

TRÊS CAMINHOS PARA EFETIVIDADE DA TUTELA JURISDICIONAL

EFFECTIVE JUDICIAL PROTECTION THREE PATHS

Filipe Braz da Silva Bueno¹
Maria Cristina Rauch Baranoski²

Resumo: O presente artigo tem por objeto delimitar e significar o princípio da efetividade da tutela jurisdicional e mostrar três caminhos que podem resultar em sua melhor aplicabilidade: a) melhorar a estrutura física e recursos humanos do Poder Judiciário; b) olhar para o processo como instrumento de entrega do direito material durante as reformas legislativas; c) mudar o pensamento dos operadores do direito sobre a função jurisdicional. A pesquisa tem caráter qualitativo, sendo realizada a pesquisa bibliográfica por meio da sistematização de referencial teórico-metodológico a partir das principais categorias: jurisdição, processo e o princípio da efetividade da tutela jurisdicional. Por meio desta, pode-se visualizar a influência do princípio da efetividade da tutela jurisdicional no sistema jurídico nacional e as necessárias mudanças para sua maior aplicabilidade. A síntese desse processo resultou na identificação de que todos os operadores do direito devem buscar a efetividade da tutela jurisdicional aos moldes estabelecidos pela Constituição Federal de 1988, pois o princípio da tutela jurisdicional efetiva não é uma mera disposição filosófica e sim o norte para toda a atividade jurisdicional, garantindo a todos uma tutela eficaz, célere e justa.

Palavras-chave: Princípio da tutela jurisdicional efetiva. Jurisdição. Processo. Efetividade.

Abstract: The purpose of this paper is to determine and discuss the meaning of the principle of Effective Judicial Protection and demonstrate three paths that may result in its better applicability. The three paths are: a) improvements in the physical structure and human resources of the judiciary; b) consider the process as an instrument used to deliver the material right during the legislative reforms; c) change of thinking of the law operators about the jurisdictional function. The research is qualitative and the literature review included the systematization of theoretical and methodological support considering the following categories: jurisdiction, process and the principle of the effective judicial protection. Through these categories it is possible to see the influence of the principle of effective judicial protection in the national legal system and the necessary changes to its better applicability. The study demonstrates that all

1 Pós-graduado em Direito Público pelo Centro Universitário Leonardo da Vinci (UNIASSELVI).
E-mail: <dyo64@hotmail.com>

2 Mestre em Ciências Sociais Aplicadas pela Universidade Estadual de Ponta Grossa (UEPG).
E-mail: <mcrbaranoski@uepg.br>

law operators should pursue the effective judicial protection according to what was established by the Federal Constitution of 1988 as the principle of effective judicial protection is not a merely philosophical issue, but the guideline for all judicial activity, ensuring to all an effective, fast and fair protection.

Keywords: Principle of Effective Judicial Protection. Jurisdiction. Process. Effectiveness.

1 Introdução

Em qualquer lugar do planeta, desde as mais simples até as mais complexas sociedades, sempre os interesses fazem o homem viver em busca de algum propósito. Porém, cada indivíduo tem os seus próprios interesses e, na busca de satisfazê-los, a sociedade caminha sempre conflituosa. À medida que a humanidade aumenta a sua capacidade de desenvolvimento, os conflitos se tornam mais complexos, transformando o próprio homem em seu principal inimigo.

Como os interesses do homem são infinitos e os bens, finitos, em toda sociedade vão existir conflitos. Sendo assim, ao longo da história, as formas de resolução desses conflitos foram sendo cada vez mais elaboradas (ROCHA, 2007, p. 21).

Partindo da autotutela, em que a lei do mais forte imperava, portanto não havendo justiça e nem ordem, Rocha (2007, p. 26) deduz que, conseqüentemente, também não poderia haver uma sociedade nos termos conhecidos hoje.

O Estado assume a função de manter a ordem, passa criar normas que regulamentem os comportamentos da sociedade e a exercer uma nova atividade – a Jurisdição – que tira das mãos dos sujeitos a autotutela, assumindo o posto de analisar imparcialmente e pacificar os conflitos com o monopólio das resoluções dos litígios por meio de normas previamente elaboradas.

Com os pensamentos modificando a forma estatal, até se chegar ao atual Estado constitucional, o modo de atuar na atividade jurisdicional também se transformou para melhor atender às necessidades de cada sociedade passada, sendo hoje uma função do Poder Judiciário, muito distinta da sua origem e com objetivos também muito mais complexos.

A Constituição Federal do Brasil de 1988 (CF 1988) traz, entre outros diversos institutos, os objetivos e fundamentos do Estado brasileiro, sendo que, para o cumprimento destes, também enumera os princípios e direitos fundamentais, os quais devem ser o rumo para toda atividade jurídica, legislativa e administrativa do país.

Dentre os princípios enumerados na Constituição Federal está o da tutela jurisdicional efetiva, um dos mais importantes e modernos princípios orientadores da jurisdição.

Tal princípio é um dos caminhos que o constituinte colocou como fundamentais para o exercício da atividade jurisdicional. As disposições deste deverão ser irradiadas para todo o sistema, para atingir todo modo de agir jurisdicional.

No Brasil, com o sistema do *civil law*, criou-se a cultura de sempre se buscar os direitos quando expressos em leis, além de, quando não dispostos nos códigos legais, fazer pressão sobre o Poder Legislativo para

que se elabore a legislação. Porém, no mundo globalizado esse sistema se encontra fadado, pois as relações sociais cada vez mais complexas e aceleradas não deixam tempo para um sistema positivo fechado e completo.

Diante desse contexto, o trabalho foi estruturado conforme abaixo:

Seção 1: trata da concepção da jurisdição e de tutela jurisdicional para o Estado democrático de direito no atual momento histórico brasileiro, além da conceituação e sistematização do princípio da tutela jurisdicional efetiva.

Seção 2: elenca três caminhos para o aumento da efetividade da tutela jurisdicional no sistema do *civil law* brasileiro e apresenta a importância do processo para este fim.

O objetivo é trazer o significado e a importância do princípio da tutela jurisdicional efetiva e maneiras para que ele seja melhor aplicado durante a atividade jurisdicional.

2 Jurisdição perante o estado democrático de direito trazido pela CF/88

2.1 Compromisso do estado

Com a evolução, o ser humano passa a descobrir, depois inventar conscientemente, ferramentas para facilitar a sua sobrevivência e bem-estar. buscando sair do mundo hostil da Antiguidade. Percebe que em grupos o ritmo do desenvolvimento de suas tecnologias é muito maior. Essa percepção ajudou a sua evolução e criou as oportunidades para que as comunidades iniciassem a sua formação.

Dessa forma, deixa de depender de uma alimentação baseada em caça e coleta,

passando a produzir o seu próprio alimento por meio da agricultura e a criação de animais, dando oportunidade de as comunidades se estabelecerem e se desenvolverem continuamente, com mais estabilidade e segurança:

[...] O homem teve que inventar nos campos da organização social, da distribuição de gêneros e da política, antes de ser possível as instituições dos grandes Estados organizados. À medida que o homem aumentava o número dessas invenções, tornava-se possível viver em comunidades sempre maiores e estender a lei e a ordem a áreas cada vez mais vastas. O comércio e os cerimoniais reuniam os povos pacificamente e as ideias circulavam. Os homens eram estimulados a pensar, construir e criar. Portanto, o desenvolvimento de comunidades humanas cada vez maiores, a despeito de toda a devastação que esses grandes grupos frequentemente infligiam uns sobre os outros, é um dos principais temas do progresso humano [...]. (BENEDICT, 1966, p. 236)

Quando essas comunidades passaram a se desenvolver em busca de um bem comum, surge a sociedade. São claras as vantagens de o homem se socializar, pois oportuniza o crescimento de suas aptidões físicas, morais e intelectuais, porém, na mesma proporção, exige grandes adaptações, impondo certas normas, sancionadas pelo costume, a moral ou a lei (AZAMBUJA, 1985, p.1-2).

