso, nota-se que, “se o autor tem o direito de obter a imediata tutela do direito evidenciado no curso do processo, também tem o direito à execução da sentença que reconhece o direito material”,⁵²⁷ pois é impossível respeitar a razoável duração “sem atribuir efeitos concretos à sentença, ou melhor, sem dar à sentença a possibilidade de interferir na vida das pessoas”.⁵²⁸

3.3. Ideário liberal, procedimento ordinário e tempestividade da tutela jurisdicional

O art. 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal, reza que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”, consagrando, dessa forma, a inafastabilidade jurisdicional e o direito ao acesso à justiça.

Assim, diante da riqueza deste dispositivo, percebe-se que o Estado não tem o dever tão-somente de colocar nas mãos do jurisdicionado a faculdade de se valer do direito de ação, pois, em realidade, daí decorre o dever de proporcionar meios para que a prestação da tutela jurisdicional seja adequada, tempestiva e efetiva.

⁵²⁷MARINONI, Luiz Guilherme. *Curso de processo civil: teoria geral do processo*, p. 225.

⁵²⁸ Idem. *Ibidem*, p. 225.

O processo caracteriza-se pelo constante diálogo travado entre as partes, no mais das vezes por meio de uma cognição plena e exauriente, tornando necessário estabelecer prazos para que isso ocorra racionalmente, sob pena de não se ter o mínimo de parâmetros para determinar o tempo e a forma com que será solucionado o conflito de interesses. Como a prestação da tutela jurisdicional não é marcada pelos traços do automatismo, procura-se fazer o possível para abreviar o tempo entre a lesão ao direito e a sentença judicial,⁵²⁹ ou entre a ameaça ao direito e a decisão que visa impedir a sua ocorrência.

Mas todos sabem que, na ordinaryidade dos casos, o Estado tem falhado em seu mister. A idéia de que bastaria um único processo de conhecimento, seguido, quando preciso, da realização de atos executórios, demonstra uma certa desatenção do processualista para com a necessidade de as técnicas processuais estarem atentas às peculiaridades do direito substancial, já que são estas que realizam o processo de criação de uma ou de outra espécie jurisdicional.⁵³⁰

A influência dos ideais liberais clássicos sobre o processo civil, com destaque para os contornos oriundos do jusnaturalismo-racionalista, em que se destacavam os direitos naturais inalienáveis, teve como ápice o *Code Napoléon*. Nesse diploma legislativo, no entanto, o homem concreto foi ignorado, uma vez que suas debilidades sociais e econômicas não foram levadas em conta pelo legislador. Os interesses privilegiados foram os dos burgueses contidos no direito privado, em especial os de ordem patrimonial.⁵³¹

Foi por essa razão, que tanto o sistema francês quanto o italiano, pouco se importaram com as questões relativas aos direitos não patrimoniais, preferindo adotar uma forma

⁵²⁹ “[...] a semente da verdade necessita, às vezes, de anos, ou mesmo séculos para tornar-se espiga (‘veritas filia temporis’)... O processo dura; não se pode fazer tudo de uma única vez. É imprescindível ter-se paciência. Semeia-se, como faz o camponês; e é preciso esperar para colher-se. Ao lado da exigência de atenção, coloca-se a paciência entre as virtudes inafastáveis do juiz e das partes. Infelizmente estas são impacientes por definição; impacientes como os doentes, visto que também sofrem. Uma das tarefas dos defensores é aquela de inspirar-lhes a paciência. O ‘slogan’ da justiça rápida e segura, que anda na boca dos políticos inexperientes, contém, lamentavelmente, uma contradição ‘in adiecto’: se a justiça é segura não é rápida, se é rápida não é segura”. CARNELUTTI, Francesco. *Diritto e processo*, p. 154.

⁵³⁰ MARINONI, Luiz Guilherme. Observações a partir de uma visão da ideologia no processo civil, p. 135.

⁵³¹ MARINONI, Luiz Guilherme. *Curso de processo civil: teoria geral do processo*, p. 393.

processual neutra como o procedimento ordinário, capaz de possibilitar a obtenção da tutela ressarcitória pelo equivalente financeiro, “espécie de proteção dos direitos que desconsiderava a necessidade de distinguir os bens e as pessoas e reafirmava a dissolução dos vários direitos e das diversas posições sociais, tentando tornar tudo e todos iguais”.⁵³²

O ordinário, considerado o procedimento padrão, é caracterizado pela desconcentração de suas fases, na medida em que obedece a certas formalidades que ampliam por demais o tempo de duração do processo.

Essa universalização do procedimento ordinário consiste em uma causa da lentidão processual. Ao desconsiderar o que ocorre no plano do direito material e da realidade social, mostra-se inapto para propiciar uma tutela jurisdicional efetiva. Para que haja efetividade, necessita-se da predisposição de procedimentos adequados à tutela dos direitos, o que se traduz em uma mudança de perspectiva, pois “somente é possível a construção de tutelas jurisdicionais adequadas olhando-se de fora para dentro, ou seja, a partir do plano do direito material”.⁵³³

No âmbito do procedimento ordinário as oportunidades de alegações e defesas são dilatadas. Destaca-se o seu caráter dialético que, supostamente, enseja o proferimento de uma decisão mais completa e mais justa.⁵³⁴ De acordo com a visão tradicional, considera-se o procedimento ordinário como o meio através do qual o juiz se vale para desvendar a “certeza” que há por detrás das alegações das partes e do conjunto probatório existente nos autos.

E há uma agravante a ser esclarecida nisso tudo: a neutralidade deste procedimento “não permitiu ao processualista, por muito tempo, sequer perceber que o ônus do tempo do processo não pode ser jogado nas costas do autor, como se este fosse o culpado pela má estrutura do Poder Judiciário e pela falta de efetividade do procedimento comum”.⁵³⁵

⁵³² MARINONI, Luiz Guilherme. *Curso de processo civil: teoria geral do processo*, p. 393.

⁵³³ MARINONI, Luiz Guilherme. *Novas linhas do processo civil*, p. 34.

⁵³⁴ FUX, Luiz. *Tutela de Segurança e Tutela de Evidência*. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 31.

⁵³⁵ MARINONI, Luiz Guilherme. *Novas linhas do processo civil*, p. 35.

São utilizadas técnicas de cognição plena e exauriente, que têm por finalidade esgotar todos os meios de prova e possibilitar às partes o mais amplo diálogo, eis que apenas com o proferimento de eventual sentença de procedência é que poderá existir, no caso das ações condenatórias,⁵³⁶ título executivo hábil para dar-se início à fase de cumprimento de sentença, nos termos do art. 475, I, do CPC. Pretende-se, assim, neste caso, conferir “prioridade ao valor segurança sobre o valor tempestividade”.⁵³⁷

É, em outras palavras, o que alega Ovídio A. Baptista da Silva, para quem somente após o término de exaustiva investigação probatória, em que o juiz se apresenta tal como um cientista operando no domínio das ciências experimentais, é que haverá condições de dizer o direito. “Até lá, não importa por quanto tempo, conserva-se (conservadoramente!) o ‘statu quo ante’. Não pode haver ‘pronúncia’ liminar sobre o direito litigioso”.⁵³⁸

Entretanto, a classes detentoras do poder, com base na ideologia da civilização industrial, instituíram tutelas sumárias muito mais conciliáveis e de acordo com os interesses e “negócios dos ‘homens de negócios’”.⁵³⁹

Basta observar que, para se tutelar alguns direitos, dos quais a propriedade é o exemplo que mais se destaca, o Código de Processo Civil, implementou técnicas processuais capazes de fazer com que o tempo do processo fosse visto como um ônus a ser suportado pelo réu e não pelo autor, e capazes de considerar plenamente justificáveis os provimentos baseados em juízos de convicção de verossimilhança.

Nas hipóteses regulamentadas pelos procedimentos especiais, como num passe de mágica, os juízes deixavam (e ainda deixam) de empreender esforços no sentido de encontrar a tão buscada “certeza” jurídica, para, ao invés disso, conceder uma medida liminar e prestar

⁵³⁶ As outras duas espécies de ação – declaratória e constitutiva –, não carecem de processo executório, na medida que se realizam no momento em que a sentença judicial de procedência transita em julgada.

⁵³⁷ MARINONI, Luiz Guilherme. Direito à tempestividade da tutela jurisdicional, p. 542.

⁵³⁸ BAPTISTA DA SILVA, Ovídio. A. Decisões interlocutórias e sentenças liminares. *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, nº 61, p. 12.

⁵³⁹ MARINONI, Luiz Guilherme. Direito à tempestividade da tutela jurisdicional, pp. 542-543.

ao autor, desde logo, o direito material pleiteado na petição inicial. Direito material esse, que se discutido em uma ação judicial regulamentada pelo rito ordinário clássico, somente lhe seria prestado após muito tempo.⁵⁴⁰

Com base nisso, ainda, foram criadas inúmeras leis especiais para atender os interesses de pessoas consideradas “especiais” pelo legislador, todas, à evidência, com procedimento diferenciado do ordinário.

Os Decretos-leis 167/66 (que trata dos títulos de crédito rural), 911/69 (que trata da alienação fiduciária), 413/69 (que trata dos títulos de crédito industrial) e a Lei nº 6.313/75 (que trata dos títulos de crédito à exportação) demonstram a existência de uma ideologia liberal por detrás dessas normas, que visam, antes de tudo, a preservação dos interesses da classe social que detém o poder, ou, ao menos, da classe social composta por pessoas que se valem das relações de compadrio para preservarem seus interesses.

Como bem lembrado por Rui Portanova, é “pelo Estado de Direito que a ordem tradicional articula a conservação dos interesses particulares em interesses gerais”.⁵⁴¹ Se o poder jurisdicional, marcado pelo entendimento tradicional, tem por finalidade a mera declaração da vontade concreta da lei, e o juiz deve ser “neutro” e “imparcial”, a aparência de

⁵⁴⁰ “Para uma melhor compreensão do que desejamos significar quando aludimos ao compromisso deste princípio de distribuição do ônus de prova com a ‘ordinariedade’, é conveniente comparar o que acontece com uma demanda de procedimento ordinário – tomemos como exemplo a ação reivindicatória – e com uma ação de tipo interdital, como se dá entre nós com a ação de mandado de segurança, ou com a ação possessória (especial) de reintegração de posse. Se, em tais demandas, dispuser o julgador, ao receber a petição inicial, de um índice de convencimento a respeito da procedência do pedido extremamente elevado, ele poderá – se o processo não for ordinário (!) – decidir (tomar uma decisão) desde logo, através de uma ‘sentença liminar’, provisória e sujeita à confirmação posterior, no mesmo processo, permitindo a ‘realização antecipada’ do pedido que se lhe afigure ‘verossímil’. Se, no entanto, estivermos em presença de um procedimento ordinário, a que se submete a demanda reivindicatória – como de resto a generalidade das demais ações, em nosso Direito – o Magistrado jamais poderá decidir com apoio num juízo de mera plausibilidade. Isto significa dizer que, mesmo tendo o julgador, ao iniciar-se o procedimento, um grau de verossimilhança que aponte para um percentual de 90% a favor do autor, reduzindo a possibilidade de vitória do réu a apenas 10%, mesmo assim ele deve privilegiar a posição do demandado, conservando-o na posse da coisa reivindicanda, apesar da desprezível possibilidade de êxito com que o mesmo conte. O princípio segundo o qual a execução jamais poderá preceder à cognição (‘nulla executio sine titulo’), conjugado com o princípio que preside o ônus da prova, que proíbe ao juiz decidir com base em simples verossimilhança (Micheli, ‘La Carga de la Prueba’, trad. esp., B. Aires, 1961, p. 203), legitimam e dão sustentação teórica à ‘ordinariedade’”. BAPTISTA DA SILVA, Ovídio. A. Decisões interlocutórias e sentenças liminares, p. 14.

⁵⁴¹ PORTANOVA, Rui. *Motivações ideológicas da sentença*, p. 67.

legalidade pela qual revestem-se esses privilégios faz com que essas questões tornem-se inquestionáveis por parcela considerável da jurisprudência.

Se o devido processo legal continuar a ser aplicado como uma mera garantia de formas, indiferente à realidade social na qual opera, servirá apenas para preservar privilégios. “Imaginar que apenas as formas são suficientes para garantir um verdadeiro ‘processo justo’, ou pensar que as garantias não retiram de alguém, é desprezar o lado oculto do processo, o lado que não pode ser visto pelo processualista que olha apenas para o plano normativo”.⁵⁴²

Enquanto isso, o procedimento ordinário, nada mais é do que “ordinário”.⁵⁴³ Através de sua irritante morosidade, impulsionada em larga escala por sua flagrante formalidade, contrapõe tudo o que é ofertado nos procedimentos especiais e em legislação afim.

O cidadão que acaba por receber a prestação da tutela jurisdicional de maneira adequada, tempestiva e efetiva é aquele que se encontra inserido na classe social detentora do poder, porque as demandas do interesse desta classe são colocadas à parte do desastroso procedimento ordinário.

E o pior é que tais procedimentos especiais geralmente desrespeitam o princípio da igualdade das partes no processo. A técnica processual presente nessas hipóteses gerou (e ainda gera) dupla desigualdade: a *de* procedimento e a *no* procedimento.⁵⁴⁴

O esforço da legislação processual especial datado principalmente após o ano de 1964, realizado no mais das vezes por meio de decretos-leis, confrontam as normas consideradas comuns do processo civil brasileiro e, neste ponto, requer uma meditação mais atenta, tendo em vista que o “seu exame evidencia de que forma os grupos que empolgam o Poder se

⁵⁴² MARINONI, Luiz Guilherme. *Novas linhas do processo civil*, p. 35.

⁵⁴³ MARINONI, Luiz Guilherme. *Efetividade do processo e tutela de urgência*, p. 02.

⁵⁴⁴ OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. Procedimento e ideologia no direito brasileiro atual. *AJURIS – Revista da Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul*. Porto Alegre: AJURIS, nº 33, 1985, p. 81.

apropriam de instrumentos mais eficientes à satisfação de suas pretensões, relegando para segundo plano as aspirações da maior parte da população”.⁵⁴⁵

As únicas justiças que são efetivas para as pessoas pobres são a “paralela” (estatuída em códigos próprios, à margem do ordenamento jurídico, como ocorre nos morros cariocas ou no interior dos presídios brasileiros) e a penal (regulamentada em dispositivos de lei que tem como finalidade “vigiar e punir” o cidadão que praticou algum ato considerado pela lei como delito).

Isso se dá porque as pessoas inseridas nesses tipos de justiça são “invisíveis” aos olhos dos detentores do poder, ou melhor, elas são totalmente ignoradas por não poderem contribuir para a manutenção de seus interesses particulares.

É certo que, nos termos da lei, toda pessoa que cometer um delito será responsável criminalmente. Porém, mesmo na seara do Direito Penal, existem algumas peculiaridades que demonstram a construção de um sistema propositalmente desigual e injusto. Como pode se justificar o fato de a pena cominada aos crimes contra o patrimônio serem mais severas do que à dos crimes contra a vida?⁵⁴⁶

⁵⁴⁵ OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. Procedimento e ideologia no direito brasileiro atual, p. 84.

⁵⁴⁶ “Com as novas formas de acumulação de capital, de relações de produção e de estatuto jurídico da propriedade, todas as práticas populares que se classificavam, seja numa forma silenciosa, cotidiana, tolerada, seja numa forma violenta, na ilegalidade dos direitos, são desviadas à força para a ilegalidade dos bens. O roubo tende a tornar-se a primeira das grandes escapatórias à legalidade, nesse movimento que vai desde uma sociedade da apropriação jurídico-política a uma sociedade da apropriação dos meios e produtos do trabalho. Ou para dizer as coisas de outra maneira: a economia das ilegalidades se reestruturou com o desenvolvimento da sociedade capitalista. A ilegalidade dos bens foi separada da ilegalidade dos direitos. Divisão que corresponde a uma oposição de classes, pois, de um lado, a ilegalidade mais acessível às classes populares será a dos bens – transferência violenta das propriedades; de outro a burguesia, então, se reservará a ilegalidade dos direitos: a possibilidade de desviar seus próprios regulamentos e suas próprias leis; de fazer funcionar todo um imenso setor da circulação econômica por um jogo que se desenrola nas margens da legislação – margens previstas por seus silêncios, ou liberadas por uma tolerância de fato. E essa grande redistribuição das ilegalidades se traduzirá até por uma especialização dos circuitos judiciários; para as ilegalidades de bens – para o roubo – os tribunais ordinários e os castigos; para as ilegalidades de direitos – fraudes, evasões fiscais, operações comerciais irregulares – jurisdições especiais com transações, acomodações, multas atenuadas etc. [...]”. FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir: nascimento da prisão*. Trad. Raquel Ramalhe. 29ª ed. Petrópolis: Vozes, 2004, pp. 73-74.

