

DINAMISMO JUDICIAL: UMA REALIDADE A FAVOR DA CONSTRUÇÃO DE UM DIREITO PROCESSUAL MAIS EFICIENTE¹

Bruno Leonardo Câmara Carrá²

RESUMO

O presente trabalho trata do fenômeno da criação judicial do direito no âmbito do Direito Processual. Além de justificá-la, propugna pelo seu uso como ferramenta jurídica da mais elevada importância para que seja mantida a harmonia entre o direito legislativo formalmente posto e a realidade social, que sempre é mais dinâmica. Os capítulos iniciais tentam dar uma explicação sistemática para essa inevitável tensão dialética, bem como situar o real papel do juiz dentro desse conflito. Em seguida, o tema é colocado dentro do atual paradigma epistemológico que reconhece a força normativa aos princípios, dando-lhes função, assim, de verdadeiros vetores destinados a permitir a anexação de novos valores pelo juiz. Finalmente, no último trecho do trabalho são feitas considerações especificamente sobre a posição do juiz em face de modelos normativos de natureza processual que se mostrem socialmente defasados. Nessa parte, é explicado que tal “prerrogativa inovadora” não pode ocorrer de forma irresponsável ou arbitrária, devendo sempre ser balizada por paradigmas, como a efetividade, a eficiência de resultados, a racionalidade e o respeito mínimo às exigências constitucionais do devido processo legal, de contraditório e da ampla defesa.

PALAVRAS-CHAVE: Direito Processual, ativismo judicial, finalidade do direito, dinamismo, eficiência, racionalidade, garantias constitucionais.

1 OS FINS E OS MEIOS: UMA DINÂMICA COMPLEXA

É uma constatação perene que o ser humano vive criando estruturas ou modelos para facilitar nossas vidas. Esses modelos poderão ser teóricos ou científicos e serão utilizados para descrever a realidade. Poderão ainda ser práticos e se destinarão a servir como um manual para nossa conduta de forma que oriente nossas opções diante do mundo, do outro ou de nós mesmos.

Fixemo-nos em um mapa. Ele serve para dar uma ideia da realidade, uma vez que não temos como ver com nossos próprios olhos a realidade por inteiro. Quanto mais evoluído o conhecimento humano, mais o mapa vai estar detalhado e conforme à realidade, embora nunca esteja exato por completo. Por ser, justamente, uma descrição da realidade, e não a realidade em si mesma, sempre algo lhe escapará.

Mas recordemos que existem alguns tipos de mapas que não apenas descrevem uma realidade, senão que se propõem a projetar uma realidade. É o que se passa com um modelo arquitetônico. Nele, o arquiteto não está compromissado em descrever algo já existente, senão que orientar os pedreiros, os marceneiros e o mestre de obra a construírem algo conforme suas expectativas. Se não faz esse projeto, se não apresenta um *modelo*, tudo fica mais difícil, porque ninguém saberá ao certo o que quis dizer o arquiteto.

Os modelos com função prática (ou prescritivos) e que, desde logo, designaremos como normas éticas³ funcionam como esses projetos arquitetônicos. Eles são como a *planta* que nos guia até a construção de certos objetivos, que seriam a casa, o edifício, o ambiente que um dia o arquiteto idealizou.

Do mesmo modo que o arquiteto não teria sucesso se apenas exteriorizasse aos seus trabalhadores suas ideias sem precisá-las de modo

mais denso, a conduta necessita igualmente de um desenho em que seja consignado com precisão o que se deve ou o que não se deve fazer para atingir o objetivo final daquilo que se deseja.

Ou seja, a conduta humana sempre tem uma razão de ser ou um objetivo a alcançar. Mas, como esses fins são muitas vezes amplos demais, podem não servir para muita coisa se não forem delimitados.

Dado, portanto, o caráter sempre amplo dos fins de nossa conduta, torna-se indispensável a criação de normas. São elas que irão desempenhar verdadeiramente o papel de um manual de instruções para a aplicação dos fins. Ou seja, elas agregarão os valores que fundamentam nosso agir em previsões específicas de condutas, ou menos vastas, dando respostas concretas para as inúmeras situações com as quais nos deparamos no dia a dia.

Vivemos em um mundo de normas e delas já não podemos escapar, já que nossa vida se desenvolve em um mundo de normas, como disse alguma vez Norberto Bobbio⁴.

Não há, assim, como recusar, pelo menos num primeiro plano de análise, o conceito formalista que concebe as normas jurídicas como um enunciado de cunho lógico destinado a prescrever uma conduta determinada, bem como que sua função é a de, através desse esquema, induzir à realização da conduta desejada⁵.

Prosseguindo, poder-se-ia, dentro do contexto inicial em que a questão foi proposta, dizer que as normas são o meio para a concretização dos fins (ou seja, dos valores que as permeiam)⁶.

Nem mesmo o “avalorativo” Kelsen ignorou esse aspecto do fenômeno jurídico. Para ele, a norma também apresenta valores, mas qualquer valor (bom, mau, justo ou injusto) poderia ser objeto de uma norma jurídica, sem importar as consequências ideológicas que isso implicasse.⁷

Se as coisas parassem aí não haveria tantos problemas. Ocorre, porém, que o mundo é dinâmico. Muitas vezes surgem questões, ou situações, para as quais nossos manuais não estavam preparados e, dessa forma, não podem fornecer uma resposta sólida, direta e imediata.

Realmente, o mundo é dinâmico, as coisas estão sempre em movimento, em porvir. À exceção de sistemas herméticos e estanques, todos os demais experimentam algum tipo de conflito dessa natureza, porque, invariavelmente, as inevitáveis modificações dos objetos e dos sujeitos destinatários das regras fazem com que ocorra uma disparidade entre os fatos, os fins (valores) e as regras (ou seja, as normas).

Por isso que, em relação ao Direito, totalmente correta é a crítica segundo a qual os fatos lhe estão sempre adiantados.

A tensão entre o que as orientações que constam do manual (ou seja, o que já está devidamente regulamentado) e os fatos sucedem sobretudo porque estes últimos, quanto a sua geração, não ficam na dependência de nenhuma regulamentação. Simplesmente, aparecem. São levados ao sabor das descobertas científicas, tecnológicas e outras tantas.

Já o manual não possui a mesma capacidade para se atualizar. Principalmente se a coletânea de regras de que estamos falando deriva de um complexo procedimento estatal denominado de *processo legislativo*, que produz, como resultado final, um certo tipo de normas jurídicas denominadas de *lei*⁸.

Este, por sinal, parece ser a raiz do problema: nos sistema éticos mais complexos, ou seja, naqueles que de alguma forma se destinam a exercer a disciplina coletiva das condutas humanas, o ingresso dos valores e das normas não se faz livre e subjetivamente. Depende, por razões de segurança, de um procedimento solene. Sendo o Direito o sistema ético que regulamenta o uso da força para garantir alguma eficácia aos deveres que enuncia, nele, portanto, o controle sobre o

ingresso de novos elementos alimentadores do sistema tende a ser o de maior rigor restritivo⁹.

Desse modo, visivelmente é produzido um descompasso entre o fim, ou seja, o valor que serve de recheio para as normas jurídicas e o meio que dispõe para ser conduzido aos seus destinatários em geral, ou seja, as próprias normas.

Isso porque os fins são sempre mais amplos, como havíamos dito acima, e, portanto, embora também terminem por ser substituídos¹⁰, seu caráter mais genérico ajuda a continuar servindo de parâmetro, nada obstante o meio que antes era empregado para fazer-se enunciar de forma concreta (a norma) já não tenha a mesma eficácia, devido, exatamente, a seu grau mais concreto de abrangência.

Mais complicado será quando o próprio valor (o fim da norma) já não servir mais. Nem a norma (o meio) nem o próprio valor que lhe serve de referência são mais socialmente relevantes.

Nesse último caso, as consequências serão ainda mais radicais. Devemos optar entre seguir as regras (porque constituem a afirmação de um fim que também já não serve) ou abandonarmos as regras não apenas porque elas não são mais descompassadas com a finalidade para a qual foram estabelecidas, senão que essa finalidade mesma já não tem mais razão de ser¹¹.

Parece que esse é o caso dos problemas atualmente enfrentados dentro do Direito Processual Penal relativamente ao deferimento de prisões cautelares, autorização de provas que invadem a intimidade pessoal, etc., bem como ao Direito Administrativo, primordialmente em relação às atribuições da polícia administrativa (*blitz*, inspeções pessoais, conferências de bagagem, etc.).

Vê-se sob essa última perspectiva que não apenas as normas podem ficar defasadas; os valores, eles próprios, podem entrar em rota

de colisão com a nova realidade que vai, cotidiana e continuamente, brotando de forma espontânea.

Duma maneira geral, essa questão foi enfrentada através de posicionamentos quase maniqueístas, de modo que emergiam através de duas respostas dialeticamente radicais e logicamente contrárias: ou se permanecer fiel à regra, sem ter em vista os fins a que elas se destinam, ou a postura dialeticamente contrária, ter em mira os fins (valores subjacentes ao próprio sistema jurídico), ainda que isso importe em suprimir ou desconsiderar a existência das normas positivadas.

Antes de qualquer análise do ponto de vista jurídico ou político a respeito disso, parece ser feita, inicialmente, uma reflexão de índole filosófica: devemos respeitar incondicionalmente o meio (a norma) ou podemos, simplesmente, considerar que podemos fazer uso delas apenas quando melhor nos aprouver, descartando-as quando, sendo o caso, já não nos sirvam mais?

A virtude de respeitar o meio consiste em preservar a coerência do sistema. Nele não fazer ingressar elementos estranhos a sua “retroalimentação”. Assim, por exemplo, uma norma legal somente poderia ser deslocada por outra norma legal, já que, do ponto de vista formal, cumpre a elas a primazia de anunciar o Direito. Por mais obsoleta, alheia à realidade ou destituída já de sentido, ninguém estaria autorizado a reformá-la, salvo, claro, o próprio legislador.

Em resumo: se falamos da coerência interna como uma necessidade elementar para que um sistema possa funcionar e se consideramos que as normas têm como uma de suas primeiras funções realizar uma maior concreção dos valores que estão na base dos ordenamentos que integram, na medida em que lhes desenha uma proscrição detalhada para determinada situação casuística. Então, admitir a supressão, seja qual for a razão de uma norma, em função de um princípio representaria dizer

que os fins justificam os meios.

Perdida a coerência, isto é, deixando que os fins possam ser impostos sem limites formais, não é difícil imaginar que a vida em sociedade seria insuportável. A estabilidade nas relações humanas, muito provavelmente, já não existiria.