Vivendo em sociedade, as vontades individuais humanas não são mais todas possíveis em detrimento do bem comum e da liberdade do próximo:

A vida em sociedade traz evidentes benefícios ao homem mas, por outro

lado, favorece a criação de uma série de limitações que, em certos momentos e em determinados lugares, são de tal modo numerosas e frequentes que chegam a afetar seriamente a própria liberdade humana [...]. (DALLARI, 2003, p. 9)

A liberdade humana, quando afetada, acaba por gerar conflitos de interesses de toda ordem, como consequência surgem mecanismos para a resolução dos frequentes conflitos (ROCHA, 2007, p.20). Ultimamente, esses embates, quando não resolvidos pacificamente, ou seja, quando ocorrem conflitos qualificados por uma pretensão resistida, são denominados por Carnelutti (1942, p. 96) como *lide*.

Nos primórdios, as lides eram resolvidas por meio da autotutela, ou lei do mais forte. O próprio indivíduo deveria reclamar aquilo que se achava no direito, e quando não era mais forte que seu adversário não tinha opção a não ser aceitar a situação, mesmo que injusta (ROCHA, 2007, p.29-31).

Conforme a população foi aumentando e evoluindo, outros modelos de resoluções de conflitos foram surgindo. Entre elas, as soluções morais baseadas na religião, a autocomposição e o arbitramento (ROCHA, 2007, p. 29-31).

Este último passou a ser usado com mais frequência e ganhou destaque pelos seus resultados favoráveis, funcionando da seguinte maneira: os conflitantes procuravam um terceiro prestigiado na comunidade, normalmente os líderes, e se comprometiam a aceitar a decisão que esse árbitro manifestasse. O sistema transformou-se de tal forma que este compromisso deixou de ser exigido e as decisões começaram a ser impostas. Somente após o surgimento do Estado e

sua posterior expansão institucional os governantes passaram a ditar a solução para os conflitos de interesses, com imparcialidade, não importando qual seria a vontade dos particulares em confronto (ROCHA, 2007, p. 29-31).

Frente às tensões que determinam os conflitos de interesses e originam as lides nas sociedades politicamente organizadas, o Estado chama para si a responsabilidade da resolução dos conflitos e utiliza o direito como meio de controle social, mantendo a paz, a justiça e a garantia de direitos do homem (AZAMBUJA, 1985, p.127 e 391).

Para usar o direito como instrumento de controle social, o Estado age em duas frentes. A primeira, atualmente, é tarefa do Poder Legislativo e se resume na produção de normas regulando as mais diversas formas de relações humanas, “[...] atribuindo direitos, poderes, faculdades, obrigações. São normas de caráter genérico e abstrato, ditadas aprioristicamente, sem destinação particular a nenhuma pessoa ou coletividade e a nenhuma situação concreta.” (DINAMARCO, 2001, p. 192). A segunda frente é a jurisdição, tarefa do Poder Judiciário. Como anota Dinamarco (2001, p. 192), consiste em apreciar os conflitos que lhe forem apresentados e aplicar os preceitos das normas abstratas ao caso concreto, criando condições para que as suas decisões sejam realizadas.

Esta função, atividade e poder do Estado de dizer o direito (*júris*, “direito” e *dictio*, “dizer” – jurisdição) é assim conceituada por Dinamarco:

À jurisdição costuma ser atribuída uma tríplice conceituação, dizendo-se habitualmente que ela é ao mesmo tempo um *poder*, uma *função* e uma *atividade*. Na realidade, ela não é um

poder, mas o próprio poder estatal, que é uno, enquanto exercido com os objetivos do sistema processual; assim com a legislação é o poder estatal exercido para criar normas e a administração, para governar. Como *função*, a jurisdição, caracteriza-se pelos escopos que mediante seu exercício o Estado-juiz busca realizar – notadamente o escopo social de pacificar pessoas, eliminando litígios. A *atividade* jurisdicional constitui-se dos atos que o juiz realiza no processo, segundo as regras do procedimento [...]. (DINAMARCO, 2001, p. 318).

Em consequência, quando o Estado monopoliza a jurisdição e retira das mãos dos sujeitos o direito de, com suas próprias forças, resolverem os seus litígios (autotutela³), também assume a responsabilidade de, por meio dos parâmetros das suas normas criadas previamente (direito material), resolver as lides que os conflitantes não puderam solucionar por outra maneira. Portanto, percebe-se que o Estado não apenas deteve o poder de solucionar os conflitos intersubjetivos mas também recebeu o dever de, em toda oportunidade em que for procurado a fim de pacificar uma lide, ter métodos hábeis para tal objetivo, ou no mínimo uma resposta ao reclamante, gerando para os seus membros um direito de ter seus conflitos resolvidos pelo órgão competente para tal função.

[...] desde que privou os cidadãos de fazer atuar seus direitos subjetivos pelas próprias mãos, a ordem jurídica teve que criar para os particulares um direito à tutela jurídica do Estado. E este, em consequência, passou a deter

não apenas o *poder* jurisdicional, mas também o dever de jurisdição [...]. (THEODORO JÚNIOR, 2005, p. 40).

Portanto, em decorrência do poder-dever jurisdicional do Estado, quando os interesses tutelados acabam por consistir em uma lide, surge para o sujeito que teve sua pretensão resistida o direito de acionar o Estado para que se manifeste sobre o seu litígio.

Desse modo, percebe-se que a demanda é contra o Estado e o objeto desta relação é uma prestação jurisdicional e não o bem litigioso. Então, a relação de direito material de ordem individual, raiz do litígio, nada tem a ver com esta outra relação de ordem pública só possível pelo monopólio do Estado sobre a jurisdição, o qual fez surgir o direito para os seus habitantes de acioná-lo quando não puderem resolver pacificamente seus conflitos. Este direito foi denominado *direito de ação* (THEODORO JÚNIOR, 2005, p. 59).

Essas duas relações vistas de maneira distinta, em outras palavras, como afirma Theodoro Júnior (2005, p. 59), a autonomia da ação é um pensamento bastante recente, pois até o século XIX o direito de ação ainda era tido com parte do direito material, portanto sem direito não havia ação e a recíproca também era verdadeira.

Depois de alcançada a autonomia, os doutrinadores ainda discutiam se era possível exercer o direito de ação sem ter o direito material ofendido (teoria abstrata da ação) ou se era fundamental ter o direito material agredido para se obter o direito de ação (teoria concreta da ação). Hoje, já é tranqüila a doutrina de que “o direito de ação é direito à composição do litígio pelo Estado, que não depende da efetiva existência do direito

³ Ainda existem casos expressos em lei que autorizam a autotutela – por exemplo, legítima defesa, apreensão do objeto sujeito a penhor legal, desforço imediato no esbulho possessório (THEODORO JÚNIOR, 2005, p. 38).

material da parte que provoca a atuação do Poder Judiciário” (THEODORO JÚNIOR, 2005, p. 60).

O ordenamento jurídico brasileiro, como destaca Theodoro Júnior (2005, p. 62-63), submete ao autor da ação à exigência de alguns requisitos que para ele são fundamentais para composição da lide, ou seja, não basta que o sujeito queira uma atuação do Estado, pois são necessárias algumas condições, conhecidas como *condições da ação*: legitimidade de parte (o sujeito é legítimo para exercer a ação), possibilidade jurídica do pedido (previsto dentro do ordenamento jurídico) e interesse de agir (a provocação do Judiciário deve ser apta e necessária à resolução do litígio). Tendo essas condições, qualquer sujeito de direitos pode, mesmo que somente na expectativa de direito, demandar o Estado para que pacifique a sua lide, mesmo que ao final ocorra uma sentença desfavorável.

Sendo assim, pode-se se dizer, que apesar de o direito de ação ser abstrato, somente quando existir realmente o direito o Estado prestará uma proteção a ele, ou seja, irá tutelá-lo.

