

A ANATOMIA DO PROCESSO CIVIL CONSTITUCIONALMENTE EFETIVO

THE ANATOMY OF CIVIL EFFECTIVE CONSTITUTIONALLY PROCEDURE

FILIPE BRAZ DA SILVA BUENO

RESUMO

O presente artigo tem por objeto a relação entre o princípio da Efetividade da Tutela Jurisdicional e o Processo Civil Constitucionalmente Efetivo, relação esta que foi sistematizada de acordo com andamento processo civil passando pelas seguintes etapas: Acesso efetivo à Jurisdição e Participação efetiva das partes e do juiz; Efetividade dos procedimentos utilizados e Efetividade nos resultados. A pesquisa tem caráter qualitativo, sendo realizada a pesquisa bibliográfica, através da verificação de referencial teórico-metodológico a partir das principais categorias: Jurisdição, Processo, Processo Civil e princípio da Efetividade da Tutela Jurisdicional. Através desta pode-se visualizar a influência do princípio da Efetividade da Tutela Jurisdicional no sistema jurídico nacional. A síntese deste processo resultou na identificação de que o Processo Civil Constitucionalmente Efetivo necessita ser acessível, participativo, dotado de procedimentos flexíveis, além de decisões legítimas e justas, podendo alcançar estas características pelo uso: da hermenêutica principiológica, do afastamento do formalismo processual, da aproximação com o direito material e, principalmente, do pensamento dos operadores do direito voltado pra superação dos valores ultrapassados e para a construção de um processo civil que seja realmente efetivo.

Palavras-chave: Princípio da Tutela Jurisdicional Efetiva. Jurisdição. Processo. Efetividade.

ABSTRACT

This article intends to study to the relationship between the principle of the Principle of Effective Judicial Protection and Civil Effective Constitutionally Procedure, this relationship went systematized according going to way of civil procedure through the following steps: Effectiveness Access to Jurisdiction and Effectiveness participation of parties and the judge, Effectiveness of the procedures and Effectiveness in the results. The research is qualitative, and performed the literature search, through the verification of theoretical and methodological references from the major categories: Jurisdiction, Procedure, Civil Procedure and Principle of Effective Judicial Protection. Through this can be see the influence of the principle of the Principle of Effective Judicial Protection in the national legal system. The summary of this process resulted in the identification of the Civil Effective Constitutionally Procedure needs to be accessible, participative, equipped with flexible procedures, also legitimate and just decisions, can reaching these characteristics using: the hermeneutics principled, the removal of formalism procedural, the approach the substantive law and, especially, the thought of law operators geared to overcoming the outdated values and to build civil proceedings that is really effective.

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

INTRODUÇÃO

A Constituição Federal de 1988 – CF-88 – é o marco no Brasil da implantação do Estado Democrático de Direito baseado em princípios e direitos fundamentais, especialmente o princípio da Dignidade da Pessoa Humana.

A partir desse marco toda sistemática estatal precisa ser revista sobre outro foco e mudanças de toda ordem começam a surgir, porém não somente pelo fato da promulgação da CF-88, mas porque ela própria imergiu das necessidades e os desejos da sociedade.

No plano jurídico, os princípios e regras ainda com forte influência dos tempos do Estado Liberal, ainda mais agudos quando se pensa em jurisdição cível e no Processo Civil, se viram ultrapassados com o advento da CF-88. Os doutrinadores começaram a realizar uma série de interpretações, os legisladores a elaborar diversas reformas e os operadores do direito passaram a exigir e julgar com uma metodologia diferente, tanto é que tramita no Congresso Nacional, um novo código de processo civil a fim de adequar a legislação a nova realidade da sociedade brasileira contemporânea.

Extraído da nova visão constitucional, pode-se destacar um dos princípios constitucionais da Jurisdição, o direito fundamental a Tutela Jurisdicional Efetiva, um dos mais importantes e difundidos princípios processuais, além de frequentemente citado pela doutrina atualizada, acabou irradiando transformações por todo sistema jurídico.

O processo como instrumento da jurisdição, não pôde ficar alheio a estas mudanças, tendo também que se aperfeiçoar a concepção constitucional do poder jurisdicional, e incluso nesta, está a necessidade do processo ser apto a oferecer a tutela jurisdicional de modo efetivo.

No contexto da sensibilidade do sistema processual aos influxos e mutações da ordem constitucional é que se situam as propostas e as ondas renovatórias do processo, pois é natural que o instrumento se altere e adapte às mutantes necessidades funcionais decorrentes da variação dos objetivos substanciais a perseguir. (DINAMARCO, 2009, p. 37)

Sendo assim, a relação entre processo e efetividade para construção de um Processo Civil Constitucionalmente Efetivo, sistematizada sobre a óptica das etapas do andamento processual, é o objeto deste artigo. Sendo que se buscará demonstrar a reação em cadeia gerada quando a CF-88 modificou os escopos e o modo de desempenho estatal. Sendo a Jurisdição um dos pilares desta atuação, teve que ser revista para atender os objetivos constitucionais, e neste contexto, o princípio da Tutela Jurisdicional Efetiva ressalta-se como

um dos nortes processuais e seus efeitos acabam por exigir a existência de um Processo Civil Constitucionalmente Efetivo.

1. A ANATOMIA DO PROCESSO CIVIL CONSTITUCIONALMENTE EFETIVO

Diante da necessidade do Processo Civil alinhar-se com o princípio da Tutela Jurisdicional Efetiva, ou seja, entender o Processo como o caminho para aplicação da efetividade, cabe definir métodos de operação desta atividade.

Na reconstrução do Processo Civil algumas problemáticas são fundamentais, como a legitimidade ativa, tutela coletiva, assistência judiciária, participação partes-juiz, atuação e poderes do juiz (DINAMARCO, 2009, p. 363), além das dificuldades econômicas para ter acesso à justiça (CAPPELLETTI; GARTH, 1988, p.31-48) e a legitimidade dos procedimentos e das decisões judiciais.

Desta forma, mantendo-se a lógica do andamento processual, serão enfrentados os seguintes tópicos: 1.1 Acesso efetivo à Jurisdição e Participação efetiva das partes e do juiz; 1.2 Efetividade dos procedimentos utilizados; 1.3 Efetividade nos resultados.

1.1. Acesso Efetivo à Jurisdição e Participação Efetiva das Partes e do Juiz

Diversos fatores dificultam o acesso à jurisdição, além de a justiça brasileira ser cara, a falta de conhecimento sobre o direito e a própria descrença no judiciário (DINAMARCO, 2009, p. 325), acabam por impedir o mais simples aspecto da Efetividade da Tutela Jurisdicional: entrar em juízo para exigir seu direito lesionado ou ameaçado de lesão, ou ainda, invertendo de polos, conseguir de defender eficazmente quando demandado indevidamente.

A dificuldade de se encontrar a assistência técnica de qualidade, mesmo sendo direito constitucional, é gigantesca. O Estado não consegue oferecer defensores públicos em número razoável para atender a população, ainda mais quando se trata de defesa sobre interesses econômicos.

Lembrando que a Defensoria Pública começou com o dever moral dos advogados em defender os menos favorecidos, passando a ser institucionalizada em várias fases, primeiro pelo estatuto do antigo IAB (Instituto dos Advogados do Brasil), depois em leis ordinárias, culminando na CF-88 como órgão indispensável à Justiça, além deste histórico, Alves

alertado que “o futuro da Defensoria Pública depende, em grande medida, da conscientização dos próprios membros da carreira, no sentido de que a eles cabe uma responsabilidade decisiva na edificação permanente da instituição” (2010, p. 359).

Esperar que os advogados particulares possam ajudar na efetivação deste direito é admissível, porém não se pode jogar sobre os ombros desta classe toda a responsabilidade, apesar de como Dinamarco (2009, p. 326) aponta: “alguma educação para participação comunitária” pode trazer algumas melhorias, neste aspecto.

Aliás, algumas alternativas podem ser apontadas para solução do problema de acesso a jurisdição, entendido como entrar ou se defender em juízo. Quanto a falta de conhecimento, a inclusão de conhecimentos jurídicos básicos nos currículos escolares é uma boa alternativa para superação da falta de conhecimento jurídico. A ampliação e incentivos a assistência técnica gratuita tanto estatal como particular, e a criação de procedimentos mais simples e gratuitos, como a Lei 9099/95 que instituiu os Juizados Especiais e trouxe no campo cível situações onde se pode demandar sem o patrocínio de advogado, além do acesso gratuito, sendo louvável entre outros tantos aspectos (PITA, 2003, p. 14).

