

EPISTEMOLOGIA DO PROCESSO DE CONHECIMENTO

Tiago Clemente Souza¹

Orientador: Prof. Ms. Luciano Henrique Diniz Ramires²

RESUMO

O objeto de estudo do presente trabalho é: Epistemologia do Processo de Conhecimento. Como o próprio termo diz, será um estudo crítico e científico do instrumento estatal de pacificação social. Para tanto, iremos nos fixar principalmente em suas questões intrínsecas, principalmente quanto às ideologias que envolvem os elementos processuais na prestação da tutela jurisdicional, no exercício da jurisdição, na observância dos princípios garantidores do devido processo legal, ampla defesa e contraditório. O Poder Judiciário foi incumbido pelo Estado da função de dizer o direito aplicável aos conflitos de interesses submetidos à sua apreciação (jurisdição). Referida incumbência representa o último recurso hábil a proporcionar efetividade prática aos direitos e garantias fundamentais do indivíduo, que foram violados ou ameaçados de violação. Dada a morosidade que a assola, essa atuação jurisdicional, uma vez tardia, torna os direitos que tutela ineficazes. Ocorre que o Estado, ao monopolizar a função jurisdicional, realizando a substituição dos mecanismos privados por mecanismos

¹ Graduado em Direito (Centro Universitário Eurípides de Marília - UNIVEM - Marília /SP). Email: tiago_csouza@hotmail.com

² Docente no UNIVEM.

públicos, não o fez de forma a garantir a efetiva satisfação da pretensão. A satisfação da pretensão do particular observa várias circunstâncias e institutos jurídicos que por muitas vezes impede a própria finalidade do instrumento. Com o objetivo de proporcionar celeridade e a concretização dos direitos materiais na atuação jurisdicional, demos importância à construção ideológica dos institutos jurídicos; à imprescindibilidade desses para o ser humano; à estrutura e funcionamento do órgão estatal incumbido da tutela desses direitos e garantias (Poder Judiciário), bem como a crise de morosidade que o assola; e, por fim, à colisão dos princípios do contraditório, ampla defesa e segurança jurídica em face da efetividade da tutela jurisdicional..., permitindo a construção de instrumentos hábeis a proporcionar maior celeridade na prestação da tutela jurisdicional e a efetiva proteção de direitos.

PALAVRAS-CHAVE: 1. Ideologia. 2. Ação e Demanda. 3. Efetividade da Tutela.

ABSTRACT

The object of the present study is the Epistemology of the Process of Knowledge. As the term already indicates, this work will be a critical and scientific study on this instrument of social pacification. In order to do that, we will highlight mainly their intrinsic issues, regarding the ideologies that involve procedural elements in the provision of judicial protection, on exercising jurisdiction regarding the principles of due process of law, legal defense and contradictory. The Judiciary has been tasked by the State on the function of saying the applicable law to the conflicts of interest submitted to it (jurisdiction). This duty represents the last resource able to provide practical effectiveness to and guarantee fundamental rights of individuals whose rights were abused or threatened. Sluggishness devastates this jurisdictional action and turns the rights to protection ineffective. What occurs is that the State monopolizes the judicial function. It does that performing the substitution of private mechanisms for public mechanisms. It did not do that in order to ensure the effective satisfaction of the claim. The satisfaction of the claim of the individual observes a variety of circumstances and legal institutions that often prevents the very purpose of the instrument. Aiming to provide speed and completion of material rights on jurisdiction action, we gave importance to the ideological construction of legal institutions: the indispensability of those for humans, the structure and functioning of the state agency responsible for protecting these rights and guarantees (Judiciary) and the speed crisis that devastates it, and finally the collision of contradictory principles, such as legal defense and juridical certainty regarding the effectiveness of judicial protection, allowing the construction of instruments able to provide greater speed in providing protection and effective protection of rights.

KEYWORDS: 1. Ideology 2. Action and demand 3. Effectiveness of Protection.

INTRODUÇÃO

Os doutrinadores e todos os estudiosos do Direito deixaram de analisar a dinâmica da prestação da tutela jurisdicional de forma histórica, dando ao longo do

tempo excessiva importância à dogmática e a “geometrização” do Direito Processual Civil.

Toda a construção do Direito Processual se viu embebida em questões ideológicas que nos impossibilitaram transpor questões que enrijecem toda dinâmica de satisfação da pretensão. Em decorrência disso, o Poder Judiciário acabou por decair em grande descrédito perante a sociedade, já que a certeza do processo quase sempre gera a certeza da não satisfação da pretensão do autor.

Após o monopólio da Jurisdição, o Estado se viu obrigado a ser plenamente acessível a todos aqueles que tivessem um direito ameaçado ou lesionado, a isso se deu o nome de Acesso à Justiça. Para que a autotutela fosse proibida, mas que a satisfação da pretensão fosse efetivamente realizada, o Estado-Juiz de alguma forma teria que substituir os mecanismos particulares de satisfação da pretensão por mecanismos públicos que *efetivamente* satisfizessem a pretensão do particular.

Ocorre que o Estado, ao realizar tal substituição de mecanismos, não o fez de forma a garantir a efetiva satisfação da pretensão. A satisfação da pretensão do particular observa várias circunstâncias e institutos jurídicos que por muitas vezes impede a própria finalidade do instrumento.

O presente trabalho terá como finalidade a análise do mecanismo estatal de satisfação da pretensão, analisando sua natureza, suas motivações ideológicas, o paradigma racionalista e todas as demais circunstâncias que impedem a efetiva tutela do direito na prestação da Jurisdição pelo Estado. Para tanto, faz-se necessário analisar de forma efetiva algumas expressões que permeiam a dinâmica estatal, como o conceito de Jurisdição, Acesso à Justiça, e finalmente “Efetividade da Tutela Jurisdicional”, bem como as formas da pacificação social, desde as primeiras formas de intermediação estatal, passando desde àquelas existentes no direito grego, passando pelo grande desenvolvimento processual romano, até a dinâmica processual brasileira.

1 QUESTÕES IDEOLÓGICAS QUE ENVOLVEM A PRESTAÇÃO DA TUTELA JURISDICIONAL

Todo homem, enquanto indivíduo, portanto, como ser individual e único, possui suas singularidades e necessidades próprias. Como ser social e sequioso pela

satisfação de suas necessidades, desde o início da sua aventura natural pelas relações sociais, experimentou embates e conflitos com seus semelhantes em decorrência dos choques de interesses.

As diversas dinâmicas de pacificação de conflitos, independentemente dos mecanismos utilizados, sempre deverão se dirigir no sentido de satisfazer a pretensão daquele que se diz titular do direito. Para este, independe a forma pela qual sua satisfação ocorrerá, almejará apenas a tutela do bem da vida, objeto da relação conflituosa. Porém, como poderemos observar ao longo do presente trabalho, a pacificação dos conflitos se tornou função privativa do poder estatal, que peca na sua executoriedade, fazendo-o de forma a não alcançar seus fins inicialmente colimados.

A pesquisa tem como objeto o estudo de institutos jurídicos, construções teóricas e práticas pertencentes ao mundo do Direito. Assim, é de grande importância a compreensão do conceito de Ideologia, da dinâmica que envolve a construção do saber e da autocompreensão do ser humano como tal e dos resultados das suas relações sociais.

Há imensa discussão em relação à natureza do Direito. Silva pondera que hoje não mais se discute quanto ao Direito ser uma construção humana, proveniente das interações sociais, portanto, não há uma ordem jurídica previamente inscrita na natureza das coisas, assim não se trata de algo que compõe a metafísica (SILVA, 2006, p. 1).

Tratando-se de uma construção humana, o Direito tem como elemento constituinte toda carga axiológica e volitiva que envolve o ser humano, todas suas preferências e posições, bem como uma posição ideológica.

Ocorre, no entanto, que toda construção jurídica se viu embebida em uma política de “geometrização” das ciências naturais, de um movimento que, por motivos legítimos para sua época, buscou trazer para o campo do Direito todas as perfeitas soluções cabíveis às ciências matemáticas. Praticava-se uma posição *ideológica* positivista, que, conforme alertado por Silva, influenciou de forma constante e profunda toda dinâmica jurisdicional, determinando a separação entre o direito dos práticos e o direito dos catedráticos. É o que se vê na seguinte passagem:

A análise de nossas instituições universitárias permitirá ver a separação entre o Direito dos sábios e filósofos, tal como ele era – e continua sendo – ensinado nas universidades e o Direito dos “práticos”. (SILVA, 2006, p. 3).