Diante dessa afirmação, faz necessária uma distinção primordial trazida por Humberto Theodoro Junior (2005, p. 61), pois sempre existirá uma diferença entre o provimento ou prestação jurisdicional e tutela jurisdicional consistente no seguinte raciocínio: a Constituição Federal de 1988 não permite que o juiz exima-se de proferir sua decisão quando exercido regularmente o direito de ação compondo a lide. Como esta composição não será necessariamente sempre favorável ao autor (sujeito que invocou o seu direito de ação), nem sempre terá um direito a se tutelar, ou seja, não é toda vez

que a sentença corresponderá a uma tutela jurisdicional, mas sempre deverá ocorrer um provimento jurisdicional, uma decisão da jurisdição na composição daquele litígio.

Portanto, quando o Judiciário tiver que proteger algum direito, prestará a *tutela jurisdicional*, cujo significado, assim como o de *jurisdição*, sofreu inúmeras mudanças no decorrer dos tempos, por estar intimamente ligado ao Estado. De acordo com os modelos estatais que surgiram na história, esses institutos também seguiram suas tendências. Portanto, para entender seus atuais significados, faz-se necessário um breve histórico a respeito da passagens do Estado absolutista para o liberal e da transformação deste para o atual Estado democrático de direito imposto pela Constituição Federal de 1988.

2.1.1 Estado Absolutista

O Estado Absolutista pregava a junção de todos os poderes nas mãos de um homem, era condição para seu funcionamento.

Maquiavel, em sua obra *O Príncipe*, ao demonstrar seu desejo por uma Itália unificada e forte, afirma que isso somente seria possível com o advento de um príncipe que reunisse todos os poderes, demonstrando o pensamento base daquele período:

Consideradas, pois, todas as coisas já expostas, pensando comigo mesmo se no momento presente, na Itália, corriam tempos capazes de honrar um príncipe novo e se havia matéria que assegurasse a alguém, prudente e valoroso, a oportunidade de nela introduzir nova organização que a ele desse honra e fizesse bem a todo o povo, quer me parecer concorrerem tantas circunstâncias favoráveis a um príncipe novo que não sei qual o tempo que

poderia ser mais adequado para isto. (MAQUIAVEL, 1972, p. 143)

2.1.2 Estado Liberal

Durante todo o século XVIII, surgiram as ideias do Estado liberal. Neste modelo, não é aceito o poder absoluto nas mãos de um só homem, o Estado deve respeitar os direitos fundamentais do homem e garantir os direitos civis e políticos, ou seja, tem seus poderes limitados, não podendo entrar na esfera individual do sujeito. Ainda defende que, para limitar o poder estatal, este deve ser dividido entre Executivo, Legislativo e Judiciário. Para que possam estar equilibrados, estes poderes são independentes e assim podem se contrabalancear, evitando abusos. A lei seria máxima e regularia a formação e a atuação do Estado (MALUF, 1980, p. 206-07).

Este foi o movimento do Estado liberal constitucionalista, a fim de limitar os poderes dos monarcas. Essas ideias vieram à tona com as revoluções Inglesa, Francesa e Americana, e acabaram chegando à América Latina, derrubando a dominação portuguesa no Brasil e a espanhola no restante dos países latino-americanos (OLIVEIRA, 2005, p. 666-667).

Em outras palavras, um conjunto de normas e princípios que submeteriam o próprio Estado, seus governantes e governados aos seus regramentos (Constituição), dando origem aos Estados constitucionais de direito, um organismo submetido às leis estabelecidas em uma constituição.

O contexto histórico de excesso de poder dos reis, da Igreja e da dominação das classes pelos nobres, aliada à ânsia da burguesia pela tomada do poder, acabou ocasionando rupturas drásticas. Os ideais

do jusnaturalismo (direitos naturais do homem), que afirmavam a liberdade individual e a igualdade formal, foram o ponto alto para justificar a formulação das teorias que, de fato, melhoraram as condições da população, mas não deixaram de colocar uma classe no domínio, agora a burguesia (OLIVEIRA, 2005, p. 666-67).

Os códigos de leis e a tripartição dos poderes foram os instrumentos ideais para evitar o abuso de poder pelo Executivo e deixar o domínio com os burgueses, já que a burguesia tinha alta aprovação popular, portanto conquistaria o poder Legislativo. Tanto que para os teóricos liberais, principalmente para Montesquieu, o Judiciário era totalmente amarrado às normas, pelo princípio da legalidade, o que garantia uma extrema segurança jurídica (OLIVEIRA, 2005, p. 667). Sendo assim, já que o Judiciário e o Executivo teriam que seguir cegamente as leis, quem as elaborasse naturalmente estaria com o poder em suas mãos.

Como no absolutismo o magistrado era, praticamente, propriedade privada dos reis, pelos quais era escolhido, deveriam a estes dar total respaldo durante suas decisões. Em resposta a isso, durante o Estado liberal, o juiz estava totalmente preso à lei (OLIVEIRA, 2005, p. 667).

Assim, a partir do Estado liberal admitiu-se que a lei era sinônimo de justiça. Mas grandes tragédias, como por exemplo os Estados nazistas e fascistas, que deram causa à Segunda Guerra Mundial, usaram a obediência à lei como justificativa para seus atos. Após este evento traumático, percebeu-se que mesmo a lei deveria estar conforme alguns ideais, que podem ser resumidos na expressão *dignidade da pessoa humana* (CAMBI, 2006, p. 664).

2.1.3 Estado democrático de direito

O século XX, marcado pela experiência de duas guerras mundiais, além da articulação de uma nova ordem mundial baseada no aumento das desigualdades econômicas e sociais, impõe o reconhecimento de novos direitos.

Com isto, na Idade Contemporânea, além dos direitos civis e políticos (os ditos *direitos de primeira geração*, que geram uma abstenção do Estado, limitando a atuação deste na esfera individual dos sujeitos) também existem os direitos sociais (*direitos de segunda geração*, que asseguram as necessidades básicas de convivência digna). Estas duas gerações encontram-se garantidos na Constituição Federal de 1988. (BUENO, 2008, p. 58-59).

A partir dessa constatação, tem-se que os direitos humanos de primeira e de segunda geração estão atrelados ao conceito da *dignidade da pessoa humana*, devendo ser garantidos pelas normas de maior importância no ordenamento jurídico, os princípios fundamentais (SHIMURA, 2006, p. 549), constantes na CF/88. Portanto, esses princípios ou direitos fundamentais devem ser materialmente realizados na prática e não meramente declarados (BUENO, 2008, p. 58-59).

Com esta visão, abre-se o leque para a intervenção proporcional do Estado na esfera do indivíduo a fim de garantir os objetivos e fundamentos do Estado democrático de direito (DALLARI, 2003, p. 281), positivados nos artigos 1.º e 3.º da CF/88,⁴ impondo

⁴ Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos estados e municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado democrático de direito e tem como fundamentos:

ao Estado que se propõe a ser democrático de direito o cumprimento de seus objetivos para garantir a efetivação da sua meta maior, que é a manutenção da paz social. Sendo assim, “deve a jurisdição ser compreendida como integrante deste esforço ou, mais que isso, *realizadora prática*, deste desiderato” (MEDINA, 2008, p. 23).

2.2 Direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva

Passa-se então a sistematizar e conceituar o princípio da tutela jurisdicional efetiva, primeiramente passando pelo contexto histórico e depois pela interpretação dos princípios fundamentais – acesso a jurisdição, devido processo legal e duração razoável do processo – para se chegar à importância e o alcance de efetivação da tutela jurisdicional.