Porém, alguns cuidados precisam ser tomados, pois abrir as portas do judiciário é um direito fundamental de todos os cidadãos, mas também pode desencadear um aumento de demandas que não precisam da intervenção do judiciário para resolvê-las. Promover o diálogo entre as partes, além de outras formas de resolução de conflitos é absolutamente necessário, sob pena da jurisdição servir para solução de verdadeiras “picuinhas corriqueiras” que poderiam ser resolvidas pelo simples uso do bom senso.

De outra parte, na sociedade contemporânea, surgem diversos direitos que envolvem grupos definidos ou indefinidos de pessoas e até toda coletividade em geral, nestes casos a dificuldade de acesso fica aparente por diversas causas, mas principalmente pelo sistema processual brasileiro ter sido pensado em demandas individuais. Porém, nos últimos anos algumas alternativas vêm sendo criadas como a Ação Civil Pública, o Código de Defesa do Consumidor, o Mandado de Segurança Coletivo entre outros.

Este tipo de iniciativa cria um “sistema de tutela dos direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos” dando “legitimidade ativa a determinados entes para representar a vontade da coletividade e de determinadas esferas da população”, desta forma a sentença pode alcançar toda a universalidade das pessoas representadas (MARIONI, 2008c, p.15).

[...] O direito brasileiro vem caminhando a passos largos em direção à ampla tutela aos sujeitos ou grupos titulares de direitos supraindividuais. Além da tutela relacionada com o meio ambiente e valores correlatos, temos o mandado de segurança coletivo e a tutela aos consumidores mediante as

ações coletivas, à semelhança das class actions do sistema norte-americano; são modos de levar o exercício do poder sub specie jurisdictionis a elevados graus de solidarismo, com a ruptura de velhos preconceitos individualistas, com o da própria legitimação individual e o dos estreitos limites subjetivos da eficácia direta ou da autoridade de sentença [...] (DINAMARCO, 2009, p. 331).

Para um melhor acesso a justiça quanto aos direitos coletivos, difusos e individuais homogêneos, alguns dogmas precisam ser quebrados, principalmente o da legitimidade ativa e os limites da coisa julgada. Outra mudança deve ocorrer quanto ao julgamento por parte dos juízes, pois nem todas as pessoas envolvidas neste tipo de litígio podem comparecer ao processo, até porque seria inviável. Portanto ter um olhar diferenciado a este tipo de situação e prezar pela representatividade adequada, além da efetividade da tutela proclamada a todos aqueles que foram representados, podem demonstrar “as dimensões surpreendentes dessa mudança no processo civil” (CAPPELLETTI; GARTH, 1988, p.50-51).

Não se pode deixar de mencionar neste ponto, a importância do Ministério Público, o qual pode ser o grande representante coletivo em diversas situações, tanto que a própria CF-88 lhe deu uma enormidade de competências e funções para este tipo de tutela.

Aperfeiçoada a entrada em juízo, passa-se adiante, agora é momento onde as partes passam atuar do procedimento e o juiz começa a tomar suas decisões participando no processo, muito se fala do papel dos juízes para aumentar a efetividade da tutela jurisdicional, apesar deste ter uma ação primordial para esse fim, as partes conjuntamente com seus advogados (quando necessários) também são fundamentais para a solução do litígio.

[...] A efetividade do processo está pois bastante ligada ao modo com se dá curso à participação dos litigantes em contraditório e à participação inquisitiva do juiz, os primeiros sendo admitidos a produzir alegações, a recorrer, a comprovar os fatos de seu interesse e este sendo conclamado com aqueles. O grau dessa participação de todos constitui fator de aprimoramento da qualidade do produto final [...] (DINAMARCO, 2009, p. 346).

Quando se fala em contraditório e ampla defesa para os fins do princípio da efetividade jurisdicional, somente a disponibilidade para a participação das partes não é suficiente, é necessário a cooperação e impulso, tanto do juiz quanto das partes, para que se demonstre da melhor maneira possível os fatos e os fundamentos jurídicos. Tanto a atuação dos interessados quanto as consequências judiciais, devem ter em mente o processo constitucionalmente efetivo. (DINAMARCO, 2009, p. 337).

Não há mais espaço para juízes que esperam pelas partes e não para partes que esperam pelos juízes, a cooperação mútua desejando ter a melhor resolução do litígio deve ser

escopos de ambos. Foi-se o tempo onde às partes deixavam tudo nas mãos do juiz, pois este era o condutor e deveria ditar sozinho os rumos do processo.

Demonstrar os interesses, indicar melhores soluções, alertar sobre os atos de má-fé e para as especificidades do caso concreto são algumas das ações esperadas pelos litigantes, principalmente quando estes são orientados pelos seus advogados.

Por outro lado, os juízes precisam ser proativos, usar das diversas ferramentas que dispõem para resolver o litígio da maneira mais rápida, justa e eficaz possível; verificar o que deve ser feito naquele caso específico; qual é a melhor solução; como esta pode ser realizada do melhor modo e com os menores prejuízos possíveis, estas são algumas das mudanças de pensamento que todos os juízes devem promover a cada e todo processo.

Neste mesmo sentido Dinamarco afirma que não cabe aos juízes no Estado Democrático de Direito, a função de “espectador”, conduzir o processo auxiliado pelas partes, não significa dizer que o juiz deixou de ser o condutor, este precisa ser atuante e zelar pelos princípios e objetivos da jurisdição constitucional, porém esta posição não autoriza o impulso de ofício onde deva agir as partes e o abuso das ferramentas disponibilizadas pelo sistema (2009, p. 339).

[...] La comunidad científica, los operadores jurídicos y los estrados judiciales se han inclinado –con sus más y sus menos, claro está- por un cambio de paradigma en materia procesal civil signado, fundamentalmente, por las siguientes notas: a) el protagonismo de un juez dotado de atribuciones suficientes para no quedar incurso en una situación de fantoche, y de ser cautivo, ineludiblemente, del hacer o no hacer de los litigantes : b) la idea de un proceso civil concebido como una empresa común cuyo éxito depende de que ambas partes colaboren, en cierta medida, al logro perseguido , que no es otro que el de “afianzar la Justicia” como manda el Preámbulo; c) el reconocimiento del poder heurístico de los magistrados que, llegado el caso y siempre dentro del marco del ordenamiento jurídico de que se trate, pueden y deben –muchas veces a impulsos de postulaciones de los letrados que suelen ser la punta de lanza en las novedades jurídicas- diseñar soluciones pretorianas razonables tales como las que fueron en su momento la acción de nulidad de sentencia firme, el amparo, la prueba de informes, la indexación y luego la desindexación judicial, los mecanismos judiciales creados para dar respuestas a la última emergencia económico-financiera, etc. [...] (PEYRANO, 2010, p. 160-161)

Porém não se pode confundir a função de condução com a de soberano, estes apontamentos alertam também sobre a função do juiz no estado constitucional e sobre os poderes que vêm sendo conferidos a estes, para tentar evitar a figura de “super juízes”, principalmente pela falta de legitimidade originária dos magistrados, já que não são eleitos pela população e deixá-los com uma ampla discricionariedade, sem as devidas limitações, não é constitucional e nem saudável para qualquer Estado de Direito.

Se a não postura de inércia do juiz não é mais aceita e a atividade na direção do processo é algo necessário, assim como a participação das partes de forma a colaborar, não de forma coadjuvante, mas em parceria com o magistrado também é essencial, é necessário ressaltar que o fortalecimento dos poderes das partes, assim como, a “sua participação mais ativa e leal no processo de formação da decisão, dentro de uma visão não autoritária do papel do juiz e mais contemporânea quanto à divisão do trabalho entre o órgão judicial e as partes” (OLIVEIRA, 2011, p. 897), é fundamental para construir um Processo Civil Efetivo.

