

**UNIVERSIDADE REGIONAL INTEGRADA DO ALTO URUGUAI E DAS MISSÕES
– URI *CAMPUS* DE SANTO ÂNGELO
DEPARTAMENTO DE CIÊNCIAS SOCIAIS APLICADAS
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO - MESTRADO**

**A IMPORTÂNCIA DA PARTICIPAÇÃO EFETIVA DOS SUJEITOS PROCESSUAIS
NA REALIZAÇÃO DA TUTELA JURISDICIONAL**

CARINA DEOLINDA DA SILVA LOPES

**SANTO ÂNGELO
2010**

CARINA DEOLINDA DA SILVA LOPES

**A IMPORTÂNCIA DA PARTICIPAÇÃO EFETIVA DOS SUJEITOS PROCESSUAIS
NA REALIZAÇÃO DA TUTELA JURISDICIONAL**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação *stricto sensu* Mestrado em Direito da Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões – URI, Campus de Santo Ângelo, para obtenção do título de Mestre.

Orientador: Prof. Dr. José Alcebíades de Oliveira Junior

Santo Ângelo
2010

Agradecimentos...

Primeiramente *agradeço a Deus*, a quem fui fiel sempre, e sou herdeira! A este Pai que jamais nos abandona em todas as horas sejam boas ou difíceis, ali está Ele a nos amparar e a nos mostrar o que é melhor para seus filhos, Obrigada!

Em um segundo momento a minha família, entre eles meu esposo *Nei Lopes* que foi “ama seca” por tantos sábados e domingos, pai e mãe dos nossos filhos, e dizer que sem a ajuda tanto financeira quanto afetiva, jamais, mas, jamais teria terminado esta etapa tão importante;

Ao meu *filho João Nei*, pela paciência, pelo carinho e pelas muitas vezes em que, ao invés de receber, ofereceu carinho e conforto para que eu continuasse lutando, obrigada filho;

Ao meu *filho Pedro André*, o “*queijinho*” da mamãe, pelas vezes em que me fez refletir sobre a importância da organização, pela insistência de ficar ao meu lado, pelos lapsos do tempo que deixei de presenciar desde o nascimento até os três anos de idade em função do sonho de ser mestre, a ti, meu filho, agradeço pela compreensão e carinho;

Ao meu *pai João Pedro José da Silva* in memoriam pelos ensinamentos e pelo amor com que me criou, e pela ajuda que sempre me dispensou mesmo eternamente longe de mim, obrigada!

À mentora da concretização do meu sonho de realizar o curso de mestrado, a minha mãe *Nilda Teresinha Teixeira dos Anjos Silva*. Agradeço imensamente a sua persistência em ajudar-me desde a aprovação na seleção. Obrigado pela preocupação e pelo amor!

Também aos meus enteados, *Jean e James Lopes*, pela companhia dispensada em tantos momentos.

Aos meus *amigos*, inominados para não causar injustiças, dos quais ganhei coragem e força para não desistir do curso e da finalização desta etapa, obrigado!

Não há como esquecer, de uma pessoa fundamental, e que, sem dúvida merece meu agradecimento, tendo em vista a paciência que dispensou a minha situação, bem como o conhecimento, orientação e força transmitida para que essa etapa fosse concluída, *Professor Doutor José Alcebíades de Oliveira Júnior*, Muito Obrigada!

Enfim, agradeço a todos que contribuíram de alguma forma, nesse percurso importante em minha vida, principalmente, a seguir adiante com a escritura, sem perder o que foco para que eu conseguisse concluir a Dissertação do Mestrado. Agradeço imensamente.

Muito Obrigada!

Entre lágrimas...

*Entre suspiros e arrependimento, entre
quatro paredes,*

*Foi que terminei este trabalho, tão sofrido,
quanto à falta da minha família e,
principalmente, dos meus filhos... Filhos
da consolação de que a mamãe já
voltaria...*

e traria um doce...

assim terminei este trabalho...

mais uma etapa cumprida...

mais uma página escrita.

*Resta agora aproveitar ao lado dos meus,
a vitória desta etapa.*

*Dedico dessa forma, este trabalho aos
meus filhos João Nei e Pedro André da
Silva Lopes, como forma de retribuir a
falta que senti deles, assim como eles de
mim amo vocês sempre!*

Um reinado de Justiça

Verá o dia em que um rei reinará com justiça e as autoridades governarão com honestidade. Todas elas protegerão o povo como um abrigo protege contra a tempestade e o vento, elas serão como um rio numa terra seca, como a sombra de uma grande rocha no deserto. Então todos poderão ver claramente de novo, serão ajuizados e a justiça será feita. Isaias 32: 1-6.

RESUMO

O tema da jurisdição é de uma nova forma de realização da tutela jurisdicional efetiva. Para isso, busca-se, primeiramente, refletir a respeito do atual modelo de jurisdição, seus conceitos e aspectos mais gerais. No segundo plano está a questão da atual crise que perpetua a tutela jurisdicional, bem como da questão do acesso à justiça e da reforma trazida pela Emenda Constitucional nº45. Após surge a questão da possível utilização da teoria do agir comunicativo de Jürgen Habermas como forma de efetivação da tutela jurisdicional e assim garantir a concretização desta e da celeridade processual, sendo que uma das alternativas a ser apresentada se vislumbra a partir da aplicação do agir comunicativo. Destaca-se, na finalização a ênfase na utilização da mediação junto à resolução dos conflitos jurídicos contemporâneos.

Palavras-Chave: Jurisdição. Celeridade processual. Agir comunicativo. Mediação.

ABSTRACT

This paper examines the issue of jurisdiction and a new form of the effective judicial protection for that, we seek to first reflect on the current model of jurisdiction and its concepts more general aspects. In the background is the question of the current crisis that perpetuates the courts, and the question of access to justice and reform brought about by Constitutional Amendment 45, after sees the question of the possible use of the theory of communicative action by Jürgen Habermas as a means of effective judicial protection and thus ensure the realization of the effectiveness and speed of the procedure, and one of the alternatives to effective judicial protection from the application of communicative action highlights the emphasis on the use of mediation with the resolution of legal disputes contemporaries.

KEYWORDS: Jurisdiction. Promptness. Communicative action. Mediation.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	9
1 ASPECTOS DA JURISDIÇÃO NO CENÁRIO JURÍDICO ATUAL	15
1.1 CONCEITO DE JURISDIÇÃO	15
1.1.1 Sujeitos da Tutela Jurisdicional	17
1.1.2 Jurisdição: espécies e limites da jurisdição	21
1.2 A TUTELA JURISDICIONAL, CONSTITUIÇÃO, OS DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS E AS MUDANÇAS ADVINDAS DA EMENDA CONSTITUCIONAL Nº. 45	27
1.3 A TUTELA JURISDICIONAL EFETIVA, O DEVIDO PROCESSO LEGAL E A QUESTÃO DA GARANTIA CONSTITUCIONAL DE ACESSO À JUSTIÇA	36
1.3.1 Direito fundamental ao devido processo legal e a questão jurisdicional .	40
1.3.2 Garantia constitucional de acesso à justiça e a tutela jurisdicional	41
2 A CRISE DA JURISDIÇÃO: PRINCIPAIS POSSIBILIDADES DOS ATOS QUE ATENTAM CONTRA A EFETIVIDADE E O ACESSO À JUSTIÇA DA TUTELA JURISDICIONAL	48
2.1 DOS RECURSOS MERAMENTE PROTETÓRIOS	48
2.2 O PROCESSO SIMULADO E A FRAUDE PROCESSUAL	50
2.3 ATOS ATENTATÓRIOS À DIGNIDADE DA JUSTIÇA	52
2.4 DISCUSSÃO SOBRE O ATUAL MODELO JURISDICIONAL E A QUESTÃO QUANTO AO PRINCÍPIO DA CELERIDADE E RAZOÁVEL DURAÇÃO DO PROCESSO ADVINDOS DA EMENDA CONSTITUCIONAL Nº. 45	53
2.5 A MÁ-FÉ DOS OPERADORES DO DIREITO COMO ENTRAVE À EFETIVIDADE DA TUTELA JURISDICIONAL E IMPEDIMENTO DA COMUNICAÇÃO ENTRE OS SUJEITOS PROCESSUAIS	65
3 EFETIVIDADE DA TUTELA ESTATAL: A MEDIAÇÃO COMO FORMA DE CARACTERIZAÇÃO DE UMA JURISDIÇÃO PARTICIPATIVA	78
3.1 A CRISE JURISDICIONAL E OS REFLEXOS NA ESTRUTURA PROCEDIMENTAL PROCESSUAL DIANTE DA INEFICÁCIA DA TUTELA JURISDICIONAL PELA FALTA DE ASCENSÃO DA COMUNICAÇÃO E A MÁ-FÉ DOS SUJEITOS COMO ENTRAVE À EFETIVIDADE DA TUTELA JURISDICIONAL	80
3.2 A PRESENÇA DE VALORES ÉTICOS E EM TORNO DA GARANTIA DA TUTELA JURISDICIONAL	86
3.3 ASPECTOS RELEVANTES DA TEORIA DO AGIR COMUNICATIVO	92

3.3.1 Jurisdição Participativa á aplicação do teoria do Agir comunicativo junto à efetivação da tutela jurisdicional	95
3.4 A MEDIAÇÃO¹ COMO MODELO DE APLICAÇÃO DA TEORIA DO AGIR COMUNICATIVO E A EFETIVAÇÃO DA TUTELA JURISDICIONAL PARTICIPATIVA	102
CONCLUSÃO	112
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	120

¹ “A mediação, como espaço de reencontro, utiliza a arte do compartilhar para tratar conflitos e oferecer uma proposta inovadora de pensar o lugar do Direito na cultura complexa, multifacetada e emergente do terceiro milênio. SPENGLER, Fabiana Marion. Tempo, Direito e Constituição: reflexos na prestação jurisdicional do Estado. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 75.”

INTRODUÇÃO

O processo tem a função primordial de se constituir em um instrumento essencial para o exercício da jurisdição. Ocorre que o atual modelo de jurisdição voltado para a aplicação do que determina a lei não tem mais espaço diante das novas necessidades sociais.

O excesso de formalismo, a burocracia exagerada e a minúscula participação das partes dentro do processo, fazem desse um amontoado de volumes e também de tempo, o que acaba, conseqüentemente, gerando desconforto e impaciência em quem, muitas vezes, tem o processo e a jurisdição como única forma de ter o seu direito pleiteado.

A sociedade contemporânea passou por inúmeras transformações nas últimas décadas o que acarretou mudanças visíveis dentro do direito, sendo que cabe a esse buscar estas inovações as regulamentando e também proporcionando maior flexibilidade do direito processual civil o que conseqüentemente favorecerá para um processo mais célere e justo.

A nossa Constituição Federal, no seu artigo 5º, inc. XXXV, contempla o direito de acesso à justiça, sendo de profunda importância a referida garantia no que diz respeito ao direito que as partes têm de verem seus direitos amparados e protegidos pelo Poder Judiciário.

Em relação ao acesso à justiça o que se vê atualmente é um amplo descaso e a total inaplicabilidade das garantias constitucionais, que teriam por objetivo tornar o procedimento e o processo mais céleres e efetivos.

No atual cenário processual, a tutela jurisdicional se dá com a atividade do Estado que visa à eliminação dos conflitos trazidos pelas partes, onde aquele pode declarar condenar ou aplicar um direito.

Ocorre que essa idéia de jurisdição e de solução da lide não satisfaz mais as necessidades das demandas populacionais, principalmente das partes que buscam o processo para ver o seu direito garantido, em compensação se deparam com a morosidade do sistema judiciário e conseqüentemente com o seu descrédito.

O ideal que predomina entre os operadores do direito, atualmente, é de que o modelo atual de jurisdição encontra-se superado, tanto pela inaptidão de suas instituições como pelos instrumentos utilizados para compor os conflitos e concretizar os valores, direitos e garantias que são buscados pelos sujeitos processuais.

Surtem então a partir desse modelo clássico de jurisdição novas idéias e concepções que podem tornar o processo e seus procedimentos, e de uma forma geral a justiça, mais céleres e eficientes.

O ideal maior, contudo, é o de construir um processo hábil a consagrar a efetivação dos direitos contemplados constitucionalmente às partes, como o acesso à justiça e a razoável duração e celeridade do processo.

Assim, não só o processo, mas também a justiça poderia tornar-se mais presente na vida das pessoas através da sua colaboração como forma de exercer o direito de acesso à justiça.

Percebe-se, nos últimos anos, que se está vivendo uma reforma na Constituição Federal, demandando formas de rever e reavaliar o Poder Judiciário, onde, entre outros pontos importantes, cabe dentro da proposta de estudo analisar a Emenda Constitucional nº45, que introduziu o inciso LXXVIII no artigo 5º da Constituição Federal, sendo dada às partes a garantia da razoável duração do processo e também a sua celeridade.

Ao contrário do que se vê no cenário nos corredores dos Foros e Tribunais, demonstrando demasiada demora no processo e julgamento das demandas ali interpostas, o que acaba por gerar a frustração de quem procura ou até mesmo necessita de um Poder Judiciário participativo e célere, muitas vezes, gerada pela falta de comunicação e interatividade entre as partes.

Ao encontro com esta idéia está o pensamento da jurisdição participativa, com ênfase no sentido do agir comunicativo de Jürgen Habermas, onde todos os sujeitos processuais deveriam desempenhar de forma clara e eficiente as suas ações dentro do processo para que possibilitasse uma justiça mais célere, o que na maioria das vezes não acontece.

Aqui entra em cena o princípio da colaboração onde se afirma a necessidade de haver participação das partes no processo, ou seja, a chamada jurisdição participativa, objetivo do nosso estudo.

Busca-se com este estudo analisar se as partes conseguem deixar de lado o individualismo do processo que toma conta do cenário processual atual e abrir-se para a cooperação e boa-fé, visando à valorização e efetivação da justiça, ou seja, para um processo mais participativo e humano, ou seja, mais comunicativo.

Neste ponto chega-se a questão chave, pois se pode deixar as partes de lado em um processo que envolve os seus direitos, não prestando atenção em suas expectativas e anseios para simplesmente fazer uma aplicação automática da lei ao caso concreto, deixando a cooperação e o agir comunicativo entre as partes em segundo plano.

Entre as situações hipotéticas que se evidencia da problemática exposta se apresenta a questão da denominada jurisdição participativa, onde as partes do processo judicial podem agir ativamente para o seu desenrolar, acabam por tornar mais relevante e significativo o seu direito de cidadania, atendendo às exigências de um processo mais moderno, assim como entende Habermas quando expõe as razões e fundamentações a respeito do agir comunicativo.

Da mesma forma, vislumbra-se que a comunicação somente não basta, há que se verificar formas alternativas de tratar a questão da inefetividade jurisdicional de forma legal, com a mudança na legislação processual.

Ainda se percebe como forma de conseguir a cooperação das partes, a oportunidade nítida de efetuar a comunicação e colocação dos princípios da mediação e arbitragem para a resolução das lides.

A presente proposta de pesquisa pretende buscar a análise da possível resolução dos problemas atuais da crise jurisdicional como a crise vinculada à incapacidade dos sujeitos de lidarem com novas realidades, que exigem a construção de novos meios de resolução dos conflitos contemporâneos, dando-se a ênfase da comunicação entre as partes, garantindo assim entendimento mútuo e conseqüentemente a efetividade da resolução dos conflitos pela tutela jurisdicional mais participativa.

Assim, em um momento em que se vislumbram tantos conflitos existe um clamor pela aplicação das leis e concretização da tutela jurisdicional é neste

compasso que se observa a sensação de que a força da jurisdição já não é mais suficiente para trazer a pacificação social.

As teorias, enquanto estão pairando no mundo das ideias, não bastam: elas devem ser adequadas à realidade, à racionalização da vida social, sendo que a Teoria do Agir Comunicativo de Habermas possui a possibilidade de abordagem no que tange à questão da jurisdição.

A racionalidade abordada por Habermas não se dirige ao conhecimento ou à forma de aquisição deste, mas se preocupa com a forma como os sujeitos capazes e com ação² fazem uso, preocupando-se com a racionalidade centrada na prática comunicativa, abrangendo a possibilidade de prosseguir a ação comunicativa com meios reflexivos para gerar o consenso, dependendo do discurso dos sujeitos.

Habermas, dessa forma, supera uma filosofia voltada ao sujeito e, por isso, substitui a razão prática kantiana pela ênfase comunicativa, que se expressa na força da fala orientada pelo entendimento. Assim Habermas rechaça a crítica ao conhecimento com suporte em uma razão abstrata, para construir uma racionalidade com base na linguagem.

Essa razão comunicativa vem oferecer uma forma de reconstrução da trama dos discursos formadores de opiniões presentes no exercício da democracia, sendo que as decisões judiciais devem estar pautadas na comunicação e observação dos fatos da vida, para que assim a jurisdição possa conseguir abarcar as situações conflituosas posta a sua frente.

Nesse sentido, a linguagem deve ser tida como forma de prática social e, da mesma forma, busca Habermas que a competência comunicativa se refira não só à capacidade dos falantes e ouvintes produzirem sentenças e se entenderem por meio delas, mas o modo como esta comunicação se conecta ao mundo externo. Sendo assim, a mediação dos conflitos vem ao encontro dessa ideia demonstrar que a efetividade da jurisdição pode ser dada através da busca diante do caso concreto da mediação dos conflitos.

² Diante do entendimento de Habermas este tem que os sujeitos capazes de linguagem e ação, do horizonte de seu mundo da vida cada vez compartilhado, devem poder se relacionar com algo no mundo objetivo, quando quiserem se entender entre si sobre algo na comunicação, ou conseguirem algo nas relações práticas. Para que possam se relacionar com algo, seja na comunicação sobre fatos ou nas relações práticas com pessoas e objetos, devem – cada um por si, mas em concordância com todos os outros – partir de uma pressuposto de comunicação e entendimento. HABERMAS, Jürgen. **Agir comunicativo e razão destranscendentalizada**. Tradução Lucia Aragão. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2002, p. 39.

A partir dessa reflexão, observa-se como alternativa neste trabalho a mediação como uma forma de autocomposição dos conflitos, com o auxílio de um terceiro imparcial, que nada decide, mas apenas auxilia as partes na busca de uma solução de conflitos, aplicado por um terceiro neutro e especialmente treinado, cujo objetivo é restabelecer a comunicação produtiva e colaborativa entre as pessoas que se encontram em um impasse, ajudando-as a chegar a um acordo e garantindo que o poder jurisdicional seja efetivado através da resolução dos conflitos.

Dentro do sistema judiciário atual não cabe mais apenas a aplicação do atual modelo de jurisdição ao caso concreto, ou seja, o modelo de jurisdição estatal, busca-se um novo modelo de jurisdição, para que se efetive o que as partes buscam, não cabendo mais ao juiz apenas ouvir as partes, despachar, deferir pedidos e adequar o processo a um modelo formal, mas é necessário tornar o processo mais humano, participativo e comunicativo.

Assim, inicialmente será abordada a questão dos aspectos da jurisdição no cenário atual, seu conceito, espécies, limites e características. Da mesma forma, busca-se analisar a tutela jurisdicional frente à questão do acesso à justiça e o princípio da celeridade processual advinda da Emenda Constitucional 45. Compreende-se também, dentro desse enfoque, a questão do direito humano à razoável duração do processo, tendo em vista que são aspectos que se tornam problemáticos e complexos diante da falta de agir comunicativo das partes, ou seja, da falta de comunicação, o que causa a morosidade e complexidade no alcance da tutela jurisdicional.

Em um segundo momento, trabalha-se a ideia da jurisdição a partir de aspectos da teoria do agir comunicativo de Jürgen Habermas, inserindo os pontos relevantes da teoria do agir comunicativo e a tentativa de explicar que a essa teoria pode se enquadrar na busca de um modelo de jurisdição mais participativa e demonstrar que a mediação é uma forma possível de efetivar a tutela jurisdicional através da comunicação e consenso entre os sujeitos.

Através do entendimento apresentado procura-se analisar que a mediação pode ser importante forma de conexão para que a sociedade civil possa recuperar sua autonomia em face da ampla dominação dos Estados como meio de

entendimento dessa forma alternativa ser “como uma justiça mais simplificada e célere, com maior privacidade, psicologicamente menos traumática.”³

³ OLIVEIRA JUNIOR, José Alcebíades de. Pesquisas em cidadania e soluções alternativas de conflitos – contribuições de Jürgen Habermas para um paradigma dialógico no direito. In: SANTOS, André Leonerdo Copetti; DEL’OLMO, Florisbal de Souza. **Diálogo e Entendimento direito e multiculturalismo e cidadania e novas formas de conflitos**. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 3.

1 ASPECTOS DA JURISDIÇÃO NO CENÁRIO JURÍDICO ATUAL

No atual cenário processual, a tutela jurisdicional se dá com a atividade do Estado que visa à eliminação dos conflitos trazidos pelas partes, onde aquele pode declarar, condenar ou aplicar um direito.

Ocorre que essa ideia de jurisdição e de solução da lide não satisfazem mais as necessidades das demandas populacionais, principalmente das partes que buscam o processo para ver o seu direito garantido, em compensação se deparam com a morosidade do sistema judiciário e, conseqüentemente, com o seu descrédito.

Assim busca-se analisar, neste momento, o atual modelo de jurisdição para, em momento posterior, observar a sua adaptação a um novo modelo, onde as partes participam e interagem mais, na medida em que também ficam mais responsáveis pelo desenrolar do processo, ou seja, agem comunicativamente, como defende o filósofo Jürgen Habermas, autor base desse tema e de seu desenvolvimento.

1.1 CONCEITO DE JURISDIÇÃO

O que atualmente ocorre dentro dos processos é uma estática e mecânica aplicação do direito de forma absolutamente técnica e, sendo assim, faz-se necessário pensar em outros modelos para tornar o processo mais próximo dos sujeitos que buscam solucionar seus conflitos.

Inicialmente, percebe-se que o processo tem, sobretudo, função política no Estado Social de Direito, deve ser, destarte, organizado, entendido e aplicado como instrumento de efetivação das garantias constitucionais, assegurando a todos o pleno acesso à tutela jurisdicional⁴, que há de se manifestar sempre como atributo de uma tutela justa e garantida de forma célere.

⁴ Tutela significa proteção. Ao se ligar ao termo jurisdicional o único significado possível é o de que se trata de uma proteção conferida pelo Estado, através do exercício da jurisdição, e, conseqüentemente, do processo, ao litigante a quem se reconhece estar com razão. Parte da doutrina sustenta que a tutela de direitos subjetivos não é a finalidade da jurisdição nem do sistema processual. PAROSKI, Mauro Vasni. **Direitos fundamentais e acesso à justiça na constituição**. São Paulo: Ltr, 2008, p. 201.

Já Balinetti destaca que A tutela jurídica significa a proteção do Direito para os direitos subjetivos e qualquer forma de atuar lícito, enquanto a tutela jurisdicional significa a proteção do estado, com base no Direito para esses direitos e atividades lícitas, quando envolvidos em um conflito jurídico de interesses. BELINETTI, Luiz Fernando. Tutela jurisdicional satisfativa. **Revista de processo**, n. 81. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996, p. 80.

As legislações têm de traçar procedimentos simples, claros, ágeis, entretanto, para fazê-los operar não pode a Justiça depender apenas do gênio individual de cada juiz ou auxiliar. É necessário que a organização dos serviços da Justiça se faça segundo os preceitos técnicos da ciência da administração e com o emprego dos meios e recursos tecnológicos disponíveis, bem como a aplicação de meios de conscientização de que todos devem cooperar para a garantia da celeridade processual e efetividade da tutela jurisdicional.⁵

Nesse diapasão, ficou configurado que o Estado não está simplesmente no dever-poder de dizer o direito tutelado, mas sim no dever-poder de dizer este direito de forma célere e eficaz, sob pena deste tornar-se inócuo.

Importante ressaltar, para fins didáticos, que o Estado presta a jurisdição através do Poder Judiciário e como regra resolve ou deveria resolver de forma efetiva os conflitos de interesses, tanto individuais quanto coletivos, com base na criação de determinada norma particular de aplicação ao caso concreto de forma que esta seja a forma mais justa e adequada a garantir a celeridade da tutela buscada, observando-se as garantias processuais das partes, consagradas na Constituição e no ordenamento jurídico⁶.