Em outra oportunidade segue afirmando:

A conclusão que se deve extrair de seu ensinamento decorre necessariamente dessa premissa: como seria impensável supor que a lei tivesse “duas vontades”, toda norma jurídica deverá ter, conseqüentemente, sentido *unívoco*. Ao intérprete não seria dado hermeneuticamente “compreendê-la”, mas, ao contrário, com a neutralidade de um matemático, resolver o problema “algébrico” da descoberta de sua “vontade”. (SILVA, 2006, p. 93)

Vale ponderar que é intrínseco a todo grupo social buscar a perenidade das suas construções teóricas, mesmo que para isso tenha que impedir determinado progresso científico ou social. Todo conhecimento contemporâneo é considerado como “natural”, pensado como expressão definitiva do conhecimento humano possível. Não sendo possível que toda aquela conquista do conhecimento adquirida até então seja substituída, possuímos, assim, dificuldade em questioná-las, ou duvidar de sua perenidade (SILVA, 2006, p. 8).

É o que nos ensina Marinoni na seguinte passagem:

Nessa linha, podemos dizer, ainda, que não há teoria que não seja do seu “tempo”. O que pode ocorrer é que determinados sujeitos estejam “fora do seu tempo”, ou melhor, não atentam ao seu “tempo” ou somente reproduzem idéias de outros “tempos”. Estes últimos, realmente, são apenas “teoria”, pois não “falam”, apenas reproduzem, ou o que é pior, *conservam*. (2004, p.17).

Bobbio, ao dissertar sobre os fundamentos e mecanismos garantidores dos direitos fundamentais, nos ensina que da finalidade visada pela busca do fundamento nasce a ilusão do fundamento absoluto, ou seja, a ilusão de que - de tanto acumular e elaborar razões e argumentos - terminaremos por encontrar a razão e o argumento irresistível, ao qual ninguém poderá recusar a própria adesão. O fundamento absoluto é o fundamento irresistível no mundo de nossas ideias, do mesmo modo como o poder absoluto é o poder irresistível no mundo de nossas ações. Diante do fundamento irresistível, a mente dobra necessariamente, tal como o faz a vontade diante do poder irresistível. É o que vemos na passagem:

O fundamento último não pode mais ser questionado, assim como o poder último deve ser obedecido sem questionamentos. Quem resiste ao primeiro se põe fora da comunidade das pessoas racionais, assim como quem se rebela contra o segundo se põe fora da comunidade das pessoas justa ou boas” (BOBBIO, 2004, p. 36).

É intrínseco a toda ciência e discussão teórica a existência de ideias preexistentes, provenientes de *prejuízos* (pré-juízos). Ocorre que, muitas vezes tais ideias dificultam a transposição de um conceito, de uma solução, de uma ideologia para uma nova concepção da realidade.

Francis Bacon indica a existência de quatro figuras que “assediam o espírito humano”, escreve o filósofo:

No sentido de uma maior clareza, demo-lhes nomes distintos: chamaremos ao primeiro gênero, Ídolo da Tribo (*idola tribus*), ao segundo gênero, Ídolo da Caverna (ídolo specus), ao terceiro gênero, ídolo do Foro (*idola fori*) e ao quarto gênero, ídolo do Teatro (*idola theatri*) (BACON apud SILVA, 2006, p. 06).

Silva, analisando a seguinte passagem de Bacon diz que os *ídolos da tribo* têm seu fundamento da própria natureza humana, inclusive na raça; os *ídolos da caverna* são aqueles que têm o seu fundamento no homem individualmente considerado, com sua deficiência e aberrações, afirmando, ainda, que são os ídolos que brotam do “antro individual”, destruindo e corrompendo a luz da natureza; já os *ídolos do foro* nascem da aproximação e da associação dos homens entre si; e finalmente os *ídolos do teatro*, são representados pela filosofia tradicional (2006, p. 6).

Tais alegorias influenciam a forma do homem ser e se comportar, sua forma de pensar e concomitante suas criações cognitivas. Dedutivamente, caso nos livrássemos das noções falsas, devido à influência dos *idola*, poderíamos alcançar o pensamento puro (SILVA, 2006, p. 6).

Tal afirmação se torna algo inalcançável, já que são elementos constitutivos do próprio ser humano e a ele intrínseco as figuras dos *idola*, tanto individualmente considerado, quanto considerado observando sua correlação com os demais seres humanos.

Conforme alertado por Silva, Bacon vivia os primórdios do movimento racionalista, “para o qual o indivíduo, valendo-se apenas da razão, evitando as influências dos ídolos, inteiramente desligado de seus laços culturais e das doutrinas filosóficas tradicionais, seria capaz de atingir as verdades absolutas” (SILVA, 2006, p. 6).

Toda construção do saber, a partir da metade da Idade Média e da Idade Moderna, se viu envolvida pelo espírito positivista que, combatendo os princípios teológicos e o poder político que viciava a construção do saber científico, propuseram que o ensino das ciências físicas e químicas para “formar um bom espírito” fosse baseado em um espírito capaz de analisar o objeto de estudo de forma objetiva, sem se perder em vazias especulações (DE TRACY apud CHAÚÍ, 1997, p. 23).

Tal compreensão determinou as diretrizes para toda a construção teórica jurídica, refletindo diretamente no engessamento e da grande importância dada ao Processo.

Bacon não havia se utilizado do conceito de *ideologia*, mas sua concepção de *idola* como uma falsa ou distorcida representação da realidade coincide com o conceito de ideologia, como assegura Silva (2006, p. 07).

Marx e Engels, ao escreverem a obra *A Ideologia Alemã*, afirmaram que toda ideologia é a percepção falsa da realidade, uma vez que o indivíduo que pertence a certa classe social, principalmente aquele que está inserido numa classe dominada (trabalhadores), aquiesce como real uma concepção invertida da realidade fática e concreta, digerindo tal dinâmica como legítima, vez que o Estado, mediante o Direito, torna legal tal dinâmica (MARX e ENGELS apud CHAÚÍ, 1997, p. 85).

Porém, caso fosse percebido que o Direito é utilizado pelo Estado para maquiagem a realidade, os dominados se revoltariam. Nesse momento, surge a finalidade da ideologia, que busca impedir essa revolta fazendo com que o legal apareça para os homens como legítimo, portanto como justo e bom (CHAÚÍ, 1997, p. 90). Isso ocorre quando, por exemplo, entendemos que todos os cidadãos têm direito ao estudo, embora todos nós acreditamos que tal direito nos pertence, sabemos que na realidade somente alcançam o estudo aqueles que são detentores dos meios materiais. A finalidade da ideologia é justamente manter essa dominação real, porém de forma despercebida.

Escreve Chauí que seu papel também é o de fazer com que os homens passem a crer que tais ideias representam efetivamente a realidade; portanto, não há que se questionar tal “realidade”, uma vez que demonstra a própria ambição dos cidadãos que nela acredita (CHAÚÍ, 1997, p. 91).

Ocorre, todavia, que estaremos diante da *ideia* da realidade que nos foi transmitida (envolta da “realidade” que agrada a classe dominante), e não da sua realidade histórico-social (CHAUI, 1997, p. 88).

Segue Chauí afirmando que:

A Ideologia consiste precisamente na transformação das idéias da classe dominante em idéias dominantes para a sociedade como um todo, de modo que a classe que domina no plano material (econômico, social e político) também domina no plano espiritual (das idéias). (CHAUI, 1997, p. 94)

Assim como Marx e Engels quiseram demonstrar a Ideologia como fonte da aceitação pacífica das desigualdades sociais e do conflito de classes e, conseqüentemente, da dominação de classes, observamos no Direito Processual Civil uma dinâmica que nos impede, de forma inconsciente, de questionarmos os parâmetros até aqui adotados, sendo que muitas vezes nos deparamos com afirmações acompanhadas de “com certeza”, “verdade absoluta” etc., que conforme Marx e Engels disseram, conceitos que se encontram fora da construção social humana (alienação), impedindo-nos de questioná-las (*verdades pré-existentes, e que por isso não podemos questioná-las*).