Neste mesmo sentido Bedaque aponta:

[...] A necessidade de o juiz assumir a efetiva posição de condutor do processo, com ampla participação no contraditório desenvolvido pelas partes, corresponde à tendência quase unânime da moderna ciência processual. Amplia-se, dessa forma, a noção de contraditório, para incluir também a efetiva atuação do juiz no desenvolvimento da relação processual. A tendência de maior participação do juiz no processo é consequência de profundas alterações verificadas na fisionomia individualista do modelo processual clássico.

Por isso, repele-se a tentativa de ressurreição da ideia privatista de processo, com a conseqüente limitação do ativismo judicial. É preciso compreender a diferença entre as visões social e totalitária do processo. A primeira é informada por ideias publicistas, sem desconsideração das garantias constitucionais do processo, especialmente o contraditório e a ampla defesa [...] (2009, p. 61).

Sobre estas afirmações emergem discussões interessantes sobre a legitimação das decisões judiciais que serão demonstradas adiante, cabendo para o momento somente algumas ponderações sobre a importância da participação das partes neste processo de legitimação do procedimento.

Sendo o procedimento editado pelo legislador e o juiz seguindo este método, estaria por consequência dando legitimidade a atividade jurisdicional que não advém da vontade do povo. Este é basicamente o conceito de legitimidade da decisão pelo procedimento de Elio Fazzalari, “seu interesse deita-se sobre o contraditório, ou melhor, sobre a efetividade da participação em contraditório na formação da decisão judicial” (apud MARINONI, 2008c, p. 16-17).

O problema na teoria de Fazzalari é que fica restrita a lei, não questionando sobre os direitos fundamentais, desta forma o doutrinador italiano não se preocupa, se a atuação judicial está legitimada de acordo com os direitos fundamentais, somente, se segue os ditames legais (e estes podem ser constitucionais ou inconstitucionais), mesmo tendo a participação da parte, caso não esteja de acordo dos direitos fundamentais, não poderá ser considerada uma atuação legítima no Estado proclamado pela CF-88 (MARINONI, 2008c, p. 18).

[...] A legitimação pela participação decorre da efetividade da participação das partes na formação da decisão, já que apenas proclamar o direito de participação, sem outorgar às partes as condições necessárias a tanto, implica em negar a própria legitimidade que se pretende transmitir com a ideia de participação. Isso quer dizer que o processo requer a legitimidade do exercício da jurisdição e a efetividade da participação das partes, envolvendo, de uma só vez, exigências que fazem com que os partícipes da relação processual civil se dispam das suas máscaras de elementos e, principalmente, que as partes compreendam que a efetividade da participação é necessária para legitimar a tarefa jurisdicional [...] (MARINONI, 2008c, p. 5).

Portanto, a participação efetiva das partes é importante para legitimação do procedimento, assim como, para limitar o ativismo judicial exagerado, mas sempre o parâmetro a ser observado são os direitos fundamentais, estes ditaram os caminhos constitucionais para legitimidade do procedimento e da participação dos agentes.

Ainda cabe para o momento levantar algumas considerações sobre o papel do defensor na condução do processo, vez que por uma questão cultural, o advogado brasileiro, raramente, realiza uma participação responsável. Na maioria das vezes o procurador considerado “bom” é aquele que melhor utiliza “as armas do processo”, não deixando espaço para as conciliações, ou a melhor solução possível do conflito (FERREIRA, 2010, p.10). Este aspecto, quase que obrigatório, do dito “advogado malandro” acaba por dificultar a solução mais efetiva para a própria parte representada, sendo uma questão importante para ser trabalhada na formação do profissional do direito.

Assim, mais que participação das partes, toda atuação no processo, seja ela de quem for, precisa estar de acordo com os princípios fundamentais e aptos a produzir efeitos para cumprir com os objetivos constitucionais, desta forma, percebe-se que a participação é parte integrante e fundamental para efetividade do processo, porém somente ela não basta, é necessário uma universalidade de aspectos e princípios para que se chegue a tão esperada Efetividade da Tutela Jurisdicional.

Como demonstrado acima, pode-se perceber que mesmo o sentido mais simples do direito fundamental da Tutela Jurisdicional Efetiva, o acesso à jurisdição e sua participação nela, já questionam uma infinidade de pontos decorrentes principalmente da mudança de paradigma trazida pelo Estado Democrático de Direito, no Brasil implantado pela CF-88. Infelizmente este não é o momento para aprofundar-se em cada um destas questões apontadas, eis que o objetivo do artigo foi enumerá-las, para esquematizar e despertar a nova realidade processual que bate a porta para todos os operadores de direito nesta nova era constitucional do direito processual civil brasileiro.

1.2. Efetividade dos Procedimentos Utilizados

Discutidos o acesso ao judiciário e a participação das partes no processo, chega o momento de trazer alguns ajuizamentos sobre o procedimento a ser utilizado para o oferecimento da tutela jurisdicional efetiva, pois como alerta Marinoni: ter um procedimento que trabalhe com os casos concretos e os diferentes direitos materiais é fundamental para que se possa realmente tutelar direitos, “o processo, nessa perspectiva, exige mais um “*plus*”, em relação à fria e neutra concepção de relação jurídica processual” (2008c, p. 5).

Durante a fase em que se lutava pela autonomia do Direito Processual, utilizar a palavra procedimento ligada a processo era “quase uma proibição”. Decorrência lógica da tese levantada pelos processualistas contra aqueles que definiam o processo como simples procedimento para se chegar ao direito material.

[...] Nessa época, aliás, não era possível ajustar o procedimento, isto é, as normas legais que lhe dão composição, a princípios substanciais de justiça, atualmente presentes nos princípios constitucionais de justiça e nos direitos fundamentais. De modo que a relação jurídica, desenvolvendo-se a partir de um módulo legal elaborado a partir da vontade suprema do parlamento ou do princípio da supremacia da lei, certamente podia escamotear a intenção do poder.

Por outro lado, a mesma neutralidade do conceito de relação jurídica processual ou o seu desligamento da vida concreta, caracterizando uma espécie de dissolução de qualquer preocupação valorativa em relação às partes, retira do legislador - na instituição das normas processuais - e do juiz - quando da sua aplicação - qualquer responsabilidade em relação à idoneidade da participação das partes perante o Estado-Juiz, obrigando-lhes, na verdade, a ignorar os obstáculos sociais e políticos que impedem que a relação jurídica processual tenha um mínimo de legitimidade [...] (MARINONI, 2008c, p. 3)

Reconhecida a autonomia processual, atualmente tese indiscutível, percebeu-se que o procedimento, “elemento extrínseco” do processo, é fundamental para a tutela jurisdicional (DIDIER JR., 2001, p. 4), e conseqüentemente para sua efetividade.

Assim, é impossível avaliar a eficácia dos procedimentos, sem fazer a necessária ligação entre a ferramenta e o fim a que ela se destina (TARUFFO, 2008, p.1), portanto, discutir procedimento e processo, sem a ligação com a crise de direito material a que se prestam resolver, é o mesmo que andar círculos.

Taruffo (2008, p. 2-3) ainda ressalta dois tipos de concepções da eficiência dos procedimentos: a) a primeira concepção busca procedimentos que sejam mais rápidos e baratos, resolvendo o máximo de litígios em menor tempo e com o menor custo, sem se

preocupar com a qualidade das decisões; b) a segunda concepção tem como objetivo pela resolução dos litígios de forma justa, que possam trazer a verdadeira pacificação social.

Inicialmente pode parecer que são concepções opostas. É correto dizer que para se ter as decisões mais rápidas e baratas, não se pode se pensar em qualidade, pois isto atrasaria o processo; mas a recíproca não é verdadeira, pois para que uma decisão traga pacificação social, obrigatoriamente, deve se pensar: no tempo e nos custos aliados a qualidade, já que estes dois fatores alteram, necessariamente, a eficiência da decisão (TARUFFO, 2008, p.3).

Desta forma, para procurar um procedimento efetivo é necessário verificar antes qual eficiência que se quer ter na decisão final, buscar atalhos e tentar diminuir o prazo para se chegar a uma sentença, sem pensar na qualidade da decisão, significará atuar contra a própria eficácia da determinação, mas este tema será melhor abordado adiante, quando for tratado dos resultados do processo e do problema de celeridade, assim dado o rumo que a ferramenta “procedimento” deve tomar, passa-se as características fundamentais que este instrumento precisa incorporar para resultar num processo efetivo.