A demora proporcionada pelo procedimento ordinário beneficia os economicamente mais favorecidos.⁵⁴⁷ Todos, evidentemente, sabem que os economicamente mais fracos ou débeis, aceitam transacionar sobre os seus direitos em virtude da flagrante lentidão da Justiça, abrindo mão, por conseqüência, de parcela significativa do direito que provavelmente seria realizado através do proferimento de uma decisão judicial definitiva, mas depois de muito tempo. Com esse temeroso entrave, a demora no processo fere o princípio da isonomia.⁵⁴⁸

Esse é o mesmo entendimento sustentado por Mauro Cappelletti, ao dizer que a demasiada duração do processo constitui fonte de injustiça social, “porque el grado de resistencia del pobre es menor que el grado de resistencia del rico; este último, y no el primero, puede normalmente esperar sin daño grave una Justicia lenta”.⁵⁴⁹

Enquanto isso, os empresários valem-se de meios alternativos de solução de conflitos, como a mediação e a arbitragem. Eles procuram pessoas especializadas nos costumes e práticas comerciais para resolverem os seus conflitos, em razão de a justiça oficial não se mostrar apta para atender os seus interesses em uma sociedade capitalista e individualista. Em realidade, os empresários “precisam de uma justiça especializada e paralela para tratar dos seus negócios [...] mas não abrem mão de uma justiça inefetiva para julgar as demandas dos seus adversários, isto é, para julgar as causas em que Autores são os cidadãos comuns”.⁵⁵⁰

Visto isso, a situação alardeia-se quando se percebe que, “algumas vezes, a morosidade da justiça é opção dos próprios detentores do poder”.⁵⁵¹

O direito à tempestividade da tutela jurisdicional deve ser levado a sério, saindo da seara discursiva para ser posto em prática. Quem vê o processo sob o enfoque exclusivo das regras previstas na legislação processual, não se atenta para o fato de o momento

⁵⁴⁷ MARINONI, Luiz Guilherme. *A antecipação da tutela*, p. 22.

⁵⁴⁸ Idem. *Ibidem*, p. 27.

⁵⁴⁹ CAPPELLETTI, Mauro. “El proceso como fenómeno social de masa”, in *Proceso, ideologías, sociedad*. Buenos Aires, Ejea, 1974, p. 133.

⁵⁵⁰ MARINONI, Luiz Guilherme. Observações a partir de uma visão da ideologia no processo civil, p. 137.

⁵⁵¹ MARINONI, Luiz Guilherme. *Novas linhas do processo civil*, p. 33.

metodológico contemporâneo exigir que a tutela dos direitos seja dada sob a perspectiva dos direitos fundamentais.

A tempestividade das decisões judiciais é um objetivo a ser atingido e encontra-se presente no discurso de todos, mas, curiosamente, não é observado no dia-a-dia forense, em boa medida, pela influência de ultrapassados entendimentos doutrinários sobre a mente daqueles que deveriam fazer com que os direitos materiais fossem devidamente tutelados, tal como prevê a Constituição Federal.⁵⁵²

A efetividade da tutela jurisdicional somente ocorrerá se a satisfação concreta do direito material se der dentro de um decurso razoável de tempo. É por meio do direito à efetividade que se possibilita o surgimento de um processo civil de resultados; o fortalecimento dos poderes dos juízes; a implantação de técnicas de aceleração da prestação da tutela jurisdicional; a implantação de técnicas de compatibilização entre a cognição judicial e as diversas situações de direito material para melhor realizar o direito material; e a ampliação à legitimidade ativa para a tutela dos direitos e interesses coletivos.⁵⁵³

Caso contrário, poder-se-ia argumentar que o Estado, ao passo que garante um direito fundamental, retira outro da mesma estirpe, que com ele haveria de se conformar. Ou ainda, para ser mais claro, dizer-se-ia que o Estado, em algumas situações, deixa de tutelar a ameaça, a fim de aguardar a ocorrência de uma eventual lesão, que haverá de ser “reparada” por meio da atuação judicial após anos a fio de espera.

A maior parte dos componentes da sociedade não suporta mais a péssima distribuição do tempo no processo civil. A morosidade processual reveste-se apenas em um bom negócio

⁵⁵² “A Universidade é o instrumento de que se valem os interesses que gravitam em torno do poder para manter os juristas confinados no ‘mundo jurídico’. Ela representa, indiscutivelmente, o fator de represamento, a impedir as inovações que possam quebrar o compromisso ‘paradigmático’ do sistema com o racionalismo, enquanto instrumento antidemocrático de sujeição do Direito ao Poder. A radical separação entre ‘direito’ e ‘política’, está na base dessa ideologia”. BAPTISTA DA SILVA, Ovídio A. *Processo e ideologia*, p. 52.

⁵⁵³ BUENO, Cássio Scarpinella. *Tutela antecipada*. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 10.

para o réu, pois ele permanece com o bem da vida pleiteado pelo autor em seu patrimônio durante todo o decorrer da relação jurídica processual.

Quando esse bem da vida se traduz em um valor monetário, percebe-se que enquanto o autor fica despojado, ao relento, o réu tem a possibilidade de empregar essa quantia da maneira que melhor possa representar seus interesses.

Se uma ação ordinária de cobrança, por exemplo, demora em média três anos em sede de primeira instância e, havendo recurso, mais seis no tribunal, para ser solucionada, percebe-se que o autor apenas terá em mãos o valor que lhe cabe após nove longos anos – isso, à evidência, se for voluntariamente satisfeito⁵⁵⁴ - enquanto que o réu, ainda no terreno das hipóteses, poderá investir o valor que lhe é cobrado em um fundo monetário muito mais rentável do que os juros legais e a correção monetária, incidentes sobre o valor discutido no âmbito processual.

Se o Estado é que detém o monopólio jurisdicional, ele deve impulsionar toda a sua atividade com mecanismos processuais adequados a impedir que, ao final, ocorra a prestação de uma tutela inócua,⁵⁵⁵ oportunizando a construção de técnicas processuais adequadas à tutela do direito material, sensíveis às questões peculiares do caso concreto.

O direito à tutela jurisdicional não se resume ao direito ao procedimento legalmente instituído. A efetividade dessa prestação deve estar sempre comprometida com o direito material. Quando se fala em direito à efetividade, previsto no inciso XXXV do art. 5º da Constituição Federal, se fala no direito que os cidadãos têm de fazer acontecer os próprios direitos. Por se tratar de um direito fundamental, o procedimento legalmente instituído é que deve se amoldar a ele, e não o contrário.

⁵⁵⁴ Dados contidos no editorial do Boletim nº 2331, da AASP, de 08 a 14 de setembro de 2003.

⁵⁵⁵ Nesse sentido: “Em outras palavras: 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 para garantir, em caso de vitória, a eficácia e prática concretização da tutela”. ZAVASCKY, Teori Albino. *Antecipação da tutela e colisão de direitos fundamentais. Reforma do código de processo civil*. Coord. Sálvio de Figueiredo Teixeira. São Paulo: Saraiva, 1996, pp. 146-147.

Se o acesso à justiça restar dependente da técnica processual expressamente descrita em lei, ocorrerá uma inadmissível inversão lógica entre o direito material e o direito processual, na medida que em que o processo passaria a dar os contornos ao direito material, ficando, ainda, distante da realidade social. “Isso significa que a ausência de técnica processual adequada para certo caso conflitivo concreto representa hipótese de omissão que atenta contra o direito fundamental à efetividade da tutela jurisdicional”.⁵⁵⁶

As técnicas processuais elaboradas pelo Legislativo para acelerar o curso processual “são, via de regra, medidas tomadas ao vento, se não se acha um juiz pronto a realizá-las. O legislador é capaz de dar liberdade ao juiz no que concerne às suas atividades, mas não pode garantir a respectiva efetivação por meio de ordens”.⁵⁵⁷

Como o juiz deve interpretar a legislação à luz dos direitos fundamentais, a norma processual deverá sempre ser aplicada no sentido de efetivar a tutela dos direitos, buscando-se extrair sua máxima potencialidade, desde que inexista agressão ao direito de defesa.⁵⁵⁸

A falta de efetividade das decisões judiciais consiste em uma forma de violência institucionalizada, sendo esta entendida “como o conjunto das condições sociais que esmagam parcela ponderável da população, impossibilitando que os integrantes dessa parcela tenham uma vida digna”.⁵⁵⁹

Se um cidadão necessita de urgente tratamento médico a ser prestado pelo Sistema Único de Saúde – SUS e não o recebe tempestivamente, não há como negar que o Estado está por descumprir a obrigação assumida no art. 196 da Constituição Federal, o que se traduz na prática de uma violência institucionalizada, agravada ainda mais pelos efeitos malévolos proporcionados pelo sistema capitalista.

⁵⁵⁶ MARINONI, Luiz Guilherme. *Técnica processual e tutela dos direitos*, p. 189.

⁵⁵⁷ BAUR, Fritz. O papel ativo do juiz. *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, nº 27, 1982, p. 191.

⁵⁵⁸ MARINONI, Luiz Guilherme. *Técnica processual e tutela dos direitos*, p. 189.

⁵⁵⁹ HERKENHOFF, João Baptista. *Direito e utopia*, p. 41.

Na verdade, a violência institucionalizada não decorre do acaso e nem das nuances proporcionados por um processo de desenvolvimento, e sim da existência de uma estrutura mantida à força, para que poucos sejam privilegiados em detrimento de muitos.⁵⁶⁰

A morosidade processual é um dos motivos causadores da inefetividade jurisdicional. Porém, pode-se acelerar a prestação da tutela jurisdicional por meio do desenvolvimento de procedimentos capazes de modificar a realidade existente no “mundo extra-autos”, na medida em que as peculiaridades do caso concreto exigirem.

Para Niklas Luhman, “os procedimentos modernos não são tão fortemente dominados pela idéia ritualística, como os primitivos”.⁵⁶¹ Mas o que precisa antes de tudo modificar-se é sem sombra de dúvidas a mentalidade dos juízes, ainda presa ao paradigma racionalista, uma vez que por mais perfeitas que sejam as leis materiais e processuais, a prestação da tutela dos direitos sempre deixará algo a desejar, se existirem juízes mal preparados para aplicá-las e uma adequada infra-estrutura material e pessoal para lhes dar o apoio necessário.⁵⁶²

Daí a importância de certos juízes, atentos ao seu dever-poder jurisdicional, delimitado pelos princípios da demanda e da fundamentação das decisões judiciais, empregarem meios de capacitarem seus conhecimentos e de se tornarem homens de seu tempo, sensíveis, portanto, aos valores históricos que os cercam.

Em um mundo globalizado, a capacitação de conhecimentos e a atenção para com a realidade social, são ferramentas indispensáveis para que, no plano processual, possa-se falar em efetividade da tutela jurisdicional.

O direito processual contemporâneo não mais admite o emprego dos ideais racionalistas, deixando de lado os valores decorrentes da justiça distributiva, de modo a

⁵⁶⁰ HERKENHOFF, João Baptista. *Direito e utopia*, p. 42.

⁵⁶¹ LUHMAN, Niklas. *Legitimação pelo procedimento*. Brasília: UNB, 1980, p. 38.

⁵⁶² WATANABE, Kazuo. *Da cognição no processo civil*, p. 32. No mesmo sentido: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. *Op. cit.*, 887.

priorizar a segurança jurídica em detrimento de qualquer componente revolucionário, capaz de criar o Direito e de situá-lo conforme os contornos do caso concreto.⁵⁶³

Por via de consequência, o processualista que estiver atento a essa premissa sistemática, compreenderá que quanto mais demorada for a lide, mais serão preservados os interesses estabelecidos.⁵⁶⁴

3.4. Fatores institucionais que contribuem para morosidade processual

Locke e Montesquieu foram os responsáveis pela elaboração da teoria tripartida dos Poderes, como princípio de organização do Estado constitucional. Foram eles que contribuíram para que o Estado fosse dividido em três Poderes (Executivo, Legislativo e Judiciário) “modelarmente separados e mutuamente contidos, de acordo com a idéia de que ‘o poder detém o poder’ (‘le pouvoir arrête lè pouvoir’)”.⁵⁶⁵

Os Poderes deveriam ser independentes, mas harmônicos entre si, de tal forma que um fosse capaz de impedir que os outros viessem a praticar atos que exacerbassem as suas funções previamente estabelecidas.

Porém, as funções conferidas ao Judiciário foram desde logo tidas como irrelevantes por Montesquieu, ao dizer que ao juiz só cabia a tarefa de revelar a vontade expressa da lei, como se o juiz fosse um oráculo do legislador. Isso, à evidência, já revelava o que ainda nos

⁵⁶³ A racionalidade “privilegiou apenas uma das formas de justiça preconizada por Aristóteles, legitimando somente a ‘justiça comutativa’, conciliando-se, ao contrário, precariamente com os princípios da ‘justiça distributiva’ que, como é natural, antes de ter por fim a conservação do ‘status quo’, deve lutar para transformá-lo. A justiça distributiva representa o componente revolucionário do Direito. Conseqüentemente, não seria de esperar que o novo ordenamento jurídico concebido, acima de tudo, como sistema de segurança legal, pudesse priorizar esta forma revolucionária de justiça”. BAPTISTA DA SILVA, Ovídio A. *Processo e ideologia*, p. 68.

⁵⁶⁴ Idem. *Ibidem*, p. 68.

⁵⁶⁵ BONAVIDES, Paulo. *Do estado liberal ao estado social*, p. 45.

dias de hoje se percebe: o Judiciário é o Poder mais fraco da República.⁵⁶⁶ Todavia, segundo Dallari, essa questão “não exonera o Judiciário de toda responsabilidade por suas deficiências e por sua própria fraqueza nem torna inútil o exame de suas imperfeições, sendo certo que estas, quase sem exceção, independem dessa posição de inferioridade de fato”.⁵⁶⁷

Com perspicácia, assevera Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, que as classes dominantes produziram um Código de Processo Civil de alto conteúdo técnico, de acordo com as mais modernas conquistas científicas, mas que, intencionalmente, elas esqueceram de atender a uma série de outros graves problemas, como os de organização judiciária, de administração forense, de efetiva assistência judiciária aos necessitados economicamente e, principalmente, deixou de prover o Poder Judiciário com verbas próprias e adequadas ao desenvolvimento de seu grandioso mister.⁵⁶⁸

O resultado disso, como houve por concluir o referido autor, é por demais conhecido: “insuficiência do nível remuneratório dos magistrados, com pouco apelo à carreira; volumosa avalanche de processos distribuídos a cada Juiz anualmente, fazendo cair a eficiência e o nível das decisões; falta de recursos materiais e sustentação cartorária, etc.”.⁵⁶⁹

Em que pese existirem bons juízes, não há um bom Judiciário,⁵⁷⁰ apesar de alguns juízes ainda encontrarem-se presos à ideologia liberal e, orgulhosos com tal posicionamento, declarando ser “escravos da lei”, como se com essa atuação viessem a esgotar todo o seu dever jurisdicional.

⁵⁶⁶ “No caso brasileiro existem enormes inadequações, muitas das quais incorporadas como tradições intocáveis. Por isso o Poder Judiciário brasileiro está fora do tempo e mesmo trabalhando muito produz pouco, se considerarmos que no seu caso o que se espera teoricamente é que ele produza justiça, garantindo os direitos de todas as pessoas do povo e resolvendo rapidamente e com equidade os conflitos de direitos. Desde as insuficiências na formação dos juízes, que devem ser debitadas aos cursos jurídicos mas são agravadas pela acomodação dos próprios juízes e por seu método de trabalho, até os vícios institucionais que lhe dão a imagem de lento, formalista, elitista e distante da realidade social, tudo isso compõe um quadro desfavorável ao prestígio da magistratura”. DALLARI, Dalmo de Abreu. *O poder dos juízes*, pp. 77-8.

⁵⁶⁷ Idem. Ibidem, p. 77.

⁵⁶⁸ OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. Procedimento e ideologia no direito brasileiro atual, p. 80.

⁵⁶⁹ Idem. Ibidem, p. 80.

