

Efetividade do processo civil: um singelo esboço histórico e uma despreocupada investigação conceitual-doutrinária, à luz das necessidades de sempre e das tendências hodiernas.

Luciano Pasoti Monfardini
Advogado militante
Professor de Direito Civil da UNIPINHAL
Mestre em Direito Processual Civil pela PUC
Coordenador Pós-Graduação *Lato Sensu* Direito CREUPI

1. Evolução história recente do direito processual civil, partindo-se da Península Ibérica.

Seguindo-se os cuidadosos levantamentos históricos de José da Silva Pacheco¹, permitindo-se olvidar as origens mais remotas do processo civil “romano” (754 a.C. a 568 d.C.), do processo civil “romano-barbárico” (568 a 1100) e do “processo comum” (1100 a 1500), saltamos diretamente para uma análise perfunctória do desenvolvimento do processo civil na Península Ibérica, detidamente em Portugal para uma melhor percepção das influências e conseqüências trazidas para o direito processual civil brasileiro.

O ordenamento jurídico de Portugal começa com grande vulto com as “Ordenações Afonsinas”, estatuídas por D. Afonso V, com grande influência do direito romano, com vigência de 1446 a 1521. A influência do direito romano nestas ordenações advém da marcante influência francesa sobre D. Afonso, educado na França, local de grande desenvolvimento do direito romano, além é claro, dos resquícios do *Forum Judicium*.

Posteriormente, com D. Manuel, vieram as “Ordenações Manuelinas” e seguidamente, com Felipe II da Espanha, as “Ordenações Filipinas”. Esta indubitavelmente a mais aprimorada e avançada vez que, além de criar

¹ José da Silva PACHECO. **Evolução do processo civil brasileiro**. Rio de Janeiro: Editor Borsoi, 1972, p. 39-70.

embrionariamente procedimentos diferenciados e especiais, diferentes do “comum”, já “sistematizava” o processo civil, destacando suas fases postulatória, probatória, decisória e até executória.

Obviamente, com a desvinculação do Brasil de sua metrópole, conquistando a sua independência política em 1822, não havia ainda a possibilidade do desenvolvimento de um ordenamento genuinamente nacional o que, por força das circunstâncias, fez com que o país continuasse a adotar as “Ordenações Filipinas”, com exceção, é claro, da primeira Carta Política brasileira que simbolizou a independência do país.

1.2 O início da história processual civil brasileira.

Assim sendo, a partir de 20 de outubro de 1823, por força de decreto, as “Ordenações Filipinas” passaram a vigor oficialmente no Brasil. Mas, ao passo lento de algumas criações legislativas esparsas e incipientes, ganha incomensurável destaque a criação do Regulamento 737 em 1850, consubstanciando-se este num Código de Processo Comercial, regulando a jurisdição comercial concomitantemente com as “Ordenações Filipinas” que até então regulavam a jurisdição civil. Desde então, fomentada foi a aspiração brasileira para a criação legislativa de uma codificação processual civil originariamente brasileira.

Neste contexto, o primeiro passo foi a “Consolidação de Ribas” vez que, em meados 1871, Conselheiro Ribas foi encarregado pelo Império Brasileiro de promover uma “consolidação” das próprias “Ordenações Filipinas” e de toda legislação esparsa existente, sistematizando todas as leis até então existentes e vigentes.

Sucumbiram finalmente as “Ordenações Filipinas” após a proclamação da República quando o já mencionado Regulamento 737, por força de novo decreto (763), no ano de 1890 passou a abarcar não só o processo comercial, mas também o processo civil.

Outrossim, segundo o permissivo legal, cada Estado brasileiro poderia criar o seu próprio diploma processual civil. Assistiu-se, assim sendo, após a promulgação da Constituição de 1891, a criação de estatutos processuais na Bahia, Pará, Rio Grande do Sul, São Paulo, dentre outros estados.

Não são necessárias grandes reflexões intelectuais para constatar que a coexistência de vários diplomas processuais civis criou tamanhas dificuldades que forçaram a chamada “reunificação” do processo civil, dispendo a Carta Política de 1934 pela elaboração de um “projeto” de Código de Processo Civil e Comercial. Ainda com a Constituição de 1937, mantida foi a determinação para a elaboração dos referidos diplomas legais.

O primeiro projeto entregue foi de autoria de Pedro Batista Martins, totalmente revisado por Guilherme Estellita e que se tornou o primeiro “Código Unificado de Processo Civil Brasileiro” no ano de 1939.

Posteriormente, num esforço de reformulação da legislação nacional, confiou-se a Alfredo Buzaid a elaboração de um anteprojeto no ano de 1964, também sob os cuidados doutrinários de Luís Antônio de Andrade, Luis Machado Guimarães e José Frederico Marques. Após sua tramitação pelo Congresso Nacional e, depois de inúmeras emendas, foi sancionado em 1973 como a Lei nº 5.869/73. Porém, antes mesmo de sua vigência, vários de seus dispositivos foram corrigidos e modificados pela Lei 5.952/73. Na seqüência, também a Lei 6.071/74 promoveu a adaptação do Código às legislações esparsas já existentes e a Lei 6.314/75 unificou os prazos recursais para o então denominado “procedimento sumaríssimo”.

Não é difícil, destarte, pontuar ao longo da história do direito processual civil nacional a sua evolução, desnudando hodiernamente a “socialização do processo” e a busca incessante pela efetividade de seus procedimentos e institutos para permitir a plena realização do direito, com a mais lídima distribuição da justiça, alcançando os seus objetivos principais de instrumentalizar substancialmente a paz social e a segurança jurídica, preservando na sua inteireza os princípios constitucionais do processo, sobretudo, o devido processo legal.

Ainda no que tange à evolução do processo civil brasileiro, é cediço que cada vez mais, com o avançar dos anos, a complexidade das relações humanas aumenta no mesmo compasso dos avanços tecnológicos. Culturalmente o mundo se integra com o desenvolvimento vertiginoso das telecomunicações, economicamente avançam as formações de blocos econômicos globalizados e socialmente muitos países em

desenvolvimento, como o Brasil, enfrentam grandes dificuldades, reflexo de gritante disparidade econômica e afronta aos direitos individuais e sociais dos cidadãos.

Neste contexto, a complexidade da sociedade exige que o direito acompanhe todas as transformações e tenha eficácia social em sua atuação, de forma a garantir da forma mais idônea possível a manutenção da paz social e da ordem jurídica.

Conforme já se ventilou alhures, a dificuldade do direito em se manter “atualizado” e “preparado” para os diuturnos avanços sociais, não é inerente apenas às normas de direito substancial. De nada adiantaria um direito material desenvolvido e consentâneo com a realidade se não se dispuser ao mesmo tempo de um instrumental eficiente e eficaz para a realização do direito material. Aliás, essa é tendência irrefutável do direito processual: o comprometimento imediato com o direito material, daí a tão festejada “instrumentalidade substancial” das normas processuais.

Historicamente, nota-se o avanço do direito processual civil brasileiro no sentido de rechaçar cada vez mais o formalismo exacerbado e a morosidade processual, no sentido de buscar a efetividade e proporcionar o oferecimento da tutela jurídica adequada ao jurisdicionado, valorizando as técnicas de sumarização, proporcionando meios de antecipação do provimento final pretendido, oferecendo tutelas diferenciadas e de emergência e prevendo mecanismos de atuação rápida e eficaz do poder jurisdicional através de provimentos executivos *lato sensu* e de natureza mandamental, além de permitir a tutela coletiva dos interesses difusos, coletivos e homogêneos.

Conforme bem sintetiza João Batista Lopes², o primeiro passo em busca da efetividade foi dado no Código de Processo Civil de 1939, prejudicado essencialmente pela gravosa morosidade na prestação jurisdicional - causada fundamentalmente por um complicadíssimo sistema recursal e um elastério exagerado de procedimentos especiais - mas que apresentou significativos avanços ao se conferir maiores poderes de instrução ao magistrado bem como enalteceu os princípios da oralidade e da publicidade.

Posteriormente, sob a liderança de Alfredo Buzaid, com o Código de 1973, apresentou-se um diploma processual civil muito festejado em seu aspecto sistemático

² João Batista LOPES. **Tutela antecipada no processo civil brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 3-5.

e de rebuscada técnica legislativa, corrigindo um pouco o sistema recursal na medida de sua tentativa de simplificação, prevendo novas possibilidades processuais como foi, por exemplo, o julgamento conforme o estado do processo. Mas, não obstante as inovações trazidas, o processo civil continuava eivado de antigos e maléficis vícios, tais como a manutenção do número exagerado de procedimentos especiais, a previsão de um “procedimento sumaríssimo” em desacordo com as estruturas do Poder Judiciário, a ampliação do âmbito de admissibilidade de recursos contra as decisões interlocutórias, atravancando o regular desenvolvimento dos feitos, e o grande “descaso” com o processo de execução, tão importante para a realização do direito material reconhecido por prévia sentença judicial ou previsto em título executivo extrajudicial.

Finalmente, significativos foram os avanços atingidos com a “mini-reforma”, como foram chamadas as mudanças processuais trazidas pela Lei 8.952 de 1994. Através dela foram implementadas alterações na prova pericial, alterou-se significativamente o regime do agravo de instrumento, incluiu-se a “ação monitória” e, medida merecedora de aplausos, institucionalizou-se a “tutela antecipada” pelo artigo 273 e a “tutela específica” e “inibitória” pelo artigo 461, ambos do atual Código de Processo Civil.

Outrossim, realizou-se ainda a chamada “reforma da reforma”, como as alterações introduzidas pelas Leis 10.352/01, 10.358/01 e 10.444/02, nos anos de 2001 e 2002, foram chamadas por Cândido Rangel Dinamarco. Por meio delas houve novas e significativas mudanças no processamento dos recursos, foram promovidas alterações na sistemática de vários aspectos do processo de cognição e, atendendo-se aos reclamos doutrinários e à necessidade de aperfeiçoamento das modernas tendências processuais, aprimorou-se o instituto da tutela antecipada e da tutela específica, criando um verdadeiro “microsistema de tutelas de urgência”, combinando as disposições dos artigos 273 e 461 do Código de Processo Civil, instituindo ainda a “fungibilidade formal” da tutela antecipada com a tutela cautelar, desde que presentes todos os seus pressupostos, permitindo a antecipação da tutela em pedidos ou parte deles que restarem incontroversos no processo e tornando assim mais efetiva a sua execução.

Percebe-se e merecem aplausos doutrinários as soluções legislativas que são implementadas de forma “criativa” para combater a morosidade da prestação

jurisdicional, ocasionada por fatores em sua maioria estruturais e corolários da falta de investimentos governamentais, como ocorre com as mencionadas tutelas de emergência, originariamente previstas no direito processual civil italiano, mas melhor aproveitadas pelo ordenamento jurídico pátrio. Não é exagero reafirmar que qualquer iniciativa legal ou governamental para conferir maior efetividade ao processo ou ao Poder Judiciário deve respeito absoluto aos princípios da ciência processual civil, constitucionalmente assegurados.

2. A “efetividade” propriamente dita.

Para a *efetividade do processo*, ou seja, para a plena consecução de sua missão oficial de eliminar conflitos e fazer justiça, é preciso, de um lado, tomar consciência dos escopos motivadores de todo o sistema (sociais, políticos, jurídicos) e, de outro lado, superar os óbices que a experiência mostra estarem constantemente a ameaçar a boa qualidade de seu produto final.³

Concessa venia, a partir desta citação doutrinária inaugural de Antônio Carlos de Araújo Cintra, Ada Pellegrini Grinover e Cândido Rangel Dinamarco, permite-se iniciar o longo trajeto da análise da intrincada questão da “efetividade” na processualística civil brasileira e os seus mais importantes temas consentâneos.

Uma vez identificada e reconhecida a crise que assola praticamente todo o Poder Judiciário nacional e que invariavelmente tem dificultado o “acesso irrestrito à justiça” e evidentemente prejudicado a entrega eficaz do exercício do poder jurisdicional pelo Estado, por todos os fatores que serão futuramente refletidos, irrefutável torna-se o conhecimento pleno do conceito de “efetividade” e a constatação ou confissão de sua imperiosa necessidade na processualística civil brasileira.

Hodiernamente, inexorável da boa administração da justiça é a sua “efetividade”.

Lei eficaz e efetiva, material ou processual, é aquela que possui plena “incidibilidade” (eficácia), ou seja, que tenha o condão de ser imediatamente aplicada e que produza todos os efeitos que dela se possa esperar.

³ Antônio Carlos de Araújo CINTRA; Ada Pellegrini GRINOVER; Cândido Rangel DINAMARCO. **Teoria geral do processo**. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 35.

Assim sendo, de forma análoga, efetividade processual também significa, antes de tudo, o perfeito alcance da finalidade do processo visto como instrumento ativo da distribuição da justiça e, mais do que isso, como forma de pacificação e modificação social, garantindo soluções ao mesmo tempo jurídicas e legítimas.

Ou seja, absolutamente de nada adianta um processo que revele uma justiça tardia ou que desnude na realidade uma série de procedimentos ou institutos que na prática sejam ineficazes para garantir a lúdima proteção do direito material. Neste sentido, Nicolò Trocker⁴ já vaticinava os efeitos maléficos da morosidade na entrega da prestação jurisdicional, apontando que a demora favorece a especulação e a insolvência, favorecendo àqueles que resistem ao tempo de duração do processo. Ainda segundo o doutrinador, o processo lento é instrumento de pressão e ameaça social nas mãos daqueles que possuem melhores condições, prejudicando os menos favorecidos.

Portanto, a efetividade pode ser entendida como o direito a um processo rápido, seguro e eficaz, proporcionando às partes envolvidas no processo a tutela jurisdicional adequada. Mas não é só. Pode-se referir a ela também como um verdadeiro princípio norteador do direito processual para realizar com eficiência a sua função instrumental dos direitos materiais, de forma justa e satisfatória. Ou seja, pode-se ainda concebê-la como um valor em sim mesma.