Primeiramente, cabe dizer que Didier Jr. (2001, p. 1) caracteriza os princípios da Adequação e Adaptabilidade do procedimento como “esquecidos” e “importantes”. Esquecidos porque na busca de um procedimento comum a todas as lides, deixou-se de pensar em procedimentos adequados para o oferecimento da tutela jurisdicional diferenciada no caso a caso. E importantes porque com a releitura do processo civil após a CF-88, eles podem oferecer uma maior efetividade às reformas e às futuras aplicações dos procedimentos durante a atividade jurisdicional.

O Princípio da Adequação é mais relacionado à atividade legislativa, onde seriam criados diversos procedimentos adequados de acordo com critérios subjetivos (tipos de partes), objetivos (peculiaridades do direito material) e teleológicos (função visada) todos contando com normas abertas, dando elasticidade às peculiaridades do caso concreto (DIDIER JR., 2001, p. 6-9).

O Princípio da Adaptabilidade, a ser utilizado em uma segunda fase, após o princípio da Adequação, aproveita a elasticidade do procedimento para melhor tutelar o direito material, pode-se dizer que seria os desvios previstos e permitidos pela legislação, garantindo a segurança jurídica processual e a efetividade (DIDIER JR. 2001, p. 10-11).

[...] Trata-se da concepção de um modelo procedimental flexível, passível de adaptação às circunstâncias apresentadas pela relação substancial. Não se admite mais o procedimento único, rígido, em possibilidade de adequação às exigências do caso concreto. Muitas vezes a maior ou menor complexidade

do litígio exige sejam tomadas providências diferentes, a fim de se obter o resultado do processo [...] (BEDAQUE, 2009, p. 69)

“O procedimento é o amálgama que funciona como fator de coesão do sistema”, o grande problema é a dificuldade de dar o “grau de plasticidade” correto para que com o uso dos princípios e de acordo com cada caso, possa o procedimento se adaptar suprimindo as necessidades para resolução do litígio. Chegar ao maior grau possível de adaptabilidade sem comprometer o clima de segurança é tarefa primeiramente do legislador que definirá na lei a modulação abstrata, depois das partes que indicaram qual o procedimento a ser utilizado, na ocasião entram em juízo, e por fim, é trabalho do juiz que deve verificar se o procedimento do autor é o correto e se for o caso modificá-lo de acordo com as suas possibilidades ou necessidades da causa (DINAMARCO, 2009, p. 343-344).

Além de buscar as reformas das leis e nas normas abertas, o princípio da adaptabilidade pode ser utilizado baseado nos princípios, os quais possuem inerentes qualidades de abstração e relativização podem facilmente ser adaptáveis aos casos concretos.

Estas críticas vêm sobre um Código de Processo Civil rigidamente dividido em fases de conhecimento, execução, cautelar e alguns procedimento especiais, de forma que a maioria dos conflitos fossem resolvidos da mesma forma, ultrapassando, obrigatoriamente, as fases cognitivas para somente após entrar na fase executiva, ainda deixando de lado os conflitos coletivos (NUNES, 2010, p. 116-118), que atualmente, crescem vertiginosamente.

Diante da evolução acelerada da sociedade, foi preciso dar uma resposta dinâmica para que os procedimentos acompanhassem as inúmeras situações específicas e conseguir tutelá-las efetivamente, deixando espaço aberto para que as partes e o juiz possam adaptar a norma ao caso concreto, não precisando assim que o legislador imaginasse todas as situações que poderiam precisar da tutela jurisdicional. Além disso, a utilização da hermenêutica baseada nos princípios deve ser o caminho para as situações sem previsão legal e também nas adequações das normas abertas. (MARINONI, 2008, p. 426-429)

Assim que ganharam forças as reformas para os procedimentos sincréticos e com normas abertas. Esta mudança metodológica sai do ideal onde a lei procurava preencher todos os espaços, não deixando para o aplicador nenhuma ou quase nenhuma adequação ao caso concreto e hoje tende diante da crescente complexidade sociológica criar uma abertura para “que o intérprete ou aplicador do direito criem a melhor solução para cada caso concreto” (BUENO, 2008, p. 48).

Neste contexto, surge um complicador, diante da criação pelo legislador de inúmeros procedimentos diferenciados (com prazos e especialidades diversas) e da sobrecarga de

responsabilidade e de poderes aos juízes para decidir de acordo com cada caso concreto, aumentando em várias vezes a complexidade do processo e o protagonismo judicial (NUNES, 2010, p. 119-123) sobre uma realidade fática, onde os magistrados mal têm tempo de dar conta o infindável número de processos conclusos ou de ampliar seus conhecimentos. Este tipo de atitude, além de diminuir a eficiência do processo, ainda transforma os juízes em “deuses-heróis”, o que é um tanto perigoso.

Nunes (2010, p. 139) é pelo “enxugamento dos procedimentos”, simplificando a complexidade da forma de conduzir os julgamentos, criando composições diferenciadas, não para cada tipo de litígio, “mas sim a criação de procedimentos (mesmo que flexíveis) adaptados aos três grandes tipos de litigiosidade (individual, coletiva e serial)”, ainda, a criação de competências especializadas e a diminuição do “ativismo judicial”, dando oportunidade dos magistrados aumentarem o nível de conhecimento em áreas específicas.

As expectativas estão no sentido de diminuição do número de procedimentos, sendo que aqueles que se mantenham sejam mais abertos, fornecendo uma maleabilidade maior. Também esta maior abertura não pode significar a criação da ditadura dos juízes, sendo a participação das partes um elemento fundamental para o controle deste perigo.

Além do que, não se pode esquecer que mais que adaptável ao caso concreto e ao direito material tutelado, o procedimento deve estar legítimo perante os direitos fundamentais tanto os dos tipos processuais quanto aos tipos próprios do direito material (MARINONI, 2008c, p. 5).

Pois mesmo com um procedimento adaptado e com a efetiva participação das partes, ainda pode gerar “uma decisão descompromissada com o conteúdo substancial das normas constitucionais” (MARINONI, 2008c, p. 22), sendo assim, todos participantes do processo e mesmo aqueles fora daquela relação jurídica devem estar atentos, pois zelar pelos direitos fundamentais é um dever de todos.

Algumas das últimas reformas do Código de Processo Civil trouxeram um procedimento mais próximo do esperado para conseguir atender os anseios da sociedade contemporânea e da CF-88, baseado nos tipos cognição Kazuo Watanabe traz uma classificação interessante que ajuda a perceber a plasticidade que as mudanças procedimentais trouxeram para o processo civil brasileiro.

Primeiro Watanabe considera a cognição em dois planos: o vertical e o horizontal. Quanto ao horizontal a cognição pode ser Plena ou Limitada de acordo com a extensão de matérias permitidas para o debate; e quanto ao plano vertical ela pode ser Exauriente ou Sumária considerando o grau de profundidade das matérias discutidas (2005, p. 127)

Depois passa tratar das diferentes combinações que podem ocorrer de acordo com os diferentes tipos de litígios e suas necessidades (2005, p. 130-131):

a) plena e exauriente: não há limites não quanto à quantidade de matérias a serem alegadas e nem quanto à profundidade destas matérias. Exemplo: procedimento ordinário

b) limitada e exauriente: limita determinadas matérias que podem ser alegadas, mas aquelas que não estão proibidas podem ser discutidas em todas as suas questões. Exemplo: embargos do executado.

c) plena e exauriente “*secundum eventus probationis*”, não há limites para a amplitude da matéria, mas devem existir elementos probatórios específicos. Exemplo: Mandado de Segurança.

d) eventual, plena ou limitada e exauriente: a cognição fica condicionada a iniciativa do demandado. Exemplo: Procedimento da Ação Monitória.

e) cognição sumária: quando houver perigo, urgência, particularidades na discussão do direito material ou autorização da lei para que apenas com uma cognição superficial já possa ser ofertada a tutela jurisdicional. Exemplo: Antecipação da Tutela.

f) cognição rarefeita: procedimento executivo.

No Estado Liberal, em uma realidade diferente da atual, era imprescindível utilizar em todos os litígios uma cognição plena e exauriente, para somente com a máxima certeza, pudesse então o Estado invadir a esfera do indivíduo e começar o processo de execução. Com a transformação da sociedade e velocidade do mundo atual, não mais se pode realizar este trabalho.