⁵⁷⁰ DALLARI, Dalmo de Abreu. *O poder dos juízes*, p. 77.

Esse fato agrava-se, primeiramente, em razão do Legislativo não desempenhar adequadamente a tarefa que lhe cabe, deixando ou de editar leis capazes de possibilitar uma real tutela de direitos, ou editando leis em demasia para regular hipóteses já reguladas, que servem mais para proporcionar sentimentos de insegurança jurídica e para dar sustentação à seara das publicações jurídicas. Ao depois, porque o Executivo ainda vale-se da edição de medidas provisórias para “legislar”, o que se dá de forma desmedida e sem qualquer observância às situações de “relevância e urgência” exigidas no art. 62, *caput*, da CF.

Chega-se, portanto, à conclusão de que, se ao juiz incumbir apenas a tarefa de declarar os dizeres contidos no corpo da lei, estará passível de decidir o conflito de interesses com base na instituição de interesses mesquinhos e/ou autoritários, que servem, sobretudo, para privilegiar determinada classe social, já que esta é quem cria a lei, ou deixa de criá-la, em benefício próprio.

A manutenção de um Judiciário fraco e submisso aos outros Poderes reflete,⁵⁷¹ como não poderia deixar de ser, no problema da lentidão processual, talvez por irrelatável ideologia sustentadora desta situação. Não seria a lentidão processual opção do próprio Estado, tendo em vista que ele é o ente que mais se encontra no banco dos réus, beneficiando-se dessa situação, assim, na medida em que só se desfaz do bem da vida após longos anos de espera?

Caso o Estado queira resolver o problema da lentidão processual, torna-se necessário dispensar atenção não apenas aos valores de natureza técnico-jurídica, pois, ao lado disso, há “vetores de ordem política, econômica e cultural”,⁵⁷² que merecem ser privilegiados.

⁵⁷¹ “A idade dos direitos fundamentais e do constitucionalismo da liberdade atribui ao Judiciário papel de destaque, não raro de hegemonia e preeminência, o que liga inapartavelmente ao futuro da democracia, enquanto expressão, síntese e substância de quatro gerações de direitos, cuja concretude, garantia e universalidade, arrimada a elementos constitucionais de proteção, nunca poderá, amanhã, prescindir da intervenção eficaz e, se necessário, criativa do aparelho judiciário, como concretizador bem-sucedido dos sobreditos direitos, nomeadamente os das três derradeiras gerações que dele dependem. Isto – advirta-se – não há de levar ao malsinado ‘governo de juizes’, forma de todo ilegítima, mas há de significar, necessidade de referendar novo contrato social, cujos pactuários não poderão deixar de admitir que um Judiciário forte é a primeira salvaguarda da democracia”. BONAVIDES, Paulo. *Do país constitucional ao país neocolonial*, pp. 74-75.

⁵⁷² CRUZ E TUCCI, José Rogério. *Tempo e processo*, pp. 100-101.

Não há dúvidas de que o poder dos juízes ganhou significativa ampliação no Estado contemporâneo, sendo-o de fundamental importância para a democracia e, justamente por isso, tem-se por necessário “institucionalizar-se um sistema de responsabilização dos magistrados e de controle social sobre eles, para inviabilizar-se a possibilidade de virem a reproduzir o déspota que se buscou eliminar”.⁵⁷³

Os juízes necessitam de uma maior representatividade popular. Se por um lado a qualificação exigível do postulante ao cargo deva ser apurado por meio da realização de concurso público de provas e títulos, por outro, e aos olhos da sociedade, a legitimidade do Poder Judiciário atingiria níveis mais significativos, se a escolha dos Presidentes dos Tribunais tivesse a participação de representantes da Justiça de primeira instância e do corpo de advogados.⁵⁷⁴

Outro aspecto a ser repensado é a burocracia existente no Poder Judiciário, que consiste em um forte obstáculo ao acesso à justiça. Por influências do Reino de Portugal, desde a época da colonização houve apego ao formalismo exacerbado. O culto à arte barroca, centrada na exorbitância das formas, não atingia a todos igualmente. Ao contrário, favorecia os interesses dos senhores de engenho, a aristocracia proprietária dos escravos.

Dentro desse âmbito, os magistrados eram tidos como seres impermeáveis a todo tipo de controle legal, em virtude do seu alto cargo, de sua riqueza pessoal e das relações pessoais que desenvolvia com os donos do poder.⁵⁷⁵ E mais do que isso: os cargos só eram ocupados se passados de pai para filho, ou para parentes ou amigos.⁵⁷⁶

⁵⁷³ CALMON DE PASSOS, J. J. *Op. cit.*, p. 106.

⁵⁷⁴ HERKENHOFF, João Baptista. *Como aplicar o direito*, p. 116.

⁵⁷⁵ SCHWARTZ, Stuart B. *Burocracia e sociedade no Brasil colonial*. São Paulo: Perspectiva, 1979, p. 211.

⁵⁷⁶ “Com o passar dos anos, desembargadores, juízes, ouvidores, escrivães, meirinhos, cobradores de impostos, almoxarifes, administradores e burocratas em geral – os chamados ‘letrados’ – encontravam-se em posição sólida o suficiente para instituir uma espécie de poder paralelo, um ‘quase Estado’, que, de certo modo, conseguiria arrebatar das mãos do rei as funções administrativas. Esse mesmo funcionalismo tratou de articular também determinadas fórmulas legais e informais que lhes permitiram transformar-se em um grupo autoperpetuador: os cargos em geral eram passados de pai para filho, ou então para parentes e amigos próximos”. BUENO, Eduardo. *Pública ladroíce. Nossa história*. São Paulo: VerZ Cruz, nº 01, 2003, p. 64.

E isso se traduz em uma estrutura organizacional calamitosa que não se apresenta capaz de deter a avalanche de processos que diuturnamente se enfileiram sobre as mesas dos juízes. Os tempos são outros, mas a ideologia que se encontra por detrás da malversação das estruturas do Poder Judiciário é a mesma: tudo é feito para manter inalterados os mecanismos que podem abalroar os interesses da classe social detentora do poder.

O Estado brasileiro sempre foi centralizador em relação à intervenção realizada sobre os conflitos de interesses, até mesmo nas questões de menor complexidade jurídica ou nas que sequer podem ser caracterizadas como litigiosas. Trata-se de uma “judicialização do cotidiano”, ou seja, “da necessidade de uma manifestação formal do Poder Judiciário para a formação de inúmeros atos jurídicos para os quais ela é dispensável”.⁵⁷⁷

Toda essa malfadada estrutura que teima em sustentar os pilares do Poder Judiciário brasileiro, pode ser explicada mediante a leitura que se faz do ensino jurídico, ou melhor, pela não erradicação das deficiências existentes no ensino jurídico. Em uma era pós-moderna, soaria risível, se antes de tudo não fosse trágico, o fato de a Universidade preparar seus alunos para litigarem a respeito de assuntos de ordem eminentemente individual, com base, sobretudo, nos ideais do positivismo jurídico clássico.

É a disseminação da “cultura do litígio”.⁵⁷⁸

“Desde a formação acadêmica, o operador do direito é direcionado a levar todas as disputas ao Judiciário, sem uma preocupação maior com a possibilidade de composição entre as partes”. Por isso, de nada adianta a promoção de reformas e mais reformas processuais,

⁵⁷⁷ BOTTINI, Pierpaolo Cruz; RENAULT, Sérgio. Os caminhos da reforma. *Revista do Advogado*. São Paulo: Associação dos Advogados de São Paulo, 2006, nº 85, p. 09.

⁵⁷⁸ “Como é público, o Poder Judiciário não tem condições materiais e conceituais para deslindar os complexos problemas novos, tendendo o Direito para novas formas de superar os conflitos, representadas pelas negociações. A tendência para o futuro é esta. Pouco é estudado sobre as antigas técnicas de negociar, de dar conta das lutas, jogos e debates que fazem parte da negociação. Infelizmente nossos advogados são treinados para pedir, para argumentar para um suposto superior que é o juiz e não para negociar, para estabelecer uma estratégia para garantir extrajudicialmente os direitos de seus constituintes, perfil requerido pelos tempos atuais”. AGUIAR, Roberto A. R. de. A contemporaneidade e o perfil do advogado, p. 131.

seguidas de tantas outras, todas voltadas para “conferir maior celeridade aos processos, valorizar a atuação do juiz de primeiro grau e inibir práticas protelatórias”.⁵⁷⁹

Custa acreditar que o mero repasse (malfeito) do conhecimento historicamente construído, de forma acrítica e sem relacionar-se com a realidade concreta, venha a representar aquilo que se espera de um ensino de qualidade,⁵⁸⁰ que os estudantes de Direito tenham seus olhos direcionados para lides estreladas por personagens fictícios como Caio, Tício, Mélvio e, vez ou outra, Simprônio, chegando, em algumas oportunidades, a bacharelarem-se sem sequer terem manuseado uma única vez os autos de um único processo judicial, onde são tratados os interesses de pessoas de carne e osso; e que pouco incentivo seja dado à pesquisa científica, mesmo tendo conhecimento de que o binômio ensino/pesquisa é fundamental para que o aluno seja bem formado, tornando-se, sobretudo, um cidadão crítico.

É de registrar-se, com apoio nos ensinamentos de Benedito Cerezzo Pereira Filho, que “os estudantes de direito, com raríssimas e honrosas exceções, padronizam-se (‘operário padrão’) e, uniformizados (‘paletó e gravata’) são idiotizados pela ‘lógica’ do ‘sim’ ou ‘não’, do ‘defiro’ ou ‘indefiro’, do ‘suplicante’ e ‘suplicado’, ‘requerente’ e ‘requerido’ etc.”.⁵⁸¹

O exacerbado normativismo representa o pilar que sustenta o dogmatismo presente no ensino universitário,⁵⁸² na medida em que promove a separação do “mundo jurídico” do “mundo social”.⁵⁸³

⁵⁷⁹ BOTTINI, Pierpaolo Cruz; RENAULT, Sérgio. *Op. cit.*, p. 10.

⁵⁸⁰ “Diante deste quadro, os manuais que somente reproduzem o direito do passado sem trazer nada de novo, somado à dogmática (*dogmatismo*) que dá as costas para a realidade, devem ser rechaçados em prol de um aprendizado comprometido com o mundo dos fatos. Afinal, em que manual está a receita perfeita da justiça?”. PEREIRA FILHO, Benedito Cerezzo. *O ensino jurídico: da teoria à prática*. No prelo.

⁵⁸¹ Idem. *Ibidem*.

⁵⁸² BAPTISTA DA SILVA, Ovídio A. *Processo e ideologia*, p. 50.

⁵⁸³ “A criação do “mundo jurídico”, tão presente em nossas concepções do Direito, foi uma consequência inevitável do ‘racionalismo’. Não é de estranhar que nossas Universidades limitem-se a ensinar “verdades externas” que prescindem dos fatos. O direito processual moderno, como disciplina abstrata, que não depende da experiência, mas de definições, integra o paradigma que nos mantém presos ao racionalismo, especialmente ao Iluminismo, que a História encarregou-se de sepultar. Esta é a herança que temos de exorcizar, se quisermos libertar de seu jugo o Direito Processual Civil, tornando-o instrumento a serviço de uma autêntica democracia. É ela a responsável pela suposta neutralidade dos juristas e de sua ciência, que, por isso, acabam permeáveis à ideologias dominantes, sustentáculos do sistema, a que eles servem, convencidos de estarem a fazer ciência pura”. Idem. *Ibidem*, p. 79.

Percebe-se que, parafraseado o poeta baiano, muitas coisas estão fora da ordem, mas mais do que um ensino jurídico de qualidade, o que se precisa é a disseminação da prática da justiça!⁵⁸⁴

3.5. Observações a respeito da aplicabilidade do princípio do duplo grau de jurisdição

O dever jurisdicional, como todos sabem, é exercido pelo juiz, no âmbito de sua competência, conforme determinações previstas em lei, sendo que, ao exercê-lo, cabe-lhe o árduo mister de resolver os conflitos que lhe são apresentados. Ocorre que, por ser o juiz um ser humano como outro qualquer, passível de erro, portanto, há extrema necessidade de que as decisões judiciais proferidas possam ser reapreciadas por um outro órgão judicial, no mais das vezes, hierarquicamente superior.

Isto se explica porque, não bastasse a falibilidade do juiz enquanto ser humano, tem-se ainda a inquietação natural da parte interessada, de ordem psicológica mesmo, em ver se a decisão que processualmente lhe prejudicou será mantida ou reformada em sede recursal. Vale dizer, por outro lado, que o princípio do duplo grau de jurisdição, em algumas hipóteses, consiste na possibilidade de determinada espécie recursal ser apreciada não por juízes hierarquicamente superiores, mas por juízes do mesmo nível do juiz *a quo*, pois aqui também ocorre a aplicação do efeito devolutivo do recurso.

É o caso, por exemplo, do que acontece com as decisões finais proferidas nos Juizados Especiais Cíveis (Lei nº 9.099/95), em que o duplo grau de jurisdição se mostra presente no

⁵⁸⁴ PEREIRA FILHO, Benedito Cerezzo. *O ensino jurídico: da teoria à prática*. No prelo.

artigo 41, ao estabelecer que um Colégio Recursal, formado por juízes de primeira instância, tem competência para julgar tais decisões.

O duplo grau de jurisdição tem suas raízes mais remotas no Direito Romano, onde tinha a finalidade de sustentar a manutenção do *status quo*, a fim de privilegiar os interesses da classe dominante. Através dele havia o objetivo de se manter intacta essa ideologia. Como o conhecimento consistia em um bem pertencente exclusivamente a determinada classe social, havia interesse de que eventuais decisões judiciais de primeira instância fossem revistas por um órgão hierarquicamente superior. “Esse interesse foi uma constante outrora e é facilmente perceptível na Roma Antiga, onde povo e poder dividiam as funções jurisdicionais”.⁵⁸⁵

Porém, foi na ascensão do Cristianismo que a noção de duplo grau evoluiu, porque nesse período foi disseminada a idéia de que o ser humano era passível de erro, o que, de certa forma, adequou-se perfeitamente ao controle disciplinar exercido pelo Estado.

A Revolução Francesa, que tinha como ideal a declaração organizada e sistemática de um direito escrito, dentre vários outros (estabelecer a liberdade, a igualdade e a fraternidade, por exemplo), sedimentou o emprego do princípio do duplo grau de jurisdição.⁵⁸⁶

No Brasil, o duplo grau de jurisdição foi previsto no artigo 158 da Constituição do Império de 1824, ao permitir que a causa fosse reapreciada pelo órgão judicial hierarquicamente superior, que, no caso, consistia no Tribunal da Relação, sempre que a parte tivesse interesse na reforma da decisão. “Ali estava inscrita a regra da garantia absoluta do duplo grau de jurisdição”.⁵⁸⁷

⁵⁸⁵ LASPRO, Oreste Nestor de Souza. *Duplo grau de jurisdição no direito processual civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p. 264.

⁵⁸⁶ “Por ele pretendia abrir portas às reformas de juízes viciados, permitir aperfeiçoamento do Judiciário e suas decisões partindo da idéia de que menor a possibilidade de erro em segunda instância que em uma única, e atender os anseios psicológicos do vencido na demanda. O conceito francês, carregado de ideologia, prosperou pelo mundo misturando-se muitas vezes com caracteres de sua antiga roupagem política”. PORTANOVA, Rui. *Princípios do processo civil*, p. 264.

⁵⁸⁷ NERY JÚNIOR, Nelson. *Princípios do processo civil na constituição federal*. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996, p. 163.

Após a promulgação desse diploma legal, as demais constituições que lhe sucederam não mais estabeleceram-no expressamente. Todas se limitaram apenas a mencionar a existência de tribunais, conferindo-lhes competência recursal. “Implicitamente, portanto, havia previsão para a existência de recurso. Mas, frise-se, não garantia absoluta ao duplo grau de jurisdição”.⁵⁸⁸

Desse modo, muito embora seja o duplo grau largamente invocado como direito fundamental do cidadão, ele não se encontra expressamente previsto no ordenamento jurídico brasileiro, quer seja no âmbito constitucional, quer seja no âmbito infra-constitucional, sendo apenas decorrente do sistema recursal.

Via de regra, o juiz de primeira instância é dotado de um menor grau de experiência do que o julgador recursal. Não que isso signifique que o juiz *a quo* não esteja preparado para resolver o litígio que lhe é apresentado. Trata-se de uma presunção *juris tantum*. Ocorre que, assim, tem-se por facilitada a distribuição das causas entre os juízes, atribuindo aos mais experimentados as causas que envolvam maior importância econômica ou social.