O que se tenta evitar com isso são situações de ausência de um padrão normativo. Ou seja, que a substituição aleatória de valores, ou a ausência de sentido objetivo na aplicação de um valor, acabe por conduzir o sistema à incoerência, ao caos e, portanto, ao próprio germen de sua destruição.

Nada obstante, se tais preocupações são válidas, em princípio o extremado apego à forma fará com que ela se converta em uma entidade destituída de serventia. Será apenas um esqueleto sem carne, estrutura sem conteúdo algum, pelo menos conteúdo que tenha algum nexo por mínimo que seja com a realidade.

Por conseguinte, é preciso também não descuidar da coerência em relação aos próprios valores. Se a ordem normativa existe para induzir um padrão de condutas tendo em vista um determinado fim, se tais valores já estão deteriorados e seu nível de serventia oscila de muito pouco a nulo, qual o sentido de mantê-los? Agora, portanto, a questão é: para que possuir manual se ele já está ultrapassado?

Sem embargo, tal deficiência conjuntural não deve se converter em permissão irrestrita para a mudança indiscriminada e arbitrária dos elementos que constituem o sistema, quer das normas, quer dos valores que o informam. Como já consignado, se assim forem realizadas as coisas, há um sério risco de se retornar ao total estado de selvageria, uma vez que ninguém respeitaria mais ninguém, pois os “fins não justificam os meios”.

Ou seja, não se pode admitir, sob o argumento sentimental e não

científico de que isso traria benefícios para uma situação particular, que simplesmente se decida sem nenhum nexos com o ordenamento. Decisões casuísticas, por mais belas que aparentem ser, são arbitrárias e subjetivas. Não funcionam exatamente porque não representam nenhuma previsão de conduta, logo não possuem valor prescritivo algum.

O que, sim, acontece, queira-se ou não, é a incorporação de novos valores aos ordenamentos jurídicos. Não há como ser diferente: a realidade empurra, faz pressão, imprensos os sistemas éticos contra sua latência característica.

Constatando-se que de fato as coisas são assim, não cabe mais ter medo ou encobrir sua evidência. Muito melhor que se furtar ao reconhecimento de uma realidade impenável empiricamente, como ocorreu com Galileu, mais vale aceitá-la e, então, buscar instrumentos para recuperar a harmonia rompida¹².

A única postura científica sincera, a partir de tal constatação, é desenvolver mecanismos de superação para o conflito dialético, em termos hegelianos puros: a síntese dialética. Tal aporte teórico pressupõe a consideração de um equilíbrio dinâmico entre as normas e os valores que a constituem, por certo, pois sempre serão instáveis, em face de tudo o quanto já se comentou, as relações entre esses dois polos conversores.

Dizer que o equilíbrio é dinâmico importa resiliir com a estática decorrente de uma abordagem puramente formal, sem, claro, descuidar de um mínimo de coerência (o discurso jurídico preferiria a expressão *segurança*). Dessa forma, discorda-se de que os valores, uma vez envolvidos por uma determinada norma, fiquem integralmente à mercê dela, de modo que somente através da subtração formal dessa norma, com sua reposição por outra, possam novos valores penetrar no sistema jurídico.

Também se distancia da ideia de que não possa haver a criação de

normas complementárias por órgãos estatais que, em princípio, não teriam essa incumbência. Se o recurso racional utilizado para justificá-las puder encontrar guarida em algum lugar do ordenamento jurídico, legitimando o valor da criação perante os demais integrantes da comunidade, validados estarão tanto a criatura como seu criador.

Sendo aberto a influências externas em relação aos valores que o caracterizam, um sistema jurídico poderá, facilmente, incorporar outros valores através das mais diversas formas, sempre que isso não venha a causar a ruptura do sistema. Vale dizer, enquanto houver condições objetivas (racionais) de conformar a implementação de um novo valor ao universo jurídico, por meio de recursos lógicos, será válida a atuação inovadora¹³.

Tal conciliação será obtida, portanto, através de um labor interpretativo vasto e ativista, no qual o intérprete deixa de ser um mero detetive em busca de um texto legal para encaixá-lo praticamente *manu militari* num fato passado.

Ficaria autorizado o intérprete, assim, a incorporar os novos valores que já gravitam em torno dos sistemas éticos, como, por ser menos traumático, simplesmente adequar as previsões normativas já existentes aos valores subjacentes. Não há que, com hipocrisia, dar a impressão de que está apenas fazendo pequenos ajustes. Fazer pequenos ajustes normativos não é, em essência, tão diferente de efetuar grandes reformas no sistema. Em ambas, pequenas ou grandes, novas normas nascerão.

De alguma forma, isso tudo lembra aquela conhecida frase do Príncipe de Salina, aristocrata decadente, porém dotado daquele raro refinamento para compreender a natureza do homem e de suas obras: “Há necessidade de mudar alguma coisa, para que tudo permaneça como está”.

2 JUIZ: ATOR E AUTOR

Tudo o que dissemos antes representa um caminho conciliador que não turva a realidade ao pretender desconsiderar a existência de inovações normativas incorporadas ao ordenamento jurídico através de instrumentos que não gozam de origem legislativa. Por isso mesmo, entende-se que, ao invés de evitar o problema, deve-se enfrentá-lo para saber não se pode ou se não pode o juiz criar direito, mas, sim, ter em conta seus limites quando o fazem¹⁴.

Muito já se falou a respeito do assunto e, para não fugir à retórica dos bacharéis em Direito, pode-se dizer que rios de tinta já correram para falar, contra ou a favor, da criação judicial do direito. Limitar-nos -emos, assim, a fazer uma rápida compilação de ideias a respeito de tão controvertido tema e aportar nossa visão sobre ele.

A vinculação do juiz à lei tem raízes antigas. Muito antes que Montesquieu formulasse teoricamente sua forma tripartite de divisão de Poderes, consignando que aos juízes caberia tão somente a função de *aplicar* a lei, a história ocidental revelava vários exemplos concretos que se destinavam a evitar a hipertrofia dos poderes dos juízes.

Parece estar constatado que amalgamar em um só homem, ou em uma só assembleia, poderes de legislador e juiz, em geral, favorece a tirania e o arbítrio. Melhor, portanto, que ambos convivessem em harmonia, mas sob uma vigiada distância. No mundo antigo, Roma República, com suas magistraturas especializadas, traduz nitidamente esse temor, e Roma Império, a confirmação dele.

Até um jusnaturalista do porte de Santo Tomás de Aquino manifestava-se negativamente quanto à liberdade judicial ao combater a licitude da absolvição do criminoso por misericórdia do juiz, já que, “no que está determinado pela lei divina ou humana, não compete

misericórdia por parte do juiz”¹⁵.

Com o iluminismo de origem francesa, uma vez que na França os juízes (ao contrário de seus colegas ingleses¹⁶) foram responsáveis por cancelar as mais variadas formas de abuso cometidas pelo *Ancien Régime*, houve o reconhecimento teórico da indispensabilidade de um controle drástico da atividade judicial. Os juízes passavam a ser pessoas suspeitas aos olhos do racionalismo, tendo em vista as mais profundas relações de vassalagem que mantinham com o poder real, chegando mesmo a exercer funções políticas em nome dele, ademais das jurisdicionais.

Natural que, uma vez deixando de ser apenas um movimento teórico para se converter na grande revolução iniciada a 14 de julho de 1789, os seus fautores até Napoleão Bonaparte tivessem como pauta de princípio alijar os juízes de qualquer prerrogativa ou função que pudesse significar modificação das normas estabelecidas pelo Poder Legislativo.

Tendo já uma base teórica formulada, os revolucionários passaram a ditar um estatuto para o agora Poder Judiciário, dando-lhe como única atribuição a de fazer valer no plano individual toda a grandeza da lei. Esta, sim, sendo expressão da *vontade geral*, seria plena e capaz de reger, dados seus atributos de generalidade e abstração, a infinidade de conflitos nascidos das relações entre os indivíduos.

Nessa ilusão se acreditou seriamente, sob o fundamento de que a lei, diferentemente dos atos dos juízes, expressão da racionalidade humana, era perene, correta e autojustificada.

O controle dos atos do Judiciário como simples aplicador do direito legislativo era tão grande que na sua feição original a Corte de Cassação francesa integrava a estrutura da Assembleia Nacional, isto é, do Poder Legislativo francês. A Corte, como se sabe, não tem por função julgar ninguém, senão que dirimir erros concernentes à aplicação do

direito (vale dizer, da lei) pelos juízes.

A sentença (ou seja, o resultado da função jurisdicional do Estado) teria uma única função: servir de silogismo entre a lei (premissa maior) e os fatos (premissa menor). A racionalidade inerente ao texto da lei tornaria desnecessária qualquer atividade complementar do juiz.

Pensar assim significa dizer: mesmo diante de uma grande comoção, o juiz não pode se arredar do texto da lei. Essa vertente do pensamento jurídico, em que é visível o formalismo, teve seu auge na Escola da Exegese, cuja simples nomeação traz à lembrança as caricaturescas expressões “juiz boca da lei” (“juge bouche de la loi”) e “eu não conheço Direito Civil, ensino Código Napoleão”.

Atribuídas, respectivamente, a Montesquieu e a Bugnet, professor da Sorbonne, sintetizam a ideia da absoluta prevalência da lei sobre qualquer outra norma jurídica, bem como da mais completa limitação criativa sofrida pelos juízes. Se houve uma época em que quase se automatizou a atividade jurisdicional, foi aquela.

Em ensaio elucidativo sobre o tema, José de Albuquerque Rocha revela não apenas as origens dessa, mas como ela serviu de inspiração para quase todos os demais países que sofreram em suas estruturas políticas os reflexos da Revolução Francesa.

Pois bem, com o advento da Revolução de 1789, o Judiciário sofre, como vimos, mutilações que redundam em perda dessas competências políticas e conseqüente desqualificação do papel de simples e estrito aplicador das leis da Assembleia, mutilações que marcam todo o processo de formação do modelo de juiz que guia a magistratura do continente europeu até os anos cinquenta desse século e continua guiando a magistratura da América Latina¹⁷.

Embora haja quem lhe renda homenagens por, pelo menos, haver instaurado um estudo sistemático do ordenamento jurídico¹⁸, não é menos

importante ressaltar que o exagerado apego à forma rendeu à Escola da Exegese, igualmente, a crítica de fazer da lei um verdadeiro fetiche¹⁹.