No processo civil contemporâneo é fundamental utilizar-se dos “juízos de probabilidade suficiente”, avaliando os riscos e se propor a enfrentá-los até medida onde o número e importância das ousadias sejam insignificantes perto dos benefícios trazidos (DINAMARCO, 2009, 287-288).

A burocracia e o comodismo não podem fazer parte da jurisdição constitucional, principalmente, o juiz avaliando a verossimilhança do acerto, deve correr riscos, em prol da celeridade e da eficácia da medida, “a burocracia é fruto do medo, da pobreza intelectual e do comodismo (...), a busca incessante da verdade não é de hoje que serve de pretexto para as práticas burocráticas” (DINAMARCO, 2009, p. 298).

É claro que este pensamento pode trazer diversos tipos de críticas, mas analisadas as proporções das dificuldades encontradas pelo poder judiciário na atualidade e tomados os devidos cuidados e respaldado na lei e principalmente nos princípios constitucionais cabe ao juiz ousar na resolução dos conflitos. Como já dito anteriormente ficar as partes esperando

pelo juiz e este ficar esperando pelas partes, até terem a mais absoluta certeza, em uma expectativa infinita pela verdade, não mais cabe para os tempos globalizados.

O número de litígios é gigantesco, o aparelhamento do judiciário é insuficiente, as leis não conseguem acompanhar as diversidades e a velocidade dos conflitos, não há mágica que resolvam tais problemas, é necessário um novo pensamento de todos envolvidos e quanto ao procedimento que seja mais elástico, aberto e prático dando o legislador a abertura necessária, para que as partes possam pedir e participar, depois o juiz decidir e efetivar.

Quanto à fase cognitiva uma série de mudanças procedimentais demonstra que é possível realizar as concepções de um processo cível constitucionalmente efetivo, pode-se ressaltar as seguintes reformas, a título de exemplificação: Tutela Antecipada, Teoria da Causa Madura, Sincretismo Processual e a atipicidade dos meios executivos e meios indiretos de coerção.

1.3. Efetividade nos Resultados

Finalmente, após a entrada em juízo e participação das partes em um procedimento estabelecido, resta a parte final, definir quais pontos são necessários para que o resultado da prestação seja realmente efetivo na vida dos indivíduos e possam trazer a pacificação social.

Contando que o resultado não é a sentença mérito, também vai além da execução da sentença prolatada, assim o fruto da tutela jurisdicional deve ser entendido como todo conjunto dos valores a serem alcançados, como por exemplo, os valores da justiça, da eficácia da decisão, do respeito aos direitos tanto do vencedor como do vencido, da celeridade processual, etc., pois, de nada adianta, a qualquer custo prestar a tutela jurisdicional ferindo os direitos fundamentais e os objetivos do Estado Democrático de Direito. Para o sucesso da efetividade do processo e consequentemente da jurisdição, a obra deve ser entendida como um todo, afinal nem sempre os fins justificaram os meios, em se tratando de justiça.

A lição de Marinoni é esclarecedora neste ponto:

[...] É que a necessidade de tutela do direito material – e assim a adequação procedimental nessa perspectiva - pode se mostrar dúbia quando não relacionada com os direitos fundamentais e com os princípios constitucionais de justiça. As necessidades do direito material, para legitimarem a restrição às alegações do réu, devem guardar consonância com a substância dos direitos fundamentais. A legitimidade material dos procedimentos diferenciados, particularmente dos procedimentos delineados pelo legislador mediante restrições às afirmações que o réu poderia fundar no direito material, é dependente dos direitos fundamentais materiais.

Porém, a legitimidade da jurisdição não advém somente do que lhe é externo, isto é, da efetiva participação daqueles que podem ser atingidos pelos efeitos da decisão em suas esferas jurídicas, bem como da adequação diante do direito material e legitimidade perante os direitos fundamentais do instrumento – do procedimento – que lhe permite exercer o poder. Ou seja, a legitimidade da jurisdição não depende apenas da legitimidade da participação dos seus destinatários e da legitimidade do procedimento através do qual atua, mas também da legitimidade da sua própria decisão (MARINONI, 2008c, p. 5-6).

Buscando encontrar este “todo” a ser preenchido pelo resultado da prestação jurisdicional, passa-se a analisar determinados pontos que apesar de fundamentais, isoladamente, não trazem a efetividade do processo.

1.3.1. O alerta pela celeridade

Como instrumento de pacificação dos conflitos e realizador dos direitos materiais, não é possível prever um sistema processual efetivo, sem que seja analisado o aspecto essencial do tempo.

Um processo, que apesar de fornecer decisões justas, meios de participação e de solução das lides idôneos, não se preocupa com o tempo duração, corre o risco de ver o todo o seu trabalho realizado cair por terra. Estar atento ao tempo é imprescindível para que o Processo cumpra suas funções adequadamente, portanto a boa técnica processual será aquela que conseguir equilibrar os meios para que a tutela seja justa, célere e idônea (DINAMARCO, 2005, p.160).

Na lição de Taruffo (2008, p. 2-3), mostrada anteriormente, adverte das eficácias que podem ser buscadas, a mais rápida e barata ou estes dois aspectos aliados à qualidade, assim, as partes podem requerer e o juiz até mesmo de ofício em determinados casos podem usar de recursos para uma prestação jurisdicional mais rápida, o tempo de cognição e a espera do final desta para decisão e execução, podem ser abreviadas sobremaneira, como os exemplos citados na tutela antecipada e da teoria da causa madura, mas a eficiência irá depender da balança qualidade/celeridade.

É exatamente pensando neste equilíbrio que Barbosa Moreira (2004, p. 1-12) escreveu o “Futuro da Justiça: alguns mitos”, sendo que o primeiro mito apontado é o da “Rapidez acima de tudo”.

Para constituir sua pesquisa o saudoso professor divide o mito da celeridade processual a qualquer custo em quatro submitos:

1) Apontamento que o problema da lentidão dos processos é um fenômeno somente do Brasil, muito pelo contrário, a celeridade processual é clamada mundialmente;

2) Pensamento que todos os jurisdicionados tem interesse na rápida solução dos conflitos. Em quase todos os casos sempre existe o interesse de algum litigante para que o processo dure o maior tempo possível, contando quase na totalidade das vezes com o auxílio dos advogados;

3) Estabelecimento de que toda a culpa da demora jurisdicional deva recair sobre os ombros da legislação processual. É certo que as leis definidoras do processo estão longe da perfeição, mas a culpa pela morosidade também passam ainda mais distante de ser exclusiva da legislação;

4) Definir com Justiça boa é a Justiça rápida, apostar a qualidade da jurisdição na celeridade é sobretudo perigoso, a velocidade é essencial, porém não ponderar outras características igualmente fundamentais é um erro que pode custar muito caro e ser bem pior que a Justiça lenta.

O valor da celeridade processual é tão importante que passou ser explicitado como direito fundamental pela CF-88, acelerar a resolução dos litígios é um dos pontos mais debatidos no mundo jurídico, não somente no Brasil, mas no mundo todo.

[...] O tempo razoável para o processo, concebido como amálgama de garantias, não é necessariamente o tempo mais curto, mas justamente o mais adequado para que cumpra suas funções. Acelerar o processo pode, em algumas hipóteses, retirar a razoabilidade de sua duração. Processo “instantâneo” ou “quase instantâneo” não é razoável e representa, inclusive, *contraditio in terminis*, ou seja, a própria noção de processo implica transcurso de certo tempo, lapso razoável para que possa ser solucionado. O propósito de instantaneidade ou de encurtamento abrupto do processo configura, muitas vezes, atentado contra sua racionalidade e nessa medida representa agressão ao princípio da razoável duração do processo. Repita-se: o tempo é insuprimível do processo [...] (MARINS, 2011, p.191).

Assim, é necessário cuidado ao descrever os desejos pela rapidez, não é o processo mais rápido que se busca e sim o processo mais rápido “possível” considerando todos os outros princípios da justiça. Isolar determinado problema em um sistema complexo, como o sistema jurídico, é estar fadado ao insucesso.

1.3.2. Resultados justos e legítimos

As decisões judiciais estão intimamente ligadas ao resultado da prestação jurisdicional, são delas que saem os comandos que produzirão efeitos reais na vida dos jurisdicionados.