Esse entendimento é disseminado em razão de o julgador recursal encontrar-se fazendo parte de um órgão judicial hierarquicamente superior, tendo alcançado tal posição por meio de um sistema de promoção e de nomeação atento aos critérios de merecimento.

De acordo com Moacyr Amaral Santos, “A possibilidade do reexame recomenda ao juiz inferior maior cuidado na elaboração da sentença e o estímulo ao aprimoramento de suas aptidões funcionais, como título para sua ascensão nos quadros da magistratura”.⁵⁸⁹

Como decorrência dessa maior experiência do julgador recursal, pode-se dizer que ele tem uma independência mais ampla do que o julgador de primeiro grau de jurisdição no que se refere ao modo de decidir e fundamentar determinada questão. Em outras palavras, isso significa que “O órgão de grau superior, pela sua maior experiência, acha-se mais habilitado

⁵⁸⁸ NERY JÚNIOR, Nelson. *Princípios do processo civil na constituição federal*, p. 163.

⁵⁸⁹ AMARAL SANTOS, Moacyr. *Primeiras linhas de direito processual civil*. 17ª ed. São Paulo: Saraiva, 1998, v. 3, p. 82.

para reexaminar a causa e apreciar a sentença anterior, a qual, por sua vez, funciona como elemento e freio à nova decisão que se vier a proferir”.⁵⁹⁰

Na verdade, a possibilidade de a decisão judicial proferida em primeira instância ser reexaminada pelo julgador recursal, faz com que sobre o juiz *a quo* incida um forte fator psicológico. E este fator psicológico faz com que ele estude com afinco as questões a que é obrigado a analisar e decidir, implicando no proferimento de decisões judiciais justas.

Além desses argumentos, ainda exalta-se o fato de o julgador de segundo grau exercer um exame mais aprofundado do litígio, já que ele, de um modo geral, como visto, trata-se de um julgador mais experiente e mais independente que o julgador de primeiro grau.

Na verdade, a remessa da decisão judicial proferida em sede de primeira instância para apreciação do julgador recursal, proporciona o empenho de todos os juízes no sentido de aplicarem o Direito com bom-senso e justiça ao caso concreto, já que isso pode implicar na conseqüente promoção dos mais capazes.

É evidente que mesmo quando da análise dos argumentos favoráveis do duplo grau de jurisdição, sente-se que por detrás deles existem vários desdobramentos desfavoráveis, já que, a olho nu, ele afasta a grande vantagem da oralidade, que é a valorização da percepção do juiz. O juiz, por estar em contato direto com as partes e com a produção de provas, certamente possui melhores condições de extrair a “verdade dos fatos”,⁵⁹¹ ou melhor, de formar uma convicção que o faça aproximar o máximo possível da “verdade dos fatos”.

Observa-se que enquanto o sistema processual civil privilegia a plenitude do duplo grau de jurisdição, reprime as vantagens do procedimento oral. Tanto que em sede de duplo grau de jurisdição, a aplicação da oralidade é verificada apenas em algumas poucas hipóteses, como quando houver determinação do tribunal para que seja produzida ou complementada determinada prova no juízo de primeira instância. As decisões judiciais, com isso, perdem

⁵⁹⁰ AMARAL SANTOS, Moacyr. *Op. cit.* p. 82.

⁵⁹¹ LASPRO, Oreste Nestor de Souza. *Op. cit.*, p. 134.

grande carga de efetividade, porque o procedimento escrito absorve um tempo maior a ser transcorrido, face à sua formalidade.

Por essa razão, caracteriza-se como contra-senso o fato de o artigo 2º, da Lei dos Juizados Especiais, prever que “o processo orientar-se-á pelos critérios da oralidade, simplicidade, informalidade, economia processual e celeridade, buscando, sempre que possível, a conciliação ou a transação”, enquanto o artigo 41 do mesmo diploma legal estabelecer a possibilidade de as decisões serem reapreciadas pelo juízo *ad quem*.

Isso quer dizer que “A Lei dos Juizados Especiais, ao mesmo tempo em que exalta a ‘oralidade’, privilegia de forma ilógica a ‘segurança jurídica’, através da instituição de um juízo repetitivo sobre o mérito”.⁵⁹² Os benefícios que poderiam ocorrer por meio da adoção do sistema oral são consumidos pela reapreciação da decisão pelo órgão recursal.⁵⁹³

Outra questão desfavorável ao duplo grau de jurisdição é a de que uma decisão judicial passível de reexame por parte do julgador recursal dificulta o acesso à justiça, tal como estabelecido no artigo 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal, haja vista que a prestação da tutela jurisdicional é protelada.

Em casos que não carecem de dilação probatória e que as questões de direito não são controvertidas, ou seja, nos casos que expressam maior simplicidade, a aplicabilidade do duplo grau de jurisdição serve para postergar a realização do direito material para um momento em que talvez não seja ele mais do interesse da parte.⁵⁹⁴

O duplo grau de jurisdição desprestigia o órgão jurisdicional de primeira instância ao fazer com que suas decisões sejam reapreciadas por um outro órgão jurisdicional, geralmente, de grau hierárquico mais elevado.

⁵⁹² MARINONI, Luiz Guilherme, e ARENHART, Sérgio Cruz. *Manual do processo de conhecimento*, p. 497.

⁵⁹³ “A necessidade de um duplo juízo sobre o mérito simplesmente anula a principal vantagem da oralidade. É contraditório falar em benefícios da oralidade e pensar em juízo repetitivo sobre o mérito, proferido por juízes que não tiveram qualquer contato com as partes e com a prova”. *Idem*. *Ibidem*, p. 498.

⁵⁹⁴ “A demora da prestação jurisdicional, que é um dos grandes problemas do processo civil moderno, recomenda que o duplo grau não seja exigido ao menos naqueles casos de maior simplicidade, diante dos quais o órgão de segundo grau dificilmente chegaria a uma decisão diversa daquela que foi tomada pelo juiz de primeiro grau de jurisdição”. *Idem*. *Ibidem*, p. 498.

Com a utilização não razoável dos mais diversos tipos de recurso, o primeiro grau de jurisdição se tornou uma espécie de “juízo de passagem”.⁵⁹⁵ Como as questões levantadas no processo podem ser novamente analisadas pelo julgador recursal, passou-se a menosprezar a importância do juiz de primeira instância. Logo ele que está em contato direto com as partes e com a produção de provas. Logo ele que, diante das complexidades advindas das relações sociais precisa ampliar o seu poder, nos moldes traçados pelo Estado constitucional.

Diante da crise por que passa o Poder Judiciário, em larga escala em razão do uso desmedido e protelatório do sistema recursal, o mínimo que se poderia exigir do recorrente seria o fato de ele confiar, honesta e razoavelmente, no acolhimento do recurso interposto. Afinal, se o sucumbente é responsabilizado objetivamente pelo pagamento das despesas processuais, por que não onerá-lo quando, contando já com a palavra oficial do Estado, representada através de uma sentença que o declara carente de direito, insiste em conservar-se resistente?⁵⁹⁶

Questão curiosa e que merece ser esclarecida é a de que o princípio do duplo grau de jurisdição, ainda hoje, não se encontra taxativamente previsto no ordenamento jurídico pátrio. A sua aplicação decorre implicitamente do sistema recursal (constitucional e infraconstitucional), que o garante ao estabelecer as várias modalidades de recurso.⁵⁹⁷

O artigo 102, inciso II, da Constituição Federal, prevê a possibilidade de o Supremo Tribunal Federal julgar, em recurso ordinário: a) o *habeas corpus*, o mandado de segurança, o

⁵⁹⁵ “Daí o dizer comum a todos os advogados de que o importante é obter celereamente a decisão do primeiro grau, seja ela qual for, ‘porque em verdade quem decide a causa é o tribunal’. O que isto representa de descrédito e de agravamento do custo temporal do processo a prática o está demonstrando. Triste e lamentável estado de coisas. O mais preocupante é que, em vez de se propugnar a institucionalização de um sistema racional e democrático de recursos, os tribunais se empenham no sentido contrário, nisso investindo todo seu prestígio, propugnando eliminação de recursos e criação de embaraços que empobrecem as garantias dos jurisdicionados e favorecem o arbítrio do julgador, dando-se sempre prioridade à necessidade de aliviar os tribunais de sua intolerável carga de trabalho, mesmo que as soluções propostas sejam politicamente indesejáveis e manifestamente inconstitucionais”. CALMON DE PASSOS, J. J. *Op. cit.*, p. 113.

⁵⁹⁶ BAPTISTA DA SILVA, Ovídio A. *Processo e ideologia*, p. 214.

⁵⁹⁷ NERY JÚNIOR, Nelson. *Princípios do processo civil na constituição federal*, p. 163; THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil*. 26ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999, v. 1, p. 553.

habeas data e o mandado de injunção decididos em única instância pelos Tribunais Superiores, caso tenha sido denegatória a decisão; e b) o crime político.

No que se refere às hipóteses de cabimento do recurso ordinário perante o Superior Tribunal de Justiça, o artigo 105, inciso II, da Carta Magna, afirma que este tribunal pode julgar: a) os *habeas corpus* decididos em única ou última instância pelos Tribunais Regionais Federais ou pelos tribunais dos Estados, do Distrito Federal e Territórios, caso tenha sido denegatória a decisão; b) os mandados de segurança decididos em única instância pelos Tribunais Regionais Federais ou pelos tribunais dos Estados, Distrito Federal e Territórios, caso tenha sido denegatória a decisão; c) as causas em que forem partes Estado estrangeiro ou organismo internacional de um lado, e, de outro, encontrarem-se Município ou pessoa residente ou domiciliada no País.

Já o artigo 108, inciso II, da Constituição Federal, prevê que compete aos Tribunais Regionais Federais, julgar, em grau de recurso, as causas decididas pelos juízes federais e pelos juízes estaduais no exercício da competência federal da área de sua respectiva jurisdição.

Nesses três casos fica nítida a presença do duplo juízo como decorrência do sistema recursal, em nível constitucional.

O Direito brasileiro, de acordo com as linhas traçadas pelo Direito norte-americano, confere ao Supremo Tribunal Federal certas atribuições que o colocam como “órgão de superposição”⁵⁹⁸ de terceiro ou até de quarto grau, no caso de recurso extraordinário, previsto no artigo 102, inciso III, da Constituição Federal, ao dizer que a ele compete julgar as causas decididas em única ou última instância, quando a decisão recorrida: a) contrariar dispositivo constitucional; b) declarar a inconstitucionalidade de tratado ou de lei federal; c) julgar válida

⁵⁹⁸ CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; e DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 18ª ed. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 75.

lei ou ato de governo local contestado em face das normas constitucionais; d) julgar válida lei local contestada em face de lei federal.

Ao Superior Tribunal de Justiça, nos termos do art. 105, inciso III, da Constituição Federal, compete julgar em recurso especial, as causas decididas em única ou última instância, pelos Tribunais Regionais Federais ou pelos tribunais dos Estados, do Distrito Federal e dos Territórios, quando a decisão recorrida: a) contrariar tratado ou lei federal, ou negar-lhes vigência; b) julgar válido ato de governo local contestado em face de lei federal; c) der a lei federal interpretação divergente da que lhe haja atribuído outro tribunal.

Por essas previsões, poder-se-ia entender, à primeira vista, que o duplo grau de jurisdição devesse ser considerado um direito de natureza fundamental, mesmo que só tenha sido taxativamente previsto na primeira Constituição brasileira.

Porém, como uma das características do duplo grau de jurisdição é a de proporcionar que a decisão judicial seja reapreciada por um órgão no mais das vezes hierarquicamente superior, a possibilidade de haver julgamento do mérito em uma única instância ordinária faz cair por terra qualquer tentativa de lhe atribuir a categoria de princípio constitucional.

Nem mesmo tendo o artigo 8º, 2, h, do Pacto de São José da Costa Rica, do qual o Brasil é signatário, consagrado, em sede de Direito Processual Penal, o princípio do duplo grau de jurisdição como garantia fundamental, o coloca neste patamar no ordenamento jurídico pátrio. Por inexistir qualquer referência a respeito, na esfera do processo civil, crê-se que a finalidade de tal norma foi a de propiciar o duplo grau de jurisdição apenas ao indivíduo que se encontrar dentro do campo de incidência do processo penal, ao valer-se justamente da alta carga de direito indisponível que é inerente a este ramo do Direito.

A inserção do parágrafo terceiro no art. 5º da Constituição Federal, estabelecendo que “Os tratados e as convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos

membros, serão equivalentes às emendas constitucionais”, refere-se apenas às questões inerentes ao processo penal, estritamente neste ponto em particular, não havendo que se falar em sua aplicação no âmbito do processo civil brasileiro, uma vez que se o Pato de São José da Costa Rica quisesse abranger a aplicabilidade do duplo grau nessas duas áreas da processualística, certamente não teria deixado dúvidas a respeito, incluindo aquilo que no momento se encontra omitido.⁵⁹⁹

A existência de um sistema recursal não significa a mesma coisa que a garantia do duplo grau de jurisdição, pois o litigante não tem o direito de recorrer de toda e qualquer decisão judicial proferida no bojo da relação processual.⁶⁰⁰ Não se trata o duplo grau de jurisdição de um dogma processual.⁶⁰¹ As exceções a que tem se submetido revelam que ele não se encontra necessariamente ligado aos princípios constitucionais do devido processo legal e da ampla defesa, como à primeira vista pode parecer.

Quase todos os ordenamentos jurídicos não prevêm o duplo grau de jurisdição como garantia constitucional ou fundamental de justiça, e isso se deve ao fato de que quase todos os países admitem que o duplo grau sofra mitigações, a fim de que atender a efetividade do direito de ação.⁶⁰²

⁵⁹⁹ Nesse sentido: “Duplo grau de jurisdição no Direito brasileiro, à luz da Constituição e da Convenção Americana de Direitos Humanos. 1. Para corresponder à eficácia instrumental que lhe costuma ser atribuída, o duplo grau de jurisdição há de ser concebido, à moda clássica, com seus dois caracteres específicos: a que esse reexame seja confiado a órgão diverso do que a proferiu e de hierarquia superior na ordem judiciária. 2. Com esse sentido próprio – sem concessões que o desnaturem – não é possível, sob as sucessivas Constituições da República, erigir o duplo grau em princípio e garantia constitucional, tantas são as previsões, na própria Lei Fundamental, do julgamento de única instância ordinária, já na área cível, já, particularmente, na área penal. 3. A situação não se alterou, com a incorporação ao Direito brasileiro da Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de São José), na qual, efetivamente, o art. 8º, 2, h, consagrou, como garantia, ao menos na esfera processual penal, o duplo grau de jurisdição, em sua acepção mais própria: o direito de ‘toda pessoa acusada de delito’, durante o processo, ‘de recorrer da sentença para juiz ou tribunal superior’. 4. Prevalência da Constituição, no Direito Brasileiro, sobre quaisquer convenções internacionais, incluídas as de proteção aos direitos humanos, que impede, no caso, a pretendida aplicação da norma do Pacto de São José: motivação. (...)”. STF – Pleno – RO nº 79.785-7-RJ – Rel. Ministro Sepúlveda Pertence; j. 29.03.2000; maioria de votos.

⁶⁰⁰ MARINONI, Luiz Guilherme, ARENHART, Sérgio Cruz. *Op. cit.*, p. 501.

⁶⁰¹ “[...] ainda que não com a mesma intensidade das legislações de outros países, o duplo grau de jurisdição não é mais entendido como um dogma do direito processual, mas sim um instituto mantido pela conveniência do sistema, possuindo várias exceções que, por si só, lhe tolhem a natureza de garantia do devido processo legal”. LASPRO, Oreste Nestor de Souza. *Op. cit.*, p. 169.

⁶⁰² Idem. *Ibidem*, p. 503.

O artigo 5º, LV, da Constituição Federal, ao dizer que “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral, são assegurados o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”, não está por consagrar o entendimento de que o duplo grau deve estar presente em toda e qualquer demanda.

Em realidade, as espécies recursais nem sempre são inerentes à ampla defesa. Há casos em que a previsão de um duplo juízo sobre o mérito não se mostra plausível. As hipóteses referentes às causas de menor complexidade são exemplos disso.