2.1 A aproximação entre a ciência processual e o direito material.

A atual realidade vivida pelo país e, por conseqüência, a sua nova situação social, econômica, política e cultural, fundamentalmente diante de acontecimentos mundiais relativamente recentes como a “globalização”, traz à tona a necessidade de repensar conceitos e idéias, concebidos num tempo muito distante e que, mormente para as ciências sociais e humanas, precisam de uma nova “roupagem”. Com o Direito este fenômeno também se faz presente. Urge a necessidade de repensar todos os conceitos e teorias à luz dos dias atuais. Se o conceito tradicional de ação, jurisdição ou

⁴ Nicolò TROCKER. **Processo civile e costituzione**. Milano: Guiffrê, 1974, p. 276-277.

mesmo de Estado sofreram mutações, evidentemente que o conceito de “processo” já não é mais o mesmo dos processualistas civis clássicos.

Assim sempre vaticinou João Batista Lopes quanto à necessidade de se proceder, com suas próprias palavras, a uma “revisitação” dos tradicionais conceitos e principais institutos do direito processual civil, procedendo a uma “releitura” à luz da nova realidade dos dias atuais. Nesse sentido, leciona que:

As exigências da vida moderna tornaram patente a necessidade de conferir ao processo, a par da certeza e da segurança jurídica, função social mais ambiciosa, qual seja, a pacificação com justiça. Expressões como ‘acesso à ordem jurídica justa’, ‘instrumentalidade substancial’, ‘efetividade do processo’, etc, resumem os escopos dessa moderna corrente processual que repele a idéia de processo como mero instrumento técnico⁵.

Em perfeita consonância com esse entendimento, José Roberto dos Santos Bedaque também aponta para o novo conceito que se deve ter atualmente sobre o direito processual, pontuando que:

Trata-se, sem dúvida, de nova visão do fenômeno processual, instrumento cuja utilidade é medida em função dos benefícios que possa trazer para o titular de um interesse protegido pelo direito material. A conscientização de que o processo vale não tanto pelo que é, mas fundamentalmente pelos resultados que produz, tem levado estudiosos a reexaminar os institutos processuais, a fim de sintonizá-los com a nova perspectiva metodológica da ciência⁶.

Destarte, advoga Bedaque junto da doutrina mais autorizada, a tendência cada vez maior de aproximação entre o direito material e a ciência processual, sem qualquer prejuízo à sua autonomia, naquilo que preferiu chamar de “racionalidade material”. Outrossim, observa que cumpre superar a fase do direito processual em que se valorizou demasiadamente a técnica ou a forma em nome tão somente da afirmação da independência do direito material, fruto da sua construção numa denominada “fase autonomista”.

Neste contexto, absolutamente não se nega a autonomia do direito processual e se reconhece explicitamente que as leis processuais não são fins de si mesmas, pelo contrário, estão imediatamente a serviço do direito material. Sobre a ciência processual,

⁵ João Batista LOPES. **Tutela antecipada no processo civil brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2001, p.20.

⁶ José Roberto dos Santos BEDAQUE. **Direito e processo: influência do direito material sobre o processo**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 16.

adverte ainda Bedaque: “[...] O ‘processualismo’, isto é, a excessiva autonomia do processo frente ao direito material, constitui um mal, pois desconsidera o objeto na construção do instrumento”⁷. Impende observar que não se nega a técnica processual, que deve ser refinada e aguçada para produzir efeitos satisfatórios, mas a função do processo deve ser enriquecida.

Repulsando, portanto, um formalismo exacerbado, deve-se confiar a um processo efetivo uma função eminentemente “modificadora”, seja no âmbito social, cultural ou até mesmo econômico. Se o processo é o instrumento da realização da “justiça”, não se pode negar o seu caráter “político”, não em seu sentido vulgar, mas como significado de poder nele contido ou confiado. É a percepção dos componentes ético, político, social e axiológico inerentes ao processo.

Bem sintetiza Cândido Rangel Dinamarco, afirmando que:

Aqui está a síntese de tudo. É preciso romper preconceitos e encarar o processo como algo que seja realmente capaz de “alterar o mundo”, ou seja, de conduzir as pessoas à ‘ordem jurídica justa’. A maior aproximação do processo ao direito, que é uma vigorosa tendência metodológica hoje, exige que o processo seja posto a serviço do homem, com o instrumental e as potencialidades de que dispõe, e não o homem a serviço de sua técnica⁸.

José Frederico Marques destaca a finalidade processual e trilha o mesmo caminho: “[...] o processo não é simples apêndice ou acessório das normas jurídico-materiais, ou mero direito adjetivo, como outrora se pretendia. O processo tem realidade, substância própria, como fenômeno do universo jurídico”⁹. Enaltece o conteúdo teleológico do processo e este não é outro senão o alcance da substancialidade social: “[...] O processo, como forma de composição de litígios, tem por finalidade propiciar a resolução de conflitos de interesse dando a cada um o que é seu e garantindo o triunfo da justiça e da liberdade.”¹⁰. Para ser bem simplista: se a

⁷ José Roberto dos Santos BEDAQUE. **Direito e processo: influência do direito material sobre o processo**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 19.

⁸ Cândido Rangel DINAMARCO. **A instrumentalidade do processo**. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 1999, p. 297.

⁹ José Frederico MARQUES. **Instituições de direito processual civil**. Vol I. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1963, p. 33.

¹⁰ José Frederico MARQUES. **Instituições de direito processual civil**. Vol I. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1963, p. 33.

finalidade primordial do direito é a justiça, obviamente que o processo enquanto instrumento substancial, não pode ter outra finalidade!

Mesmo nas clássicas lições de direito processual civil já havia o gérmen da mencionada tendência de aproximação do direito processual das normas de direito material, embora não houvesse a moderna menção da substancialidade processual. Cumpre verificar as seguintes assertivas de Piero Calamandrei:

Pero entonces, si verdaderamente el derecho substancial y el derecho procesal operasen em compartimentos estancos (como podría hacer creer el diverso ángulo visual em que se presentan em el proceso), no se conseguiria explicar como el proceso tenga respecto del derecho substancial aquel carácter instrumental de que antes de há hablado: debe haber, por conseguinte, alguna via de comunicati3n y de acuerdo a través de la cual el derecho substancial pueda ligar se al derecho procesal, de modo que íste pueda operar como instrumento para restablecer la observancia de aquél¹¹.

Ainda investigando os clássicos, também na obra de Ugo Rocco presente está, ainda que com grande carga de formalismo, a diferenciação entre os direitos objetivos, subjetivos e adjetivos, mostrando-se possível uma interpretação mais atual da qual se extrai que o direito, independentemente da natureza de suas normas ou do ramo ao qual pertençam, tem o mesmo objetivo, qual seja, a finalidade social:

El derecho es manifestaci3n de la voluntad coletiva del Estado por medio de los 3rganos especiales a ello destinados: los 3rganos legislativos. Y puesto que toda voluntad concreta, esto es, voluntad de alguna coisa, que constituye el fin a que la voluntad se dirige, así también la voluntad colectiva del Estado, por medio de sus 3rganos legislativos, va encaminada a un objeto o fin del derecho, el cual, como la voluntad que en vista de él se determina, tiene un fin público o social. El derecho, em otras palabras, en cuanto voluntad enderezada a un fin, tiene naturaleza teleológica o final¹².

A instrumentalidade do processo deve hodiernamente ser entendida em sua máxima significação, não podendo resistir ainda qualquer idéia “pré-concebida” da mera instrumentalidade técnica. Aliás, essa coragem só foi percebida recentemente entre os processualistas de vanguarda vez que mesmo os clássicos mencionavam a instrumentalidade de forma cuidadosa ou pouca extensiva.

¹¹ Piero CALAMANDREI. **Derecho procesal civil**. Vol I. Tradução Santiago Sentis Melendo. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1962, p. 369.

¹² Ugo ROCCO. **Teoría general del proceso civil**. Tradução Felipe de J. Jena. México, DF: Editorial Porrúa S.A., 1959, p. 9.

Expressiva também nesse sentido a lição de Calmon de Passos, pontuando essa evolução no trato da instrumentalidade substancial do processo:

O velho processo do praxismo, desqualificado e menor (este, sim, meramente instrumental) revestiu-se, a partir do século XIX, do caráter de ciência jurídica, mediante o trabalho dos que lhe teorizavam a dogmática conceitual, avançando, no século XX, até ser visto como integrando a substância mesma do jurídico, falando-se, hoje, inclusive, em um *status civilis processualis*, dimensão nova acrescida à cidadania em sua compreensão anterior. Se na concepção pré-moderna foi admissível atribuir-se-lhe o caráter de mero instrumento, porquanto se afirmava preexistente e predominante o direito material, identificado como direito natural divino, a crise experimentada por essa compreensão, na modernidade, determinaria, necessariamente, um novo modo de pensar o processo [...]¹³.

Interessante notar que entre os clássicos muito cuidadosa era qualquer menção à instrumentalidade que não fosse em seu sentido técnico, o mesmo ocorrendo com os processualistas brasileiros mais antigos. Mas, após as lições do jurista italiano Proto Pisani, uma nova consciência se dissemina pelo mundo, qual seja, da instrumentalidade substancial. Mais uma vez, Calmon de Passos narra:

Esse entendimento foi que levou os construtores das bases dogmáticas do direito processual, que lhe asseguraram, inclusive, autonomia teórica, a jamais mencionarem a instrumentalidade como um de seus princípios fundamentais. Se falavam em instrumentalidade das formas, jamais se referiam à instrumentalidade do processo. [...] Chiovenda apontava para o processo o escopo de atuar a vontade de atuar a vontade concreta da lei. Zanzucchi falava em reintegração do direito objetivo, Calamandrei mencionava a observância prática do direito objetivo. Carnelutti, em *Diritto e processo*, obra síntese do seu pensamento mais avançado, com sua costumeira e genial intuição, enfatiza o nexos mais que instrumental existente entre o direito material e o direito processual. [...] Se nos voltarmos para a doutrina nacional, a mesma conclusão será tirada. Da instrumentalidade, como princípio fundamental do processo, não cuidaram nem Pontes de Miranda, nem Lopes da Costa, como também Frederico Marques, Amílcar de Castro e Luís Eulálio de Bueno Vidigal, pioneiros no tratamento moderno de nosso direito processual. [...] A partir da década de cinquenta, em plena renovação do pensamento jurídico do Pós Segunda Guerra Mundial, um autor, suspeito de ser ortodoxo, reacionário ou individualista empedernido, Andréa Proto Pisani, ao falar no caráter instrumental da norma processual (não do processo, frise-se) adverte sabiamente que essa instrumentalidade consiste no fato de que só lhe cabe intervir quando a norma substancial deixar de ser voluntariamente atuada, e também no sentido de que o direito substancial é indispensável para o direito processual.¹⁴

Ainda segundo Calmon de Passos, foi Pisani quem veementemente afirmou a profunda relação de interdependência entre a ciência processual e o direito material:

¹³ José Joaquim CALMON DE PASSOS. **Instrumentalidade do processo e devido processo legal**. Revista de Processo, São Paulo, v.1, nº 102, p. 55-67, abr./jun. 2001, p. 60-61.

¹⁴ José Joaquim CALMON DE PASSOS. **Instrumentalidade do processo e devido processo legal**. Revista de Processo, São Paulo, v.1, nº 102, p. 55-67, abr./jun. 2001, p. 60-61.

[...]Isso, contudo, enfatiza ele, não autoriza concluir-se que o direito processual seja secundário em relação ao direito material e que este possa menosprezá-lo. Como também afirmar a diversidade entre direito material e processual e a instrumentalidade do segundo, em relação ao primeiro, não significa autonomia (no sentido de indiferença) entre os dois complexos de normas. Assim como o direito processual não poderia existir sem o direito material, igualmente o direito material, deve-se acrescentar, não poderia existir sem o direito processual. Portanto, em sua diversidade está presente, outrossim, uma estreita interdependência (isto é, dependência recíproca) entre o direito material e o direito processual.¹⁵

Observa-se, desde logo, a praxe entre os eminentes processualistas, desde os clássicos até os de vanguarda, em utilizarem-se da expressão “justiça” como se fosse algo de domínio público ou de significado imediato e exposto ao alcance de todos. Reservar-se-á, por força da necessidade, um capítulo à parte para perceber o quão difícil é o alcance do verdadeiro significado do “justo” e da “justiça”, numa abordagem perfunctoriamente filosófica.

Impende advertir que não se trata de transformar o processo num mecanismo de mera benemerência social ou instrumento para ingerências sobre o processo legislativo. Pelo contrário, é a afirmação do ordenamento jurídico, com a preservação dos princípios constitucionais do processo civil, quais sejam, do “sobreprincípio” do devido processo legal, da isonomia, do juiz e do promotor natural, da inafastabilidade do controle jurisdicional, do contraditório, da proibição da prova ilícita, da publicidade dos atos processuais, do duplo grau de jurisdição, da motivação das decisões judiciais, etc.

Com certeza não se erra ao verificar que o artigo 5º, inciso XXXV da Constituição Federal garante na verdade muito mais que o estrito “acesso à justiça”, ou seja, tem também em sua substância as garantias fundamentais da efetividade e da tempestividade na entrega da tutela jurisdicional adequada àqueles que se socorrem no Poder Judiciário para prevenir ou compor conflitos.

2.2 Concepção doutrinária de “efetividade processual”.

Chega-se, assim, à idéia de efetividade esposada por Cândido Rangel Dinamarco, ressaltando as tendências metodológicas da ciência processual: “[...] a *efetividade do processo*, a qual constitui expressão resumida da idéia de que o

¹⁵ José Joaquim CALMON DE PASSOS. **Instrumentalidade do processo e devido processo legal**. Revista de Processo, São Paulo, v.1, n. 102, p. 55-67, abr./jun. 2001, p. 60-61.

*processo deve ser apto a cumprir integralmente toda a sua função sócio-política-jurídica, atingindo em toda a sua plenitude todos os seus escopos institucionais*¹⁶.

