

Prestação jurisdicional efetiva: um direito fundamental

Luciano Lucio de Carvalho*

Introdução

Falar em efetividade da prestação jurisdicional, efetividade tal como sinônimo de tempestividade, adequação e capacidade de atingir seus objetivos reais, e conceituar jurisdição após o advento da Constituição Federal de 1988 nos obriga a uma ruptura epistemológica do classicismo jurídico a fim de serem incluídos novos parâmetros conceituais e novas vertentes ao conhecimento jurídico. Sendo que essa mudança de paradigma é fundamental para que possamos nos aproximar dos reais anseios da sociedade e não nos contentarmos apenas com a falsa realidade que nos foi imposta pelo discurso jurídico dogmático.

Dentre os diversos elementos, ou melhor, dentre os fatores responsáveis pela qualidade da prestação jurisdicional no Brasil elegemos aqueles que entendemos serem os principais causadores de toda falácia do sistema jurídico brasileiro, e que deles decorreram todos os demais, quais sejam, inadequação dos institutos processuais frente ao modelo do Estado brasileiro após a Constituição de 1988, não observância da real força normativa da Constituição, omissão e falta de criatividade dos *agentes concretizadores da Constituição*¹.

Jurisdição e Estado

Primeiramente as teorias do processo² não podem ser compreendidas sem que sejam analisados os fatores históricos e as idéias de Estado que as inspirou, sob pena de termos uma teoria que não reflete a cultura e a realidade social de sua época, e que, portanto não conseguirá explicar e justificar com coerência seus reflexos no mundo social.

* Mestrando em Direito e especialista em Direito Processual Civil pela Fundação de Ensino “Eurípedes Soares da Rocha” de Marília-SP

¹ Expressão utilizada por PETER HÄBERLE

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

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

Então, na concepção da adequação da teoria do processo e teoria do Estado se faz necessária a confrontação da estrutura e características do sistema processual brasileiro frente aos princípios e regras constitucionais formadoras do nosso modelo de Estado.

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

Inadequação das teorias clássicas da jurisdição

No século passado dois pólos doutrinários principais se formaram em torno do tema. De um lado os adeptos de Giuseppe Chiovenda e de outro os de Francesco Carnelutti, assim, mesmo entendendo que o posicionamento dessas doutrinas a respeito da jurisdição não servem à realização dos objetivos do Estado brasileiro, é imprescindível que as conheçamos, mesmo que de forma sintética, para que possamos nos posicionar diante das objeções e críticas que serão traçadas ao longo desse capítulo.

A doutrina de Chiovenda

Segundo Ovídio Baptista e Fábio Gomes³, Chiovenda parte do pressuposto que, no Estado moderno, a confecção das leis, vale dizer, a produção do direito, é monopólio do próprio Estado, e que este considera como sua função essencial a administração da justiça, e que somente ele tem o poder de aplicar a lei ao caso concreto, poder este que denomina jurisdição.

Para o exercício dessa função de administrar a justiça o Estado organiza órgãos especiais, ou sejam, jurisdicionais, sendo que o mais importante entre eles são os juízes, cuja tarefa segundo Chiovenda é afirmar e atuar aquela vontade da lei que eles próprios

³ SILVA, Ovídio A. Baptista. GOMES, Fábio. *Teoria geral do processo*. 2.ed. São Paulo: RT, 2000, p.62.

considerem como realmente existente. Em outras palavras, os juízes aplicariam a vontade abstrata da lei à realidade do caso concreto.

Ovídio Baptista e Fábio Gomes⁴ entendem que a jurisdição vista sob a ótica de Chiovenda apresenta algumas características importantes:

A primeira seria o seu caráter de substitutividade, onde uma atividade pública substituiria uma atividade privada de outrem. O Estado representado por seu órgão jurisdicional, os juizes, substituiria a atividade das partes em conflito, a fim de compô-lo e resguardar a ordem jurídica.

A segunda seria a diferença entre atividade administrativa da jurisdicional. Para Chiovenda a soberania pressupõe duas atividades distintas, uma delas a função de legislar, o que para ele corresponderia em criar o direito; a outra destinada a aplicá-lo. Portanto, atuar a vontade da lei para o administrador seria completamente diferente do atuar a vontade da lei para o juiz.