Desse modo, nota-se que o duplo grau de jurisdição é um elemento acidental da ampla defesa, ou seja, um elemento não necessariamente presente em todas e quaisquer espécies processuais. Pode ocorrer que o duplo grau venha a sofrer restrições no âmbito de sua aplicação, em razão de existir específica previsão legal nesse sentido. E isso não pode ser considerado inconstitucional, desde que a medida seja tomada com as devidas cautelas. O desvirtuamento do sistema recursal é uma das causas geradoras da lentidão processual.

O direito ao devido processo legal, do qual a ampla defesa e o contraditório são corolários, não deve ser entendido como um direito conferido somente ao réu. A prestação da tutela jurisdicional após a realização de uma cognição plena e exauriente, muitas vezes pode prejudicar o autor que tem razão, porém, mesmo assim, a doutrina pouco tem se atentado para o fato de que o autor também tem direito ao devido processo legal em seu aspecto substantivo. Na verdade, poucos têm notado, que o devido processo legal é um direito de mão-dupla, do qual os dois pólos do processo se beneficiam. Tanto que é justamente dele que decorre o direito ao processo sem as dilações indevidas.⁶⁰³

⁶⁰³ “[...] o ‘devido processo legal’ é um privilégio processual reconhecido apenas aos demandados? Ou, ao contrário, também os autores terão direito a um processo igualmente ‘devido’, capaz de assegurar-lhes a real e efetiva realização prática – não apenas teórica – de suas pretensões? Um processo capenga, interminável em sua exasperante morosidade, deve ser reconhecido como um ‘devido processo legal’, ao autor que somente depois de vários anos logre uma sentença favorável, enquanto se assegura ao réu, sem direito nem mesmo verossímil, que demanda em procedimento ordinário, o “devido processo legal”, com ‘plenitude de defesa’? Afinal, ao importarmos o instituto originário do direito anglo-americano, estaremos dispostos a reconhecer a existência também de um ‘substantive due process’, ao lado da dimensão meramente processual do instituto?”. BAPTISTA DA SILVA, Ovídio A. A “plenitude de defesa” no processo civil, p. 154.

A criação da súmula vinculante passou a ser vista como uma das medidas aptas a solucionar, ou ao menos minimizar, o problema da morosidade processual. Por esse motivo, foi estabelecida no ordenamento jurídico por meio da Emenda Constitucional nº 45, que houve por editar normas voltadas à reforma do Judiciário.⁶⁰⁴

Com isso, verifica-se que o caráter meramente consultivo que era anteriormente atribuído às sumulas foi deixado de lado, eis que agora ela não pode ser desrespeitada, quando editada de acordo com inovação legislativa. Não mais é dada a faculdade de o magistrado decidir de uma forma ou de outra quando diante de uma súmula vinculante. Ela simplesmente obriga o magistrado a decidir de acordo com o que estiver nela previsto.

Além de combater a morosidade processual, um dos objetivos da súmula vinculante é o de evitar que um mesmo comando normativo seja interpretado de maneira distinta para situações fáticas idênticas, o que, em última análise, viria desafogar o exacerbado número de processos que são interpostos perante o Supremo Tribunal Federal e garantir-se a segurança jurídica, nos termos do § 1º do art. 103-A da CF.

Todos aqueles que se encontram legitimados para propor a ação direta de inconstitucionalidade, poderão aprovar, revisar ou cancelar essa súmula, sem prejuízo do que for estabelecido em lei (§ 2º do art. 103-A da CF).

Com base no § 3º desse artigo, o ato administrativo ou decisão judicial que contrariar súmula aplicável ou que indevidamente a aplicar, caberá reclamação imediata à Suprema Corte que, “julgando-a procedente, anulará o ato administrativo ou cassará a decisão judicial reclamada, e determinará que outra seja proferida com ou sem a aplicação da súmula, conforme o caso”.

⁶⁰⁴ “Art. 103-A, *caput*, da Constituição Federal: O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços dos seus membros, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, aprovar súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma estabelecida em lei”.

Porém, a inconstitucionalidade da súmula vinculante é clara, na medida que toda interpretação realizada por um tribunal a uma lei ordinária, por mais óbvia que seja, jamais poderá vincular os juízes de instâncias inferiores, sob pena de restarem feridos os princípios da livre convicção e da independência do juiz.⁶⁰⁵

A súmula vinculante trata-se de uma “inadmissível hermenêutica de submissão”, revelando-se “inaceitável, porque, ao inibir virtualmente o juiz de refletir, de maneira crítica, sobre as questões submetidas à sua apreciação jurisdicional, culmina por suprir-lhe a liberdade e a independência no desempenho da atividade jurisdicional”.⁶⁰⁶

Por trás da súmula vinculante há um viés autoritário, muito mais ligado às condições vividas em épocas passadas, quando o Direito era considerado algo unívoco, do que ao atual momento histórico, em que o magistrado deve adquirir uma postura ativa e totalizadora,⁶⁰⁷ com o intuito de fazer justiça e não somente declarar o direito tal qual expresso na lei.

Se com a súmula vinculante considera-se possível a uniformização abstrata de julgados, por prejudicado se tem tanto o poder criador da jurisprudência quanto o caráter hermenêutico do Direito.⁶⁰⁸

Apesar de a súmula vinculante poder amenizar um pouco a demora da prestação jurisdicional, ela não merece ser aplicada aos casos concretos, seja porque não passa pelo teste da constitucionalidade, seja porque os efeitos colaterais que apresenta são muito mais danosos do que o mal que pretende combater. Deve-se, sim, estimular a criação de técnicas

⁶⁰⁵ GOMES, Luiz Flávio. *A dimensão da magistratura no estado de direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 202 e ss.

⁶⁰⁶ MELLO FILHO, José Celso de. Algumas reflexões sobre a questão judiciária. *Revista do Advogado*. São Paulo: Associação dos Advogados de São Paulo, 2004, n° 75, pp. 46-47.

⁶⁰⁷ “O processo toma seu rumo definitivamente teleológico, agora como novo método de pensamento e com mentalidade mais aberta para uma ampla e abrangente reflexão sobre o ‘contexto político, econômico e social em que se insere a problemática da efetividade do processo’. Manter-se nos postulados tradicionais é, por sem dúvida, mais cômodo. Ao jurista (em geral) e ao juiz (em particular), contudo, é exigido comprometimento com seu tempo. Ao juiz, dada a relevância de exercício de poder em uma sociedade em crise, exige-se visão das múltiplas causas (visão totalizadora) que influenciam os conflitos postos em juízo”. PORTANOVA, Rui. *Motivações ideológicas da sentença*, p. 131.

⁶⁰⁸ BAPTISTA DA SILVA, Ovídio A. *Processo e ideologia*, p. 256.

que visem a redistribuição do tempo processual, mas não por meio de algo marcado pelo arbítrio e à margem dos direitos fundamentais.

No que se refere à repercussão geral das questões constitucionais, o art. 327, § 1º, do Regimento Interno do STF, já estabelecia contornos da chamada “argüição de relevância de questão federal”, definindo-a da seguinte forma: “Entende-se relevante a questão federal que, pelos reflexos na ordem jurídica, e considerados os aspectos morais, econômicos, políticos ou sociais da causa, exigir a apreciação do recurso extraordinário pelo tribunal”. Essa “argüição de relevância de questão federal”, portanto, era um pressuposto de admissibilidade ao recurso extraordinário.

O § 3º do art. 102 da CF, por sua vez, acrescentado pela EC nº 45, dispõe que, em sede de recurso extraordinário, o recorrente deverá demonstrar a existência da repercussão geral das questões constitucionais discutidas no caso concreto, para que o tribunal venha a examinar a admissão do recurso, podendo somente recusá-lo caso haja manifestação de pelo menos dois terços de seus membros.

Embora essa norma constitucional apresente semelhanças ao citado dispositivo do Regimento Interno do STF, dele se difere por não procurar indagar o que se trata de “questão constitucionalmente relevante”, mas sim quando a questão constitucional tem “repercussão geral das questões constitucionais discutidas no caso”, o que são coisas distintas.

Se a introdução da repercussão geral das questões no plano constitucional foi um avanço para o sistema processual, por facultar à Corte Suprema a seleção discricionária dos recursos que merecerão julgamentos, vale a pena chamar atenção para o fato de que essa é apenas a providência inicial, pedagógica, para a construção de uma teoria que tenha por finalidade a revisão do perverso sistema recursal brasileiro.⁶⁰⁹

⁶⁰⁹ BAPTISTA DA SILVA, Ovídio A. *Processo e ideologia*, p. 260.

Há necessidade de se resgatar, por conseguinte, “a jurisdição de primeiro grau, com a natural e desejável redução dos recursos – inclusive e especialmente com a limitação do ‘efeito devolutivo’ da apelação”.⁶¹⁰

No que tange aos recursos extraordinários, torna-se indispensável e urgente fazer com que eles sejam repostos em seu leito natural. Não se pode admitir que eles desempenhem algo similar a uma terceira instância ordinária, que, além de tudo, não possui restrições no que se refere à análise de questões que lhe são levadas à apreciação, eis que elas vão desde os conflitos entre vizinhos que litigam sobre a posse de um gato ou de um cachorro, até aqueles em que se pretenda indenização pela morte de um animal de estimação.⁶¹¹

Portanto, a repercussão geral das questões constitucionais encontra aí a sua finalidade, pois funcionará para o Supremo Tribunal Federal como se fosse um verdadeiro filtro, ou seja, a norma em comento, atenta à grave crise por que passa o sistema recursal, pretende impedir que a Corte Suprema funcione como um juízo de apelação. Daí ser muito bem-vinda.

E a discricionariedade que está se dando ao órgão julgador, antes de gerar algum temor ou ojeriza, deve ser incentivada, porque, dessa forma, estará ele apto a decidir com justiça. Foi-se o tempo em que o juiz só deveria declarar a lei. Não se deve temer a liberdade do magistrado. “Ao contrário disso, a falta de liberdade (seja imposta internamente ou externamente) é que representa possibilidade de danos ao cidadão: o direito evolui, se torna mais humano, se rebela contra injustiça, pela criatividade dos operadores do direito”.⁶¹²

O princípio do duplo grau de jurisdição, contudo, em alguns casos expressamente excepcionados, ganha ares de obrigatoriedade. Trata-se do reexame necessário, também conhecido como princípio da remessa oficial ou princípio da remessa *ex officio*.

⁶¹⁰ BAPTISTA DA SILVA, Ovídio A. *Processo e ideologia*, p. 261.

⁶¹¹ Idem. *Ibidem*, p. 263.

⁶¹² CARVALHO, Amilton Bueno. *Op. cit.*, p. 117.

O artigo 475 do Código de Processo Civil prevê em seus incisos algumas hipóteses em que o reexame necessário se faz valer como condição de eficácia da sentença,⁶¹³ pois enquanto a sentença proferida em primeira instância não for reapreciada pelo julgador recursal, fica-lhe faltando exatamente a carga decisória que lhe é inerente. Sem o reexame necessário, a sentença não gera os efeitos da coisa julgada.

Essas hipóteses, referentes ao interesse público, são as sentenças: I) proferidas contra a União, o Estado, o Distrito Federal, o Município e as respectivas autarquias e fundações de direito público; II) que julgarem procedentes, no todo ou em parte, os embargos à execução de dívida ativa da Fazenda Pública.

Além dessas, há outras citadas por Rui Portanova,⁶¹⁴ que se encontram em legislação esparsa e que merecem ser referidas, a saber: Decreto-Lei nº 365/51, sobre desapropriação; Lei nº 818/49, sobre nacionalidade; Lei nº 1.533/51 e Lei nº 4.348/64, sobre mandado de segurança; Lei nº 2.664/55, sobre ações propostas contra as mesas do Congresso e Presidentes dos tribunais federais; Lei nº 2.770/56, sobre ações propostas para liberação de mercadorias de procedência estrangeira; Lei nº 4.137/62, sobre o abuso do poder econômico; Lei nº 4.717/65, sobre ação popular; Decreto nº 770/69, sobre o processo trabalhista em ações contra União, Estados, Municípios, Distrito Federal; e Lei nº 6.830/80, sobre ações de execução fiscal.

As razões que justificam o duplo grau de jurisdição obrigatório são mais de ordem política do que jurídica.⁶¹⁵ A finalidade dessa obrigatoriedade é a de impedir o início da execução provisória em face da Fazenda Pública enquanto não seja a decisão judicial reexaminada pelo julgador recursal, sob o entendimento de se garantir o interesse público. Mesmo que as partes integrantes da relação processual estiverem satisfeitas com a sentença

⁶¹³ NERY JÚNIOR, Nelson. *Princípios do processo civil na constituição federal*, p. 63; LASPRO, Oreste Nestor de Souza. *Op. cit.*, p. 170.

⁶¹⁴ PORTANOVA, Rui. *Princípios do processo civil*, p. 267.

⁶¹⁵ Idem. *Ibidem*, p. 267.

judicial proferida em primeira instância o juiz ordenará a remessa dos autos ao tribunal, e, se assim não o fizer, incumbirá ao presidente do tribunal avocá-los (art. 475, § 1º, do CPC).

A voluntariedade da parte que teve sua pretensão julgada total ou parcialmente improcedente não é considerada, nesse ponto, pelo sistema recursal. Aqui, o que primordialmente interessa é que alguns interesses selecionados pelo Estado sejam reapreciados pelo julgador recursal.

Há, porém, duas exceções.

A primeira, prevista no art. 475, § 2º do CPC, se refere à hipótese em que a condenação, ou o direito controvertido, for de valor certo não superior a sessenta salários mínimos ou se houver procedência dos embargos do devedor na execução de dívida ativa do mesmo valor. A segunda, prevista no art. 475, § 3º, do CPC, diz que não ocorrerá reexame necessário quando a sentença judicial estiver fundada em jurisprudência do plenário do Supremo Tribunal Federal ou em súmula deste tribunal ou do tribunal superior competente.

Entretanto, mesmo diante dessas exceções, o reexame necessário deve ser considerado inconstitucional, por ferir o princípio da igualdade, na medida em que privilegia uma parte em detrimento da outra. Por isso, deve ser extirpado do ordenamento jurídico brasileiro. Melhor seria que suas hipóteses de cabimento somente passassem a ser reexaminadas se houvesse manifestação expressa da parte sucumbente nesse sentido.

Não se justifica o argumento de que assim ocorre em prol do interesse público, porque o Estado não deve interferir na esfera volitiva do sucumbente. Melhor seria deixar a faculdade de se recorrer das decisões judiciais a critério da parte que veio a sucumbir. Pelo menos dessa maneira inexistiria ofensa ao princípio da igualdade.

A aplicabilidade do duplo grau de jurisdição como regra é colocada em xeque, diante do objetivo de se querer uma justiça distributiva e um processo breve. Assim, tornar-se necessário optar entre a possibilidade ou não de se conferir aos sujeitos do processo o prévio

conhecimento de que nem sempre poderão recorrer ao tribunal, a fim de buscarem a reforma da decisão judicial que lhes tenha sido desfavorável.⁶¹⁶

Mas, além disso, para que a tutela jurisdicional seja prestada tempestivamente, o número estrondoso de recursos existentes deve ser revisto. Não que com isso se pretenda eliminar os direitos fundamentais do contraditório e da ampla defesa. Muito ao contrário, o que realmente se objetiva é impedir a propositura de recursos meramente protelatórios,⁶¹⁷ que além de desprestigiar o Poder Judiciário, lesa o autor que tem razão e gera forte desconforto social.

De acordo com dados constantes no endereço eletrônico do Supremo Tribunal Federal, denominado “A Justiça em Números”,⁶¹⁸ pode-se observar, respectivamente, a litigiosidade existente em todas as esferas do Poder Judiciário, consignando percentagem sobre a recorribilidade interna e externa e sobre a reforma da decisão:

Âmbito	2º grau	1º grau
Justiça Federal	13,67%	1,41%
Justiça do Trabalho	23,24%	22,36%
Justiça Estadual	39,89%	4,72%
Supremo	15,96%	
STJ	19,95%	
TST	20,32%	
Total	17,95%	

Âmbito	2º grau	1º grau
Justiça Federal	36,61%	30,53%
Justiça do Trabalho	42,19%	55,41%
Justiça Estadual	20,28%	13,51%
Supremo	—	
STJ	8,94%	
TST	9,37%	
Total	27,11%	

⁶¹⁶ LASPRO, Oreste Nestor de Souza. *Op. cit.*, p. 94.