Neste mesmo sentido, Humberto Theodoro Júnior também define efetividade: “O ideal de acesso à justiça se confunde com a aspiração de efetividade da prestação jurisdicional. Por efetividade entende-se a aptidão de um meio ou instrumento para realizar os fins ou produzir os efeitos para que se constitui”¹⁷.

Diante dos famigerados e perniciosos fatores que atravancam a boa administração da justiça, gerando a “crise do Poder Judiciário” e que fartamente são conhecidos pela imensa maioria daqueles que lidam e operam diuturnamente com o Direito, a efetividade é o clamor maior de todos. A sua falta é gerada, dentre outras causas: pelo formalismo exacerbado; pela lentidão na entrega da prestação jurisdicional; pelo número excessivo de recursos - muitos deles com motivação meramente protelatória, usurpando o direito de defesa – causando o seu “represamento” nos Tribunais Superiores; pelo alto custo dos processos; pelo número insuficiente de juízes e cartórios; pela falta de serventuários e mesmo de estrutura física e tecnológica para o melhor funcionamento dos cartórios; pelo despreparo de muitos profissionais do direito em decorrência da proliferação de cursos de Direito com baixo padrão de ensino, ou seja, há uma infinidade de fatores e nenhum deve ser eleito como preponderante ou qualificado como de somenos importância, pois é justamente a somatória de todos os problemas que desencadeia a crise e conduz à ineficácia. Por isso, as possíveis soluções também são conjunturais e serão esposadas noutro capítulo. A bem da verdade, raríssimas são as comarcas brasileiras nas quais referidos problemas não comprometem a boa administração da justiça. Nestas a contribuição da iniciativa privada ou de outros segmentos da sociedade têm sido decisivos para um melhor aparelhamento das instalações judiciárias.

Ou seja, na maioria das vezes a efetividade é obstada ou prejudicada por fatores externos à ciência processual. Mas não se deve pensar tratar-se este problema de exclusividade nacional, pelo contrário, há muito tempo ganhou contornos mundiais, principalmente na Itália, Alemanha e Argentina. No Brasil, já na década de 80, Barbosa

¹⁶ Cândido Rangel DINAMARCO. **A instrumentalidade do processo**. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 1999, p. 270.

¹⁷ Humberto THEODORO JÚNIOR. **Direito e processo**, p. 34.

Moreira apontava a falta de efetividade como gravíssimo problema na distribuição da justiça nacional:

Pusemos em relevo, antes de tudo, o deslocamento da tônica, nas preocupações da doutrina, da elaboração conceptual e da construção sistemática – predominantes ao longo de um século, desde os albores do movimento de afirmação científica do direito processual como disciplina autônoma, em meados do centúrio anterior-, até há uma ou duas décadas-, para os problemas relacionados com a melhor realização prática da função prática do processo, ou se se preferir, com a 'efetividade' deste.¹⁸

Diante desta realidade, felizmente o direito processual tem desenvolvido algumas soluções legislativas bastante criativas para o enfrentamento destas questões. Observa Barbosa Moreira:

A crescente pressão 'social' no mundo do processo impele-o ao reajuste dos instrumentos de tutela, ou ao fabrico de novos, para atender de modo conveniente a interesses de relevância cada vez maior, que ultrapassam o nível individual para atender com a vida de comunidades às vezes amplíssimas.¹⁹

Esta, aliás, a tendência facilmente percebida na Itália, na Argentina e na Alemanha, pegando como exemplo os países com grande destaque em suas legislações processuais. Especialmente na Itália, celeiro de grandes processualistas civis com grande repercussão prática e teórica em nosso diploma processual, interessante a substancial mudança na forma de se encarar o processo. Fundamentalmente depois da reforma constitucional de 1999, buscou-se também o encontro da efetividade, mas, ao mesmo tempo, sempre houve a preocupação de resguardar o *due process of law*. Prova disso são as assertivas de Comoglio:

Manca, poi, nell'uma e nell'altra versione qualsiasi 'copertura' garantistica per la 'pubblicità' del processo e delle relative udienze. E tale elemento, como è bem noto, da sempre si ponde como coesistente, nel quadro delle garanzie sulle quali si fonda el diritto al processo equo 'internazionalmente protetto'. [...] Infine, non è presente – ma l'assenza si può forse spiegare con la collocazione testuale delle nuove norme nella parte II della Costituzione (cioè, fra le garanzie strutturali che attengono allá giurisdizione, e non già fra lè garanzie soggettive o fra i diritti consacrati nella parte I) – alcun acceno alla EFFETTIVITÀ, che in altri sistemi costituzionale e nei modelli internazionale del 'processo equo' viene corretamente riferita non soltanto al diritto

¹⁸ José Carlos BARBOSA MOREIRA. **Temas de direito processual civil** - quarta série. São Paulo: Saraiva, 1989, p. 1.

¹⁹ José Carlos BARBOSA MOREIRA. **Temas de direito processual civil** - quarta série. São Paulo: Saraiva, 1989, p. 2.

individuale di azione o di accesso alle corti, ma anche alle forme di tutela che, con l'esercizio di quel diritto, chiunque dovrebbe essere in grado di 'domandare' di 'ottenere' dal giudice adito²⁰.

Somente a título de exemplificação, já que outro capítulo abordará mais pormenorizadamente a questão, indubitavelmente o desenvolvimento das tutelas diferenciada e de urgência (ou emergência) no direito processual civil brasileiro, seguindo o modelo originariamente italiano, mostra-se mais que conveniente, ou seja, mostra-se na prática forense absolutamente necessário para abreviar procedimentos reconhecidamente demorados e que colocam em risco a efetiva e tempestiva proteção do direito das partes. “A efetividade do processo, portanto, depende do bom entendimento de como opera a tutela jurisdicional e também do direito material a atuar”²¹, enfatiza Flávio Yarshell.

O fim a que se presta e o clamor público diante de suas necessidades, nitidamente impingiram ao processo uma dimensão ética e valorativa, além de política e social, encerrando em seu bojo a própria concepção axiológica do justo e da justiça. Outra não é a idéia de Humberto Theodoro Júnior a esse respeito:

Nas últimas décadas o estudo do processo civil desviou nitidamente sua atenção para os resultados a serem concretamente alcançados pela prestação jurisdicional. Muito mais do que com os clássicos conceitos tidos como fundamento ao direito processual, a doutrina tem se ocupado com remédios e medidas que possam redundar em melhoria dos serviços forenses. Idéias como a de instrumentalidade e efetividade passaram a dar a tônica do processo contemporâneo. Fala-se mesmo de 'garantia de um processo justo', mais do que um 'processo legal', colocando no primeiro plano idéias éticas em lugar do estudo sistemático apenas das formas e solenidades do procedimento.²²

A necessidade de efetividade reflete em um novo processo que seja ao mesmo tempo instrumental, substancial, social, ético e justo.

²⁰ Luigi Paolo COMOGLIO. **Il 'giusto processo' civile nella dimensione comparatistica**. Revista de Processo, São Paulo, v.1, n. 108, p. 133-183, out./dez 2002, p. 138.

²¹ Flávio YARSHELL. **Tutela jurisdicional específica nas obrigações de declaração de vontade**. São Paulo: Malheiros, 1993, p. 64.

²² Humberto THEODORO JÚNIOR. **Curso de direito processual civil**. Vol I. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995, p. 9.

2.3 Recentes criações legislativas ao encontro da efetividade.

Uma rápida visão sobre as recentes reformas ao Código de Processo Civil, introduzidas pelas Leis 8.952 de 1994, 10.352 e 10.358 de 2001 e ainda pela Lei 10.444 de 2002, referidas as últimas três como “reforma da reforma” por Dinamarco, realizou um grande e necessário aprimoramento do regime legal da “tutela antecipada” (artigo 273 do Código de Processo Civil) e mesmo da “tutela específica” (artigo 461 do mesmo *codex*), fazendo incidir verdadeiras “medidas de reforço”, tornando muito mais eficiente a execução provisória dos provimentos antecipatórios, pacificando a fungibilidade formal entre o pedido de tutela antecipada e o de medida cautelar, além de atribuir maiores poderes ao magistrado, possibilitou o uso maior das medidas mandamentais ou mesmo a adoção mais freqüente de provimentos executivos *lato sensu*, a fim de conferir maior efetividade a estes importantes instrumentos de atuação do direito processual civil brasileiro, diga-se de passagem, melhor aplicados que no próprio direito processual italiano.

Ou seja, a “tutela antecipada” prevista no artigo 273 do Código de Processo Civil brasileiro e a “tutela específica” do artigo 461 do mesmo diploma, vão justamente ao encontro da tão pretendida efetividade. Atingem o objetivo de proporcionar à parte a tutela jurisdicional adequada para o satisfatório atendimento da pretensão de direito material deduzida em juízo. Assim aduz Barbosa Moreira que: “O processo deve dispor de instrumentos de tutela adequados [...]. Em toda extensão da possibilidade prática, o resultado do processo há de ser tal que assegure à parte vitoriosa o gozo pleno da específica utilidade a que faz jus segundo o ordenamento”²³.

Portanto, efetividade não tem somente o significado de “celeridade”. O oferecimento de uma tutela jurisdicional adequada também é medida da efetividade. Neste sentido da tutela adequada, destaca o pensamento da recente doutrina de Luiz Guilherme Marinoni:

A ação de direito material não se confunde com a ação processual. A ação processual é o veículo civilizado que permite a realização da ação de direito material. Mas todo cidadão tem direito à

²³ José Carlos BARBOSA MOREIRA. **Temas de direito processual**. Vol III. São Paulo: Saraiva, 1989, p. 27-28.

adequada tutela jurisdicional, o que exige a estruturação de procedimentos capazes de fornecer a tutela jurisdicional adequada ao plano do direito material, isto é, procedimentos que possibilitem resultado igual ao que seria obtido se espontaneamente observados os preceitos legais²⁴.

Além disso, outro exemplo que caminha ao encontro da efetividade é a insofismável tendência de “elevação” dos princípios e normas processuais à condição máxima protetiva do ordenamento jurídico brasileiro, ou seja, revela-se a “constitucionalização” do direito processual civil, dando à luz a um “direito constitucional processual civil”, salvaguardando os princípios do processo civil previstos na Constituição Federal, os quais serão objeto de análise pormenorizada na seqüência deste trabalho. Ou melhor, a previsão constitucional dos princípios do processo civil ganhou uma dimensão normativa constitucional. Cumpre observar que referida dimensão normativa possui importância ímpar vez que há muito tempo foi superada a idéia de que a função dos princípios é meramente “integradora” das lacunas legais. Reconhecido, portanto, é o efeito “normativo-vinculante” dos princípios, sobretudo, quando constitucionais. Lapidar a lição de Canotilho:

A Constituição é formada por regras e princípios de diferentes graus de concretização e os princípios estruturantes são constitutivos e indicativos das idéias diretivas básicas de toda a ordem constitucional. São, por assim dizer, as traves-mestras jurídico-constitucionais do estatuto jurídico político.²⁵

Impende observar que a normatividade absoluta dos princípios é impossível, forçando o reconhecimento de uma certa flexibilização na sua aplicação, o que confere incomensurável importância na exegese jurídica. Dworkin elucida que o princípio é um tipo de norma que se deve obedecer, não pelos imperativos econômicos, políticos ou sociais convenientes, mas por revelar imperativos de justiça, honestidade e moral.²⁶ Portanto, resta como o óbvio ululante a necessidade de efetividade na processualística civil brasileira, sendo mister para isso valorizar a instrumentalidade substancial do processo, superando a antiga visão tecnicista e puramente autonomista, proporcionando sempre à parte a tutela jurisdicional adequada, corrigindo as falhas

²⁴ Luiz Guilherme MARINONI. **A antecipação da tutela**. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 21.

²⁵ José Joaquim Gomes CANOTILHO. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 3. ed. Coimbra: Livraria Almedina, 1999, p. 1099.

²⁶ R. M DWORKIN. **Es el derecho un sistema de normas**. Filosofia do direito. Tradução Javier Sainz de Los Terreros. Cidade do México: Fondo de Cultura Económica, 1980, p. 86.

estruturais (externas) do Poder Judiciário, incentivando soluções legislativas criativas e garantindo constitucionalmente o “acesso à justiça”, o encontro com a paz social e com uma ordem jurídica justa.

Na lição de Delosmar Mendonça Júnior, destaca-se a dimensão política do processo e justamente a necessidade de uma política governamental que conceda recursos para que o Judiciário possua estruturas eficazes e pessoal suficiente para bem desempenhar o exercício jurisdicional e garantir a efetividade processual:

Há pelo menos duas faces na apreciação de efetividade do processo: uma visão ampla, geral, multivalorativa, aproximando-se das modernas concepções de acesso à justiça que tem dominado o cenário da ciência processual. Por este ângulo aberto, a visão de efetividade ultrapassa a esfera da técnica processual e atinge as esferas políticas e sociais. Atente-se que não estamos negando os escopos sócio-políticos do processo. É evidente que o ordenamento processual possui, além da finalidade eminentemente jurídica, as funções políticas e sociais. O que se coloca neste instante é que a referência à efetividade, no sentido amplo, abre a perspectiva para a extensão da discussão aos mecanismos políticos, sociais e institucionais que digam respeito à realização do acesso à ordem jurídica justa. São os efeitos produzidos por políticas de aparelhamento e fortalecimento do poder judiciário; de recursos econômicos para a atividade jurisdicional; na universalidade da tutela jurisdicional, instrumentos não jurisdicionais de composição e pacificação, as despesas no processo, etc. De outro ângulo, podemos visualizar o problema da efetividade em relação a otimizar a técnica processual, visando à conquista de resultados com observância de um justo processo.[...] ²⁷.

Mas não é só. O encontro da tão pretendida efetividade, dada a sua ligação íntima com o mais amplo significado de “acesso à justiça”, também resulta na necessidade de se garantir plena “cidadania”. Esta, por sua vez, representa muito mais que a existência de direitos políticos para os indivíduos nacionais, ou seja, deve ser entendido como um direito complexo, mescla de direitos e deveres políticos, mas inserido numa concepção de República e Estado Democrático como é o brasileiro, objeto de uma abordagem mais cuidadosa em separado.