Não poderia ser diferente. O medo dos juízes e a falsa ideia de que a lei, mercê de sua racionalidade, era, em termos teóricos e práticos, perfeita encobriu uma evidência empírica elementar: as coisas humanas são cambiantes por natureza; não permanecem as mesmas, evoluem ou involuem, mas nunca ficam como estão.

Menos de cem anos depois da promulgação do Código Civil dos franceses, obra mestra do período que exemplificou como nenhuma outra a devoção irracional ao racionalismo jurídico, já eram incontáveis as lacunas, as deficiências, enfim, suas evidentes limitações para disciplinar os fatos surgidos após a Revolução Industrial.

Já não se poderia aplicar o Código Civil com o rigor textual que pretendia a Escola da Exegese e os cultores da onipresença legal. Nasceram os movimentos de reação encabeçados, em princípio, por François Géný, na França, e por Heck e Von Ihering, na Alemanha. O primeiro com a criação da chamada “escola da livre pesquisa científica” e estes dois últimos pais criadores do movimento conhecido como “jurisprudência de interesses”.

As ideias de Géný representam um marco na história jurídica ocidental. Se não chegou propriamente a afastar-se do modelo racional -normativista que dominava o pensamento jurídico de sua época (como, por exemplo, fez Gurvitch enfocando o Direito sob um padrão sociológico), deu-lhe, pelo menos, nova imagem.

Partindo da distinção entre o dado (*donné*) e o construído (*construit*), estabeleceu uma dialética que permitia a inovação judicial que tinha o seu limite no texto expresso da regra legal. O juiz poderia reavivar o *dado* através do seu *construído*, adaptando o texto legal às novas realidades e colmatando as lacunas existentes no ordenamento²⁰.

É com Ehrlich e Kantorowicz, entretanto, que ocorrerá a radicalização do problema com a permissão declarada ao julgamento *contra legem* se injusto o direito a ser aplicado ao caso. Aqui, o paradigma racional-normativo é superado de vez, e o direito passa a ser visto como um fato social e não mais como norma, razão pela qual a lei é apenas um indicativo, mas não vincula o juiz a agir dentro de seus estritos limites²¹.

Quando os fatos avançaram tão radicalmente que demonstraram não serem mais admissíveis, a despeito de todo o temor de que os “subversivos” juízes pudessem complementar a lei, ainda que de modo parcial²², desmoronou a Escola da Exegese, abrindo espaço a uma participação mais ampla do juiz na formação do Direito²³.

O problema da passagem da responsabilidade civil de um modelo subjetivo, tradicionalmente incorporado ao Direito europeu, para o de cunho objetivo é ilustrativo do drama vivenciado naquela época em face do bloqueio ainda dominante a qualquer construção jurisprudencial.

Na sociedade agrária em que foi gestado e concebido o Código Civil francês de 1804, era até razoável que o dever jurídico de reparar o dano tivesse fundamento, além dos elementos ditos objetivos (dano e nexos de causalidade), na própria subjetividade do indivíduo. Contudo, o alavancar da indústria mudou todo o quadro de valores firmado pelas doutrinas jurídicas sobre responsabilidade civil firmadas nos séculos XVIII e XIX.

Novos avanços conduziram, igualmente, a eventos danosos de proporções nunca vistas. Mesmo constatado o nexo de causalidade, não era possível aferir-se, com a exatidão requisitada pelos tribunais, a configuração da falta do dever de cautela (culpa).

Daí pugnou-se por sistemas outros de responsabilidade civil em que a vítima não fosse compelida a suportar tamanho ônus, que, como de regra, ocorria dentro do sentido subjetivo de responsabilidade.

O fundamento desenvolvido, especialmente por Louis Josserand, foi o de que o art. 1.384 do Código Civil francês permitiria concluir a existência de responsabilidade sem que fosse necessário indagar da existência de culpa do guardião da coisa inanimada pelos danos que esta causasse a terceiros (fato da coisa), embora nitidamente não fosse essa a intenção da lei.

Como não se podia simplesmente conceber um sistema novo de responsabilidade civil ao largo da lei, foi necessário passar a manietá-la e violentá-la para retirar, a fórceps, um novo instrumental jurídico capaz de disciplinar as novas relações sociais, agora já sob a presença constante dos aparatos automotores²⁴.

Ainda assim foi traumático o reconhecimento pelos tribunais franceses de tamanha inovação, a qual, de qualquer forma, vingou e ficou reconhecida pelo próprio legislador tempos depois.

O exemplo histórico é rico em ensinamentos: quando a forma (o meio) passa a valer mais que sua própria finalidade, chega-se a uma situação insustentável e próxima, igualmente, ao esgotamento do padrão normativo. Também põe em evidência o que aqui já foi considerado inúmeras vezes: muitos valores do passado são obliterados pela evolução natural das coisas, mas que, como almas penadas, ainda resistem em deixar este mundo, por estarem a ele conectados através das normas, principalmente quando essa norma se chama *lei*.

Finalmente, do século XX em diante, era tão assombroso o número de casos que pareciam comprovar o inevitável surgimento de um Direito feito pelos juízes, mercê de um descompasso entre os esquemas legais e um crescimento industrial e tecnológico jamais visto na história da humanidade, além de duas grandes guerras que fizeram desmoronar de vez a crença sentimental na razão humana como única fonte legítima de certeza e progresso, que ninguém mais se atrevia dizer que ele não

existia ou, ainda, que seria ilegítimo.

Com efeito, hoje em dia, já existe uma maior aceitação do poder criativo dos juízes ante o Direito (vale dizer, o ordenamento jurídico) que devem aplicar, como atestam as alentadas obras de Alexy, Dworkin, Perelman, Rigaux e inúmeros outros.

A contribuição que os juízes aportam para o avanço e a melhoria da dinâmica do sistema não pode, de fato, ser menosprezada ou deixada de lado, pois, como disse Carlos María Cárcova, “mientras no sea posible la renovación del sistema, por la dinámica normativa, sólo a través de la comprensión amplia de la actividad judicial como un Hermes, tomando prestada la expresión de François Ost, que es capaz de fomentar la impulsión del sistema hacia adelante permitirá un conocimiento global del fenómeno jurídico”²⁵.

Em que pesem as muitas diferenças estruturais, é possível afirmar que sob esse mesmo marco teórico estão as chamadas *teorias da argumentação racional* (Perelman e Alexy), ou o direito como interpretação tópica e concreta (Viehweg e Dworkin). Ainda segundo o consenso geral, seria possível denominá-las teorias de *pós-positivistas*, no sentido de distância daquele Positivismo jurídico que afastou os juízes de qualquer faculdade inventiva.

Basicamente, apontam a ideia de que é possível fazer composições entre os inúmeros valores incorporados a um dado ordenamento jurídico como forma de resolução de casos concretos difíceis (ou seja, casos que demandem ajustes no sistema normativo). Se bem que, com um menor grau de segurança ou estabilidade jurídica, as normas (isto é, a própria positividade do sistema) ficam preservadas em sua atribuição de ditar comportamentos e, ao mesmo tempo, seguir sendo atuais.

Fala-se em um menor grau de segurança justamente porque, não obstante a estrutura normativa ser a mesma, o conteúdo será variável, ou

intrinsecamente instável²⁶. Mas muitos seriam os métodos para obter tal renovação: desde a constatação de variáveis interpretativas (Viehweg) até a ponderação dos princípios localizados nas regras que constituem o sistema (Alexy).

3 OS PRINCÍPIOS JURÍDICOS E AS REGRAS NOS ORDENAMENTOS ATUAIS: POTÊNCIA E ATO

Já se destacou como inevitavelmente os sistemas abertos interagem com seu meio exterior, deixando receber as influências vindas de fora. Se um sistema se destina a disciplinar normativamente a realidade, terá que se curvar a essa necessidade sob pena de se carcomer por inteiro.

O Direito é um sistema aberto, mas que, por razões de segurança, já que dos sistemas normativos é o único habilitado a disciplinar o uso da força pública, cria um procedimento complexo de gestação de suas normas. Não é qualquer pessoa que poderá formular normas jurídicas, mas somente aqueles dotados de autoridade política para tanto, seja autoridade consentida (como ocorre nas democracias), seja autoridade impelida pelo uso da força.

Desde a Grécia Antiga, tem-se considerado que é a lei, por assomar vários predicados benéficos, principalmente o fato de ser escrita e de ser pública, a expressão mais perfeita da segurança desejada com a plenitude do poder normativo do Direito, a tal ponto que uma pessoa somente se considera obrigada a fazer ou deixar de fazer algo em virtude de lei (CF/88, art. 5º, II).

Mas a lei, por isso mesmo, tende à estática, e o procedimento legislativo, por tais razões de seguridade, é extremamente demorado e burocrático. A realidade não espera por isso, ocasionando os vazios normativos ou mesmo as contradições entre as normas existentes e os

valores que passam a compor a realidade em virtude da natural evolução das coisas.

Esse choque vai gerar o nascimento de formas normativas distintas daquelas inicialmente desejadas como ideais pelo organizador do sistema, ou seja, vai fazer aparecer regramentos da conduta humana em normas distintas da lei, como o costume ou as normas judiciais. Como, entretanto, são formas bastardas de criação, nunca se as aceitam com a mesma facilidade que a norma concebida no seio da espontânea gênese de paradigmas jurídicos, ou seja, os atos do parlamento.

Nada obstante, parte dessa tarefa foi facilitada com a descoberta, pelo atual estágio da ciência do Direito, das chamadas *normas-princípios*, que tornaram mais fácil a dinâmica entre as normas no que se refere à capacidade de serem ampliadas por outro órgão estatal que não o legislativo.

A incorporação dos princípios à legislação deu-se através da constatação de que a lei não previa suficientemente todas as hipóteses suficientes da conduta humana, como, de fato, seria impossível imaginar. Foi Ihering, com sua “jurisprudência de interesses”, o primeiro grande autor a falar de um após o Positivismo ter dominado a cena jurídica ao tratar de um Direito subjacente ao legal, ao qual denominou de implícito.

De lá para cá, muito já se construiu a respeito do assunto. Constatada a incapacidade da lei, procurou-se nela inserir alguns canos de espaçamento que permitissem, a partir da própria lei, uma tentativa de adaptação aos novos tempos. A anterior cidadela inexpugnável se abria ao mundo, reconhecendo sua inabilidade para regular a vida humana em toda sua majestática dinâmica.

Passou a própria lei, assim, a admitir, para suas lacunas e vazios, o recurso à analogia, aos costumes e aos princípios gerais de Direito, como forma de reconciliação entre o imobilismo legal e a fluidez da

realidade. Já então se reconhecia que o juiz poderia, nesses casos, suprir os vazios da legislação. E, paradoxalmente, por deliberada autorização da lei, o juiz se converte em legislador.