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

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

Marinoni⁵ entende que Chiovenda é um verdadeiro adepto da doutrina que, inspirada no iluminismo e nos valores da Revolução Francesa, separava radicalmente as funções do legislador e do juiz, ou melhor, atribuía ao legislador a criação do direito e ao juiz a sua aplicação. Chiovenda procurava a essência da jurisdição dentro do quadro de funções do

⁴ SILVA, Ovídio A. Baptista. GOMES, Fábio. *Teoria geral do processo*. 2.ed. São Paulo: RT, 2000, p.62-63

⁵ MARINONI, Luiz Guilherme. *A jurisdição no Estado constitucional*. **Jus Navigandi**, Teresina, a. 9, n. 635, 4 abr. 2005. Disponível em: <<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=6550>>. Acesso em: 27 out. 2005

Estado e focava sua preocupação na atividade do juiz, posto isso, pode-se se dizer que ele enxergava o processo sob a ótica publicista.

A doutrina de Carnelutti

O outro pólo doutrinário a respeito da jurisdição é aquele formado em torno das idéias de Francesco Carnelutti, para quem a jurisdição pressupõe um conflito de interesses, qualificado pela pretensão de alguém e a resistência de outrem. Para o jurista italiano, esse conflito de interesses conceitua o que ele entende por lide, e que sem lide não há atividade jurisdicional. A jurisdição é criada e organizada pelo Estado com a finalidade da justa composição dos conflitos, sejam eles na esfera privada como na pública.

Segundo Jônatas Luiz Moreira de Paula⁶, Carnelutti levou ao conceito de jurisdição os elementos sociológicos e axiológicos, ao defini-la como a justa composição da lide. Por justa entende que é a solução da demanda nos termos do direito e por lide o conflito de interesses qualificados por uma pretensão resistida.

Carnelutti parte da idéia de lide para definir a jurisdição. Portanto, somente haveria uma atividade jurisdicional do juiz caso houvesse um conflito a ser resolvido. Essa visão de Carnelutti revela, segundo Marinoni⁷, uma compreensão privatista da relação: lei, conflito e juiz. Assim, somente se daria corpo à jurisdição quando as partes necessitassem do juiz para solução dos conflitos, isto implica dizer que Carnelutti se preocupava com a finalidade das partes, por isso, via o processo a partir dos interesses privados.

Para Carnelutti, o juiz ao decidir cria uma norma individual particular para o caso concreto, que passa integrar o ordenamento jurídico, porém, não seria mero resultado da aplicação da norma geral abstrata ao caso concreto, mas sim, uma atividade de conhecimento de fato e de inteção da norma.

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

⁶ PAULA, Jônatas Luiz Moreira de. *A jurisdição como elemento de inclusão social*. Barueri: Manole, 2002, p.36.

⁷ MARINONI, Luiz Guilherme. *A jurisdição no Estado constitucional*. **Jus Navigandi**, Teresina, a. 9, n. 635, 4 abr. 2005. Disponível em: <<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=6550>>. Acesso em: 27 out. 2005

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

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

A separação dos poderes seria a técnica fundamental de proteção dos direitos da liberdade, assim, o problema da soberania estaria solucionado por sua decomposição na pluralidade de poderes.

A respeito da divisão dos poderes e da supremacia da lei, Montesquieu, cuja doutrina é inspirada por um sentimento radical de rejeição ao absolutismo menciona:

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

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

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

Uma constituição pode ser tal que ninguém seja forçado a fazer as coisas que a lei não obrigue, e a não fazer as coisas que a lei permita.⁸

O condicionamento da força dos poderes do Estado à sociedade somente foi possível através do princípio da legalidade, segundo o qual, todos e principalmente o próprio Estado teriam seu limite e submissão na lei.

Segundo Pedro Vieira Mota, para Montesquieu “Um bom Governo, sem abusos, com liberdade e estabilidade, só é possível sob o império da lei. Porque só aí o cidadão sabe o que pode fazer e o que um outro pode fazer contra ele”.⁹

Para Marinoni o princípio da legalidade do Estado liberal “constituiu um critério de identificação do direito; o direito estaria apenas na norma jurídica, cuja validade

⁸ MONTESQUIEU, Charles Louis de Secondat, baron de la Brède et de. *O espírito das leis*. Introdução, tradução e notas Pedro Vieira Mota. São Paulo: Saraiva, 2000, p.165.