Conceituar jurisdição não é algo complexo, mas necessita de atenção com relação a sua abrangência e seus poderes, enfim com relação a todo o seu contexto dentro do cenário processual. Jurisdição é o poder delegado ao Estado pela sociedade, ou seja, o povo, de formular, fazer e atuar na área jurídica concreta, visando a solução da lide, em poucas palavras jurisdição significa dizer o Direito, e esse é o papel do poder judiciário, investidos de poderes do Estado⁷.

Já para Giuseppe Chiovenda a jurisdição é definida como sendo:

A função estatal que tem por escopo a atuação da vontade concreta da lei, mediante a substituição, pela atividade dos órgãos públicos, da atividade de particulares ou de outros órgãos públicos, quer para afirmar a existência da vontade da lei, quer para torná-la praticamente efetiva⁸.

⁵ DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 107.

⁶ PAROSKI, Mauro Vasni. **Direitos fundamentais e acesso à justiça na constituição**. São Paulo: LTr, 2008, p. 194.

⁷ PORTANOVA, Rui. **Princípios do Processo Civil**. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 59.

⁸ CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de direito processual civil**. Traduzido por J. Guimarães Menegale. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1969. V. I, p. 37.

Ainda dentro da concepção de jurisdição a partir de Giuseppe Chiovenda, explicita que a jurisdição, no processo de conhecimento, consiste na substituição definitiva e obrigatória da atividade intelectual não só das partes, mas de todos os cidadãos, pela atividade intelectual do juiz, ao afirmar existente ou não existente uma vontade concreta de lei em relação às partes⁹.

Complementa ainda Fabio Milman que anteriormente à questão de o Estado tomar para si a tutela jurisdicional, existia a autotutela como forma de resolução de conflitos, como aponta:

O processo de solução dos conflitos remonta ao início dos tempos e sua evolução caminha, par e passo, com o desenvolvimento humano. Dado ao homem discernir entre o errado e o certo, também do homem a eleição do justo. Da autotutela à jurisdição, clara a busca da imparcialidade e da outorga de regras para a intervenção estatal na solução dos conflitos¹⁰.

Com a divisão tripartite dos poderes, cabe ao Poder Judiciário o dever de solução dos conflitos apresentados pelo convívio social, assim ao Estado, por intermédio da figura do Juiz, cabe a resolução e concretização da solução destes conflitos.

Para Adalberto Narciso Hommerding¹¹, este argumenta que “quando a Constituição Federal dividiu o Estado em três poderes, deu ao Poder Judiciário a função jurisdicional, que visa aplicar a lei ao caso concreto a fim de realizar a justiça, solucionando conflitos de interesse.”

1.1.1 Sujeitos da Tutela Jurisdicional

Analisadas as primeiras questões sobre a tutela jurisdicional cabe agora vislumbrar quem são os sujeitos atuantes desta, que buscam a aplicação, garantia e concretização de seus aspectos e serão ao longo deste trabalho os sujeitos que devem ter a ação comunicativa como fonte primordial de entendimento.

A jurisdição como se apresentou é a forma dominante no que diz respeito à resolução de conflitos, sem dúvida os maiores movimentadores da tutela

⁹ CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de direito processual civil**. Traduzido por J. Guimarães Menegale. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1969. V. I, p. 38.

¹⁰ MILMAN, Fabio. **Improbidade processual**. Rio Janeiro: Forense, 2007, p. 21.

¹¹ HOMMERDING, Adalberto Narciso. **Vinte e uma lições de Teoria Geral do Processo Civil**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2003, p. 81-2.

jurisdicional são as partes, procuradores, representantes do Ministério Público, magistrados, peritos e servidores públicos.

Tem-se na maioria da doutrina que as partes são os principais movimentadores do aparato da tutela jurisdicional, como lembra José Albuquerque Rocha¹², que fica de um lado o autor do pedido de tutela, ordinariamente o titular do bem da vida, do valor jurídico pretendido; de outro o réu, aquele que está a ofertar a resistência à pretensão do primeiro. Atento ao princípio da inércia do Poder Judiciário o autor é o sujeito ativo e o réu o sujeito passivo da ação.

A respeito do ponto de vista processual, ambos têm a pretensão de ver solucionado pelo Estado o conflito trazido à presença do seu representante, logo o magistrado.

Fabio Milman¹³, a respeito dessa relação, comenta que o autor é o sujeito do processo e da relação jurídica processual que deduz, em juízo, pretensão. Enquanto o réu, de outro lado, é o sujeito do processo e da relação jurídica processual contra quem alega a pretensão deduzida. Ocupando vértice central de uma relação triangular está presente, de forma imparcial, o Estado, sobre e entre as partes, provocado a intervir para a solução da lide e garantindo, soberano, o cumprimento da decisão alcançada. A participação estatal, como segurança à cidadania, é bem resumida na expressão inglesa *due process of law*, adotada pelo texto constitucional brasileiro em seu art. 5º, LIV¹⁴.

Faz-se necessário entender a proporção das partes com relação ao processo e sua bagagem ética e de perspectiva de consenso diante desse, tendo em vista que o processo sofre diretamente as ações comunicativas advindas das partes, sejam elas de boa ou má-fé, tendo em vista que estes aspectos atuam na efetivação da tutela jurisdicional através da participação.

¹² ROCHA, José Albuquerque. **Teoria Geral do Processo**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1991, p. 140,

¹³ MILMAN, Fabio. **Improbidade processual**. Rio Janeiro: Forense, 2007, p. 29.

¹⁴ A respeito ainda do alcance da tutela jurisdicional e seus sujeitos, a título exemplificativo apresenta-se julgado do Tribunal de Justiça gaúcho: APELAÇÃO CÍVEL. SEGUROS. INDENIZAÇÃO. DPVAT. MORTE. INTERESSE PROCESSUAL CARACTERIZADO. DESNECESSIDADE DE INGRESSAR COM PEDIDO ADMINISTRATIVO. 1. Restou evidenciado no caso em tela o interesse processual da parte autora, o qual decorre da necessidade de acesso ao Judiciário para obtenção da prestação jurisdicional que lhe assegure o pagamento da cobertura securitária. 2. A parte autora não está condicionada a qualquer óbice de cunho administrativo para exercício de seu direito, bastando apenas que estejam preenchidas as condições da ação para ingressar em Juízo e, assim, receber a tutela jurisdicional. Portanto, a parte postulante não está obrigada a ingressar ou a esgotar a via administrativa para só então procurar amparo na via judicial. Negado provimento ao apelo. Apelação Cível Nº. 70027938976, TJ/RS.

Para dar ênfase às características, assumem-se como sujeitos processuais as partes, autor e réu, o juiz, o representante do Ministério Público, os serventuários da justiça, peritos e todos aqueles que atuarem no processo de alguma forma, bem como influencia por sua ação e que possam impedir o alcance da tutela jurisdicional de forma efetiva. Os operadores do direito estão intimamente ligados ao conjunto do sistema jurídico e ao favorecimento do entendimento e comunicação entre as partes¹⁵, e co-responsáveis pela efetividade processual e, aqui, também para a aplicação da ação comunicativa como meio de dar crédito à justiça e efetividade a sua tutela, garantido assim o consenso mútuo e a cooperação entre os sujeitos.

As partes são personagens que chamam atenção no momento em que muitas vezes perdem o critério do bem senso e da aplicação ativa da comunicação, para se utilizarem de meios fraudulentos como recursos protelatórios e demais procedimentos prejudiciais, para conquistar a vitória nem sempre justa do ponto de vista da ação comunicativa, ética e verdade.

Dessa forma, o simples insucesso do profissional operador do direito não acarreta a questão da má-fé e da improbidade processual, esta ação deve estar ligada a ato ilícito, ato que possa demonstrar a má-fé processual, como o ato atentatório à dignidade da justiça, desrespeito esta, entre outros.

Dentro deste trabalho, a linha principal de raciocínio está na questão do entendimento de que o consenso dos sujeitos deve partir da comunicação e cooperação mútuas, ou seja, observada a relação interpessoal de obrigação mútua entre falante e ouvinte. Essa obrigação consiste, se for necessário oferecer razões para justificar a pretensão de validade do outro se não tiver razões boas para rejeitá-la, assim a racionalidade é interna ao agir comunicativo – os atos comunicativos do cotidiano, com os quais nós reproduzimos e transformamos nosso mundo da vida, como na prática da comunicação em pretensão da utilização no alcance da tutela jurisdicional¹⁶.

¹⁵ Como exemplo cita-se alguns julgados que exemplificam tal importância: Apelação Cível Nº. 70024251043, Décima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Paulo Roberto Lessa Franz, Julgado em 27/11/2008. Em tal julgado pode-se perceber duas questões que chamam a atenção, sendo primeiro a falta de ética por parte de um dos operadores do direito, qual seja o advogado e a falta de maiores observações a respeito dos procedimentos judiciais para que não ocorra a frustração daqueles operadores que lutam pelo triunfo da justiça.

¹⁶ BANNELL, Ralph Ings. **Habermas e a Educação**. Belo Horizonte: Autêntica, 2006, p. 53.

Assim, dentro do processo a utilização da comunicação para interação constitui a forma de garantir entendimento entre os sujeitos atuantes no processo, evitando, desse modo, a concretização da má-fé processual.

Cita-se como exemplo da utilização de formas para reprimir a falta de ética processual e probidade a configuração da litigância de má-fé, que pode ocorrer a interposição de multa ao operador que assim funcionar. Deste modo, o parágrafo 1º do artigo 18 do Código de Processo Civil aponta que o juiz pode condenar nos termos e na medida da proporção da causa, a multa por litigância de má-fé, tendo em vista não somente a parte que sofreu o ato ilícito seja parte ou até mesmo o Estado, mas para regular e garantir o essencial direito à jurisdição.

Outro exemplo que pode ser utilizado para observação das ações dos sujeitos do processo, está na questão da colaboração destes, para o fortalecimento da justiça e garantia da tutela jurisdicional. O autor Carlos Alberto Alvaro de Oliveira comenta esta ideia de cooperação:

Ora, a idéia de cooperação além de exigir, sim, um juiz ativo e leal, colocado no centro da controvérsia, importará senão o restabelecimento do caráter isonômico do processo pelo menos a busca de um ponto de equilíbrio. Esse objetivo impõe-se alcançado pelo fortalecimento dos poderes das partes, por sua participação mais ativa e leal no processo de formação da decisão, em consonância com uma visão não autoritária do papel do juiz e mais contemporânea quanto à divisão do trabalho entre o órgão judicial e as partes.

Daí a necessidade de estabelecer-se o permanente concurso das atividades dos sujeitos processuais, com ampla colaboração tanto na pesquisa dos fatos quanto na valorização jurídica da causa. Colaboração essa, acentue-se, vivificada por permanente diálogo, com a comunicação das idéias subministradas por cada um deles: juízos históricos e valorizações jurídicas capazes de ser empregados convenientemente na decisão¹⁷.

Tem-se a partir da cooperação dos sujeitos atuantes no processo, seja qual for a sua participação, que há um enorme poder de vincular a satisfação dos direitos, o prestígio da justiça e a concretização da efetividade jurisdicional, principalmente, através da ênfase na participação comunicativa e colaboração das partes. Carlos Alberto Alvaro de Oliveira resume:

¹⁷ OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. **O Formalismo-valorativo no confronto com o Formalismo excessivo.** Disponível em: http://www6.ufrgs.br/ppgd/doutrina/CAO_O_Formalismo-valorativo_no_confronto_com_o_Formalismo_excessivo_290808.htm. Acesso em: 23. Abr. 2009, p. 34.

Faceta importante a ressaltar é que a participação no processo para a formação da decisão constitui, de forma imediata, uma posição subjetiva inerente aos direitos fundamentais, portanto é ela mesma o exercício de um direito fundamental. Tal participação, além de constituir exercício de um direito fundamental, não se reveste apenas de caráter formal, mas deve ser qualificada substancialmente. Isso me leva a extrair do próprio direito fundamental de participação a base constitucional para o princípio da colaboração, na medida em que tanto as partes quanto o órgão judicial, como igualmente todos aqueles que participam do processo (serventuários, peritos, assistentes técnicos, testemunhas etc.), devem nele intervir desde a sua instauração até o último ato, agindo e interagindo entre si com boa-fé e lealdade¹⁸.

Não resta dúvida de que o processo somente se tornará mais célere e efetivo e a tutela jurisdicional será alcançada de forma correta, quando todos os operadores do direito buscarem agir comunicativamente com boa-fé, lealdade e cooperação e não quer dizer não argumentar e demonstrar o direito de defesa ou seu exercício profissional.

1.1.2 Jurisdição: espécies e limites da jurisdição

Atualmente, quando há um conflito que é caracterizado por insatisfações das partes ou de um veto jurídico, e para a resolução dos problemas deve ser chamado o Estado-Juiz, o qual deverá dizer a vontade do ordenamento jurídico para o caso concreto e fazer com que possa ser cumprida essa decisão¹⁹.

De acordo com Ernane Fidélis dos Santos²⁰, nos primórdios das civilizações vigorava o regime da justiça privada, ou seja, cada um defende o seu direito, ou julga-se por direito com as próprias mãos, “não precisa dizer que é um caos, pois a defesa do direito por atividade própria acaba transmudando-se no império do mais forte, com a supressão do direito dos mais fracos, ou das pequenas minorias, se vista a questão do aspecto grupal.”²¹

¹⁸ OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. **O Formalismo-valorativo no confronto com o Formalismo excessivo.** Disponível em: http://www6.ufrgs.br/ppgd/doutrina/CAO_O_Formalismo-valorativo_no_confronto_com_o_Formalismo_excessivo_290808.htm. Acesso em: 23. Abr. 2009, p. 45.

¹⁹ CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo.** 18. Ed. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 20.

²⁰ SANTOS, Ernane Fidélis dos. **Manual de Direito Processual Civil.** Processo de conhecimento.11. Ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 7. v.I

²¹ Idem, Ibidem.

Assim, entende o autor referido que a nação organizada tem que por fim a justiça privada e o estado proíbe, assumindo, naturalmente, a responsabilidade de fazê-la²².

O Direito, antes de ser monopólio do estado, era uma manifestação das leis de Deus, apenas conhecidas e reveladas pelos sacerdotes. Ovídio Baptista da Silva afirma que a verdadeira e autêntica Jurisdição apenas surgiu a partir do momento em que o Estado assumiu uma posição de maior independência, desvinculando-se dos valores estritamente religiosos, e passando a exercer um poder mais acentuado de controle social²³.

Assim, a jurisdição é conceituada como uma função que o estado desempenha, substituindo as partes em seus interesses para dirimir os conflitos existentes entre estes. A propósito bem salienta Ada Pellegrini Grinover²⁴, a respeito da jurisdição:

Que ela é uma função do Estado e mesmo monopólio estatal, já foi dito; resta agora, a propósito, dizer que a jurisdição é, ao mesmo tempo, poder, função e atividade. Como poder é a manifestação do poder estatal, conceituando como capacidade de decidir imperativamente e impor decisões. Como função, expressa o encargo que têm os órgãos estatais de promover a pacificação de conflitos interindividuais, mediante a realização do direito justo através do processo. E como atividade ela é o complexo de atos do juiz no processo, exercendo o poder e cumprindo a função que lhe comete. O poder, a função e a atividade somente transparecem legitimamente através do processo devidamente estruturado (devido processo legal).

Como se pode analisar, a jurisdição é um ato onde se localiza o poder do Estado de decidir e impor decisões, mas também como atividade onde se chama a atenção pelo fato de os atos serem de responsabilidade do Juiz e não de todos os sujeitos processuais.

Já para Giuseppe Chiovenda²⁵ a jurisdição é definida como sendo:

A função estatal que tem por escopo a atuação da vontade concreta da lei, mediante a substituição, pela atividade dos órgãos públicos,

²² SANTOS, Ernane Fidélis dos. **Manual de Direito Processual Civil**. Processo de conhecimento. 11. Ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p.7. v.I

²³ SILVA, Ovídio Baptista da. **Curso de Processo Civil**. 2 ed. Porto Alegre: Fabris, 1991. p. 17. v.I.

²⁴ CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pelegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 131.

²⁵ CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil*. Traduzido por Paolo Capitano. Campinas: Bookseller, 1998. p. 37. v. III.

da atividade de particulares ou de outros órgãos públicos, quer para afirmar a existência da vontade da lei, quer para torná-la praticamente efetiva.

Ainda dentro da concepção de jurisdição a partir de Giuseppe Chiovenda²⁶, ele explicita que a jurisdição, no processo de conhecimento, consiste na substituição definitiva e obrigatória da atividade intelectual não só das partes, mas de todos os cidadãos, pela atividade intelectual do juiz, ao afirmar existente ou não existente uma vontade concreta de lei em relação às partes²⁷.

Dentro da doutrina de Francesco Carnelutti²⁸, este atribui à jurisdição a função principal de composição da lide, entendida a partir da idéia de que a pretensão a ser buscada por um é resistida pela outra parte.

Assim, para possibilitar uma maior compreensão entre as ideias desses dois pensadores, pode-se observar que esses não se preocupam com a maior participação das partes nos procedimentos processuais, nem a diminuição do formalismo processual para que também estas possam atuar com mais ânimo em busca da solução de suas pretensões, conforme busca a teoria da ação comunicativa.

Analisando a descrição do autor vê-se que a jurisdição não passa da técnica e mera aplicação da lei pelo juiz à lide, não se observando em momento algum o envolvimento das partes, a não ser no momento da provocação²⁹.

Segundo Adalberto Narciso Hommerding, a jurisdição é uma atividade primária e está igualmente ao lado das atividades administrativa e legislativa, “a

²⁶ Idem. L'azione nel sistema dei diritti. In: _____. Saggi di diritto processuale civile. Roma: Società Editrice Foro Italiano, 1930. p. 3. Apud: TOALDO, Adriane Medianeira Toaldo; LOPES, Carina Deolinda da Silva. Jurisdição Participativa: o novo paradigma processual na realização da tutela jurisdicional efetiva. Disponível em: <http://www.ugf.br/editora/pdf/voxjuris/artigo1.pdf>. acesso em: 28. Nov. 2008.

²⁷ Desta forma se percebe, na visão do doutrinador Giuseppe Chiovenda, que a jurisdição em nada envolve as partes que simplesmente são substituídas pelo Estado e pelo juiz, o que muitas vezes ocasiona um desprestígio da justiça e até mesmo um número reduzido de causas que chegam a um fim justo, pelo fato das partes não participarem ativamente do processo. Sendo oportuno mencionar que apesar da vasta contribuição do autor supra citado para o processo civil, este jamais em sua teoria adentrou nas questões de jurisdição ao alcance de todos, o acesso dos cidadãos ao poder judiciário e tão pouco a efetividade dos procedimentos para atender os mais necessitados ou a classe desprivilegiada, comenta o autor Luiz Guilherme Marinoni deixando claro que a escola chiovendiana, apesar de ter contribuído para desenvolver a natureza publicista do processo, manteve-se fiel ao positivismo clássico.

²⁸ CARNELUTTI, Francesco. Sistema di diritto processuale civile. Padova: Cedam, 1936. v. 1. p. 40. Apud: TOALDO, Adriane Medianeira Toaldo; LOPES, Carina Deolinda da Silva. **Jurisdição Participativa**: o novo paradigma processual na realização da tutela jurisdicional efetiva. Disponível em: <http://www.ugf.br/editora/pdf/voxjuris/artigo1.pdf>. acesso em: 28. Nov. 2008.

²⁹ Com relação ao formalismo excessivo e conseqüentemente o prejuízo das partes, a jurisprudência começa a dar os primeiros passos com relação ao desligamento da jurisdição como mera aplicação da forma e da lei para dar espaço a uma jurisdição mais preocupada com a justiça aplicada às partes.

jurisdição participa da ordem social ao criar as normas a partir de seus julgados³⁰, uma vez que a norma é sempre resultado de uma aplicação³¹”.

Para que o cidadão tenha direito à utilização da tutela jurisdicional é necessário que este fixe os requisitos estabelecidos pelo legislador, tendo em vista as condições materiais e processuais.

O autor Jorge Luis Dall’Agnol³² agrupa esses pressupostos processuais em dois grupos, a saber:

Inicialmente os de existência, que devem estar presentes no momento da instauração do processo, consistentes na verificação de efetiva demanda e na submissão desta a um órgão investido de jurisdição. Sem esses, o que há é o não processo, o que vale dizer, o processo jamais chega a existir. E, em segundo (mas igualmente indispensável) compartimento, os pressupostos processuais de validade, requisitos necessários ao desenvolvimento bom do processo, cuja atenção é regra autorizadora do sentenciamento³³.

Já Galeno Lacerda³⁴ aponta como pressupostos:

Para os pressupostos de validade: subjetivos, pertinentes ao juiz são competência e insuspeição e pertinentes às partes são a capacidade de ser parte, capacidade processual e capacidade postulatória; já os objetivos extrínsecos à relação processual são inexistência de fatos impeditivos e intrínsecos são a insubordinação do procedimento a normas legais.

Visto, a importância de que os pressupostos processuais têm na garantia da tutela, passa-se a analisar também outros requisitos quais sejam as condições da ação advinda de Liebman e adotada pelo legislador brasileiro na norma do art. 267, inciso VI, do Código de Processo Civil.

Com relação ao assunto o autor Araken de Assis³⁵ aponta sua reflexão:

³⁰ Complementa a respeito da função jurisdicional Ernane Fidélis dos Santos: “muitos pretendem que a função jurisdicional seja complemento da legislativa, já que, no comum, o juiz aplica o direito ao caso em controvérsia. No entanto, o enfoque é ilusório. A lei não é o direito em si mesma. Ela é simplesmente um dos critérios de apreciação do direito. O legislador cria a lei e o juiz, ao julgar, regula a situação concreta com o direito que busca não necessariamente, pois outros poderão existir, por imposição da própria lei por determinação do próprio juiz, já que ele, ao decidir, tem inteira independência.” SANTOS, Ernane Fidélis dos. Ob. cit. p. 10.

³¹ HOMMERDING, Adalberto Narciso. **Fundamentos para uma compreensão hermenêutica do processo civil**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007 p. 166.

³² DALL’AGNOL, Jorge Luis. **Pressupostos Processuais**. Editora Lejur, 1988, p. 32.

³³ A título de exemplificação apresenta-se julgado do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul com relação a um dos requisitos da tutela jurisdicional: Apelação Cível Nº. 70024278384, TJ/RS.

³⁴ LACERDA, Galeno. **Despacho saneador**. 3. ed. Porto Alegre: Fabris, 1990, p. 60.

³⁵ ASSIS, Araken de. **Manual de processo de execução**. ed. São Paulo: RT, 2006, p. 240.

Cuidando das partes do processo, isto é, daqueles que ocupam posição ativa na relação processual, o exame dos correspondentes pressupostos passa pela personalidade processual (quem genericamente possui aptidão para ser parte – autor, réu, assistente e terceiro interveniente no processo), a capacidade processual (possibilidade de estar, por si mesmo, em juízo, promovendo e se submetendo de modo eficaz aos atos processuais sendo, também, a regulação da forma que aqueles que, não podendo atuar sozinhos no processo, dele participarão), a capacidade postulatória (o direito de pleitear em juízo, pela parte) e a legitimação (ou seja, quem pode ser o verdadeiro titular ativo e passivo do objeto litigioso, e não quem é o titular, com as exceções autorizadas em lei – legitimação anômala ou substituição processual).

Já o autor Luiz Rodrigues Wambier³⁶ menciona que devem estar presentes também os requisitos de necessidade-utilidade ou de necessidade-adequação diante da tutela jurisdicional, expressões que traduzem o interesse de agir do Estado na solução do conflito.

Fabio Milman³⁷ complementa:

Atendidos os pressupostos processuais e as condições da ação, apta a demanda a ganhar vida nos foros brasileiros. Se a desatenção aos princípios de comportamento das partes e de seus procuradores não faz extinguir a demanda judicial, sua falta acarreta embaraços à boa atuação do Estado como mediador e definidor da sorte dos conflitos. Tais princípios, portanto, representam paradigma de conduta a assegurar a escorreita prestação jurisdicional.

Como se observa, a boa conduta por parte das partes e operadores do direito é fundamental para o bom andamento do processo, e porque não dizer meio garantidor de celeridade processual, bem como conduta apta a funcionar na correta prestação jurisdicional.

A jurisdição se divide em contenciosa e voluntária, sendo que na primeira o Poder Judiciário tem o condão de atuar em nome das partes na solução de conflitos, mediante uma sentença de mérito.

Já na jurisdição voluntária, o Judiciário irá atuar mais na manifestação administrativa de interesses privados, como se dá, por exemplo, na separação amigável, na tutela, acordo de alimentos, homologação de alvarás.