O Processo de Conhecimento, como instrumento jurídico e como fruto da ação humana, é parte integrante da História. A História, conforme nos ensina Chauí, analisando a Teoria Hegeliana, é concebida pela dinâmica de exteriorização e de interiorização do Espírito, ou seja, na produção de obras pela conduta humana (exteriorização do Espírito) e pelo reconhecimento desta obra (interiorização do Espírito). A História, assim, não será uma sucessão de causa e efeito, mas um processo dotado de “uma força ou de um motor interno que produz os acontecimentos. Esse motor interno é a contradição”, como assegura Chauí (1997, p. 36).

A História se constitui não mediante uma simples sucessão de causas e efeitos, mas pela contradição, em que os termos conflitantes não existem individualmente considerados, não se permitindo a compreensão dos termos antagônicos fora dessa relação. A contradição, sendo a força constituinte da História, se expressa mediante a negação interna, ou seja, quando o que é negado é a própria realidade de um dos termos

(“‘a canoa é a não-árvore’, definimos a canoa por sua negação interna, ela é a árvore negada, suprimida como árvore pelo trabalho do canoeiro”) (CHAUÍ, 2004, p. 37).

As contradições não são algo dado pelo mundo, mas são produzidas; portanto, um “motor temporal”. A produção e superação das contradições é o movimento da História, esta é fruto de uma dinâmica de reflexão do Espírito (reflexão: volta para si mesmo).

Tal entendimento é necessário para compreender que o Processo do Conhecimento é algo proveniente das contradições internas do ser humano; portanto, não é algo dado pela natureza, mas criado pelo homem e que, por esse motivo, não se estabelece um pano de fundo entre as ciências naturais (dados pela natureza, portanto, não historicamente) e as ciências sociais: as regras fundamentais das ciências matemáticas.

Compreendendo que o Processo é fruto das relações sociais, que nasceu da dinâmica conflitante da construção da História, permitiremos que novos conceitos e parâmetros sejam trazidos para questioná-lo e modificar suas estruturas.

O Direito Processual Civil foi criado, assim, pelo homem a partir dessas contradições internas e para o homem, ou seja, para satisfazer suas necessidades, dando assim efetividade e concretização aos direitos materiais reconhecidos no Estatuto Civil, não sendo uma ciência que existe por si só, sem qualquer conexão com as necessidades humanas.

A cientificidade trazida ao Direito ocorreu inicialmente para que este fosse levado mais próximo à sua finalidade. Porém, passou-se a pensar o Direito pelo próprio pensar, um pensar distante da sua causa. Certo é que toda teoria que nega sua própria causa distancia-se da sua finalidade (MARINONI, 2004, p.18)

É o que também vemos na seguinte passagem:

Não há “direito processual civil” na natureza. Ele existe apenas, no plano jurídico, embora – e é isto que o pensamento contemporâneo do direito processual civil tem se ocupado – ele se volta para o mundo não-jurídico, exterior, externo a ele próprio. (BUENO, 2007, p. 45).

Conforme o conceito trazido por Marx, ideologia é a concepção errada da realidade. Compreendendo a concepção de “ação” no Direito Romano, compreenderemos a verdadeira natureza do instrumento utilizado na prestação

jurisdicional, que não se confunde com ação (dinâmica concreta e fática da satisfação da pretensão). Escorado em uma ideologia, o Processo de Conhecimento é encarado como a movimentação do titular do direito subjetivo para satisfação de sua pretensão, fato este que não condiz com a realidade prática.

Agravando tal situação, toda dinâmica jurisdicional compreendida no Processo parte da premissa de que o Processo é a satisfação da pretensão, adquirindo a sentença Declaratória caráter satisfativo.

Outro aspecto a ser abordado, que é de grande valia para nosso estudo, diz respeito à dialética hegeliana criticada por Marx. Enquanto Hegel entende que o processo histórico se dá mediante processo contraditório unificado em si mesmo e, por isso, plenamente compreensível e racional, sendo que o real é racional e o racional é real (realidade determinada por dinâmica cognitiva racional) (1997, p. 39). Para Marx, a história é a história do modo real como os homens reais produzem suas condições reais de existência, assim estabelece a história mediante o modo como se reproduzem a si mesmos, como produzem e reproduzem suas relações com a natureza, do modo como produzem e reproduzem suas relações sociais. Portanto, Marx desvincula-se do campo cognitivo, do campo das ideias racionais, passando a analisar os fatos sociais como fruto da realidade fática, que emana das contradições que se estabelecem entre homens reais. Conclui Marx que é também história o modo como os homens interpretam todas essas relações, seja numa interpretação imaginária, como na ideologia, seja numa interpretação real, pelo conhecimento da história que produziu ou que produz tais relações (CHAUÍ, 1997, p. 47).

Portanto, o conceito de ideologia gera duas implicações extremamente importantes para a análise do problema objeto do presente trabalho. O primeiro implica a existência de toda carga ideológica positivista que envolve a construção de um paradigma, este que por sua vez impede o estudioso de construir um Direito único, que faz uma comunicação direta e permanente entre o *catedrático* e o *prático*. A segunda implicação diz respeito a toda construção do Processo de Conhecimento baseado no axioma; portanto, numa verdade incontestável, de que este é “ação”, e de que possui alguns conceitos que jamais poderão ser questionados, uma vez que não fazem parte da construção social (“*já se encontravam ali quando nos chegamos*”).

Quando o indivíduo utiliza como base uma premissa falsa, todas as deduções dali resultantes serão também maculadas de vícios. O Processo de Conhecimento, uma vez estruturado na ideia de que se trata de “ação”, passou a ser a base norteadora de todos os demais instrumentos existentes no Direito Processual, baseado, portanto, neste mesmo entendimento.

No Estado Liberal, conforme nos explica Bueno, todo direito subjetivo era passível de conversão em valor pecuniário, ou seja, toda vez que o credor (*latu sensu*) tivesse seu direito lesado, este, independente da natureza, poderia ser convertido em um valor pecuniário. Assim, uma vez possível tal conversão, a demora na prestação da jurisdição e da eventual tutela do direito seria compensada por uma indenização em dinheiro, já que o próprio direito era passível a isso, a demora pela prestação jurisdicional (meio) também o era.

Tal entendimento, aliado ao pensamento de que o Processo de Conhecimento é em si ação, portanto, militância do credor para ver sua pretensão satisfeita, independentemente de conduta voluntária do devedor, justificaria a demora do mesmo, vez que ele se tornaria parte (principal) do fim, que é a afetiva tutela do direito (satisfação da pretensão). A supervalorização do Processo de Conhecimento acabou por lhe atribuir vida própria que, conforme alertado por Bueno, os trabalhos desenvolvidos pelos estudiosos do Direito (entre eles Carnelluti, Chiovenda, Bülow, entre outros) para tornar o Direito Processual Civil autônomo e independente, trabalho de grande valia, acabaram por distanciá-lo em demasia do próprio direito material e das necessidades sociais (2007, p. 41).

O direito processual civil, não obstante tenha identidade, função, finalidade e natureza próprias, serve, atende e volta-se para a aplicação concreta do direito material. (BUENO, 2007, p. 49)

Embora seja de grande necessidade trazer aspectos científicos para a dinâmica de prestação da tutela jurisdicional, isto que foi permitido pela fase autonomista do Direito Processual Civil, o Processo não poderá se distanciar e não realizar sua finalidade, que é a concretização do direito material.

Não basta possuímos um Processo Civil autônomo e independente que garanta a todos o acesso à Justiça, no sentido de fazer que um determinado direito ou interesse seja levado para apreciação do Estado-juiz. Mas, muito além disto, é necessário que

tenhamos um instrumento que garanta a efetiva tutela do Direito, e que haja uma atuação jurisdicional que possa tutelá-lo adequada e eficazmente, realizando-o no plano exterior ao processo, ou seja, no plano material.