⁹ MONTESQUIEU, Charles Louis de Secondat, baron de la Brède et de. *O espírito das leis*. Introdução, tradução e notas Pedro Vieira Mota. São Paulo: Saraiva, 2000, p.200.

não dependeria de sua correspondência com a justiça, mas somente de ter sido produzida por uma autoridade dotada de competência normativa”.¹⁰

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

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

Conseqüência tal, que o poder judiciário que é tratado por Montesquieu como “Poder de julgar” é tido como um poder “de certo modo nulo”, cuja função reservada para o juiz era rígida e restrita, sendo somente “a boca que pronuncia as palavras da lei”. Mesmo que a lei pudesse ser rigorosa demais em certos casos, mesmo assim os juízes seriam “a boca que pronuncia as palavras da lei, seres inanimados que não lhe podem moderar nem a força, nem o rigor”.¹¹

Aos juizes não eram dados a permissão de interpretar a lei em face da realidade social, seus julgamentos, conforme preceitua Montesquieu, jamais seriam senão um texto preciso de lei. “Fossem eles a opinião particular dos juízes, viver-se-ia na sociedade sem saber precisamente quais os compromissos assumidos”.¹²

Marinoni quando também trata da questão da não intervenção do Estado na esfera dos particulares, menciona:

Como o Estado liberal não se preocupava em proteger os menos favorecidos e em promover políticas públicas para uma organização comunitarista mais justa, mas apenas em manter em funcionamento os mecanismos de mercado, sem qualquer preocupação com as diferenças das posições sociais, qualquer interferência do Estado junto aos particulares era vista como intromissão indevida.¹³

¹⁰ MARINONI, Luiz Guilherme. *A jurisdição no Estado constitucional*. Jus Navigandi, Teresina, a. 9, n. 635, 4 abr. 2005. Disponível em: <<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=6550>>. Acesso em: 27 out. 2005

¹¹ MONTESQUIEU, Charles Louis de Secondat, baron de la Bréde et de. *O espírito das leis*. Introdução, tradução e notas Pedro Vieira Mota. São Paulo: Saraiva, 2000, p.55

¹² MONTESQUIEU, Charles Louis de Secondat, baron de la Bréde et de. *O espírito das leis*. Introdução, tradução e notas Pedro Vieira Mota. São Paulo: Saraiva, 2000, p.170

¹³ MARINONI, Luiz Guilherme. *Técnica processual e tutela dos direitos*. São Paulo: RT, 2004, p.40.

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

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

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

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

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

[...] Sua doutrina sustenta-se no postulado de que o ordenamento jurídico estatal seja, para o Juiz, um dado prévio, uma coisa existente, como se fora uma constelação posta completa e definitivamente pelo legislador, restando ao Juiz a tarefa de pura aplicação da lei ao caso concreto.[...]¹⁴

Já em Carnelutti, mesmo incluindo em seu conceito elementos sociológico e axiológico, ao definir a jurisdição como a justa composição da lide, verificamos que a sua justiça se realiza apenas com base no próprio ordenamento jurídico e em seus parâmetros de

¹⁴ SILVA, Ovídio A. Baptista. GOMES, Fábio. *Teoria geral do processo*. 2.ed. São Paulo: RT, 2000, p.65.

direito, não se importando com sua eficácia, nem tão pouco com os valores inerentes a esse próprio ordenamento. Fica aí a evidência da influência liberal da supremacia da lei.

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

Nessa mesma linha raciocínio é o entendimento de Marinoni:

Se as teorias da jurisdição constituem espelhos dos valores e das idéias das épocas e, assim, não podem ser ditas equivocadas – uma vez que isso seria um erro derivado de uma falsa compreensão de história -, certamente devem ser deixadas de lado quando não mais revelam a função exercida pelo juiz. Isso significa que as teorias de Chiovenda e Carnelutti, se não podem ser contestadas em sua lógica, certamente não têm – nem poderiam ter – mais relação alguma com a realidade do Estado contemporâneo.¹⁵

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

A decadência do liberalismo e os novos valores do Estado brasileiro

O pensamento liberal-individualista, idealizador do modelo de Estado liberal, se espalhou pelo mundo após a revolução francesa e influenciou a formação dos ordenamentos jurídicos sob a égide do formalismo, despolitização de seus operadores e de uma delimitação rigorosa dos poderes de intervenção do Estado na esfera jurídica, e que a aplicação da lei não deveria levar em consideração as diferenças sociais, pois se assim o fizesse estaria traindo o princípio da igualdade e o da não intervenção nas liberdades individuais.