Vale lembrar aqui que a jurisdição é privativa do Poder Judiciário e que este é independente, mas a jurisdição também é exercida através de formas extrajudiciais de resolução de conflitos, como a conciliação, arbitragem e mediação.

³⁶ WAMBIER, Luiz Rodrigues et, al. **Curso Avançado de processo civil**. São Paulo: Revista do Tribunais, 1998, p. 130.

³⁷ MILMAN, Fabio. **Improbidade processual**. Rio Janeiro: Forense, 2007, p. 32.

Ocorre que sendo esta jurisdição una a sua divisão em órgãos é tida apenas como forma de garantir melhor organização e praticidade, sendo que a jurisdição sempre será o poder-dever que busca solucionar e dar realização ao que já está entendido como direito, envolvendo todos os órgãos do judiciário e todos os âmbitos de compreensão da lide.

A jurisdição pode ser compreendida em dois grupos os que evidenciam os conflitos de natureza penal e, assim, jurisdição penal. Da mesma forma funciona a jurisdição civil quando os conflitos estão centrados na questão dos conflitos de natureza não penal³⁸.

A jurisdição civil se desmembra em jurisdição contenciosa e voluntária, sendo que estão ligadas as questões mais administrativas que compõem também o cenário do Poder Jurisdicional.

A jurisdição voluntária é dada pelo conjunto de atribuições administrativas integrativas, confiadas pela lei ao judiciário. Dessa forma é tida como "a ordem jurídica que deixa a critério dos particulares regularem, uns em face dos outros, suas relações, livremente criando, modificando ou extinguindo direitos e obrigações recíprocas."³⁹

O artigo 1º do CPC dá a ideia de jurisdição contenciosa e voluntária, sendo que, de forma geral a jurisdição contenciosa é aquela propriamente dita, cuja função é a pacificação dos conflitos, pressupondo assim a existência de uma controvérsia. A jurisdição voluntária ou graciosa é aquela em que não há lide, somente a administração pública de interesses privados, sendo que esta jurisdição tem uma função tida como de âmbito administrativo devido ao fator de potencialidade e confiabilidade da jurisdição.

Entre as teorias que abarcam a questão da jurisdição voluntária está à majoritária, que diz que se não há nos procedimentos necessidade de ser resolvido

³⁸ "Em determinadas situações, porém, os particulares, por uma razão ou outra, não cumprem o que lhes compete e entram em litígio um com o outro. Neste momento é que o Estado vem a ser chamado, para cumprir seu dever e compor o litígio, aplicando o que julga ser de direito ao caso em controvérsia. Esta atribuição do Estado, que é uma de suas específicas funções chama-se jurisdição e tem caráter eminentemente substitutivo. Substitutivo, porque o Estado, através de um órgão julgador, faz a composição que as pessoas deveriam fazer, pacifica ou forçadamente. A composição pacifica o Estado permite e até aconselha, mas a forçada ele veda aos particulares. Daí sua interferência, em substituição ao que ele mesmo proíbe." SANTOS, Ernane Fidélis dos. Ob. cit. p. 8. Através do que o autor comenta pode-se perceber que a busca pela composição de forma amigável entre as partes é buscada constantemente e a título exemplificativo cita-se a mediação e arbitragem, trabalhados a diante e que revelam uma forma de resolução e efetividade da jurisdição.

³⁹ CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro. **A Ética e os Personagens do Processo**. Revista Forense, Rio de Janeiro, p. 347-353, 2001, p. 33. v.358.

pelo Poder Judiciário, bastando assim determinados pressupostos legais para a sua concretização.

A questão da jurisdição voluntária se revela um tanto complexa, na medida em que é entendida como ordem jurídica que deixa à critério dos particulares a regulação, entre uns e outros, no que tange a criar suas relações ou que proporciona a estes criar, modificar ou extinguir direitos e obrigações.

A jurisdição voluntária tem natureza administrativa e é um ato judiciário, pode ser entendido como função preventiva e constitutiva, não havendo conflitos de interesses das partes apenas um negócio com a presença do magistrado.

Observa-se que o desenvolvimento do tema da jurisdição é algo essencial para o entendimento deste estudo, bem como a questão da noção dos direitos e garantias constitucionais. Dessa forma será trabalhada a noção de Constituição, sua importância diante dos direitos e garantias fundamentais que carrega e as mudanças ocasionadas por conta da Emenda Constitucional nº. 45, o que para o estudo também tem fundamento no momento que é a partir dessas noções preliminares que se chega a percepção da importância que o Judiciário e a efetividade da tutela jurisdicional alcançada por este e a participação e cooperação que as partes possuem neste contexto.

1.2 A TUTELA JURISDICIONAL, CONSTITUIÇÃO, OS DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS E AS MUDANÇAS ADVINDAS DA EMENDA CONSTITUCIONAL Nº. 45

Sabe-se que a Constituição⁴⁰ Federal vigora de maneira suprema com relação a todos os outros ramos do direito, sendo assim, para o direito processual civil não é diferente, tendo este que observar todas as constitucionais bases de seus

⁴⁰ Habermas estabelece ainda a distinção entre normas e valores: a norma é obrigatória: aplica-se-a ou não. Representa, portanto, um conceito deontológico. Já os valores traduzem preferências compartilhadas, admitem concordância meramente parcial e compreendem, por isso, um sentido teleológico. Com base nessa distinção, Habermas afirma que os direitos fundamentais não são valores, mas sim normas de direitos constituídas “segundo o modelo de normas de ação obrigatórias – e não segundo o modelo de bens atraentes”. Por isso, a Constituição não pode ser diluída numa ordem concreta de valores, como pretende o comunitarismo. LEITE, Roberto Basile. **A chave da teoria do Direito de Habermas**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2008, p. 95.

procedimentos⁴¹.

Para Jürgen Habermas, a importância da Constituição está no que diz respeito aos cidadãos, que podem então encarar esta carta magna com o projeto de um sistema já estabelecido de direitos básicos. Os cidadãos que se dedicam à realização desse projeto conjunto podem, com coerência, promover a melhoria das condições de acesso à política deliberativa e participação nessa. Ao mesmo tempo que podem racionalmente esperar que as normas sejam devidamente respeitadas.

Assim, a questão dos direitos e garantias fundamentais do processo tende a abrir o leque do que há para ordenar os procedimentos processuais em termos constitucionais, garantindo assim a máxima do Estado Democrático de Direito.

Entre os direitos fundamentais, para a presente abordagem, importa analisar de maneira significativa o princípio do acesso à justiça, bem como o princípio da garantia do devido processo legal.

A Constituição Federal, somada com os princípios⁴² basilares dos procedimentos processuais, tendem e objetivam a efetividade máxima da tutela jurisdicional, garantia do estado na medida que tomou para si o poder de decisão, extinguindo o entendimento da autotutela, garantido ao cidadão seus direitos advindos de sua representatividade e de suas decisões através do esboço da democracia.

Com o advento da Reforma Constitucional do Poder Judiciário proporcionada pela Emenda Constitucional nº. 45 de 2004 introduziu-se, entre tantas outras mudanças, dentro das previsões dos direitos fundamentais a garantia ao

⁴¹ Para Habermas, a constituição é um sistema de direitos fundamentais definidos pela soberania popular, ao qual cabe resguardar ao mesmo tempo os direitos humanos e a soberania popular, as liberdades dos modernos e as liberdades dos antigos, a autonomia privada e a autonomia pública. A soberania popular serve para assegurar aos cidadãos a prerrogativa de serem simultaneamente autores e destinatários dos direitos fundamentais. Na visão habermasiana de sociedade democrática, a garantia dos direitos humanos pressupõe o reconhecimento concomitante dos valores inerentes à identidade cultural da comunidade histórica à qual pertence o beneficiário dos direitos. LEITE, Roberto Basilone. **A chave da teoria do Direito de Habermas**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2008, p. 109.

⁴² Os princípios da justiça são institucionalizados por uma constituição democrática. A luta pela implementação de princípios específicos de justiça distributiva e as controvérsias que envolvem esses princípios devem ser submetidas a uma avaliação democrática, e não a especulações teóricas sobre como o mercado funciona ou deixa de funcionar. Agora mesmo podemos acompanhar uma interessante discussão filosófica sobre como a justiça distributiva deve ser concebida nas sociedades contemporâneas: a doutrina da capacidade de Sem, a doutrina da oportunidade dos recursos de Dworkin são as versões mais sofisticadas, o segundo princípio de Rawls aponta para outra direção (e da consistência a uma doutrina social-democrata). Afirmo que todos esses princípios devem ser elaborados e desenvolvidos pelos especialistas neste caso, até mesmo os filósofos são especialistas, mas que a decisão final deve caber aos cidadãos. HABERMAS, Jürgen. **A ética da discussão e a questão da verdade**. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 39-40.

cidadão da duração razoável do processo, como explicita o artigo 5º, inc. LVXXVIII da Constituição Federal.

Esse assunto ganhou atenção dos juristas e operadores do direito, mas já era considerada como parte integrante dos direitos fundamentais tendo em vista a sua necessidade e relevância em relação aos contornos em que vive a atualidade processual, desta forma faz-se junto a esta ideia uma análise dos direitos fundamentais.

Em uma breve análise histórica, os direitos fundamentais inicialmente podem ser observados como forma de garantir ao homem seus direitos, pois este era criatura vista como imagem e semelhança de Deus, como menciona o autor Jorge Miranda:

É comum apontar-se a doutrina do cristianismo, com ênfase especial para a escolástica e a filosofia de São Thomas, como antecedente básico dos direitos humanos. A concepção de que os homens, por serem criados à imagem e semelhança de Deus, possuem alto valor intrínseco e uma liberdade inerente à sua natureza, anima a idéia de que eles dispõem de direitos que devem ser respeitados por todos e pela sociedade política, Santo Tomás de Aquino defendia um direito natural, fundada na concepção do homem como criatura feita à semelhança de Deus e dotada de especiais qualidades. Esse direito subordinava o direito positivo e a discrepância entre um e outro autorizaria o direito de resistência do súbito⁴³.

Dentro do contexto da historicidade dos direitos fundamentais um nome chama a atenção, John Locke, que abria um pensamento partindo do pressuposto de que os homens se reúnem e vivem em sociedade para se protegerem, sendo que a liberdade e a propriedade deveriam ser oponíveis até mesmo ao próprio soberano.

Paulo Gustavo Gonet Branco preleciona com relação a essa teoria:

Essa teoria iria inspirar as Declarações de Virgínia de 1776 e na francesa de 1789. Com efeito, o art. 1º da Declaração dos Direitos de Virgínia, proclamava que todos os homens são por natureza livres e têm direitos inatos, de que não se despojam ao passarem a viver em sociedade o art. 2º da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão aponta que o fim de toda a associação política é a conservação dos direitos naturais e imprescritíveis do homem. E o art. 4º da mesma Declaração afirma que os direitos naturais de cada homem não têm por limite senão as restrições necessárias para assegurar os outros membros da sociedade o gozo dos mesmos direitos⁴⁴.

⁴³ MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**. Coimbra, Coimbra ed. 1996, p. 17.

⁴⁴ GONET, Paulo Gustavo. Aspectos de teoria geral dos direitos fundamentais. In: **Hermenêutica Constitucional e Direitos Fundamentais, 2ª parte**. Ed. Brasília Jurídica. Instituto Brasiliense de Direito Público. 1. ed., 2ª tiragem. Brasília, GONET, 2002, p. 3.

Existem outros pontos importantes da história que retratam momentos e conquistas, além dos já citados, como lembra Ingo Sarlet:

Na Inglaterra em 1215, os bispos e barões ingleses obtêm do Rei João Sem-Terra a Magna Carta, pacto que assegura alguns privilégios feudais aos nobres, não chegando, entretanto, a alcançar o conjunto da população. Outras declarações de direitos são conhecidas, como a *petition of Rights*, de 1628, o *habeas corpus act*, de 1679. Nesses documentos, são assegurados direitos aos cidadãos ingleses, com a proibição de prisão arbitrária, o habeas corpus e o direito de petição. Tais documentos, porém, se é verdade que limitavam o poder monárquico, não tinham o condão de vincular o próprio parlamento. Esses direitos eram assim fundamentais, embora não constitucionalizados⁴⁵.

Outra questão importante também é ter em mente que os direitos com índole constitucional, vinculando poderes e dando o poder de serem exigidos judicialmente, se deram com a Declaração de Virgínia, sendo que foram os referidos direitos acolhidos e positivados⁴⁶ pela Constituição Americana. Norberto Bobbio ensina:

Os direitos do homem ganham relevo quando se desloca do Estado para os indivíduos a primazia na relação que os põe em contato. A afirmação dos direitos do homem deriva de uma radical inversão de perspectiva, característica da formação do Estado Moderno, na representação da relação política, ou seja, na relação Estado/ cidadão ou soberano/súdito, relação que é encarada, cada vez mais, do ponto de vista dos direitos dos cidadãos não mais súditos, e não do ponto de vista dos direitos do soberano, em correspondência com a visão individualista da sociedade (...) no início da idade moderna⁴⁷.

Os direitos fundamentais alcançam o auge quando se compreende que a sociedade detém direitos e deveres para com o Estado, dessa forma se reconhece que o indivíduo tem, primeiramente, uma série de responsabilidades e que ao contrário, ou seja, a responsabilidade que o Estado tem para com o indivíduo, primeiramente, deveres⁴⁸. Neste sentido, destaca-se o enfoque do autor José Alcebíades de Oliveira Junior:

⁴⁵ SARLET, Ingo. **A eficácia dos Direitos Fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998, p. 44.

⁴⁶ LOPES, Carina Deolinda da Silva. Direitos fundamentais aspectos gerais e polêmicos. In: **Âmbito Jurídico, Rio Grande**, 70, 01/11/2009 [Internet]. Disponível em http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=6657. Acesso em 17/10/2010.

⁴⁷ BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Rio de Janeiro: Elsevier, 1992, p. 4

⁴⁸ Uma outra perspectiva histórica aponta para as gerações de direitos, onde o autor Norberto Bobbio aponta para uma evolução dos direitos, passando por várias gerações. BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Rio de Janeiro: Elsevier, 1992, p. 4.

Primeira geração, os direitos individuais, que pressupõe a igualdade formal perante a lei e consideram o sujeito abstratamente. Tal como assinala o professor italiano, esses direitos possuem um significado filosófico-histórico da inversão, característica da formação do Estado Moderno, ocorrida na relação entre Estado e cidadãos: passou-se da prioridade dos deveres dos súditos à prioridade dos direitos do cidadão, emergindo um modo diferente de encarar a relação política, não mais predominantemente do ângulo do soberano, e sim daquele do cidadão, em correspondência com a afirmação da teoria individualista da sociedade em contraposição à concepção organicista tradicional⁴⁹.

Nessa seara estão englobados uma nova geração de direitos, todos os tidos como indispensáveis aos homens, com uma visão universalista. Os direitos fundamentais caminham ao lado do regime democrático dada a sua importância no contexto social. Sendo assim, essa modalidade de direitos somente tem eficácia plena se amparada em uma sociedade democraticamente constituída.

Faz-se necessário efetuar parênteses ao se mencionar a respeito do modelo de democracia aqui expedido, sendo que atualmente o cidadão é tido como mero cliente do Estado, o papel do cidadão é o de pagar impostos para a partir daí, ter direito aos serviços estatais.

Cabe aqui salientar que o modelo de democracia deliberativa é aquele que mais se destaca atualmente nas discussões filosóficas e políticas, sendo que representa essa corrente, entre outros o autor base deste estudo Jürgen Habermas. Tal entendimento parte da idéia de que é possível obter um consenso moral puramente racional, o qual é mais do que uma simples concordância quanto a procedimentos, na democracia deliberativa, é concebida como um processo que cria um público, cidadãos unidos para tratar de objetivos, ideais, ações, problemas coletivos. Os processos democráticos são baseados em um diálogo livre e aberto⁵⁰.

⁴⁹ OLIVEIRA JUNIOR, José Alcebiades de. **O novo em Direito e Política**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997, p. 192.

⁵⁰ HABERMAS, Jürgen. **Racionalidade e comunicação**. Lisboa: Edições 70, 1996, p. 35. Between facts and norms- contributions to a discourse theory of Law and democracy. Translated by William Rehg. Cambridge, Massachussets: Mit Press. Através da democracia, pode-se então dizer que o Direito interage com a prática cotidiana produzindo sentido. É esta interação que Jürgen Habermas sustenta na sua teoria do agir comunicativo.

O direito, portanto, se legitima pela via democrática. O discurso comunicativo, no pensamento de Habermas⁵¹, é o único meio racional, capaz de, sem recorrer à violência, solucionar a tensão entre as autonomias no momento da produção do direito, e as colisões de princípios, no momento de sua aplicação – tensão e colisões essas que são inerentes a toda sociedade pluralista democrática⁵².

A relevância desses direitos encontra-se no esforço do preâmbulo da Constituição Federal e no propósito de que a Assembléia Constituinte teve como ideal básico o propósito de instituir um Estado Democrático destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança⁵³. Dessa forma, a Constituição Federal está estruturada sobre um pilar ético-jurídico-político, que tem como principal objetivo a promoção e valorização dos direitos e garantias fundamentais do ser humano⁵⁴.

Dada à importância que os direitos fundamentais traduzem para a Constituição Federal é que se faz necessário o seu estudo principalmente no que tange à questão de sua eficácia, seu real cumprimento, bem como os confrontos existentes entre os princípios dos direitos e garantias fundamentais, justamente para mais adiante estendermos a relação existente no que tange à inefetividade da jurisdição.

⁵¹ Seja como for, a importância de um paradigma de diálogo nas relações sociais diz com o interesse de toda a sociedade, e não somente das partes. Tem a ver com a paz social, com uma vida norteada pelo entendimento e com uma sociedade que prima pela integração e não pela fragmentação. E é nessa direção que neste relato nos interessa, sobremaneira, das algumas pistas introdutórias da “teoria do agir comunicativo” de Jürgen Habermas, autor difícil, porém fundamental, que estamos tentando aproximar cada vez mais de nossas pesquisas, por ser um dos mais importantes filósofos com interesses jurídicos para se pensar soluções democráticas de controvérsias, enquanto um interesse de toda a sociedade. JUNIOR, José Alcebíades de Oliveira. Pesquisas em cidadania e soluções alternativas de conflitos – contribuições de Jürgen Habermas para um paradigma dialógico no direito. In: SANTOS, André Leonerdo Copetti; DEL’OLMO, Florisbal de Souza. **Diálogo e Entendimento direito e multiculturalismo e cidadania e novas formas de conflitos**. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 4.

⁵² Nesse ponto, Habermas assimila o conceito de comunidade aberta de interpretes da constituição, desenvolvido por Peter Habermas a partir da noção popperiana de sociedade aberta, e com base nesse conceito edifica o seu paradigma formal do direito que – cumpre acentuar – trata-se de um paradigma procedimental que não adota uma concepção particular acerca do conceito de bem (ao contrário dos liberais), nem um sistema de valores vinculado a certa identidade cultural (ao contrário dos comunitaristas). Em outras palavras, ele não atribui em princípio ao direito nenhum conteúdo material, mas se limita a definir o direito legítimo de acordo com padrões procedimentais discursivos. LEITE, Roberto Basilone. **A chave da teoria do Direito de Habermas**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2008, p. 122.

⁵³ CAHALI, Yussef Said (Org.). Constituição Federal. In: _____. **RT Mini Códigos**. 10. ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

⁵⁴ LOPES, Carina Deolinda da Silva. Direitos fundamentais aspectos gerais e polêmicos. In: **Âmbito Jurídico, Rio Grande**, 70, 01/11/2009 [Internet]. Disponível em http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=6657. Acesso em 17 out. 2010.

Alguns dos princípios abordados dentro deste trabalho, estão elencados junto aos direitos e garantias fundamentais situados dentro da Constituição Federal, sendo necessário então, neste primeiro momento, salientar as ideias importantes a respeito do assunto, relacionando-o às questões da efetividade da tutela jurisdicional, no objetivo de ao final buscarmos entender que a garantia de tais princípios, bem como de sua aplicação concreta diante do cenário jurisdicional depende também da comunicação e colaboração entre os sujeitos envolvidos.

Importante ainda mencionar que os operadores do direito devem estar a par de todos os princípios que elucidam o processo, de forma que ao acompanharem esses estão contribuindo para um processo mais justo e para a concreta efetividade da tutela jurisdicional.

Dessa forma, os direitos fundamentais mais do que nunca no cenário atual estão em evidência, ocorrendo que não cabe mais apenas fundamentar esses direitos, é necessário protegê-los e garanti-los.

Norberto Bobbio⁵⁵ aponta suas ideias argumentando:

O problema que temos diante de nós não é filosófico, mas jurídico e, num sentido mais amplo, político. Não se trata de saber quais e quantos são esses direitos, qual é a sua natureza e seu fundamento, se são direitos naturais ou históricos, absolutos ou relativos, mas sim qual é o modo mais seguro para garanti-los, para impedir que, apesar das solenes declarações, eles sejam continuamente violados.

As palavras do renomado autor italiano apontam para uma triste realidade que assola a sociedade como um todo, o problema atual é tentar garantir os direitos dados como fundamentais que, constantemente, são violados mais precisamente pelo Estado o qual deveria torná-los esses efetivos.

Com relação à previsão dos direitos humanos de âmbito fundamental, tem-se que no caso de não haver previsão, constitucional de algum direito humano fundamental, mesmo assim o § 2º do artigo 5º, da CF, garante o caráter exemplificativo do rol trazido pelo constituinte, ainda que seja tarefa difícil encontrar algum direito fundamental implícito⁵⁶.

⁵⁵ BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Rio de Janeiro: Elsevier, 1992, p. 25-6.

⁵⁶ LOPES, Carina Deolinda da Silva. Direitos fundamentais aspectos gerais e polêmicos. In: **Âmbito Jurídico, Rio Grande**, 70, 01/11/2009 [Internet]. Disponível em http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=6657. Acesso em 30 out.2010.

Demonstração do que se afirmou pode ser encontrada ao comparar o rol dos direitos humanos de primeira geração positivados pela Constituição de 1988 e o rol apresentado pela Convenção Americana sobre Direitos Humanos, o Pacto de São José da Costa Rica: a quase totalidade dos direitos previstos nesse importante tratado internacional encontra correspondente na Constituição brasileira, com a única exceção da prisão civil por dívidas no caso do depositário infiel⁵⁷.

Assim, pode-se perceber que a Constituição Federal de 1988 tem uma previsão abundante dos direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, mas o problema não se centra nesta questão, vai além.

Sobre o assunto, Manoel Gonçalves Ferreira Filho⁵⁸ preleciona que não basta o dispositivo. É necessário assegurar o texto constitucional contra alterações indevidas, seja por emenda constitucional, seja por legislação ordinária. Papel fundamental assume, assim, o controle de constitucionalidade na efetiva proteção dos direitos fundamentais previstos na Constituição. Emenda constitucional ou legislação infraconstitucional que contrariar preceito da Constituição garantidor de direito humano fundamental é inconstitucional, devendo ser declarada, pois, a sua nulidade⁵⁹.

Os direitos fundamentais devem ser preservados e cada vez mais deve ser buscada a sua concreta efetividade, o que significa uma difícil realidade para a população de cidadãos brasileiros, onde muitos possuem um ou dois direitos fundamentais amparados, ficando o restante, sem qualquer amparo, o que é relevante para o tema abordado neste trabalho. Evidencia-se a lógica de que o direito a tutela jurisdicional, sendo também um destes direitos, também se encontra sem efetividade.

⁵⁷ MONTEIRO, Marco Antonio Corrêa. **O futuro dos direitos fundamentais**. A necessidade de sua efetivação. Jus Navigandi, Teresina, ano 12, n. 1688, 14 fev. 2008. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=10938>>. Acesso em: 17 out. 2010.

⁵⁸ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Aspectos de direito constitucional contemporâneo**. São Paulo Saraiva, 2003, p. 291.

⁵⁹ Como forma de tentar proteger e garantir os direitos fundamentais surge dois pensamentos um com relação proteger o texto constitucional com emendas e constituição ou declarações de inconstitucionalidade. Outra visão seria o mandado de injunção do qual o autor Marco Antônio Corrêa Monteiro coloca: Trata-se, assim, de mais um instrumento hábil à proteção dos direitos humanos fundamentais positivados pelo texto constitucional, mas que dependa de norma regulamentadora. Acontece que, por uma dessas ironias constitucionais, mesmo esse artigo 5º, LXXI, carece de aplicabilidade e a doutrina e a jurisprudência nacional discutem quais seriam os seus efeitos. O conteúdo do dispositivo consiste na outorga direta do direito reclamado. O impetrante age na busca direta do direito constitucional em seu favor, independentemente de regulamentação.

