

# PROCESSO E CIDADANIA: A CONSTRUÇÃO DE UM MODELO DE TUTELA JURISDICIONAL RACIONAL E GARANTIDORA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Márcio Manoel Maidame<sup>1</sup>

## RESUMO

Este estudo trata do atual estágio sobre a visão adequada do papel da tutela jurisdicional, de acordo tanto com a Constituição Federal de 1988 e suas reformas, quanto da recente alteração do texto da Lei máxima, colocando como garantia fundamental do cidadão a duração razoável do processo. Quer-se demonstrar, nestas linhas, que um sistema processual capaz de declarar direitos e, também, executar essa declaração é pedra fundamental para construção de uma cidadania mais participativa, inclusiva e da distribuição mais justa dos recursos econômicos em prol da vigência dos direitos fundamentais.

## PALAVRAS-CHAVE

Processo Civil; Efetividade; Cidadania; Direitos Fundamentais; Direitos humanos.

## ABSTRACT

*This study deals with the current stage on the vision of the role of judicial protection, in accordance with the Federal Constitution of 1988 and his reforms, when the recent amendment of the text of the law, posing as fundamental guarantee of the citizen the reasonable duration of the process. It's seeking to demonstrate that a procedural system able to declare rights and, also, enforce this statement is cornerstone to building a more inclusive and participatory citizenship of fairer distribution of economic resources in order of fundamental rights.*

## KEY WORDS

*Civil Procedural Law; Effectiveness; Citizenship; Background Rights; Human Rights.*

## Introdução

No Brasil, os básicos e comezinhos direitos fundamentais (reconhecidos e prometidos) ainda não são garantidos pelo Estado, mas há de se reconhecer que, do ponto de vista de regulamentação, nossa Constituição Federal é avançada, pois contempla estes direitos de maneira minudente.

Neste estudo quer-se demonstrar que sem a articulação do direito processual ao direito material, promessas de direitos tornam-se palavras vazias (as regras jurídicas como mera “satisfação moral” ao cidadão, ou “substituto simbólico” ao efetivo direito – nas palavras de Galanter. (*apud* CAPPELLETTI e GARTH, 1988, p. 68). Como ensina Arruda Alvim (1993, p.

---

<sup>1</sup> - Doutor em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais. Mestre pela FADISP. Especialista em Direito Processual Civil pela PUC/SP. Professor da FAAT – Faculdades, nos cursos de Graduação e Pós-Graduação em Direito, onde também coordena o Núcleo de Prática Jurídica. Advogado.

180), “sem a articulação do direito processual civil ao direito material, na ordem prática, a proteção somente deste último revelar-se-ia sem grandes objetivos práticos, porque não ancorados numa tábua de instrumentos destinados a tornar eficaz o direito material, construído em torno de valores contemporâneos, em que se pretende traduzir um sentimento adequado de justiça.”

Em outras palavras, quer-se demonstrar neste estudo que a efetividade das garantias processuais dadas ao cidadão constitui-se na mais valiosa ferramenta de satisfação dos direitos já proclamados – especialmente àqueles ligados às prestações positivas do Estado, que exigem a distribuição do produto da arrecadação para suprir direitos que concretizam a promessa constitucional de sociedade mais justa, em detrimento dos interesses das classes mais poderosas, capazes de influenciar com maior poder de persuasão as escolhas e prioridades de gasto governamental.

### **1.1 O direito fundamental à tutela jurisdicional: direito fundamental carente de concretização**

O que são direitos fundamentais? Segundo Alexy (2001, p. 62), uma norma “independientemente de su pertencia a un determinado orden jurídico o Constitución, puede ser identificada como norma de derecho fundamental”, se atender a três requisitos, a saber: ser firmada pela autoridade competente, (FERRAJOLI, 2001, p. 19) vincular-se à temática dos direitos fundamentais e possuir “fundamentación iusfundamental correcta”, ainda que fora do texto constitucional (MIRANDA, 1993, p. 7 e ALEXY, 2001, p. 73-74).

Jorge Miranda (1993, p. 8) não refuta a importância da previsão formal dos direitos fundamentais, mas objeta que se só sua expressa previsão os definisse, “... seria o mesmo que admitir sua não consagração.”

Por isso, o conteúdo da norma, ainda, prevalece em sua definição como “fundamental”, especialmente se veicular valores inerentes à própria noção de pessoa. Assim, deve-se admitir que normas de caráter infraconstitucional, ou mesmo de direito internacional, veiculem direitos fundamentais, como ensina MIRANDA (1993, p. 9/10), *verbis*:

*“... por os direitos fundamentais poderem ser entendidos prima facie como diretos inerentes à própria noção de pessoa, como direitos básicos da pessoa, como os direitos que constituem a base jurídica da vida humana no seu nível actual de dignidade (...) há (ou pode haver) normas de Direito ordinário, interno e internacional, atributivas de direitos equiparados aos constantes de normas constitucionais.”*

Nem seria necessário dizer que os direitos fundamentais são materialmente constitucionais, dotados, pois, de uma *supremacia* (na lição de DWORKIN, 2002, p. XV), característica das regras e princípios constitucionais (MARTÍNEZ, 1996, p. 72).

## 1.2 Tutela jurisdicional expedita e célere como direito fundamental e sua concretização

Fixada esta premissa, há de se salientar que a EC 45/04 elevou a *status* de direito fundamental, ao positivizar o inc. LXXVIII do art. 5º, a garantia de razoável duração do processo.