Adicionado a faceta dos Direitos Fundamentais ao processo de decisão judicial, surgiram algumas teorias sobre a fundamentação e legitimidade das decisões. Pois, tais direitos são genuinamente abertos à interpretação, assim como as normas dos procedimentos elásticos, sem contar com a falta de legitimidade originária dos juízes trazidos anteriormente. Então como apresentar uma decisão legítima politicamente e justa conforme os direitos fundamentais e demais princípios de justiça?

Além da participação das partes e do procedimento legítimo, o exame dos direitos fundamentais é basilar para uma decisão, igualmente, legítima. Porém, este exame não pode ser feito isoladamente pelo juiz, baseado em Habermas, que busca o consenso da população para legitimar as decisões, o juiz, principalmente quando negar uma norma infraconstitucional, prezando por um princípio fundamental deve convencer em sua argumentação que este detém maior valor social que aquela. Afinal, as leis podem não mais representar o desejo do povo com o decorrer do tempo (MARINONI, 2008c, p. 31-32).

[...] 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 fundamental* [...] (MARINONI, 2008c, p. 35)

Portanto, podemos definir dois fatores para que se possa dizer que determinado resultado é justo e legítimo:

Primeiro, além de seguir os ditames da lei aplicando o procedimento e o direito material, adotar durante o processo a efetiva participação das partes, devendo acima de tudo, durante toda atividade jurisdicional o magistrado garantir os direitos fundamentais, mesmo que para isso deva suprimir a legislação infraconstitucional (inconstitucional).

Segundo, para legitimar sua decisão, devendo o juiz, além de garantir mais uma vez que a participação das partes seja efetiva na sua argumentação, sendo que a exposição de motivos mantenha-se criteriosa acerca de todos os pontos que a levaram a determinado fundamento ou dispositivo, convencendo, não somente os litigantes, mas toda a população.

Na mesma linha de Habermas, ainda cabe salientar quatro motivos apontados por Alexy, os quais assinalam que a argumentação jurídica não é uma questão de mera lógica, sendo que estes motivos impedem a determinação de uma única decisão correta no âmbito do Direito:

[...] (1) A imprecisão da linguagem do Direito, (2) a possibilidade de conflitos entre as normas, (3) o fato de que é possível haver casos que requeiram uma regulamentação jurídica, que não cabem sob nenhuma norma válida existente, bem como (4) a possibilidade, em casos especiais, de uma decisão que contrariar textualmente um estatuto [...] (2001, p. 17).

Assim, tanto Habermas quanto Alexy apresentam suas teorias de argumentação baseadas na racionalidade e na aceitabilidade das decisões. Para eles é impossível alcançar um resultado correto na área do direito, mas é possível alcançar resultados aceitáveis pela sistematização de argumentos de forma racional em um ambiente participativo que busque o consenso.

O problema das teorias argumentativas, é que deixam grande espaço para que o juiz possa decidir, este espaço garante certa discricionariedade, a qual é vista pelos teóricos da hermenêutica como um perigo iminente. Se não existe uma resposta correta, e sim somente respostas aceitáveis, qual o limite entre uma argumentação discricionária e uma argumentação responsável (baseada nos critérios constitucionais)? Esta dúvida coloca em xeque as teorias da argumentação, principalmente diante dos princípios constitucionais eminentemente abertos.

Baseado em Dworkin e na Hermenêutica Filosófica, Lenio Luiz Streck, traz outra visão sobre os resultados da atividade jurídica, segundo ele, para evitar a discricionariedade dos juízes e o autoritarismo em pleno Estado Democrático de Direito, a decisão do juiz deve interpretar o caso concreto e os direitos fundamentais de modo coerente e integrativo segundo todo o sistema jurídico, buscando uma decisão correta, e não aceitável de acordo com seus argumentos (pessoais-morais) expostos na sentença (2009, p.15).

É importante frisar, que o atual momento do direito brasileiro é a constitucionalização de todos os ramos, inclusive do Direito Processual Civil, neste caminho encontra-se normas que não dão espaço para interpretação (fechadas), enquanto outras normas são mais flexíveis (abertas) para se adaptar ao caso concreto, existem ainda aquelas que são incompletas ou contraditórias, mas todos estes tipos podem ser constitucionais ou inconstitucionais.

Esta diferenciação é importante, porque o positivismo está vivendo uma fase de críticas intensas e vem sendo do “o positivismo exegético” para querer relativizar normas em

conformidade com a constituição, porém fechadas, com o fundamento de que aplicar a letra da lei é uma atitude ultrapassada, e aqui mora o perigo das teorias argumentativas.

[...] Nesse contexto, “filosofia da consciência” e “discricionariedade judicial” são faces da mesma moeda. Há ainda juristas filiados às antigas teses formalistas, propalando que a interpretação deve buscar a vontade da lei, desconsiderando de quem a fez – sic – e que a lei “terminada” independe de seu passado, importando apenas o que está contido em seus preceitos (o texto teria um sentido “em si”). De todo modo, mesmo hoje, em plena era da tão festejada invasão da filosofia pela linguagem, de um modo ou de outro, continua-se a reproduzir o velho debate “formalismo-realismo”. Mais ainda, e na medida em que o direito trata de relações de poder, tem-se, na verdade, em muitos casos, uma mixagem entre posturas “formalistas” e “realistas”, isto é, por vezes, a “vontade da lei” e a “essência da lei” devem ser buscadas com todo vigor; em outras, há uma ferrenha procura pela solipsista “vontade do legislador”; finalmente, quando nenhuma das duas orientações é “suficiente”, põe-se no topo a “vontade do intérprete”, colocando-se em segundo plano os limites semânticos do texto, fazendo soçobrar até mesmo a Constituição. O resultado disso é que aquilo que começa com (um)a subjetividade “criadora” de sentidos (afinal, quem pode controlar a “vontade do intérprete”?, perguntariam os juristas), acaba em decisionismos e arbitrariedades interpretativas, isto é, em um “mundo jurídico” em que cada um interpreta como (melhor) lhe convém...! Enfim, o triunfo do sujeito solipsista, o *Selbstsüchtiger*. [...] (STRECK, 2010, p.5)

Segue abaixo, dois votos que demonstram como a linguagem e a argumentação podem ser diferentes, e os perigos que o poder de interpretação, além da responsabilidade lançada sobre os ombros dos magistrados, podem causar:

[...] 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. Agr. Reg. na reclamação 3.034-2, Paraíba, grifos nossos)

[...] *Não me importa o que pensam os doutrinadores*. Enquanto for Ministro do Superior Tribunal de Justiça, assumo a autoridade da minha jurisdição. *O pensamento daqueles que não são Ministros deste Tribunal importa como orientação*. A eles, porém, não me submeto. Interessa conhecer a doutrina de Barbosa Moreira ou Athos Carneiro. *Decido, porém, conforme minha consciência*. Precisamos estabelecer nossa autonomia intelectual, para que este Tribunal seja respeitado. É preciso consolidar o entendimento de que os Srs. Ministros Francisco Peçanha Martins e Humberto Gomes de Barros decidem assim, porque pensam assim. E o STJ decide assim, porque a maioria de seus integrantes pensa como esses Ministros. Esse é o pensamento do Superior Tribunal de Justiça, e a doutrina que se amolde a

ele. É fundamental expressarmos o que somos. *Ninguém nos dá lições*. Não somos aprendizes de ninguém. Quando viemos para este Tribunal, corajosamente assumimos a declaração de que temos notável saber jurídico — uma imposição da Constituição Federal. Pode não ser verdade. Em relação a mim, certamente, não é, mas, para efeitos constitucionais, minha investidura obriga-me a pensar que assim seja [...] (Min. HUMBERTO GOMES DE BARROS. AgReg em ERESP nº 279.889-Alagoas, grifos nossos)

A linguagem do Ex-Ministro Eros Grau é suave e cai no muito bem no contexto para um processo civil cheio de formalismo inexplicáveis, já a linguagem do Ministro Humberto Gomes de Barros é agressiva e causa espanto no contexto de um processo civil contemporâneo, repleto de interpretações baseadas em princípios e normas abertas. Mas na essência, o conteúdo dos trechos mostrados é o mesmo, os dois ministros têm o mesmo poder de interpretar a norma da forma que quiserem, sem dever explicações a ninguém, causando uma discricionariedade gigantesca.