José Afonso da Silva⁶⁰ comenta em dois grupos os mecanismos para garantir a aplicabilidade e concretização dos direitos fundamentais, apontando as garantias gerais e as garantias constitucionais:

As garantias dos direitos fundamentais abrangem dois grupos, as garantias gerais, destinadas a assegurar a existência e a efetividade (eficácia social) daqueles direitos, as quais se refere à organização da comunidade política, e que poderíamos chamar condições econômico-sociais, culturais e políticas que favorecem o exercício dos direitos fundamentais. O conjunto destas garantias gerais formará a estrutura social que permitirá a existência real dos direitos fundamentais, trata-se de uma estrutura de uma sociedade democrática, que conflui para a concepção do Estado Democrático de Direito, consagra agora o art. 1º de que falamos. As garantias constitucionais, que consistem nas instituições, determinações e procedimentos mediante os quais a própria constituição tutela a observância ou, em caso de inobservância, a reintegração dos direitos fundamentais. São, por outro lado, de dois tipos: (a) garantias constitucionais gerais, que são instituições constitucionais que se inserem no mecanismo de freios e contrapesos dos poderes, e assim impedem o arbítrio com o que constituem, ao mesmo tempo, técnicas de garantia e respeito a pessoa humana em toda a sua dimensão; (b) garantias constitucionais especiais, que são prescrições constitucionais estatuidando técnicas e mecanismos que, limitando a atuação dos órgãos estatais ou de particulares, protegem a eficácia, a aplicabilidade e a inviolabilidade dos direitos fundamentais de modo especial. São técnicas preordenadas com o objetivo de assegurar a observância desses direitos considerados em sua manifestação isolada ou em grupos.

Uma visão mais ampla na busca dos procedimentos necessários para efetivação dos direitos e garantias fundamentais se exige, uma vez que são os pilares da democracia e da cidadania, o desenvolvimento da paz social aqui se dando ênfase na comunicação social e busca do entendimento harmonioso dos sujeitos relacionados.

Nessa seara, os direitos fundamentais no que tange à busca pela efetividade processual dos direitos tutelados podem ser priorizados em favor de outros de mesma escala, tendo em vista a necessidade de se garantir a tutela jurisdicional⁶¹.

⁶⁰ SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 178.

⁶¹ A título de exemplificar a busca dos também interpretes e aplicadores do poder jurisdicional e a preocupação com a efetividade do mesmo e a preocupação com o alcance dos direitos e garantias fundamentais, cita-se importante julgado do Superior Tribunal de Justiça onde se vislumbra a questão da prestação da tutela jurisdicional e mais também se evidencia uma questão tratada mais adiante, mas já adiantada aqui na apresentação do julgado que é a crise do Estado e a ampliação dos poderes do judiciário em relação as questões alusivas ao direito à saúde: REsp 948.944/SP, Rel. Ministro JOSÉ DELGADO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 22/04/2008, DJe 21/05/2008. A busca pelos direitos fundamentais, como o da saúde, que mais evidencia a crise do judiciário, no momento em que este passa a ter que funcionar como outros órgãos do Estado, demonstra que o processo deve facilitar a tutela dos direitos e os operadores do direito devem movê-lo de forma séria e cuidadosa, mas evidenciando a celeridade e efetividade do mesmo.

Contudo, mais do que isso, busca-se a concretização dos direitos aqui evidenciados que passa pela preocupação no sentido de garantir a efetividade dos mesmos com ênfase na comunicação e entendimento dos sujeitos, na prática do diálogo e dos seus signos de conhecimento para a promoção do desenvolvimento social.

A seguir, após uma análise da questão dos direitos fundamentais de forma ampla, observa-se mais restritamente a questão da tutela jurisdicional efetiva e os direitos fundamentais constitucionais, restritivamente, ao do devido processo legal e do acesso à justiça, o que se justifica tendo em vista a estruturação do poder jurisdicional e a garantia de sua efetivação.

1.3 A TUTELA JURISDICIONAL EFETIVA, O DEVIDO PROCESSO LEGAL E A QUESTÃO DA GARANTIA CONSTITUCIONAL DE ACESSO À JUSTIÇA

Em relação à tutela jurisdicional, como forma de o Estado dizer o direito a quem procura uma resposta ao litígio, o princípio do devido processo legal é a garantia de poder chegar ao Poder Judiciário, ou seja, de acesso à justiça, porém, não há como tutelar o enfoque deste trabalho sem passar pela noção de tutela jurisdicional efetiva, uma vez que este é o enfoque que nos abre caminho ao raciocínio sobre a questão da aplicação da ação comunicativa dos operadores do direito, com o objetivo de conseguir o alcance dessa tutela.

Ainda se justifica a análise deste assunto na medida em que todo o país e, porque não dizer o mundo, situa-se na busca de procedimentos processuais que abarquem de forma efetiva e célere a tutela jurisdicional, garantindo assim a plenitude da busca dos direitos, o que pode ser ocasionado a partir da aplicação da teoria do Agir comunicativo.

O artigo 5º, XXXV, da Constituição Federal, dá a todos o direito a uma prestação jurisdicional efetiva, tendo em vista que é fundamental dentro do Estado Democrático de Direito à medida em que o Estado retira a figura da autotutela e assume o monopólio da jurisdição, conferindo aos cidadãos o direito de ação.

Nesse sentido, o direito de ação como direito à sentença, como direito à efetividade da tutela jurisdicional em sentido mais estrito. O direito à efetividade em sentido mais amplo se concentra na tutela jurisdicional e seu modo tempestivo e até mesmo de modo preventivo, como na aplicação das noções de mediação, por exemplo, que serão vistas, mais adiante.

O processo tem como idéia técnica para a prestação jurisdicional, a tutela inibitória, uma vez que o processo deve ser disposto de modo a garantir ou viabilizar a outorga da tutela inibitória “aqueles a que tem direito, certamente estará negando o direito fundamental à tutela jurisdicional preventiva.”⁶²

Com relação à tempestividade da tutela jurisdicional, tem a ver com a tutela antecipatória, bem como de uma compreensão pelas partes de uma duração razoável e racional do processo, sendo que esse último vai ao encontro justamente da utilização do processo de boa-fé e da inteira aplicação da comunicação e ética entre os sujeitos participantes, sem a utilização de artifícios maléficos, a fim de proporcionar o bloqueio e a inefetividade do alcance da tutela jurisdicional⁶³.

Dessa forma evidencia que o direito à tutela jurisdicional efetiva, tempestiva e até mesmo preventiva forma-se como base de preocupação dos pensadores jurídicos pós-modernos, mas a concretização dessa determinação depende de uma adequação da técnica processual e muito mais de boa-fé dos operadores do direito em tentar garantir a efetividade processual através da aplicação da contemplação da comunicação entre as partes.

Luiz Guilherme Marinoni entende que se a efetividade (em sentido lato) requer adequação e a adequação deve trazer efetividade, o certo é que os dois conceitos podem ser decompostos para melhor explicar a necessidade de adequação da técnica a diferentes situações do direito substancial⁶⁴, como a ênfase na comunicação entre as partes.

⁶² MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Manual do processo de conhecimento**. 3. ed. Porto Alegre: Revista dos Tribunais, 2004. p.8.

⁶³ Essa importância da efetividade da tutela jurisdicional se evidencia ainda mais sobreposta se considerarmos as dificuldades dos seguintes dois caminhos: implementar uma profunda reforma processual (o que, alias já vem sendo feito) ou, então, resgatar a própria sociedade para através de mecanismos parajudiciais – conciliação, mediação e arbitragem – buscar a solução dos seus conflitos e controvérsias. Sem prejuízo da primeira alternativa, o que nos interessava ver, tanto de um ponto de vista pragmático quanto utópico, são as possibilidades do segundo caminho, relativo, portanto, a arbitragem e a mediação. Conforme a linha de raciocínio adotada para refletir sobre a justiça estatal, pode-se dizer que, do ponto de vista da legalidade, esta técnica ou maneira privada de solucionar conflitos esta autorizada no Brasil, é valida ao modo do Direito estatal, especialmente por estar contida na Lei 9.307/96, que tratou da matéria. Entretanto, no que se refere às questões de legitimidade e efetividade do poder, e de justiça e eficácia desse tipo e Direito muitas peculiaridades podem ser observadas. OLIVEIRA JUNIOR, José Alcebíades de. Pesquisas em cidadania e soluções alternativas de conflitos – contribuições de Jürgen Habermas para um paradigma dialógico no direito. In: SANTOS, André Leonerdo Copetti; DEL’OLMO, Florisbal de Souza. **Diálogo e Entendimento direito e multiculturalismo e cidadania e novas formas de conflitos**. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 7.

⁶⁴ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Manual do processo de conhecimento**. 3. ed. Porto Alegre: Revista dos Tribunais, 2004, p. 8.

O direito a uma prestação jurisdicional não pode deixar de ser pensado como um direito fundamental, sendo esse direito considerado como uma decorrência da existência de direitos, e da máxima de que é o direito de fazer valer os próprios direitos. Desta forma, o direito à tutela jurisdicional efetiva não pode ser pensado como direito de defesa, ou seja, direito de natureza negativa, pois consiste num direito de exigir uma prestação do Estado.

O direito de tutela jurisdicional não só requer a consideração dos direitos de participação e de formação de técnicas processuais adequadas como também visa uma prestação do juiz, sendo que essa, assim como a lei, pode significar em alguns casos, a concretização do dever de proteção do Estado em face dos direitos fundamentais⁶⁵.

A respeito do assunto, reitera o autor Luiz Guilherme Marinoni:

O direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva, quando se dirige contra o juiz, não exige apenas a efetividade da proteção dos direitos fundamentais, mas sim que a tutela jurisdicional seja prestada de maneira efetiva para todos os direitos. Tal direito fundamental, por isso mesmo, não requer apenas técnicas e procedimentos adequados à tutela dos direitos fundamentais, mas sim técnicas processuais idôneas à efetiva tutela de quaisquer direitos⁶⁶.

O direito do jurisdicionado não se resume apenas ao de ter acesso ao procedimento legalmente instituído, o direito à tutela jurisdicional não pode restar limitado ao direito de igual garantia ao procedimento de acesso à justiça, mas também de que todos são iguais na efetiva possibilidade de argumentação e produção de consenso.

Assim, dentro da questão do agir comunicativo tem-se que esse é voltado para o entendimento mediado pela linguagem em busca de normas que possam valer, obrigatoriamente, e que preencham, legitimamente, as expectativas recíprocas de comportamento aceitas por no mínimo dois interlocutores.

A sociedade se constitui simultaneamente de um mundo da vida, na qual, de um lado ampliam-se formas de solidariedade, comunicação e entendimento e de outro pululam sistemas cada vez mais controlados por imperativos funcionais e

⁶⁵ GUIMARÃES, Poliana Cíntia Costa. **Ação Popular ambiental e efetividade**: análise dos principais aspectos processuais. *Dejure: Revista do Ministério Público de Belo Horizonte*, n. 13, jul/dez. 2009, p. 349-367, p. 347.

⁶⁶ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Manual do processo de conhecimento**. 3. ed. Porto Alegre: Revista dos Tribunais, 2004, p. 10.

formais, materializados por estímulos de procura pela eficiência/sobrevivência concorrencial em prol de atividades lucrativas.

Essa visão de não cooperação advinda da noção de lucratividade, bem como do hedonismo corporativo da burocracia, o que no estudo apresentado liga-se à questão da busca pelos sujeitos envolvidos na tutela jurisdicional efetiva e de um Judiciário burocrático e calcado no formalismo excessivo.

Assim, voltando à questão do direito à tutela jurisdicional efetiva, esta deve ser vista como a efetiva proteção do direito material, mas sem perder a característica de direito a iguais oportunidades de acesso à justiça, tendo como principais devedores desta tutela o legislador e o juiz.

Assim, percebe-se que a busca pela tutela jurisdicional efetiva comporta em seus procedimentos uma importância gigantesca, diante do entendimento de que as partes e demais sujeitos atuantes no processo dotados de argumentatividade e a comunicação, tendo em vista o entendimento e a busca do consenso.

Dentro do cenário processual, existem ainda alguns dispositivos de lei que podem ser citados na preponderância de demonstrar o elo que deve existir entre as partes, sendo que a cada uma não é dado o direito de buscar o seu direito utilizando-se da má-fé, mas sim da argumentação na busca pelo entendimento mútuo e a cooperação no processo e no alcance da tutela jurisdicional.

Tem-se como exemplo o que está no artigo 14, inciso II, do Código de Processo Civil, que dita: “São deveres das partes e de todos aqueles que de qualquer forma participam do processo proceder com lealdade e boa-fé.”

Diante de tal importância dispensada ao Direito Processual Civil contemporâneo, em relação à efetividade processual, o referido artigo dá indícios de que o processo não tolera condutas processuais danosas.

Do exposto, deve-se ter em mente que a boa-fé processual se dá com o cumprimento de todos os atos processuais de forma correta sem tentar ludibriar os procedimentos processuais. Assim a má-fé processual, ao contrário, é exatamente tudo o que os sujeitos atuantes no processo se valem para torná-lo pesado e sem efetividade, o que acaba sempre gerando desprestígio para o sistema jurídico como um todo.

Essas condutas processuais danosas, na verdade, são usadas principalmente com o intuito de impedir a realização do direito material pleiteado. Por

tal fato é que se faz imperioso analisar a questão da má-fé pelos operadores do direito como entrave à efetivação da tutela jurisdicional.

A importância e relevância da temática está sobretudo nos resultados processuais atuais onde, muitas vezes, são encontrados abusos de direito, recursos meramente protelatórios, ilícitos processuais, atos atentatórios à dignidade da justiça, entre outros⁶⁷, esbanjam burocracia e procedimentos excessivos e escondem as verdadeiras possibilidades de racionalização e argumentação através da prática comunicativa.

1.3.1 Direito fundamental ao devido processo legal e a questão jurisdicional

Originou-se do direito anglo-saxão, e passou durante o constitucionalismo americano por algumas mudanças, nos dias de hoje o princípio do devido processo legal é entendido por Humberto Theodoro Júnior, como um princípio de orla universal. Assim o autor comenta que se trata de um dos fatores de grande sustentação do regime político dos Estados Unidos da América, cuja incidência se faz sobre toda a jurisdição. Na Argentina, a consagração no texto constitucional proporcionou o estabelecimento de ampla corrente jurisprudencial na Corte Suprema com grande vantagem à democracia daquele país⁶⁸.

Funciona como segurança do cidadão tal princípio e garantia fundamental no momento em que este busca o seu direito através do judiciário através do processo e seus procedimentos. Rui Portanova, menciona que o devido processo legal, consiste numa garantia prevista, no corpo da Constituição e que assegura tanto o exercício do direito de acesso ao poder Judiciário como ao desenvolvimento dos procedimentos jurídicos.

Assim, pelo princípio do devido processo legal, a Constituição garante a todos os cidadãos que a solução de seus conflitos obedecerá aos mecanismos

⁶⁷ Os exemplos mencionados são uma amostra do cenário processual atual, ou seja, das várias e diversificadas formas de coibir o exercício dos procedimentos processuais, visando ludibriar a efetividade jurisdicional.

⁶⁸ THEODORO JUNIOR, Humberto. **A Garantia fundamental do devido processo legal a o exercício do poder de cautela no direito processual civil**. Revista dos Tribunais, 1991, p. 11-21. v.665

jurídicos de acesso e desenvolvimento do processo, conforme previamente estabelecido em leis⁶⁹.

Tal princípio assegura os atos que envolvem o direito de garantia ao Poder Judiciário, bem como ao desenvolvimento processual, evidenciando a busca da resolução dos litígios entre as partes. O autor Nelson Nery Junior preleciona que basta a norma constitucional haver adotado o princípio do *due process of law* para que daí decorressem todas as conseqüências processuais que garantiriam aos litigantes o direito a um processo e a uma sentença justa. É, por assim dizer, o gênero do qual todos os demais princípios constitucionais do processo são espécies⁷⁰.

O princípio do devido processo legal funciona como base para a adequação e para o relacionamento de todos os demais princípios ordenadores do direito processual civil,

A garantia dada pelo direito de acesso à justiça, como se observa a seguir, tem valor imprescritível ao processo democrático, pois permite ao cidadão a defesa de seus interesses e à sociedade a solução de forma pacífica de seus conflitos, a ampliação deste acesso importa para garantir ao cidadão a proteção e a busca pela efetivação dos seus direitos, assim como os da coletividade, mas claro o anseio está mais para o alcance dessas garantias e para a sua efetividade de forma a alcançar a real proporção do tempo dos direitos.

1.3.2 Garantia constitucional de acesso à justiça e a tutela jurisdicional

Ao falar sobre a questão do acesso à justiça diante de um tempo razoável, onde possa ser buscada a efetividade processual de forma célere, comunicativa através da participação ativa dos sujeitos e eficaz se vislumbra também possibilidades de mudança dos aspectos procedimentais do alcance da jurisdição.

Salienta-se que o acesso à justiça, quando se pensa em processo jurisdicional, significa, ainda, romper barreiras e introduzir mecanismos de facilitação não apenas do ingresso em juízo, mas também de fornecimento de meios (materiais, financeiros, etc.) adequados durante todo o desenvolvimento do

⁶⁹ PORTANOVA, Rui. **Princípios de Processo Civil**, 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 145.

⁷⁰ NERY JUNIOR, Nelson. **Princípios do processo Civil na Constituição federal**. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 32.

procedimento; significa redução de oportunidades de impugnação às decisões jurisdicionais (otimização do sistema recursal e efetiva participação na relação processual) dentre tantos aspectos que podem ser ressaltados.

Ocorre que nem sempre esses meios de acesso à justiça⁷¹ são efetivamente garantidos, ao contrário, o processo e seus procedimentos estão carregados de pormenores que acabam por tornar a tutela jurisdicional inalcançável devido à morosidade o que vai de encontro para com os anseios sociais urgentes, datados da nova visão de tempo.

A garantia fundamental de direito a acesso à justiça, está elencada no artigo 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal, que salienta: “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito.” Desta forma o princípio de acesso à justiça apresenta um compasso de efetividade de direitos através de um instrumento processual, ou seja, o processo. Rui Portanova salienta a respeito desse princípio:

Trata-se de filosofia libertária, aberta socialmente e realista, que busca, imperativa e ingentemente, métodos idôneos de fazer atuar os direitos sociais e uma justiça mais humana, simples e acessível. Enfim, é um movimento para efetividade da igualdade material almejada por todos e consagrada pelo Estado Social.⁷²

O princípio de acesso à justiça vem ao encontro da idéia de garantia de um direito fundamental, qual seja, o de prestar aos cidadãos o direito inescusável de lhe garantir a formalização de um procedimento capaz de responder aos seus anseios provenientes de litígios causados das relações em sociedade⁷³.

⁷¹ O acesso à justiça, conforme vem entendendo a doutrina, como visto traduz a ideia de uma garantia presente em dado ordenamento jurídico, através do qual o Estado assegure igualmente a todas as pessoas meios capazes de gerar decisões que levem à solução justa dos conflitos de interesses, individuais e coletivos. O acesso à justiça não se limita à mera provocação do Poder Judiciário, mas importa, fundamentalmente, no direito de acesso à ordem jurídica justa, e para que tal desiderato seja alcançado, faz-se mister a presença de elementos como o direito à informação, adequação entre ordem jurídica e a realidade do país, direito a uma justiça adequadamente organizada e formada por juízes inseridos na realidade social e comprometidos com o objetivo da realização da ordem jurídica justa, direito à remoção de todos os obstáculos que acompanham o acesso ao processo e efetivo acesso à justiça com tais características. PAROSKI, Mauro Vasni. **Direitos fundamentais e acesso à justiça na constituição**. São Paulo: Ltr, 2008, p. 143.

⁷² PORTANOVA, Rui. Op. cit. p. 112.

⁷³ TRENTIN, Taise Rabelo Dutra. SPENGLER, Fabiana Marion. O acesso à justiça de forma célere como garantia de concretização da cidadania. In: **Âmbito Jurídico, Rio Grande**, 73, 01/02/2010 [Internet]. Disponível em: http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=7191. Acesso em 17 out. 2010.

Tem-se ainda a ideia de que o direito constitucional de acesso à justiça⁷⁴ é uma simples garantia de ingressar em juízo com uma demanda. Assim, atualmente, a garantia de acesso à justiça não mais se adapta dentro desta concepção ultrapassada, necessitando de novas formas de compreensão⁷⁵.

O conceito de acesso à justiça hoje exige mais do que ingressar em juízo. Esta noção deve ser construída a partir da noção de efetividade processual, através da ênfase na maior participação dos sujeitos, o que somente se dá com um controle e análise dos obstáculos que seguram o verdadeiro acesso ao Poder Judiciário, como o excesso de formalismo e a delonga processual, bem como a distância das partes em agir diante do processo na busca de um consenso.

Acentua-se a opinião de Rogério Nunes de Oliveira⁷⁶:

Assim é que o processo deve garantir ao jurisdicionado não só o simples acesso ao poder judiciário em si acepção estática e formalista mas a real concretização material do direito subjetivo ou da faculdade jurídica perseguida em juízo. Em outras palavras, o processo deve atribuir ao cidadão, de modo tempestivo, eficaz e completo, exatamente aquilo que o seu direito lhe permite fluir.

Também Alexandre Freitas Câmara⁷⁷ leciona sobre o direito de acesso à justiça, mencionando que se demonstra como a garantia de acesso à ordem jurídica justa deve ser entendida como a garantia de que todos os titulares de posições jurídicas de vantagem possam ver prestada a tutela jurisdicional, devendo esta ser prestada de modo eficaz, a fim de se garantir que a já referida tutela seja capaz de, efetivamente, proteger as posições de vantagem mencionadas.

⁷⁴ CAHALI, Yussef Said (Org.). Constituição Federal. In: _____. **RT Mini Códigos**. 10. ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 27. Art. 5º, XXXV. A lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito.

⁷⁵ TOALDO, Adriane Medianeira Toaldo; LOPES, Carina Deolinda da Silva. **Jurisdição Participativa: o novo paradigma processual na realização da tutela jurisdicional efetiva**. Disponível em: <http://www.ugf.br/editora/pdf/voxxuris/artigo1.pdf>. Acesso em: 28. Nov. 2008.

⁷⁶ OLIVEIRA, Rogério Nunes de. A morosidade da entrega da jurisdição e o direito à razoável duração do processo judicial. **Revista da Faculdade de Direito de Campos**, Campos, v. 4/5, n. 4/5, 2003-2004, p. 626.

⁷⁷ CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições de direito processual civil**. 10. ed. Rio de Janeiro: Lumem Juris, 2004. p. 34. v. I

É, ainda através da garantia de acesso à justiça⁷⁸ que se enquadra a razoável duração do processo e, conseqüentemente, o direito a um processo mais simples, como salienta Rogério Nunes de Oliveira⁷⁹ ao mencionar que o direito à razoável duração do processo judicial é implicitamente garantida por nossa ordem jurídica, na qualidade de consectário direto do acesso à justiça e cuja noção não se compraz com o culto a formalismos vazios e com a proliferação de solenidades inúteis, que só terão de estender a lide de forma injustificada e de aguçar ainda mais o individualismo das partes, eternizando as suas angústias e obstaculizando a concretização do direito reclamado em juízo⁸⁰.

Oportuno mencionar a definição de acesso à justiça fundada em Mauro Cappelletti⁸¹ que reconhecidamente a questão da jurisdição e seus efeitos dificulta a sua definição, mas serve para determinar finalidades básicas do sistema judiciário, sendo este uma das possibilidades das pessoas reivindicarem direitos e buscarem a resolução de seus litígios.

Mencionando, a propósito, sobre acesso à justiça, completa José Roberto dos Santos Bedaque⁸²:

Acesso à justiça, ou mais propriamente, acesso à ordem jurídica justa, significa proporcionar a todos, sem qualquer restrição, o direito de pleitear a tutela jurisdicional do Estado e de ter à disposição o meio constitucionalmente previsto para alcançar esse resultado. Ninguém pode ser privado do devido processo legal, ou, melhor, do devido processo constitucional. É o processo modelado em conformidade com garantias fundamentais, suficientes para torná-lo équo, correto, justo.