Além de constituir direito fundamental, as garantias de um processo justo, célere e efetivo podem ser consideradas, também, como integrantes do catálogo dos direitos humanos, como ensina Fernando Gonzaga Jayme (a, 2005, p. 3):

*“A identificação dos conteúdos dos direitos fundamentais e dos direitos humanos é de fácil constatação: basta cotejar o art. 5º da Constituição da República com os Tratados de Direitos Humanos, uma vez que a Constituição de 1988 consagrou um extenso rol de direitos fundamentais coincidentes com os constantes nestes tratados, algumas vezes, de forma até mais abrangente.”*

Ontologicamente, porém, não se pode defender que direitos humanos e direitos fundamentais sejam de igual natureza, embora tenham em comum a ideia de supremacia e de fundamentação na dignidade da pessoa humana. É nessa medida que, corretamente, se ensina que “os métodos e sujeitos da interpretação e os instrumentos existentes para concretização de uns e outros são distintos.” (JAYME a, 2005, p. 3)

No entanto, reconhecido o caráter fundamental, veiculador da dignidade humana e de vinculação aos direitos humanos, há de se reconhecer que a garantia à duração razoável do processo não trouxe um fruto sequer para o aprimoramento do acesso à justiça. (JAYME b, 2008, p. 254)

A EC 45/04, embora tenha positivado um poderoso instrumento para dirigir uma reinterpretção da tutela jurisdicional, pouco de concreto trouxe ao cidadão brasileiro, especialmente se entendermos a garantia de acesso à justiça em tempo razoável como direito a um instrumento que “serve para determinar duas finalidades básicas de um sistema jurídico – o sistema pelo qual as pessoas podem reivindicar seus direitos e/ou resolver seus litígios sob os auspícios do Estado. Primeiro, o sistema deve ser igualmente acessível a todos; segundo, ele deve produzir *resultados que sejam individual e socialmente justos*”, na expressão CAPPELLETTI e GARTH (1988, p. 98).

Malgrado, até então, *este novo direito fundamental* (e é importante frisar que trata-se de novo, pois um dos subterfúgios para negar a mudança é defender que esta garantia já estava “implícita” no texto constitucional), não tem servido para reinterpretção de nenhum dos institutos do direito processual vigente (“*imobilismo conceitual*” na feliz expressão de Fernando Gonzaga Jayme), a denunciar que nossos tribunais ainda não assimilaram a lição de que “a garantia da democracia e, por conseguinte, dos direitos humanos, é constituída pelo processo, não em dimensão meramente formal, mas no seu sentido concreto...” (JAYME a, 2005, p. 8)

Porém, a doutrina já faz a conexão entre o direito humano de acesso à justiça e garantia de execução (efetivação) dos julgados, como se vê em estudo monográfico de Danielle Annoni (2006, p. 181) sobre o tema:

*“No entanto, não se pode reduzir o direito de acesso à justiça em um prazo razoável ao mero cumprimento dos prazos legais por parte do Poder Judiciário e das partes envolvidas no processo. É preciso ter-se claro que o direito de acesso à justiça em um prazo razoável é uma garantia do ser humano face ao Estado contemporâneo, e não um mero recurso do Poder Judiciário. Isso implica dizer que todos os Poderes estatais são responsáveis por sua efetivação, respondendo a União pela reparação e indenizações oriundas de uma violação.”*

Estas ideias são assim defendidas porque o princípio da prestação jurisdicional célere e o acesso à justiça não são preceitos meramente formais – que se concretizam com a estrita garantia de que *petições serão analisadas por magistrados*. O *acesso à justiça efetiva* é o chamado *acesso a uma ordem jurídica justa* que tem como corolário a obtenção (dentro dos *verdadeiros limites*) concreta do direito postulado.

É hora de este substrato teórico passar a fazer parte da *práxis*, fomentando a jurisprudência nacional a dar os contornos realmente necessários às garantias constitucionais de acesso à justiça e efetividade da jurisdição, em tempo razoável, pois “a margem de discricionariedade política também se reduz diante de compromissos e padrões internacionais oficialmente chancelados de atendimento a certos direitos e mesmo quanto à forma de cumprimento de certos deveres pelo Estado.” (BUCCI, 2013, p. 100)

### **1.3 Acesso à Justiça como garantia ligada à efetivação de direitos. Necessária distinção entre celeridade e efetividade. Execução como aspecto central da jurisdição.**

No direito brasileiro há um entendimento equivocado de que a garantia de acesso à justiça e uma das subgarantias decorrentes desta, a da duração razoável do processo, estão ligadas à celeridade de tramitação do feito na fase de cognição, excluída a fase executiva, o que afigura bradante equívoco. Veja-se, por todos, a lição de Nelson Nery Jr. (2009, p. 314), para quem a garantia constitucional de duração razoável é assim conceituada:

*“O princípio da duração razoável possui dupla função, porque, de um lado, respeita ao tempo do processo em sentido estrito, vale dizer, considerando-se a duração que o processo tem desde seu início até o final com o trânsito em julgado judicial ou administrativo (...). O prazo razoável é garantido para que o processo se inicie e termine, incluída, a fase recursal, já que só se pode entender como terminado o processo no momento em que ocorre o trânsito em julgado, isto é, não couber mais recurso contra a última decisão proferida no processo.”*

É lamentável que até mesmo autores deste escol enxerguem a garantia de duração razoável do processo de maneira apequenada somente à *fase de conhecimento* (que após a reforma de 2005/2006 nem sequer mais “termina” o processo), sem se atentar que a *ratio* da tutela jurisdicional não é (somente), via de regra, o acertamento da relação jurídica, mas, sim (e

fundamentalmente), a outorga concreta do bem da vida disputado. Frise-se que, “sob o aspecto material, o acesso à justiça associa-se à noção de efetividade do processo enquanto instrumento hábil para realizar o direito material, o que *conduz o enfoque da questão para a análise da duração dos processos*” (JAYME b, 2008, p. 254). Vale dizer, com Barbosa Moreira (2001, p. 5), que “será efetivo o processo que constitua instrumento eficiente de realização do direito material.”