O que acontece é uma mudança de eixos, que diante da falta de representatividade do poder legislativo, passou-se para o judiciário a “honra” de resolver os problemas da sociedade brasileira, utilizando-se do fracasso do positivismo exegético para abrir as portas interpretativas através dos princípios, assim os juízes podem adequar a norma ao caso concreto. Porém, como já expressado e apresentado acima, este aumento de responsabilidade e de poderes pode vir a causar um “déficit democrático” inimaginável, só restando um caminho, propor “a resistência através da hermenêutica, apostando na Constituição (direito produzido democraticamente) como instância da autonomia do direito para limitar a transformação das relações jurídico-institucionais em um constante estado de exceção.” (STRECK, 2010, p. 8-13)

Ainda, não se discute mais se o juiz é a boca da lei, porém “essa “descoberta” não pode implicar um império de decisões solipsistas, das quais são exemplos às posturas caudatárias da jurisprudência dos valores” (STRECK, 2010, p.3).

Na sociedade atual é fundamental a interpretação através dos princípios e a abertura maior para adaptar a norma ao caso concreto, porém não isto não significa que as decisões possam ser discricionárias ou arbitrárias. Não se pode usar o histórico formalista no direito, principalmente do direito processual para gerar resultados relativizados. Não há espaço para a discussão entre as teorias da argumentação e a hermenêutica neste trabalho, mas tanto para primeira quanto à segunda é essencial ressaltar que o parâmetro de legitimidade e justiça deve ser pautado pelos dispositivos da Constituição Federal.

1.3.3. Eficácia das tutelas utilizadas

Quando se fala em resultados, logo se pensa na decisão judicial e na sua execução, a doutrina encontra-se em plena discussão sobre a classificação das sentenças, a mais clássica com a teoria Trinária e a mais moderna com a teoria Quinária, porém como o foco deste tópico é nos resultados, adotar-se-á os diversos tipos de provimentos jurisdicionais, não como forma de classificação, mas de modo a verificar a eficácia destes tipos de tutela para atender aos mais diversos de casos concretos.

a) Tutela Declaratória: “Consiste no provimento atinente a existência ou inexistência, ou o modo de ser, de uma relação jurídica, conforme prescreve o art. 4º do CPC”, ou seja, “visa extinguir uma crise de certeza”, contando com os efeitos “*ex tunc*” da decisão (NETTO, 2010, p. 46).

Portanto, quando o litígio versar sobre a existência ou não de uma determinada relação jurídica, a tutela declaratória é eficiente para dirimi-lo, nestes casos a simples decisão judicial declarando ou não a existência da relação controvertida é suficiente para solucionar o caso.

Importante não confundir a tutela plenamente declaratória com outros tipos de provimentos cognitivos, pois em todos os conflitos existem uma incerteza a ser sanada e, portanto estará incorporada nos resultados a tutela declaratória (YARSHELL, 2006, p. 152), mas o objetivo nestes casos é maior que a simples declaração do vencedor.

b) Tutela Constitutiva: A utilização desta tutela será para os casos, onde é necessária a modificação, extinção ou criação de determinados direitos ou obrigações.

Então, aqui ocorre “uma crise de situação jurídica no plano do direito material”, sendo que os efeitos serão “*ex nunc*”, trazendo após a decisão, a repercussão da relação discutida no mundo jurídico para a vida real (NETTO, 2010, p. 47).

Nestes dois primeiros tipos de tutela, a própria sentença basta para satisfação do direito, enquanto as próximas necessitarão de algo além da decisão judicial para alcançar os escopos da jurisdição e do processo.

c) Tutela Condenatória: este tipo de tutela somente se presta a dar certeza de um determinado direito e possibilitar ao vencedor que exija do vencido determinada prestação, assim “a crise de adimplemento” será resolvida por uma condenação (NETTO, 2010, p. 50) que finalizará a etapa cognitiva com o título executivo, que com o sincretismo processual passa a ser cobrado no mesmo processo, porém em fase de execução, caso não seja adimplido voluntariamente.

d) Tutela Executiva: tendo a sentença condenatória, e o vencido não se apresentando para cumprir voluntariamente a condenação, ou com um título executivo extrajudicial desimpedido, vencido e não pago (ou ainda em outras situações que a legislação possibilita a execução, por exemplo: procedimento monitório), é através do procedimento executivo que passa a interferir na esfera do réu para conseguir os efeitos fáticos da obrigação.

É por isso, que a doutrina atual da tanta importância à fase executiva, pois está superada a época que dando a sentença condenatória, a jurisdição teria feito o seu papel, “sendo impensável que a condenação pudesse vir desacompanhada dos meios de efetivá-la” (YASHELL, 2006, p. 172).

Interessante apontar que para as obrigações de entrega de coisa e obrigações de fazer (e não fazer), na própria sentença, o juiz, de ofício, utiliza de métodos executivos para que a efetiva tutela seja oferecida de acordo com a necessidade do caso concreto, mais uma vez demonstrando que o final da atividade judicial não ocorre com o oferecimento de uma sentença de mérito.

e) Tutela Mandamental: este tipo de tutela serve para que através de uma ordem judicial o vencido cumpra com a condenação, utilizada para as obrigações de fazer e não fazer, o juiz utilizará de meios de coerção ou qualquer outro necessário para que naquele caso a tutela jurisdicional seja oferecida, sendo que em caso de não cumprimento, o vencido pode responder pelo crime desobediência.

“A sentença mandamental é caracterizada por dirigir uma ordem para coagir o réu. Seu escopo é convencer o réu a observar o direito por ela declarado” (MARINONI; ARENHART, 2008, p. 432).

f) Tutela Inibitória: Baseada na ameaça ao direito e tendo natureza preventiva “destinada a impedir a prática, a repetição ou a continuação do ilícito”, este tipo de tutela não encontra-se claramente regulamentada pelo CPC, mas é necessária para os novos moldes da proteção estatal aos direitos (MARINONI, 2008b, p. 192-193)

g) Tutela de Remoção do Ilícito: Nos mesmos moldes da tutela inibitória, este tipo de proteção busca a cessação dos “efeitos de uma ação ilícita que já ocorreu”, porém ainda não causou dano, o que impede o pedido de ressarcimento ou a reparação do dano. Esta tutela advém para proteger o ofendido antes do acontecimento do dano, pois se já esta ocorrendo o ilícito e “não há cabimento em esperar pelo dano para poder invocar a prestação jurisdicional” (MARINONI, 2008b, p. 205)

Estes tipos de tutelas não são exaustivos, existem outros diversos, assim como as necessidades que o litígio exigir, sendo essencial a ampliação dos métodos para que a

jurisdição, fazendo uso do processo constitucionalmente efetivo, consiga em uma agilidade maior, propiciar ao jurisdicionado exatamente aquilo que ele veio buscar, da maneira mais justa, célere e eficaz possível.

CONCLUSÃO

Diante do advento da CF-88 constatou-se que visão constitucional no Estado Democrático de Direito não dá mais espaços para formalismos e rigidez das normas como no Estado Liberal. De acordo com as novas necessidades sociais e a rapidez da globalização, o uso dos princípios é cada vez mais importante para que a jurisdição e a legislação consiga acompanhar o ritmo nesta época acelerada.

Este novo pensamento acaba aumentando a responsabilidade dos operadores do direito, principalmente dos magistrados, que devem utilizar de um ordenamento aberto para conseguir adaptar a norma ao caso concreto. Sendo que, esperar para solução do litígio de braços cruzados não é o que se espera do juiz contemporâneo.

De outro lado, as partes e os demais atores do judiciário também devem estar atentos a esta nova concepção, requisitando, instruindo, defendendo seus interesses, direitos e principalmente os princípios fundamentais.

Com este fim, aponta-se algumas ferramentas importantes para que o Processo possa, realmente ser de acordo com CF-88, efetivo:

- a) Fim do formalismo, autêntico de épocas em que se buscava a autonomia processual. Prezar por princípios fechados e conceitos ultrapassados, deixando de lado as necessidades dos litigantes, não é o que se espera do processo civil constitucional;
- b) Buscar a aproximação do direito material, este acostamento não vai retirar a autonomia do processo, mas sim deixá-lo mais próximo da realidade, alcançando escopos necessários à efetivação da tutela;
- c) Aplicação da hermenêutica principiológica, nos casos onde não haja regulamentação legal, seja considerada incompleta ou inconstitucional, até mesmo quando imprópria para aquele caso concreto. Podem e devem as partes exigir e o juiz decidir, até mesmo de ofício, utilizando dos princípios constitucionais, amparado nos direitos e objetivos fundamentais para que realmente venham a efetivar a tutela necessária para as peculiaridades do litígio.