⁷⁸ Pronunciando-se a respeito do verdadeiro sentido do acesso à justiça, cita-se a seguinte jurisprudência: APELAÇÃO CÍVEL. ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA. AÇÃO REVISIONAL DE CONTRATO. EXTINÇÃO IN LIMINE DO PROCESSO. ACESSO À JUSTIÇA COMO DIREITO FUNDAMENTAL À TUTELA JURISDICIONAL EFETIVA. O acesso à jurisdição deve ser entendido, hodiernamente, como direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva, adequada e tempestiva. Pressupostos processuais e condições da ação devem ser lidos à luz desse direito. Incidência sobre o Estado-juiz. Considerações sobre o *meritum causae*, inexistindo citação da parte contrária, obstam a extinção do processo por carência de ação. Pré-convencimento judicial destoante do atual modelo constitucional de processo civil, descurando de eventuais vicissitudes do caso concreto. Ilegitimidade de presunção de ausência de boa-fé do demandante. APELAÇÃO PROVIDA. DESCONSTITUÍRAM A SENTENÇA.⁷⁸ (grifo nosso).

⁷⁹ OLIVEIRA, Rogério Nunes de. A morosidade da entrega da jurisdição e o direito à razoável duração do processo judicial. **Revista da Faculdade de Direito de Campos**, Campos, v. 4/5, n. 4/5, 2003-2004, p. 627.

⁸⁰ Idem, p. 628.

⁸¹ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. Traduzido por Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988. p. 8.

⁸² BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Tutela cautelar e tutela antecipada: tutelas sumárias e de urgência (tentativas de sistematização)**. 4. ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 71.

Vale salientar que o acesso à justiça chega a significar o conjunto de princípios processuais que visam melhorar a efetivação do processo buscando a solução dos conflitos.

Sobre o assunto, Cândido Rangel Dinamarco⁸³ expõe:

Falar em instrumentalidade do processo ou em sua efetividade significa, no contexto, falar dele como algo posto à disposição das pessoas com vistas a fazê-las mais felizes (ou menos infelizes) mediante a eliminação dos conflitos que as envolvem, com decisões justas. Mais do que um princípio, o acesso à justiça é a síntese de todos os princípios e garantias do processo, seja a nível constitucional ou infraconstitucional, seja em sede legislativa ou doutrinária e jurisprudencial. Chega-se à idéia do acesso à justiça, que é o pólo metodológico mais importante do sistema processual na atualidade, mediante o exame de todos e de qualquer um dos grandes princípios.

Assim, para estimular o acesso à justiça a tutela jurisdicional deve ser rápida e efetiva, mas para se alcançar este acesso à justiça ideal e a efetividade do processo é necessário um acúmulo de esforços, tanto do sistema judiciário, quanto das partes.

Com relação, ainda, ao direito de ação e acesso à justiça, os autores acima citados prelecionam:

O direito de acesso à justiça, atualmente, é reconhecido como aquele que deve garantir a tutela efetiva de todos os demais direitos. A importância que se dá ao direito de acesso à justiça decorre do fato de que a ausência de tutela jurisdicional efetiva implica a transformação dos direitos garantidos constitucionalmente em meras declarações políticas de conteúdo e função mistificadores. Por estas razões a doutrina moderna abandonou a idéia de que o direito de acesso a justiça, ou direito de ação significa apenas direito à sentença de mérito, esse modo de ver o processo, se um dia foi importante para a concepção de um direito de ação independente do direito material, não coaduna com as novas preocupações que estão nos estudos dos processualistas ligados ao tema da efetividade do processo que traz em si a superação de que este poderia ser estudado de maneira neutra e distante da realidade social e do direito material.

Com o passar dos tempos houveram mudanças no que diz respeito ao princípio de acesso à justiça sendo que “agora não mais prevalece o ponto de vista do produtor do direito (legislador/lei/juiz/judiciário). Prevalece a ótica do consumidor do direito e da justiça. Dá-se ênfase ao consumidor, e não ao produtor do direito.”⁸⁴ A

⁸³ DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. 11. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 372.

⁸⁴ CAPPELLETTI, Mauro. Acesso à justiça. Traduzido por Tupinambá Pinto de Azevedo. **Revista do Ministério Público**. v. 1, n. 18, p. 18-27, 1985, p. 16.

respeito do princípio de acesso à justiça e o instrumento do processo ainda lembra Cândido Rangel Dinamarco:

Seria incompreensível que o Estado estabelecesse o direito e não estabelecesse concomitantemente uma atividade específica, tendente a garantir a sua eficácia nos casos de violação. Nesse sentido é imprescritível encarar o processo, que é um instrumento estatal, como algo de que o Estado se serve para a consecução dos objetivos políticos que se situam por detrás da própria lei⁸⁵.

Dessa forma, o princípio de acesso à justiça se coloca como aspecto informativo para a ação e para a defesa, sendo que expõe o sistema judiciário como local de garantia dos direitos individuais e sociais dos cidadãos, cabendo aos operadores do direito a efetivação através da observância ética dos preceitos deste princípio.

Diante desse contexto, a crise do Judiciário é inevitável e é derivada da própria crise da sociedade humana, devido, principalmente, pela própria evolução e perda de valores que acabou por resultar na insuficiência do Direito em face da complexidade dos fatos gerados, sendo que os padrões ultrapassados não encontram mais legitimidade de atuação⁸⁶.

Outro ponto a ser observado no sentido da crise do Judiciário e do próprio alcance da tutela jurisdicional está o que Habermas considera, no sentido de que a positividade e o formalismo são elementos insuficientes para a legitimação do Direito, pois ao mesmo deveria se associar a “fundamentação”, elemento que impede/atenuaria o papel do Direito de dominação do mundo da vida. Não fosse assim, o Direito, por imperativos sistêmicos, facilitaria a dominação do mundo da vida pelo mercado e pela burocracia. Somente essa fundamentação permitiria ao Direito ser instrumento de continuidade do aspecto ético das noções de universalidade e aceitabilidade racional embutidas no agir comunicativo, assumindo com isso o papel de integração social⁸⁷.

Dessa forma, o modelo jurisdicional calcado em uma noção de acesso à justiça através de um processo legal, mas que se depara com excesso de burocracia e procedimentos, está longe de ser efetivamente contemplado com a ideia do

⁸⁵ DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987, p. 235.

⁸⁶ NALINI, José Renato. **A rebelião da Toga**. 2. Ed. Campinas: Millennium Editora, 2008, p. 5.

⁸⁷ CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. **Habermas e o direito brasileiro**. 2. Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 123.

alcance de uma tutela jurisdicional efetiva, principalmente quando não há cooperação entre as partes, como até o fim deste estudo se tentara fundamentar esta ideia⁸⁸.

⁸⁸ O judiciário encontra-se no centro dos principais debates nas últimas décadas. Tais debates apontam para suas crises, das quais emerge a necessidade de reformas estruturais de caráter físico, pessoal e, principalmente, político. A crise se intensifica quando se observa o aumento das instâncias de caráter “privado” no tratamento de conflitos sociais e, paralelamente, a perda de espaço da atuação jurisdicional/estatal como mediadora, o que se converte em risco para a democracia. O fomento dessas instâncias privadas acontece, principalmente, em função de crescente complexidade social apontada pelos novos papéis desempenhados que se refletem por sua vez, na conformação de novas e inusitadas relações cuja principal consequência é a multiplicação dos centros de poder. Nesse momento, é possível perceber a retração e o descompasso entre a função jurisdicional do Estado e a complexidade conflituosa atual. Surgida como meio de garantir a convivência harmônica e pacífica entre os indivíduos integrantes dos grupos sociais, a jurisdição (enquanto monopólio estatal de aplicação do Direito) aparece e mune-se de poder de coerção. Esse fato afasta/deveria afastar, progressivamente a justiça privada considerada como garantia de execução pessoal do direito. É através da jurisdição que o Estado entra como um terceiro, substituindo as partes envolvidas, a fim de tratar o conflito, através do direito objetivo, de forma imparcial e neutra. Todas as considerações sobre a jurisdição e suas crises (criadas e fomentadas a partir da globalização cultural, política e econômica) são consequências da crise estatal. Nascida de um delibera do processo de enfraquecimento do Estado, a crise se transfere para todas as suas instituições, pois o Direito que imediatamente conhecemos e aplicamos, posto pelo estado, assim o é porque seus textos são escritos pelo legislativo mas também porque suas normas são aplicadas pelo Judiciário. SPENGLER, Fabiana Marion. A crise da jurisdição e os novos contornos da função jurisdicional: (in) eficiência face à conflituosidade social. IN: Rogério Gesta Leal; Jorge Renato dos Reis. (Org.). **Direitos sociais & políticas públicas**. 1. ed. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2005, v. Tomo 8, p. 2259 – 2289.

2 A CRISE DA JURISDIÇÃO: PRINCIPAIS POSSIBILIDADES DOS ATOS QUE ATENTAM CONTRA A EFETIVIDADE E O ACESSO À JUSTIÇA DA TUTELA JURISDICIONAL

Nesse patamar centra-se a discussão, neste ponto, nas principais questões que envolvem o artigo 17 do Código de Processo Civil e entre elas está o recurso meramente protelatório, o processo simulado e a fraude processual, bem como os atos atentatórios à dignidade da justiça. Faz-se tal estudo tendo em vista que, a partir da utilização deste, mais as partes perdem em sentido de ação comunicativa e buscam meios de lubrificar e atravessar o alcance de tutela jurisdicional.

Assim, passa-se a vislumbrar tais questões no intuito de observar as reais ações no campo processual que demonstram alguns dos aspectos que negam eficácia à tutela jurisdicional, e acabam com as perspectivas de interação com o agir comunicativo.

Diante do cenário deste estudo, tem-se que a efetividade da tutela jurisdicional depende da participação dos sujeitos envolvidos a fim de, através da linguagem e comunicação, cooperarem para a efetivação da tutela jurisdicional. Ocorre que a má-fé dos sujeitos ou os artifícios procedimentais são muito utilizados “na batalha” processual com o objetivo de que a parte contrária saia sempre no prejuízo, ou canse da burocracia procedimental e processual, o que gera o sentimento de insegurança e desprestígio do sistema judiciário, garantidor da tutela jurisdicional.

2.1 DOS RECURSOS MERAMENTE PROTELATÓRIOS

Os recursos meramente protelatórios são dados como atos de litigância de má-fé que enseja multa de 1% a 10% sobre o valor da causa. Os recursos são utilizados, geralmente, para tentar mudar posicionamentos que não agradam uma ou ambas as partes que litigam no processo.

A respeito, a autora Brunela Vieira de Vincenzi aborda a questão dos recursos em demasiado exagero:

Além do descrédito – decorrente de vários fatores até mesmo culturais, mas principalmente da elevação do duplo grau de jurisdição a uma espécie de garantia e/ou princípio constitucional – outra questão

preocupante é a utilização do recurso de forma temerária, atuando, assim, os meios de impugnação das decisões como instrumentos causadores de demora fisiológica e também patológica do processo. Nos últimos anos verifica-se a necessidade de modificação do sistema recursal vigente, visando, precipuamente, a conferir aos litigantes vitoriosos em primeiro grau instrumentos que possibilitem a mitigação do dano causado pelo tempo de julgamento dos recursos no processo, com a sua inclusão no Código.

A autora citada menciona que algumas modificações foram introduzidas no Código de Processo Civil, como a súmula impeditiva de recursos, como tentativa de reduzir a morosidade do sistema judiciário.

Surge nesse sentido a ideia do duplo grau de jurisdição, mas de forma equivocada, o que se reproduz nos inúmeros recursos pendentes de julgamento.

O que ocorre atualmente é um preconceito do duplo grau de jurisdição, que nas palavras do autor Oreste Nestor de Souza Laspro: “O duplo grau de jurisdição não assegura, efetivamente, uma decisão melhor, nem tampouco por si só garante a isenção do juízo e efetiva defesa das partes, não se pode considerá-lo como um dos elementos formadores do devido processo legal.”⁸⁹

No sentido da limitação da utilização do princípio do duplo grau de jurisdição, Brunela Vieira de Vincenzi, completa:

Não se há de negar, ao menos no momento histórico atual (no qual a cidadania e a democracia plena ainda não são efetivamente, garantidas pelo Estado) que há de ser mantido no sistema infraconstitucional o princípio do duplo grau de jurisdição. Porém, é preciso limitar o direito ao exercício incondicionado pelas partes de um grande número de recursos (e não ampliar os requisitos de admissibilidade dos recursos previstos no Código como se faz hoje, criando armadilhas para os advogados), a fim de que seja preservada a garantia da tutela jurisdicional adequada e tempestiva no art. 5º, XXXV, da Constituição Federal⁹⁰.

O que a autora quer mencionar é que não há suporte para se deixar infinitamente aberta a possibilidade de reapreciação do mesmo processo, embora não se elimine o direito ao duplo grau de jurisdição.

Outra questão que chama a atenção é o dano marginal causado pelos recursos meramente protelatórios, sendo esse “decorrente a demora fisiológica na prática dos atos do procedimento, diferente, pois da demora causada por ato de litigância de má-fé das partes.”⁹¹

⁸⁹ LASPRO, Oreste Nestor de Souza. **A responsabilidade civil do juiz**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995, p. 177.

⁹⁰ VINCENZI, Brunela Vieira de. **A boa-fé no processo civil**. São Paulo: Atlas, 2003, p. 109.

⁹¹ Idem, p. 110.

Essa duração demasiada do recurso ameaça a efetividade da tutela jurisdicional tendo em vista a criação de oportunidades de ocorrência de eventos que impeçam, ocasionando frustração e insegurança ao titular do direito. Nesse sentido, o autor José Roberto dos Santos Bedaque⁹² complementa:

É preciso atentar para a necessidade de o sistema processual atender ao enunciado segundo o qual o processo deve dar a quem tem direito tudo aquilo e exatamente aquilo que é previsto pela lei substancial. Aqui reside, na verdade, a substância daquilo que se pretende com a denominada efetividade da tutela jurisdicional. Tutela efetiva é aquela que proporciona ao titular do direito substancial possibilidade de usufruir os efeitos a ele assegurados no plano jurídico-material.

Por fim, é de se considerar o fato de que os recursos nem sempre poderão ser considerados protelatórios, na medida em que apenas pela demora no curso dos procedimentos ou o exercício regular de um direito, não dá este condão de característica⁹³.

Assim, tem-se que o uso demasiado da garantia do duplo grau de jurisdição que dá ensejo ao uso dos recursos com fim protelatório causam a inefetividade, a morosidade e ineficácia da tutela jurisdicional, sem contar na frustração e no sentimento de insegurança do titular do direito alcançado.

2.2 O PROCESSO SIMULADO E A FRAUDE PROCESSUAL

O artigo 17, inciso III, do Código de Processo Civil caracteriza como litigante de má-fé aquele que se utiliza do processo com o fim de alcançar meio ilícito ou prejudicar a contraparte, o que vem a se diferenciar da determinação existente no

⁹² BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Efetividade do processo e técnica processual**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 56.

⁹³ Como se observa a seguir: APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO CAUTELAR DE EXIBIÇÃO DE DOCUMENTOS. PRELIMINAR DE NÃO-CONHECIMENTO DO RECURSO POR MERAMENTE PROTELATÓRIO AFASTADA. PRETENSÃO RESISTIDA DE APRESENTAÇÃO DOS DOCUMENTOS DEMONSTRADA. APLICAÇÃO DE MULTA DIÁRIA POR DESCUMPRIMENTO. CABIMENTO. Não há falar em recurso meramente protelatório quando a parte tem interesse na reforma do decisum, não desbordando do exercício regular do direito de defesa. Preliminar afastada. Muito embora não tenha o requerente apresentado prova cabal no sentido de que postulou a apresentação dos documentos, a não apresentação destes durante a instrução do feito faz surgir a pretensão resistida. Condenada a ré ao cumprimento de obrigação de fazer, cabível a fixação da multa diária (astreintes) para o caso de eventual descumprimento do comando judicial. APELO DESPROVIDO, POR MAIORIA. (TJ/RS, Apelação Cível Nº. 70025147109).

artigo 129 do mesmo diploma legal que fala da questão probatória o processo simulado, onde a atuação das partes é conjunta⁹⁴.

A respeito Pontes de Miranda, em Comentários ao Código de Processo Civil, aborda tal questão afirmando:

O que lesa o outro litigante é o próprio uso do processo, como se o propósito foi o de suscitar ações de outros credores contra o réu. Acrescenta-se, ainda, o caso de uma empresa vir a ajuizar uma ação indenizatória sem qualquer necessidade, apenas para impedir que a ré, sua concorrente, obtenha certidão negativa do distribuidor do foro e com isso possa participar de concorrência pública com larga chance de vitória⁹⁵.

Já o autor Fernando Luso Soares classifica a fraude por meio do processo praticada pelas partes, onde se volta à ideia inicialmente apontada no sentido que pode esta ser unilateral ou em conjunto:

Ou a conduta maléfica atinge o próprio mérito da causa o que se chama dolo material ou dolo essencial; ou a conduta dolosa refere-se à própria atividade processual tendendo a impedir a defesa do opositor, a convicção dele e, de uma maneira geral, a prejudicar a justiça da sentença mercê da deturpação das provas, das falsidades, calúnias, dilações maliciosas do processo, recusa se cooperação no esclarecimento da verdade, maquinações para levar o adversário à prática de um ato facultativo prejudicial etc. o que a tudo isso se chama dolo instrumental⁹⁶.

Assim, tem-se apresentado que o uso do processo para obter fins ilícitos ou de forma fraudulenta seja de forma uni ou bilateral somente tende a causar danos ao sistema jurídico provocando morosidade pelo acúmulo de procedimentos, bem como

⁹⁴ Neste sentido surge à jurisprudência na tentativa de coibir o uso do processo para alcançar fins ilegais, como se verifica: agravo interno. Execução de sentença. Nulidade do processo. Ausência de intimação dos advogados substabelecidos. Inocorrência. Parte agravante sempre esteve ciente dos atos processuais ocorridos, inclusive contando com um número expressivo de advogados constituídos e defendendo seus interesses. Substabelecimento sem reserva de poderes não abrangeu todos os advogados, permanecendo, ainda, outros procuradores, que continuaram representando a parte, inclusive recebendo intimações pelo diário oficial. Litigância de má-fé. Configurada. Parte agravante deduziu pretensão contra fato incontroverso, além de usar do processo para conseguir objetivo ilegal e opor incidente manifestamente infundado. Aplicação dos arts. 17 e 18 do CPC. Negado seguimento ao agravo de instrumento e, de ofício, aplicada pena de litigância de má-fé. Negaram provimento ao agravo interno. Unânime. (TJ/RS, agravo nº. 70027725217). Apelação cível. Ação de despejo c/c cobrança. Locação. Contrato verbal. Inexistência. Provas dos autos não permitem concluir que as partes mantiveram contrato locatício de forma verbal. Aplicação da regra do art. 333, I, do CPC. Litigância de má-fé. Mantida aplicação de tal penalidade. Parte defendeu pretensão contra fato incontroverso e usou do processo para conseguir objetivo ilegal. Negaram provimento. Unânime. (TJ/RS, apelação cível nº. 70025939679).

⁹⁵ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Comentários ao Código de Processo Civil**. 3. ed. Rio de Janeiro: Bookseller, 1995. Tomo I, p. 376.

⁹⁶ SOARES, Fernando Luso. **A responsabilidade processual civil**. Coimbra: Almedina, 1987, p. 269.

inefetividade da tutela jurisdicional tendo em vista unicamente a má-fé dos operadores do direito.

2.3 ATOS ATENTATÓRIOS À DIGNIDADE DA JUSTIÇA

Neste tópico o que se faz necessário analisar é a questão da concretização de atos atentatórios, ou seja, que contrariem a justiça atingindo a sua dignidade. A exemplo de formas que são utilizadas para evitar tal ato estão dentro do processo de execução no que dispõem os artigos 599, 600 e 601 do Código de Processo Civil.

A autora Brunela Vieira De Vincenzi, comenta a respeito de tal ato:

É importante notar que, nos atos atentatórios à dignidade da justiça ou ao exercício da jurisdição, a parte prejudicada é a própria jurisdição, e não a contraparte, como nos casos de litigância de má-fé. A responsabilidade aqui não deveria ser de indenizar parte contrária pelo prejuízo material que sofreu em decorrência de atitude temerária da outra parte do processo. Aqui, nos atos atentatórios, o prejudicado é o Estado e seu exercício da jurisdição, pois importa precipuamente no desrespeito às ordens judiciais, tanto é assim que o dispositivo mais recente (o parágrafo único do art. 14), ao contrário do mais antigo (art. 601), institui a sanção pecuniária em favor do Estado e não da parte⁹⁷.

O que a autora menciona é exatamente o fato de que o ato atentatório liga-se exatamente ao dever de indenizar o Estado que sofre a agressão e o prejuízo tendo em vista que é o detentor da tutela jurisdicional⁹⁸.

A respeito do problema da não aplicação a aplicabilidade do ato atentatório a dignidade da justiça, a autora Brunela Vieira de Vincenzi, menciona:

O complicado rito estabelecido para a incidência da sanção pecuniária para aquele que atentasse contra a dignidade da justiça e o fato de a multa ser revertida em favor da parte prejudicada fizeram com que as sanções dos atos atentatórios quase nunca sejam aplicadas no processo civil brasileiro⁹⁹.

⁹⁷ VINCENZI, Brunela Vieira de. **A boa-fé no processo civil**. São Paulo: Atlas, 2003, p. 118.

⁹⁸ Ocorre que apesar de se um tipo de determinação que tende a dar maior limitação a certos atos dos operadores do direito, a penalização e também a caracterização do ato como sendo atentatório a dignidade da justiça, isso não é percebido e conquistado judicialmente, como pode-se retirar dos seguintes exemplos de julgados: TJ/RS, Recurso Cível Nº. 71001683721.

⁹⁹ VINCENZI, op. cit. p. 118.

Assim, percebe-se que a questão do ato atentatório a dignidade da justiça, muitas vezes, até mesmo ocorre, mas pelo seu difícil acesso passa despercebido ou fica dificultada a sua percepção e prova¹⁰⁰.

Quando concretizada a comprovação probatória do ato atentatório, este deve seguir-se de sanção cabível a fim de demonstrar que o processo não funciona como instrumento ilícito e que este deve servir sim para o alcance do direito daqueles que realmente o possui.

Resta apenas mencionar que formas existem as mais variadas e surpresas de prejudicar uma parte contrária ou até mesmo o Estado quando do processo simulado, o que somente vem ao encontro do estudo que busca demonstrar que o uso da má-fé pelos operadores do direito acaba por desprestigiar o sistema jurídico e trazer a ineficácia e inefetividade da tutela jurisdicional. Nesse sentido deve-se dar ênfase na possibilidade de participação das partes no processo, mas também a possibilidade de abrangência de noções de cooperação e colaboração entre os sujeitos atuantes no processo, sendo que, como se verá adiante, a mediação é um exemplo concreto disto.

2.4 DISCUSSÃO SOBRE O ATUAL MODELO JURISDICIONAL E A QUESTÃO QUANTO AO PRINCÍPIO DA CELERIDADE E RAZOÁVEL DURAÇÃO DO PROCESSO ADVINDOS DA EMENDA CONSTITUCIONAL Nº. 45

Justifica-se esta abordagem, tendo em vista a crítica que se faz neste estudo sobre a tutela jurisdicional e a necessidade de se abordar a noção de celeridade e efetividade apresentada em meio a muitas inovações trazidas pela Emenda Constitucional nº. 45, de 8 de dezembro de 2004, o que se encontra disposto no inciso LXXVIII do artigo 5º da Constituição Federal.

Dentre as ideias que permeiam essas novidades advindas com a referida emenda intitulada Reforma do Judiciário, está a de objetivar maior efetividade e celeridade processual, através de uma justiça mais simples, ou seja, desformalizada e ágil.

Nas palavras de Enio Moraes da Silva¹⁰¹:

¹⁰⁰ Em alguns casos pode ser vislumbrar a concretização do ato atentatório a dignidade da justiça, como se evidencia a seguir: Agravo de Instrumento Nº 70028399277, Décima Sexta Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Ergio Roque Menine, Julgado em 29/01/2009.

O objetivo principal da reforma do judiciário é tornar esse Poder mais célere, eficaz e justo. E um dos meios para que isso possa ser efetivado é proporcionar ao cidadão uma justiça ágil que ministre a jurisdição com presteza, atendendo aos anseios do jurisdicionado, de modo a não prejudicar aquele que busca realizar o seu direito pelas mãos do Judiciário.