Um sistema de tutela jurisdicional que não garanta a executoriedade das suas decisões não é um sistema sério: *é impotente e sem força, é inútil, incapaz*; é ilusório, é sintoma de um *Estado de Direito de Fachada*; e nem os cidadãos, tampouco os *outros órgãos estatais* levam a sério uma Justiça que não possa fazer valer suas decisões, como observou o Ministro do Tribunal Constitucional Alemão e Doutor em Direito Processual Civil pela Universidade de Dresden e Professor da mesma disciplina na Universidade Leibniz, de Hannover, Professor Reinhard Gaier (2010, p. 81), *verbis*:

*“A regra geral preceitua que um tribunal só pode funcionar efetivamente no interesse do cidadão que lhe procura, se suas decisões também puderem ser executadas.*

*Se uma sentença se esgota na simples declaração de uma relação jurídica ou na mera pronúncia de um comando condenatório, sem que a decisão possa ser cumprida, mesmo contra a vontade da parte, a atividade judicial resta incompleta. A parte vencedora frequentemente não tem mais do que um pedaço de papel nas mãos e fica, em última análise, dependente da boa vontade da parte contrária para obter seu direito.*

*Se um tribunal puder dar ao jurisdicionado, que busca proteção jurídica, apenas uma tutela de tal modo limitada, sofrerá ele um sensível prejuízo na sua autoridade. Um tribunal assim impotente e sem força mostra-se ao jurisdicionado como um torso inútil, incapaz de permitir que o Direito prevaleça. Na melhor das hipóteses, produz a ilusão de uma fachada de Estado de Direito; e nem os cidadãos, tampouco os órgãos estatais, levam a sério uma Justiça que não possa fazer valer suas decisões.”*

Por isso, celeridade é sim entendida como a qualidade do processo rapidamente declarar os direitos em jogo, mas efetividade é instituto diretamente ligado à execução ou, no idioma Inglês, *enforce*, ideia que se liga imediatamente na transformação do mundo concreto, como ensina Henry Campbell Black (1910, p. 425): “*Enforce. To put into execution; to cause, to take effect; to make effective; as, to enforce a writ, a judgment, or the collection of a debt or fine.*”

Miguel Fernández-Ballesteros (2001, p. 13) disse, com propriedade, que

*“... así todas las actividades necesarias para que la tutela sea ‘efectiva’ – como quiere el art. 24, I. de nuestra Constitución – están encomendadas al proceso de ejecución; de ahí su importancia científica y práctica.”*

Um processo célere e ineficaz remete à ideia de um belíssimo viaduto, com vigas estaiadas, pistas de rolamento duplicadas ou triplicadas, mas que liga um congestionamento a outro. Na expressão de Giorgio Costantino (2005, p. 30), não basta o sistema processual garantir institutos de aceleração, como os de tutela de urgência, se não tem instrumentos para, depois, realizar a prestação reconhecida na decisão judicial, *verbis*.

*“In riferimento ai processi esecutivi, occorre ricordare il ruolo fondamentale della esecuzione forzata nell’ambito della tutela giurisdizionale: non basta ottenere il riconoscimento o la atribuzione di un diritto, ovvero un provvedimento anticipatorio, né prevedere titoli esecutivi stragiudiziali se non si dispone anche degli strumenti per realizzare coattivamente quel diritto nel caso di mancata cooperazione del soggetto o dei soggetti obbligati. (...) L’esecuzione forzata, nel suo complesso, tuttavia, costituisce il settore della giustizia civile che presenta più limitati margini di efficienza.”*

A definição de processo deve levar em consideração a fase executiva, esta sim, realizadora dos direitos em jogo. Processo é, pois, “o procedimento que se desenvolve em contraditório entre os interessados, na fase de preparação do ato final e entre o ato inicial do procedimento de execução até o ato final, aquele provimento pelo qual é julgada extinta” – na perfeita definição de Aroldo Plínio Gonçalves (1992, p. 96).

Este é o problema do processo civil brasileiro. Bibliotecas inteiras são escritas com loas às “técnicas de aceleração” do processo, sem quase nenhum reclamo da doutrina, chancelando a verdadeira e única máxima do processo civil brasileiro: “*ganha, mas não leva*”.

Para demonstrar o quão pernicioso é este estado de coisas, quer-se, ainda, explorar outros dois aspectos do problema da baixa efetividade do sistema processual brasileiro, no tocante à execução dos julgados.

### **1.3.1 O aspecto econômico da efetividade da jurisdição**

Existe um componente econômico que não pode ser ignorado pelo operador do direito na análise jurídica deste problema. Como o Poder Judiciário simplesmente não tem demonstrado ter força para impor o cumprimento de suas decisões, o processo acaba se tornando uma espécie de financiamento que, embora relativamente caro, é quase ilimitado – como observou Leonardo David Quintiliano (2012, p. 15).

Tal fenômeno passa a tomar atenção dos operadores do direito, como ressalta Min. Humberto Gomes de Barros (2002, p. 3/4), *verbis*:

*“O Poder Judiciário brasileiro é vítima de um defeito, intolerável nesta época dominada pelo economismo: a baixíssima relação custo-benefício.*

*De fato, o Judiciário passa anos a trabalhar, na solução de determinada pendência. Nessa tarefa, põe em movimento estrutura gigantesca, ocupando verdadeira multidão de agentes e órgãos, localizados em diversas unidades da Federação. De tanto labor resulta, entretanto, documento cuja força, normalmente, é inferior àquela contida na mais singela das cártyulas comerciais: a duplicata não aceita. Enquanto a duplicata adquire força executiva mediante simples protesto, a sentença necessita passar por novo processo (o de liquidação), tão complicado quanto aquele que a gerou. Só então – depois de liquidado – o preceito judicial adquire força executiva.*

*Tanta desproporção entre esforço e resultado faz lembrar o parto da montanha, da velha fábula de Esopo, reduzida por Horácio, na expressão ‘parturient montes, nascetur ridiculus mus’. A montanha contraiu-se, revirou-se, urrou e, finalmente, pariu... um rato, desprezível e impotente.*

*Nosso Poder Judiciário imita a montanha: após vários anos de barulhenta movimentação, dá à luz uma sentença ilíquida, gongórica e inútil.*

*A ineficiência da Jurisdição é potencializada quando se trata de sentença condenando o Estado a algum pagamento em dinheiro. Então, a Sentença, além de ser desobedecida, é praticamente inexecutável. O preceito judicial transforma-se em precatório – mero pedido dirigido à Administração, para que reserve, em futuro orçamento, dinheiro suficiente ao cumprimento da condenação. Não há prazo peremptório relativo ao cumprimento, nem sanção eficaz para a desobediência.”*

O Poder Judiciário, especialmente os órgãos de cúpula, não se dão ao respeito (na verdade, não respeitam os direitos que deveriam tutelar). O Poder Judiciário precisa entender que é um “player” no mundo econômico, assumindo sua posição como participante das decisões econômicas e políticas. A maior ou menor complacência do Poder Judiciário com o descumprimento de direitos e obrigações molda o comportamento de outros agentes políticos e econômicos, fomentando (ou restando) inadimplementos ou infrações à lei.