A ideia de limitar a atuação da jurisdição à edição da coisa julgada, segundo Silva (2008, p. 17), é atribuído a Allorio, porém Calamandrei também já tinha se expressado a esse respeito, ou seja, a função jurisdicional se presta a resolver os litígios da sociedade por meio da declaração de quem tem direito pela sentença. Feito isso, estaria terminado o trabalho jurisdicional e, portanto, oferecida a

I – a soberania;

II – a cidadania;

III – a dignidade da pessoa humana;

IV – os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa;

V – o pluralismo político.

Parágrafo único. Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição.

[...]

Art. 3º 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; [...]

tutela jurisdicional (CALAMANDREI *apud* SILVA, 2008, p. 17).

Também adepto dessa corrente, Couture esclarece o seu pensamento: “A sentença traz a paz jurídica junto com a tutela do direito triunfador.” (1951, p. 83)

Em outras palavras, o sentido literal de jurisdição (“dizer o direito”) era levado à tona. Cabia ao juiz apenas ser a voz da letra da lei, sua atuação deveria ser totalmente distante e imparcial, não poderia interpretar a lei ao caso concreto, pois estaria legislando, não atendendo à realidade social. Portanto, pode-se dizer que, agindo assim, declarando a lei, estaria realizando seu papel com plenitude.

A razão para essa concepção de tutela jurisdicional não ser suficiente para o Estado democrático de direito pós-CF/88 fica resumida com a necessidade de “uma ruptura com a ideia de que a função jurisdicional é cumprida com a edição da sentença (da declaração do direito ou da criação da norma individual)”, salvo nos casos das sentenças declaratórias ou constitutivas, que por si mesmas bastam para garantir o direito (MARINONI, 2008, p. 116): a sentença é apenas “um instrumento técnico-processual”, que nem sempre garantirá a tutela jurisdicional, pois os efeitos desta devem alcançar a prática, a vida das pessoas (MENDES JUNIOR, 2006, p. 895). Mais que apenas um papel, a tutela jurisdicional deve ser o meio de aproximação do Judiciário com a sociedade, com o mundo real, verdadeiramente efetivando direitos.

Já para Chiovenda (1969, p. 40), a proteção jurisdicional é mais próxima da ideal. Ele afirma que para se chegar até a tutela jurisdicional é necessário que o juiz analise a vontade abstrata da lei, depois examine os

fatos para formar a vontade concreta da lei e por fim complementa com a atividade satisfativa (executiva) para que se tenha a atuação concreta da vontade da lei.

Silva (2008, p. 16) critica a doutrina de chiovendiana quando afirma que o juiz fica restrito à lei, pressupondo um ordenamento jurídico completo, com todos os direitos possíveis garantidos. Assim, não cabe ao juiz exercer atividade criativa para aplicar lei: é mais um ato mecânico, de procurar na norma a vontade abstrata e aplicá-la ao caso concreto.

Isso significa dizer que, para Chiovenda (1969, p. 3), como a “lei é manifestação da vontade coletiva geral” (CHIOVENDA, 1969, p. 3), ela é um fim em si mesma. A garantia de a lei ser formalmente perfeita e atuar concretamente nos conflitos da sociedade é suficiente para a jurisdição cumprir o seu papel com justiça. Como não existia a necessidade de a atividade do juiz se guiar por caminhos ditados por princípios que buscam atingir direitos fundamentais, a existência da lei e a sua aplicação eram presunção de justiça, o que mostra a extrema influência do positivismo (MARINONI, 2008, p. 94).

Neste mesmo caminho se encontra Cernelutti, quando Ovídio A. Batista da Silva (2008, p. 19-20), ao analisar a sua teoria, diz que para o doutrinador italiano a jurisdição busca a justa composição da lide, ou seja, a jurisdição se presta para resolver os conflitos trazidos ao Judiciário, que deve atuar primeiro resolvendo a pretensão contestada (declarando quem tem direito) e depois, caso não concretizada, realizar a pretensão insatisfeita (realizando o direito declarado). Assim, a jurisdição atuará pacificando os conflitos, porém esta pacificação será conforme a lei, ou seja, mais uma vez, o objetivo é assegurar o dispositivo da lei.

Com a noção das dimensões do Estado democrático de direito e os objetivos que ele propõe, claramente enxerga-se que as doutrinas clássicas estão superadas – sempre lembrando que estas, coerentes com seus momentos históricos, trouxeram inúmeros avanços para o direito e para sociedade da sua época. Porém, não se deve esquecer que o Estado é outro, a sociedade e suas necessidades são diferentes, portanto, para que a “nova” jurisdição possa trazer os efeitos positivos que a concepção clássica trouxe ao seu tempo, quando suplantou concepções passadas, deve-se, hoje, realizar o mesmo processo de superação, seguindo o raciocínio abaixo.

Quando a Constituição Federal de 1988 trouxe no seu artigo 5.º, inciso XXXV, que “nenhuma lei excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”, garantindo a todo indivíduo o acesso ao Judiciário, bem como, quando se ultrapassa o pensamento do Estado liberal positivista, também se retira deste dispositivo o direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva ou princípio da efetividade jurisdicional, também conhecido como *direito a prestação efetiva da tutela jurisdicional*. Para a sociedade contemporânea e o Estado democrático de direito, o simples acesso à Justiça para depois receber uma sentença, não implica, necessariamente, o Estado sanar as necessidades sociais, nem mesmo cumprir seus objetivos (BUENO, 2008, p. 148-49).

Cambi (2006, p. 674), neste mesmo sentido, afirma que, trazendo para a Constituição e os princípios o centro de todo ordenamento jurídico, além de seguir os objetivos do Estado democrático de direito instaurado por esta, com mais razão retira-se do artigo 5º, XXXV, da CF/88, além do

acesso à jurisdição, também o direito fundamental da tutela jurisdicional efetiva, célere e adequada.

Quando, atualmente, fala-se em direito de acesso ao Judiciário, analisando o artigo 5º, XXXV, da CF/88, para satisfazê-lo não basta colocar à disposição do sujeito os meios para que se chegue ao Judiciário, mas também garantir “uma solução útil e eficaz para seus conflitos” (ZARIF, 2006, p. 143).

Também o princípio do devido processo legal, artigo 5º, LIV,⁵ da CF/88, quando institui aos sujeitos a garantia de prévia disciplina de como será exercida a jurisdição, também quer dizer que esta disciplina deve trazer resultados práticos de acordo com o que é esperado da própria jurisdição, como realizadora de conflitos (PORTO, 2006, p. 179).

Tanto o princípio do devido processo legal quanto o princípio do acesso à Justiça tendem a buscar formas para garantir o efetivo acesso ao Judiciário e a obtenção real da tutela jurisdicional. Portanto, tanto em um como no outro se pode retirar o direito a efetiva tutela jurisdicional, que busca mais especificamente a manifestação prática desses atos. Sendo assim, não se pratica devido processo ou acesso à justiça se efetivamente não acontecerem os fins pretendidos na vida do sujeito de direitos (BUENO, 2008, p. 148).

Dessa forma, proteção jurisdicional, hoje, deve atender “satisfatoriamente a todos os direitos e garantias do ordenamento jurídico” (RIBEIRO, 2006, p. 155). Porém, não

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

[...] LIV – ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal; [...]

é mais suficiente dizer que declarar e satisfazer os direitos conforme as disposições legais, engessando o juiz a tais preceitos. Nos Estados constitucionais, como é o caso do Brasil, as próprias normas devem ser reguladas pelos princípios constitucionais, garantindo os direitos fundamentais (MARINONI, 2008, p. 97).

Além dessas manifestações, a Emenda Constitucional 45 (EC 45), por meio da inclusão do inciso LXXVIII ao artigo 5º da CF/88, sob o texto “a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação”, trouxe mais um aspecto que fortalece a existência do princípio da efetiva tutela jurisdicional.