Assim, a Emenda Constitucional nº. 45 trouxe estampado em seu texto o objetivo de cumprir com maior eficiência a função que o Judiciário possui, o condão de garantir o acesso à justiça, mas garantir de forma célere e efetiva para que não ocorra o perecimento do direito e a frustração das expectativas dos sujeitos processuais.

No mesmo sentido, completa o referido autor¹⁰²:

Se o Estado-juiz, historicamente, avocou para si a função de dizer o direito e solucionar os litígios existentes na sociedade, deve ele exercer esse mister com eficiência e atender aos reclamos da sociedade, sob pena de, não o fazendo, frustrar as expectativas dos cidadãos, gerar insegurança jurídica, causar instabilidade social e, ainda, prejudicar a viabilização dos direitos fundamentais.

Por isso, o dispositivo constitucional ora focado se insere nesse contexto de realização da justiça social. A garantia de uma duração razoável do processo não pode ser vista como mero instrumento formal processual, mas deve ser tida como um elemento a mais a pautar o exercício da jurisdição, ao lado de outras garantias constitucionais como o contraditório, a ampla defesa e o *due process of law*, tudo a servir um propósito maior que é a realização da verdadeira justiça.

Essa garantia constitucional de realização da justiça através de um processo com razoável duração de tempo, vem de encontro à jurisdição atual que, com seu modelo incrustado de formalismo e delongas, acaba por tardar a justiça, gerando inúmeros prejuízos tanto as partes quanto até mesmo para a economia processual.

Com relação a garantia da razoável duração do processo, importante ainda brevemente comentar a Emenda Constitucional nº. 45, referente à reforma no judiciário, que abarcou no artigo 5º, LXXVIII, a razoável duração do processo, o que significa um grande avanço.

Como em toda regra, sempre existe questionamentos e críticas a serem respaldadas, nesse contexto somente se comenta que é de veras magnífica a inclusão de tal dispositivo fundamental, mas ao mesmo tempo a insegurança de todo o sistema judiciário, pois não há de forma concreta formas e mecanismos que

¹⁰¹ SILVA, Enio Moraes da. A garantia constitucional da razoável duração do processo e a defesa do Estado. **Revista de informação legislativa**, Brasília, v. 43. n. 172, p. 23, out.-dez. 2006.

¹⁰² Idem, p. 24.

possam abarcar tal dimensão trazida por esse princípio fundamental, como se percebe da estrutura e cultura jurídica, principalmente no que tange, à participação das partes de forma séria e consciente. A participação dos mesmos, de forma comunicativa, seria um modelo garantidor de proporcionalidade de entendimento, mas que, sem a conscientização, o processo se torna um “campo de batalha” e os procedimentos suas armas.

No mesmo entendimento, Carlos Henrique Ramos¹⁰³ entende que no caso da concretização da garantia da duração razoável, a utilização do princípio da razoabilidade não configura mera opção, mas necessidade. Um dos desafios é calcar a atividade interpretativa de juiz através de *standards* mais palpáveis e não simplesmente aboli-la.

São várias as causas que podem não fazer valer da forma como é prestada a efetividade do princípio fundamental da razoável duração do processo, mas é necessário abordar as questões aparentes em nosso meio e buscar alternativas de solução, como se verá ao final da aplicação da teoria comunicativa de Jürgen Habermas.

O que se busca atualmente, quando se procura o sistema judiciário, é efetividade, ou seja, que esse se molde a um novo perfil de jurisdição, destinada a criar o Direito em nome da soberania popular, deixando de lado a morosidade e o excesso de formalismo¹⁰⁴, para dar espaço a uma jurisdição voltada para um processo mais célere, efetivo e capaz de traduzir a efetiva realidade do conflito através do comprometimento ético e responsável das partes, pela comunicação aplicada à resolução do conflito.

A análise do tema em questão tem necessidade de ser amplamente debatido, pois é a partir desse modelo de democracia participativa, onde os cidadãos contribuem e articulam sobre a legislação e o seu modelo representativo, e com uma jurisdição cooperativa é que se pretende humanizar o processo, dando uma resposta rápida e célere ao cidadão, além de proporcionar às partes segurança

¹⁰³ RAMOS, Carlos Henrique. **Processo Civil e o princípio da duração razoável do processo**. Curitiba: Juruá, 2008, p. 61.

¹⁰⁴ O Excesso do formalismo se dá pelos procedimentos proporcionados pela legislação ou que se utilizam as partes de má-fé para mascarar o uso do contraditório e ampla defesa, e de certa forma pesar na efetividade do processo.

e efetividade de direitos e obrigações¹⁰⁵.

Dessa forma, a tutela jurisdicional atual está defasada, não dando conta das necessidades advindas da massa populacional, e das formas como estes agem em relação ao processo, sendo assim é necessário que seja revisto o modelo de jurisdição existente, para que possa então proporcionar às partes a garantia dos seus direitos de forma célere e efetiva.

O que se vê no cenário atual é uma demasiada passividade e até mesmo estática das partes envolvidas no processo, o que gera demora e paralisação processual, muitas vezes por empecilhos trazidos pelos próprios sujeitos processuais.

Assim, é necessário que as partes colaborem com o processo em uma jurisdição participativa, para que se efetive o princípio da celeridade e da efetividade processual, garantido constitucionalmente.

Como se percebe o atual modelo de jurisdição não consegue mais abarcar todo o aparato que é necessário para que o Poder Judiciário possa dar significativa movimentação ao processo o que acaba gerando um certo descrédito com relação ao Direito e aos meios processuais atuais.

O atual modelo de jurisdição se desenvolve de maneira mecânica e técnica, não tendo em seus procedimentos qualquer espécie de envolvimento mais significativo com as partes, o que poderia torná-lo mais humano.

A jurisdição atual, basicamente, se preocupa com a aplicação da norma ao caso concreto, tendo como produto final uma sentença, que nem sempre resulta no que buscam as partes, causando frustração para aqueles que esperam ter seus direitos garantidos¹⁰⁶.

Tal princípio vem ao encontro das expectativas dos operadores do direito no que diz respeito à busca pela efetividade e concretude dos direitos buscados, um

¹⁰⁵ A solução, para Habermas, está em chegarem os cidadãos a um consenso acerca do processo por meio do qual deverão regulamentar normativamente as suas relações. Trata-se de um conceito eminentemente procedimental de política deliberativa, cuja proposta consiste em definir " condições de comunicação sob as quais o processo político supõe capaz de alcançar resultados racionais". Tal procedimento de caráter dialógico e instrumental, que Habermas denominada regulamentação normativa de interações estratégicas, não oferece noções de contido ético nem normas morais substantivas, mas apenas estabelece pressupostos de justificação racional da ação discursiva. A justificação básica da ordem normativa não está, portanto, na capacidade moral do cidadão, nem em seu patriotismo republicano, mas sim no consenso racional dialogicamente formulado no interior do debate público. LEITE, Roberto Basilone. op cit. p. 110.

¹⁰⁶ TOALDO, Adriane Medianeira Toaldo; LOPES, Carina Deolinda da Silva. **Jurisdição Participativa**: o novo paradigma processual na realização da tutela jurisdicional efetiva. Disponível em: <http://www.ugf.br/editora/pdf/voxjuris/artigo1.pdf>. Acesso em: 28. Nov. 2008.

convite ao trabalho pela boa-fé processual, o que se dá pela ação comunicativa das partes, em torno de um processo preenchido com procedimentos mais justos.

Como é do conhecimento de toda a comunidade jurídica, vive-se em dias de grande aceleração, é a marca do tempo atual. Junto com essa grande aceleração vislumbramos conceitos como o da crise da modernidade.

E essa crise realmente traz seus reflexos, com a constatação da impotência do discurso da época para enfrentar os problemas ligados à sociedade, que passa por transformações, apurando-se as suas complexidades, além de suas características de individualismo e fragmentação¹⁰⁷.

A sociedade evolui e surge a dita pós-moderna que traz em sua efervescência a globalização, transformando o contexto social, principalmente no que trata da informação, que quanto mais rápido circula mais rapidamente perde sua substância.

Parece esse ponto nada ter a ver com o que estamos tratando, mas ao contrário, tem destaque na medida em que se exerce uma reflexão profunda com relação a essas afirmações e o processo, uma vez que este nada mais é do que a concretização, a racionalização dos argumentos e do diálogo do ser humano, do indivíduo.

Há necessidade de uma análise das consequências da pós-modernidade, do mundo moderno, com relação ao processo:

O mundo moderno exige que certas decisões sejam tomadas com base em juízos de probabilidade, no sentido de que direitos prováveis sejam tutelados em detrimento daqueles improváveis. Tal paradigma já trata, de certa forma, uma adaptação do direito e do processo aos paradigmas da pós-modernidade. Ocorre que tal adaptação não deve ser integral, sob pena de haver o desmantelamento de toda racionalidade do sistema jurídico, que deve, como regra firme e geral, ser marcado pela abundância de reflexão e estabilidade. A idéia de sistema não pode ser perdida, apesar de atual e profunda crise de fundamentos do Direito¹⁰⁸.

¹⁰⁷ TOALDO, Adriane Medianeira. A razoável duração do processo frente à efetividade e a celeridade da tutela jurisdicional. In: **Âmbito Jurídico, Rio Grande**, 68, 01/09/2009 [Internet]. Disponível em http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=6472. Acesso em 17 out. 2010.

¹⁰⁸ RAMOS, Carlos Henrique. **Processo Civil e o princípio da duração razoável do processo**. Curitiba: Juruá, 2008, p. 49.

O direito deve buscar se adaptar aos novos parâmetros trazidos pela era da pós-modernidade, o processo deve ser racional, concreto, célere e efetivo, tendo que procurar meios e mecanismos capazes de comportar as novas tendências¹⁰⁹.

Até mesmo a própria compreensão moderna de democracia se diferencia da clássica, que segundo Habermas se relaciona com um tipo de direito dotado de três características principais, sendo que o direito moderno é positivo, cogente e estruturado de forma individual, com as liberdades que vão até onde a dominação da lei permite.

Com relação à tendência da excessiva duração dos processos judiciais vêm de encontro a toda essa perplexa realidade global e veloz, e aqui cabe não apenas salientar ou criticar o Brasil, mas também atinge tal “celeuma global”¹¹⁰, até mesmo os países com os procedimentos mais desenvolvidos¹¹¹.

A questão do problema da morosidade do sistema jurídico é uma das problemáticas mais universais, das quais enfrentam os tribunais de todo o mundo, de modo que de uma forma geral todos devem e de certa forma estão procurando aprimorar seus procedimentos para que possam atingir um tripé importante, qual seja, que o processo possa ser célere, efetivo e participativo.

José Rogério Cruz e Tucci apresenta reflexão importante sobre essa preocupação global:

A preocupação global em torno da duração intolerável dos feitos é patente, já que esta configura um enorme obstáculo para que o processo cumpra seus compromissos institucionais. O tempo pode causar o perecimento das pretensões, ocasionar danos econômicos e psicológicos às partes e profissionais aos operadores do direito, estimular composições desvantajosas, e conseqüentemente, gerar descrédito ao Poder Judiciário e ao Estado como um todo¹¹².

O instrumento processual com sua estrutura calcada na visão de morosidade atrapalha até mesmo as visões internacionais, o que demonstra com

¹⁰⁹ TOALDO, Adriane Medianeira. A razoável duração do processo frente à efetividade e a celeridade da tutela jurisdicional. In: **Âmbito Jurídico, Rio Grande**, 68, 01/09/2009 [Internet]. Disponível em http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=6472. Acesso em 17 out. 2010.

¹¹⁰ RAMOS, Carlos Henrique. **Processo Civil e o princípio da duração razoável do processo**. Curitiba: Juruá, 2008, p. 50.

¹¹¹ TOALDO, op. cit.

¹¹² CRUZ E TRUCCI, José Rogério. **Tempo e Processo: uma análise empírica das repercussões do tempo na fenomenologia processual (civil e penal)**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 89.

clareza a importância deste instrumento na estrutura social de composição de litígios.

Já ocorreram, no Brasil, mudanças no Código de Processo Civil, mas se acredita que, além de tais mudanças, e outras que vão surgir¹¹³, há necessidade de um pensamento novo por parte de todos os sujeitos que atuam dentro do sistema jurídico¹¹⁴, quais sejam, os sujeitos processuais na busca da concretização não só da legislação, mas também de seu fortalecimento e recebimento (recepção) pela sociedade e o poder das leis¹¹⁵.

Importante salientar que Habermas percebe que a comunicação em si através da linguagem pressupõe sempre uma tentativa de consenso e de acordo mínimo entre os homens. Mesmo admitindo que a linguagem possa ser empregada como forma de manipulação alheia, seja para mentir ou para enganar, anota que se não fosse o interesse primário nesse entendimento recíproco a linguagem perderia o sentido e mesmo seu uso instrumental se tornaria impossível.¹¹⁶ Assim unindo-se esta compreensão à questão do acesso à justiça, tem-se que essa ideia vem ao encontro da facilitação do seu desenvolvimento.

Entre os avanços, Carlos Henrique Ramos observa:

Se, por um lado, os grandes avanços conquistados nos últimos anos deram-se no campo da facilitação do acesso à justiça e do rompimento com certos obstáculos ilegítimos que o impediram, por outro, surge o desafio de dar eficiência ao aparelho judiciário para que este

¹¹³ TOALDO, Adriane Medianeira. A razoável duração do processo frente à efetividade e a celeridade da tutela jurisdicional. In: **Âmbito Jurídico, Rio Grande**, 68, 01/09/2009 [Internet]. Disponível em http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=6472. Acesso em 27 out. 2009.

¹¹⁴ O interprete da norma, por isso, não pode atribuir prioridade nem à autonomia privada nem a autonomia pública, já que cada uma delas só adquire validade à custa da outra. De mesma forma que os liberais, Habermas empresta ao ordenamento jurídico um sentido deontológico, conquanto voltada para o processo democrático de produção e interpretação do direito. Os cidadãos devem chegar a um consenso racional acerca de como devem regulamentar normativamente o processo política deliberativo no seio do qual serão produzidas e interpretadas às normas. LEITE, Roberto Basilone. Op. cit. p. 109.

¹¹⁵ Na visão clássica, segundo Habermas, as leis da república são a expressão da vontade ilimitada dos cidadãos reunidos. Não importa o modo como o ethos da forma de vida política comum se espelha nas leis, esse ethos não constitui uma limitação, na medida em que obtém validade através do processo de formação da vontade dos cidadãos, ao passo que o princípio do exercício do poder no Estado de direito parece colocar limites à autodeterminação soberana do povo, pois o poder das leis, exige que a formação democrática da vontade não se coloque contra os direitos humanos positivados na forma de direitos fundamentais. _____. **Era das transições**. Tradução Flávio Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, p. 153.

¹¹⁶ CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. **Habermas e o direito brasileiro**. 2. Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 34.

absorva de modo satisfatório a crescente demanda, estimulada pela disseminação da idéia de cidadania operada pela Constituição de 1988¹¹⁷.

Uma das questões a ser observada é a que tange ao tempo do processo. Em 1958, Franscesco Carnelutti¹¹⁸ já evidenciava essa questão, determinando a fundamental importância do tempo no processo, claro que não estamos a esperar e nem seria o correto por um processo de natureza instantânea, uma vez que a jurisdição necessita, sim, de celeridade e de dar respostas efetivas, mas sempre dentro de cada caso concreto e com muita cautela, não se podendo pensar no cúmulo de esquecer que são perspectivas humanas que se encontram dentro da busca processual.

É indispensável o estudo e observação dos direitos garantidos pela Constituição com relação ao processo e à aplicação de uma jurisdição mais participativa voltada para a real necessidade dos sujeitos processuais, efetivando, assim, a humanização do processo.

Elaine Harzheim Macedo¹¹⁹ explica essa necessidade:

Não é diferente em relação ao paradigma de processo que o sistema acolhe ou deve acolher, na medida em que sendo ele o espaço legítimo onde a jurisdição se realiza, deve qualificar-se por características aptas à concretização do direito e de seu escopo na realização dos fins e fundamentos do Estado, constitucionalmente adotados e assegurados. Resta saber, contudo, para a problemática que estabelecemos, se o texto constitucional vigente, as reformas em andamento, o ordenamento jurídico infraconstitucional autorizam o pensar uma nova jurisdição e um processo útil e efetivo.

Ao passo que o atual modelo de jurisdição já não tem mais a mesma efetividade e demonstra-se por hora defasado, é necessário que haja a

¹¹⁷ RAMOS, Carlos Henrique. **Processo Civil e o princípio da duração razoável do processo**. Curitiba: Juruá, 2008, p. 58.

¹¹⁸ CARNELUTTI, 1958, ob. cit. p. 354. Apud: TOALDO, Adriane Medianeira. A razoável duração do processo frente à efetividade e a celeridade da tutela jurisdicional. In: **Âmbito Jurídico, Rio Grande**, 68, 01/09/2009 [Internet]. Disponível em http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=6472. Acesso em: 27 out. 2009.

¹¹⁹ MACEDO, Elaine Harzheim. **Jurisdição e processo**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 278.

concretização de uma nova forma de jurisdição onde as partes possam ser mais ativas e atuantes dentro do cenário processual¹²⁰.

Como salientado anteriormente, antigamente, quando o Estado não possuía poder suficiente para determinar e aplicar as normas jurídicas e fazer com que essas fossem respeitadas, aquele que necessitava ter algo assegurado ou até mesmo que desejava algo tinha que se valer da força, prevalecendo a justiça do mais forte sobre o mais fraco.

Com a ampliação e o desenvolvimento dos poderes do Estado se impôs a proibição da autotutela, ou seja, a utilização de força própria na resolução dos conflitos, não podendo mais o particular resolver seus conflitos de maneira direta, assim o Estado assumiu o poder de resolver os conflitos advindos das partes.

Consoante referem os autores Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart¹²¹:

Impondo-se a proibição da autotutela, ou da realização das pretensões segundo o próprio poder do particular interessado, surge o poder de o Estado dizer aquele que tem razão em face do caso conflitivo concreto, ou o poder de dizer o direito, conhecido como *iuris dictio*. O Estado, ao proibir a autotutela, assume o monopólio da jurisdição. Como consequência, ou seja, diante da proibição da autotutela, ofertou-se àquele que não podia mais realizar o seu interesse através da própria força o direito de recorrer a justiça, ou o direito de ação.

Dessa forma em um primeiro momento, comentam os referidos autores que o direito de ação nada mais era do que o direito de obtenção de uma sentença, o que não muda muito com relação aos dias atuais em muitas repartições do sistema judiciário, o que de certa forma acaba maquiando o direito de acesso à justiça¹²².

A jurisdição atual se mantém dentro de um molde submetido ao monopólio do Estado que passa ao judiciário e ao juiz o poder de decisão que muitas vezes não se enquadra dentro da necessidade das partes por não permitir a essas maior envolvimento e comunicação com o processo.

No atual modelo de jurisdição existe um excesso de formalismo que está acarretando inúmeras consequências para o sistema judiciário, entre elas, a

¹²⁰ TOALDO, Adriane Medianeira Toaldo; LOPES, Carina Deolinda da Silva. **Jurisdição Participativa**: o novo paradigma processual na realização da tutela jurisdicional efetiva. Disponível em: <http://www.ugf.br/editora/pdf/voxjuris/artigo1.pdf>. Acesso em: 28. Nov. 2008.

¹²¹ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Manual do processo de conhecimento**. 3. ed. Porto Alegre: Revista dos Tribunais, 2004. p. 29.

¹²² TOALDO, op. Cit.

morosidade e com essa vem também o descrédito na aplicação das leis na solução de conflitos, gerando uma certa frustração do atual modelo jurisdicional¹²³.

O autor Carlos Alberto Alvaro de Oliveira¹²⁴ define melhor esse formalismo ou a forma em sentido amplo, mencionando que não se confunde esta com a forma do ato processual individualmente considerado. Diz respeito à totalidade formal do processo, compreendendo não só a forma, ou as formalidades, mas especialmente a delimitação dos poderes, faculdades e deveres dos sujeitos processuais, coordenação de sua atividade, ordenação do procedimento e organização do processo, com vistas a que sejam atingidas suas finalidades primordiais.

A forma processual investe-se, de uma tarefa de indicar as fronteiras para o começo e o fim do objeto do processo, circunscrever o material a ser formado, e estabelecer dentro de quais confrontações devem cooperar e agir as pessoas atuantes no processo para o seu bom desempenho.

A respeito da forma dos atos processuais, o autor Reinaldo de Oliveira Caldas¹²⁵ comenta que “a forma dos atos processuais é via de regra, livre (art. 154, CPC), salvo quando a lei expressamente a exigir. Entretanto, são tantas as formalidades exigidas pela legislação que excepcionais, na realidade, são os atos processuais de forma livre.”

No Brasil essa realidade é bem clara, pois a justiça de primeiro grau é completamente desprestigiada o que acaba por saturar os Tribunais de recursos, sendo que a própria lei processual coloca à disposição da parte tantos recursos que acabam os processos por não ter mais fim. Assim, não só a morosidade advinda do excesso de recursos, mas também as exigências formais inúteis ao processo acabam por arrastar por anos o que poderia ser resolvido em pouco tempo¹²⁶.

¹²³ A razoável duração do processo é uma garantia individual e direito fundamental, que também está no artigo 8º do Pacto de São José da Costa Rica, anuindo o Brasil em Decreto de nº. 678, em 6 de novembro de 1992, sendo este um pacto fundamental e garantidor dos direitos humanos nas Américas.

¹²⁴ OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro. O formalismo-valorativo no confronto com o formalismo excessivo. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 31, n. 137, Jul. 2006. p. 8

¹²⁵ CALDAS, Reinaldo de Oliveira. **Morosidade do processo civil e rigorismo formal excessivo**. Disponível em: http://www.unimep.br/fd/ppgd/cadernosdedireitov2n3/05_artigo.html// Acesso em: 12. set. 2007.

¹²⁶ TOALDO, Adriane Medianeira Toaldo; LOPES, Carina Deolinda da Silva. **Jurisdição Participativa**: o novo paradigma processual na realização da tutela jurisdicional efetiva. Disponível em: <http://www.ugf.br/editora/pdf/voxxuris/artigo1.pdf>. Acesso em: 28. Nov. 2008.

A respeito do assunto, o autor supracitado¹²⁷ comenta:

De outra parte, há que se eliminar dos autos não apenas os formalismos inúteis senão também as rotinas viciosas e não previstas em lei, empregadas por mera vassalagem à tradição e ao comodismo. Mais do que isso urge simplificar a redação dos atos processuais com o abandono da grafografia hermética, empolada e retumbante, que serve apenas para avolumar os autos e tomar tempo desnecessário de todos. As exigências formais não de conter-se nos limites do necessário e do imprescindível para excluir a arbitrariedade judicial, a má-fé, a insegurança e a instabilidade das relações jurídicas e dos bens jurídicos dignos de maior proteção. O formalismo excessivo vem a ser exigência formal exacerbada-desvinculada da segurança jurídica para cuja proteção foi instituída – e incompatível com os fins do processo: a proteção e restauração do direito, tão rapidamente quanto possível.

Assim o formalismo processual traz uma delonga às demandas que precisam ser decididas de forma rápida, sendo que, com menos rigor e formalismo na aplicação das normas relativas às formas e formalidades processuais e mais responsabilidade e participação das partes, a atividade jurisdicional teria maior efetividade.

Excessivo gasto de tempo junto ao desenrolar do processo, revela há algum tempo vem o motivo da crise do sistema jurídico, o que acaba por demonstrar que o atual modelo de jurisdição não mais contempla nem operadores, nem consumidores do direito.

Em outras palavras, o excesso de formalismo pode muitas vezes fazer com que direitos e garantias fundamentais das partes que buscam o processo para resolver os seus conflitos acabem por perecer, acarretando mais uma vez o descaso com as partes e o culto ao formalismo.

Francisco Fernandes de Araújo¹²⁸ compreende que a morosidade processual viola, sem sombra de dúvida, direito fundamental da pessoa, que consiste na tutela jurisdicional sem dilações indevidas. Conflita, por isso mesmo, com o modelo democrático de jurisdição. Quanto mais se adia a solução de um conflito, mais a justiça se afasta do modelo ideal, perdendo a sua credibilidade.

Assim, entende-se que a atual concepção de jurisdição, por estar demasiadamente ligada ao formalismo excessivo, acaba por acarretar a morosidade

¹²⁷ CALDAS, Reinaldo de Oliveira. **Morosidade do processo civil e rigorismo formal excessivo**. Disponível em: http://www.unimep.br/fd/ppgd/cadernosdedireitov2n3/05_artigo.html// Acesso em: 12. set. 2007.