A um jurista perspicaz como Carlos Santiago Nino não escapa essa intrigante verificação, no mínimo engraçada, de que parte do trabalho legislativo se acha atualmente transferido ao Poder Judiciário:

Los problemas de interpretación que se han venido analizando a lo largo de este capítulo, son demostrativos de que los legisladores tienen limitaciones para prever todos los casos posibles y asignarles solución.

De hecho, parte del poder legislativo está transferido implícitamente al cuerpo judicial, quien, como vimos, muy a menudo tiene que reelaborar las normas que le ofrece el legislador antes de aplicarlas a los casos concretos.

[...]

La necesidad de resolver casos particulares hace que la magistratura advierta, en muchos casos con más facilidad que los legisladores, efectos sociales inconvenientes de una disposición legal, razón por la cual procede a realizar una interpretación correctiva de aquélla para impedir tales consecuencias.²⁷

Penetraram, portanto, nos textos legais, as próprias referências valorativas que dão vida às normas, que lhes servem de animação e causa material. As legislações foram inundadas com expressões como “equidade” (art. 127 do Código de Processo Civil), “exigências do bem comum” (art. 5º da Lei de Introdução ao Código Civil) e também “analogia”, “costumes” e “princípios gerais de Direito” (art. 4º da Lei de Introdução ao Código Civil) como ferramentas para a participação judicial na criação legislativa.

Claro que o legislador precaveu-se de um eventual descontrole e procurou, no geral, condicionar o uso desse mecanismo distensor do Direito com os condicionantes de que seu uso ocorreria “apenas quando omissa a lei”. De pouco adiantou. Até nisso foi vencido o legislador pelo

indomável das necessidades.

Durante algum tempo os juízes ainda se perguntaram se poderiam fazer uso da “equidade” ou a “analogia” como fator de correção das inúmeras distorções entre as regras legislativas e a realidade. Deram-se conta de que poderiam fazer uso deles mesmo que não houvesse um silêncio normativo e até mesmo contra uma norma expressa.

O Direito Civil brasileiro da segunda metade do século XX foi um particular exemplo da admissão de novas figuras e institutos jurídicos muitas vezes em total disparidade com a previsão normativa, mas que se fizeram prevalecer porque, de outro modo, não haveria como pôr rédeas a fatos prenhes de uma resposta jurídica adequada.

O caso da cláusula *rebus sic stantibus* parece, dentre tantos outros, particularmente expressivo. As regras contidas no Código Civil de 1916 apontavam na direção oposta, por serem tributárias do postulado que lhe era antagônico (o *pacta sunt servanda*). A interpretação jurisprudencial que se formou, entretanto, terminou por reconhecer a possibilidade de se alterarem as bases jurídicas de uma contratação quando um evento fosse drástico o suficiente para romper o inicial equilíbrio gravitacional entre os contratantes. Vários outros exemplos podem ser dados relativamente a “atualização monetária das dívidas”, “reparação por danos morais”, etc.

Onde foram buscar? Não na norma escrita, claro, porque esta era contrária. Não também no simples recurso à analogia, aos costumes e aos princípios gerais, na forma como foram positivados, porque não havia espaço para isso: a lei não previa exceção porque fosse lacunosa, senão porque esse era o sistema idealizado pelo legislador.

O que foi realizado, na verdade, foi a descoberta de um princípio jurídico geral do Direito Privado que estava por detrás da lei e poderia ser racionalmente demonstrado, e não uma chamada aos “princípios gerais” quando os “princípios específicos da lei” não existissem.

Se o avanço, em termos de liberdade judicial, produzido pela incorporação dos “princípios jurídicos” aos textos legais foi surpreendente, que dizer do reconhecimento dos chamados “princípios jurídicos implícitos?”²⁸.

Num primeiro momento se autorizou o Poder Judiciário a “excursionar” por uma zona infinitamente mais flexível que os antigos e já exaustos textos oclusivos, mas depois a compreensão jurídica desse fenômeno deu-se conta de que nem sequer era necessário que os princípios viessem expressos: poderiam ser formulados racionalmente através das linhas mestras do sistema. E, se o sistema, como admitimos, é aberto, então a ele sempre será possível agregar novos princípios.

Isso, com efeito, tem se dado nos últimos anos com boa parte do que denominamos de “princípios processuais”. Boa parte deles, como o da efetividade, razoável duração do processo, duplo grau obrigatório, ou ainda são ou em algum momento foram reconhecidos explicitamente pelo sistema. Nada obstante, nenhum tribunal ou juiz, ou mesmo os advogados, tinham dúvidas quanto a sua positividade.

O próprio Supremo Tribunal Federal emprega com bastante naturalidade a expressão “princípio constitucional implícito”²⁹ para referir-se a valores que poderiam ser deduzidos da Constituição Federal, mas que não necessariamente estivessem nela consignados textualmente, ou, ainda, fala de certos princípios que simplesmente não constam em parte alguma da norma escrita³⁰.

A evidência, se sinceramente aceita, não pode ser mais aterradora: quando se considera que os tribunais dizem que existe um direito decorrente do sistema, mas que não foi escrito pelo legislador (ou constituinte), não se pode estar mais convicto de que houve o triunfo do ativismo judicial.

O grande papel desempenhado pelos princípios jurídicos foi

justamente servir de um vetor de facilitação, uma geratriz de normas derivativas. Daí os princípios passaram a ser, eles próprios, os artífices para a fabricação de normas; verdadeiros balizadores das normas que provêm do Poder Legislativo e mais ainda paradigma para a construção de outras dentro do Poder Judiciário.

O apogeu desse estágio de evolução do pensamento jurídico vai ocorrer em momento recente quando o Direito Constitucional se apodera desse instrumental tão poderoso e passa a considerar que a Constituição, norma fundante de todo o sistema, também possui princípios cuja missão orientativa supera o simples regramento das coisas³¹.

As expressões “princípios constitucionais” e, sobretudo, “princípios constitucionais implícitos” representam o golpe de misericórdia no reacionário legalismo que afasta qualquer participação do Poder Judiciário na criação do Direito.

Muito antes, o Direito Constitucional realizava a já demasiada inovadora tarefa de permitir o controle das leis. Mas até aí nada tão complicado: não se afastava do paradigma legal porque a Constituição era igualmente uma espécie de lei, por sinal uma lei de qualidade maior. Ou seja, o tribunal apenas fazia um controle de adequação entre a vontade mais prestigiada e a vontade menos prestigiada, a saber: o legislador constituinte e o legislador ordinário. Mas não se pode dizer que o modelo foi rompido, pois o que o juiz faz, na concepção original desse modelo, é tão somente identificar o *standard* constitucional e medir a lei para saber se está ou não está ajustada a ele.

Claro que na medida em que esse controle foi autorizado ao Poder Judiciário isso importou em aumento de prestígio para os juízes e, de alguma forma, humor favorável a eventuais posicionamentos inovadores seus. Mas esse é um modelo típico dos países seguidores da tradição constitucionalista americana, que, naturalmente, possui bases firmes no *common law*.

Os modelos europeus continentais têm esse controle realizado por órgãos estranhos ao Poder Judiciário, em que a presença do Poder Legislativo se faz sentir sem nenhuma cerimônia e os juízes em geral não possuem permissão para afastar a aplicação de uma lei ao caso concreto pelo fato de ela ser contrária à Constituição.

Quando, entretanto, se passa a admitir que o texto constitucional também traz subjacente a si mesmo valores jurídicos não desvelados por inteiro, cujo reconhecimento poderá ser igualmente feito pelo Poder Judiciário, chega-se ao ápice da consagração de um Direito judicial. E mais: se passa, sem outros pruridos, a admitir que existe uma própria escala de superioridade dos princípios em relação às normas, de forma que, verificando-se a divergência entre estas e aqueles, deve-se priorizar a efetividade dos princípios³².

Por isso mesmo, houve o reconhecimento de que o princípio jurídico também era uma norma, criando-se a nomenclatura “norma -princípio” e “norma-regra” para fazer a distinção entre ambas, que equivale em igualdade de condições a nossa nomenclatura dialógica entre “princípios” e “normas”³³.

Agora, portanto, basta o magistrado seguir os princípios que dão vida ao ordenamento jurídico, cuja construção fica mais a cargo dele do que do legislador, para ampliar o direito, essencialmente quando a tarefa é descortinar “princípios constitucionais implícitos”³⁴.

A aproximação com o *common law* é inevitável. As regras -princípios, ou simplesmente a “positivação dos princípios” (que não obstante ainda ficam em muitos pontos “não positivados”, e essa é sua grande magia), possibilitam aos acorrentados juízes egressos da tradição continental um movimento de alforria sem precedentes.

Na prática, conferem-lhes as mesmas ferramentas de que dispõem os juízes anglo-saxões para fazer o controle dos atos do parlamento e, na

verdade, a eles muitas vezes sobrepõem um Direito judicial. A função que os *standards* desempenham no *common law* é hoje, senão idêntica, em muito semelhante à que desempenham as regras-princípios nos países tributários ao Direito legislado³⁵.

Já é aqui o momento de fazer uma explicação de ordem metodológica. Quando se está falando de princípios, para os fins deste trabalho, sob seu largo leque de abrangências são albergados todos os casos em que o legislador, em vez de definir parâmetros rigorosos de uma conduta, tão somente expressou um núcleo valorativo para a compreensão de um valor latente ao sistema, mas que por sua dimensão hipertrofiada não se pode apreender através de um enunciado mais linear e unidimensional³⁶.

Nele, portanto, são incluídos termos que, tecnicamente, designam algo distinto como os “conceitos jurídicos indeterminados”, “cláusulas abertas”. “Enunciações *numerus apertus*” também são tidas, senão como princípios, pelo menos como principiológicas na medida em que são as formas preferenciais para a transmissão dos princípios.

Assim, expressões como “boa-fé”, “probidade”, “autonomia”, “enriquecimento sem causa”, “prevenção” são verdadeiros ductos que tornam possível a comunicação entre o sistema normativo e a realidade sempre cambiante, tendo por função, basicamente, permitir, sem as grandes tensões do passado, uma renovação menos traumática e constante do Direito.

Isoladamente, entretanto, os princípios-regras dizem muito pouco, justamente em função da virtude que ora lhes é tanto enaltecida. Por constituírem estruturas muito abertas, pouco sólidas, não podem dar uma resposta prévia e segura a problema jurídico algum. Tão somente enunciam pautas, mas não respostas. Por si mesmos, dizem muito pouco e não ajudam a dar solução concreta.