⁶¹⁷ “[...] o recurso transformou-se em boa desculpa para o réu sem razão protelar a definição da causa. É preciso, portanto, que voltemos a atenção àquelas demandas mais simples, nas quais a previsão de um juízo repetitivo sobre o mérito só pode beneficiar a parte que não tem razão. É mais do que evidente que a ‘insegurança’, que impele à busca da ‘segurança jurídica’, não pode retirar a efetividade do processo, até porque não se concebe um ordenamento jurídico sem instrumentos processuais adequados e efetivos”. MARINONI, Luiz Guilherme; e ARENHART, Sérgio Cruz. *Op. cit.*, p. 499.

⁶¹⁸ Ver: <http://www.stf.gov.br/seminario/pdf/a_justica_em_numeros.pdf>.

Âmbito	2º grau	1º grau
Justiça Federal	–	–
Justiça do Trabalho	27,99%	38,37%
Justiça Estadual	20,38%	35,03%
Supremo	6,26%	
STJ	8,94%	
TST	22,27%	
Total	27,11%	

Percebe-se, assim, que a recorribilidade das decisões judiciais, quer sejam no âmbito interno do Tribunal que a prolatou (embargos de declaração e embargos infringentes, por exemplo), quer seja no âmbito externo, onde os recursos interpostos são direcionados para outro órgão do Poder Judiciário (agravo de instrumento e apelação, por exemplo), atinge níveis exorbitantes e que comprometem a agilidade que o Estado quer empreender no que tange à prestação jurisdicional.

Ocorre que, dentre todas as partes que compõem o Código de Processo Civil, a mais confusa é que trata do sistema geral de recursos. “Múltiplo, complexo e erizado de dificuldades, constitui uma fonte permanente de tropeços para os que lidam no foro e uma arma poderosa de procrastinação dos feitos”.⁶¹⁹

O duplo grau de jurisdição, em alguns casos, gera uma certa incompatibilização com o dever de se efetivar as decisões judiciais. O simples fato de haver um sistema recursal, estabelecendo determinado tipo de recurso para atacar determinada espécie de decisão judicial, não quer dizer que toda decisão judicial seja recorrível. As exceções legais à aplicação do duplo grau de jurisdição são provas desse entendimento.

Se não se observar a subserviência que o processo tem em relação ao direito material, muito dificilmente será aceita a tese de que o duplo grau de jurisdição pode realmente vir a

⁶¹⁹ BUZAID, Alfredo. *Estudos de direito*. São Paulo: Saraiva, 1972, v. 1, p. 82.

sofrer restrições no âmbito de sua aplicabilidade, como muito dificilmente ocorrerá de o processo ser marcado como um instrumento capaz de obter “resultados úteis”.⁶²⁰

3.6. A morosidade processual e a insuficiência material e pessoal

Seja em razão do forte conservadorismo que incide sobre a seara forense, seja em razão da falta de planejamento para que viesse a responder satisfatoriamente à sobrecarga de processos decorrente da instauração da ordem constitucional de 1988, o Poder Judiciário não se adequou às transformações sociais e tem deixado a desejar no exercício de sua atividade.

Por incrível que possa parecer, ainda hoje existem alguns prédios inadequados para comportarem as instalações do Poder Judiciário. São pequenas instalações, quase que improvisadas, que dificultam sobremaneira o desenvolvimento de atividade tão árdua como a relativa à jurisdição. Isso, obviamente, nas comarcas pequenas do interior brasileiro, porque as sedes dos Tribunais de Justiça de muito fogem desse estereotipo.⁶²¹

Da mesma forma, o Poder Judiciário não é equipado de um efetivo e adequado sistema computadorizado, capaz de racionalizar a prestação dos serviços forenses – pois não se admite que cada tribunal implante “em diferentes momentos, máquinas e programas que não guardam

⁶²⁰ “Todos esses discursos sobre os ‘resultados úteis’ a serem produzidos em juízo segundo os ditames do direito objetivo material e mediante as técnicas do processo constitui projeção da idéia-maior que é a predisposição do direito processual moderno à efetiva realização da justiça, pacificando os litigantes. Tal é a ‘efetividade do processo’, que não se obtém com a simples emissão de provimentos jurisdicionais, mas com a cabal influência na vida das pessoas”. DINAMARCO, Cândido Rangel. Tutela jurisdicional, p. 79.

⁶²¹ “Na realidade, não poucos magistrados são constrangidos a exercer a judicatura em dependências improvisadas ou com instalações muito precárias, com deficiência de espaço e sem o mínimo conforto necessário para o eficiente desempenho de suas tarefas. Desse descaso dos tribunais acabam sendo vítimas também os demais participantes indispensáveis das atividades judiciárias, como os advogados, os membros do Ministério Público e os funcionários forenses. O grande sacrificado por essa discriminação contra a primeira instância, motivada sobretudo pela acomodação ou indiferença das cúpulas judiciárias, é o povo, em nome de quem o Poder Judiciário decide e que é quem paga as despesas para instalação e manutenção dos serviços judiciais”. DALLARI, Dalmo de Abreu. *O poder dos juizes*, pp. 156-7.

entre si qualquer similitude racional”⁶²² –, diminuindo a irritante burocracia existente neste meio.

É passada a hora de abrir-se mão do formalismo exacerbado, das montanhas de papel transfiguradas em processos judiciais que se aglomeram sobre as mesas dos juízes. O Judiciário deve ser pensado de acordo com o atual momento histórico, não se admitindo o fechar de olhos para as transformações sociais e para os avanços científicos e tecnológicos.

Destaque-se, ainda, que a lentidão processual é devida em razão do insatisfatório número de juízes⁶²³ e de servidores judiciais,⁶²⁴ a maioria desmotivados pelo acúmulo de trabalho e por entenderem que não recebem remuneração compatível com a profissão que exercem.

Esses, no entanto, se tratam de problemas endêmicos que existentes em todas as profissões. E, acima de tudo, dizer que juízes não recebem uma remuneração satisfatória em um país repleto de pessoas que vivem abaixo da linha de pobreza trata-se de um despautério.

Ademais, o excesso de trabalho não pode servir de pretexto para justificar a lentidão processual.⁶²⁵ Todos os candidatos ao cargo de juiz já sabem de antemão que terão que se desdobrar para darem conta do volume de trabalho havido no Poder Judiciário caso venham a ser aprovados em concurso de provas e de títulos, por isso, e mais a magnitude do mister que terão de desempenhar, à luz dos princípios constitucionais e dos direitos fundamentais, tem-se por inaceitável a prestação de uma tutela jurisdicional intempestiva.

⁶²² CRUZ E TUCCI, José Rogério. *Tempo e processo*, p. 109.

⁶²³ Segundo indicadores estatísticos referentes ao ano de 2003, o Poder Judiciário comportava, em todas as suas esferas, 13.474 magistrados, sendo que, para cada 100.000 habitantes, correspondia a média de 7,62 magistrados. Ver: <http://www.stf.gov.br/seminario/pdf/a_justica_em_numeros.pdf>.

⁶²⁴ Na mesma pesquisa, aufere-se que o número total de pessoal auxiliar, em todas as esferas do Poder Judiciário, era de 246.632, sendo que, para cada 100.000 habitantes, correspondia a média de 139,44 auxiliares. Idem. *Ibidem*.

⁶²⁵ CRUZ E TUCCI, José Rogério. *Tempo e processo*, p. 69. No mesmo sentido: “Na verdade, a afirmação de que há acúmulo de serviço, ou que a estrutura da administração da justiça não viabiliza a adequada prestação da tutela jurisdicional, constituem autênticas confissões de violação ao direito fundamental à razoável duração do processo. O acúmulo de serviço, assim como a falta de pessoal e instrumentos concretos, pode desculpar o juiz e eventualmente o Poder Judiciário, mas nunca eximir o Estado do dever de prestar a tutela jurisdicional de forma tempestiva”. MARINONI, Luiz Guilherme. *Curso de processo civil: teoria geral do processo*, p. 223.

O que precisa ser levado a sério é a determinação de uma jornada de trabalho compatível com a demanda, ou seja, a fixação de critérios objetivos que estabeleçam o expediente forense à semelhança do que ocorre na iniciativa privada, com jornada de trabalho equivalente à oito horas diárias. O trabalho realizado pelo juiz fora do expediente regular deve ser considerado um plus, não devendo ser abatido no seu horário regular de trabalho.

Trata-se de circunstância inadmissível, conforme sustentou José Rogério Cruz e Tucci, “o comodismo de muitos juízes quanto à carga horária de expediente forense, reduzidos a tempo bem menor do que o prescrito em lei, em virtude do atraso em seu início, o intervalo (às vezes, interminável) para lanche e a antecipação do termo final...”.⁶²⁶

Resta claro que muito há que ser melhorado, pois é perceptível o “descompasso entre a legislação codificada e a realidade do serviço judiciário”.⁶²⁷

Dallari, neste ponto, afirma que, “assim como o fato de adotar uma Constituição escrita não é suficiente para transformar uma ditadura em democracia, a informatização dos tribunais poderá significar o advento de uma era de ‘injustiças informatizadas’”.⁶²⁸

3.7. Conseqüências diretas (para as partes) e indiretas (para a sociedade)

O tempo é a dimensão fundamental da vida humana e o bem perseguido no processo gera interferências no estado de espírito dos litigantes que o reivindicam, por isso, a prestação de uma tutela jurisdicional intempestiva faz com que as pessoas venham a se sentir infelizes (ou menos infelizes) e angustiadas.

⁶²⁶ CRUZ E TUCCI, José Rogério. *Tempo e processo*, p. 104.

⁶²⁷ Idem. *Ibidem*, p. 105.

⁶²⁸ DALLARI, Dalmo de Abreu. *O poder dos juízes*, p. 156.

Dessa maneira, o Estado não pode desconsiderar o que se passa na vida das partes que estão em juízo. Diferentemente do que ocorria com o sujeito abstrato (sem rosto) do positivismo jurídico clássico, no Estado contemporâneo o cidadão concreto, de carne e osso, não pode ter os seus sentimentos e os seus apelos desprezados por aqueles responsáveis pela administração da justiça.⁶²⁹

Não se pode admitir que a satisfação do direito seja prestada somente ao término do processo, quando, em muitas oportunidades, a sua tutela deixa de interessar à parte que teve razão, declarada por uma sentença terminativa de mérito. Se não restar caracterizado o resultado útil do processo, todo o tempo percorrido terá sido em vão, ou pior que isso, o tempo percorrido terá sido penoso para a parte vitoriosa e para a harmoniosidade social.

O transcurso do tempo consiste em uma probabilidade, em muitas situações até mesmo em uma certeza, de o demandante vir a sofrer alguma espécie de prejuízo, já que postula a alteração do *status quo*. A demora havida no andamento processual, conforme ponderações feitas por Nicolò Trocker, constitui um grave problema de ordem social, tendo em vista que ocasiona danos econômicos, possibilita a especulação e a insolvência, acentua de forma bastante significativa os traços de discriminação entre as partes que podem esperar e aqueles que, esperando, tudo têm a perder, uma vez que um processo que perdura por longo tempo transforma-se em um cómodo instrumento de ameaça e pressão, na medida em que se reveste de uma arma nas mãos dos economicamente mais favorecidos para ditar aos adversários as condições da rendição.⁶³⁰

A concepção de que a demora processual é muitas vezes necessária para que o julgamento sobre o mérito seja prolatado de forma extrema de dúvidas, ainda hoje sustentado por boa parte dos juristas, vai ao desencontro do tempo em que se dão as coisas na área da Economia. Para Armando Castelar Pinheiro, a visão do economista difere dessa posição em

⁶²⁹ MARINONI, Luiz Guilherme. Direito à tempestividade da tutela jurisdicional, p. 544.

⁶³⁰ TROCKER, Nicolò. *Processo civile e costituzione*. Milano: Giuffrè, 1974, pp. 276-277. *Apud* MARINONI, Luiz Guilherme. *A antecipação da tutela*, p. 24.

um aspecto básico: “a de que a morosidade tem custos, que alguém paga por eles, e que se esses custos forem maiores do que o que se ganha em dilatar a duração do julgamento, então esta é uma má opção”.⁶³¹

Os tipos de custos tidos como relevantes são: os decorrentes com juízes, advogados, funcionários judiciais, dentre outros, verificados em processos longos, que fazem com que outros casos deixem de ser apreciados enquanto um litígio em particular não é solucionado; os oriundos da espera da parte que possui razão; e os que partem dos sobrepreços que são incorporados nas transações econômicas em virtude da possibilidade de que elas tenham que ser resolvidas perante o Poder Judiciário.⁶³²

No embate de posições entre o jurista e o economista, este adota a posição de que pode valer a pena esperar o transcurso de um mês para aumentar de 80% para 95% a chance de vir à tona uma decisão “correta”, mas que em muitos casos seria ineficiente aguardar mais seis meses para elevar essa probabilidade de 95% para 96%.⁶³³

A existência de um bom Judiciário é essencial para que empresas e indivíduos sintam-se mais seguros para realizar investimentos, sejam eles físicos ou em capital humano, tanto que “a morosidade do Judiciário faz com que os bancos sejam obrigados a manter toda uma burocracia encarregada de seguir os longos processos judiciais de cobrança de dívidas, causando um custo administrativo adicional, que também é incorporado nos ‘spreads’”.⁶³⁴

Ocorre que, na contemporaneidade, a Economia põe em xeque o tempo do Direito, ou, ao menos, o tempo diferido que vigora nos tribunais. Na medida em que a duração do processo se alonga, de forma a gerar novas contingências e incertezas, o empresariado é obrigado a desenvolver complexos mecanismos para proteger seus interesses. É que num sistema capitalista, em que as coisas acontecem praticamente em tempo real, a rapidez

⁶³¹ PINHEIRO, Armando Castelar. Reforma do judiciário: observações de um economista, p. 18.

⁶³² Idem. Ibidem, p. 19.

⁶³³ Idem. Ibidem, p. 19.

⁶³⁴ Idem. Ibidem, p. 20.

constitui um pressuposto fundamental para a neutralização dos riscos inerentes às variações dos mercados.⁶³⁵

3.8. A antecipação da tutela e as regras processuais abertas como meio de obtenção da tutela jurisdicional tempestiva

A crise por que passa o processo civil não é um fenômeno surgido nos dias de hoje. Há muito tempo processualistas do porte de Mauro Cappelletti, por exemplo, têm se preocupado com questões como a do acesso à justiça e a prestação da tutela jurisdicional célere e efetiva.

No Direito brasileiro, desde 1984, com a edição da Lei nº 7.244, que criou o Juizado Especial das Pequenas Causas, até a contemporaneidade, todas as minirreformas havidas no âmbito do processo civil foram influenciadas por essas questões. As mais significativas de todas, já à luz das normas constitucionais de 1988, foram, sem sombra de dúvidas, a proporcionada pela Lei nº 8.952/94, que houve por instituir a antecipação de tutela, e a Emenda Constitucional nº 45, de 2004, que promoveu importantes reformas no Poder Judiciário. Na aplicação do Direito, esta Emenda cuidou, *v. g.*, da duração razoável do processo, da súmula vinculante e da repercussão geral das questões constitucionais.

Essa onda de minirreformas, que visam oxigenar as normas processuais, sem pretender-se elaborar um novo Código de Processo Civil, desaguou com a edição das Leis nºs 11.187/05, 11.232/05, 11.276/06, 11.277/06 e 11.280/06.

Porém, importa repisar que de nada vale o sistema processual conter normas voltadas para a celeridade e para a efetividade jurisdicional, se a mentalidade dos operadores do

⁶³⁵ FARIA, José Eduardo. Tempo do direito, tempo da economia. *O Estado de São Paulo*. São Paulo, 22 de maio de 1997, p. 2.

Direito ainda estiver presa a outro paradigma que não o pós-positivismo, e se o Estado não encontrar-se adequadamente aparelhado para atingir esses objetivos.

De qualquer forma, considerando que os direitos fundamentais recaem, obrigatoriamente, sobre todas as esferas do Poder, o juiz tem o dever de conformar o procedimento ao direito material e às peculiaridades do caso concreto. Para tanto, pode utilizar as denominadas regras processuais abertas, que, inevitavelmente, conferem maior discricionariedade ao intérprete.