¹⁵ MARINONI, Luiz Guilherme. *A jurisdição no Estado constitucional*. Jus Navigandi, Teresina, a. 9, n. 635, 4 abr. 2005. Disponível em: <<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=6550>>. Acesso em: 27 out. 2005

Acontece porém, que à medida que as sociedades baseadas nos princípios liberais cresceram e se desenvolveram e o relacionamento entre os indivíduos se tornou mais complexo, elas necessariamente deixaram de ter uma visão individualista dos direitos para reconhecer um caráter coletivo. Assim, pela insuficiência de seus fundamentos frente ao desenvolvimento social, o Estado liberal entra em crise e faz surgir a questão da justiça social. Nos dizeres de Ada Pellegrini Grinover, Antônio Carlos de Araújo Cintra e Cândido Rangel Dinamarco, o Estado moderno repudia as bases da filosofia liberal e pretende ser, embora sem atitudes paternalistas, “a providência do seu povo”, no sentido de assumir para si certas funções essenciais ligadas à vida e desenvolvimento da nação e dos indivíduos que a compõem.¹⁶

Segundo José Afonso da Silva o individualismo e o abstencionismo ou neutralismo do Estado liberal provocou imensas injustiças, e os movimentos sociais do século passado e deste especialmente, desvelando a insuficiência das liberdades burguesas, permitiu que se tivesse consciência da necessidade da justiça social.

[...] Mas o Estado de Direito, que já não poderia justificar-se como liberal, necessitou, para enfrentar a maré social, despojar-se de sua neutralidade, integrar, em seu seio, a sociedade, sem renunciar ao primado do Direito. O Estado de Direito, na atualidade, deixou de ser formal, neutro e individualista, para transformar-se em Estado material de Direito, enquanto adota uma dogmática e pretende realizar a justiça social.¹⁷

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

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

¹⁶ CINTRA, Antônio Carlos de Araújo. GRINOVER, Ada Pellegrini. DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 17.ed. São Paulo: Malheiros. 2001. p.37.

¹⁷ SILVA, José Afonso da. *O estado democrático de direito*. RFE vol 305. São Paulo: Forense, 1989, p.7.

absolutamente necessária, que sem a qual, não é possível a compensação das desigualdades, nem tão pouco a verdadeira liberdade.

Segundo Paulo Bonavides a Constituição de 1988 é em muitas de suas dimensões essenciais uma Constituição do Estado Social, e assim, devem os problemas relativos ao exercício de direitos subjetivos serem resolvidos à luz dos conceitos derivados daquela modalidade. Para ele a Constituição do Estado liberal elevava-se a posições extremas de formalismo, as quais, despolitizavam o Direito e instauravam a neutralidade absoluta, cuja valia de cimentar o valor político da época, “seria hoje em sua dimensão exclusivista e unilateral uma espécie de artefato pré-histórico, inútil, sem préstimo para os combates sociais da atualidade”.¹⁸

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

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

A jurisdição no modelo do Estado brasileiro

Como a jurisdição retira sua validade a partir da noção de Estado, fica evidente que ela terá diferentes significados e objetivos dentro de cada modelo de Estado.

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

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

São objetivos fundamentais do Estado brasileiro, nos termos do Art. 3º da Constituição Federal:, construir uma sociedade livre, justa e solidária; garantir o desenvolvimento nacional; erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades

¹⁸ BONAVIDES, Paulo. *Do Estado liberal ao Estado social*. 4.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1980, p.336-337.

sociais e regionais; promover o bem de todos, sem preconceito de origem, raça, sexo, cor, idade, e quaisquer outras formas de discriminação.