Para tanto, é necessário entender um modo diferente de analisar o fenômeno jurídico – a corrente denominada *Análise Econômica do Direito* (AED). Nomes como Richard Posner, Guido Calabresi, Ronaldo Coase – entre outros – despontam como autoridades deste método de pensamento jurídico.

Os estudos que ligam *direito e economia* tomam corpo de um *movimento jus-filosófico* depois de 1957 (POSNER a, 2010, p. 5), ano da defesa da tese de doutorado de Gary Becker, na Universidade de Chicago, sobre os impactos econômicos da política de discriminação racial nos EUA.

Para esta corrente (POSNER b, 2007, p. 473),

*“o pressuposto básico da economia que orienta a versão da análise econômica do direito... é o de que as pessoas são maximizadoras racionais de suas satisfações – todas as pessoas (com exceção de crianças bem novas e das que sofrem graves distúrbios mentais), em todas as suas atividades (exceto quando sob influência de transtornos psicóticos ou perturbações semelhantes que decorrem do abuso de álcool e drogas) que impliquem em uma escolha.”*

Em outras palavras, a *Análise Econômica do Direito* pode ser sintetizada pela “aplicação da teoria econômica, em especial, seu método, para o exame da formação, estruturação e impacto da aplicação das normas e instituições jurídicas.” (RIBEIRO e GALESKI, 2009, p. 53)

Forte no racionalismo (NAVES, 2007, p. 24), a AED – em breves linhas – funda-se na análise do comportamento dos indivíduos, em razão de seus interesses econômicos dentro da sociedade, para fundamentar as normas jurídicas ou decisões no campo judicial, com especial atenção na *eficiência* das relações humanas. Esta especial atenção na eficiência implica que a AED tem um cunho eminentemente *pragmático* (ALVAREZ, 2006, p. 50), na medida em que não só o economista, mas também o aplicador do direito, devem estar atentos às consequências de suas decisões.

Não se ignora a existência de importante crítica desta corrente, que a vê como um meio de inserir no debate jurídico ideais e valores em contraste com nossa Constituição (NUNES, 2008, p. 161). No entanto, no específico ramo do processo de execução, *data venia*, entende-se que a análise econômica deve, sim, ser importante instrumento de fundamentação de decisões, tendo em vista que *as posições jurídicas já foram estabelecidas em outros quadrantes processuais*.

Jairo Saddi (2007, *passim*) faz um interessante estudo sobre *Crédito e o Judiciário no Brasil*, demonstrando como um sistema processual que não garante a fruição de direitos que não são voluntariamente cumpridos, em tempo razoável, *impacta no desenvolvimento econômico do país*. Isto porque um Judiciário fraco, dependente, leniente e pusilânime – como é o Judiciário brasileiro – não tem a capacidade de impor a quem quer que seja o cumprimento forçado das obrigações reconhecidas em sentença – especialmente ao Estado.

Por outro lado, utilizar regras e interpretações “frouxas” que permitam usar o processo como meio de “rolar” dívidas e procrastinar deveres implica em transformar o aparato judiciário como uma espécie de agência de fomento financeiro, sem nenhum risco. Explica-se: a realidade vigente, na qual o *tempo processual* está em desacordo com o *tempo real*, pode servir para postergar artificialmente o cumprimento de deveres indiscutíveis (DUARTE, 2007, p. 107), o que acaba por gerar o comportamento de *litigância doentia* (*sham litigation* – TAVARES, 2011), fruto desta própria incompetência operacional do Poder Judiciário, que se retroalimenta, gerando um círculo vicioso. *Frise-se que o Judiciário é parte do Estado brasileiro e mantém, consigo, as mazelas daquele: nepotismo, desorganização, ausência de planejamento estratégico e gestão, corrupção, incompetência funcional, descrédito, leniência com os poderosos, apadrinhamentos – são todas “qualidades” que se observam no seio do Poder Judiciário, tanto quanto nos outros ramos do Estado nacional*.

O Judiciário, quando fomenta o estado de não cumprimento dos deveres e obrigações, produz uma crise de credibilidade geral, perante investidores e outros organismos. Assim, mecanismos de aprimoramento das atividades econômicas, como a obtenção de crédito, restam prejudicadas, pois esta captação fica à mercê da “(des)confiança” que o mercado deposita no pagamento dos empréstimos. Já sabedores que não há qualquer medida jurídica para impor o pagamento destas prestações, no caso de inadimplemento por parte do tomador, os empréstimos não são concedidos, ou o são com *juros maiores* do que aqueles praticados, ainda, são realizados mediante *garantias reais*, o que torna bastante dificultosa a obtenção de crédito.

Em suma! O Judiciário inoperante e inefetivo encarece *todas as operações de crédito* (SADDI, 2007, p. 20; e PINHEIRO, 2009, p. 115). A ineficiência do Poder Judiciário acaba impactando naquilo que se chama “custo Brasil”, encarecendo todas as operações financeiras e,



em especial, o *spread bancário* (SADDI, 2007, p. 158). O Poder Judiciário, atualmente, acaba por ser equiparado a um “agente de mercado” (TIMM e MACHADO, 2010), uma vez que suas decisões influenciam a atuação dos demais agentes econômicos, e não apenas nas estreitas relações inter partes (EYZAGUIRRE, 1996, p. 3).

### **1.3.2 O Poder Judiciário como integrante do “alto custo Brasil”: o impacto negativo na economia da demora processual**

Segundo os documentos dos grandes agentes econômicos mundiais, o Poder Judiciário pode ser um fator que aumenta a competitividade econômica de determinado país, ao cultivar três qualidades: (i) independência, (ii) previsibilidade de suas decisões e (iii) efetividade-celeridade processual. Em suma, a atuação do Judiciário pode ser redutora e, no caso brasileiro, *amplificadora de custos para toda a sociedade* (DAKOLIAS, 1996).