A crítica ocorre quando se analisa que este dispositivo se encontrava implícito em outros princípios constitucionais expressos, mas precisou que uma norma o trouxesse expressamente, além da disposição no Pacto de San José de 1969, no artigo 8º, 1,⁶ que este direito encontra-se plenamente garantido. Sendo o Brasil signatário deste tratado internacional e a Constituição de 1988 garantindo, pelo §2º do artigo 5º,⁷ que não se

excluem outros direitos decorrentes de tratados internacionais que o Brasil faça parte, fica claro que a EC 45 só veio trazer um direito que já estava garantido na Constituição Federal de 1988 (ZARIF, 2006, p. 143).

Apesar de nem todo provimento jurisdicional significar tutela jurisdicional, sempre é necessário aquele para que ocorra esta. Portanto, mesmo quando não exista direito para se proteger (sentença desfavorável), a jurisdição deve ser efetiva, pois será com esta que a pacificação social será alcançada. Em outras palavras, mesmo quando a parte, ao final, tenha o seu direito rejeitado, é garantido a ela que a decisão seja proferida no menor tempo possível (SPALDING, 2005, p. 32).

Porém, em se tratando de tutelar direitos, não se deve confundir rapidez com efetividade. Apesar de um dos maiores problemas da efetivação da tutela jurisdicional ser a demora para a resolução dos processos, a efetividade não é igual à rapidez, mas esta é necessária para uma tutela efetiva: “Como é curial, não se pode, em homenagem à celeridade, sacrificar garantias constitucionais.” (LOPES, 2006, p. 240)

Pensar em uma tutela que realize os direitos a qualquer tempo não é pensar em uma prestação jurisdicional adequada. Pode-se dizer que celeridade é uma das exigências para que a tutela possa ser chamada de *efetiva*, além de agora inclusa expressamente como garantia fundamental na Constituição Federal de 1988 (CARVALHO, 2005, p. 215-217).

Ou seja, não é somente pela razoável duração do processo até a prolação da sentença que vai ocasionar a efetiva tutela jurisdicional, mas sim pelo conjunto do modo mais eficaz e no menor tempo possível, para que o direito material venha a ocorrer na prática,

6 Art. 8º Garantias judiciais:

1. Toda pessoa terá o direito de ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou na determinação de seus direitos e obrigações de caráter civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza.

7 Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no país a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...] §2º 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.

trazendo para o sujeito aquilo que lhe era de direito, mas que por seus meios não pôde obter e precisou que a jurisdição o fizesse.

Pode-se então conceituar *tutela jurisdicional efetiva* da seguinte forma: é a realização do direito material, no sentido de declará-lo e satisfazê-lo da maneira mais completa possível; gerando resultados práticos satisfatórios, em tempo razoável e condizente com os princípios constitucionais de justiça. Somente dessa forma está se cumprindo o dever da jurisdição, garantido a paz social e indo ao encontro dos objetivos do Estado.

2.3 Crítica ao legalismo e formalismo

O neoconstitucionalismo, a nova visão pós-1988, deve quebrar paradigmas a fim de se adequar o Judiciário à realidade. Afirma o autor que se devem superar as ideologias do Estado liberal, que hoje já são arcaicas, pois os métodos e os escopos daquele modelo estatal são totalmente diferentes dos atuais. Por sua importância, o Estado liberal, provindo de uma revolução, ainda reflete o intenso pragmatismo e a extrema segurança jurídica à cultura contemporânea. Ou seja, como foi uma conquista, fica difícil aceitar que suas bases estão ultrapassadas e devem ser superadas (CAMBI, 2006, p. 663).

Mas, o Estado liberal trouxe a ideia da igualdade formal e da lei como vontade geral da população: os atos da prática sempre encontrariam na lei uma disposição que os regulamentasse, e então o juiz deveria sempre buscar sua convicção pelo texto legal, portanto seguindo a lei e tratando todos os homens como iguais, já que o ordenamento jurídico era fechado e nele se encontravam regulamentadas todas as situações.

Pois bem, com os adventos das constituições ainda influenciadas por este pensamento, estas eram consideradas apenas cartas políticas, que definiriam inúmeras regras programáticas que direcionariam as políticas de atuação do Estado. Acontece que para o Estado democrático de direito as constituições deixaram de ser meras cartas programáticas e ganharam força normativa (CAMBI, 2006, p. 664-65).

Hoje, quando se acha no texto constitucional, um princípio, este não é mais uma meta ou mera promessa e sim um direito com aplicabilidade imediata. Prova disso é o controle de constitucionalidade imperando nas situações em que as normas que contrariam as regras e os princípios constitucionais devem ser declaradas como inconstitucionais e não mais fazer parte do ordenamento jurídico (CAMBI, 2006, p. 664-65).

Portanto, o neoconstitucionalismo e o neoprocessualismo não são tendências que devem ficar apenas no plano teórico, exigindo do operador jurídico novas práticas para que, assim, possa resistir, sempre com apego na Constituição, a toda forma de retrocessos, o que servirá – e isto, por si só, não é pouco – para a concretização da *consciência constitucional* e para a formação de uma silenciosa cultura democrática de proteção dos direitos e garantias fundamentais. (CAMBI, 2006, p. 683)

Nesse mesmo sentido, Cruz (2006, p. 109) defende um ordenamento jurídico em que as normas infraconstitucionais estejam de acordo com os dispositivos constitucionais, ressaltando a supremacia da constituição. Não se pode admitir a desarmonia dos dispositivos legais em confronto com os preceitos constitucionais, sendo que aqueles devem sempre estar subordinados a estes.

Porém, ainda se encontra enraizado na jurisdição contemporânea o mito legislador positivo. Esta disposição – mais uma tradição do liberalismo – só permite ao juiz emitir a vontade concreta da lei, proveniente da garantia dos direitos de primeira geração, que proibiam o Estado agir de maneira dinâmica para a concretização dos direitos – pensamento este que não se compatibiliza com o modelo de Estado colocado pela Constituição de 1988, que, além de assegurar os deveres negativos do Estado (de primeira geração), também dispõe sobre os deveres positivos, os quais garantem um agir do Estado para a implementação dos direitos fundamentais (CAMBI, 2006, p. 669).

Além disso, segundo a lição de Oliveira (2006, p. 659-64), com a rapidez e a complexidade das relações humanas nos últimos anos, é praticamente impossível que os códigos consigam prever, por meio de regras específicas, todas as situações que merecem regulamentação. Dadas as características dos princípios (abstração e relativização), eles devem ser usados para se amoldar aos casos em que a lei não estabeleça nenhuma regra positivada sobre o assunto. Pela abstração, os princípios conseguem alcançar inúmeras situações e pela relativização, quando contrapostos uns aos outros, conseguem não se anular, mas se amoldar a cada ocasião no caso concreto.

Sendo assim, o abandono do legalismo, que exigia inércia até a expressa disposição na lei, para que fossem tutelados os direitos e garantias já incorporados na abrangência dos princípios, é medida essencial para que em tempos globalizados sejam resolvidos os conflitos com justiça.

O ex-ministro Eros Grau, do Supremo Tribunal Federal, em um dos seus votos

trouxe o alerta que serve não só os magistrados, mas para que todos os operadores comecem a refletir sobre suas atuações com o direito no atual momento histórico:

Permito-me, ademais, insistir em que ao interpretarmos/aplicarmos o direito porque aí não há dois momentos distintos, mas uma só operação ao praticarmos essa única operação, isto é, ao interpretarmos/aplicarmos o direito não nos exercitamos no mundo das abstrações, porém trabalhamos com a materialidade mais substancial da realidade. *Decidimos não sobre teses, teorias ou doutrinas, mas situações do mundo da vida. Não estamos aqui para prestar contas a Montesquieu ou a Kelsen, porém para vivificarmos o ordenamento, todo ele. Por isso o tomamos na sua totalidade. Não somos meros leitores de seus textos para o que nos bastaria a alfabetização --- mas magistrados que produzem normas, tecendo e recompondo o próprio ordenamento.* (Min. EROS GRAU, <<http://www.stf.jus.br/imprensa/pdf/rcl3034.pdf>> (Agr. Reg. na reclamação 3.034-2, Paraíba, grifos nossos)

Os princípios, não só aqueles colocados pela CF/88 como fundamentais, mas principalmente estes pela sua hierarquia máxima, são ferramentas essenciais para o Estado democrático de direito como figura de pacificador social e para o cumprimento dos objetivos dispostos.