Embora aqui não seja o momento mais oportuno, vale demonstrar alguns dispositivos legais que demonstram o quanto o Processo Civil tomou vida própria, distanciando-se demasiadamente do Direito material, e principalmente do que é seu próprio fim: satisfação da pretensão do titular do Direito e conseqüentemente a pacificação social. Senão, vejamos:

O art. 932 do CPC prevê a possibilidade de o titular de direito possessório, “diante do justo receio de ser molestado na posse, poderá impetrar ao juiz que o segure da turbação ou esbulho iminente, mediante mandado proibitório, em que se comine ao réu determinada pena pecuniária, caso transgrida o preceito”. O problema surge justamente no momento em que a ameaça é concretizada, ou seja, quando ocorre efetivamente a turbação ou o esbulho.

No “Interdito Proibitório” questionou-se a ameaça ao Direito possessório, que uma vez provado obteve-se a procedência da demanda, porém neste segundo momento, para se executar a sentença condenatória do Interdito, seria necessário ingressar com nova demanda plena para se provar a ocorrência do esbulho ou a turbação. É o que nos ensina Gonçalves:

Cumpra saber como cobrar essa multa caso se verifique o fato gerador. A pena é fixada na sentença que julga a ação possessória. Transitada em julgado, e tendo o réu perpetrado ou reincidindo na ofensa, discute-se se a pena pode ser executada diretamente, nos mesmos autos, ou se é preciso ajuizar um processo de conhecimento autônomo. A questão é tormentosa, porque se trata de nova ofensa à posse, distinta da que havia ocorrido anteriormente.

E segue:

A prova deve acompanhar o requerimento de cumprimento de sentença, o que produzirá outra dificuldade, pois a demonstração da existência de um novo esbulho ou turbação dificilmente é feita por documentos, mas por testemunhas ou perícia, inadmissíveis no bojo da fase de execução. (GONÇALVES, 2009, p. 291).

O que se observa aqui é grande influência da ideologia que envolve a dinâmica da satisfação da pretensão. A primeira diz respeito ao fato de que para o titular do

direito possa ver seu direito satisfeito, ou seja, para que lhe seja pago a quantia fixa na sentença é necessário ingressar com outro processo de conhecimento (processo pleno e demorado), provando o esbulho ou a turbacão, para somente assim ver a sua pretensão satisfeita. Aqui observamos toda a engenhosidade processual construída que impede o titular do direito de ver seu direito satisfeito de imediato. Outra implicacão proveniente da Ideologia é a afirmacão de que é “inadmissível” a produçã de prova testemunhal na fase de execuçã, sendo que caso fosse possível poderia haver a satisfacão da pretensã de forma mais célere.

Observa-se, portanto, que o instrumento processual, passa a tomar vida própria, colidindo frontalmente com sua própria finalidade, que é a satisfacão da pretensã de forma célere e justa. Outra questã que se observa é o apontamento do doutrinador ao discursar a respeito da matéria, chegando ao ponto de dizer que a questã é “tormentosa”, demonstrando-se incapaz de enfrentar o dogma processual que lhe foi imposto.

2 *ACTIO*: AÇÃO DE DIREITO MATERIAL E O SURGIMENTO DO MONOPÓLIO DA JURISDIÇÃO

Para que possamos estabelecer novos parâmetros e conceitos para uma efetiva tutela dos direitos, é de máxima importância compreender os conceitos de “direito subjetivo, pretensã e açã de direito material”.

Disse Von Thur ser o direito subjetivo a faculdade reconhecida à pessoa pela ordem jurídica, em virtude da qual o sujeito exterioriza sua vontade, dentro de certos limites, para consecuçã dos fins que sua própria escolha determine. Portanto, direito subjetivo é uma faculdade, um poder dado ao seu titular para torná-lo efetivo pelo seu exercício (VON THUR apud SILVA, 2006, p. 62).

Trata-se o direito subjetivo de um *status*, ou seja, neste momento ainda não há uma dinâmica de direitos, há apenas a possibilidade de seu exercício futuro, que poderá ou não ocorrer. Ao contrário da *açã*, conforme já alertado por Silva (2006, p. 63), que se constitui de um “momento dinâmico de realizaçã”.

O possuidor de um crédito é titular de um direito subjetivo. Enquanto apenas possuidor do crédito não exerce nenhuma atividade, mas apenas o estado de possuidor.

Poderá existir o direito subjetivo sem que exista seu efetivo exercício, e mais ainda, poderá existir o direito subjetivo sem que exista a possibilidade de exercê-lo, ou porque ela não mais existe ou porque o termo para seu surgimento ainda não se apresentou.

A partir daí poderemos vislumbrar a exigibilidade e a exigência efetiva do direito subjetivo.

Numa relação obrigacional, o titular do crédito antes do seu vencimento não poderá exigir a satisfação da sua pretensão. Portanto, neste momento existe apenas um *status*, um direito sem qualquer dinâmica. No momento em que ocorrer seu vencimento, surge ao titular do direito a faculdade de exigi-lo; portanto, deixa de haver um mero estado de titular de direito, iniciando uma fase dinâmica, que, embora aqui não ocorra a efetiva movimentação do direito, há uma potencialidade, em que o credor poderá exigir do devedor a satisfação do seu direito.

A esse estado, que Silva denomina com grande brilhantismo de “estado de latência” (2006, p. 64), é a chamada pretensão. Neste momento, há apenas uma potência, e não a efetiva exigibilidade do direito, ou seja, o exercício efetivo da pretensão. Assim, poderemos distinguir dois momentos, um da mera exigibilidade e outro da efetiva exigência do direito.

Conforme já observado por Silva, no campo do direito material não se pode falar em pretensão procedente, vez que a negativa da mesma não é permitida, ou seja, não se admite haver “direitos improcedentes” ou “pretensões improcedentes”.

O direito é ou não é, existe ou não existe, tal como a faculdade de exigir sua satisfação, que igualmente existe ou não existe. Procedência e improcedência são categorias de direito processual que corresponde ao resultado da investigação que no processo se faz para determinar justamente essa existência ou inexistência do direito e da pretensão. No plano do direito material, o direito existe e será sempre procedente quando invocado no processo; ou não existe e o resultado será a improcedência da demanda em que o pretense titular afirma sua existência (SILVA, 2006, p. 65 - a).

A pretensão de direito material é que traz a dinâmica ao direito subjetivo; assim, quando o titular do direito vai até seu devedor e exige de fato a satisfação da sua pretensão, a condição do credor deixa de ser um *status* e passar para uma dinâmica de direitos.

Porém, enquanto o titular do direito subjetivo está apenas a exigir do devedor que aquele se comporte de acordo com a norma e cumpra a obrigação, ainda não está agindo para a realização do direito. Enquanto limito-me a exigir, ainda não ajo (MIRANDA apud SILVA, p. 66 - a). A Pretensão é o meio para um fim, mas este fim, à medida que apenas exijo o cumprimento do dever jurídico, é obtido mediante uma conduta voluntária do abrigado (SILVA, 2006, p. 66 - a).

Se acaso a mera exigência do direito não for cumprida de forma voluntária pelo devedor, surge àquele a possibilidade de realizá-lo por seus próprios meios, ou seja, independentemente de um ato voluntário do devedor.

Uma vez que o devedor (sentido amplo) não cumpre voluntariamente sua obrigação, surge ao credor (sentido amplo) a ação de direito material, ou seja, poderá tomar atos para satisfazer sua pretensão independentemente de um ato voluntário do devedor.

Enquanto apenas tomo atos idôneos no sentido de ver minha pretensão satisfeita mediante ato voluntário do devedor, ainda não exerço meu direito de ação material, exerço somente de fato minha pretensão.