Já é clássico o estudo de Italo Andolina (1983, p. 13) sobre a relevância do tempo no processo. Diz o autor que a atividade jurisdicional,

*“come ogni altra attività umana, è necessariamente immerso nel tempo... Questa considerazione potrebbe sembrare addirittura banale se la situazione attuale di crisi della giustizia non avesse messo drammaticamente in evidenza l'importanza del rapporto tempo-processo, dimostrando eloquentemente, ove ve fosse stato bisogno, che una eccessiva durata delle fasi processuali si risolve in un sostanziale diniego de giustizia.”*

O respeito ao contraditório, a necessária homenagem a certos limites impostos pelos direitos fundamentais do devedor e a própria demora natural do processo são elementos que, juntos, *mantêm inalterado o estado de coisas que originaram o processo*. Esta manutenção do *status quo* prolonga no tempo o gozo que o devedor tem de algo que é do credor, mas que indevidamente está consigo e, conseqüentemente, implica para o credor aquilo que o autor chama de “*dano marginal*”. O dano marginal consiste *no prejuízo que o credor experimenta pelo decurso de tempo entre a petição inicial e a entrega efetiva do pedido pelo Judiciário, período em que fica privado de usufruir direito seu, enquanto o devedor permanece fruindo da coisa, ante a atávica incapacidade de o processo celeremente entregar a tutela jurisdicional*.

José Rogério Cruz e Tucci (1997, pp. 114 e 115), que estudou o processo sob o prisma do tempo, concluiu que a demora do processo tem evidente influência no direito objeto da lide, microscopicamente falando, e *no equilíbrio da economia, política e poder, numa visão macroscópica*. Resulta disso o fato de que certas regras que evidentemente aceleram o processo sejam ora estimuladas, ora sufocadas. Este jogo é *produto das forças políticas que se cristalizam na lei*, que podem, muitas vezes, se opor ao interesse verdadeiramente público.

Nisso se fundamenta o dano marginal, cuja síntese (ANDOLINA, 1983, p. 13), transcreve-se abaixo:

*“Questa situazione (cioè la permanenza del bene dedotto in obbligazione entro la sfera giuridico-patrimoniale del debitore), mentre per l’attore è fonte di un danno spesso assai rilevante (tant’è che egli ne chiede la rimozione), per il convenuto invece è condizione indispensabile per la realizzazione di un suo specifico interesse (tanto è vero che egli ne chiede la conservazione)... la situazione concreta che si staglia sullo sfondo di esso continua ad incidere negativamente sulla sfera dell’attore, accrescendo progressivamente la dimensione complessiva del suo danno; e, per converso, continua ad incidere positivamente sulla sfera del convenuto, accrescendo progressivamente la dimensione complessiva del suo vantaggio. (...) A me pare che l’ordinamento processuale non possa restare indifferente di fronte a questo fenomeno, ma debba anzi adottare un atteggiamento il più possibile adeguato a fronteggiarlo; per lo meno nella misura in cui voglia restare consapevole della propria funzione, e quindi, anche, delle proprie responsabilità. (...) Orbene, questa peculiare condizione di incertezza introduce nel processo civile una dimensione interna di conflitto: da una parte, infatti, vi è l’innegabile constatazione che l’introduzione del processo non vale ad instaurare tra le parti una sorta di ‘tregua della giustizia’, non vale cioè a disinnescare quei processi in atto nella realtà storica per i quali la posizione giuridico-patrimoniale dell’attore va progressivamente deteriorandosi a vantaggio di quella del convenuto; dall’altra vi è la drammatica percezione di impotenza di un processo il quale, stante la segnalata incertezza della qualificazione giuridica del danno marginale, non è in condizione, come sarebbe nelle sue migliori aspirazioni, di adottare un rimedio pienamente adeguato e tempestivo.”*

Nesta linha de pensamento, o “jogo de forças políticas operantes”, com o beneplácito do Poder Judiciário, engendrou um sistema de “não” efetividade do processo que deve ser repudiada, sendo dever do operador do direito buscar soluções para ultrapassar este estado de coisas.

Em resumo, “a morosidade [da justiça] também tem consequências sérias, tanto por estimular os agentes a se comportarem de forma oportunista, iniciando processos que têm poucas chances de ganhar, como por ser injusta com a parte que teve seus direitos feridos.” (PINHEIRO, 2009, p. 115)

Por um “Estado de Direito” pretende-se que a administração pública, entre outras coisas, respeite o cidadão, suas liberdades e patrimônio, na feliz expressão de Pablo Lucas Verdú (2007, p. 1). Entretanto, assiste-se a largas evidências de que o Brasil pode ser classificado como um “Estado de não Direito”, ou, se levarmos em consideração as lições de Reinhard Gaier, “... a ilusão de uma fachada de Estado de Direito.” (GAYER, 2010, p. 81)

### **1.3.3 A construção de um novo paradigma: ativismo judicial?**

Muitas vezes acusa-se algum membro do Poder Judiciário, que toma medidas mais enérgicas em determinado processo, de atuar contra a independência e harmonia entre os poderes. Mas, segundo Karl-Peter Sommermann (2003, p. 107), o direito à tutela jurisdicional não pode ser “só o direito formal e a possibilidade teórica de recorrer aos tribunais.”

Logo dois eixos centrais se colocam quando se busca um posicionamento judicial mais efetivo – especialmente na tutela de direitos que demandem uma prestação positiva do Estado (políticas públicas, medicamentos, educação etc.): o *ativismo judicial* e o *sel-restraint*.

Na teoria constitucional de *checks and balances* (CATALDO; KEMPIN Jr.; STOCKTON; WEBER, 1980, p. 115) caberia ao Poder Judiciário somente poder de censura das decisões tomadas pelo Executivo e Legislativo, não tendo respaldo para impor a realização de uma política pública – especialmente se estas políticas públicas implicarem em alocação de recursos.

Dois panoramas se abrem nesta senda, sendo complementares no entendimento: o (i) ativismo judicial e (ii) o estabelecimento de políticas públicas, via judicialização das decisões políticas. Neste sentido, explica Eugênio Rosa de Araújo (2012, p. 251), “... o ativismo judiciário pode ser descrito como uma atitude, decisão ou comportamento dos magistrados no sentido de revisar temas e questões – *prima facie* – de competência de outras instituições, ao passo que a judicialização da política, sendo mais ampla e estrutural, cuidaria de macrocondições jurídicas, políticas e institucionais que turbariam a transparência decisória no eixo da separação dos poderes.”