3 Três caminhos

Nesta seção tratar-se-á de formas a serem levadas em consideração diante da atual ineficiência da jurisdição brasileira, pois se tem alertado que somente as mudanças legislativas não conseguirão alcançar tornar efetiva a tutela jurisdicional.

Diante disso, podem-se elencar três caminhos que conjuntamente podem trazer para a prática jurisdicional o aumento da aplicabilidade do princípio da efetiva tutela jurisdicional:

- o aumento e a modernização nas estruturas física e humanística do aparelhamento do judiciário;
- a mudança de visão para as futuras reformas legislativas, para atualizar as normas de acordo com os novos rumos traçados pelo Estado democrático de direito;
- a mudança da cultura no pensamento dos operadores do direito, trabalhando em esforço comum para a efetivação da tutela jurisdicional.

O primeiro caminho é lógico e racional. De nada adianta o pensamento e a estrutura normativa estarem bem postadas se, na prática, não existir um aparelhamento em condições de fornecer os serviços do Judiciário. Tentou-se pela EC 45, pela prática de mais uma das culturas do legislador brasileiro, resolver o problema com o estabelecimento, em lei, do número de juízes e tribunais, porém torna-se o mesmo problema da prolação da sentença que não vem a ser efetivada, é mais um papel. Ainda com o uso da informática, tenta-se melhorar o atendimento e o trabalho do Judiciário que ainda está muito aquém do necessário para um bom funcionamento no Brasil:

Urge também uma ampla reforma na estruturação do Judiciário como: informatização do andamento processual; cursos de aprimoramento para os auxiliares; preenchimento dos cargos da magistratura, bem como o número

de magistrados; maior número de funcionários. (NOTARIANO JÚNIOR, 2005, p. 62)

Com o desenvolvimento econômico do país e a projeção de ser ele uma grande potência nas próximas décadas, não se pode esquecer dos investimentos no Poder Judiciário, que se encontra abandonado em vários estados: além da falta de recursos materiais, é latente a escassez do número de funcionários.

O segundo ponto impõe a visão do processo enquanto instrumento da jurisdição para a entrega da tutela jurisdicional. Para tanto, o processo é o foco fundamental para as mudanças legislativas, que devem buscar a efetividade do processo e, conseqüentemente, da tutela jurisdicional.

Contudo, como adverte Porto, “não se pode pensar em reformas de um instrumento sem que os olhos estejam voltados para a realidade” (PORTO, 2006, p. 180). Ou seja, deve-se tomar a efetividade como norte para a elaboração e a modificação da legislação processual, aproximando o processo do seu objeto e motivo de existência, trazendo para o mundo real os direitos estabelecidos em abstrato, trazendo a justiça e a paz social, fortalecendo o Estado democrático de direito.

Duas doutrinas em especial podem realmente ilustrar o que se espera do novo processo, as doutrinas de Mauro Cappelletti (*As ondas de acesso à Justiça*) e Cândido Rangel Dinamarco (*Instrumentalidade do processo*) (BUENO, 2008, p. 51 e 54).

Em resumo, são três ondas de acesso à justiça dispostas por Cappelletti, e estas dariam condições de acesso à justiça:

- aos pobres;
- para defesa dos direitos e interesses difusos; e

- para realização do direito material.

A primeira é criação de mecanismos para defesa daqueles que por sua condição econômica ficam excluídos da proteção jurisdicional. A segunda é a criação de meios para a defesa de direitos que transcendem o subjetivismo – portanto, são interesses da coletividade. E a última é condizente com o próprio processo, ou seja, olhando para as duas primeiras ondas, deve-se criar modos para que o processo consiga realizar os mais diversos direitos materiais (CAPPELLETTI *apud* BUENO, 2008, p. 52-54).

Já para Dinamarco, são três os escopos do processo: os sociais, os políticos e os jurídicos. Os primeiros são relacionados com a paz social, a apaziguação e a fruição dos direitos materiais. Os segundos se sintetizam com o Estado assumindo a posição de autoridade pública que protege, limita e garante os direitos. E por último, os escopos jurídicos são o olhar do processo para objetivos exteriores, compreendendo e fazendo do processo instrumento para realização dos escopos sociais e políticos (DINAMARCO *apud* BUENO, 2008, p. 52-54).

Em conclusão, os dois autores propõem uma nova visão sobre o processo como realizador de fins maiores, ou seja, que ele se aproxime do direito material e em conjunto com este possam trazer uma tutela jurisdicional efetiva, gerando efeitos além do mundo jurídico.

Sobre a fase instrumentalista do processo, Dinamarco (2005, p. 327) ainda aponta dois aspectos importantes da instrumentalidade do processo: o negativo e o positivo.

O negativo é o abandono do apego exagerado às formas e à elaboração de conceitos intrínsecos ao processo, comportamentos que

se justificavam para colocar o processo como ciência autônoma, posto que já foi conquistado há tempos, porém não é por isso que deve ser cultuado como autossuficiente. A operacionalização do processo olhando para o direito material é de extrema relevância para que a jurisdição se aproxime da sociedade, fazendo assim com que cumpra seus objetivos supralegais, ou seja, não é uma desprocessualização do sistema, é apenas a racionalização do processo, desmitificando regras, critérios e princípios para que se torne um meio idôneo para proporcionar uma prestação da tutela jurisdicional efetiva (DINAMARCO, 2005, p. 327-330).

O positivo é a virada de pensamento do processo isolado, como fim em si mesmo, passando a ser visto realmente como um instrumento para a realização dos direitos: “É indispensável, agora, relativizar o binômio direito-processo, para a libertação de velhos preconceitos formalistas e para que do processo se possam extrair melhores proveitos.” A luta travada para o reconhecimento do processo como ciência autônoma é o principal obstáculo para o novo pensamento a respeito do processo. A onda de separação foi de tal modo alimentada que até pouco tempo atrás era impossível não procurar o isolamento do direito processual em relação ao material (DINAMARCO, 2005, p. 330-34).

O afastamento do processo em relação à realidade social, regendo o exercício da jurisdição, sem pensar em resultados práticos, foi o fruto dos tempos em que ainda se lutava para o reconhecimento da relação processual, isto é, a fase autonomista, porém os tempos e as necessidades são outros e ter o processo como instrumento para a realização dos direitos no mundo dos fatos é

fundamental, assim cumprindo os objetivos do Estado democrático de direito.

O processo como método de manifestação da vontade do Estado sempre deve ter como espelho as opções manifestas pela Constituição Federal, estando obrigatoriamente vinculado a estes valores (BUENO, 2008, p. 62-63) quem quiser trabalhar com o direito, já que este método é realizado pelas atividades dos seus operadores. Portanto, a mudança do pensamento focado nesta realização é fundamental para que ela realmente venha a acontecer.

Nesse mesmo sentido,

Significa, antes de qualquer coisa, que o Estado, Poder Judiciário, deve acima de tudo preponderar o conteúdo (direito) sobre a forma (processo). É certo que o direito precisa de um certo formalismo. Mas a complexidade das relações sociais, bem como as inúmeras necessidades sociais da vida atual, estão a exigir uma postura menos formal e mais efetiva do Estado na solução dos conflitos. (SILVA, 2005, p. 785)

Quanto ao terceiro caminho, implica conscientização dos operadores do direito para superar a visão das doutrinas clássicas e do positivismo ainda presentes, lançando mão de uma nova hermenêutica dos princípios constitucionais, pois, “mais do que qualquer ordenamento, portanto, é o homem que aplica o direito à situação concreta que vai determinar o êxito ou o fracasso de um sistema jurídico” (FERREIRA; TÁRREGA, 2005, p. 454).