2.4 O princípio da eficiência da administração pública e a questão da efetividade.

O princípio da efetividade da jurisdição deriva do conjunto de direitos e garantias constitucionais atribuídos aos indivíduos e à sociedade no que tange à provocação da

²⁷ Delosmar MENDONÇA JÚNIOR. **Princípios da ampla defesa e da efetividade no processo civil brasileiro**. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 66- 67.

atividade jurisdicional em decorrência da monopolização pelo Estado da prerrogativa de solucionar as lides e dirimir as controvérsias²⁸.

Partindo-se da supramencionada assertiva de Teori Albino Zavascki, não se pode olvidar o alcance que se pode extrair da Emenda Constitucional nº 19, de 4 de junho de 1998, através da qual se incluiu expressamente o “Princípio da Eficiência” entre os princípios essenciais à administração pública brasileira.

Ora, não obstante o entendimento mais fácil que seria somente no plano do Poder Executivo a incidência deste princípio, em atuar com a máxima eficiência, poupando recursos e proporcionando os melhores resultados, o mencionado princípio também obriga ao Poder Judiciário vez que, inexoravelmente, a administração da justiça é função estatal exercitada através de um dos Poderes constituídos do Estado. Assim sendo, também cumpre ao Judiciário agir com presteza e garantir bons resultados no exercício da atividade jurisdicional. Ou seja, mais uma vez a constituição faz previsão expressa do conteúdo programático da “efetividade”. Helly Lopes Meirelles diz: “O dever de eficiência corresponde à realização das atribuições do agente público com presteza, perfeição, rendimento funcional e com resultados positivos para o serviço público e satisfatório atendimento das necessidades [...]”²⁹. Isso, evidentemente, inclui os juízes e demais serventuários da justiça em geral, “[...]a busca pelo bem comum com o exercício imparcial, transparente, participativo, eficaz, qualitativo e sem burocracia, de suas competências, com a melhor utilização possível dos recursos públicos e maior rentabilidade social”³⁰, também leciona Alexandre de Moraes sobre o significado da eficiência para a administração pública.

Mas em se tratando da necessidade de efetividade, muito há ainda para ser conquistado. Inolvidáveis os esforços legislativos empreendidos recentemente na sua busca, mas graves problemas persistem maculando a boa administração da justiça. Neste contexto, clamando por reformas urgentes há muitos anos está o enfadonho processo de execução brasileiro. Aquilo que foi idealizado para ser célere e realizar imediatamente o direito do exequente, previamente reconhecido por sentença judicial ou mesmo com base em título extrajudicial, na maioria das vezes esbarra em muitos

²⁸ Teori Albino ZAVASCKI. **Da antecipação da tutela**. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 23.

²⁹ Helly Lopes MEIRELLES. **Direito administrativo brasileiro**. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 1993, p. 65.

³⁰ Alexandre de MORAES. **Direito constitucional**. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2001, p. 107.

anos de lentidão provocados pelo exercício abusivo e usurpador do direito de defesa. Referidos mecanismos ou ardis meramente protelatórios são resultado de fraudes freqüentemente encorajadas pela ausência de punição pessoal ou mesmo pela falta de coerção patrimonial efetiva e, sobretudo, no descrédito em geral.

Ou seja, o que na verdade parece ter havido foi um verdadeiro “descaso” legislativo e até doutrinário com o processo de execução, tão importante quanto o processo de conhecimento, pois se este buscar dizer o direito, aquele está incumbido de efetivamente realizá-lo.

2.5 O processo executório brasileiro e a questão da efetividade.

As recentes alterações legislativas havidas no diploma processual brasileiro merecem, indubitavelmente, aplausos vez que disponibilizaram instrumentos práticos para o encontro da efetividade.

No entanto, percebe-se que o processo de execução visto como um todo ainda se encontra desprovido desses meios de efetividade e, ao que parece, tem sido esquecido e relegado a um segundo plano não condizente com a sua importância peremptória, qual seja, a de tornar real o direito anteriormente reconhecido num processo judicial de conhecimento ou mesmo esculpido num título extrajudicial.

A exemplo de muitos outros autores que se debruçam sobre a questão do processo executório, entre eles João Batista Lopes, Leonardo Greco e Arakén de Assis, também Cândido Dinamarco é incisivo ao dizer que “a doutrina processual tem relegado o Processo de Execução à posição secundária na Teoria Geral do Processo”³¹.

Em paupérrima síntese, o que se nota – diante do descaso doutrinário e legislativo – é que grande parte do descrédito geral no Poder Judiciário por parte considerável da população, o que macula o próprio Judiciário como Instituição e Poder Constituído de um Estado Democrático e Social de Direito, advém da “baixa ineficácia” do processo executório.

Em não raras vezes, depois de trilhar os caminhos extensos e acidentados do processo de conhecimento ao longo de vários anos de disputa judicial em primeira

³¹ Cândido Rangel DINAMARCO. **Execução Civil**. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 1997, p. 21.

instância e depois não raras vezes enfrentar um “represamento” também de outros vários anos na tramitação dos recursos nos Tribunais Superiores, a parte imagina que efetivamente realizará o seu direito e é surpreendida pela notícia de que, não obstante o reconhecimento do direito, a sua concretização depende de mais um processo, o de execução que, dependendo da conduta das partes, pode representar um tempo quase igual ou até maior se envolto a incidentes processuais como: embargos do devedor, embargos de terceiro, embargos à arrematação, dentre outros meios de impugnação ainda presentes.

Na prática, além de todos os fatores já mencionados que atravancam todo o funcionamento do Poder Judiciário e, obviamente, também o processo de execução, neste especificamente ainda se luta contra a inexistência de conseqüências pessoais sérias e efetivas para aqueles que fraudam o processo de execução e para aqueles que abusam do direito constitucional de defesa.

Aliás, mesmo reconhecidamente mitigado no processo executório, o direito de defesa ou do contraditório – *rebus sic stantibus* – indubitavelmente ainda permite grande protelação ilegítima do feito, incentivando a especulação com a demora da prestação jurisdicional e desencorajando ou desacreditando o exeqüente no prosseguimento de sua ação executiva.

A “concretude” do direito objetivo, ou seja, a “satisfatividade” da tutela jurisdicional depende de um processo executório moderno e idôneo para o fim a que se destina. Neste sentido o desabafo de Leonardo Greco:

[...] a garantia da proteção jurisdicional dos direitos do cidadão deve ser progressivamente mais rápida e eficaz, para conferir concretude da maior amplitude possível ao gozo desses direitos, e se essa garantia pressupõe procedimentos executórios que de fato realizem, com essa mesma rapidez e eficácia, a entrega dos bens que são reconhecidos pelas decisões judiciais, é desanimador verificar que justamente na tutela jurisdicional satisfativa o processo civil brasileiro apresenta o mais alto índice de ineficácia.³²

Da forma como está, o processo de execução está fadado a continuar enfadonho, moroso e ineficaz.

³² Leonardo GRECO. A execução e a efetividade do processo. **Revista de Processo**, São Paulo, v.1, n. 94, p. 34-66, abr./jun. 1999, p. 35.

Na esteira do magistério de Leonardo Greco, entre os problemas que afetam impiedosamente o processo executivo brasileiro, pode-se destacar:

- a) a complexidade das relações jurídicas da sociedade hodierna, com a chegada de “novos direitos”³³, cria um certo “misoneísmo” das leis processuais executórias que não dispõem de mecanismos igualmente modernos para o enfrentamento satisfatório dos problemas e para a concretização rápida do direito do exeqüente;
- b) a verdadeira falta de “incidibilidade”, entendida esta como “eficácia” das coerções pessoais impostas àqueles que fraudam o processo executório. Aqui também reside a sensação de impunidade que encoraja a atitude fraudulenta e a especulação financeira com a morosidade do processo executório;
- c) a atuação procrastinatória dos executados fica facilitada pelas limitações impostas à execução provisória;
- d) socialmente não se discrimina o grande devedor, parecendo até mesmo o contrário, gozando ele do *status* social de “grande devedor”. Diferente é o tratamento dispensado ao devedor de pequenas quantias, este sim recriminado e atingido facilmente pelas leis executórias;
- e) diante da “diversidade patrimonial” das pessoas hoje em dia (bens imóveis nacionais e internacionais, títulos internacionais, bens incorpóreos) , não mais se restringindo à bens imobiliários facilmente conhecidos, tornou-se extremamente difícil para o exeqüente tomar ciência da existência do patrimônio do executado para excuti-lo devidamente;
- f) não é rara a recalcitrância do devedor que prefere sujeitar-se a um longo processo de execução para especular economicamente com a demora e até mesmo lucrar no mercado financeiro para, somente depois, talvez adimplir a sua obrigação, etc.

Com exceção das mudanças havidas nos anos de 1992, 1993, 1994, 2001 e 2002, que alteraram alguns dispositivos do processo executório em consonância com a necessidade maior de efetividade, o que já foi abordado mais pormenorizadamente alhures, a situação ainda é desanimadora e muita há por ser feito.

³³ Michele TARUFFO. **A atuação executiva dos direitos: perfis comparativos**. Revista do Processo, São Paulo, v.1, p. 59-72, jul./set. 1990.

Mister mitigar o binômio tradicional: processo de conhecimento – processo de execução.

Em sede de direito comparado, restringindo-se à questão da celeridade do processo executório e dos poderes inerentes à pessoa do magistrado diante da condução do processo, algumas sugestões deveriam ser analisadas. Senão, vejamos.

Por primeiro, a experiência jurídica tem mostrado que a prática de atos executivos independe da existência de um processo autônomo de execução, tal como ocorre com os procedimentos executivos *lato sensu*. Assim sendo, afirma Greco: “pode haver jurisdição de execução sem autônomo processo de execução, desde que a atividade executória seja complementar da atividade cognitiva ou tão singela que não justifique a instauração de uma relação processual autônoma.”³⁴

Sem grande divagação sobre a extensão do contraditório no processo de execução, defendendo alguns – na esteira do entendimento de Liebman³⁵ - a idéia de que no processo de execução não há contraditório e outros como Redenti³⁶ e José Frederico Marques³⁷ que dizem ser um “contraditório mitigado”, parece o mais correto conferir ao juiz maiores poderes de decisão dentro do processo executório com base na “discricionariedade” e no “poder de administração” naquilo que diz respeito ao patrimônio do executado atingido durante a execução.

Por quê não adotar no Brasil, como se faz na Alemanha e na Itália, a prática da execução iniciar-se com atos do oficial de justiça ou do “executor judicial”, interferindo o magistrado somente depois nas questões mais decisivas e importantes? Certamente isso representaria grande economia processual. Por quê não sujeitar a execução de créditos de menor valor a um procedimento sumário ou sumaríssimo de execução, como ocorre no Direito Português, diminuindo prazos e dispensando até mesmo a citação? Certamente seria grande a economia processual. Por quê não restringir ainda mais a matéria que pode ser suscitada em sede dos embargos do devedor, como ocorre no Direito Uruguaio? Certamente seria mais limitado o cunho cognitivo incidental

³⁴ Leonardo GRECO. **A execução e a efetividade do processo**. Revista de Processo, São Paulo, v.1, n. 94, p. 34-66, abr./jun. 1999, p. 46.

³⁵ Enrico Túlio LIEBMAN. **Processo de Execução**. São Paulo: Saraiva, 1968, p. 44.

³⁶ Enrico REDENTI. **Derecho procesal civil**. Tradução Santiago Sentis Melendo. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1957, p. 113.

³⁷ José Frederico MARQUES. **Instituições de direito processual civil**. Vol I. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1963, p. 83.

no processo executório, representando incomensurável ganho de tempo. Por quê não submeter a “suspensividade” dos embargos à discricionariedade justificada do magistrado, como ocorre na Alemanha, na Itália e em Portugal? Por quê não?

Evidentemente que o objetivo deste trabalho não é discorrer especificamente sobre o processo de execução, em todos os seus procedimentos e institutos, já que o tema central é efetividade. No entanto, não se poderia deixar de citá-lo como grande foco e exemplo farto da falta de efetividade e oferecer algumas soluções, até de *lege ferenda* para talvez encontrar o “caminho das pedras”.

Deve-se, em linhas mestras, flexibilizar ao máximo o processo executório e colocar ao exequente o instrumental máximo para a concretização de seu direito, restabelecendo o *status quo ante* ou dando a ele aquilo que realmente seja de direito, sem, é evidente, usurpar os direitos e garantias constitucionais do executado.

“A busca dessa adequação há de tomar em conta que a efetividade do processo, e especialmente a do processo de execução, consiste na busca da atuação no mundo dos fatos de modo tão completo e oportuno quanto se o devedor viesse a cumprir espontaneamente a prestação constante do título”, observa ainda Leonardo Greco.³⁸

No entanto, quando se enaltece a necessidade de buscar soluções legislativas criativas não se pode permitir que, em nome da instrumentalidade ou da celeridade, princípios processuais sobrelevados à condição de constitucionais sejam mitigados.

Por exemplo, irrefutável o fato que a Lei 9.099/95 - que instituiu os Juizados Especiais Cíveis e Criminais - contribuiu para uma insofismável celeridade no processamento dos “crimes de menor potencial ofensivo”, mas também é certo que houve o comprometimento de princípios processuais penais como o da verdade real, por exemplo.