Aplicando as questões acima mencionadas, na forma do andamento processual destaca-se:

- 1) O acesso ao judiciário deve realmente efetivo, para os mais diferentes tipos de indivíduos, independentemente da sua classe social ou circunstancia econômica, além dos casos onde a lide alcance uma universalidade de pessoas, devendo o judiciário ter métodos para a defesa dos mais pobres e para as causas ditas “coletivas”;
- 2) Em relação à participação das partes, durante o processo devem ser oportunizados o diálogo aberto e discussões necessárias para que possam não só defender seus interesses, mas também ajudar a legitimar o procedimento e defender os direitos fundamentais, além da conscientização dos profissionais do direito, principalmente os advogados, para uma participação responsável;
- 3) O procedimento utilizado na atividade jurisdicional deve ser elástico, aberto e adaptável, porém dispostos de maneira simples e com o aumento de competências especializadas, diante aos mais diferentes casos concretos, oferecendo as mais efetivas ferramentas para que as partes participem e o juiz possa ter os meios necessários para se proteger, conhecer e executar os direitos a serem tutelados;
- 4) Quanto aos resultados, que o processo precisa prezar em proporcionar exatamente aquilo que a parte veio buscar no judiciário, do modo mais rápido possível, sem atropelo a princípios que devem ser respeitados e acima de tudo oferecendo uma tutela jurisdicional justa, com decisões sistematicamente fundamentadas e coerentes, principalmente quando estas resultarem de uma hermenêutica principiológica ou da declaração de inconstitucionalidade de determinada parte da lei (atentos a discricionariedades e/ou arbitrariedades).

Em suma, o Processo Constitucionalmente Efetivo precisa ser célere, eficaz e justo; deve oferecer um acesso amplo ao judiciário, seja ele individual ou coletivo, ultrapassando as limitações impostas pelas diferenças sociais; necessita de procedimentos simples, abertos, flexíveis e que ofereçam oportunidade de participação concreta dos envolvidos, além de tutelas diferenciadas para cada tipo de litígio.

Um novo código processo civil esta por chegar, e diante das dúvidas que chegarão com ele, lembrar-se dos direitos fundamentais e dos objetivos constitucionais será essencial para que se possa superá-las.

Notando que tanto as reformas e o funcionamento ainda do CPC atual quanto às disposições do novo CPC são apenas palavras, artigos e parágrafos, quem dará vida a estes dispositivos são os operadores do direito, e é neste ponto que ter o pensamento voltado para a construção de um Processo Civil Constitucionalmente Efetivo irá fazer toda a diferença.

Por isso mais que todos os temas levantados anteriormente, a vontade de mudar daqueles que trabalham com Direito é o alvo mais importante de se acertar nestes tempos turbulentos.

REFERÊNCIAS

ALEXY, R. **Teoria da Argumentação Jurídica**. Trad. Zilda Hutchinson Schild Silva. São Paulo: Landy, 2001.

ALVES, C. F. **O percurso histórico da consolidação do direito de acesso igualitário à justiça no Brasil**. Revista de Processo, São Paulo: Ano 35. n.184, p. 329-362, jun. 2010.

ASSIS, A. de. Duração razoável do processo e reformas da lei processual civil. In: FUX, L. (Coord.); NERY JÚNIOR, N. (Coord.); WAMBIER, T. A. A. (Coord.). **Processo e Constituição**: estudos em homenagem ao professor José Carlos Barbosa Moreira. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006. p. 195-204.

BEDAQUE, J. R.S. Direito e Processo: **Influência do Direito Material sobre o Processo**, 5. ed. ver. amp. São Paulo: Malheiros, 2009.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Agr. Reg. na reclamação 3.034-2/PB**, voto Min. Eros Grau, Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>, 2006. Acesso em: 12 mai. 2012.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **AgReg em ERESP nº 279.889-AL**, voto Min. Humberto Gomes De Barros, Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 12 mai. 2012.

BUENO, C. S. **Cursos Sistematizado de Direito Processual Civil** : teoria geral do direito processual civil. 2. ed. ver. Atual. Aum. São Paulo: Saraiva, 2008. v. 1.

CAPPELLETTI, M; GARTH, B. **Acesso à Justiça**. Trad. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988.

DIDIER JR., F. **Sobre dois importantes (e esquecidos) princípios do processo: adequação e adaptabilidade do procedimento**. Revista Diálogo Jurídico, Salvador, CAJ - Centro de Atualização Jurídica, v. I, nº. 7, outubro, 2001.

DINAMARCO, C. R. **A Instrumentalidade do Processo**. 14 ed. rev. atual. São Paulo: Malheiros, 2009.

_____. **Instituições de Direito Processual Civil**. 5. ed. rev. atual. São Paulo: Malheiros, 2005. v. I.

FERREIRA, W. S. **Responsabilidade objetiva do autor e do rpeu nas tutelas cautelares e antecipadas: esboço de teoria da participação responsável.** Revista de Processo, São Paulo: Ano 35. nº188, p. 9-51, out. 2010.

MARINONI, L. G. ; ARENHART, S. C. (Colab.). **Curso de processo civil.** 7. ed. rev. atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008. v. 2.

MARINONI, L. G. **Teoria Geral do Processo.** 3. ed. rev. atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008a. v. 1.

____. **Técnica Processual e Tutela dos Direitos.** 2. ed. rev. atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008b

____. **Da Teoria da Relação Jurídica Processual ao Processo Civil do Estado Constitucional.** Revista Peruana de Derecho Procesal, v. 11, 2008c. . Disponível em: <<http://www.abdpc.org.br>>. Acesso em: 30 abr. 2012.

MARINS, J. **Processo Instantâneo Versus Processo Razoável: A Dualidade Temporal da Garantia Constitucional.** Revista NEJ - Itajaí: Vol. 16 - n. 2 - p. 188-206 / mai-ago 2011

MOREIRA, J. C. B. **Temas de Direito Processual Civil:** oitava série. São Paulo: Saraiva, 2004.

NETTO, N. R. **Classificação das tutelas jurisdicionais segundo a técnica processual empregada para a satisfação do direito.** Revista de Processo, São Paulo: Ano 35. n.186, p. 31-65, jun. 2010.

NUNES, D. **Novo enfoque para as tutelas diferenciadas no Brasil? Diferenciação procedimental a partir da diversidade de litigiosidades.** Revista de Processo, São Paulo: Ano 35. n.184, p. 109-140, jun. 2010.

OLIVEIRA, C. A. A. Efetividade e processo de conhecimento. In: Wambier, L. R. (Org.). **Doutrinas essenciais do processo civil.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, v. II, p. 889-904.

PEYRANO, J. W. **La regla la carga de la prueba enfocada como norma de clausura del sistema.** Revista de Processo, São Paulo: Ano 35. n.185, p. 107-116, jul. 2010.

PITA, F. A. **Acesso à Justiça versus Opacidade do Direito: uma luta inglória?** Feira de Santana: Revista Eletrônica do Curso de Direito da UEFS, 2003.

STRECK, L. L. **Aplicar a “letra da lei” é uma atitude positivista?** Revista NEJ - Eletrônica, Itajaí: Vol. 15 - n. 1 - p. 158-173 / jan-abr 2010

_____. **O problema da decisão jurídica em tempos pós-positivistas.** Revista NEJ - Eletrônica, Itajaí: Vol. 14 - n. 2 - p. 3-26 / 2º quadrimestre 2009

TARUFFO, M. **Orality and Writing as Factors of Efficiency in Civil Litigation.** Coloquio Oral & Written Proceedings: Efficiency in civil procedure, 2008, Valencia.

WATANABE, K. **Da Cognição no Processo Civil.** 3 ed. rev. atual. São Paulo: Perfil, 2005.

YARSHELL, F. L. **Tutela Jurisdicional.** 2. ed. São Paulo: DPJ Editora, 2006