Tal mudança de pensamento deve ser em dois sentidos: não esperar a lei para buscar os direitos, pois “na maioria das vezes, as normas que tanto buscamos já existem, bastando que as tornemos efetivas”

(FERREIRA; TÁRREGA, 2005, p. 464), e também, quando a lei for proferida ou reformada, enxergá-la como instrumento, fugindo do formalismo e dela retirando a melhor forma possível para efetivar a tutela jurisdicional.

Em um modelo como o do Brasil, o *civil law*, é preciso começar a trabalhar com pensamentos diferentes do eminentemente positivista e da herança portuguesa, que defendem a resolução dos problemas sociais pela elaboração de leis (ALVES, 2006, p. 150), sob pena de nunca o direito estar apto a cumprir sua função de controlar os conflitos inerentes à sociedade, já que não se pode idealizar que somente com mudanças legislativas se resolverá todo o problema da falta de efetividade do Judiciário: elas realmente ajudam, mas estão longe de tal conquista sozinhas (ZARIF, 2006, p. 144-45).

Já se sabe de muito tempo que é impossível o ordenamento jurídico fechado somente em regras. A elaboração de uma lei é essencialmente lenta comparada aos fatos que ela procura regulamentar. Portanto, somente pelos princípios, principalmente os constitucionais, é que se pode suprir a falta legislativa.

Além desse posicionamento, é necessário que os operadores comecem a trabalhar com uma nova postura, deixando de lado o excesso de formalismo que se mantém nas raízes do Judiciário, que deve se aproximar da sociedade e não mais ver a distância, com os olhos vendados pela falsa imparcialidade, os conflitos sociais:

A solução dos empecilhos à celeridade da Justiça passa obrigatoriamente pelo estudo da raiz dos problemas, pela plena estruturação dos órgãos judiciários e ainda, pelas alterações

legislativas. Disso não há dúvida. No entanto, o *plus* da equação é, como tudo da atividade humana, a vontade de dar vazão a isso como valor. Ela é a premissa obrigatória em toda essa busca. Essencial que se forme uma cultura jurídica de prestígio à rapidez, em detrimento de expedientes culturalmente arraigados que se constituam num entrave a essa necessária empresa. Não se deve esquecer que conferir justiça (e aqui justiça plena, sem retardos) é medida de desenvolvimento da função judiciária. É também exercício de democracia e de civilidade.

Antes de tudo, porém, é um compromisso ético que todos os que fazem o Judiciário devem à sociedade e aos jurisdicionados. (ALVES, 2006, p. 152)

Tanto nas situações que exijam um raciocínio principiológico puro perante a ausência da lei ou quando a interpretação desta se faça necessária, sempre o fim do jurista deve ser focado no cumprimento dos fundamentos e garantias constitucionais. A mudança de foco não precisa de circunstâncias que envolvam outros poderes ou recursos econômicos, e então precisa ser trabalhada o mais rápido possível, pois em tempos de crise a superação intelectual é o primeiro passo para que as demais venham acontecer.

A parte trabalhosa será a adequação desta nova filosofia com o princípio do contraditório, da ampla defesa e outros provindos do devido processo legal que buscam garantir a segurança jurídica: estes também são princípios fundamentais garantidos pela CF/88 e portanto não devem ser esquecidos. O equilíbrio deve ser buscado no caso concreto com o uso dos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, porém não se deve confundir segurança jurídica com o formalismo

positivista, que não tem mais espaço perante a ordem social instaurada após a promulgação da Constituição Federal de 1988.

4 Conclusão

Depois de trazidas as atuais concepções de *jurisdição* e *tutela jurisdicional*, é possível concluir que diante da mudança do Estado e, conseqüentemente, de toda estrutura jurídica, o pensamento de Dinamarco de que a *jurisdição é um conceito em crise* faz mais sentido:

Sente a doutrina moderna a insuficiência do exame puramente jurídico de institutos jurídicos, dada a incapacidade desse método para explicar os fenômenos do direito em face da significação social e política de cada um. Se existem razões para que o Estado institua um sistema processual e exerça jurisdição, tais razões inserem-se um contexto de utilidade social e conveniência política, que as categorias jurídicas são impotentes para explicar. Como a expressão (política) do poder estatal, a jurisdição resolve-se na capacidade de decidir imperativamente e impor decisões. Essa capacidade, que constitui a essência do poder estatal em todas suas expressões ou direcionamentos, está muito visível na jurisdição, pelo próprio e notório modo como é exercida. O que diferencia das demais expressões do poder estatal são os objetivos que mediante o seu exercício o Estado busca atingir.

Como hoje vai sendo gradualmente cada vez mais comum na doutrina, o escopo magno que move o Estado ao exercício da jurisdição é a eliminação de conflitos envolvendo pessoas ou coletividades de pessoas. Pacificar com justiça deve ser o primeiro dos objetivos da atividade dos juízes, tendo-se em vista os grandes postulados

do Estado social de direito que vivemos na atualidade. (DINAMARCO, 2001, p.191-92).

Dentro da tríplice conceituação proposta por Dinamarco e exposta neste trabalho (poder, função e atividade), percebe-se que é com o uso do *poder* concedido à jurisdição que ela busca o seu escopo de solucionar os conflitos e assim completar-se como *função*, pelas mãos do Estado-juiz, que são a própria jurisdição dita como *atividade*. Dito isso, deve-se focar no contexto atual, adaptando as dimensões da jurisdição para que seja condizente com o princípio da efetiva tutela jurisdicional.

Como *poder*, deve o Estado praticá-la de forma plena, célere e efetiva a fim de realmente resolver os litígios de acordo com os princípios constitucionais de justiça, cumprindo os direitos fundamentais e os escopos perseguidos pelo Poder Judiciário de um Estado que se propõe a ser democrático de direito.

Como *função*, deve-se ampliar a visão sobre os escopos, fugindo do modelo liberal e acompanhando a sociedade contemporânea, que exigiu do Estado uma nova visualização sobre a função jurisdicional para que ela possa cumprida como dispõe a CF/88. Portanto, hoje só se preenche a função do Poder Judiciário quando, além de declarado o direito, ele também venha a produzir efeitos na vida real do demandante.

Isso se reflete na jurisdição como *atividade*. Este novo conceito de prestação da tutela jurisdicional busca sempre liquidar os litígios da maneira mais rápida, justa e efetiva, declarando e trazendo para a realidade o direito, e precisará sempre estar nas mãos e no pensamento do Estado-juiz na forma como a CF/88 o trouxe. Ou seja: um princípio

fundamental que, como qualquer outro princípio fundamental, deverá utilizado como um dos nortes para a atividade jurisdicional a fim de realizar os direitos fundamentais, alcançando os objetivos do Estado democrático de direito.

Porém não se deve esquecer que a jurisdição não envolve somente o juiz, mas também as partes em regra representadas por seus advogados, além do Ministério Público e os demais auxiliares da Justiça. Como se percebe, não apenas o juiz é participante da atividade jurisdicional: cabe a todos estes, como operadores do direito que são, compreenderem o novo conceito de *jurisdição* e passá-lo a exigí-lo e praticá-lo.

Na atividade dos operadores do direito contemporâneo, precisa-se ter uma visão mais desprendida do texto legal, procurando nos princípios constitucionais os verdadeiros sentidos das leis e passando a ter uma visão mais apurada da realidade social.

Percebe-se que o novo significado para *tutela jurisdicional* não é uma corrente doutrinária, filosófica ou uma teoria: é uma imposição constitucional e este deve ser modelo para que os juristas realizem suas funções (BUENO, 2008, p. 149).

Diante o exposto, sendo a jurisdição efetiva um princípio constitucional, e sabendo que esta espécie de norma deve ser o guia para qualquer atividade jurídica, os efeitos deste princípio devem se irradiar sobre o resto do ordenamento jurídico.