Já para Elival da Silva Ramos (2010, p. 251)

*. Não se trata do exercício desabrido da legiferação (ou de outra função não jurisdicional), que, aliás, em circunstâncias bem delineadas, pode vir a ser deferido p ela própria Constituição aos órgãos superiores do aparelho judiciário, e sim, da de “Ao se fazer menção ao ativismo judicial, o que está a referir é a ultrapassagem das linhas demarcatórias da função jurisdicional, em detrimento principalmente da função legislativa, mas, também, da função administrativa e, até mesmo, da função de governo scaracterização da função típica do Poder Judiciário, com incursão insidiosa sobre o núcleo essencial de funções constitucionalmente atribuídas a outros Poderes.”*

Mas esta é uma visão já ultrapassada – ou melhor – adequada a países que já resolveram seus problemas de garantia contra as violências e desigualdades sociais. No Brasil, o cidadão que não financia campanhas políticas e não é “fidalgo” e, portanto, não tem acesso aos préstimos estatais que os poderosos conseguem. A única saída, para os que não têm voz diretamente nos órgãos de governo, é buscar no Judiciário um mecanismo de colocar sua pauta de reivindicações ante ao Executivo e Legislativo (com o complementar embaraço de que seus pleitos possuem – via de regra – amparo na Constituição que, simplesmente, não “constitui a ação” dos agentes políticos), como pondera Lenio Streck (2006, p. 15).

Há de se considerar, ainda, que (i) somos um país de modernidade tardia, cuja implantação dos meios mínimos de um convívio social justo (via implementação de políticas de desenvolvimento social) não é, via de regra, voluntariamente observada, malgrado as promessas do texto constitucional (daí o cinismo da doutrina das “normas de eficácia contida”, mero instrumento de manutenção do *status quo*).

O processo judicial, essencialmente, transformador, só tem sentido se for dotado de instrumentos de coerção e sub-rogação suficientes para dobrar a mora do vencido. O Judiciário não pode ser passivo na hora de fazer valer os direitos reconhecidos em sentença. Não há

ativismo em cumprir o que foi decidido no processo, com a garantia de participação plena do ente público. Assim pensa Leonardo David Quintiliano: “*O problema, como se vê, não é a falta de ativismo, mas de efetiva atuação judicial.*” (2012, p. 39)

Logo, a discussão sobre a implementação fática das promessas já realizadas na Constituição refoge ao âmbito da discricção jurisdicional, especialmente em se tratando de *direitos já proclamados*. Como o STF já decidiu:

*“Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental. A questão da legitimidade constitucional do controle e da intervenção do Poder Judiciário em tema de implementação de Políticas Públicas, quando configurada hipótese de abusividade governamental. Dimensão política da jurisdição constitucional atribuída ao Supremo Tribunal Federal. Inoponibilidade do arbítrio estatal à efetivação dos direitos sociais, econômicos e culturais. Carácter relativo da liberdade de conformação do legislador. Considerações em torno da cláusula da ‘reserva do possível’. Necessidade de preservação, em favor dos indivíduos, da integridade e da intangibilidade do núcleo consubstanciador do ‘mínimo existencial’. Viabilidade instrumental da arguição de descumprimento no processo de concretização das liberdades positivas (direitos constitucionais de segunda geração).”<sup>2</sup>*

Por isso, não se deixa de reconhecer que pode, sim, haver “ativismo judicial” efetivamente desvirtuador da tripartição sadia de poderes, ou seja, exercício do poder judicante fora dos parâmetros de normalidade. Exatamente em razão desta possibilidade de abuso, exige-se das Cortes contenção (*self-restraint*), na exata lição de Ronald Dworkin (2012, p. 215):

*“[...] os tribunais deveriam permitir a manutenção das decisões dos outros setores do governo, mesmo quando elas ofendam a própria percepção que os juízes têm dos princípios exigidos pelas doutrinas constitucionais amplas, excetuando-se, contudo, os casos nos quais essas decisões sejam tão ofensivas à moralidade política a ponto de violar as estipulações de qualquer interpretação plausível, ou, talvez, nos casos em que uma decisão contrária for exigida por um precedente inequívoco.”*

Neste sentido, quando os órgãos competentes descumprem sistematicamente seus encargos e deveres, caberá ao Poder Judiciário corrigir os rumos da política estipulada de forma clara na Constituição. Especialmente quando a ação ou omissão política violam ou negam direitos derivados de cláusulas e garantias fundamentais, ainda que derivadas daquelas que a doutrina e/ou a jurisprudência chama de “normas de eficácia contida”, pois os direitos sob esta chancela concedidos “não podem converter-se em promessa constitucional inconsequente, sob pena de o Poder Público, fraudando justas expectativas nele depositadas pela coletividade, substituir, de maneira ilegítima, o cumprimento de seu impostergável dever, por um gesto irresponsável de infidelidade governamental ao que determina a própria Lei Fundamental do Estado.”<sup>3</sup>

---

<sup>2</sup> STF, decisão monocrática, MC-ADPF 45, rel. Min. Celso de Mello, j. em 29/04/2004;

<sup>3</sup> “[...] A INTERPRETAÇÃO DA NORMA PROGRAMÁTICA NÃO PODE TRANSFORMÁ-LA EM PROMESSA CONSTITUCIONAL INCONSEQUENTE. O carácter programático da regra inscrita no art. 196 da Carta Política – que tem por destinatários todos os entes políticos que compõem, no plano institucional, a organização federativa do Estado brasileiro – não pode converter-se em promessa

Evidentemente, impor obrigações inexequíveis não se compadece com a dignidade jurisdicional e nem pode o Judiciário ser considerado o milagreiro que, com sua pena mágica, resolverá todos os problemas dos direitos não garantidos pelo Estado – especialmente ante a ausência de recursos. Neste sentido (BARCELLOS, 2002, p. 245/246):