No campo do direito processual civil, também a título de exemplificação, bastante discutível a recente inclusão do parágrafo terceiro ao artigo 515 do Código de Processo Civil, promovida pela Lei nº 10.352 de 26 de dezembro de 2001, dispondo que nos casos de extinção do processo sem julgamento do mérito (artigo 267), o tribunal pode julgar desde logo a lide, se a causa versar sobre questão exclusivamente de direito e

³⁸ Leonardo GRECO. **A execução e a efetividade do processo**. Revista de Processo, São Paulo, v.1, n. 94, p. 34-66, abr./jun. 1999, p. 45.

estiver em condições de imediato julgamento. Não obstante respeitosas opiniões em contrário, razão parece assistir a José Rogério Cruz e Tucci ao apontar para a ampliação da extensão do efeito devolutivo da apelação, criticando com veemência este aspecto da reforma, acusando-a neste ponto de ferimento à regra do duplo grau de jurisdição e à garantia do contraditório. Assim reflete:

Abstração feita do entendimento que se tenha acerca da natureza da regra do duplo grau – simplesmente técnica ou de índole constitucional – dúvida não pode haver que a novidade em tela, inserida no 83º do art. 515, vulnera, pelo menos, dois importantes postulados da dogmática processual. Em primeiro lugar, como afirma Barbosa Moreira, se se trata de sentença terminativa, vale dizer, de ato decisório que coloca termo ao procedimento de primeiro grau sem julgar o mérito, pelo sistema consagrado no Código, não se permite ao órgão *ad quem* passar, de imediato, ao exame deste, na hipótese de provimento da apelação. Seria infringir o princípio do duplo grau, tal como se configura no presente contexto, pela conjugação do art. 515, *caput*, com o art. 463, do qual resulta que, não se tendo pronunciado *de meritis*, o juiz *a quo* não chegou ‘a cumprir e acabar o seu ofício jurisdicional’. O provimento da apelação, nesse caso, acarretará a restituição dos autos ao órgão inferior para que dê prosseguimento ao processo. Nesse idêntico sentido, pondera Araújo Cintra que o tribunal que vai julgar a apelação não está autorizado a proferir acórdão com julgamento do mérito da causa para substituir a sentença terminativa, sem incorrer em violação do duplo grau de jurisdição. [...] A esse respeito, tudo leva a crer que o legislador desprezou a moderna concepção ditada pela literatura contemporânea acerca da participação conjunta e recíproca, durante as sucessivas fases do procedimento, de todos os protagonistas do processo.³⁹

Com isso, pretende-se advogar essencialmente a idéia de que “soluções legislativas criativas” são bem vindas em busca da efetividade, mas não se pode, nem mesmo em seu nome, corrigir falhas estruturais da justiça com medidas que importem em prejuízos aos princípios e postulados básicos do direito processual civil e até mesmo do próprio direito constitucional.

Fundamental é a concepção da efetividade como a instrumentalidade substancial do processo, consubstanciando-se não só em inequívoco direito das partes litigantes em juízo, mas também como interesse do Estado, vez que este tem o interesse de pacificar os conflitos ocorrentes na sociedade de forma rápida, adequada, segura e justa. Calamandrei advertia que o processo não é um fim em si mesmo, embora preconizasse a distinção clássica, formal e distanciada entre a ciência processual e o direito material:

³⁹ José Rogério CRUZ E TUCCI. **Lineamentos da nova reforma do CPC.2.** ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 100-101.

Se comprende así-lo que se quiere de vir cuando, em contraposición al derecho substancial, el derecho procesal se encuentra calificado como instrumental e también como formal; instrumental, em cuanto la observância del derecho procesal no es fin em si misma para hacer observar el derecho substancial.⁴⁰

Aliás, cumpre forçosamente vislumbrar a efetividade como verdadeiro princípio constitucional implícito na constituição federal brasileira, oriundo do “sobreprincípio” do devido processo legal, ou como preferem alguns, do *due processo of law*, e ainda parte integrante do princípio constitucional do direito de ação, previstos respectivamente nos incisos LIV e XXXV do artigo 5º da Magna Carta brasileira.

Segundo Delosmar Mendonça Júnior, dois são os elementos integrantes do princípio da efetividade, quais sejam, a *utilidade do processo*, de forma a permitir o pronto e satisfatório atendimento da pretensão de direito material deduzida em juízo e a *tempestividade*, quer dizer, conferir a tutela jurisdicional num interregno de tempo que se mostre ao final justo, proporcional e razoável.⁴¹ Aqui reside íntima ligação desse elemento com o objetivo de celeridade processual, da qual depende a credibilidade da decisão. Justiça tardia é praticamente o mesmo que injustiça!

Em busca da otimização da justiça, duas são também as funções da efetividade: a função da *sistematização*, entendida como ordenação e de *normogênese*, com o escopo prospectivo.

Ademais, também destaca Antônio Carlos de Araújo Cintra, Ada Pellegrini Grinover e Cândido Dinamarco, que a efetividade processual depende, fundamentalmente, da “admissão ao processo” (ingresso em juízo), do “modo de ser do processo”, da “justiça das decisões” e da “efetividade das decisões”.⁴²

Referindo-se primeiramente à “admissão do processo”, tem-se a preocupação de oferecer a todos um efetivo “acesso à justiça”, garantindo-se que nenhum cidadão ou indivíduo fique privado da atuação jurisdicional por falta de recursos financeiros, incentivando maior alcance da “oferta constitucional de assistência jurídica integral e

⁴⁰ Piero CALAMANDREI. **Derecho procesal civil**. Vol I. Tradução Santiago Sentis Melendo. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1962, p. 367.

⁴¹ Delosmar MENDONÇA JÚNIOR. **Princípios da ampla defesa e da efetividade no processo civil brasileiro**. São Paulo: Malheiros, 2001, p.73-74.

⁴² Antônio Carlos de Araújo CINTRA; Ada Pellegrini GRINOVER; Cândido Rangel DINAMARCO. **Teoria geral do processo**. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 34.

gratuita”⁴³. Defende-se também, mais uma vez para salvaguardar a efetividade como sinônimo de maior alargamento das garantias de acesso à justiça, a superação dos obstáculos existentes para que o cidadão individualmente defenda interesses difusos e coletivos, não restringindo a legitimidade ativa a partidos políticos e entidades de classe.

Pelo “modo de ser do processo” deve se identificar a já ventilada questão das garantias constitucionais processuais proporcionadas às partes, compatibilizando as soluções legislativas tomadas em nome da efetividade com os princípios do processo civil na constituição, como o devido processo legal, a ampla defesa e o contraditório, isonomia processual, etc. Quanto ao último princípio citado, da isonomia, interessante a aplicação da idéia aristotélica de que a igualdade só é efetivamente encontrada quando se tratam desigualmente os desiguais, na medida exata de suas desigualdades. Assim sendo, talvez a desigualdade das condições das partes perante o processo só seja realmente conquistada com a atuação de mecanismos processuais como o da inversão do ônus da prova e do fortalecimento dos “poderes instrutórios” do juiz na livre apreciação da prova para a formação de sua convicção, mitigando um pouco o princípio da verdade ficta ainda valorizado no direito processual civil.

Há ainda a “justiça das decisões”, regra pela qual o juiz deve guiar-se em suas decisões, afastando-se se preciso for da literalidade da lei e atingindo o fim mais próximo daquilo que se entende por justo e equânime. Este deve ser o caminho a ser trilhado na apreciação e produção da prova, no exercício da subsunção do fato à norma jurídica e na interpretação do direito positivado.

Por fim, quanto à “efetividade das decisões” verificam-se as medidas que conferem maior e imediata incidibilidade às decisões jurisdicionais, tais como, a ampliação do elastério das possibilidades executivas *lato-sensu*, o alargamento dos provimentos de natureza mandamental, o uso mais efetivo do poder geral de cautela do magistrado, etc.

De tudo o que fora exposto neste capítulo acerca da efetividade processual, resta a certeza do estreito liame existente entre o direito material e o processo,

⁴³ Antônio Carlos de Araújo CINTRA; Ada Pellegrini GRINOVER; Cândido Rangel DINAMARCO. **Teoria geral do processo**. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 34.

destacando-se fartamente a sua influência sobre o processo. Novamente leciona Bedaque, nesse sentido, a irrefutável importância de se reconhecer no processo também um instrumento ético, composto de valores a serem realizados:

Talvez a noção mais importante do direito processual moderno seja a de instrumentalidade, no sentido de que o processo constitui instrumento para a tutela do direito material. Está a serviço deste, para garantir sua efetividade. A consequência dessa premissa é a necessidade de adequação e adaptação do instrumento ao seu objeto. O processo é um instrumento, e, como tal, deve adequar-se ao objeto com que opera. Suas regras técnicas devem ser aptas a servir ao fim que se destinam, motivo pelo qual se pode afirmar ser relativa a autonomia do direito processual⁴⁴.

Também na lição de Sálvio de Figueiredo Teixeira:

Somente procedimentos rápidos e eficazes têm o condão de realizar o verdadeiro escopo do processo. Daí a imprescindibilidade de um novo processo: ágil, seguro e moderno, sem as amarras fetichistas do passado e do presente, apto a servir de instrumento à realização da justiça, à defesa da cidadania, a viabilizar a convivência humana e a própria arte de viver⁴⁵.

Junto da efetividade, completam o trinômio: a qualidade e a tempestividade.

Mesmo que se tenha uma visão platônica dos valores, que impeça o perfeito conhecimento daquilo que verdadeiramente seja o “justo”, inatingível no mundo dos homens, devem se contentar em atingir aquilo que mais se aproxima de seu real significado, restando a consciência de que o melhor foi buscado.

A ética e a efetividade do processo são as maiores necessidades atuais para que, ao lado de soluções legislativas criativas e esforços governamentais satisfatórios, com a sua satisfação seja possível resolver os problemas do Poder Judiciário e garantir a consciência, o acesso e a verdadeira distribuição de justiça.

Mas, indubitavelmente, qualquer iniciativa para análise ou reflexão sobre qualquer instituição nacional exige, primeiramente, ainda que de uma forma perfunctória e prolegomenal, desprovida de grande rigor científico-sociológico, uma contextualização da realidade social vivida pelo país.

⁴⁴ José Roberto dos Santos BEDAQUE. **Direito e processo**: influência do direito material sobre o processo. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 20.

⁴⁵ Sálvio de Figueiredo TEIXEIRA. **O aprimoramento do processo civil como garantia da cidadania**. As garantias do cidadão na justiça, p. 92.

Referida necessidade ganha incomensurável importância quando o foco das atenções é o Poder Judiciário e as estruturas nele envolvidas.

Cumpra reconhecer que o Poder Judiciário é a sede própria para a solução de todos os conflitos que escapam ao bom funcionamento das regras e relações jurídicas. Isto porque a regra é o perfeito funcionamento das relações e dos negócios jurídicos, sendo que as dúvidas ou conflitos são as exceções, as “patologias” que exigem a atuação do Judiciário e os processos são os instrumentos de cura destas anomalias.

E é cediço que se o Judiciário vai mal, outra não pode ser a realidade social. Pior ainda, se a sociedade vai mal a atuação do Judiciário deveria ser tal que garantisse satisfatoriamente a efetividade, a ordem e a paz social.

Nesse diapasão de idéias, triste e cruel é a realidade sócio-cultural do país. Índices alarmantes de criminalidade espalham um sentimento indiscriminado de insegurança e impunidade; escândalos de corrupção e péssima destinação do erário público desmoralizam as instituições públicas nacionais; a pobreza econômica e cultural agrava cada vez mais a crise do desemprego e prejudicam as garantias mínimas dos cidadãos brasileiros; a desestruturação social na saúde, educação, moradia, previdência social, etc, impingem ao país bolsões de miseráveis e alienados.

2.6 O relatório dos Direitos Humanos no Brasil de 1997(OEA).

Prova cabal disso é o relatório sobre “A Situação dos Direitos Humanos no Brasil”⁴⁶, realizado pela OEA - Organização dos Estados Americanos, quando então essa comissão identificou em seu comunicado de imprensa, de 9 de dezembro de 1997, que ainda persistem após este interregno de cinco anos, senão mais agravados ainda. Em suma, foram apontados os seguintes problemas:

- A administração da justiça, inclusive o Ministério Público; (grifo nosso)
- Os grupos de extermínio;
- A violência urbana e rural e a falta de segurança das pessoas;

⁴⁶ ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS – OEA. **Relatório sobre a situação dos direitos humanos no Brasil**. Secretaría Géral Organización dos Estados Americanos. Washington, D.C., 1997, p. 2.

- A discriminação racial;
- A situação da população indígena;
- A violência contra os ocupantes de terras não rurais exploradas;
- Os problemas dos meninos e meninas de ruas;
- A violência policial e sua impunidade e a tortura como meio de investigação;
- O sistema penitenciário;
- A situação de servidão forçada dos trabalhadores rurais; entre outros.

Ora, cada um destes tópicos, pela gravidade do problema que representa para toda a sociedade brasileira, mereceria um dedicado estudo sociológico apartado, mas, inevitavelmente, se afastaria este trabalho de sua verdadeira finalidade, qual seja, refletir juridicamente, embora com um método tridimensionalista e dialético de abordagem, sobre a atual crise do Poder Judiciário e as novas tendências legislativas para o Direito Processual Civil encontrar a “efetividade”.

No entanto, seguramente não foi ao acaso que se mencionou “a administração da justiça” como o primeiro e grande problema nacional.

É evidente que o Poder Judiciário brasileiro está eivado de gravíssimos problemas estruturais. Se assim não estivesse, se cumprisse com a sua função jurisdicional e salvaguardasse a ordem jurídica e garantisse a paz social, nenhuma anomalia social séria seria vislumbrada. Todos os conflitos estariam sendo resolvidos satisfatoriamente e o equilíbrio estaria minimamente mantido.

Mas o relatório vai mais além em suas conclusões e enfatiza:

O sistema judicial, salvaguarda primeira das garantias que deve oferecer o Estado, sofre de lentidão, formalismos complexos e desnecessários e ainda de debilidades institucionais. As mesmas resultam na impunidade institucionalizada de funcionários - polícias (SIC) por seus próprios abusos ou de grupos de delinqüentes protegidos pelos polícias (SIC) ou pela inoperância do aparelho judicial. As barreiras jurisdicionais entre os estados e a União são utilizados para protelar e burlar a justiça, facilitando assim a ação dos delinqüentes [...].⁴⁷

Percebe-se assim, que é justamente esta a realidade que se deve ter em mente para se nortear todo o trabalho de reforma do Poder Judiciário brasileiro, na busca da

⁴⁷ ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS – OEA. **Relatório sobre a situação dos direitos humanos no Brasil**. Secretaría Géral Organización dos Estados Americanos. Washington, D.C., 1997, p. 166.

melhor maneira de se administrar a justiça, distribuindo-a, de forma equilibrada, equânime e, principalmente – sem redundância -, justa.