São necessários as reformas legislativas e o melhor aparelhamento do Judiciário, porém não é por trás dessas dificuldades que os juristas devem ficar inertes frente ao estado caótico da jurisdição brasileira, mais uma vez raciocinando sobre as palavras do ex-ministro Eros Grau (BRASIL, 2006).

Afinal, o operador do direito é um grande leitor de textos ou um ator fundamental para a obtenção da justiça e da pacificação social?

Referências

- ALVES, F. G. P. Efetividade como axiologia: premissa obrigatória para um processo célere. In: FUX, L.; NERY JÚNIOR, N.; WAMBIER, T. A. A. (Orgs.). **Processo e Constituição**: estudos em homenagem ao professor José Carlos Barbosa Moreira. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 146-52.
- AZAMBUJA, D. **Teoria geral do Estado**. 24. ed. Rio de Janeiro: Globo, 1985.
- BENEDICT, R. O desenvolvimento da cultura. In: SHAPIRO, H. L. (Org.). **Homem, cultura e sociedade**. Rio de Janeiro: Fundo de Cultura, 1966, p. 223-237.
- BUENO, C. S. **Curso sistematizado de Direito Processual Civil**: teoria geral do Direito Processual Civil. V. 1. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.
- BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em: 06 mar. 2010.
- BRASIL. **Emenda Constitucional 45, de 30 de dezembro de 2004**: Altera dispositivos dos arts. 5.º, 36, 52, 92, 93, 95, 98, 99, 102, 103, 104, 105, 107, 109, 111, 112, 114, 115, 125, 126, 127, 128, 129, 134 e 168 da Constituição Federal, e acrescenta os arts. 103-A, 103B, 111-A e 130-A, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Emendas/Emc/emc45.htm>. Acesso em: 06 mar. 2010.
- BRASIL. **Lei 5.869, de 11 de janeiro de 1973**: institui o Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L5869.htm>. Acesso em: 11 jun. 2010.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Agr. Reg. na reclamação 3.034-2/PB**, voto Min. Eros Grau. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/imprensa/pdf/rcl3034.pdf>>, 2006. Acesso em: 12 out. 2010.
- CAMBI, E. Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo. In: FUX, L.; NERY JÚNIOR, N.; WAMBIER, T. A. A. (orgs.). **Processo e Constituição**: estudos em homenagem ao professor José Carlos Barbosa Moreira. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 662-83.
- CARNELUTTI, F. **Teoria geral do Direito**. São Paulo: Saraiva, 1942.
- CARVALHO, F. EC n. 45: Reafirmação da garantia da razoável duração do processo. In: WAMBIER, T. A. A. (Org.). **Reforma do Judiciário**: primeiros ensaios críticos sobre a EC n. 45/2004. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 215-24.
- CHIOVENDA, G. **Instituições de Direito Processual Civil**. V. 1. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1969.
- COUTURE, E. J. **Fundamentos del Derecho Procesal Civil**. 2 ed. Buenos Aires: Depalma, 1951.
- CRUZ, F. B. **Medidas provisórias**: análise crítica do texto constitucional. Disponível em: <http://www.biblioteca.pucpr.br/tede//tde_busca/arquivo.php?codArquivo=523>. Acesso em: 10 set. 2010.
- DALLARI, D. A. **Elementos de teoria geral do Estado**. 24 ed. São Paulo: Saraiva, 2003.
- DINAMARCO, C. R. **Execução civil**. 8 ed. São Paulo: Malheiros, 2001.
- _____. **A instrumentalidade do processo**. 12 ed. São Paulo: Malheiros, 2005.
- FERREIRA, L. A. C.; TÁRREGA, M. C. V. B. Reforma do Poder Judiciário e direitos humanos. In: WAMBIER, T. A. A. (Org.). **Reforma do Judiciário**: primeiros ensaios críticos sobre a EC n. 45/2004. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 447-66.
- LOPES, J. B. Contraditório e o abuso do direito de defesa na execução. In: FUX, L.; NERY JÚNIOR, N.; WAMBIER, T. A. A. (Orgs.). **Processo e Constituição**: estudos em homenagem ao professor José Carlos Barbosa Moreira. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 346-50.
- MALUF, S. **Teoria geral do Estado**. 11. ed. São Paulo: Sugestões Literárias, 1980.

MAQUIAVEL, N. **O príncipe**. 2. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1972.

MARINONI, L. G. **Teoria geral do processo**. V. 1. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

MEDINA, J. M. G. **Execução**. V. 3. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

MENDES JUNIOR, M. S. Teorias sobre a ação: Uma falsa controvérsia. In: FUX, L.; NERY JÚNIOR, N.; WAMBIER, T. A. A. (Orgs.). **Processo e Constituição**: Estudos em homenagem ao professor José Carlos Barbosa Moreira. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 880-96.

NOTARIANO JÚNIOR, A. P. Garantia da razoável duração do processo. In: WAMBIER, T. A. A. (Org.). **Reforma do Judiciário**: primeiros ensaios críticos sobre a EC n. 45/2004. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 59-62.

CONVENÇÃO AMERICANA DE DIREITOS HUMANOS: Pacto de San José de Costa Rica. **OEA**. Disponível em: <<http://www2.idh.org.br/casdh.htm>>. Acesso em: 27 jul. 2009.

OLIVEIRA, R. C. O princípio constitucional da razoável duração do processo explicitando a EC n. 45, de 08.12.2004, e sua aplicação à execução civil: necessidade de que o PJ através dessa norma-princípio flexibilize as regras jurídicas e passe aplicá-las garantindo um efetivo e qualificado acesso à justiça. In: WAMBIER, T. A. A. (org.). **Reforma do Judiciário**: primeiros ensaios críticos sobre a EC n. 45/2004. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 655-84.

PORTO, S. G. A crise de eficiência do processo: a necessária adequação processual à natureza do direito posto em causa, como pressuposto de efetividade. In: FUX, L.; NERY JÚNIOR, N.; WAMBIER, T. A. A. (Orgs.). **Processo e Constituição**: Estudos em homenagem ao professor José Carlos Barbosa Moreira. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 179-89.

RIBEIRO, L. F. S. Prestação jurisdicional efetiva: Uma garantia constitucional. In: FUX, L.; NERY JÚNIOR, N.; WAMBIER, T. A. A. (Orgs.). **Processo e Constituição**: estudos em homenagem ao professor José Carlos Barbosa Moreira. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 153-66.

ROCHA, C. A. **A luta pela efetivação da jurisdição**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

SHIMURA, S. A execução da sentença na reforma de 2005. In: WAMBIER, T. A. A. (Org.). **Aspectos polêmicos da nova execução**, 3: de títulos judiciais, Lei 11.232/2005. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 546-85.

SILVA, V. N. da. O princípio constitucional da razoável duração do processo (Art. 5º, LXXVIII, da CF). In: WAMBIER, T. A. A. (org.). **Reforma do Judiciário**: primeiros ensaios críticos sobre a EC n. 45/2004. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005, p. 785-86.

SILVA, O. A. B. **Curso de Processo Civil**: processo de conhecimento. V. 1. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

SPALDING, A. M. Direito fundamental à tutela tempestiva à luz do inciso LXXVIII do art. 5º da CF inserido pela EC. n. 45/2004. In: WAMBIER, T. A. A. (Org.). **Reforma do Judiciário**: primeiros ensaios críticos sobre a EC n. 45/2004. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 31-40.

THEODORO JÚNIOR, H. **Curso de Direito Processual Civil**: teoria geral do Direito Processual Civil e processo de conhecimento. V. 1. 43. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

ZARIF, C. C. Da necessidade de repensar o processo para que ele seja realmente efetivo. In: FUX, L.; NERY JÚNIOR, N.; WAMBIER, T. A. A. (Orgs.). **Processo e Constituição**: estudos em homenagem ao professor José Carlos Barbosa Moreira. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 641-45.