Por isso mesmo, como colocamos no início deste trabalho, seria impossível a existência de um “sistema” apenas de princípio. A

impropriedade de um sistema tão abstrato não passa despercebida pelos grandes, como Canotilho e Robert Alexy, para quem isso seria tão impensável quanto um sistema jurídico hermético, desconectado da realidade. Uma advertência, então, se impõe: não se deve acreditar nas regras-princípios com a mesma ingenuidade que, uma vez, os apóstolos da Escola da Exegese depositaram na lei.

E tanto é assim que se descobriu a possibilidade de choques de princípios (ou regras-princípios). Isso é assim justamente porque não existe uma definição, uma precisão entre eles. Na verdade isso não se trata de descoberta recente. Já foi dito alhures que Karl Englich há tempos havia percebido a existência desses conflitos e que decorrem justamente da impossibilidade de refletirem os princípios uma resposta prévia e concreta para a regulamentação da conduta humana.

Muitas vezes até representam valores nitidamente antagônicos, como “liberdade individual” e “bem comum” ou “interesse público”, porque a vida humana é, em si mesma, contraditória. Sob essa ótica, as vantagens que podem predicar esses bem-intencionados enunciados valorativos são de pouca envergadura.

Os defensores empedernidos das regras-princípios irão dizer, entretanto, que há um princípio que serve de balizador dos conflitos entre princípios. Chama-se “princípio da proporcionalidade” e, por isso mesmo, ocupa uma função sobressalente dentro de uma possível pirâmide hierárquica entre princípios³⁷.

Muitos méritos devem ser dirigidos ao “princípio da proporcionalidade” em sua tarefa de procurar uma “normação” para os princípios jurídicos, ou de “convivência” que não os exclua, senão que os faça interagir harmonicamente.

Mas como, com acerto, propõe Ricardo Guibourg, ele pode sugerir uma grande armadilha, pois sua celebrada capacidade terapêutica é apenas uma forma de disfarçar as coisas. Predicar, sem um esquema

concreto de aplicação prática, que um princípio pode ser abalizado por outro princípio (portanto, algo igualmente abstrato por definição) equivale a percorrer um círculo: o deslocamento será sempre nulo³⁸.

Por isso mesmo, é possível que outras concepções sistemáticas elejam uma outra forma de resolver o impasse entre princípios de igual natureza, utilizando, por exemplo, critérios de ordem econômica ou utilitária, mas igualmente abstratos³⁹.

Dentro desse contexto se pode dizer que existe uma relação de potência para ato na dinâmica que se opera entre princípios (regras-princípios) e normas (regras-normas). Os princípios expressam em potência a capacidade que se realiza em ato de estabelecer uma fixação de hipóteses diretivas para a conduta humana.

Por mais que a descoberta das regras-princípios seja uma importante conquista da ciência do Direito atual, o Direito nunca poderá prescindir das normas. Essa singela evidência deve ser bem compreendida, igualmente, pelos juízes: os princípios ajudam a substituir normas... por outras normas.

A atividade do juiz que decide inovar somente estará legitimada se houver a eleição de um novo padrão normativo, e não uma resposta isolada para um caso concreto. Um princípio jamais poderá justificar, assim, o rompimento de uma norma vigente se não puder se converter em outro padrão de conduta. Isso seria pura barbárie e, por conseguinte, inadmissível. Isso, sim, é subjetivismo judicial e “governo de juízes” e quer retroceder todos os avanços logrados pela ciência do Direito nos últimos duzentos anos.

4 POR UM DIREITO PROCESSUAL DINÂMICO E EFICIENTE

É imperioso dizer que, em menor ou em maior grau, ocorre um distanciamento entre o Direito e a realidade, até mesmo porque nasce

“o direito pela força criadora dos fatos”, no dizer de Pietro Perlingieri e Vincenzo Franceschelli. Mas, nada obstante, a lei, concebida como expressão visível por excelência do Direito (pelo menos em sistemas jurídicos como o nosso), apresenta um imobilismo que a distancia dessa realidade.

Na verdade, a frase acima transcrita nasceu inspirada na obra célebre de Gaston Morin (a *Revolta dos fatos contra o código*), que demonstrava ficarem os instrumentos normativos obsoletos mercê da evolução social, razão pela qual surgem, inevitavelmente, instrumentos jurídicos marginais (isto é, *a latere* daqueles preconizados pelo Direito legislado).

Por outro lado, é impossível pensar em avanço, celeridade e eficiência sem tal postura inovadora, que, repita-se, não raro torna-se o celeiro de uma futura modificação legislativa.

Vimos que, por conta própria e sem nenhuma fonte legislativa explícita para fundamentar suas decisões, os juízes rompem determinados paradigmas normativos e produzem avanços capazes de revolucionar o sistema jurídico vigente.

Não raro, tais mudanças serão muitas vezes incorporadas posteriormente pelo legislador em um futuro não tão distante.

Esse reconhecimento, ao que tudo indica, funciona como uma espécie de legitimação ao trabalho pioneiro desses corajosos magistrados, que, sem temer críticas ou represálias, decidem pautar sua atividade com base nas finalidades últimas do Direito, e não como simples reprodutores de teoremas formais.

Por isso, foi de fundamental interesse analisar como se passou de um paradigma em que o juiz era completamente atrelado à lei para outro em que a lei, na maioria dos casos⁴⁰, não impede o trabalho criativo do juiz.

Como fica, então, o atual Direito Processual em face dessa realidade?

Nos últimos anos, parece ter havido um consenso doutrinário no sentido de que o processo possui, enquanto mecanismo jurídico, um fim

a ser alcançado, que é o de fazer cumprir de alguma maneira um direito material que foi violado.

Já é clássica e de domínio público a afirmação de Chiovenda segundo a qual o processo deve assegurar tudo aquilo e exatamente aquilo a que a parte teria direito se não fosse o inadimplemento por parte do devedor de um dever jurídico para seu credor, demonstrando claramente que fazer assegurar um direito subjetivo (direitos de fundo) vem a ser a grande finalidade de todo o Direito Processual.

A ciência do Direito, em meados do século XIX, perfilou um distanciamento do Direito Processual em relação ao Direito Material, através do reconhecimento da autonomia da ação e a conseqüente superação da teoria imanentista, a qual, como sabido, considerava-a como simples consequência de um direito subjetivo. Dessa forma, a ação seria tão somente mais um dos efeitos gerados por tal direito⁴¹.

Talvez, o entusiasmo que se seguiu a essa fascinante descoberta conduziu a um certo excesso ideológico que liberava o Direito Processual por completo de qualquer relacionamento estrutural com o Direito Material. Isso conduziu a algumas anomalias que, a exemplo de Oscar Wilde, começaram a defender a forma pelo simples fato de ser forma, um “processo pelo processo”, ou seja, uma beleza anódina que decorria de formas processuais grandiosas, solenes, marmóreas que dignificavam o instrumento mais do que sua finalidade.

Entretanto, “o fator grandeza tem, no campo do Direito, menor importância que o fator duração ou o fator qualidade”⁴². As vicissitudes do processo numa época em que as transformações são diárias e a realidade “anda a mil” não podem ser mais medidas por sua pureza ontológica, bem como por seu desapego ao Direito Material, senão que, exatamente o oposto, sua capacidade de servir de amparo efetivo para a recomposição de um Direito Material violado.

Aí operou-se a “contrarrevolução”, e o Direito Processual voltou a se conectar com o Direito Material e compreendeu que o reconhecimento de sua autonomia científica em nada impedia sua vinculação intrínseca com o Direito Material, já que, sob essa perspectiva, o processo continua sendo uma derivativa dele. Sem um Direito Material, não poderia existir o Direito Processual.

Sobre isso, diz José Roberto Bedaque:

Trata-se, sem dúvida, de nova visão do fenômeno processual, instrumento cuja utilidade é medida em função dos benefícios que possa trazer para o titular de um interesse protegido pelo Direito Material. A conscientização de que o processo vale não tanto pelo que é, mas fundamentalmente pelos resultados que produz, tem levado estudiosos a reexaminar os institutos processuais, a fim de sintonizá-los com a nova perspectiva metodológica da ciência⁴³.

Ao dar-se conta de que o Direito Processual também possui um fim, fica mais fácil entender e aceitar que as normas processuais veiculadas pela legislação processual não são inflexíveis. Como já referimos, elas não valem por si mesmas, senão que estão todas em função de uma finalidade a alcançar.

Mas no Direito Processual essa vinculação à finalidade deve ser ainda mais ressaltada, pois é inadmissível conceber o processo como algo alheio aos anseios concretos que levam as partes à frente de um juiz.

De todos os ramos jurídicos, os de natureza processual são aqueles em que as relações entre o juiz e a lei são as mais estreitas possíveis. Isso porque, claro, em nenhum outro ramo o juiz aparece como o próprio objeto da regulamentação legal, como se dá no Direito Processual. Um direito material se exercita, em geral, independentemente do juiz, mas a recíproca não é verdadeira quando se está diante de um direito processual.

Desse modo, também como em nenhum outro ramo, o juiz pode

gozar de elevada capacidade de criar direito. O que se quer consignar, portanto, é que o juiz deve sobrepor a norma legal aos princípios processuais como única forma de solucionar os graves problemas impostos pela realidade, pois, ao contrário do que se pensa, sua função não é apenas proferir sentenças, senão que administrar a própria litigiosidade inerente à sociedade, como bem revela Antônio Hespana⁴⁴.

Os comentários acima feitos podem ser perfeitamente considerados para viabilizar uma postura processual por parte do Poder Judiciário em perfeita harmonia com as exigências e expectativas da sociedade brasileira atual.

Como pano de fundo, está a realidade, em que a carência por uma resposta efetiva do Poder Judiciário aos problemas que lhe são dirigidos é um dos principais anseios da população. Principalmente o anseio de que essa resposta se faça rápida.

A ideia de tempo, atualmente, tem ficado cada vez mais curta em função dos inúmeros avanços tecnológicos que vivenciamos. Conversa-se *on-line* entre extremos do planeta e se viaja o mundo em questão de horas. O dinamismo da era tecnológica tornou preciso cada segundo ou cada milésimo dele. É natural, dentro dessa realidade, que o processo judicial passe por uma evolução, muitas vezes de acompanhamento difícil pelo Poder Legislativo e pelos próprios juízes.

As pessoas, em resumo, tendem a valorizar, hoje, o tempo de resposta de um processo com um grau de exigência incomparavelmente maior do que faziam no passado, quando a dinâmica dos acontecimentos era mais lenta. Por isso, a literatura processual está repleta de referências ao “tempo como fator de corrosão dos direitos” e que o processo deve combater tal injustiça⁴⁵.