Assim sendo, forçosamente impende reconhecer a gravosa crise que há muitos anos vem assolando irremediavelmente o Poder Judiciário, talvez atingindo seu ápice nos dias atuais, acarretando cada vez mais funestas e irreparáveis conseqüências para toda a sociedade. O conjunto das mazelas agregadas é complexo (dificuldades intransponíveis de acesso à justiça pelo economicamente hipossuficientes; a morosidade excessiva dos feitos pelo número absurdo de demandas; existência de recursos meramente protelatórios; número insuficiente de juízes; péssima estrutura física do Judiciário; despreparo dos advogados e funcionários da justiça; sobrecarga de serviços; burocratização dos procedimentos; dificuldades legislativas; falta de eficácia das leis; etc.) e corolário dele é o descrédito geral e o comprometimento da efetividade na distribuição da justiça.

A tudo isso, também devem somar novos fatores que, irrefutavelmente, tenderão a agravar mais a crise se soluções macro-estruturais e, sobretudo, criativas e eficazes, não forem urgentemente tomadas. Inolvidável é a evolução tecnológica que aumenta assustadoramente a complexidade das novas relações jurídicas, inéditas no mundo “pós-moderno”.

Fundamental, portanto, que o direito acompanhe minimamente a dinâmica das transformações sociais e culturais. Atualmente, já se exige do Poder Judiciário e também do Legislativo, respostas imediatas e satisfatórias para temas que vão desde a clonagem humana até à disciplina legal para harmonia e funcionamento dos megablocos econômicos do mundo, passando por conflitos étnicos e religiosos e flagrantes diversidades culturais e ambientais que também exigem cuidadosa tutela jurídica. Vive-se uma época de “intolerância mundial”.

A realidade da justiça nacional é desanimadora. Fundamentalmente se carece de um comportamento mais ético daqueles que lidam e operam com o direito e também uma maior efetividade no exercício jurisdicional. Soluções legislativas devem satisfazer em menor tempo possível o maior número possível de pessoas. Enquanto o Judiciário se restringir tão somente ao julgamento das demandas de “Cáio contra Tício”, estará fadado à crise eterna!

Contudo, não obstante a dimensão absurda do problema, o processo de solução depende de decisões lógicas e filosóficas. Não se pode pretender atingir elevados graus de otimização ou efetividade se o mínimo de condições não forem satisfeitas. Absolutamente em nada adianta maravilhosas teses jurídicas se faltar a consciência elementar das verdadeiras fontes do direito, da filosofia da Justiça e dos valores humanos envolvidos na questão. As “Linhas de força nesta tríade: ‘do abstrato ao concreto’, ‘do individual ao social’, ‘do nacional ao internacional’⁴⁸”, como bem observa Barbosa Moreira.

Mas, infelizmente, o que se tem observado ultimamente é a repetição inoficiosa de um gravoso erro cometido pelo Legislativo e cegamente aplicado pelo Judiciário, pressionado politicamente pelo Executivo: tentar encontrar soluções legislativas para problemas estruturais e conjunturais. Ora, com exceção daquelas iniciativas legislativas que realmente satisfazem às necessidades e ao mesmo tempo respeitam os princípios constitucionais e garantias individuais fundamentais – como é o caso, por exemplo, dos mecanismos de tutela de urgência e das ações coletivas – não se pode aceitar soluções legislativas para problemas conjunturais. Estes devem ser resolvidos com o emprego maciço de recursos econômicos e com iniciativas governamentais sérias e realmente comprometidas com a sociedade.

3. A efetividade dos direitos individuais fundamentais e sociais.

Não obstante a temática central deste trabalho ser de natureza “processual”, irrefutavelmente não se pode deixar de dedicar um singelo tópico sobre a “efetividade” dos direitos fundamentais do indivíduo que, por todas as razões até aqui aduzidas, dependem de todo o supedâneo processual para a sua garantia e, fundamentalmente, para a sua realização.

Afirma-se o óbvio ululante quando se ressalta a previsão constitucional dos direitos sociais e da garantia também constitucional, no tão declamado artigo 5º da Carta Maior, dos “direitos fundamentais”, além do próprio “direito de cidadania”.

⁴⁸ José Carlos BARBOSA MOREIRA. **Temas de direito processual civil**. São Paulo: Saraiva, 1989, p. 2.

Não se olvida aqui obviamente o “caráter programático” dos direitos “sociais” expressamente previstos na Constituição e que, reconhecida a sua impossibilidade de imediata “concretude” ou imediata realização, significam para o Estado Democrático e Social do Brasil, “metas” a serem alcançadas. Evidentemente não se pode admitir e nem se permitirá a leviandade de repetir a crítica insipiente daqueles que acusam a Carta Política de ser “utópica”, “totalmente distante da realidade” ou coisas desse gênero.

Não fugindo muito ao aspecto essencialmente “evolutivo e descritivo” desse capítulo, permite-se um grande salto para entender primeiramente o que significa verdadeiramente um Estado Social e Democrático de Direito.

Com Maquiavel e a perfeita descrição do “Estado de Poder” ou “Estado de Polícia”, percebe-se claramente que o Estado, para a consecução de seus fins, mesmo este não sendo na maioria das vezes o bem de todos, utilizava-se da força e da idéia de que “os fins justificavam os meios”, não dispondo os “governados” de meios para reconhecer e afirmar os seus “direitos” contra o próprio Estado.

Já no “Estado de Direito”, governantes e governados, Estado e cidadãos, se submetem ao “poder da lei”. Nasce a segurança jurídica e com ela a garantia dos direitos individuais, mormente oponíveis contra o próprio Estado. “O Estado de Direito confere aos indivíduos a titularidade de direitos públicos subjetivos e, portanto, de posições jurídicas ativas que podem ocupar nos eventuais confrontos que venham a ter com a autoridade pública e, mesmo, com outros particulares.”⁴⁹, discorre Roque Antonio Carraza. A legitimidade e a segurança do cidadão para ser oponível contra o próprio Estado, além é claro dos demais particulares, são os pontos-chaves do conceito esposado por Carlos Ari Sunfeld ao tratar do Estado de Direito:

Assim, definimos Estado de Direito como o criado e regulado por uma Constituição (isto é, por norma jurídica superior às demais), onde o exercício do poder político seja dividido entre órgãos independentes e harmônicos, que controlem uns aos outros, de modo que a lei produzida por um deles tenha de ser necessariamente observada pelos demais e que os cidadãos, sendo titulares de direitos, possam opô-los ao próprio Estado⁵⁰.

⁴⁹ Roque Antônio CARRAZA. **Curso de direito constitucional tributário**. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2000, p.271.

⁵⁰ Carlos Ari SUNDFELD. **Fundamentos de direito público**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1999, p. 39.

O mesmo autor cita a generosa lição de Norberto Bobbio, em termos semelhantes:

Por Estado de Direito entende-se geralmente um Estado em que os poderes públicos são regulados por normas gerais (as leis fundamentais ou constitucionais) e devem ser exercidos no âmbito das leis que o regulam, salvo o direito do cidadão recorrer a um juiz independente para fazer com que seja reconhecido e refutado o abuso e o excesso de poder. Assim entendido, o Estado de Direito reflete a velha doutrina – associada aos clássicos e transmitida através das doutrinas políticas medievais – da superioridade do governo das leis sobre o governo dos homens, segundo a fórmula *lex facit regem*, doutrina, essa, sobrevivente inclusive da idade do absolutismo, quando a máxima *princeps legibus solutus* é entendida no sentido de que o soberano não estava sujeito às leis positivas que ele próprio emanava, mas estava sujeito às leis divinas ou naturais e às leis fundamentais do reino. Por outro lado, quando se fala de Estado de Direito no âmbito da doutrina liberal do Estado, deve-se acrescentar à definição tradicional uma determinação ulterior: a constitucionalização dos direitos naturais, ou seja, a transformação desses direitos em direitos juridicamente protegidos, isto é, em verdadeiros direitos positivos. Na doutrina liberal, Estado de Direito significa não só subordinação dos poderes públicos de qualquer grau às leis gerais do país, limite que é puramente formal, mas também subordinação das leis ao limite material do reconhecimento de alguns direitos fundamentais considerados constitucionalmente, e portanto em linha de princípio ‘invioláveis’.⁵¹

A consagração constitucional dos direitos públicos subjetivos fundamentais do cidadão é o grande apanágio do “Estado Constitucional Moderno” ou como preferem rebuscar alguns do “Estado Constitucional de Direito”. Daí a idéia difundida do “constitucionalismo”. Impende ainda refletir a lição de Celso Antônio Bandeira de Mello ao abordar o assunto:

Convém recordar que o Estado de Direito é a consagração jurídica de um projeto político. Nele se estratifica o objetivo de garantir o cidadão contra as intemperanças do Poder Público, mediante prévia subordinação do poder e de seus exercentes a um quadro normativo geral e abstrato cuja função precípua é conformar *efetivamente* a conduta estatal a certos parâmetros antecipadamente estabelecidos como forma de defesa dos indivíduos.⁵²

Uma vez afirmada a salvaguarda dos direitos públicos subjetivos fundamentais na Carta Política brasileira, há a absoluta necessidade de se propiciar meios e “remédios” efetivos e eficazes para colocá-los sempre a salvo e sem risco de perecimento pela demora ou pela burocratização do Poder Judiciário. A vida, a

⁵¹ Norberto BOBBIO. **Liberalismo e democracia**, p. 19 *apud* SUNDFELD, Carlos Ari. **Fundamentos de direito público**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1999, p.40.

⁵² Celso Antônio BANDEIRA DE MELLO. **Controle judicial dos atos administrativos**. RDP 65/27.

liberdade, o direito líquido e certo, devem possuir o instrumental processual, também salvaguardado constitucionalmente, sobretudo, com “efetividade”. Mesmo a doutrina estrangeira acena para a necessidade inexorável de se garantir a efetividade na garantia e na reparação dos direitos públicos subjetivos fundamentais, a exemplo de Giuseppino Treves, na seguinte passagem traduzida por Carrazza: “Se falta (aos direitos do homem) o seu reconhecimento (do ordenamento jurídico) ou se este é puramente verbal e não é acompanhado de uma tutela efetiva, não tem atrás de si a força do ordenamento jurídico. Se não há remédio, não há direito”⁵³. Daí também a importância política do processo civil, também destacada por Vicente Greco Filho: “Parece, por conseguinte, importantíssima para a atual compreensão do processo essa visão política, destacando-se a função que exerce no sistema de garantia de direitos subjetivos públicos e privados, para depois estudar-se sua formulação técnica”.⁵⁴

Por primeiro, urge distinguir conscientemente “garantia” e “direito” a fim de escapar da confusão entre os dois termos tão comum mesmo nos dicionários mais famosos de diversos países. A garantia se põe a serviço da salvaguarda do direito. Paulo Bonavides, citando diversos autores nacionais e internacionais, esclarece didaticamente a diferenciação conceitual:

Das caracterizações conceituais mais expressivas, algumas devem ser aqui reproduzidas pela clareza didática de que se revestem. Carlos Sánchez Viamonte assinala, por exemplo, que somente merece o nome de garantia ‘a proteção prática da liberdade levada ao máximo de sua eficácia’. O mesmo autor, opondo-se também à sinonímia com o direito, define: ‘Garantia é a instituição criada em favor do indivíduo, para que, armado com ela, possa ter ao seu alcance imediato o meio de fazer efetivo qualquer dos direitos individuais que constituem em conjunto a liberdade civil e política’⁵⁵.

A fim de encerrar a questão, fulmina com a dúvida o constitucionalista Jorge Miranda ao pontuar:

Clássica e bem atual é a contraposição dos direitos fundamentais, pela sua estrutura, pela sua natureza e pela sua função, em direitos propriamente ditos ou direitos e liberdades, por um lado, e garantias, por outro lado. Os direitos representam só por si certos bens, as garantias destinam-se a assegurar a fruição desses bens; os direitos são principais, as garantias são acessórias e, muitas delas, adjetivas (ainda que possam ser objeto de um regime constitucional substantivo); os direitos permitem a realização das pessoas e inserem-se direta e imediatamente, por isso, nas

⁵³ Roque Antônio CARRAZA. **Curso de direito constitucional tributário**. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 275.

⁵⁴ Vicente GRECO FILHO. **Direito processual civil brasileiro**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 6.

⁵⁵ Paulo BONAVIDES. **Curso de direito constitucional**. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 527.

respectivas esferas jurídicas, as garantias só nelas se projetam pelo nexo que possuem com os direitos [...].⁵⁶

Passada esta necessidade prolegomenal de bem distinguir os direitos de suas “garantias”, insta também diferenciar as “garantias constitucionais”. Segundo a mais autorizada doutrina, existem duas significações para as “garantias constitucionais”. A primeira delas diz respeito à segurança das próprias estruturas e poderes constituídos do Estado e a segunda, a mais encontrada entre os constitucionalistas latino-americanos, diz respeito à segurança dos direitos individuais (subjetivos e públicos) fundamentais do cidadão, gravitando sempre em torno da vida, da liberdade e da segurança jurídica. Resume Paulo Bonavides: “A garantia constitucional nesta última acepção é em geral entendida, não somente como garantia prática do direito subjetivo,[...] senão também como o próprio instrumento (remédio jurisdicional) que faz a eficácia, a segurança e a proteção do direito violado.”⁵⁷

Neste aspecto, assiste-se inexoravelmente ao desenvolvimento de um verdadeiro “processo constitucional” para disponibilizar e fundamentalmente garantir constitucionalmente os meios processuais para a garantia dos mencionados direitos. E melhor, tais “remédios processuais constitucionais” são tão importantes que não raras vezes prestam-se e servem justamente para serem utilizados contra o próprio Estado e, por razões evidentes, devem ser revestidos de força, a que chamamos de “efetividade”, ou melhor, celeridade e eficácia. Aliás, esta realidade não é apenas brasileira, mas presente em inúmeros países que recentemente têm encarado esta necessidade de preservar constitucionalmente os princípios processuais civis como salvaguarda da efetividade, como retrata Humberto Theodoro Júnior:

Também na Itália esta mesma preocupação pela efetividade dos direitos proclamados pelas constituições e previstos nos códigos, ou até mesmo deduzidos dos textos constitucionais antes que os legisladores ordinários lhes dêem consagração legislativa, tem sido objeto de uma extensa e importante literatura, a ponto de afirmar-se hoje como temática predominante nas modernas investigações científicas nesse país. Segundo se diz, se a função do processo há de ser verdadeiramente instrumental, deverá ele ser concebido e organizado de tal modo que as pretensões de direito material encontrem, no plano jurisdicional, formas adequadas, capazes de assegurar-lhes realização específica, evitando-se, quanto possível, que os direitos subjetivos

⁵⁶ Jorge MIRANDA. **Manual de direito constitucional**. 4. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1990, p. 88- 89.