Poderá o indivíduo ser titular de um direito subjetivo, porém se não lhe restar a capacidade de exigi-lo, ou seja, não ser mais dono da pretensão. É o que ocorreu quando, por exemplo, embora o indivíduo seja titular de um direito a crédito, pelo decurso do tempo, tem sua pretensão prescrita. Silva nos ensina que em tal hipótese não haverá qualquer movimentação de direitos:

Certamente a hipótese de um direito subjetivo privado de pretensão é extremamente rara no direito moderno, pois na normalidade dos casos a todo direito corresponde uma pretensão, que não é um segundo direito, mas apenas virtualidade de que se reveste o próprio direito subjetivo. O direito a que se cortou a pretensão, tal como o direito cuja pretensão prescreveu, é um estado absolutamente estático; a *pretensão de direito material* é que potencializa o direito subjetivo, dotando-o do dinamismo em virtude do qual o direito poderá realizar-se como consequência de sua satisfação. (2006, p. 65 - a)

Ocorre que o Estado, buscando a segurança social, monopolizou a dinâmica de satisfação da pretensão, ou seja, proibiu a satisfação da pretensão de forma forçada nas relações entre particulares. A autotutela foi proibida e o Estado monopolizou a Jurisdição, mas para tanto necessitou buscar um instrumento que viesse a substituir a

ação de direito material, garantindo, assim, a satisfação da pretensão dos titulares dos direitos.

O instrumento eleito pelo Estado foi o Processo, que possui todos os procedimentos e princípios previstos no Ordenamento Jurídico, de forma a garantir sua legitimidade e a satisfação da pretensão do autor de forma justa, sem que haja prejuízo ao réu.

Tal instrumento surgiu, portanto, para substituir as formas privadas de composição de lides. Seguindo um raciocínio lógico, tal substituição deveria ocorrer de forma a garantir a satisfação do antigo titular da ação de direito material, porém de forma a garantir a ordem e a paz social.

A espinha dorsal do presente trabalho encontra-se exatamente nessa substituição da ação de direito material (no âmbito privado) pela “ação” processual (no âmbito público).

O Estado, para prestar a Jurisdição e se sub-rogar no direito do credor, para satisfazer sua pretensão, necessita inicialmente conhecer o direito alegado pelo credor. Somente a partir da certeza do direito alegado e após a inércia do devedor é que o Estado sub-rogando-se no direito do credor irá ingressar no patrimônio do devedor para satisfazer de forma forçada a pretensão do titular do direito.

Quando o indivíduo se socorre do Estado para que este lhe preste a Jurisdição, não estará em momento algum militando no sentido de satisfazer sua pretensão sem um ato voluntário do devedor. Da mesma forma que não há que se confundir o efetivo exercício da pretensão com a ação de direito material (*actio*), não há que se falar em identidade entre ação, propriamente dita, e o movimento do Estado em conhecer o Direito declarado pelo autor (Processo de Conhecimento).

Esse entendimento gera grande reflexo na dinâmica da satisfação da pretensão, vez que não se tratando o Processo de Conhecimento de ação propriamente dita, qual o motivo desse instrumento ser algo constituído de um emaranhado de procedimentos demorados e complexos, que acabam por impedir seu único fim, o qual seja a satisfação da pretensão?

Silva, diante da grande demora que o Processo de Conhecimento gera na dinâmica de satisfação da pretensão, sugere a utilização, de forma ampla, do contraditório diferido e, conseqüentemente, a utilização de procedimentos especiais.

Pondera que, como regra, as demandas plenas utilizam o contraditório, funcionando este como uma “sentinela avançada do ‘procedimento ordinário’”, que é transformado em um “pressuposto inquebrantável de sua legitimidade” (SILVA, 2006, p. 151). A observância desse princípio gera a necessidade de se observar a “ampla defesa”, chegando a ser considerada a junção da demanda plena, a obrigatoriedade do contraditório e a ampla defesa na santíssima trindade do Direito Processual Civil. Tal entendimento legitima e obriga, de certa forma, a perenidade do Processo, que buscando sempre respeitar o contraditório e a ampla defesa, aliada às ideologias que envolveram toda construção do Direito Processual expostas no item anterior, acabam por se estender no tempo, impedindo que ocorra a satisfação da pretensão do autor.

Bueno, citando Mauro Cappelletti, avalia que o processo civil passou a ser pensado como “meio” (instrumento) do que como “fim” em Processo Civil. Criou Cappelletti uma forma de pensar o direito processual, a que ele denominou de “três ondas de acesso à justiça”, voltada a verificar em que medida o direito processual civil e suas técnicas reúnem condições de realização de suas finalidades (2007, p. 51).

A que mais nos interessa para o presente trabalho é a “terceira onda de acesso à justiça” que propõe um novo meio de ser pensado o próprio processo enquanto realizador do direito material. Cappelletti afirma que se trata, na verdade, de assumir expressa e conscientemente, que o processo civil deve ser pensado de uma tal forma que garanta a efetiva tutela do direito material.

Dessa forma, a “terceira onda de acesso à justiça” propôs a criação de mecanismos alternativos de solução de conflitos, que dispensam ou, quanto menos, flexibilizam a atuação jurisdicional; a criação de novos procedimentos de acordo com as variações do direito material e, de forma ampla, as reformas das leis processuais para que elas sejam mais condizentes com as dinâmicas sociais e assim possam solucionar os conflitos delas emanados (BUENO, 2007, p. 52).

Portanto, faz-se de extrema necessidade se repensar, de forma consciente, toda dinâmica processual para que ocorra uma reaproximação do processo (instrumento) e o

direito material, e que aquele alcance efetivamente sua finalidade, que nada mais é do que a satisfação célere e justa da pretensão do titular do direito.

2.1 Direito de Demanda e Exercício Efetivo da Pretensão (ação)

Muito já se falou sobre o direito fundamental pertencente ao titular do direito subjetivo, ante a proibição da autotutela, de livre acessar o Poder Judiciário. A proibição da satisfação da pretensão privada pelas mãos do particular gerou várias implicações, sendo que o Estado, substituindo o privado na pacificação de conflitos, deveria garantir o livre acesso ao Poder responsável pela solução de conflitos. A isso se deu o nome de “Acesso à Justiça”.

Ocorre que tal direito não se confunde com o efetivo exercício do direito (ação), compreendendo, porém, a dinâmica de levar ao conhecimento do Poder Judiciário o direito pretendido, a que denominaremos direito de demandar. O fato de o titular do direito levar à apreciação do Judiciário a possível existência de um direito, não implica necessariamente no exercício desse direito em juízo, tal direito é o direito de demandar, que existirá quando preenchidos todos os pressupostos processuais, em que se estabelecerá um vínculo processual entre as partes e o Estado-Juiz.

Direito de demandar é o direito de ver o Estado-juiz conhecer a suposta ameaça ou lesão ao direito alegado, mediante o ingresso no Poder Judiciário pela petição inicial. O Direito de ação, embora se tenha falado em direito de ação, trata-se em verdade, conforme já dissertado em capítulo anterior, do exercício efetivo do direito, ou seja, quando o titular do direito se movimenta no sentido de satisfazer sua pretensão sem qualquer atividade voluntária do sujeito passivo da relação processual, não se confunde com aquele. Ou, como prefere Silva, “caracteriza-se sempre, segundo a doutrina, por uma atividade dirigida à remoção do ‘obstáculo impeditivo’ ao gozo do direito” (2006, p. 96).

Se o Estado só pode prestar aquele tipo de tutela jurisdicional que lhe foi pedida, é fácil compreender a importância teórica e prática da determinação do conceito de *demanda*. Se a atividade jurisdicional só se desenvolve quando provocada, se nosso direito não conhece casos de proteção estatal, por meio de jurisdição, aos eventuais direitos individuais senão quando o próprio titular a requeira, a *demanda* passa a ser o parâmetro, ou a baliza que define e limita a controvérsia (lide) que lhe é apresentada, respondendo ao pedido de tutela jurisdicional

contido na demanda. A tal obrigou-se o Estado a partir do momento em que, proibindo a realização privada do direito, avocou a si o monopólio da jurisdição. (SILVA, 2006, p. 211-212 - a)

Assim, direito de demandar é compreendido pelo direito de levar a conhecimento do Poder Judiciário o direito objeto da lide, que uma vez declarado passará a ser exercido efetivamente (ação), não havendo que se falar em coincidência entre ambos os institutos.

O direito de demandar é correlato ao princípio do acesso à justiça, garantido a todos de forma indistinta e abstrata, sendo irrelevante que o demandante seja ou não titular de um direito. O direito de demandar é aquele dado ao autor para que possa ingressar na esfera judicial e que, ao final da demanda de reconhecimento do direito e legitimação do Estado-juiz, este possa satisfazer sua pretensão.