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

É a primeira vez que uma Constituição assinala, especificamente, objetivos do Estado brasileiro, não todos, que seria despropositado, mas os fundamentais, e, entre eles, uns que valem como base das prestações positivas que venham a concretizar a democracia econômica, social e cultural, a fim de efetivar na prática a dignidade da pessoa humana¹⁹

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

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

Na medida que a jurisdição realiza os fins estipulados, essa se legitima, posto que, ser o art. 3º, da CF, o referencial do discurso legitimador da atividade jurisdicional.²⁰

Nesse momento pode ser questionada a aplicabilidade e a eficácia da norma definidora dos objetivos do Estado brasileiro. Nessa seara José Afonso da Silva apesar de definir o dispositivo como uma norma programática, ou seja, uma norma através da qual o “constituente, em vez de regular direta e imediatamente, determinados interesses, limitou-se a traçar os princípios para serem cumpridos pelos seus órgãos (legislativos, executivos, jurisdicionais e administrativos), como programas das respectivas atividades, visando à realização dos fins do estado”²¹, adverte que se trata de uma norma programática de eficácia plena, tendo em vista que direciona toda a estrutura constitucional e atividade estatal no plano infraconstitucional e que envolve os três poderes, seus efeitos são efetivos e vinculam toda a atividade do Estado. Assim seriam diversas daquelas outras normas programáticas, cuja eficácia dependeria de norma infraconstitucional.

Seguindo outra linha de raciocínio, Canotilho quando trata da textura e positividade constitucional afirma que “*as regras e princípios utilizados para atingir os*

¹⁹ SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 7.ed. São Paulo: RT, 1993, p.93.

²⁰ PAULA, Jônatas Luiz Moreira de. *A jurisdição como elemento de inclusão social*. Barueri: Manole, 2002, p.58.

²¹ SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 7.ed. São Paulo: RT, 1993, p.138.

objetivos da Constituição são de diversa natureza e densidade. Todavia, no seu conjunto, regras e princípios constitucionais valem como lei. Nesse sentido se fala na constituição como norma (Garcia de Enterría) e na força normativa da constituição (Konrad Hesse)”²²

Canotilho apesar de afirmar que a garantia da força normativa da constituição não ser uma tarefa fácil, devido a complexa relação entre a textura aberta e a positividade constitucional. Sugere que “*se o direito constitucional é positivo, se a constituição vale como lei, então as regras e princípios constitucionais devem obter normatividade regulando jurídica e efetivamente as relações da vida, dirigindo as condutas e dando segurança a expectativas de comportamento (Luhmann)”²³*

A partir dessa concepção lógica, Canotilho entende que não existem mais as normas programáticas definidas pela doutrina clássica, ou seja, aquelas que apenas apontam um simples programa, exortações morais, declarações, aforismos políticos, promessas, programas futuros, juridicamente desprovidos de qualquer vinculatividade. Existem sim, normas-fim, normas-tarefa, normas-programa que impõem uma atividade e dirigem materialmente a concretização da constituição. Onde a intervenção eventual concretizadora da esfera legislativa não significa que esse tipo de norma não possui positividade jurídica autônoma, mas que a sua própria positividade justifica a intervenção dos órgãos legislativos.

Em fim, Canotilho sintetiza o significado fundamental da positividade jurídica das normas programáticas:

[...](1) vinculação do legislador, de forma permanente, à sua realização (imposição constitucional); (2) vinculação positiva de todos os órgãos concretizadores, devendo estes tomá-las em consideração como diretivas materiais permanentes, em qualquer dos momentos da atividade concretizadora (legislação, execução, jurisdição); (3) vinculação, na qualidade de limites materiais negativos, dos poderes públicos, justificando a eventual censura, sob a forma de inconstitucionalidade, em relação aos actos que as contrariam.²⁴

Superados os possíveis obstáculos quanto a aplicabilidade e eficácia da norma constitucional definidora dos objetivos do estado (CF, art. 3º), chegamos ao ponto onde temos condição de afirmar que a jurisdição adequada ao modelo de Estado brasileiro seria um dever

²² CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 3.ed. Coimbra: Almedina, 1999, p.1102.

²³ CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 3.ed. Coimbra: Almedina, 1999, p.1102.

²⁴ CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 3.ed. Coimbra: Almedina, 1999, p.1103.

do Estado de solucionar os conflitos de interesse de forma real e efetiva segundo os objetivos fundamentais do Estado.