Pois bem, não é novidade nos comentários que são feitos em relação ao Poder Judiciário brasileiro, acadêmicos ou não, as recorrências

à morosidade no julgamento dos processos. Igualmente costumeiros, por conseguinte, são os ataques aos juízes brasileiros em razão de uma suposta incapacidade, genericamente atribuída a todos eles, para pôr fim às demandas que lhes são dirigidas.

É certo que parte das acusações que são lançadas constitui exagero. Por outro lado, estudos fundados em dados estatísticos parecem apontar um nítido descompasso em variáveis como número de processos, tempo de tramitação e julgamento em primeira, segunda e terceira instâncias, número de juízes, etc.⁴⁶

Ou seja, demonstram que o problema é infinitamente mais complexo do que, em princípio, se costuma imaginar, envolvendo causas tanto endógenas como exógenas à estrutura do Poder Judiciário.

A causa da lentidão dos processos não decorre apenas da lei processual, que é muitas vezes antiquada (mas muitas vezes não); não decorre apenas da incapacidade, culposa ou dolosa, dos magistrados em fazer tramitar seus feitos (mas muitos outros são devotados profissionais que vão além da carga horária diária na intenção de reduzir seus processos); não decorre apenas da falta de estrutura (toda instituição humana trabalha com recursos limitados, mas umas, mesmo assim, mostram maiores resultados que outras); não decorre apenas do aumento assombroso de processos (com reformas legislativas e administrativas internas no próprio âmbito do Poder Judiciário seria possível uma maior eficiência na tramitação dessas inúmeras demandas), etc.

Somente com o enfrentamento global e, sobretudo, sério de todos esses fatores é que se poderia falar de uma verdadeira reforma do Judiciário⁴⁷. Mas, até lá, algo pode ser feito.

Embora sem responder ao problema de forma plena, senão que apenas de modo conjuntural, algumas medidas podem ser ensaiadas para abrandar o grave problema do tempo prolongado que se gasta

com tramitação de uma demanda perante a maior parte dos órgãos que integram o Poder Judiciário brasileiro.

O aumento do número de juízes (de primeiro e segundo graus) e servidores da Justiça, a criação de tribunais, enfim, o aumento da estrutura do Poder Judiciário é sempre uma solução cogitada e, obviamente, necessária, pois é iterativo que, enquanto houver aumento demográfico da população e o crescimento de outras variáveis estatísticas como economia, consumo, geração de empregos, etc., maior será a quantidade de litígios a serem endereçados ao Poder Judiciário.

Entretanto, por envolver aumento de despesas orçamentárias e estar na dependência de um complexo processo legislativo, não se trata de solução rápida e que possa ser disponibilizada facilmente. Além disso, por si somente, não fornece garantia para atingir o objetivo esperado, a saber: a melhoria da prestação jurisdicional.

Revisar a legislação processual ou mesmo a própria legislação material (revogar tipos penais obsoletos, diminuir prazos prescricionais ou decadenciais, como exemplos ligeiros) também é sempre considerado. Claro que são imprescindíveis tais reformas, notadamente as de cunho processual, que visam a adequar a tramitação dos feitos judiciais aos novos instrumentais tecnológicos e às atuais manifestações culturais e exigências da população.

Apesar de necessárias e de sem elas não poderem sobreviver os juízes (pelo menos nos sistemas de Direito Continental que remanescem fiéis à primazia da norma legislativa como fundamento da obrigatoriedade do sistema jurídico), também ficam na dependência da iniciativa de um outro Poder da República.

Podem ser citados os estudos doutrinários que se destinam à alteração da legislação processual, como os que, recentemente, introduziram mudanças no rito procedimental da execução civil, nos

recursos, na introdução de formas virtuais de publicação das decisões e, embora não tão recente, na criação dos Juizados Especiais.

Finalmente, outra linha de atuação visa a racionalizar os procedimentos adotados pelo juiz. Se bem que sozinha não consiga atingir a plenitude dos resultados pretendidos, pois qualquer estrutura tem sua capacidade de extensão limitada por fatores que lhe são alheios e pode, pelo menos, representar um importante papel na construção de um modelo de jurisdição mais efetivo.

O próprio aplicador (juiz), partindo de certos parâmetros, promoveria a racionalização dos procedimentos em sua unidade jurisdicional.

Para concretizar seus modelos de atuação, o magistrado deverá adotar instrumentos administrativos que importem celeridade sem descuidar dos princípios constitucionais que asseguram a ampla defesa e o justo contraditório. Ou seja, um processo imparcial e justo, com chances concretas de as partes influírem na decisão a ser tomada pelo magistrado, mas que seja dominado pela condução racional e estratégica, sem prolongamentos desnecessários.

Exemplos concretos de uma gestão racional seriam a remontagem de sua equipe, melhor posicionando seus servidores, a reestruturação do ambiente de trabalho, a criação de estruturas diferenciadas de atuação e qualidade, com rotinas de trabalho e produção.

Eventualmente, para a obtenção de tais metas, o magistrado poderá/necessitará incorrer na superação de certas estruturas processuais. Em termos bem simples, o magistrado, por certas vezes e para atingir o resultado final de sua função institucional, acabaria por desconsiderar certas regras da legislação processual.

Um risco, mínimo a bem dizer, que deverão não apenas os juízes, mas a sociedade no geral, aceitar diante da promessa de um Direito mais

ágil e vinculado com as verdadeiras exigências de seus destinatários.

BIBLIOGRAFIA CITADA

ALEXY, Robert. *Teoría de los Derechos Fundamentales*. Trad. de Carlos Bernal Pulido. 2. ed. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2007.

AQUINO, (SANTO) Tomás. *Tratado da Justiça*. Trad. de Fernando Couto. Porto: Resjurídica, [s.d.].

ARRUDA, Samuel Miranda. *O Direito Fundamental à Razoável Duração do Processo*. Brasília, Brasília Jurídica, 2006.

BACHELARD, Gaston. *A Formação do Espírito Científico*. Trad. Estela dos Santos Abreu. Rio de Janeiro: Contraponto, 1996.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Direito e Processo: Influência do Direito Material sobre o Processo*. São Paulo: Malheiros, 2003.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

CALAMANDREI, Piero. *Eles, os Juízes, Vistos por um Advogado*. São Paulo: Martins Fontes, 1995.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional*. 6. ed. Coimbra: Almedina, 1993.

CAÑAL, Diana. *Decisiones Judiciales*. La relación entre Normas de Fondo y de Forma. Una Mirada desde el Derecho del Trabajo. Buenos Aires: Quorum, 2006.

CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes Legisladores?* Trad. de Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1993.

CÁRCOVA, Carlos María. *Las Teorías Jurídicas Post Positivistas*. Buenos Aires: Lexis Nexis, 2007.

CARNELUTTI, Francesco. *Teoria Geral do Direito*. Trad. de Antônio Carlos Ferreira. São Paulo: Lejus, 1999.

CINTRA, Antônio Carlos Araújo; DINAMARCO, Cândido Rangel; GRINOVER, Ada Pellegrini. *Teoria Geral do Processo*. 24. ed. São Paulo, Malheiros, 2008.

CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de Direito Processual Civil*. São Paulo: Saraiva, 1969.

COSSIO, Carlos. *Teoría de la Verdad Jurídica*. Buenos Aires: El Foro, 2007.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Nova Era do Processo Civil*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

DWORKIN, Ronald. *Uma Questão de Princípio*. Trad. de Luís Carlos Borges. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

ENGLISH, Karl. *Introdução ao Pensamento Jurídico*. Trad. de J. Baptista Machado. 6. ed. Lisboa: Galouste Gulbenkian, 1988.

FALCÃO, Raimundo. *Hermenêutica*. São Paulo: Malheiros, 2004.

FARRELL, Martín Diego. *Filosofía del Derecho y Economía*. Buenos Aires: La Ley, 2006.

GUIBOURG, Ricardo. *Provocaciones en Torno del Derecho*. Buenos Aires: Eudeba, 2002.

HESPANHA, António. *Justiça e Litigiosidade: História e Prospectiva*. Lisboa: Galouste Gulbenkian, 1993.

HESSEN, Johannes. *Filosofia dos Valores*. Trad. de Luis Cabral de Moncada. Coimbra: Almedina, 2001.

JOSSERAND, Louis. *Cours de Droit Civil Positif Français: Théorie Générale des Obligations, les Principaux Contrats de Droit Civil*. 2^{ème} éd. Paris: Recueil Sirey, 1933. t. II.

KELSEN, Hans. *Teoria Geral do Direito e do Estado*. Trad. de Luis Carlos Borges. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1992.

_____. *Teoría Pura del Derecho*. Trad. de Roberto J. Vernengo. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 1979.

MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e Aplicação do Direito*. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1993.

MONTORO, André Franco. *Introdução à Ciência do Direito*. 22. ed. São Paulo: RT, 1994.

NINO, Carlos Santiago. *Introducción al Análisis del Derecho*. 2. ed. Buenos Aires: Austrea, 2005.

PERELMAN, Chaïm; OLBRECHTS-TYTECA, Lucie. *Tratado da Argumentação: a Nova Retórica*. Trad. de Maria Ermentina Galvão G. Pereira. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

RADBRUCH, Gustav. *Filosofia do Direito*. Trad. de Cabral de Moncada. 6. ed. Coimbra: Arménio Amado, 1997.

REALE, Miguel. *Fundamentos do Direito*. 3. ed. São Paulo: RT, 1998.

ROCHA, José de Albuquerque. *Estudos Sobre o Poder Judiciário*. São Paulo: Malheiros, 1995.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 24. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

SOUZA, José Guilherme de. *A Criação Judicial do Direito*. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1991.

NOTAS

¹ O presente trabalho consiste na redução de partes da monografia de conclusão de curso de MBA em Poder Judiciário ofertado pela Fundação Getúlio Vargas (RJ) em parceria com a Escola da Magistratura do TRF da 5ª Região (Esmafe 5).

² Juiz Federal da 16ª Vara da Seção Judiciária do Ceará. Mestre em Direito (UFC). MBA em Poder Judiciário (FGV).

³ Optamos aqui por compreender que a Ética é gênero, dentro do qual estão inseridas as suas duas grandes variantes ou espécies: a Moral e o Direito.