⁵⁷ Paulo BONAVIDES. **Curso de direito constitucional**. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 533.

primeiro sejam violados para, só então, merecer tratamento jurisdicional, concedendo-se a seu titular, às mais das vezes, um precário e aleatório sucedâneo indenizatório.⁵⁸

Mais uma vez Paulo Bonavides enfoca a questão, ressaltando o alargamento da esfera de atuação do direito processual, ao dizer que:

Assim estabelecida, temos visto nos ordenamentos constitucionais contemporâneos crescer de importância a figura da garantia constitucional, que repercute não somente no campo do direito constitucional de amplitude clássica, senão também que se dilata à esfera do direito processual, atraindo-o, no tocante à tutela jurisdicional da liberdade e dos direitos fundamentais, para o vasto território onde se renova e amplia cada vez mais o estudo da matéria constitucional⁵⁹.

Assim sendo, ao encontro da tão pretendida “efetividade”, desta feita entendida no atendimento aos direitos subjetivos públicos fundamentais, destacam-se as “novas garantias constitucionais de natureza processual introduzidas na Constituição Federal de 1988”.

Entre as “garantias processuais constitucionais”, entendidas como remédios postos à disposição do cidadão ou do indivíduo para curar eventuais mazelas praticadas pelo próprio Estado, destacam-se: o direito de petição, o *habeas corpus*, o mandado de segurança (individual e coletivo), o mandado de injunção, o *habeas data* e a ação popular. Todos “são garantias constitucionais na medida em que são instrumentos destinados a assegurar o gozo de direitos violados ou em vias de ser violados ou simplesmente não atendidos”⁶⁰, observa José Afonso da Silva.

Verifica-se aqui quão grande é a importância imputada ao direito processual. Assim, bem ao longe fica aquela idéia de mero instrumento técnico para a composição de conflitos ou para a atuação da vontade da lei. Aqui, mais do que nunca, se verifica a aproximação inexorável entre o direito substantivo, mormente público subjetivo fundamental, e o direito processual para desnudar a sua função eminentemente social e pública. E não é só. A própria condição de “cidadão”, para ser garantida e oponível mesmo contra o Estado, depende do direito processual e do processo que deve ser,

⁵⁸ Humberto THEODORO JÚNIOR. **Curso de direito processual civil**. Vol I. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995, p. 125.

⁵⁹ Paulo BONAVIDES. **Curso de direito constitucional**. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 533.

⁶⁰ José Afonso da SILVA. **Curso de direito constitucional positivo**. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 1997, p. 420.

para cumprir com fidelidade o seu papel constitucional, célere e eficaz ou simplesmente “efetivo”.

Com o fito de não se afastar do tema central deste trabalho, mormente deste capítulo, permite-se *concessa venia* uma simples e essencial definição de cada um destes “remédios constitucionais”, tão somente dos principais: inicia-se, pelo que se tem julgado mais importante, pelo “mandado de segurança – individual e coletivo”.

Dispõe a Carta Política brasileira em seu artigo 5º (que trata dos “direitos e garantias fundamentais”) inciso LXIX: “Conceder-se-á mandado de segurança para proteger direito líquido e certo, não amparado por *habeas corpus* ou *habeas data*, quando o responsável pela ilegalidade ou abuso de poder for autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público”.

Previsões análogas, repetidas desde a Constituição de 1934, visam defender ou proteger direito subjetivo individual que seja considerado “líquido e certo”.

Trata-se, portanto, de um dos mais importantes – junto do *habeas corpus* – remédios constitucionais, com natureza de ação civil, vez que permite aos indivíduos defenderem-se contra abusos de direito ou mesmo a ameaça de lesão a algum direito líquido e certo, fundamentalmente se praticado pelo Estado ou por alguém no desempenho de funções estatais. Importantíssima a idéia de se consubstanciar num grande remédio preventivo ou repressivo contra o famigerado “abuso de poder”.

A “segurança” também pode ser pleiteada coletivamente, conforme permissivo constitucional previsto também no artigo 5º, inciso LXX, podendo ser impetrado por partido político com representação no Congresso Nacional ou organização sindical, entidade de classe ou associação legalmente constituída e em funcionamento há pelo menos um ano, em defesa dos interesses de seus membros ou associados.

Verifica-se aqui a mesma finalidade do mandado de segurança individual, mas legitimando entidades representativas de interesses coletivos.

Outro remédio constitucional de fundamental importância para o indivíduo defender-se, sobretudo, do poderio estatal é o “*habeas corpus*”, sendo historicamente o primeiro dos remédios que integrou as conquistas liberais. Previsto expressamente no inciso LXVIII do mesmo artigo 5º salvaguarda ao indivíduo: “Conceder-se-á ‘*habeas corpus*’ sempre que alguém sofrer ou se achar ameaçado de sofrer violência ou coação

em sua liberdade de locomoção, por ilegalidade ou abuso de poder”. Possui natureza de ação constitucional penal e protege o segundo bem mais importante do indivíduo, depois de sua vida, qual seja a liberdade. Protege-se o indivíduo contra o abuso estatal que pode atentar contra a sua própria liberdade.

Outrossim, o “mandado de injunção”, conforme dispositivo constitucional do inciso LXXI do artigo 5º, será concedido sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania. Trata-se de remédio bastante importante em face do grande número de normas constitucionais que dependem ou pendem ainda de efetiva regulamentação. Assim sendo, a fim de evitar que por falta de regulamentação o indivíduo seja prejudicado em seu direito, permite-se o uso do mandado de injunção pelo qual o magistrado suprirá a ausência de regulamentação e efetivará o exercício do direito. Não se deve confundir referido remédio constitucional, de eficácia contida, com a “ação direta de inconstitucionalidade por omissão”, cuja finalidade é dar ciência ao legislador que existe uma norma constitucional dependente de regulamentação.

Tem-se também o “habeas data”, previsto expressamente no artigo 5º, LXXII da Constituição Federal, cujo objetivo mor é proteger a intimidade dos indivíduos, permitindo-lhes amplo acesso às informações sobre sua pessoa contidas nos órgãos públicos. Sua esfera protetiva, conforme alude José Afonso da Silva⁶¹, se dá contra usos abusivos de registros de dados pessoais coletados por meios fraudulentos; contra a introdução nesses registros de dados sensíveis ou contra a conservação de dados falsos ou com fins diversos dos autorizados em lei. Dispõe o art. 5º, LXXII da CF; “Conceder-se-á *habeas data*: a) para assegurar o conhecimento de informações relativas à pessoa do impetrante, constantes de registros ou bancos de dados de entidades governamentais ou de caráter público; b) para a retificação de dados, quando não se prefira fazê-lo por processo sigiloso, judicial ou administrativo”.

Por fim, o direito de petição é o direito conferido ao indivíduo de peticionar ao poder público para o fim de informar ou requerer alguma informação, prestação ou efetivação de um direito ou interesse individual ou público. Embora não expressamente

⁶¹ José Afonso da SILVA. **Curso de direito constitucional positivo**. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 1997, p. 431.

contido no dispositivo constitucional que o prevê, parece evidente que ao indivíduo também deve ser assegurada a obtenção de uma resposta ao seu direito de petição.

Na lição de José Afonso da Silva:

O direito de petição define-se 'como o direito que pertence a uma pessoa de invocar a atenção dos poderes públicos sobre uma questão ou situação', seja para denunciar uma lesão concreta, e pedir a reorientação de uma situação, seja para solicitar uma modificação do direito em vigor no sentido mais favorável à liberdade. Ele está consignado no art. 5º, XXXIV, a, que assegura a todos o *direito de petição aos Poderes Públicos em defesa de direitos ou interesses gerais da coletividade*⁶².

Não se deve confundir este último remédio, direito de petição, com o direito de "acesso à justiça" ou inafastabilidade do Poder Judiciário, pois suas significações já foram objeto de tratamento em capítulo à parte.

O grande cerne da questão que se coloca justamente neste momento é se na atual Carta Política Brasileira, por muitos aclamada como uma "constituição social ou cidadã", os "direitos sociais" também possuem mecanismos de preservação e eficácia, tal qual as garantias do artigo 5º fazem com o mandado de segurança, o *habeas corpus*, o *habeas datas*, o mandado de injunção, etc? Existem garantias postas a serviço dos "direitos sociais"? É esta pergunta que se faz e deve-se continuar fazendo até que tais garantias sejam reais e satisfatoriamente efetivadas!

Não há dúvida alguma sobre a previsão constitucional dos "direitos sociais", explicitados do artigo 6º ao 11º da Magna Carta. Há ainda a previsão de todo um título (VIII): "Da Ordem Social", no qual se cuida da seguridade social, da educação, da cultura e do desporto, da ciência e tecnologia, da comunicação social, do meio ambiente, da família, da criança, do adolescente e do idoso e, ainda, dos índios.

No entanto, impende realizar a constatação de que – não obstante o reconhecido "caráter programático" dessas normas - faltam no texto constitucional a previsão e a efetivação de "garantias específicas" para a salvaguarda destes tão importantes direitos sociais.

O direito ao "acesso à justiça" e à "inafastabilidade do controle jurisdicional" não serviriam como tais garantias? A resposta é absolutamente singela e talvez aqui se

⁶² José Afonso da SILVA. **Curso de direito constitucional positivo**. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 1997, p. 421.

encontre o ponto de maior heurística deste trabalho: Sim, se a justiça e o processo que a elas conduzem fosse simplesmente “efetiva”.

Uma vez atingido este ponto de alta reflexão, não é difícil aguçar um pouco mais a reflexão social para entender também que o “efetivo acesso à justiça”, em todos os seus possíveis significados – físico, axiológico, político, social, econômico e cultural – também é parte integrante do conceito complexo de “cidadania”. Ser cidadão não é apenas ter preservado seus direitos políticos, na máxima simplista de “votar e ser votado”, mas, sobretudo, ter o direito de participar ativamente de todas as questões nacionais, garantidos desde os mais básicos até os mais elevados direitos de dignidade da pessoa humana.

Conceituar ou definir então o que é “cidadania” depende primeiramente da verificação se naquele Estado em que se pretende defini-la existe verdadeiramente uma república e uma democracia. Ou, na passagem retirada da obra de Carmen Lúcia Antunes Rocha, dedicada ao assunto, quando melhor explica:

A cidadania é, assim, o exercício da liberdade responsável do homem em sua projeção além de si mesmo, no seu encontro com os que partilham a experiência de vida em comum em determinada sociedade política. O exercício dos direitos inerentes à cidadania é a manifestação republicana e democrática da solidariedade humana em sua experimentação mais amadurecida e racional do homem; é o sentimento da sociabilidade política vivida em sua condicionante jurídica legitimamente aprovada. Cidadão não é, pois, apenas uma forma de expor-se ao outro; é principalmente, uma forma de encontrar-se com o outro no espaço aberto e amplo da política; é uma forma de ser todos sem perder-se como indivíduo [...] ⁶³.

Espera-se, portanto, sejam também “garantidos” constitucionalmente todos os direitos sociais já, mas tão somente, proclamados.

A mera previsão dos direitos sociais é insatisfatória, é dever do Estado disponibilizar garantias efetivas e não apenas formais. Esta também foi a conclusão de Eduardo Mansano Bauman, a respeito do tema:

Se é certo que o direito de buscar no Judiciário a reparação a lesão ou ameaça de lesão a direito, constitui princípio constitucional, é também verdadeiro que o Estado tem por objetivos fundamentais os de criar uma sociedade livre, justa e solidária, garantindo o bem de todos. É para este fim que exerce o Estado a administração pública. Nesta função, são criadas normas

⁶³ Carmen Lúcia Antunes ROCHA. **República e federação no Brasil – traços constitucionais da organização política brasileira**. Belo Horizonte: Livraria Del Rey, 1997, p. 111.

reguladoras da convivência social, ressaltando-se o compromisso de tornar efetiva a aplicação de tais preceitos.⁶⁴

Ou seja, é preciso passar da proclamação à efetivação dos direitos sociais.

4. Conclusões

O primeiro passo, inescapável diante do tema proposto para este artigo, foi delimitar suficiente e satisfatoriamente o que realmente representa “efetividade” na atual processualística civil brasileira. Até melhor, em sede de direito comparado, estendeu-se o conceito de efetividade para grande parte dos ordenamentos jurídicos internacionais.

Assim sendo, chegou-se à concepção de que “efetividade”, em linhas mestras, é o alcance imediato da finalidade precípua do processo, proporcionando à parte a tutela jurisdicional mais adequada, reconhecendo e realizando o direito material de forma rápida, satisfatória e segura, tudo isso com comprometimento social e realização virtuosa do “justo”, garantindo a paz social. Certamente não se erra ao enunciar a efetividade também como princípio programático do processo civil moderno, implícito no princípio constitucional do devido processo legal e da justiça das decisões jurisdicionais.