Se o Estado possui o dever de solucionar os conflitos segundo seus objetivos fundamentais, em contrapartida a esse dever, existe um direito material fundamental de que toda solução de conflitos seja fundada nesses mesmos objetivos, cuja conseqüência é a inconstitucionalidade das leis que não atendam ou não levem a alcançá-los.

Prestação jurisdicional efetiva: um direito fundamental

Nesse momento temos uma idéia do que seria uma jurisdição adequada ao modelo de nosso Estado, cuja legitimidade e finalidade estariam garantida pelos próprios princípios constitucionais fundamentais do Estado.

Porém, possuir legitimidade e finalidade garantidas constitucionalmente através dos princípios fundamentais do Estado, apesar de ser uma etapa imprescindível, não implica à jurisdição uma efetividade de sua prestação. O tema sobre a melhoria da qualidade da prestação jurisdicional, ou seja, de sua efetivação, é um dos maiores desafios dos processualistas contemporâneos.

Um grande passo em sentido do alcance da efetividade da prestação jurisdicional foi dado a partir da Emenda Constitucional n.º45/2004, cujas alterações constitucionais implicaram de forma incisiva no direito processual brasileiro, em especial sobre o tema proposto.

O art.1º da EMC/2004, entre outras, alterou o Art. 5º da Constituição Federal acrescentando o seguinte inciso: “LXXVIII a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação.”

Nessa segunda etapa desse trabalho, mesmo que de forma não exaustiva, será feita uma análise da inclusão desse dispositivo constitucional, sua natureza, implicação e possibilidades de concretização.

Como noção de direito fundamental, na Constituição Federal de 1988 em seu Título II, arts. 5º a 17, encontramos a caracterização dos Direitos e Garantias Fundamentais, porém, mesmos enumerando-os não significa sua exaustão, pois no Art. 5º, §2º “*os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ele adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa*

do Brasil seja parte” . Essa abertura permite a idéia de que outros direitos possam ser considerados constitucionais sem terem sido enumerados por aquele título, sendo que o importante seria a análise de seu conteúdo material de fundamentalidade para a sua caracterização²⁵

A Constituição Federal de 1988 confere especial atenção aos direitos fundamentais, visto que as normas instituidoras possuem aplicabilidade imediata conforme Art.5º, §1º.

Anteriormente à inclusão da referida Emenda Constitucional 45/2004, MARINONI sempre defendeu a efetividade da prestação jurisdicional com base no princípio da inafastabilidade da jurisdição, com base no Art.5º, XXXV, segundo o qual “*a lei não excluirá da apreciação do Judiciário lesão ou ameaça de direito*”, para ele essa norma garantiria a todos uma prestação jurisdicional efetiva uma vez que o direito à prestação jurisdicional efetiva é decorrência da própria existência dos direitos e, assim, a contrapartida da proibição da autotutela.²⁶

Em José Afonso da Silva, inspirado por Pérez Luño, encontramos uma definição de direitos fundamentais bem adequada de ao estudo que propomos, para ele a expressão *direitos fundamentais do homem* além de referir-se a princípios que resumem a concepção do mundo e informam a ideologia política de cada ordenamento jurídico, reserva *no nível do direito positivo*, aquelas prerrogativas e instituições que ele concretiza em garantias de uma convivência digna, livre e igual às pessoas.²⁷

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

Paulo Bonavides quando trata da caracterização, conceito, natureza e universalidade dos direitos fundamentais, citando Konrad Hesse²⁸, um dos clássicos do direito público alemão contemporâneo, explica que para aquele, numa concepção lata, os direitos fundamentais almejam criar e manter os pressupostos elementares de uma vida na liberdade e

²⁵ MARINONI, Luiz Guilherme. *Técnica processual e tutela dos direitos*. São Paulo: RT, 2004, p.167.

²⁶ MARINONI, Luiz Guilherme. *Técnica processual e tutela dos direitos*. São Paulo: RT, 2004, p.179-180.

²⁷ SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 19.ed. São Paulo: RT, 2000, p.182.

²⁸ HESSE, Konrad. *Grundrechte*, in *Staatslexikon von Goeresgesellschaft*, Bd. 2. 7. Auflage, 1986

na dignidade humana, e de forma específica, ou seja, numa concepção normativa os direitos fundamentais seriam aqueles direitos que o direito vigente qualifica como tais.²⁹

Essas concepções apresentadas a respeito dos direitos fundamentais são importantes para o tema da efetividade da prestação jurisdicional como direito fundamental, porque nos mostra de forma clara e objetiva sua caracterização como tal.