Enquanto o direito de livre acessar o Poder Judiciário é o direito abstrato conferido a todos os indivíduos, de forma impessoal, cumprindo assim o dever estatal de não deixar de apreciar toda ameaça ou lesão a direito (Art. 5º, XXXV da CF). O direito de demandar é a concretização desse direito, que independe da sorte do demandante, exteriorizando-se quando este ingressa no Poder Judiciário requerendo tutela jurisdicional.

Observe-se que há diferença substancial entre ação e o direito dado a todos os indivíduos de forma genérica e abstrata de levar ao conhecimento do Poder Judiciário uma possível lesão ou ameaça a direito, portanto, o exercício do princípio do acesso à justiça. Aquela (ação), dentro do Estado Democrático de Direito, é posterior a este (demanda), já que o Estado deve se basear em toda a estrutura legislativa criada para garantir a segurança jurídica.

Assim, conforme alertado por Silva, da mesma forma como ocorre na ação de direito material, não se pode falar, neste momento de exercício da pretensão (portanto, ação, e não mera demanda), de uma pretensão procedente, como se pudesse haver “direitos improcedente” ou “pretensões improcedentes”

Podemos observar, portanto, que questões quanto à procedência ou improcedência de uma demanda somente cabem na fase processual da satisfação da pretensão. Para fundir com as ideias trazidas no presente trabalho, as discussões quanto à procedência ou improcedência são categorias discutidas quando do exercício da

demanda; portanto, na fase de conhecimento. Até porque, conforme nosso entendimento trazido nos capítulos iniciais, não podemos falar em ação, mas em exercício da pretensão, de forma independente do direito trazido a baila. Não há a possibilidade, até mesmo no plano da lógica, de exercer algo que não existe, somente exercerei um direito existente, reconhecido pela lei e pelo juiz.

Tal distinção se torna absolutamente necessária, já que assim podemos observar de forma consciente a existência de duas fases processuais na dinâmica processual, sendo que apenas uma compreende o efetivo exercício do direito, portanto ação, e não mera demanda. Sendo que a demanda é um meio para o fim, que é a satisfação da pretensão mediante a ação.

3 JURISDIÇÃO SOB A ÓTICA DO ESTADO LIBERAL E ESTADO SOCIAL

O Direito de Demandar não se confunde com o exercício efetivo do Direito (Ação). Para que possamos compreender ainda mais as dificuldades existentes no Processo para solução das lides de forma célere e justa, é necessário trazer os conceitos dos institutos que permeiam o Processo, compreendendo, assim, o conceito de Jurisdição, observando o contexto histórico no qual foi concebido e o alcance o qual o Estado lhe quis dar.

Quando o Estado é constituído, segundo as necessidades dos indivíduos que o compõe, terá como finalidade a felicidade e a paz daqueles que o criaram. Para tanto, o Estado necessitará utilizar poderes, com força coercitiva, bem como monopolizar a função de pacificar conflitos.

A função atribuída ao Estado para pacificar os conflitos sociais é a chamada função Jurisdicional. Tal poder/função sempre será regrada e conceituada de acordo com os anseios do Estado, seguindo as diretrizes trazidas na Constituição Federal, buscando, portanto, sempre diminuir as desigualdades sociais e promover o bem de todos.

Ocorre que todas as construções jurídicas ocorridas no ocidente, baseadas nos ideais iluministas e liberais, buscaram sempre a mínima intervenção do Estado, haja vista que toda a sociedade medieval se viu assolada pelos abusos e excessos de poder dos monarcas, culminando na Revolução Francesa e outras movimentações sociais que almejavam a limitação do poder estatal concentrada na figura do *príncipe*. Dessa forma,

sendo um Estado Liberal que valoriza os direitos de primeira dimensão, portanto, os direitos de liberdade que vislumbram uma atuação negativa do Estado, essa foi a base ideológica que serviu de pedra angular na constituição da função jurisdicional do Estado.

Toda construção teórica é marca pelos ideais volitivos e axiológicos de determinado contexto social. Assim, todos os institutos jurídicos criados dentro um contexto social político terá determinado em sua constituição todos os valores daquele momento. É o que vemos na seguinte passagem:

Na verdade, a teoria do processo é marcada pela noção de Estado própria de um determinado momento histórico. A teoria do processo tem como seu instituto fundamental a jurisdição; a jurisdição e os demais institutos fundamentais do processo retiram a sua cor da noção de Estado. Daí a importância da teoria geral do Estado para o correto desenho dos institutos processuais. (MARINONI, 2004, p. 21-22)

No Estado Liberal a atividade estatal resume-se a uma atuação negativa, ou seja, na não intervenção nas relações privadas. Ante tal fato, satisfazendo a uma pretensão estatal de não intervir, sua função jurisdicional passou a se resumir na declaração de direitos, sem que necessitasse ingressar na seara privada, não ingressando no patrimônio do particular.

Assim, a conceituação de Jurisdição defendida por Montesquieu sempre satisfaz a pretensão estatal, constituindo o juiz somente o “boca da lei”, declarando direitos ao aplicar a lei ao caso concreto, não lhe cabendo fazer qualquer interpretação, muito menos permitindo-lhe uma atuação ativista. Quando a norma fundamental estabelece diretrizes de ordem liberal, o processo de subsunção refletirá tal pretensão (ARENHART, MARINONI, 2004, p. 36).

Assim, as fontes constitutivas da função jurisdicional se basearam nesse meio histórico que se encontravam os estudiosos que primeiramente a conceituaram.

Até então o direito de se socorrer do Estado para satisfazer a pretensão do particular garantia apenas a proteção das liberdades, da propriedade e da manutenção das dinâmicas de mercado, portanto, pretensões burguesas. É o que nos ensina Marinoni:

Na época do Estado liberal, o direito de ação, quando finalmente visto de forma dissociada do direito material, foi concebido como direito de pedir à Jurisdição a realização do direito material que fora negado

pelo obrigado. Nesta dimensão, o direito de ação, embora já definido como um direito dirigido contra o Estado, era visto apenas como uma garantia da efetividade das posições substanciais outorgadas aos cidadãos pelo Estado burguês. (MARINONI, 2010).

Ocorre, entretanto, que diante do presente Estado Social, em que o poder estatal deve militar no sentido de suprir as necessidades coletivas e públicas, não poderá apenas se resumir a declarar o direito ao caso concreto, abstendo-se de interferir nas relações privadas. Neste momento, buscando dar aplicação aos direitos de 2º dimensão, deverá praticar uma atuação positiva, interferindo assim nas relações sociais.

Imaginar hoje que o juiz seja apenas “boca da lei”, como no século XVIII pretendia Montesquieu, depois de tudo o que escreveu e de todas as vicissitudes que marcaram o trágico século XX, afigura-se, para a grande maioria de nossos juristas, uma grosseira heresia, fruto de ingenuidade, quando não de uma indesculpável ignorância. (SILVA, 2006, p. 89)

E segue:

Afinal, exorcizada, que teria sido, a concepção que fazia do juiz um simples oráculo da “vontade do legislador”; definitivamente superada a doutrina que dizia ser o Judiciário um “poder nulo”, posto que incumbido de apenas declarar o que dissera o legislador; eliminada a ilusão de que a sentença seja somente declaratória, como pretendia o supostamente superado século XIX – mito que a filosofia do Direito, especialmente no campo da hermenêutica, desfez nos últimos cem anos -, para reconhecer que a sentença tem uma dose significativa de *vontade*; que afinal o Poder Judiciário exerce função criadora de direito; se todo esse progresso foi conseguido a custa do trabalho incessante da doutrina dos processualistas, então não se lhes deverão acusar de responsáveis pela crise vivida pelo Poder Judiciário. Eles teriam dado a contribuição que lhes poderia exigir. (SILVA, 2006, p. 89).

Tal movimentação se dá de forma mais acentuada no campo do direito público, porém deverá refletir de forma ampla nas relações privadas, havendo uma atuação mais positiva não só das autoridades políticas, mas também dos entes pertencentes ao Poder Judiciário na busca pela Justiça.