Como a lei não pode atrelar as técnicas processuais a cada uma das necessidades do direito material ou elaborar tantos procedimentos especiais quantos forem considerados necessários à tutela dos direitos, as regras processuais abertas surgem como alternativa para que os textos legais sejam adaptados aos variados contornos da realidade social.⁶³⁶

Além disso, elas dão “aos jurisdicionados e ao juiz o poder de identificar, ainda que dentro de sua moldura, os instrumentos processuais adequados à tutela dos direitos”.⁶³⁷ Essas cláusulas possibilitam revigorar o modo de pensar e de aplicar o Direito sem que a intervenção legislativa torne-se necessária, ou seja, possibilitam fazer com que o magistrado fundamente sua decisão com maior liberdade e amplitude, ajustando, se necessário, o caso concreto à previsão legal.

Trata-se de uma atuação pautada nas linhas da hermenêutica construtiva, ficando a atuação futura do legislador condicionada ao preenchimento do vazio normativo existente.

Dessa forma, os juizes e os Tribunais (para desespero dos juristas apegados ao positivismo clássico e aos dogmas do liberalismo) criam o Direito, ante a presença do poder discricionário que têm. E discricionariedade, vale lembrar, não se confunde em nada com arbitrariedade. Ao passo que esta é absoluta, aquela é presa a certos limites. E esses limites são impostos pelos direitos fundamentais.

⁶³⁶ MARINONI, Luiz Guilherme. *Curso de processo civil: teoria geral do processo*, p. 117.

⁶³⁷ Idem. *Ibidem*, p. 117.

A interpretação de uma regra processual aberta assemelha-se em muito da realizada sobre princípios, podendo ser dito, em outras palavras, que as regras processuais abertas, embora incorporadas no ordenamento jurídico como regras, devem ser vistas e compreendidas como princípios.⁶³⁸ Esse modo de enxergar as coisas é válido, porque a forma pela qual se dá esse tipo de interpretação favorece um argumento de princípio.

Enquanto a lei é forma, o Direito é conteúdo. É certo que a interpretação recai sobre a lei, mas o que se busca é o conteúdo, porque a aplicação é do Direito. Tanto que a lei é inerte, não evolui. Ela segue sempre atrasada em relação às mudanças sociais. O Direito, por outro lado, as acompanha, a partir do momento em que o intérprete dinamiza a disposição normativa, para que esta não seja força retrógrada dentro da sociedade.⁶³⁹

Percebe-se, assim, que “o conteúdo da lei é inteiramente vago, dentro de sua esquematização lógica; sem a intervenção do hermeneuta, a lei morre no tempo”.⁶⁴⁰

Essas considerações recaem, intensamente, sobre as regras processuais abertas e, no caso, sobre as que contribuem para a prestação de uma tutela jurisdicional tempestiva, pois elas serão preceitos ociosos, se não interpretadas e aplicadas por um juiz ativo que esteja consciente do caráter mandamental⁶⁴¹ da decisão que concede pedido de tutela antecipada. Em razão do objetivo que se pretende alcançar, pretende-se que “alguma pessoa atenda, imediatamente, ao que o juiz ‘manda’”.⁶⁴²

⁶³⁸ “Por vezes, uma regra conterá termo ou locução de conteúdo indeterminado, aberto ou flexível, como, por exemplo, ordem pública, justa indenização, relevante interesse coletivo, melhor interesse do menor. Em hipóteses como essas, a regra desempenhará papel semelhante ao dos princípios, permitindo ao intérprete integrar com sua subjetividade o comando normativo e formular a decisão concreta que melhor irá reger a situação de fato apreciada”. BARROSO, Luís Roberto. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro, p. 34.

⁶³⁹ HERKENHOFF, João Baptista. *Como aplicar o direito*, p. 13.

⁶⁴⁰ Idem. *Ibidem*, p. 13.

⁶⁴¹ “[...] a tutela antecipatória dos efeitos da sentença de mérito é ‘mandamental’, que se efetiva mediante ‘execução’ ‘lato sensu’, com o objetivo de entregar ao autor, total ou parcialmente, a própria pretensão deduzida em juízo ou os seus efeitos. É tutela satisfativa no plano dos fatos, já que realiza o direito, dando ao requerente o bem da vida por ele pretendido com a ação de conhecimento”. NERY JÚNIOR, Nelson; ANDRADE NERY, Maria Rosa de. *Código de processo civil comentado e legislação processual civil extravagante em vigor*. 6ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 613.

⁶⁴² PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado das ações*. Campinas: Bookseller, 1999, tomo VI. Atualizado por Vilson Rodrigues Alves, p. 23.

Várias regras processuais abertas foram criadas com a finalidade de redistribuir o tempo do processo, tutelando o direito do autor que tem razão, antes mesmo da prolação da sentença, em detrimento do réu que não a tem.⁶⁴³ Por serem abertas à interpretação, essas regras fazem com que a argumentação jurídica adquira especial destaque, e que, além disso, os operadores do Direito direcionem seus olhares para o direito material e a realidade social.

Os arts. 273, 461 e 461-A, do CPC, além do art. 84 do CDC, são ricos nesses aspectos. Os seus enunciados conferem ao juiz a possibilidade de prestar uma tutela jurisdicional adequada, efetiva e tempestiva, realizando, muitas vezes, a totalidade do direito material discutido na ação, mesmo antes da prolação de uma decisão final envolvendo o *meritum ad causam*. De modo simples, mas verdadeiro, a antecipação da tutela é a forma pela qual o processo pode iniciar-se do fim para o começo, ou seja, permite-se a satisfação de seu resultado logo no início da demanda, para, ao depois, confirmá-lo.

Como o tempo inerente ao exercício do contraditório e da ampla defesa opõe-se à necessidade da efetivação da jurisdição, foram criadas técnicas processuais para que o juiz passasse a ter a possibilidade de decidir de acordo com um desses princípios, conforme os contornos traçados pelo caso concreto. Dependendo do preenchimento de alguns requisitos a serem concretamente demonstrados no plano processual, o juiz sopesa esses princípios que se chocam entre si, decidindo, posteriormente, pela preponderância daquele que possuir maior peso ou importância sobre o outro, naquele caso em particular.

O direito de ação, garantido constitucionalmente no art. 5º, XXXV, é instrumentalizado pelas normas processuais, e, dentre estas, a tutela antecipatória é considerada o meio através do qual a tutela jurisdicional é obtida com o maior grau de

⁶⁴³ “[...] se tivermos presente a má distribuição do ‘tempo’ no processo, constatar-se-á implicar isso que o autor (quando se lhe venha reconhecer ‘afinal’ que tinha razão ‘desde o início’) houvesse que aguardar muito tempo para ver ocorrer concretamente a proteção do seu direito, e o réu (a quem não se virá a reconhecer ter razão) ficaria, durante esse mesmo tempo, numa posição de resistência, imune a qualquer eficácia que adentrasse o seu patrimônio ou afetasse a sua esfera moral. Há, dessa forma, um desequilíbrio ‘constante’, que não se justifica inteiramente. Há, em realidade, um dano marginal, que ficará cada vez mais agravado e crescentemente crônico, na medida em que os processos demorem muito tempo”. ARRUDA ALVIM. Obrigações de fazer e não fazer – direito material e processo. *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, nº 99, p. 29.

efetividade. A razão de ser da tutela antecipatória é “antecipar para melhor tutelar”, porque de nada vale um direito garantido constitucionalmente se não puder ser efetivado.⁶⁴⁴

Os artigos de lei que prevêm as hipóteses de cabimento de tutela antecipada, tutela inibitória, tutela de remoção do ilícito, tutela específica da obrigação inadimplida ou cumprida de modo imperfeito e tutela ressarcitória na forma específica, trazem à tona expressões conceitualmente vazias, ou abertas à interpretação, que não se esgotam por si próprias.

Afinal, o que significa “verossimilhança da alegação”? E “prova inequívoca”? O que esses conceitos vagos representam para um juiz que ainda cultua o modelo clássico-liberal baseado na cultura formal-positivista? Como elaborar tais definições considerando a função jurisdicional como a “mera reprodução do texto legal”, como se as expressões ressaltassem somente a casca e não o conteúdo?

Todas essas expressões, se bem compreendidas as finalidades que têm, se voltam para a realização concreta do princípio da efetividade jurisdicional, prestigiando muito mais o autor que tem razão do que o réu que não a tem. Após “séculos de tradição de um processo que, em nome do contraditório e da segurança jurídica que ele representa, prestigiou muito mais a posição ocupada pelo réu”,⁶⁴⁵ ocorre, agora, a inversão, ao menos no plano ideal, dos fins buscados pelo processo.

Não é que os princípios da ampla defesa e do contraditório deixem de ser observados, deixando de consistir em garantias típicas da atuação do réu em juízo. Acontece que tendem a ser “diferidos, postecipados, deixados para depois (mas não deixados de lado), enquanto a hora é de, por necessidades práticas devidamente analisadas e estudadas pelo juiz diante do caso concreto, dar espaço à incidência do princípio da efetividade da jurisdição”.⁶⁴⁶

⁶⁴⁴ MEDINA, José Miguel Garcia. A tutela antecipatória e o perigo de irreversibilidade do provimento. *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, nº 86, pp. 27-28.

⁶⁴⁵ BUENO, Cássio Scarpinella. *Op. cit.*, p. 08.

⁶⁴⁶ Idem. *Ibidem*, p. 08.

Por meio dessas técnicas de aceleração do processo, almeja-se a resolução dos problemas do autor que aciona o Estado-juiz e que dele aguarda o proferimento de uma resposta justa, rápida e eficiente, realizando os seus direitos materiais.

Não se trata de defender o denominado “processo civil do autor”, mas sim da necessidade de se realizar, em termos práticos, a preponderância do princípio da efetividade jurisdicional sob a ótica do autor que tem razão.⁶⁴⁷

Isso tudo se reflete, *v. g.*, não apenas no momento em que o juiz concede um pedido de tutela antecipada baseado em fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação, porque esse provimento poderá ser efetivado não somente de acordo com as formas de execução previstas na lei para a execução da sentença condenatória.

Diante da natureza dessa medida processual, seria algo incoerente e ilógico, que a sua efetivação não fosse realizada “mediante o emprego da multa ou das medidas necessárias e adequadas para que o bem da vida buscado pela parte possa realmente ser-lhe entregue”,⁶⁴⁸ como a imissão na posse, a busca e apreensão, a remoção de pessoas e coisas, o desfazimento de obras, o impedimento de atividade nociva, além da requisição de forma policial.

Em outros termos: “o juiz tem amplo poder para determinar a modalidade executiva adequada, devendo sempre considerar a necessidade de imediatidade na concessão da tutela [...], que é o que inspira a própria concessão da tutela na forma antecipada”.⁶⁴⁹

⁶⁴⁷ BUENO, Cássio Scarpinella. *Op. cit.*, p. 08. Ver: GÓES, Gisele Santos Fernandes. *Princípio da proporcionalidade no processo civil: o poder de criatividade do juiz e o acesso à justiça*. São Paulo: Saraiva, 2004.

⁶⁴⁸ MARINONI, Luiz Guilherme. *A antecipação da tutela*, p. 72.

⁶⁴⁹ *Idem*. *Ibidem*, p. 72.

CONCLUSÕES

O liberalismo, ao defender a tese de que o Estado deveria intervir o mínimo possível na esfera jurídica dos particulares, forneceu todos os substratos necessários para que, no plano do processo civil, algumas situações fossem elevadas à categoria de verdadeiros dogmas, sendo aplicados sem sequer se preocupar com os porquês de sua existência.

O dogma processual bastava apenas existir para que as decisões e os comportamentos tomados ao longo da relação processual fossem respaldados em um sentido previamente definido, sem críticas e sem preocupação com as conseqüências de sua aplicação na realidade extra-autos.

Tratava-se de um conjunto de respostas dogmaticamente articuladas e previamente dispostas para serem abstratamente aplicadas, sendo, portanto, a forma ideal de se reproduzir o conhecimento jurídico atrelado a uma função meramente subsuntiva, totalmente desproblematizada, num cenário em que o juiz se apresentava como um verdadeiro funcionário público preso à burocracia do sistema, sem qualquer poder de *imperium*.

Aliás, a função conferida ao juiz resumia-se na declaração da vontade da lei ao caso concreto, após a realização de uma cognição processual plena e exauriente, na qual fossem esgotados os direitos de defesa do réu, não sendo possível a realização de atos executórios sem a existência de um título executivo.

O juiz não deveria se preocupar com os conflitos sociais surgidos entre pessoas de carne e osso, porque todas as questões que lhe eram apresentadas, de imediato, eram transformadas em meras abstrações jurídicas, “coisificando”, à luz da dogmática, todas as relações jurídicas.

Foi com base nessa ordem de idéias, que se formou a processualística moderna brasileira. Por meio da influência dos escritos de Locke e de Montesquieu, além daqueles

mais específicos, elaborados por autores italianos como Chiovenda e Liebman, adotou-se, em *terrae brasilis*, tudo o que havia sido sufragado na Europa Ocidental, não porque existia forte comprometimento por parte do povo e dos juristas brasileiros para com o liberalismo jurídico – muito pelo contrário, o povo assistia a tudo “bestializado” –, mas porque os donos do poder não tinham nada a perder com a instituição dessas novas idéias.

Na verdade, fez-se necessário apenas adaptar aquilo que era considerado “novo” aos negócios realizados pela classe social dominante, com a finalidade de não prejudicar os seus interesses particulares, ou seja, o liberalismo jurídico foi muito bem-vindo deste lado do Atlântico, porque não se vislumbrou a instituição de nada que se mostrasse hábil a modificar o *status quo*.

A autonomia científica do processo civil foi alçada ao patamar das verdades inquestionáveis, tidas por claras e distintas. Por isso, entendia-se que a lentidão jurisdicional tratava-se de algo meramente acidental ao processo, devendo ser rejeitada do “discurso científico” para não contaminá-lo com as impurezas trazidas da realidade extra-autos.

Considerava-se que o direito processual somente deveria se ater às questões de ordem exclusivamente técnicas e isso repercutia no necessário desligamento de sua relação com a vida social e com o período de tempo transcorrido no processo.

Apenas sob um olhar crítico e comprometido com valores que se encontravam fora do espaço reservado às análises meramente tecnicistas, aliado ao entendimento de que a dogmática jurídica não consiste apenas em uma racionalidade instrumental, na medida em que pode pôr em xeque as normas presentes no ordenamento jurídico, descobrindo um conteúdo diverso daquele que aparentemente encontra-se descrito no texto e, com isso, fazendo com que venha a lume um processo criativo do Direito.

Com o surgimento do pós-positivismo, ocorreu uma mudança de paradigma. A lei, até então considerada a principal fonte do Direito, precisou se conformar aos comandos constitucionais que, a partir de então, condicionam e delimitam o seu modo de ser.

Sob esse prisma, a decisão judicial deve ser proferida a partir dos princípios constitucionais de justiça e dos direitos fundamentais, de forma a fazer com que o juiz escolha a solução que melhor outorgue efetividade à Constituição Federal.

Da concepção sincrética, passando pela autonomista e pela instrumentalista, pura e simples, tem-se que, no Estado contemporâneo, o processo deve ser visto como um instrumento ético de e para a realização concreta do direito material, à luz dos princípios constitucionais de justiça e dos direitos fundamentais, sem esquecer-se das particularidades advindas do caso concreto.

O juiz deve desempenhar um papel ativo, criador do Direito, com a finalidade de garantir o resultado útil do processo, mesmo que atos executórios sejam efetivados sem a existência de um título executivo, nos moldes da concessão da tutela antecipada.

Se a jurisdição realiza seus fins por meio do processo, este deve produzir decisões adequadas aos direitos fundamentais. Não basta apenas o desenvolvimento de um procedimento legítimo. O procedimento deve apresentar-se idôneo à tutela dos direitos e às necessidades do caso concreto.

Com base nisso, busca-se estruturar um modelo de processo que o legislador poderá levar algum tempo para sistematizar, com base em um discurso marcado pelos traços de uma principiologia axiológica de índole constitucional, derivada da aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais, ou, ainda, pelo uso das regras processuais de caráter aberto.

Isso não representa o surgimento de uma nova disciplina jurídica.

Trata-se somente de um método de trabalho em que o operador do Direito tem que analisar o processo civil com os olhos voltados para as normas constitucionais, tendo como

ponto de partida e de chegada a própria Constituição Federal, sem que sejam ignorados os princípios e as regras pertencentes, especificamente, ao processo civil.

Apesar de o problema da lentidão processual ser gerado por múltiplos fatores, o Estado tem o dever de prestar uma tutela jurisdicional tempestiva, ao passo que o jurisdicionado tem direito à duração razoável do processo e a um processo sem as dilações indevidas, ambos corolários do devido processo legal.