⁴ “A nossa vida se desenvolve em um mundo de normas. Acreditamos ser livres, mas, na realidade, estamos envoltos em uma rede muito espessa de regras de conduta que, desde o nascimento até a morte, dirigem nesta ou naquela direção as nossas ações. A maior parte dessas regras já se tornaram tão habituais que não nos apercebemos mais da sua presença. [...] Podemos comparar o nosso proceder na vida com o caminho de um pedestre em uma grande cidade: aqui a direção é proibida, lá a direção é obrigatória; e mesmo ali onde é livre, o lado da rua sobre o qual ele deve manter-se é em geral rigorosamente sinalizado. Toda nossa vida é repleta de placas indicativas, sendo que umas mandam e outras proibem certo comportamento.” (BOBBIO, Norberto. *Teoria da Norma Jurídica*. Trad. de Fernando Pavan Baptista e Ariani Bueno Sudatti. Bauru, Edipro, 2001. pp. 24-25.)

⁵ Cf. KELSEN, Hans. *Teoria Geral do Direito e do Estado*. Trad. de Luis Carlos Borges. 2. ed. São Paulo, Martins Fontes, 1992. p. 49.

⁶ Em igual sentido, dentre outros: “A norma pressupõe um fim; o imperativo constitui um meio para alcançar esse fim. A norma, como fim em vista, não se satisfaz enquanto não for cumprida e o fim atingido, quer o seja por virtude da sua própria força motivadora interna, quer o seja sem a intervenção desta, por virtude duma outra qualquer motivação que actue no mesmo sentido”. (RADBRUCH, Gustav. *Filosofia do Direito*. Trad. de Cabral de Moncada. 6. ed. Coimbra, Arménio Amado, 1997. p. 106.)

⁷ Cf. KELSEN, Hans. *Teoría Pura del Derecho*. Trad. de Roberto J. Vernengo. México DF, Universidad Nacional Autónoma de México, 1979. pp. 33-35.

⁸ O problema do ativismo judicial é uma decorrência antitética do postulado que preconiza o primado da lei. Sendo a lei o “manual” por excelência, outros “manuais”, de formação mais rápida, não poderiam ser a ela opostos. Segundo a doutrina tradicional, quando muito as demais *fontes do direito* (esses outros “manuais”) poderiam ser empregadas para auxílio da lei, jamais além disso: “Nas sociedades modernas, a lei é indiscutivelmente a mais importante das fontes formais da ordem jurídica. Ela é a forma ordinária e fundamental de expressão do direito. [...] E o art. 4º da Lei de Introdução ao Código Civil determina que somente ‘quando a lei for omissa’ é que serão aplicadas as demais formas de expressão do direito”. (MONTORO, André Franco. *Introdução à Ciência do Direito*. 22. ed. São Paulo, RT, 1994. p. 327.)

⁹ “Así la experiencia jurídica, en cuanto toda experiencia es mutación, va terminantemente negada como mutación. La transformación y el cambio no son inmanentes al Derecho como tal; para explicar estos fenómenos jurídicos se apela de improviso a la vida humana objetivada. La paradoja es desconcertante: la realidad cultural, a pesar de la autonomía que se le asigna y no obstante ser realidad, no se movería sin la ayuda del hombre: se mueve sólo con el movimiento que le prestaría el hombre desde afuera.” (COSSIO, Carlos. *Teoría de la Verdad Jurídica*. Buenos Aires, El Foro, 2007 p. 90.)

¹⁰ Como será visto em seguida, a dinâmica da história e a evolução natural das coisas faz com que os valores também fiquem obsoletos e precisem ser trocados por outros. Na verdade, tão tensa é a passagem dos antigos para os novos valores que Johannes Hessen a denominava de “o momento trágico da cultura”. (Cf.: HESSEN, Johannes. *Filosofia dos Valores*. Trad. de Luis Cabral de Moncada. Coimbra, Almedina, 2001. pp. 190-200.)

¹¹ Ou seja, as contradições de princípios, para utilizar a expressão que Karl Engish empregou em estudo detalhado sobre o assunto. Segundo esse autor, seriam elas: “Contradições do Direito positivamente dado com princípios que, na verdade, podem ser diretrizes e critérios para a modelação e apreciação do Direito positivo, mas que em si são transcendentais ao mesmo Direito positivo”. (Cf. ENGLISH, Karl. *Introdução ao Pensamento Jurídico*. Trad. de J. Baptista Machado. 6. ed. Lisboa, Galouste Gulbenkian, 1988. p. 327.)

¹² Tal constatação é feita por qualquer autor que tenha uma visão *realista*, e não puramente *formalista*, dos sistemas normativos. Particularmente no caso dos sistemas jurídicos, por várias questões de ordem histórica e política se tentou encobrir esse fato que deveria constar em qualquer descrição isenta do Direito. A título de informação, sugere-se a consulta da rigorosa obra de Karl Engish acima referida a respeito do assunto.

¹³ Citando um estudo elaborado por Wengler, diz Karl Engish: “Esta questão foi estudada em profundidade, por exemplo, no trabalho de WENGLER já acima citado, sob a perspectiva da metodologia do Direito comparado. Mostrou esse autor como, numa maneira inteiramente geral, as ordens jurídicas se vêm a cada passo obrigadas a assimilar, a transformar e em parte a eliminar mesmo, ainda que não exista norma expressa, materiais jurídicos estranhos ou tornados estranhos”. (ENGLISH, Karl. Op. Cit. p. 322.)

¹⁴ “Em suma, o esclarecimento que se torna necessário é no sentido de que, quando se fala dos juizes como criadores do direito, afirma-se nada mais do que uma óbvia banalidade, um truismo privado de significado: é natural que toda interpretação seja criativa e toda interpretação judiciária ‘law-making’. Ainda nas palavras de Lord Radcliffe: ‘Jamais houve controvérsia mais estéril do que a concernente à questão de se o juiz é criador do direito. É óbvio que é. Como poderia não sê-lo?’. Mas a verdadeira discussão se inicia apenas neste ponto. Ela verte não sobre a alternativa criatividade-não criatividade, mas (como já disse) sobre o grau de criatividade e os *modos, limites e legiti-*

midade da criatividade judicial.” (CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes Legisladores?* Trad. de Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre, Sérgio Fabris, 1993. pp. 24-25.)

¹⁵ A passagem completa está assim redigida: “À primeira dificuldade responde-se que pode o juiz ter misericórdia naquelas coisas que são do seu arbítrio; neste caso, é próprio do homem bom ser compassivo no castigo, como diz o Filósofo na *Ética*, livro 5, cap. 10. Mas no que está determinado pela lei divina ou humana, não compete misericórdia da parte do juiz”. (AQUINO, (SANTO) Tomás. *Tratado da Justiça*. Trad. de Fernando Couto. Porto, Resjurídica, [s.d.]. p. 157.) Mas observe-se que, para S. Tomás, o problema não tem a mesma relevância atual, já que parte do pressuposto de que toda lei humana só é válida se estiver em conformidade com a divina e esta é onipresente e perfeita por definição.

¹⁶ Daí o prestígio do juiz nos países do *common law* em geral. Graças à participação do Judiciário nos longos episódios que antecederam a Revolução Gloriosa, impugnando atos abusivos dos reis absolutistas e confirmando as novas leis do parlamento, foi-lhe, com o tempo, atribuindo-se a áurea de defensor intransigente da sociedade. Muito melhor, portanto, que, em definitivo, todas as normas (inclusive as de cunho legal) ficassem sob seus cuidados. Dentro desse contexto, entende-se integralmente a conhecida afirmação de Charles Evans Hughes de que “estamos sob uma Constituição, mas a Constituição é aquilo que os juízes dizem que ela é”.

¹⁷ ROCHA, José de Albuquerque. *Estudos Sobre o Poder Judiciário*. São Paulo, Malheiros, 1995. p. 97.

¹⁸ Cf. COSSIO, Carlos. Op. Cit. pp. 25-26.

¹⁹ Sobre a Escola da Exegese, diz Raimundo Falcão: “Em torno da lei, então acolhida como a norma jurídica por excelência, erigem-se altares, onde nem sempre, é bem verdade, se entroniza a justiça ou se incensa a real liberdade. Até o sentido é, ali, sacrificado à sua letra. O alcance social da interpretação também cede espaço ao novo fetichismo legalista. As mentes inclinam-se por um literalismo tão extremado que à prática da interpretação só resta a obediência àquilo que na lei se diz, em coro, que se inscreveu. É a lei onisciente. Onicompreensiva. Onipresente. Onipotente. Diante dela até o sentido se torna raquítico. Prostram-se as inteligências. Derribam-se as curiosidades”. (FALCÃO, Raimundo. *Hermenêutica*. São Paulo, Malheiros, 2004. pp. 156-157.)

²⁰ Sobre importância do pensamento de Gény, escreve Miguel Reale: “Esta maneira de colocar a questão reaparece com denominações diversas na Filosofia do Direito contemporânea, demonstrando que a regra de Direito deixou de ser considerada uma realidade puramente formal, mas algo que vale em conexão com dados fornecidos pela Sociologia, pela Economia, pela História, etc.”. (REALE, Miguel. *Fundamentos do Direito*. 3. ed. São Paulo, RT, 1998. p. 297.)

²¹ Dentre os muitos comentários feitos à obra de Kantoriwicz, seleciona-se pela concisão e clareza o seguinte: Quanto à interpretação, propunha ele os seguintes direcionamentos: (a) se a lei não fere os sentimentos da comunidade, de acordo com ela o juiz deve decidir; (b) se a lei não aponta solução estreme de dúvidas, livre da pecha da

injustiça, deve o juiz sentenciar como o teria feito o legislador naquele caso; (c) se o juiz não consegue concluir que solução o legislador teria adotado, deve inspirar-se no direito livre, ou seja, no sentimento da comunidade; (d) quando, ainda assim, não haja o juiz encontrado a solução, deve decidir discricionariamente. (SOUZA, José Guilherme de. *A Criação Judicial do Direito*. Porto Alegre, Sérgio Fabris, 1991. p. 34.)

²² A fórmula que é atribuída a François Geny revela que sua intenção nunca foi a de romper com a lei: “Além da lei, mas através dela” ou ainda “Para além do Código Civil, mas por meio dele”. Carlos Maximiliano, no Brasil, por exemplo, é legítimo partidário das teses de François Geny. Embora reconhecendo os vazios da legislação, não ousava dizer que os juízes pudessem julgar *contra legem*: “Em geral, a função do juiz, quanto aos textos, é dilatar, completar e compreender; porém não alterar, corrigir, substituir. Pode melhorar o dispositivo, graças à integração larga e hábil; porém não *negar* a lei, decidir o contrário do que a mesma estabelece”. (MAXIMILIANO, Carlos. Op. Cit. p. 79.)