Passaremos a analisar a surgimento dos direitos de primeira e segunda geração (ou, como outros preferem, direitos de primeira ou segunda dimensão, já que este conceito não estabelece uma ideia de superação de direitos de diferentes “gerações”, mas uma correlação de direitos) e o contexto histórico, para que assim possamos

compreender a essência do conceito de Jurisdição no Estado Liberal e o conceito de Jurisdição no Estado Social.

Para Norberto Bobbio, os direitos fundamentais são direitos históricos, ou seja, direitos criados a partir da evolução histórica e de acordo com os anseios e necessidades sociais. Os direitos de primeira dimensão possuem origem basicamente no final do séc. XVIII, possuindo como evento principal a Revolução Francesa e a Independência dos Estados Unidos (movimentos burgueses e liberais).

Conforme nos ensina Bonavides, o lema revolucionário esculpido pelo gênero político francês exprimiu em três princípios cardeais todo o conteúdo possível dos direitos fundamentais, profetizando até mesmo a sequência histórica de sua gradativa institucionalização: liberdade (direitos de primeira dimensão), igualdade (direitos de segunda dimensão) e fraternidade (direitos de terceira dimensão). (BONAVIDES, 2006, p. 526).

Os direitos de primeira dimensão dizem respeito aos chamados *direitos negativos*, ou seja, direitos que reclamam uma atuação negativa do Estado frente aos direitos individuais. São os direitos de liberdade, os primeiros a constarem de instrumento normativo constitucional, a saber, os direitos civis e políticos, que em grande parte correspondem àquela fase inaugural do Constitucionalismo do Ocidente (BONAVIDES, 2006, p. 564).

Os direitos de primeira dimensão ou direitos da liberdade têm por titular o indivíduo, sendo oponíveis ao Estado, traduzem-se como faculdades ou atributos da pessoa e ostentam uma subjetividade que é seu traço mais característicos, constituindo direitos de resistência ou de oposição perante o Estado (BONAVIDES, 2006, p. 564).

Os direitos políticos entram na categoria de *status negativus* e demonstram a nítida separação entre a sociedade e o Estado. Sem o reconhecimento dessa separação, não se pode aquilatar o verdadeiro caráter antiestatal dos direitos da liberdade, o que externa o levante social diante do poder estatal absoluto.

Tais direitos inaugurais exigem da parte dos outros, inclusive do Estado, obrigações puramente negativas, que implicam a abstenção de determinados comportamentos. Tais direitos emergiram quando houve uma grande alteração do contexto histórico-social, ocorrendo uma inversão, característica da formação do Estado

Moderno, ocorrida na relação Estado e cidadão: passou-se da prioridade dos deveres do súdito à prioridade dos direitos do cidadão, surgindo um modo diferente de encarar a relação política, não mais predominantemente sob ângulo do soberano, mas do cidadão, em correspondência com a afirmação da teoria individualista da sociedade em contraposição à concepção organicista tradicional (BOBBIO, 2004, p. 41).

Assim, passou a se analisar a sociedade a partir de baixo, ou seja, dos indivíduos que a compõem, em oposição à concepção orgânica tradicional, segundo a qual a sociedade como um todo vem antes dos indivíduos. Tal dinâmica ocorreu de forma natural, tornando-se algo irreversível, afirmando um direito de resistência à opressão, pressupondo um direito mais originário e substancial, o direito do indivíduo não ser oprimido (BOBBIO, 2004, p. 21).

Surgem, assim, diante dos movimentos sociais que lutavam pelas liberdades civis, da luta dos parlamentos contra os soberanos absolutos, da liberdade política e as liberdades sociais, do nascimento, crescimento e amadurecimento do movimento dos trabalhadores assalariados, se mostrando o direito à liberdade como um direito inato e adquirido, transmitido ao homem pela natureza e não por uma autoridade constituída.

Observamos, assim, que um movimento extremamente legítimo para a sua época, que lutou pela conquistas dos direitos individuais, encabeçado por ideais burgueses e liberais, foi o contexto histórico para construção do Estado Moderno e todas as construções jurídicas que lhe pertencem. Ocorre, todavia, que tal fato maculou, como consequência lógica, todos os institutos, inclusive a Jurisdição, da máxima liberal de não intervenção.

Com o desenvolvimento das relações sociais e do surgimento de novas relações mais complexas, novas necessidades foram surgindo, reclamando assim uma participação mais ativa do Estado, não lhe cabendo apenas declarar direitos e não intervir na vida privada. Surgem, assim, os direitos de segunda dimensão.

Os direitos de segunda dimensão só podem ser realizados se for imposto a outros, inclusive o Estado, não uma obstenção, mas um certo número de obrigações positivas. Houve uma passagem, não uma substituição (daí direitos de segunda dimensão), dos direitos de liberdade para os direitos políticos e sociais, que requerem uma intervenção direta do Estado.

Sendo direitos que reclamam atuação positiva do Estado, de forma inversa daqueles de primeira dimensão, clamam também por uma organização dos serviços públicos, em que o Estado diante da máquina estruturada, irá prestar os serviços sociais, fazendo surgir o Estado Social. Assim, os direitos sociais (nascidos não no momento de luta contra o poder absoluto) não se realizam por meras declarações, mas somente serão satisfeitos com a ampliação dos poderes do Estado.

Bobbio, em uma passagem extremamente feliz, nos ensina que “Não é verdade que o aumento da liberdade seja sempre um bem ou o aumento do poder seja sempre um mal” (2004, p.77).

Tal atividade comissiva do Estado também é observada por Bonavides na seguinte passagem:

Os direitos sociais fizeram nascer a consciência de que tão importante quanto salvaguardar o indivíduo, conforme ocorreria na concepção clássica dos direitos da liberdade, era proteger a instituição, uma realidade social muito mais rica e absoluta. A participação criativa e à valoração da personalidade que o quadro tradicional de solidão individualista, onde se formara o culto liberal do homem abstrato e isolado, sem a densidade dos valores existenciais, aqueles que unicamente o social proporciona em toda a plenitude. (2006, p. 564)

Observe que a efetividade do direito mediante uma eficiente tutela jurisdicional é o fim do próprio direito, não se confundindo este com o instrumento que permite tal dinâmica, reclamando os novos direitos uma atuação que extrapolem uma declaração do Estado.

Assim, o ato jurisdicional fim do Processo de Conhecimento, ou seja, a sentença declaratória, não será mais, como a doutrina tradicional chegou a se referir, meras declarações de direitos ou meras normas pragmáticas, sem eficácia direta e imediata que, no máximo, vinculariam o legislador. Necessitamos tratar tais atos jurisdicionais, que embora tenham profundo vinco declaratório, como instrumentos de grande capacidade de produzir efeitos no plano extraprocessual, inclusive com caráter obrigatório.

Este gravíssimo equívoco foi possível e tem ganho a dimensão impressionante que se verifica da aceitação, de certo modo implícito, de tal pressuposto pela doutrina contemporânea, em virtude de um outro engano não menos grave, a respeito do conceito de jurisdição. J. FREDERICO MARQUES, ao tratar das chamadas “ações de conhecimento”, dá-nos um bom exemplo desta limitação conceitual,

ao escrever que, “nas ações de conhecimento, constitui objeto da tutela jurisdicional o pronunciamento da sentença que componha o litígio” (Manual de direito processual civil, v. 2, § 48). Para ele, como de resto para a doutrina em geral, tutelar significa declarar (“pronunciar”) o direito. O que sobra – as demais eficácias do ato sentencial – são efeitos da tutela, e, por definição, devem estar fora de seu conteúdo (SILVA, 2006).

Dessa forma, a função jurisdicional do Estado/Juiz não deve se resumir apenas a declaração de existência do direito subjetivo do indivíduo, mas, além disso, deverá praticar todos os atos necessários para que o titular do direito tenha sua pretensão efetivamente satisfeita, realizando o direito. Observe que o titular do direito subjetivo poderá ver dez sentenças declaratórias prolatadas, mas sem que nenhuma delas lhe traga a satisfação da sua pretensão, haja vista que caberá ao sujeito passivo cumprir a determinação judicial de forma voluntária, demonstrando que o ato jurisdicional declaratório traz a cor dos ideais liberais de não intervenção.