Para tanto, além de ter que se enfrentar o problema da péfua organização judiciária – que não foi diretamente analisada neste trabalho – há necessidade, antes de qualquer coisa, de se realizar uma profunda mudança de mentalidade.

É certo que submeter a legislação a constantes reformas contribui, inegavelmente, para a “modernização” do processo civil. Porém, todas as reformas somadas são incapazes de produzir uma transformação significativa na experiência judiciária brasileira, porque há necessidade de se realizar uma profunda mudança paradigmática, com o intuito de aproximar o processo dos valores existentes numa sociedade complexa, pluralista e que pretende ser considerada democrática.

Sem que isso seja feito, todas as reformas processuais, mais cedo ou mais tarde, cairão no vazio, por serem desprovidas de suportes justificadores da ordem jurídica. Reformar a legislação por reformar não levará a lugar nenhum. É bem verdade que há muita coisa que se fazer, mas todas essas coisas devem ser estruturadas por formas que venham a configurar um alicerce constitucional, que se faça presente não só na elaboração das leis, como também na vivência de todos os seus intérpretes.

É preciso ter em conta a necessidade de se elaborar uma práxis judiciária que não venha se esgotar, meramente, na reprodução de palavras representativas daquilo que se entende por “vontade da lei” ou por “vontade do legislador”, mas sim que fomente a emancipação dos sentidos impressos nas normas constitucionais.

Tecer uma crítica às estruturas do Direito Processual Civil brasileiro, analisando a influência, ou melhor, o condicionamento que os direitos fundamentais exercem sobre as ações dos operadores do Direito quando do manejo das técnicas processuais que lhe são conferidas, significa dizer que a tempestividade da tutela jurisdicional representa a concretização do direito material e, conseqüentemente, o acesso de todos à dignidade humana.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ADORNO, Sérgio. *Os aprendizes do poder*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1988.

AGUIAR, Roberto A. R. de. O imaginário dos juristas. *Revista de Direito Alternativo*. Coord. CARVALHO, Amilton Bueno de. São Paulo: Acadêmica, 1993, v. 2.

_____. *A crise da advocacia no Brasil*. São Paulo: Alfa-Ômega, 1994.

_____. A contemporaneidade e o perfil do advogado. *OAB ensino jurídico: novas diretrizes curriculares*. Brasília: Conselho Federal da OAB, 1996.

ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993.

_____. *Teoría de la argumentación jurídica: la teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1989.

AMARAL SANTOS, Moacyr. *Primeiras linhas de direito processual civil*. 17ª ed. São Paulo: Saraiva, 1998, v. 3.

ANDRADE, Vera Regina Pereira de. *Dogmática jurídica: esboço de sua configuração e identidade*. 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

ARRUDA ALVIM. Obrigações de fazer e não fazer – direito material e processo. *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, nº 99.

ASSIS, Olney Queiroz. *O estoicismo e o direito: justiça, liberdade e poder*. São Paulo: Lúmen, 2002.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Elementos de direito administrativo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980.

_____. *Curso de direito administrativo*. 11ª ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

BAPTISTA DA SILVA, Ovídio A. *Processo e ideologia: o paradigma racionalista*. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

_____. *Jurisdição e execução na tradição romano-canônica*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996.

_____. *Curso de processo civil: processo de conhecimento*. 6ª ed.. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 1, 2002.

_____. *Da sentença liminar à nulidade da sentença*. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

_____. A “plenitude de defesa” no processo civil. Coord. TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. *As garantias do cidadão na justiça*. São Paulo: Saraiva, 1996.

_____. Decisões interlocutórias e sentenças liminares. *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, nº 61.

_____; GOMES, Fábio. *Teoria geral do processo civil*. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

BARCELLOS, Ana Paula de. Alguns parâmetros normativos para a ponderação constitucional. *A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. BARROSO, Luís Roberto (Organizador). 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

BARROSO, Luís Roberto. *A constituição e a efetividade de suas normas*. Limites e possibilidades da constituição brasileira. 3ª ed. Renovar: Rio de Janeiro, 1996.

_____. *Interpretação e aplicação da constituição*, 2ª ed. Saraiva, São Paulo, 1998.

_____. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro (pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo). *A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. BARROSO, Luís Roberto (Organizador). 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

_____; BARCELLOS, Ana Paula de. O começo da história. A nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro. *A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. BARROSO, Luís Roberto (Organizador). 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

BASTOS, Celso Ribeiro. *Hermenêutica e interpretação constitucional*. 3ª ed. São Paulo, Celso Bastos Editor, 2002.

BAUR, Fritz. O papel ativo do juiz. *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, nº 27, 1982.

BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BONAVIDES, Paulo. *Do estado liberal ao estado social*. 7ª ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

_____. *Do país constitucional ao país neocolonial*. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

_____. *Curso de direito constitucional*. 7ª ed. Malheiros: São Paulo, 1998.

BOTTINI, Pierpaolo Cruz; RENAULT, Sérgio. Os caminhos da reforma. *Revista do Advogado*. São Paulo: Associação dos Advogados de São Paulo, 2006, nº 85.

BUENO, Cássio Scarpinella. *Tutela antecipada*. São Paulo: Saraiva, 2004.

BUENO, Eduardo. Pública ladroíce. *Nossa história*. São Paulo: Vera Cruz, nº 01, 2003.

BUZAID, Alfredo. *Estudos de direito*. São Paulo: Saraiva, 1972, v. 1.

CALAMANDREI, Piero. *Direito processual civil*. Trad. Luiz Albezia e Sandra Drina Fernandez Barbary. Campinas: Bookseller, 1999, v. 3.

CALMON DE PASSOS, J. J. *Direito, poder, justiça e processo: julgando os que nos julgam*. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

CAMARGO, Margarida Maria Lacombe. *Hermenêutica e argumentação: uma contribuição ao estudo do direito*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional*. Coimbra: Almedina, 1992.

_____. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 2ª ed. Coimbra: Almedina, 1998.

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

_____. “El proceso como fenómeno social de masa”, in *Proceso, ideologías, sociedad*. Buenos Aires, Ejea, 1974.

_____; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Trad. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1988.

CARNEIRO, Athos Gusmão. *Da antecipação da tutela*. 6ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

CARNELUTTI, Francesco. *Sistema de diritto processuale civile*. Padova: Cedam, 1936, v. 1.

_____. *Diritto e processo*. Napoli: Morano, 1958.

CARVALHO, José Murilo de. *Os bestializados: o Rio de Janeiro e a República que não foi*. 3ª ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2005.

_____. *A formação das almas: o imaginário da República no Brasil*. São Paulo: Companhia das Letras, 2003.

CARVALHO, Amilton Bueno de. *Direito alternativo em movimento*. 6ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil*. São Paulo: Saraiva, 1965, v. 1.

_____. *Instituições de direito processual civil*. São Paulo: Saraiva, 1965, v. 2.

CRUZ E TUCCI, José Rogério. *Tempo e processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

_____. Garantia da prestação jurisdicional sem dilações indevidas como corolário do devido processo legal. *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, nº 66, 1992.

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

DAMATTA, Roberto. *A casa & a rua: espaço, cidadania, mulher e morte no Brasil*. 5ª ed. Rio de Janeiro: Rocco, 1997.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 6ª ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

_____. *A reforma do código de processo civil*. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 1996.

_____. Tutela jurisdicional. *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, nº 81.

_____. CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; e GRINOVER, Ada Pellegrini; *Teoria geral do processo*. 18ª ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

FAORO, Raymundo. *Os donos do poder: formação do patronato político brasileiro*. 3ª ed. São Paulo: Globo, 2001.

FARIA, José Eduardo. Tempo do direito, tempo da economia. *O Estado de São Paulo*. São Paulo, 22 de maio de 1997.

FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir: nascimento da prisão*. Trad. Raquel Ramallete. 29ª ed. Petrópolis: Vozes, 2004.

FUX, Luiz. *Tutela de segurança e tutela de evidência*. São Paulo: Saraiva, 1996.

GÓES, Gisele Santos Fernandes. *Princípio da proporcionalidade no processo civil: o poder de criatividade do juiz e o acesso à justiça*. São Paulo: Saraiva, 2004.

GOMES, Luiz Flávio. *A dimensão da magistratura no estado de direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. Judiciário e conflitos sociais (na perspectiva da pós-modernidade). Coord. CARVALHO, Amilton Bueno de. *Revista de Direito Alternativo*. São Paulo: Acadêmica, nº 03, 1994.

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

HERKENHOFF, João Baptista. *Direito e utopia*. 5ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

_____. *Como aplicar o direito*. 9ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

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

HOLANDA, Sérgio Buarque. *Raízes do Brasil*. 26ª ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2006.

KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Trad. João Baptista Machado. 6ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

KUHN, Thomas S. *A estrutura das revoluções científicas*. São Paulo: Perspectiva, 1975.

LASPRO, Oreste Nestor de Souza. *Duplo grau de jurisdição no direito processual civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

LENINE; FALCÃO, Dudu. Paciência. *Na pressão*. São Paulo: BMG, 1998, faixa 3.

LYRA FILHO, Roberto. *O que é o direito*. 17ª ed. São Paulo: Brasiliense, 1995.

_____. *Para um direito sem dogmas*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1980.

_____. *O direito que se ensina errado*. Brasília: Nair, 1980.

LOCKE, John. *Ensaio acerca do entendimento humano*. São Paulo: Abril Cultural, 1973.

_____. *O segundo tratado sobre o governo*. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

LOPES, João Batista. Efetividade da tutela jurisdicional à luz da constitucionalização do processo civil. *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, nº 116, 2004.

LUHMAN, Niklas. *Legitimação pelo procedimento*. Brasília: UNB, 1980.

MANN, Thomaz. *A montanha mágica*. Trad. Herbert Caro. São Paulo: Círculo do Livro, 1986.

MARINONI, Luiz Guilherme. A jurisdição no estado contemporâneo: homenagem ao Professor Egas Dirceu Moniz de Aragão. *Estudos de direito processual civil*. Coord. MARINONI, Luiz Guilherme. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

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

_____. *Curso de processo civil: teoria geral do processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 1, 2006.

_____. Direito à tempestividade da tutela jurisdicional. *Revista de Direito Processual Civil*. Curitiba: Gênese, nº 17.

_____. *A antecipação da tutela*. 8ª ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

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

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

_____. Observações a partir de uma visão da ideologia no processo civil. *Revista Jurídica*. Ano IX, nº 7, Curitiba: Faculdade de Direito de Curitiba, 1993.

_____. Direito à tempestividade da tutela jurisdicional. *Revista de Direito Processual Civil – GENESIS*, nº 17. Ano V. Junho/setembro de 2000.

_____ ; ARENHART, Sérgio Cruz. *Manual do processo de conhecimento*. 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

MELLO FILHO, José Celso de. Algumas reflexões sobre a questão judiciária. *Revista do Advogado*. São Paulo: Associação dos Advogados de São Paulo, nº 75, 2004.

MONTESQUIEU, C. de Secondat. *Do espírito das leis*. São Paulo: Abril Cultural, 1973.

NERY JÚNIOR, Nelson. *Princípios do processo civil na constituição federal*. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996.

_____ ; ANDRADE NERY, Rosa Maria de. *Código de processo civil comentado e legislação processual civil extravagante em vigor*. 6ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

OLIVEIRA, Carlos Aberto Alvaro de. *Do formalismo no processo civil*. São Paulo: Saraiva, 1999.

_____. O processo na perspectiva dos direitos fundamentais. *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, nº 113, 2004.

_____. Procedimento e ideologia no direito brasileiro atual. *AJURIS – Revista da Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul*. Porto Alegre: AJURIS, nº 33, 1985.

PEREIRA FILHO, Benedito Cerezzo. Tutela antecipada: concessão de ofício? *Revista de Doutrina*. Rio de Janeiro: Instituto de Direito James Tubenclak, nº 15, 2004.

_____. O poder do juiz: ontem e hoje. *AJURIS – Revista da Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul*. Porto Alegre: AJURIS, nº 104, 2006.

_____. A prestação da tutela jurisdicional. *Em Tempo*. Marília, nº 3, 2001.

_____. *O ensino jurídico: da teoria à prática*. No prelo.

PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. Apontamentos sobre a aplicação das normas de direito fundamental nas relações jurídicas entre particulares. *A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. BARROSO, Luís Roberto (Organizador). 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

PERELMAN, Chaïm; OLBRECHTS-TYTECA, Lucie. *Tratado da argumentação. A nova retórica*. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

PINHEIRO, Armando Castelar. Reforma do judiciário: observações de um economista. *Revista do Advogado*. São Paulo: Associação dos Advogados de São Paulo, nº 75, 2004.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado das ações*. Campinas: Bookseller, 1998, tomo I. Atualizado por Vilson Rodrigues Alves.

_____. *Tratado das ações*. Campinas: Bookseller, 1999, tomo VI. Atualizado por Vilson Rodrigues Alves.

PORTAVOVA, Rui. *Motivações ideológicas da sentença*. 3ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.

_____. *Princípios do processo civil*. 6ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

PULIDO, Carlos Bernal. *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*. Madrid, CEPC, 2003.

REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*. 22ª ed. São Paulo: Saraiva, 1995.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Do contrato social*. Trad. Lourdes Santos Machado. São Paulo: Abril Cultural, 1973.

SARMENTO, Daniel. A vinculação dos particulares aos direitos fundamentais no direito comparado e no Brasil. *A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. BARROSO, Luís Roberto (Organizador). 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

SCHWARCZ, Lilia Moritz. Harvard 1876: o imperador, o poeta e o cientista. *O Estado de São Paulo*. São Paulo, 18 de junho de 2006. Caderno Cultura.

SCHWARTZ, Stuart B. *Burocracia e sociedade no Brasil colonial*. São Paulo: Perspectiva, 1979.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 13ª ed. São Paulo: Malheiros, 1997.

SOUZA, Mériti de. *A experiência da lei e a lei da experiência: ensaio sobre práticas sociais e subjetividades no Brasil*. Rio de Janeiro: Revan, 1999.

STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica ao direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

_____. *Hermenêutica jurídica e(m) crise*. 7ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

STUMN, Raquel Denise. *Princípio da proporcionalidade no direito constitucional brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.

TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. *A reforma processual na perspectiva de uma nova justiça. Reforma do código de processo civil*. Coord. Sálvio de Figueiredo Teixeira. São Paulo: Saraiva, 1996.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil*. 26ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999, v. 1.

_____. *Processo Cautelar*. 18ª ed. São Paulo: Leud, 1999.

_____. *As novas reformas do código de processo civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

TORNAGHI, Hélio. *Comentários ao código de processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1974, v. 1.

VIERA, Oscar Vilhena. *A constituição e sua reserva de justiça*. São Paulo: Malheiros, 1999.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Controle das decisões judiciais por meio de recursos de estrito direito e de ação rescisória: recurso extraordinário, recurso especial e ação rescisória: o que é decisão contrária à lei?* São Paulo: revista dos Tribunais, 2001.

_____. *Os princípios constitucionais da legalidade e da isonomia, como inspiradores da compreensão de algumas recentes alterações de direito positivo – constituição federal e cpc*. *Revista do Advogado*. São Paulo: Associação dos Advogados de São Paulo, nº 88, 2006.

WATANABE, Kazuo. *Da cognição no processo civil*. 3ª ed. São Paulo: DPJ, 2005.

_____. Tutela antecipatória e tutela específica das obrigações de fazer e não fazer. *Reforma do código de processo civil*. Coord. Sálvio de Figueiredo Teixeira. São Paulo: Saraiva, 1996.

_____. *Juizado especial de pequenas causas: Lei 7.244, de 7 de novembro de 1984*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1985.

WEBER, Max. *Ensaio de sociologia*. Trad. Waltensir Dutra. 5ª ed. Rio de Janeiro: Guanabara Koogan, 1982.

WOLKMER, Antonio Carlos. *Ideologia, estado e direito*. 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

_____. *História do direito no Brasil*. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

_____. *Introdução ao pensamento jurídico crítico*. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

YARSHELL, Flávio Luiz. A reforma do judiciário e a promessa de “duração razoável do processo”. *Revista do Advogado*. São Paulo: Associação dos Advogados de São Paulo, nº 75, 2004.

ZAVASCKI, Teori Albino. Antecipação da tutela e colisão de direitos fundamentais. *Reforma do código de processo civil*. Coord. Sálvio de Figueiredo Teixeira. São Paulo: Saraiva, 1996.

_____. *Antecipação da tutela*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 1999.