Primeiramente, e de forma notória, concluímos que a efetividade da prestação jurisdicional se caracteriza como um direito fundamental sob o aspecto da concepção normativa, ou seja, aquela em que o próprio ordenamento constitucional do Estado define quais são os direitos fundamentais segundo sua ideologia, pois está inserida no texto Constitucional através da leitura dos seguintes dispositivos normativos:

Art. 5º, LXXVIII “a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação.”

Art.5º, XXXV, “a lei não excluirá da apreciação do Judiciário lesão ou ameaça de direito”

Sob o caráter materialista a efetividade da prestação jurisdicional é um direito fundamental, por ser suporte imprescindível ao exercício da cidadania e a própria dignidade da pessoa humana, denegá-lo, fere não só o direito de cidadão, mas também, a própria dignidade de ser humano³⁰.

Segundo Marinoni o direito à prestação jurisdicional é fundamental pois dele depende a efetividade dos demais direitos, uma vez que esses últimos, diante de situações de ameaça e agressão, sempre restam na dependência de sua realização. De forma incisiva o jurista completa que é por esse motivo que o direito à prestação jurisdicional efetiva é proclamado o mais importante dos direitos, exatamente por construir o direito e fazer valer os próprios direitos.³¹

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

²⁹ BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 12.ed. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 514-515.

³⁰ DUARTE, Francisco Carlos, e Adriana Monclaro Grandinetti. *Comentários à emenda constitucional 45/2004*. Curitiba: Juruá, 2005, p.23.

³¹ MARINONI, Luiz Guilherme. *Técnica processual e tutela dos direitos*. São Paulo: RT, 2004, p.184-185.

[...] De fato, o direito ao acesso efetivo tem sido progressivamente reconhecido como sendo de importância capital entre os novos direitos individuais e sociais, uma vez que a titularidade de direitos é destituída de sentido, na ausência de mecanismos para sua reivindicação. O acesso à justiça pode, portanto, ser encarado como o requisito fundamental – o mais básico dos direitos humanos – de um sistema jurídico moderno e igualitário que pretenda garantir, e não apenas proclamar os direitos de todos.³²

Sob o aspecto da caracterização formal e material, não resta dúvida que o direito a uma prestação jurisdicional efetiva é fundamental. Resta agora traçarmos algumas linhas a respeito da possibilidade de concretização desse direito sob o aspecto da força normativa da Constituição e a aplicabilidade de suas normas.

A tarefa realizadora

Em Canotilho encontramos um sentido para a realização das normas constitucionais, para ele realizar a constituição significa tornar eficazes as normas constitucionais. Uma constituição só é juridicamente eficaz através de sua realização. Essa realização é tarefa de todos os órgãos instituídos pela Constituição que na atividade legislativa, administrativa ou judicial aplicam as normas da constituição.³³

No processo de concretização da norma constitucional, ou seja, no processo de densificação de regras e princípios onde a partir do enunciado, ou melhor, do texto da norma chega-se à própria norma jurídica concreta, vemos que cabe aos agentes *concretizadores* um papel fundamental, pois são eles que colocam a norma em contato com a realidade e apta a dirimir os casos concretos.³⁴ Disso é possível concluir que a realização ou concretização das normas constitucionais é papel indispensável para que a norma constitucional se aproxime da realidade, seja na instância legislativa, executiva ou judiciária.

Além das esferas públicas de concretização ou realização das normas constitucionais, temos em Häberle³⁵ uma concepção de interpretação pluralista da constituição, ou seja, a atividade dirigida à compreensão e à explicitação de sentido da norma constitucional parte de todo aquele que vive no contexto regulado por uma norma e que vive

³² CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Trad. de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1998, p. 12-13.

³³ CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 3.ed. Coimbra: Almedina, 1999, p. 1126.

³⁴ CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 3.ed. Coimbra: Almedina, 1999, p. 1147.