*“Em resumo: a limitação de recursos existe e é uma contingência que não se pode ignorar. O intérprete deverá levá-la em conta ao afirmar que algum bem pode ser exigido judicialmente, assim como o magistrado, ao determinar seu fornecimento pelo Estado. Por outro lado, não se pode esquecer que a finalidade do Estado ao obter recursos, para, em seguida, gastá-los sob a forma de obras, prestação de serviços, ou qualquer outra política pública, é exatamente realizar os objetivos fundamentais da Constituição. A meta central das Constituições modernas, e da Carta de 1988 em particular, pode ser resumida, como já exposto, na promoção do bem-estar do homem, cujo ponto de partida está em assegurar as condições de sua própria dignidade, que inclui, além da proteção dos direitos individuais, condições materiais mínimas de existência. Ao apurar os elementos fundamentais dessa dignidade (o mínimo existencial), estar-se-ão estabelecendo exatamente os alvos prioritários dos gastos públicos. Apenas depois de atingi-los é que se poderá discutir, relativamente aos recursos remanescentes, em que outros projetos se deverá investir. O mínimo existencial, como se vê, associado ao estabelecimento de prioridades orçamentárias, é capaz de conviver produtivamente com a reserva do possível.”*

A doutrina começa lentamente a debruçar-se sobre as influências econômicas do direito, em especial quando se analisam as obrigações estatais em “prestações positivas” e a possibilidade de o Poder Judiciário – sem a legitimidade do voto – estabelecer parâmetros para alocação de recursos estatais, que sempre são escassos diante de necessidades inesgotáveis.

Entretanto, há um consenso que a negligência do Executivo e do Legislativo em tutelar direitos já reconhecidos é inconstitucional, como alertam Cass Sustein e Stephen Holmes (2000, p. 52/53):

*“Some constitutional rights depend for their existence on positive acts by state, and the government is therefore under a constitutional duty to perform, not to forbear (...) Under the First Amendment’s protection of freedom of speech, states must keep streets and parks open for expressive activity, even though it is expensive to do this, and to do it requires an affirmative act. Under the protection against ‘takings’ of private property without just compensation, the government is probably under an obligation to create trespass law and to make it available to property owners, and a partial or complete repeal of the law of trespass – a failure to act, in other words, to protect private property – would likely be unconstitutional.”*

Evidentemente, é até natural uma limitação aos direitos individuais em prol da manutenção dos serviços à coletividade, na observação de que estes direitos têm custos e não nascem em árvores, na expressão de Flavio Galdino (2005, p 230).

---

constitucional inconsequente, sob pena de o Poder Público, fraudando justas expectativas nele depositadas pela coletividade, substituir, de maneira ilegítima, o cumprimento de seu impostergável dever, por um gesto irresponsável de infidelidade governamental ao que determina a própria Lei Fundamental do Estado. DISTRIBUIÇÃO GRATUITA, A PESSOAS CARENTES, DE MEDICAMENTOS ESSENCIAIS À PRESERVAÇÃO DE SUA VIDA E/OU DE SUA SAÚDE: UM DEVER CONSTITUCIONAL QUE O ESTADO NÃO PODE DEIXAR DE CUMPRIR. [...]” (STF, 2ª T., v.u., AgR em RE 393.175/RS, rel. Min. Celso de Mello, j. em 12/12/2006).

## **Considerações Finais**

À vista de tudo o que se discutiu fica, para a ponderação do leitor, como pode ser encarado o papel que se espera da jurisdição, neste século XXI, em sociedades como a brasileira, de tardia modernização.

Para que os direitos proclamados sejam, efetivamente, entregues a seus titulares, é necessário que a jurisdição exerça um papel mais central – como verdadeiro fomentador da implementação dos direitos, em especial dos direitos fundamentais.

Por isso, uma visão mais global do fenômeno processual, incluindo sua análise econômica e o jogo de poderes do Estado como elementos de compreensão do papel da jurisdição, se impõe.

Por tudo isso, projeta-se num maior engajamento dos cidadãos na busca destes direitos – no palco mais legítimo, que é o processo, para o aprimoramento das instituições e a consolidação dos direitos já há muito declarados na Constituição de 1988.

## **Bibliografia**

- ALEXY, Robert. *Teoría de los Derechos Fundamentales*. Trad. Ernesto Garzón Valdez. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2001.
- ALVAREZ, Alejandro Bugallo. “Análise Econômica do Direito: contribuições e desmistificações.” *Direito, Estado e Sociedade* 29. Rio de Janeiro: Departamento de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, p. 49-68, jul./dez. 2006.
- ANDOLINA, Italo. “Cognizione” ed “Esecuzione Forzata” nel Sistema della Tutela Giurisdizionale. Milano: Giuffrè, 1983.
- ANNONI, Danielle. *O Direito Humano de Acesso à Justiça em um Prazo Razoável*. Florianópolis: UFSC / tese de doutoramento, 2006.
- ARAÚJO, Eugênio Rosa. *Economia & Justiça: ativismo judicial na política monetária*. Niterói: Ímpetus, 2012.
- ARRUDA ALVIM. “Anotações sobre as Perplexidades e o Caminho do Processo Civil Contemporâneo.” In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. *As Garantias do Cidadão na Justiça*. São Paulo: Saraiva, 1993.
- BARBOSA MOREIRA, José Carlos. “Por um Processo Socialmente Efetivo.” *Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil* 11. Porto Alegre: Síntese, p. 5-14, maio/jun. de 2001.