Primeiro conteúdo de inoxidável heurística foi, partindo-se do conceito doutrinário construído, a constatação da aproximação cada vez maior e inevitável entre a ciência processual (o processo) e o direito material, como numa estreita ligação entre causa e efeito ou forma e conteúdo ou de raríssima intimidade. Foi certamente a superação da fase incipiente de afirmação da autonomia do direito processual frente ao direito material até a perfeita visualização da relação de interdependência e interpenetração entre ambos. Evoluiu-se, para melhor, daquela velha concepção do processo visto como mero “instrumento técnico para a composição de conflitos” para a revelação de um “processo substancial ou material” ou ainda da verificação da “substancialidade do processo”, ou melhor, como meio de atuação do direito material,

⁶⁴ Eduardo Mansano BAUMAN. **O processo civil e a efetividade dos direitos fundamentais**. 2003. 175f. Dissertação de mestrado, Pontifícia Universidade Católica de Campinas, Campinas, 2003, p. 124.

longe de ser um fim em si mesmo, mas destinado a sua realização com comprometimento e meio de modificação social e preservação da paz social e da ordem jurídica justa.

Obviamente não se negou em momento algum a importância da técnica processual bem aplicada e rebuscada. O que se fez foi criticar duramente o “processualismo”, ou seja, o formalismo exacerbado transformando o processo num obstáculo formal para a realização do direito, fim de si mesmo.

Uma vez alcançado referido conceito ou mesmo enunciado este recente “princípio processual”, chegou-se de forma inexorável à constatação de sua absoluta necessidade na processualística civil brasileira e também de todos os países que sofrem com um sistema de distribuição de justiça demorado e burocrático.

Mencionada necessidade, qualificada como “absoluta”, deveu-se à verificação de verdadeira “crise” que assola o Poder Judiciário nacional e, indubitavelmente, afeta quase que de morte a boa “distribuição da justiça” e, destarte, compromete a realização do “justo”. Houve, nesta passagem, a oportunidade de discorrer, ainda que perfunctoriamente, sobre a maioria dos “fatores” geradores dessa crise.

Neste momento do trabalho, apesar de seu trato científico, frutificam contribuições práticas, como sugestões e possíveis soluções – oxalá aplicadas nas aguardadas “Reformas do Poder Judiciário” brasileiro – para amenizar o quadro atual. Assim, mister dar um basta na repetição exaustiva dos problemas e fatores geradores da crise, reafirmando a todo tempo que o “Terceiro Poder” está em crise. Cumpre encontrar soluções, com a união de todos os segmentos da sociedade e com o envolvimento dos mais variados ramos da ciência, e colocá-las em prática para, paulatinamente, transformar a realidade vivida e tornar apto o Poder Judiciário a enfrentar os desafios destes novos tempos modernos.

Dada a multiplicidade de problemas e de fatores desencadeadores e complicadores da referida crise, fundamental a consciência que não será uma única medida ou “fórmula mágica” que tudo resolverá. Um conjunto de medidas e ações deverá ser implementado e os resultados conquistados em longo prazo.

Não se pretende, demagogicamente, culpar exclusivamente o Estado pelas atuais condições do Poder Judiciário, não destinando os recursos suficientes para a sua

reestruturação física, tecnológica e humana. Sabe-se que o Estado também possui outros importantes deveres com a sociedade: segurança, educação, saúde, previdência e seguridade social, etc. e que os recursos são escassos para todas as necessidades, principalmente quando a máquina estatal necessita de reformas para um melhor funcionamento. Por outro lado, evidentemente também não se exime o governo de sua grande parcela de culpa diante de suas deficiências.

Entre as possíveis soluções e sugestões agora apontadas, pode-se citar entre as principais: a imediata reformulação dos procedimentos judiciais, valorizando ainda mais a oralidade e a informalidade, sem prejuízo para a segurança jurídica; o implemento de soluções legislativas “criativas”, ampliando o elastério das técnicas de sumarização, propiciando efetividade, mas salvaguardando ao mesmo tempo os princípios constitucionais; promover o maior barateamento das custas, taxas e emolumentos judiciais a fim de permitir maior acesso à justiça; o incentivo para a adoção de mecanismos extrajudiciais para a composição de conflitos que versem sobre direitos patrimoniais e disponíveis; incutir culturalmente no povo a aceitação da arbitragem para reduzir significativamente a demanda no Poder Judiciário; superar a cultura histórica e marcadamente “individualista” das demandas judiciais, incentivando a propositura de ações que interessem e vinculem mais a coletividade; o oferecimento da prestação jurisdicional de forma ininterrupta; uma maior especialização dos tribunais e juízos de primeira instância, criando ainda mais “varas especializadas”; conferir maiores poderes aos magistrados, valorizando sua “postura ativa” dentro da relação jurídica processual; punir mais severamente os atos meramente ou manifestamente procrastinatórios; desenvolver uma tutela jurisdicional mais “preventiva” de litígios, superando a tradição preponderantemente indenizatória por danos já sofridos; simplificar o processo executório; fomentar, através de incentivos fiscais ou de qualquer natureza lícita, a participação da iniciativa privada na melhoria das estruturas do Poder Judiciário; promover a integração entre o Poder Judiciário e as universidades brasileiras para o melhor desempenho dos serventuários e das diligências judiciais (Faculdades de Direito, Medicina, Psicologia, Ciências Sociais e Políticas; Filosofia, Estatística, Análise de Sistemas e Processamento de Dados e até Engenharia); propiciar maior participação popular junto ao Poder Judiciário a fim até de melhor conscientizar a população dos

procedimentos e para que haja melhor aceitação das decisões (democratização do Poder Judiciário); informatizar a maioria dos procedimentos e diligências judiciais, etc. Tudo isso, evidentemente, com a implementação de reformas no Estado (tributária e fiscal, previdenciária, judiciária, econômica, etc.) a fim de fornecer ao Poder Judiciário maior dotação orçamentária para a sua efetiva melhora e plena consecução de seus fins. A atuação governamental deve incidir diretamente sobre a sociedade para a melhoria significativa da educação do povo brasileiro, em todos os níveis, e para a diminuição das gritantes diferenças sociais que só faz aumentar a violência e o grau de “litigiosidade” entre a população. É sabido que esta é muito maior em países, como o Brasil, que sofrem de desagregação social, cultural e econômica. Não se trata de discurso político-demagógico, repita-se, e sim do atendimento ao que preconiza o artigo terceiro da Constituição Federal que estabelece entre os “objetivos fundamentais” da República Federativa do Brasil: “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 [...]”, etc.

Outro valor heurístico significativo neste contexto: diante da famigerada “crise do Judiciário”, muito comum tem sido a praxe entre os legisladores pátrios de engendrar “soluções legislativas” para tentar amenizar os problemas estruturais que afetam diretamente o Poder Judiciário. Não obstante algumas surtirem até alguns efeitos positivos, sabe-se que esta “solução” não resolve os problemas. Pelo contrário, só os fazem proliferar. Soluções legislativas processuais não têm o condão mágico de substituir atitudes e intervenções governamentais.

Muitas das “soluções legislativas” inventadas para sanar problemas estruturais infelizmente têm mitigado alguns dos princípios basilares da ciência jurídica.

Neste diapasão de idéias, também corolário da “efetividade”, há a flagrante tendência de “constitucionalização do processo civil hodierno”. Ou seja, o encontro da efetividade processual deve ser o objetivo incessante dos operadores do direito, mas há que se preservar sempre os princípios basilares da ciência processual civil. Por isso, à condição de garantia constitucional máxima, foram galgados os princípios do processo civil, consubstanciando-se nos “princípios do processo civil” previstos na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

Grande destaque para o princípio processual e agora constitucional do “devido processo legal”, certamente o mais importante de todos, vez que conseqüência de uma série de outros, tais como: princípio da isonomia, princípio do contraditório, princípio da publicidade dos atos processuais, princípio da motivação das decisões judiciais, princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional, princípio da proibição da prova ilícita, princípio do juiz e do promotor natural e princípio do duplo grau de jurisdição.

Ademais, o “due process of law” – expressão inglesa do princípio – é garantia expressa da própria efetividade na medida em que significa o efetivo “acesso à justiça”, com a inafastabilidade da jurisdição estatal e o oferecimento da tutela jurisdicional mais adequada à parte que dela necessitar, com todas as prerrogativas processuais. Aumentando ainda mais o conteúdo de suas significações, o devido processo legal identifica-se com a efetividade e é também o caminho para a realização da “cidadania”.

Aliás, uma análise cuidadosa da evolução do direito processual civil, desde o seu surgimento na Península Ibérica, notadamente em Portugal, até a sua criação e desenvolvimento no Brasil, com marcada influência italiana, alemã e argentina, permite verificar que a “efetividade” tem sido o “conteúdo programático” das últimas codificações.

As mais recentes alterações promovidas no Código de Processo Civil brasileiro são remédios salutares para a cura da morosidade procedimental e vão perfeitamente ao encontro dessa tão pretendida e sonhada “efetividade”. *Verbi gratia*, a par de inúmeras modificações na sistemática do processo de conhecimento e na seara recursal, significativas foram as alterações no regime da “tutela antecipada” e da “tutela inibitória” ou “tutela específica das obrigações de fazer ou dar coisa certa”, criando entre os artigos 273, 461, ambos do Código de Processo Civil e ainda o artigo 84 do Código de Defesa do Consumidor, um verdadeiro “microssistema de tutelas de emergência”.

É a adoção cada vez maior de “técnicas de sumarização”, sem o comprometimento da segurança jurídica que permite, ao lado da previsão de provimentos mandamentais e executivos *lato sensu*, a realização mais efetiva dos direitos.

Apesar das recentes modificações merecedoras de aplausos, grande crítica foi disparada ao “processo de execução brasileiro” que, apesar de ser o mais importante, dada a sua função de dar “concretude” ao direito da parte anteriormente reconhecido ou mesmo inerente a um título extrajudicial, tem se revelado o portador do mais alto índice de ineficácia e, por isso, merecedor do descrédito popular.

Infelizmente verificou-se que, sem negar o conteúdo programático de suas normas, os “direitos sociais” previstos na Constituição Federal não possuem efetividade, pois não existem garantias efetivas para a sua proteção, diferentemente do que ocorre com os direitos individuais fundamentais. A previsão do “acesso à justiça” é quase que meramente formal, estando longe de sua necessária substancialidade.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS:

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Controle judicial dos atos administrativos**. RDP 65/27.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. **Temas de direito processual civil** - quarta série. São Paulo: Saraiva, 1989.

BAUMAN, Eduardo Mansano. **O processo civil e a efetividade dos direitos fundamentais**. 2003. 175f. Dissertação de mestrado, Pontifícia Universidade Católica de Campinas, Campinas, 2003.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Direito e processo: influência do direito material sobre o processo**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

BOBBIO, Norberto. **Liberalismo e democracia**, p. 19 *apud* SUNDFELD, Carlos Ari. **Fundamentos de direito público**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

CALAMANDREI, Piero. **Derecho procesal civil**. Vol I. Tradução Santiago Sentis Melendo. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1962.

CALMON DE PASSOS, José Joaquim. **Instrumentalidade do processo e devido processo legal**. Revista de Processo, São Paulo, v.1, nº 102, p. 55-67, abr./jun. 2001.

COMOGLIO, Luigi Paolo. **Il 'giusto processo' civile nella dimensione comparatistica**. Revista de Processo, São Paulo, v.1, n. 108, p. 133-183, out./dez 2002.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 3. ed. Coimbra: Livraria Almedina, 1999.

CARRAZA, Roque Antônio. **Curso de direito constitucional tributário**. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

CRUZ E TUCCI, José Rogério. **Lineamentos da nova reforma do CPC**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Execução Civil**. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 1997.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

DWORKIM, R. M. **Es el derecho un sistema de normas**. Filosofia do direito. Tradução Javier Sainz de Los Terreros. Cidade do México: Fondo de Cultura Econômica, 1980.

GRECO FILHO, Vicente. **Direito processual civil brasileiro**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

GRECO, Leonardo. **A execução e a efetividade do processo**. Revista de Processo, São Paulo, v.1, n. 94, p. 34-66, abr./jun. 1999.

LIEBMAN, Enrico Túlio. **Processo de Execução**. São Paulo: Saraiva, 1968.

LOPES, João Batista. **Tutela antecipada no processo civil brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2001.

MARINONI, Luiz Guilherme. **A antecipação da tutela**. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

MARQUES, José Frederico. **Instituições de direito processual civil**. Vol I. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1963.

MEIRELLES, Helly Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 1993..

MENDONÇA JÚNIOR, Delosmar. **Princípios da ampla defesa e da efetividade no processo civil brasileiro**. São Paulo: Malheiros, 2001.

MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional**. 4. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1990.

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2001.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS – OEA. **Relatório sobre a situação dos direitos humanos no Brasil.** Secretaría Géral Organização dos Estados Americanos. Washington, D.C., 1997

PACHECO, José da Silva. **Evolução do processo civil brasileiro.** Rio de Janeiro: Editor Borsoi, 1972. PACHECO, José da Silva. **Evolução do processo civil brasileiro.** Rio de Janeiro: Editor Borsoi, 1972.

REDENTI, Enrico. **Derecho procesal civil.** Tradução Santiago Sentis Melendo. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1957.

ROCCO, Ugo. **Teoria general del proceso civil.** Tradução Felipe de J. Jena. México, DF: Editorial Porrúa S.A., 1959.

ROCHA, Carmen Lúcia Antunes. **República e federação no Brasil – traços constitucionais da organização política brasileira.** Belo Horizonte: Livraria Del Rey, 1997.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo.** 13. ed. São Paulo: Malheiros, 1997.

SUNDFELD, Carlos Ari. **Fundamentos de direito público.** 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

TARUFFO, Michele. **A atuação executiva dos direitos: perfis comparativos.** Revista do Processo, São Paulo, v.1, p. 59-72, jul./set. 1990.

TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. **O aprimoramento do processo civil como garantia da cidadania.** As garantias do cidadão na justiça.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de direito processual civil**. Vol I. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Direito e processo**.

TROCKER, Nicolò. **Processo civile e costituzione**. Milano: Guiffrè, 1974.

YARSHELL, Flávio. **Tutela jurisdicional específica nas obrigações de declaração de vontade**. São Paulo: Malheiros, 1993.

ZAVASCKI, Teori Albino. **Da antecipação da tutela**. São Paulo: Saraiva, 1997.