¹²⁸ FERNANDES ARAÚJO, Francisco. **Responsabilidade Objetiva do Estado pela morosidade da justiça**. Campinas: Copola. 1999. p. 38.

do processo o que se distancia de um modelo ideal de jurisdição participativa centrado na busca pela participação comunicativa das partes, celeridade e efetividade da tutela jurisdicional¹²⁹.

A respeito do modelo a ser perseguido como solução mais apta aos litígios apresentados à justiça, salienta Rogério Nunes de Oliveira¹³⁰:

Logo, o fim a ser perseguido, o objetivo a ser alcançado, é solução do litígio dentro de um tempo razoável, pois só haverá efetividade da jurisdição quando a sua entrega for tempestiva e proveitosa para o titular do direito material debatido na demanda, dado que quando é reivindicado um bem da vida, o tempo do processo sempre prejudica o autor que tem razão, beneficiando na mesma proporção o réu que não tem. É por isso que o professor Leonardo Greco adverte que “O judiciário deve ser o poder do cidadão, o poder de quem não tem poder, a não ser o poder do direito.”¹³¹

Na mesma direção, entendendo que o processo tem como principal objetivo buscar as prioridades da sociedade, visando o bem comum, o autor Galeno Lacerda¹³² preleciona no sentido de que se tratando de um Código de processo, o interesse superior, que o inspira e justifica, é que se preste a meio e para definição e realização concreta do direito material. Não há outro interesse público mais alto, para o processo, de que o de cumprir sua destinação de veículo, de instrumento de integração da ordem jurídica mediante a concretização imperativa do direito material.

Em posição contrária e a favor do formalismo processual encontra-se o autor Giuseppe Chiovenda¹³³, que afirma:

As formas judiciais são censuradas sob a alegação de que ensejam longas e inúteis querelas; às vezes a inobservância de uma delas pode acarretar a perda de um direito, de maneira que se ambicionam sistemas processuais simples e destituídos de formalidades. Entretanto, a experiência demonstra que as formas são imprescindíveis, pois a sua ausência carrega a desordem, a confusão e a incerteza.

¹²⁹ TOALDO, Adriane Medianeira Toaldo; LOPES, Carina Deolinda da Silva. **Jurisdição Participativa**: o novo paradigma processual na realização da tutela jurisdicional efetiva. Disponível em: <http://www.ugf.br/editora/pdf/voxxuris/artigo1.pdf>. Acesso em: 28. Nov. 2008.

¹³⁰ OLIVEIRA, Rogério Nunes de. A morosidade da entrega da jurisdição e o direito à razoável duração do processo judicial. **Revista da Faculdade de Direito de Campos**, Campos, v. 4/5, n. 4/5, 2003-2004. p. 623

¹³¹ GRECO, Leonardo. Reconstruir o Judiciário. **Revista da Faculdade de Direito de Campos**, Campos, v. 1, n. 1, jan.-jun. 2000. p. 251

¹³² LACERDA, Galeno. O código e o formalismo processual. **Revista da AJURIS**, Porto Alegre, n. 27, 1983, p. 11

¹³³ CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de direito processual civil**. op. cit., p. 6.

Ousando discordar do ilustre autor, não cabe mais esta visão, pelo menos no Brasil, visão centrada em uma jurisdição formalmente excessiva, o que se necessita é realmente de um processo mais simples e acessivo, não sem formas, mas porem simples que acarrete efetividade à tutela jurisdicional, principalmente através da participação dos sujeitos ativos a pretensão de direito.

Em posição contrária, argumentado a favor de um processo mais célere e menos formal Alexandre Freitas Câmara¹³⁴ leciona:

Hoje luta-se para alcançar a desformalização dos procedimentos judiciais tendentes à solução de controvérsias. E isso não significa uma batalha em busca de total e extrema extinção das formas processuais, porquanto o processo judicial é formal por natureza, e assim deve ser, sob pena de se perderem todas as garantias pelas quais as formas processuais são responsáveis. Ao contrário, pretende-se, sim, combater o formalismo, a externa deturpação das formas, é esse exagero formalista que deve ser abandonado.

Assim, a ideia de efetividade da tutela jurisdicional somente tem espaço se o excesso de culto às formas for abandonado, abrindo caminho para a maior celeridade processual através de um processo mais simples que também propicie maior participação das partes, que no estudo apresentado estaria ligada a aplicação da teoria do agir comunicativo.

2.5 A MÁ-FÉ DOS OPERADORES DO DIREITO COMO ENTRAVE À EFETIVIDADE DA TUTELA JURISDICIONAL E IMPEDIMENTO DA COMUNICAÇÃO ENTRE OS SUJEITOS PROCESSUAIS

No que abrange ao trabalho, pretende-se analisar a questão dos operadores do direito, bem como dos sujeitos que atuam na busca pela tutela jurisdicional e sua responsabilidade, a partir do que é destacado nos artigos 14 a 17 do Código de Processo Civil, e se esses aspectos vão ao encontro da concretização da tutela jurisdicional.

Da mesma forma que nos tópicos anteriores, neste não será diferente a sua justificação, tendo em vista que, inicialmente, se reiterou a respeito da jurisdição e sua abordagem geral, bem como dos princípios que a norteiam. Agora faz-se

¹³⁴ CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições de direito processual civil**. 10. ed. Rio de Janeiro: Lumem Juris, 2004, p. 38. v. I

necessário analisar a questão dos problemas, pelos menos alguns, que compõem a questão da inefetividade na tutela jurisdicional, para ao final demonstrar a sua aplicação através da ação comunicativa de Jürgen Habermas.

O tema apresentado como proposta de estudo, sobre a questão da má-fé dos operadores do direito, traz à tona questões relevantes que vão ao encontro das noções de celeridade e efetividade processual.

O problema do mau uso, e até mesmo do abuso no trato com o processo alcança diretamente todos os sujeitos envolvidos, e acaba por afetar a imagem do sistema judiciário como um todo.

Afirmações como “o processo não dá nada” e “quando morrer sai a decisão” evidenciam o exposto e comprovam a demora do processo judicial e o descaso no cumprimento das decisões, bem como na falta de colaboração das partes para o andamento processual. Tudo isso se relaciona com uma razão de existência, sendo um problema sério que atinge de forma direta o Processo Civil atual.

Entre todos os eixos apontados como responsáveis pelo trancamento e complexidade do andamento do feito, o principal é a pela má-fé processual tanto de partes como de operadores do Direito. Sobre essas questões que evidenciam o efetivo desenvolvimento do processo serão apresentadas várias opiniões de doutrinadores ligados aos estudos do ramo do Direito Processual Civil. Assim, muitos lecionam no sentido de que deve haver sempre uma mudança na legislação para que ocorra uma mudança dentro do processo. Em sentido contrário, há os que admitem a mudança processual necessária no cenário atual apenas baseada na concretização da boa-fé processual.

Fernando Luso Soares afirma que a “boa-fé é a honestidade interior, o propósito de acertar, de não se enganar os outros, é o contrário da malícia, da velhacaria.¹³⁵” A boa-fé apesar de suas características não pode evidenciar ou se igualar ao erro, nem tem pouco tem um conceito cristalizado, devendo essa ter aspectos variáveis, sendo que os atos de boa-fé devem ser apontados a partir da análise do artigo 17 da Código de Processo Civil, onde estão elencados os tipos de má-fé¹³⁶.

¹³⁵ SOARES, Fernando Luso. **A responsabilidade processual civil**. Coimbra: Almedina, 1987, p. 144.

¹³⁶ ALVIM, Arruda. **Tratado de Direito Processual Civil**. 2. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996, p. 403.

A autora Brunela Vieira De Vicenzi destaca a importância do estudo em outras regiões do mundo:

O desenvolvimento de teorias sobre a natureza jurídica do processo, em especial o estudo das posições ativas e passivas exercidas pelos sujeitos parciais no processo civil, revela constante preocupação com o comportamento das partes. Nota-se assim, no direito alemão a preocupação com o dever de veracidade e de boa-fé; no direito italiano, o dever de lealdade; assim também é no processo brasileiro. Ressaltam estas teorias não obstante a tese principal defendida por cada uma delas, que os deveres de veracidade e de lealdade são os principais deveres das partes no processo civil, e disso se pode concluir que a ciência do processo desde há muito está atenta para a limitação do exercício das posições das partes, impondo a elas deveres, obrigações e ônus processuais¹³⁷.

Como se percebe, a autora evidencia a importância dada ao tema e entende que um dos principais enfoques do processo é a questão da boa-fé processual, no sentido da veracidade e da lealdade processual, ou seja, os enfoques por ela idealizados são as principais exigências para se ter um processo concreto e efetivo.

O Processo Civil atual, tem sua preocupação centrada no compromisso com a sociedade de prestar de forma efetiva e eficaz a tutela jurisdicional. Já Piero Calamandrei menciona que o processo é um palco de batalhas, destacando:

É inegável que notória herança foi deixada por Goldschmidt aos processualistas deste novo século, pois, vendo o processo como situação jurídica, revelou a realidade do processo, como ele é e como ele é percebido pela sociedade. O processo civil é, infelizmente, verdadeiro palco de batalhas judiciais, ou melhor, de luta das partes pelo direito de que cada uma delas entende ser titular, com a ressalva de que nem sempre aquele que tem o direito é o vitorioso nessa luta¹³⁸.

O processo na reflexão de James Goldschmidt¹³⁹, não tem qualquer tipo de preocupação com a sociedade e o papel que desenvolve em torno desta, mas, sim possui apenas o condão de ser uma gama de direitos subjetivos privados transformados em situações jurídicas que se desenvolvem a partir de condutas das partes no intuito de convencer o juiz, aproveitando as chances de reverter a situação a seu favor e ganhar a tutela jurisdicional.

¹³⁷ VINCENZI, Brunela Vieira de. **A boa-fé no processo civil**. São Paulo: Atlas, 2003, p. 78.

¹³⁸ CALAMANDREI, Piero. Il Processo come giuoco. In: **Opere Giuridiche**. Nápoles: Morano. v.1. p. 542. Apud: VINCENZI, Brunela Vieira de. **A boa-fé no processo civil**. São Paulo: Atlas, 2003, p. 80.

¹³⁹ GOLDSCHMIDT, James. **Direito Processual Civil**. Paraná: Juruá, 1961, p. 214.

Dentro da discussão sobre a relação das partes e da responsabilização sobre a sua participação no processo, Arruda Alvim dá outro enfoque. Em pensamento contrário menciona que o processo não pode depender das partes:

Constitui-se toda uma teoria a respeito do problema da lealdade processual. (...) A alta finalidade pública do processo civil, que consiste na verificação dos fatos ocorridos, como pressupostos da aplicação adequada da lei (justa composição da lide no dizer de Carnelutti), não pode, é óbvio, prescindir da colaboração das partes. Caso contrário, o juiz teria de lutar, em verdade, contra os próprios litigantes que, por sua vez, lutariam violentamente ente eles mesmos, ao arrepiar da mais elementar ética¹⁴⁰.

O autor apresentado questiona a ideia de entregar às partes que desenvolvam o processo através de sua noção de colaboração, pois é lógico que uma das partes irá abusar ou usar de má-fé para conseguir a tutela jurisdicional, o que acaba também criando obstáculos e dificuldades ao trabalho do juiz.

Percebe-se que a boa-fé tem sido uma preocupação constante do Processo Civil, como principal dever das partes no âmbito de desenvolvimento processual e em se tratando de garantia da tutela jurisdicional, do ponto de vista que pode ser esse o principal entrave a sua concretização.

Enrico Tullio Liebman menciona a questão do uso do processo como forma de agir de má-fé, como segue:

Destinado a fazer triunfar a verdade e o direito, não deve o processo constituir meio ou ocasião para a prática de má-fé ou da fraude. Essa orientação das legislações mais recentes equivale a outra manifestação do abandono da concepção individualista do processo, substituída por uma concepção publicística, não hesitante em limitar a liberdade das partes em consideração ao princípio da conduta processual honesta, e que, portanto, estabelece a obrigação de só se utilizar do processo para fins e com meios lícitos¹⁴¹.

Evidencia-se que Enrico Tullio Liebman enfatiza a questão da boa-fé das partes, bem como do seu uso no processo para que se atinja a verdade, objeto máximo da moralização do processo.

Brunela Vieira De Vincenzi¹⁴² refere ainda que é preciso “verificar as incongruências entre as figuras propostas e o modelo final que se pretende, de

¹⁴⁰ ALVIM, Arruda. **Curso de direito processual civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1971, p. 505. v. I.

¹⁴¹ LIEBMAN, Eurico Tullio. **Estudos sobre o processo civil brasileiro**. São Paulo: José Bushatsky Editor, 1976, p. 370.

¹⁴² VINCENZI, Brunela Vieira de. **A boa-fé no processo civil**. São Paulo: Atlas, 2003, p. 93.

modo a fazer efetiva a prevenção e repressão aos atos desleais, temerários e abusivos no processo civil pátrio.”

Já em sentido contrário Humberto Theodoro Júnior entende que

O ordenamento jurídico, em matéria de prevenção e repressão ao abuso de direito processual, mormente no que toca ao Código de Processo Civil pode se considerar satisfatoriamente estruturado. Os motivos para a ineficácia prática das soluções disciplinadas no Código seriam o descontrole, a impunidade e a impotência dos encarregados da função jurisdicional que formam terreno fértil à prática endêmica do abuso de direito processual. A reforma haverá de ocorrer nos métodos de administração e desempenho dos serviços forenses, o que, infelizmente, não depende dos estudiosos do processo, como é óbvio¹⁴³.

O autor citado comenta que a forma como está disposta a matéria de prevenção e de repressão ao abuso de direito processual, se constitui bem estruturado. Desta forma, estaria ele salientando que apenas é necessário que haja maior observação dos sujeitos encarregados do serviço forense, mas há quem discorde deste posicionamento.

Enfrentando a discussão sobre a questão Moacyr Amaral Santos, observa:

As partes no processo, como a consciência dos litigantes de que seus atos devem ser orientados para o cumprimento de normas escritas e não escritas de comportamento; como a vontade, a intenção da correta prática de defesa na lide, sempre examinadas as variáveis do que tenha a sociedade como certo ou como errado, como adequado e como indevido, como justo e como injusto¹⁴⁴.

Dessa forma, evidencia-se que há doutrinadores que entendem que o ordenamento processual está apto a acompanhar e disciplinar a questão da participação dos sujeitos processuais; e há aqueles que entendem que depende somente das partes ou mais das partes do que do próprio sistema legal de normas com relação as práticas nocivas ao andamento do processo.

O já referido autor Humberto Theodoro Júnior trata ainda das posturas que as partes devem ter diante do processo:

Dentro da sistemática do processo civil moderno, as partes são livres para escolher os meios mais idôneos à consecução de seus objetivos.

¹⁴³ THEODORO JUNIOR. In: MOREIRA, Luiz. **Fundamentação do direito em Habermas**. 3. ed. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004, p. 128-29.

¹⁴⁴ SANTOS, Moacyr Amaral. **Primeiras linhas do processo civil**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 1990, p. 81. v.II.

Mas essa liberdade há de ser disciplinada pelo respeito aos fins superiores que inspiram o processo, como método oficial de procura de justa e célere composição do litígio. Daí a exigência legal de que as partes se conduzam segundo os princípios da lealdade e da probidade, figuras que resumem os itens do art. 14, em sua acepção mais larga¹⁴⁵.

Como se percebe as partes possuem liberdades processuais, mas tal liberdade tem que ser sondada, pois não pode e nem deve ultrapassar os meios legais e lícitos, tendo em vista que, do contrário, podem ocorrer atos ilícitos e entrave processual.

Um dos operadores do processo, o procurador, também tem parte importante nesse cenário processual. Assim, Agnaldo Rodrigues Pereira afirma:

O advogado não tem outro caráter além do de defensor ou conselheiro, nem outra missão além da de assistir seus clientes e sustentar suas esferas pela palavra ou por escrito. Desta forma o advogado deve relatar os fatos com fidelidade e lealdade, documentando-os e adequando-os em peça técnica¹⁴⁶.

O advogado tem o dever de cumprir de forma correta e legal os procedimentos para que o processo se torne célere e eficaz, deve ter em mente um pensamento voltado para promover a integralidade e efetividade do processo.

Nesse sentido, demonstra-se que o tema é de total importância, até mesmo porque visa enfrentar um assunto com temática centrada na atualidade e realidade do sistema processual. Dessa forma, passa-se à análise da questão da improbidade processual e da má-fé processual.

Nesse cenário, percebe-se que não faltam, dentro do Processo Civil, formas e procedimentos que disciplinam a celeridade e a efetividade processual, mas peca na prevenção, controle e repressão dos atos de improbidade processual. Existe uma infinidade de deveres que se fixam em normas jurídicas, bem como as sanções jurídicas caso ocorra o seu descumprimento. Essas medidas tendem a evitar a utilização de atos por parte dos operadores do direito ou porque são ilegítimos ou por causa de atos que ocultem a verdade, dificultando assim a aplicação do direito, bem como dificultando a entrega da tutela jurisdicional.

¹⁴⁵ THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil**. 27. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 91. v. I

¹⁴⁶ PEREIRA, Agnaldo Rodrigues. Responsabilidade solidária do advogado na litigância de má-fé. **Revista de Direito civil e Processual Civil**, Porto Alegre, a. I, n. 03, p. 68-71, jan./fev. 2000, p. 69.

O autor Moacyr Amaral Santos apresenta a noção de probidade como sendo a integridade de caráter, soma de virtudes que informam a dignidade pessoal, com a qual se impõe pautar seus atos às pessoas que participam de uma relação, qual a processual, destinada à consagração do ideal de justiça, condição precípua de existência social¹⁴⁷.

Assim, a probidade é a soma de valores que formam a dignidade pessoal, que busca a consagração da justiça. Observa Vicente Graco Filho que “o apego à probidade não quer dizer que a parte fique tolhida no exercício das faculdades processuais, o que não pode é abusar do direito de exercê-las.¹⁴⁸” Jorge Americano concentra a ideia de improbidade no

Exercício indevido da demanda campo fértil onde implanta-se, tem-se tornado em nosso país a invocação à justiça um verdadeiro flagelo, não só pela morosidade processual como pela porta aberta às maiores explorações, que uma condescendência mal-entendida tolera e, conseqüentemente anima¹⁴⁹.

Contudo, não se trata a improbidade processual, como salienta Mendonça Lima:

De exigir que a parte ofereça ao adversário armas para que esse triunfe, mas, sim, obstar que, maliciosamente, use de meios que fraudem a função jurisdicional. Isso, evidentemente é possível e necessário, em nome da própria ordem social da qual o Poder Judiciário é um dos esteios e guardiões, quando reequilibra as situações jurídicas, sobretudo restaurando infringência legal e, corolariamente, atentando aos direitos subjetivos do lesado¹⁵⁰.

Já o autor Fábio Milman entende a improbidade processual¹⁵¹, como sendo o norte de todos os demais orientadores da conduta processual, o genérico dever de lealdade e respeito à justiça. A desobediência a esse princípio, além das sanções diretas previstas pelo legislador, é capaz de influenciar, decisivamente, no resultado

¹⁴⁷ SANTOS, Moacyr Amaral. Limite as atividades das partes no Processo Civil. **Revista Forense**, Rio de Janeiro, n. 175. jan. 1958, p. 42.

¹⁴⁸ GRECO FILHO, Vicente. **Direito Processual Civil brasileiro**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 106.

¹⁴⁹ AMERICANO, Jorge. **Do abuso do direito no exercício da demanda**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1932, p. 49.

¹⁵⁰ LIMA, Alcides Mendonça. O princípio da probidade no Código de Processo Civil. **Revista de processo**, São Paulo, n. 16, out.1979, p. 15.

¹⁵¹ A jurisprudência também se posiciona com relação à improbidade processual: Agravo Nº 70026935650, Décima Nona Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Carlos Rafael dos Santos Júnior, Julgado em 11/11/2008.

da causa, utilizando o julgador, como prova, o comportamento processual da parte¹⁵².

Cândido Rangel Dinamarco comenta os momentos em que a improbidade é demonstrada no Código de Processo Civil, sendo encontrado no trato do processo de conhecimento, onde o Código desenvolve o conceito de litigância de má-fé e estabelece um sistema de repressão mediante sanções pecuniárias (reparação do dano causado: art. 16-18). Ao disciplinar a execução forçada, apresenta os contornos dos atos atentatórios à dignidade da justiça¹⁵³.

Assim, a litigância de má-fé é uma das formas pela qual poderá ocorrer a improbidade processual que pode também acarretar a inefetividade da tutela jurisdicional. O Código de Processo Civil aponta em seu artigo 14¹⁵⁴ os deveres das partes e de seus procuradores.

Dessa forma, percebe-se que houve uma ampliação da abrangência de sujeição dos deveres, pois antes da modificação trazida pela Lei nº. 10.358/2001, o que se tinha era a responsabilização das partes e procuradores.

Ocorre que a mudança é sábia e merece vênua no momento em que procurar dar real concretização ao que ocorre no dia a dia processual, uma vez que não são apenas partes e procuradores que participam do processo e sim todos, quais sejam partes, procuradores, servidores, magistrados, membros do Ministério Público, peritos e todos aqueles que por alguma razão ensejam interesse ou atividade no processo.

Como pode ser evidenciado pelo artigo em estudo, os sujeitos atuantes no processo devem expor os fatos em juízo conforme a verdade, bem como proceder

¹⁵² MILMAN, Fabio. **Improbidade processual**. Rio Janeiro: Forense, 2007, p. 36.

¹⁵³ DINAMARCO, Cândido Rangel. **A reforma do Código de Processo Civil**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1996, p. 63.

¹⁵⁴ Art. 14. São deveres das partes e de todos aqueles que de qualquer forma participam do processo: (Redação dada pela Lei nº 10.358, de 27.12.2001) I - expor os fatos em juízo conforme a verdade; II - proceder com lealdade e boa-fé; III - não formular pretensões, nem alegar defesa, cientes de que são destituídas de fundamento; IV - não produzir provas, nem praticar atos inúteis ou desnecessários à declaração ou defesa do direito V - cumprir com exatidão os provimentos mandamentais e não criar embaraços à efetivação de provimentos judiciais, de natureza antecipatória ou final. (Incluído pela Lei nº 10.358, de 27.12.2001) Parágrafo único. Ressalvados os advogados que se sujeitam exclusivamente aos estatutos da OAB, a violação do disposto no inciso V deste artigo constitui ato atentatório ao exercício da jurisdição, podendo o juiz, sem prejuízo das sanções criminais, civis e processuais cabíveis, aplicar ao responsável multa em montante a ser fixado de acordo com a gravidade da conduta e não superior a vinte por cento do valor da causa; não sendo paga no prazo estabelecido, contado do trânsito em julgado da decisão final da causa, a multa será inscrita sempre como dívida ativa da União ou do Estado. (Incluído pela Lei nº 10.358, de 27.12.2001)

com lealdade e boa-fé. Aqui, centra-se exatamente a que se propõe tal estudo, analisar se a má-fé processual causa inefetividade do alcance da tutela jurisdicional

Entre os outros deveres dos sujeitos processuais, elencados no art. 14, do Código de Processo Civil, estão o de formular pretensões e alegar defesa, ciente de que são destituídas de fundamento. Nessa determinação está um fato importantíssimo dentro do que se busca refletir, tendo em vista que ao analisar o dia a dia processual evidencia-se o aumento cada vez maior de defesas e, muitas vezes, de pretensões iniciais completamente desprovidas de fundamento jurídico.

Tais fatos vão encontro entendimento de toda a doutrina e jurisprudência que trabalha para cada vez mais evidenciar e garantir formas de celeridade, efetividade e eficácia da tutela jurisdicional, sendo que o sistema judiciário possui muitos processos que podem ser satisfatoriamente tratados de aventuras processuais.

Ainda entre os deveres das, e de todos aqueles que de qualquer forma, participam do processo, está o de não produzir prova e não praticar atos inúteis ou desnecessários à declaração ou defesa do direito e também de cumprir com exatidão as determinações judiciais e não criar embaraços à efetivação dos provimentos judiciais, sendo eles de natureza antecipatória ou final.

Assim, a produção de provas, como a oitiva de testemunhas em lugares longínquos, é capaz de protelar e atrasar a disposição da tutela jurisdicional causando inefetividade, da mesma forma e, no mesmo patamar, está os atos que prejudicam ou embaraçam o cumprimento das determinações judiciais.