- BARCELLOS, Ana Paula de. *A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.
- BARROS, Humberto Gomes. “Prefácio.” In: SILVA, Ricardo Perlingeiro Mendes da (coord.). *Execução Contra a Fazenda Pública – Razões Políticas do Descumprimento às Ordens Judiciais*. Brasília: Série Pesquisas do Centro de Estudos Judiciários (CEJ) / Conselho da Justiça Federal (CJF), 2002, vol. 8.
- BLACK, Henry Campbell. *Black’s Law Dictionary*. 2ª ed. Minnesota: West Publishing Co., 1910.
- BUCCI, Maria Paula Dallari. *Fundamentos para uma Teoria Jurídica das Políticas Públicas*. São Paulo: Saraiva, 2013.
- CAPPELLETTI, Mauro. GARTH, Brian. *Acesso à Justiça*. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Safe, 1988.
- CATALDO, Bernard F. KEMPIN Jr., Frederick G. STOCKTON, John M. WEBER, Charles M. *Introduction to Law and the Legal Process*. 3ª ed. New York: John Wiley & Sons, 1980.
- COSTANTINO, Giorgio. “Le Riforme della Giustizia Civile nella XIV Legislatura.” *Rivista de Diritto Processuale* n. 1-2005. Padova : Cedam, p. 15-36, gen./mar. 2005.
- CRUZ E TUCCI, José Rogério. *Tempo e Processo*. São Paulo: RT, 1997.
- DAKOLIAS, Maria. “Elementos para Reforma.” Trad. Sandro Eduardo Sardá. *Documento Técnico Número 319: O Setor Judiciário na América Latina e no Caribe*. Washington: Banco Mundial, 1996.
- DUARTE, Francisco Carlos. “Tempo e Decisão na Sociedade de Risco: um Estudo de Direito Comparado.” *Revista de Processo* 148. São Paulo: RT, p. 99-110, junho de 2007.
- DWORKIN, Ronald. *Levando os Direitos a Sério*. Trad. Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.
- EYZAGUIRRE, Hugo. “Institutions and Economic Development: Judicial Reform in Latin America.” In: *II Conference on Justice and Development in Latin America and the Caribbean*. Washington: Inter-American Development Bank, February, 1996.
- FERNÁNDEZ-BALLESTEROS, Miguel Angel. *La Ejecución Forzosa y las Medidas Cautelares en la Nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*. Madrid: Iurgium, 2001.
- FERRAJOLI, Luigi. *Los Fundamentos de los Derechos Fundamentales*. Ed. Antonio de Cabo y Gerardo Pisarello. Madrid: Trotta, 2001.

- GAIER, Reinhard. “A Execução das Decisões na Jurisdição Constitucional.” In: LEAL, Márcio Flávio Mafra (coord.). *Seminário Internacional Brasil – Alemanha : Pontes Miranda, Recife/PE, 7 a 9 de outubro de 2010*. (Trad. Márcio Flávio Mafra Leal). Brasília: Conselho da Justiça Federal – CJF / Centro de Estudos Judiciários – CEJ, 2010.
- GALDINO, Flávio. *Introdução à Teoria dos Custos dos Direitos: Direitos Não Nascem em Árvores*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.
- GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Técnica Processual e Teoria do Processo*. Rio de Janeiro: AIDE, 1992.
- GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Processo Constitucional e Direitos Fundamentais*. 4ª ed. São Paulo: RCS, 2005.
- HOLMES, Stephen. SUNSTEIN, Cass R. *The Cost of Rights: Why Liberty Depends on Taxes?* New York: Norton & Company, 2000.
- JAYME, Fernando Gonzaga. *Direitos Humanos e sua Efetivação pela Corte Interamericana de Direitos Humanos*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.
- \_\_\_\_\_. “Os Problemas da Efetiva Garantia de Proteção Judicial Perante o Poder Judiciário Brasileiro.” In: JAYME, Fernando Gonzaga. FARIA, Juliana Cordeiro de Faria. LAUAR, Maira Terra (coords.) *Processo Civil – Novas Tendências: Homenagem ao Professor Humberto Theodoro Júnior*. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.
- MARTÍNEZ, Miguel Angel Alegre. *La Dignidad de la Persona como Fundamento del Ordenamiento Constitucional Español*. León: Univerddidad de León, 1996.
- MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional: Direitos Fundamentais*. 2ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, t. IV, 1993.
- NAVES, Bruno Torquato de Oliveira. “Da Quebra da Autonomia Liberal à Funcionalização do Direito Contratual.” In: FIUZA, César. SÁ, Maria de Fátima Freire de. NAVES, Bruno Torquato de Oliveira. (coords.) *Direito Civil: da autonomia privada nas situações jurídicas patrimoniais e existenciais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007, vol. II.
- NERY Jr., Nelson. *Princípios do Processo na Constituição Federal*. 9ª ed. São Paulo: RT, 2009.
- NUNES, Dierle José Coelho. *Processo Jurisdicional Democrático: uma análise crítica das reformas processuais*. Curitiba: Juruá, 2008.
- PINHEIRO, Armando Castelar. “Judiciário Brasileiro: evidência empírica para o caso brasileiro.” In: PINHEIRO, Armando Castelar (org.) *Judiciário e Economia no Brasil*. Rio de Janeiro: Centro Edelstein de Estudos Sociais, 2009.



- POSNER, Richard A. *A Economia da Justiça*. Trad. Evandro Ferreira e Silva. São Paulo: Martins Fontes, 2010.
- \_\_\_\_\_. *Problemas de Filosofia do Direito*. Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2007.
- QUINTILIANO, Leonardo David. “Políticas Públicas e Endividamento: como os precatórios financiam os entes federativos.” *Observatório da Jurisdição Constitucional* 2. Brasília: Instituto de Direito Constitucional (IDP), p. 1-43, ago./dez. 2012.
- RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo Judicial: parâmetros dogmáticos*. São Paulo: Saraiva, 2010.
- RIBEIRO, Márcia Carla Pereira. GALESKI Junior, Irineu. *Teoria Geral dos Contratos: contratos empresariais e análise econômica*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009.
- SADDI, Jairo. *Crédito e Judiciário no Brasil: uma análise de Direito & Economia*. São Paulo: Quartier Latin, 2007.
- SOMMERMANN, Karl-Peter. “A Execução Forçada por Quantia Certa Contra a Fazenda Pública no Direito Alemão.” Trad. Luis Greco. In: SILVA, Ricardo Perlingeiro Mendes da. (org.) *Execução Contra a Fazenda Pública*. Brasília: CEJ/CJF, 2003.
- STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e Consenso: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.
- TAVARES, Filipe Mascarenhas. “Sham Litigation: abuso do direito de ação. Atos de má-fé e sua vantagem indevida.” In: <<http://jus.com.br/revista/texto/18730>>, Acesso em: 30 dez. 2011)
- TIMM, Luciano Benetti. MACHADO, Rafael Bicca. “Direito, Mercado e Função Social.” In: <[www.iders.org/textos/direito\\_mercado\\_funcao\\_social.pdf](http://www.iders.org/textos/direito_mercado_funcao_social.pdf)>, acesso em 20/07/2010
- VERDÚ, Pablo Lucas. *A Luta Pelo Estado de Direito*. Trad. Agassiz Almeida Filho. Rio de Janeiro: Forense, 2007.