³⁵ HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica constitucional – A sociedade aberta dos intérpretes da constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da constituição*. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Fabris Editores, 1997, p.15.

com este contexto mesmo que forma direta ou indireta. Um posicionamento interessante de Häberle é que não são os intérpretes jurídicos da constituição os únicos que vivem a norma, portanto não detêm eles o monopólio da interpretação da Constituição.

No contexto da concretização do direito fundamental à prestação jurisdicional efetiva é possível concluirmos que no processo de sua realização se faz necessária a participação ativa e criativa não só do judiciário, mas também do executivo e legislativo, como também de toda sociedade que vive a norma constitucional, pois na concepção de Häberle, não só os intérpretes e agentes concretizadores jurídicos vivem a norma constitucional.

Referências Bibliográficas

- ALEXY, Robert. *Teoria de los derechos fundamentales*. Madri: Centro de Estudios Fundamentales, 1997.
- ARAÚJO, José Henrique Mouta. *Acesso à justiça & Efetividade do processo*. Curitiba: Juruá, 2002.
- BARROSO, Luiz Roberto. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas - Limites e possibilidades da Constituição brasileira*. 2.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1993.
- BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 12.ed. São Paulo: Malheiros, 2002.
- _____. *Do Estado liberal ao Estado social*. 4.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1980, p.336-337.
- CAMBI, Eduardo. *Jurisdição no processo civil - Compreensão crítica*. Curitiba: Juruá, 2002.
- CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 3.ed. Coimbra: Almedina, 1999.
- CAPPELLETTI, Mauro. GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Trad. de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1998.
- CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes legisladores?*. Trad. de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Porto Alegre: Fabris, 1993.
- CINTRA, Antônio Carlos de Araújo. GRINOVER, Ada Pellegrini. DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 17.ed. São Paulo: Malheiros. 2001. p.37.
- DALLARI, Dalmo de Abreu. *O poder dos juízes*. São Paulo: Saraiva, 1996.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 5.ed. São Paulo: Malheiros, 1996.
- DUARTE, Francisco Carlos. GRANDINETTI, Adriana Monclaro. *Comentários à emenda constitucional 45/2004*. Curitiba: Juruá, 2005.
- DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2002.
- GROSSI, Paolo. *Mitologias jurídicas da modernidade*. Florianópolis: Boiteux, 2004.
- GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Processo constitucional e direitos fundamentais*. São Paulo: Editora Celso Bastos, 1999.
- HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica constitucional – A sociedade aberta dos intérpretes da constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da constituição*. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Fabris Editos, 1997, p.15.

- HESSE, Konrad. *A força normativa da constituição*. Trad. de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Fabris Editor, 1991. Grundrechte, in Staatslexikon von Goeresgesellschaft, Bd. 2. 7. Auflage, 1986.
- MARINONI, Luiz Guilherme. *Novas linhas do processo civil*. 4.ed. São Paulo: Malheiros, 2000.
- _____. *Técnica processual e tutela dos direitos*. São Paulo: RT, 2004.
- _____. *A jurisdição no Estado constitucional*. **Jus Navigandi**, Teresina, a. 9, n. 635, 4 abr. 2005. Disponível em: <<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=6550>>. Acesso em: 27 out. 2005
- MARINONI, Luiz Guilherme. ARENHART, Sérgio Cruz. *Manual do processo de conhecimento*. 3.ed. São Paulo: RT, 2004.
- MONTESQUIEU, Charles Louis de Secondat, baron de la Bréde et de. *O espírito das leis*. Introdução, tradução e notas Pedro Vieira Mota. São Paulo: Saraiva, 2000.
- PAULA, Jônatas Luiz Moreira de. *A jurisdição como elemento de inclusão social*. Barueri: Manole, 2002.
- SANTOS, Boaventura de Sousa. et al. *Direito e justiça-A função social do judiciário*. In: FARIA, José Eduardo. (Org.)2.ed. São Paulo: Ática, 1994.
- SILVA, José Afonso da. *O estado democrático de direito*. RFE vol 305. São Paulo: Forense, 1989.
- _____. *Curso de direito constitucional positivo*. 7.ed. São Paulo: RT, 1993.
- SILVA, Ovídio A. Baptista. GOMES, Fábio. *Teoria geral do processo*. 2.ed. São Paulo: RT, 2000.
- TUCCI, José Rogério Cruz e. *Tempo e processo*. São Paulo: RT, 1997.