²³ Nas palavras de Carlos Maximiliano: “Após todas essas relações entre a realidade, fluída por demais, e o campo normativo sempre mais arrastado, sobretudo quando esse campo é o jurídico, parece inevitável querer compreender as relações que se travam entre o legislador e o juiz”. (MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e Aplicação do Direito*. 13. ed. Rio de Janeiro, Forense, 1993. p. 59.)

²⁴ Percebe-se isso, claramente, através das próprias explicações fornecidas por Josserand. (Cf. JOSSERAND, Louis. *Cours de Droit Civil Positif Français* : théorie générale des obligations, les principaux contrats de droit civil. 2^{ème} éd. Paris : Recueil Sirey, 1933. t. II. p. 287.)

²⁵ Afirma Cárcova a propósito que: “Pensar lo jurídico como práctica social discursiva, tal como lo presentado aquí de manera necesariamente esquemática, parece constituir un aporte superado de ciertos reductivismos tradicionales en el debate de la teoría acerca del papel de los jueces, de sus competencias hermenéuticas y, en definitiva, del concepto mismo de derecho. Permite explicar mejor ciertos problemas tradicionales y dar cuenta, al mismo tiempo, de algunos otros, que aparecen como típicas demandas de realidad, a la que algunos prestigiosos juristas tratan hoy como propias de la posmodernidad”. (Cf. ¿ Qué hacen los jueces cuando juzgan? In CÁRCOVA, Carlos María. *Las Teorías Jurídicas Post Positivistas*. Buenos Aires, Lexis Nexis, 2007. pp. 153-165.)

²⁶ “Por lo que para Alexy la decisión de casos concretos a través del método que sostiene (la ponderación de principios) debe ser considerada como verdadera norma abstracta del ordenamiento”. (Cf. ALEXY, Robert. Op. Cit. pp. 76-79.)

²⁷ NINO, Carlos Santiago. *Introducción al Análisis del Derecho*. 2. ed. Buenos Aires, Austrea, 2005. p. 302

²⁸ Independentemente de adjetivações pontuais, o termo princípio é concebido, no presente texto, dentro do marco teórico do “mandado de otimização”, ou seja, de “normas que ordenan que algo sea realizado em la mayor medida posible, dentro de las posibilidades jurídicas y reales existentes”. (ALEXY, Robert. Op. Cit. p. 67.)

²⁹ Cf. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Segunda Turma. Habeas Corpus nº 71.408/RJ. Paciente: Carlos da Silva Gurgel. Impetrante: Antonio Evaristo de Moraes e outros. Coator: Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. Relator: ministro Marco Aurélio de Mello. Brasília, 16 de agosto de 1999. *Diário da Justiça* publicado em 29 de outubro de 1999. [s.p].

³⁰ Cf. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Pleno. Medida Cautelar em Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 1976/DF. Requerente: Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil e outros. Requerido: Presidente da República. Relator: ministro Moreira Alves. Brasília, 06 de outubro de 1999. *Diário da Justiça* publicado em 24 de novembro de 2000. p. 189.

³¹ “O advento da teoria material da Constituição e os novos métodos interpretativos daí procedentes trouxeram substanciais progressos em relação à hermenêutica clássica mediante o reconhecimento da normatividade dos princípios e dos valores. A partir desse avanço, a proteção processual das liberdades tem sido cada vez mais aperfeiçoada nos sistemas constitucionais.” (BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 19. ed. São Paulo, Malheiros, 2006. p. 424.)

³² “Os princípios são fundamentos de regras, isto é, são normas que estão na base ou constituem a *ratio* de regras jurídicas, desempenhando, por isso, uma função normogênica.” (CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional*. 6. ed. Coimbra, Almedina, 1993. p. 167.) Por tal função “normogênica” é que se justifica a primazia da atenção do aplicador ao princípio, e não à norma.

³³ Cf. ALEXY, Robert. *Op. Cit.* pp.109-117.

³⁴ CANOTILHO, J. J. Gomes. *Op. Cit.* pp. 167-169.

³⁵ “Hemos sostenido alguna vez que mientras el Sistema Continental busca acercarse al Common Law, este último procura lo inverso y el fundamento de esto es, en ambos casos, la búsqueda por seguridad jurídica”. (CAÑAL, Diana, *Decisiones Judiciales*. La relación entre normas de fondo y de forma. Una mirada desde el derecho del trabajo. Buenos Aires, Quorum, 2006. p. 17.)

³⁶ Cf. ALEXY, Robert. *Op. Cit.* pp. 89-91.

³⁷ BONAVIDES, Paulo. *Op. Cit.* p. 424.

³⁸ GUIBOURG, Ricardo. *Provocaciones en Torno del Derecho*. Buenos Aires, Eudeba, 2002. pp. 63-64.

³⁹ É o que defende, por exemplo, Martín Diego Farrell: “¿Qué ocurre pues, cuando dos derechos entran em conflicto, y son ambos, por ejemplo, derechos constitucionales y, consecuentemente – derechos de igual jerarquía? Puesto que la constitución no establece – como dije – ninguna jerarquía de derechos, el que debe decidir cual derecho desplaza al otro en este caso concreto es el mismo juez. Y mi tesis es que, puesto que no existe ninguna jerarquía de derechos, él debe optar por hacer respetar uno de esos derechos basándose en consideraciones de utilidad. En caso de conflicto de derechos,

el juez debe practicar el cálculo consecuencialista, y optar por el estado de cosas que produzca la mayor felicidad”. (FARRELL, Martín Diego. *Filosofía del Derecho y Economía*. Buenos Aires, La Ley, 2006. pp.10-11.)

⁴⁰ Exceção feita, naturalmente, aos campos do Direito em que, por questões da mais absoluta segurança, impera o princípio da legalidade em um nível tão forte que impede qualquer avanço substancial por parte do juiz e as lacunas são consideradas, por definição, necessárias. É o que acontece com o Direito Penal, de caráter absolutamente formal e fragmentário. Assim como ele, o Direito Tributário e, em menor escala, o Direito Administrativo.

⁴¹ “Assim, pela escola denominada clássica ou imanentista (ou, ainda, civilista, quando se trata da ação civil), a ação seria uma qualidade de todo direito ou o próprio direito reagindo a uma violação. Tal conceito reinou incontestado através de várias conceituações, as quais sempre resultavam em três conseqüências inevitáveis: não há ação sem direito; não há direito sem ação; a ação segue a natureza do direito. [...] O ponto de partida para a reelaboração do conceito de ação foi a célebre polêmica entre os romanistas Windscheid e Muther, travada na Alemanha em meados do século passado. Muther, combatendo algumas idéias de Windscheid, distinguiu nitidamente direito lesado e ação.” (CINTRA, Antônio Carlos Araújo; DINAMARCO, Cândido Rangel; GRINOVER, Ada Pellegrini. *Teoria Geral do Processo*. 24. ed. São Paulo, Malheiros, 2008. p. 268.)

⁴² CARNELUTTI, Francesco. *Teoria Geral do Direito*. Trad. de Antônio Carlos Ferreira. São Paulo, Lejus, 1999. p. 410.

⁴³ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Direito e Processo: Influência do Direito Material sobre o Processo*. São Paulo, Malheiros, 2003. p. 16.

⁴⁴ HESPANHA, Antônio. *Justiça e Litigiosidade: História e Prospectiva*. Lisboa, Galouste Gulbenkian, 1993. p. 72.

⁴⁵ “Por mais de um modo o decurso do tempo pode ser nocivo. A primeira hipótese é a do processo que chega ao fim e o provimento de mérito é emitido, quando o mal temido já está consumado e nada mais se pode fazer; isso se dá, p. ex., se o juiz concede um mandado de segurança para que o impetrante possa participar de um concurso público, fazendo-o no entanto depois do concurso realizado. O segundo grupo de situações é representado pela tutela jurisdicional demorada que chega depois de uma espera além do razoável e muito sofrimento e privações impostos ao titular de direitos – p. ex., no caso do titular do direito a alimentos, que permanece anos a fio esperando a tutela jurisdicional, recebendo-a muito tempo depois de injustas privações. O terceiro caso é o do processo que deixa de dispor dos meios externos indispensáveis para sua correta realização ou para o exercício útil da jurisdição – o que sucede se vem a falecer a testemunha que poderia trazer informes úteis ao bom julgamento da causa ou desaparece o bem que poderia ser penhorado para a futura satisfação do credor.” (DINAMARCO, Cândido Rangel. *Nova Era do Processo Civil*. 2. ed. São Paulo, Malheiros, 2007. p. 66.)

⁴⁶ Exemplos de relatórios técnicos a respeito do assunto são aqueles elaborados pelo

Conselho Nacional de Justiça e denominados de *Justiça em Números*. Consolidando dados acerca do Poder Judiciário brasileiro, desde 2003 chegou a resultados, senão intrigantes, pelo menos bastante interessantes. Por exemplo, que a quantidade de juízes brasileiros não estava tão em descompasso com a média, por habitantes, dos países desenvolvidos, mas que, por outro lado, não possuía em números proporcionais recursos administrativos, sobretudo de pessoal, compatíveis com os indicadores desses mesmos países. Também revelou um número assustador da demanda, o que, por certo, envolve fatores alheios ao próprio Poder Judiciário. Em 2006, por exemplo, a Justiça Federal de 1º Grau recebeu, em média, 583 novos processo por juiz, excluídos os Juizados Especiais (neles o número de novos processos foi de 5.182 processos novos por juiz). Em 2005, foram 1.105,22 processos por juiz (nos Juizados Especiais foram 7.867) e em 2004 foram de 997,33 na jurisdição ordinária (chegando a inacreditáveis 21.655 nos Juizados Especiais). Os números são igualmente expressivos nas Justiças do Trabalho e Estaduais. Os relatórios estão disponíveis no sítio eletrônico do Conselho Nacional de Justiça (www.cnj.gov.br), mais precisamente na página *web*: http://www.cnj.gov.br/index.php?Itemid=245&id=97&option=com_content&task=blogcategory (com última consulta realizada no dia 04.05.2008).

⁴⁷ Extremadamente pertinente em relação aos muitos comentários vagos e superficiais sobre o assunto e às muitas pseudossoluções formuladas aleatoriamente por leigos e técnicos em Direito a advertência formulada por Gaston Bachelard: “Tal desdém pelo pormenor e tal desprezo pela precisão mostram com clareza que o pensamento pré-científico fechou-se no conhecimento geral e aí quer permanecer”.(BACHELARD, Gaston. *A Formação do Espírito Científico*. Trad. de Estela dos Santos Abreu. Rio de Janeiro, Contraponto, 1996. p. 77.)