A função Jurisdicional deverá estar estritamente vinculada à efetividade da sua prestação, garantindo uma igualdade real e não forma de mero acesso ao poder judiciário. Sendo que a atuação positiva do magistrado é fundamental para a efetividade da sua prestação jurisdicional, é o que nos ensina Silva na seguinte passagem:

Um juiz ativo é fundamental para a concretização dos direitos e garantias fundamentais.
Portanto, o papel do juiz moderno no processo não é de mero espectador ou um “mero convidado de pedra”, na democracia participativa deve se preocupar em dar o rumo ao processo de modo que todos devam dele participar com as mesmas oportunidades (SILVA, 2010, p. 05).

A doutrina clássica defende a existência de uma atividade jurisdicional complementar, quando a mera declaração do direito não satisfaz a pretensão do autor da demanda, sendo necessária uma nova prestação para que o direito levado a juízo seja devidamente tutelado, chegando inclusive a separar a dinâmica jurisdicional em atividade de reconhecer e a atividade de satisfazer, é o que preleciona Bueno:

É certo, contudo, que o processo não se volta apenas ao *reconhecimento* do direito pelo Estado-Juiz. Há aqueles casos em que tal reconhecimento não é o bastante para a satisfação daquele que rompe a inércia da jurisdição. Há, por isso mesmo, atividades jurisdicionais verdadeiramente *complementares* com vistas à satisfação do direito tal qual reconhecido. Seu estudo, contudo, não é

o objeto de considerações nesta sede. Por ora, basta pesquisar como o Estado-juiz *reconhece* direitos, deixando para outros momentos do *Curso* a pesquisa em torno de sua *satisfação* (BUENO, 2007, p. 61).

Assim, é necessário que haja equilíbrio entre a dinâmica processual civil de prestação da tutela jurisdicional e o resultado dessa dinâmica, devendo aquela se mostrar adequada e eficaz para atingir este. Senão, vejamos:

Ele tem que começar pela Constituição Federal e verificar em que medida o direito processual civil como um todo e cada um de seus institutos, a “jurisdição”, a “ação”, o “processo”, e “defesa”, para mencionar os considerados institutos “fundamentais”, mostram-se capazes de realizar adequadamente o equilíbrio entre aquelas duas vertentes: a obtenção dos resultados práticos e concretos do processo (que, última análise, justificam sua própria razão de ser, como método de atuação do Estado Democrático de Direito), e a *técnica* que existe, que se desenvolveu enormemente desde os primeiros estudos “científicos” do direito processual civil e que faz as vezes de criar as condições mínimas (os meios) para atingimento daqueles fins (BUENO, 2007, p. 61).

Tratando-se o Processo Civil de um reflexo das diretrizes do Estado, portanto refletindo todos os preceitos elementares previstos na Constituição Federal, representará um macrocosmo do Estado Democrático de Direito, conforme nos ensina Bueno, devendo, portanto, apresentar um balanceamento entre os princípios e garantias fundamentais com o outro *princípio* constitucional da Efetividade da Tutela Jurisdicional.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Realizada a análise crítica quanto aos elementos constituintes do Processo, observando quanto aos possíveis motivos que geram a não concretização dos direitos objetivamente assegurados em lei e reconhecidos pelo magistrado. É necessário auferir a importância social da atuação do ente público na promoção da organização e harmonia sociais, ao qual não resta apenas prever direitos de forma abstrata em seus mandamentos legais, mas também fazê-los cumprir determinando sua aplicação ao caso concreto, quando não cumpridos espontaneamente por seus destinatários.

Demonstrada a aplicação da função jurisdicional do Estado, foi contemplada as questões ideológicas que envolveram a construção da poder/função estatal, que acentuadamente influenciam nos efeitos produzidos pelo processo no plano material.

Foram apontadas as influências que a ideologia gera na construção do saber humano, bem como demonstrada a necessidade de se compreender que o Direito Processual Civil e, conseqüentemente, o Processo são construções humanas, provenientes do processo de exteriorização e interiorização do Espírito humano. Tal entendimento nos permitirá o desvencilhamento do Paradigma Racionalista criado pelo Estado Burguês, permitindo-nos construir um Processo voltado não para os interesses de um grupo de classes, mas para os homens, de forma genérica e impessoal.

Após as considerações quanto ao conceito do movimento na esfera extraprocessual do estabelecimento do direito subjetivo, da pretensão, da exigibilidade desta e do surgimento do direito da ação de direito material (*actio*), demonstramos que o Estado, monopolizando as formas de pacificação social, substituiu-as pelo instrumento público chamado Processo. Ocorre, todavia, que tal substituição não ocorreu de forma satisfatória, de modo a garantir a concretização dos direitos previstos em lei e pertencentes ao particular.

Nesse aspecto restou amplamente demonstrada a importância da atuação do Poder Judiciário, pois, incumbido pelo Estado do desempenho da prestação da tutela jurisdicional, é imprescindível que a desempenhe em tempo hábil a não gerar a ineficácia prática dos direitos, cujos titulares rogam-lhe proteção.

Exposto o contexto histórico-social em que ocorreu a construção do conceito de Jurisdição, iniciando pelos ideais burgueses do Estado Liberal, externados nos direitos de primeira dimensão, que influenciou demasiadamente na não produção de efeitos extraprocessuais pelo instrumento estatal de pacificação. Em seguida, o novo contexto histórico, demonstrando que as necessidades sociais são outras, sendo que reclamam uma participação estatal positiva e não mais passiva. Somente a partir do momento que compreendermos todas essas questões, que parecem estar em um mundo abstrato e distante, poderemos de fato construir um novo instrumento capaz de concretizar os direitos materiais e ao mesmo tempo garantir o Exercício do Estado Democrático de Direito.

Somente após a análise e discussão crítica a respeito dos dados coletados, é possível auferir conclusão no sentido de que tais construções ideológicas e volitivas

geram efeitos diretos no alcance do Processo; conseqüentemente, na efetividade prática dos direitos e garantias fundamentais.

Observarmos, assim, a possibilidade de questionarmos verdades absolutas que nos foram impostas, e observando que tais máximas são princípios, estes deverão ser aplicados na maior medida do possível, sempre observando quais os anseios sociais.

Em outras palavras, observa-se uma grande necessidade de dar preferência ao princípio da efetividade da tutela jurisdicional, como forma de se autoafirmar os Estatutos de Direitos Materiais, sob pena desses se tornarem meras folhas de papéis.

Por fim, é necessário nos conscientizarmos a respeito de toda carga ideológica que envolve a prestação da tutela jurisdicional realizada pelo Estado. Sendo que somente a partir de então a construção de um instrumento capaz satisfazer os anseios sociais se tornará possível.

REFERÊNCIAS

ARENHART, Sérgio Cruz; MARINONI, Luiz Guilherme. **Manual do processo de conhecimento: a tutela jurisdicional através do processo de conhecimento**. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2004.

BOBBIO, Noberto. **A era dos direitos**. Rio de Janeiro: Campus, 2004.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Malheiros Meditadores, 2006.

BUENO, Cássio Scarpinella. **Curso sistematizado de direito processual civil**. São Paulo: Saraiva, 2007.

CHAUÍ, Marilena. **O que é ideologia**. São Paulo: Brasiliense S.A., 1997.

GONÇALVES, Marcus Vinícius Rios. **Novo curso de direito processual civil**. São Paulo: Saraiva, 2009.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Novas linhas do processo civil**. São Paulo: Editora Malheiros, 2004.

MARINONI, Luiz Guilherme. **O direito de ação na constituição brasileira.** Disponível em: www.professormarinoni.com.br/.../20090909022054Direito_de_acao.doc. Acesso em: 27 de outubro de 2010.

SILVA, Nelson Finotti. **A paridade de arma no Processo Civil.** Disponível em: http://www.manualdeprocessocivil.com.br/arquivos/artigo_nelson2.pdf. Acesso em: 27 de outubro de 2010.

SILVA, Ovídio A. Baptista da. (a) **Curso de processo civil.** Rio de Janeiro: Forense, 2006.

SILVA, Ovídio A. Baptista da. **Processo e ideologia.** Rio de Janeiro: Forense, 2006.