Dentro do estudo do artigo 14 do Código de Processo Civil ainda existe a disposição de seu parágrafo único, que aponta, salvaguardando os advogados que se sujeitam exclusivamente aos estatutos da OAB, que a violação do inciso V constitui ato atentatório ao exercício da jurisdição. Pode então o magistrado, sem prejuízo das sanções criminais, civis e processuais cabíveis, aplicar ao responsável multa e demais especificações¹⁵⁵.

A lealdade processual e boa-fé está evidenciada ultimamente, porque tem sido dada como uma das formas de garantir a celeridade e efetividade da tutela

¹⁵⁵ Assim demonstra-se maior preocupação com a garantia de boa-fé e seriedade nos atos processuais, o que se evidenciam nos julgados aqui apresentados: Agravo Regimental Nº 70026428110, Sexta Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Liege Puricelli Pires, Julgado em 23/10/2008.

jurisdicional, uma vez que o processo serve como instrumento sério e hábil a garantir direitos e arrematar injustiças.

O verdadeiro objetivo do artigo 14 do Código de Processo Civil pode ser notado nas reflexões da exposição de Brunela Vieira de Vincenzi¹⁵⁶, que menciona que tal dispositivo busca reforçar a ética no processo, os deveres de lealdade e probidade que devem presidir o desenvolvimento do contraditório, e isso não apenas em relação às partes e seus procuradores, mas também a quaisquer outros participantes do processo, tais como a autoridade apontada coatora nos mandados de segurança, ou as pessoas que devam cumprir ou fazer cumprir os mandamentos judiciais e abster-se de colocar empecilhos à sua efetivação.

Apenas evidencia-se discussão com relação à menção da salvaguarda dos advogados que dispõe o artigo 14 do Código de Processo Civil e completa o autor Fabio Milman:

Embora cuidando o legislador de informar que os deveres do art. 14 dizem respeito tanto à conduta das partes como daqueles que de qualquer forma participam do processo, nesse conceito, reprisa-se, incluindo os procuradores dos litigantes e que o dever de abstenção do art. 15 é dirigido aos litigantes e respectivos advogados, deixou o mesmo de prever, para os advogados, qualquer sanção direta ou indireta dentro do processo quando, com seu agir, restarem feridos os preceitos de adequada conduta processual estampados nos incisos I até IV do art. 14 do Código de Processo Civil (já que no caso do inciso V, isto está expresso, a questão se resolve no âmbito disciplinar do órgão de classe)¹⁵⁷.

Assim, a primeira impressão que se tem é que o advogado não pode ser responsabilizado pelos seus atos apenas respondendo por esses as partes e outros sujeitos processuais, como salienta o autor citado acima:

Como, então, justificar, que a parte suporte pena, pela litigância ímproba, mesmo quando partir de seu advogado a causa da condenação, na medida em que poucos são os atos processuais em que aquela intervém diretamente? A resposta está remetida ao plano do direito material que indica, como fundamento da condenação direta e exclusiva da parte, a má eleição que esta fez daquele que atuou como seu mandatário, respondendo então pelos danos que este, em seu nome, tiver causado¹⁵⁸.

¹⁵⁶ VINCENZI, Brunela Vieira de. **A boa-fé no processo civil**. São Paulo: Atlas, 2003, p. 98.

¹⁵⁷ MILMAN, Fabio. **Improbidade processual**. Rio Janeiro: Forense, 2007p. 53.

¹⁵⁸ Idem, p. 54.

Desse modo, verifica-se a razão pela qual a parte é responsabilizada pelos atos do procurador, na medida em que esse tem que observar a escolha do profissional que irá lhe representar.

Já com relação à responsabilização das partes pelos danos processuais, está determinada nos artigos 16 e 17¹⁵⁹ do Código de Processo Civil. Entre os pressupostos apresentados no artigo 17 do Código de Processo Civil está a questão da pretensão ou defesa contrária à lei ou fato incontroverso, alterar a verdade dos fatos, ocorre muito dentro do ordenamento jurídico.

Entre os principais a serem enfocados está o uso do processo para conseguir objeto ilegal, opor resistência injustificada ao andamento do processo, proceder de modo temerário em qualquer incidente ou ato do processo, provocar incidentes manifestadamente infundados e ainda é considerado litigante de má-fé aquele que interpuser recurso com o intuito manifestadamente protelatório.

Com relação justamente aos artigos citados, a concretização de casos de má-fé leva ao favorecimento à condenação indenizatória, como lembra Luiz Felipe Bruno Lobo:

Dispõe o CPC (art. 16 e seguintes) que responde por perdas e danos aquele que pleitear de má-fé como autor, réu ou interveniente, reputando-se *improbus litigator* quando: deduzir pretensão ou defesa contra texto expresso da lei ou fato incontroverso; alterar a verdade dos fatos; usar do processo para conseguir objetivo ilegal; opuser resistência injustificada ao andamento do processo; proceder de modo temerário em qualquer incidente ou ato do processo e, ainda, provocar incidentes manifestadamente infundados. Nestas circunstâncias, o litigante de má-fé deve indenizar seu adverso os prejuízos que sofreu, mais honorários advocatícios e todas as despesas que efetuou¹⁶⁰.

Ao ver estes aspectos apresentados tem-se que muitos deles ocorrem no dia a dia processual e que são uma das formas de garantir a morosidade processual e a inaplicabilidade e inefetividade do alcance da tutela jurisdicional.

¹⁵⁹ Art. 16. Responde por perdas e danos aquele que pleitear de má-fé como autor, réu ou interveniente. Art. 17. Reputa-se litigante de má-fé aquele que: I _ deduzir pretensão ou defesa contra texto expresso de lei ou fato incontroverso; II _ alterar a verdade dos fatos; III _ usar do processo para conseguir objetivo ilegal; IV _ opuser resistência injustificada ao andamento do processo; V _ proceder de modo temerário em qualquer incidente ou ato do processo; VI _ provocar incidentes manifestadamente infundados. VII _ interpuser recurso com intuito manifestadamente protelatório. Nos artigos apresentados evidencia-se exatamente a questão da parte ou interveniente que utiliza-se do processo e do sistema judiciário de má-fé, sendo que no artigo 17 estão elencados justamente aquelas ações que são caracterizadas como de sujeitos litigantes de má-fé.

¹⁶⁰ BRUNO LOBO, Luiz Felipe. **Direito indigenista brasileiro**. São Paulo: LTr, 1996. p. 21.

Como pode ser percebido, a ementa apresentada de julgados do Superior Tribunal de Justiça, um tanto alongada, exemplifica o que vem sendo tratado desde a abordagem do artigo 14 do Código de Processo Civil, com o ofício da OAB para devidas providências com relação ao advogado que age de má-fé, bem como todo o contexto do artigo 17 do Código de Processo Civil.

Com relação à má-fé, Brunela Vieira de Vincenzi¹⁶¹ aponta que se trata de instituto contemplado pelo direito processual civil brasileiro, destinado pelo Código de Processo Civil vigente a coibir a “chicana”, a lide temerária. Quando da promulgação do Código, os juristas da época acreditavam estar diante de um remédio eficiente para se obter um processo mais célere e educativo, sem eternizações das demandas, coibindo-se, também, o “processo desleal.” Nota-se, contudo, que o instituto não obteve o sucesso esperado. O processo civil continua sendo campo de disputas judiciais infundáveis, nas quais, muitas vezes, as regras de lealdade são frontalmente violadas por uma série de razões que devem ser estudadas e analisadas.

Apesar de todo o enfoque que é dado aos artigos que tratam da responsabilidade dos sujeitos processuais, ainda há casos ou na maioria deles onde não se vislumbra a condenação desses por litigância de má-fé, e de certa forma acarreta uma má impressão do sistema jurídico, ou seja, mais uma, na medida em que a morosidade também reflete no sentido do descrédito¹⁶².

Claramente, existe a necessidade de se observar a real configuração da litigância de má-fé, mas se pode perceber que em muitos casos esta é deixada de lado. Assim, faz surtir seus reais efeitos de garantir respeito ao sistema jurídico e celeridade processual, garantindo dessa forma a seriedade na prestação da tutela jurisdicional.

¹⁶¹ VINCENZI, Brunela Vieira de. **A boa-fé no processo civil**. São Paulo: Atlas, 2003, p. 105.

¹⁶² Neste sentido, ousa-se apresentar como exemplo, ementas do Tribunal de Justiça Gaúcho: AÇÃO CAUTELAR DE EXIBIÇÃO DE DOCUMENTOS. LIMINAR. POSSIBILIDADE. LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ NÃO CARACTERIZADA. 1. É possível a concessão de liminar com natureza satisfativa em ação cautelar de exibição de documentos, em caráter excepcional. 2. A conduta do agravante não se enquadra em qualquer das hipóteses do art. 17 do CPC. AGRAVO DESPROVIDO. (TJ/RS, Agravo de Instrumento Nº. 70026579136). APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE DESPEJO C/C COBRANÇA. LOCAÇÃO. CDC. NÃO SE APLICA AOS CONTRATOS DE LOCAÇÃO AS DISPOSIÇÕES DO CDC. A PURGAÇÃO DA MORA DEVE SER PELO VALOR INTEGRAL E FEITA NUM ÚNICO MOMENTO, NÃO HAVENDO, A RIGOR, PREVISÃO LEGAL DE PARCELAMENTO DO DÉBITO. APLICAÇÃO DO ART. 62, II, DA LEI 8.245/91. LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ. AUSENTE QUALQUER DAS HIPÓTESES PREVISTAS NO ART. 17 DO CPC. NEGARAM PROVIMENTO. UNÂNIME. (TJ/RS, Apelação Cível Nº. 70026756478).

Assim, a partir da análise primeiramente dos direitos e garantias fundamentais, pudemos ter uma ideia de que o alcance de uma tutela jurisdicional efetiva é tida como um direito fundamental, garantindo constitucionalmente e efetivado através da Emenda Constitucional nº. 45.

A partir desta noção, tratou-se de apresentar inicialmente o conceito de jurisdição e inserido nesse contexto suas espécies, seus limites a confrontação com os principais princípios constitucionais, bem como os sujeitos minimamente ligados a questão da jurisdição.

Com tal enfoque, inicia-se a partir daqui a análise da questão do modelo de jurisdição atual e da necessidade de aplicação concreta da teoria do agir comunicativo para então ficar esclarecido que a comunicação e participação das partes dentro do processo, sendo isso fonte primordial para o alcance da efetividade processual, usa-se como exemplo prático o entendimento dos enfoques da mediação, como se analisa no próximo capítulo.

3 EFETIVIDADE DA TUTELA ESTATAL: A MEDIAÇÃO COMO FORMA DE CARACTERIZAÇÃO DE UMA JURISDIÇÃO PARTICIPATIVA

Este capítulo toma como ponto central a questão dos aspectos relevantes e indispensáveis da Teoria do filósofo alemão Jürgen Habermas¹⁶³, tendo em vista a sua aplicação no que tange aos aspectos da jurisdição.

Interessante e válido é abordar de forma geral alguns pontos explicativos, para que torne a compreensão do trabalho. Assim, sabe-se que a época em que vive a sociedade é de insegurança e medo, que se evidenciam nas guerras e corrupções, existindo um clamor social pela aplicação e concretização das leis existentes, e, no caso brasileiro, pela criação de leis mais rígidas e efetivas.

Assim, evidenciando o exposto é consequência lógica a observação da sensação de que o poder da jurisdição estatal já não é mais suficiente para trazer a pacificação à sociedade. Diante de tal cenário, não bastam apenas legislações novas ou interpretadas de variadas formas, nem teorias que se mantenham abstratas diante do mundo das ideias: há que se buscar a adequação das teorias à realidade social, à racionalização dos fatos vividos e sentidos.

A utilização da teoria do agir comunicativo de Habermas se dá no intuito de buscar demonstrar como ela pode tornar possível a abordagem e os diferentes enfoques de atuação da jurisdição. A teoria da ação comunicativa¹⁶⁴ proposta pelo filósofo Jürgen Habermas é tida como um princípio de teoria da sociedade¹⁶⁵, que apresenta uma visão crítica da própria sociedade, possibilitando uma visão interdisciplinar e, assim, observar a racionalidade dessa teoria à atuação da jurisdição.

¹⁶³ Podemos hoje, sem sombra de dúvida, afirmar que Jürgen Habermas é um dos mais importantes filósofos contemporâneos. Sua obra, que compreende quase quarenta livros, desenvolve-se em praticamente todas as áreas da filosofia: epistemologia, filosofia da história, filosofia da linguagem, filosofia moral e política, teoria social, psicológica, etc. e em cada uma dessas áreas, nas quais introduziu profundas inovações, Habermas defende especificamente a famosa “ mudança de paradigma “ que situa sempre como princípio de seus trabalhos.

¹⁶⁴ A racionalidade na perspectiva de Habermas esta dirigida à forma como os sujeitos são capazes de utilizar a linguagem e não se dirige especificamente ao conhecimento ou à forma de aquisição de conhecimento, sua atenção se dirige à racionalidade imanente na prática comunicativa. Ela abrange um amplo espectro e remete às diversas formas de argumentação, utilizando a comunicação como meio de gerar consenso, dependendo tais aspectos do discurso dos sujeitos. HABERMAS. **Teoria de La acción comunicativa**, v. 1. Racionalidad de La acción y racionalización social. México: Taurus, 1998, p. 26-27.

¹⁶⁵ HABERMAS, Op.. cit. 1998, p. 9.

Jürgen Habermas, que nasceu em 18 de junho de 1929 em Düsseldorf na Alemanha, concebe a teoria da razão comunicativa _ e a ação comunicativa ou seja, a comunicação livre, racional e crítica _ como alternativa à razão instrumental e superação da razão iluminista, "aprisionada" pela lógica instrumental, que encobre a dominação. Habermas preocupa-se com o restabelecimento dos vínculos entre socialismo e democracia, isso se dá ao pretender a recuperação do conteúdo emancipatório do projeto moderno.

O teórico, utilizado neste trabalho como base teórica, possui sua teoria aplicada nesse contexto como base para a fundamentação da efetividade da jurisdição através da participação comunicativa das partes. Essa teoria modifica inúmeros conceitos tradicionais sociais, como a busca infinita pela aplicação e garantia de um modelo ultrapassado de jurisdição soberana.

O tema do agir comunicativo e o reconhecimento da comunicação entre o mundo dos fatos e a realização do direito, ou seja, entre a vida e a aplicação e validade da norma jurídica é que desencadeia o tratamento do tema da jurisdição sobre esse enfoque; outro ponto importante é que Habermas supera a filosofia do sujeito e substitui a razão prática kantiana¹⁶⁶ por uma razão voltada na ênfase comunicativa, que se observa da força da fala orientada na busca pelo entendimento dos sujeitos¹⁶⁷.

Logo, Habermas percebe que a comunicação em si através da linguagem pressupõe sempre uma tentativa de consenso e de acordo mínimo entre os homens. Embora admitindo que a linguagem possa ser empregada como forma de manipulação alheia, e aqui se entra na questão, por exemplo, da utilização da mesma para causar danos à outra parte presente na discussão do alcance da tutela jurisdicional, seja para mentir ou para enganar, anota, mesmo assim que, se não

¹⁶⁶ A força da autonomia da vontade e a centralidade no sujeito são características marcantes na obra de Kant. O fundamento dos juízos é o próprio sujeito. Conclui Kant: "Duas coisas encham o ânimo de crescente admiração e respeito, veneração sempre renovada quanto com mais freqüência e aplicação delas se ocupa a reflexão: por sobre mim o céu estrelado; em mim a lei moral. Ambas essas coisas não tenho necessidade de buscá-las e simplesmente supô-las como se fossem envoltas de obscuridade ou se encontrassem no domínio do transcendente, fora do meu horizonte; vejo-as diante de mim, coadunando-as de imediato com a consciência da minha existência" KANT, Emanuel. **Crítica da razão pura**. 4. ed. São Paulo: Brasil Editora, 1959. p. 244.

¹⁶⁷ "La razón comunicativa empieza distinguiéndose de la razón práctica porque ya no queda atribuida al actor particular o a un macrosujeto estatal-social. Es más bien medio lingüístico, mediante el que se concatenan las interacciones y se estructuran las formas de vida, el que hace posible a la razón comunicativa" HABERMAS, Jürgen. **Facticidad y validez sobre el derecho y el Estado Democrático de derecho em términos de teoría de disurso**. 5. Ed. Trota, 1998, p. 65.

fosse o interesse primário nesse entendimento recíproco, a linguagem perderia o sentido e inclusive seu uso instrumental se tornaria impossível.

Tal esforço deveria ser capaz de constituir uma pragmática universal, que teria por pretensão identificar a racionalidade das regras que qualquer falante, independentemente, da língua que utilizasse, deveria dominar para fins de se comunicar adequadamente com alguém e, ao mesmo tempo, construir uma teoria da modernidade que pudesse centrar-se na procura de uma validade do sentido intersubjetivamente constituída. Nas suas palavras: *La pragmática universal tiene como tarea identificar y reconstruir las condiciones universales del entendimiento posible*¹⁶⁸.

Imediatamente a preocupação que se evidencia é pela concretização da cooperação e entendimento dos sujeitos envolvidos na lide, visando à possibilidade da resolução do conflito. O embate fundamental em torno da integração de sociedades essencialmente plurais se daria entre o princípio da solidariedade social, promovida pelo agir comunicativo das pessoas em busca de um consenso verdadeiro (racional), na qual predominam as formas tradicionais de integração social, e, de outro lado, pelo princípio da integração sistêmica, colonizada pela monetarização e pela burocratização da espontaneidade moral e estética da sociedade pelo emprego do chamado agir racional teleológico, na qual se situam o agir instrumental e o agir estratégico.

3.1 A CRISE JURISDICIONAL E OS REFLEXOS NA ESTRUTURA PROCEDIMENTAL PROCESSUAL DIANTE DA INEFICÁCIA DA TUTELA JURISDICIONAL PELA FALTA DE ASCENSÃO DA COMUNICAÇÃO E A MÁ-FÉ DOS SUJEITOS COMO ENTRAVE À EFETIVIDADE DA TUTELA JURISDICIONAL

O Poder Judiciário representante, por assim dizer, do poder jurisdicional do Estado, vivencia constantemente a questão da crise jurisdicional tendo em vista vários fatores, como, a falta de estrutura material e tecnológica do Estado e do Poder Judiciário em si, a questão da falta de pessoal e também, conseqüentemente associado a todos estes parâmetros, está à morosidade processual que vai de encontro aos princípios advindos da Emenda Constitucional nº.45, envolvendo o

¹⁶⁸ HABERMAS, Jürgen. **Facticidad y validez sobre el derecho y el Estado Democrático de derecho em términos de teoria de discurso**. 5. ed. Trota, 1998, p. 66.

princípio da razoável duração do processo e da celeridade processual, tornando, assim, a noção de garantia jurisdicional algo inefetivo e desgastado.

Nesse sentido, Fabiana Marion Spengler¹⁶⁹ salienta que, em termos de jurisdição os limites territoriais do Judiciário até então organizados, seu alcance diminui na mesma proporção em que às barreiras geográficas vão sendo superadas pela expansão da informática, das comunicações, dos transportes e dos atores econômicos, que estabelecem múltiplas redes de interação. A autora salienta ainda que quanto maior a velocidade desse processo, mais o Judiciário é atravessado pelas justiças emergentes, nos espaços nacionais e internacionais, representadas por formas “inoficiais” de tratamento de conflitos, em termos organizacionais.

O Poder Judiciário se encontra estruturado para ter atuação sob a égide dos códigos, cujos prazos e ritos são incompatíveis, com a multiplicidade de lógicas, procedimentos de decisão, ritmos temporais, que hoje, presentes na economia globalizada.

Nesses termos, o tempo do processo judicial é o tempo dispensado. Por outro lado, o tempo da economia globalizada é o real, isto é, o tempo da simultaneidade. Ainda, para o Judiciário faltam meios materiais de dispor de condições técnicas que tornem possível a compreensão, em termos de racionalidade subjetiva dos litígios inerentes a contextos socioeconômicos cada vez mais complexos e transnacionalizados¹⁷⁰.

Salientam-se ainda alguns pontos pertinentes que assolam a crise jurisdicional¹⁷¹:

No mesmo contexto, a crise de eficiência da jurisdição é consequência de outros pontos de ruptura: primeiramente, uma crise estrutural traduzida pelas dificuldades quanto à infra-estrutura de instalações de pessoal, de equipamentos, de custos. Posteriormente pode-se verificar uma crise objetiva, especialmente relacionada à linguagem técnico-formal utilizada nos procedimentos e rituais forenses, a burocratização, a lentidão dos procedimentos e o acúmulo de demandas. Ainda, a crise subjetiva ou tecnológica se verifica ante a incapacidade dos operadores jurídicos tradicionais de lidarem com novas realidades fáticas que exigem não só reformulação legais, mas também a mudança cultural e de mentalidade, especialmente quanto ao mecanismo lógico-formal, que já

¹⁶⁹ SPENGLER, Fabiana Marion. A crise da jurisdição e os novos contornos da função jurisdicional: (in) eficiência face à conflituosidade social. IN: Rogério Gesta Leal; Jorge Renato dos Reis. (Org.). Direitos sociais & políticas públicas. 1. ed. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2005, v. Tomo 8, p. 2259 – 2289, p. 2261.

¹⁷⁰ Idem, p. 2259 – 2289.

¹⁷¹ MORAIS, José Luis Bolzan; SPENGLER, Fabiana Marion. **Mediação e Arbitragem – Alternativas à Jurisdição**. 2 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 134.

não atende – se é que algum dia atendeu – às respostas buscadas para os conflitos contemporâneos. Por fim, vem a crise paradigmáticas, que diz respeito aos métodos e conteúdos utilizados pelo Direito para buscar o tratamento pacífico dos conflitos partindo da atuação prática do direito aplicável ao caso sub judice.

Vislumbra-se que conseqüentemente a prática judicial de formas diferenciadas e não estatais de tratamento de conflitos, como a integração da aplicação da teoria da ação comunicativa dentro dos conflitos, criou um pluralismo de fontes de produções normativas constituídas à margem da jurisdição convencional operando com justiças que não possuem sustentabilidade e que ainda são baseadas em critérios de racionalidade material, desembocando no Judiciário uma crise de identidade funcional.

Além dessa crise de identidade funcional, a crise do Poder Judiciário pode ser identificada, ainda, como uma crise de identidade e de eficiência. Enquanto crise de identidade, pode-se vislumbrar por certo embasamento do papel judicial como mediador central de conflitos, perdendo espaço para outros centros de poder, talvez mais aptos a lidar com a complexidade de conflitiva atual, mais adequados em termos de tempo e espaço, como em particular entendimento estaria a mediação, como forma apta a oferecer praticidade e efetividade, além de agilidade para a tutela buscada, através da ênfase na comunicação e entendimento mútuo entre as partes.

Ocorre que é evidente a descrença na justiça, que se dá não só pela distância entre o cidadão comum, os ritos e a linguagem que envolvem os processos judiciais, como a falta de comunicação entre os atos processuais o que faria com certeza a evolução de tais procedimentos, garantindo maior celeridade, mas também pelo tempo percorrido pelos diferenciados procedimentos e pela inadequação das decisões vertidas frente à complexidade dos litígios atuais e pela impossibilidade de seu cumprimento, diante do lapso de tempo decorrente de tais procedimentos.

O que se verifica, então, é a desconexão entre o aparelho judicial e o sistema político e social, distanciando-se a lei (e por conseguinte sua interpretação e sua aplicação) na sociedade em que se encontra inserida, não correspondendo, assim, à expectativa de tratamento adequado aos conflitos. Tais conflitos, que ao entendimento deste trabalho e da teoria da ação comunicativa, podem ser diminuídos, se caracterizados pela aplicação da comunicação e cooperação mútuas entre os sujeitos e os atos de alcance da tutela jurisdicional, garantindo, a crença em um Judiciário forte e a ênfase na efetividade.

No corpo deste estudo, verifica-se a tentativa, justamente, de observar que, a partir da colaboração e perpetuação da ênfase no favorecimento da comunicação entre as partes, contribui-se para a ocorrência da forma comunicativa junto à possibilidade de efetivação do poder jurisdicional através da concretização dos anseios das partes.

Em relação a essa forma de aplicação da comunicação entre as partes, um exemplo importante seria o da busca pela concretização da mediação entre os litigantes processuais ou até mesmo fora do processo, tendo em vista a resolução de conflitos e a efetiva participação e satisfação dos interesses das partes. Posteriormente esse enfoque será discutido de forma mais abrangente.

A crise da jurisdição está também de certa forma ligada à crise estatal e, mais ainda, à questão procedimental do direito, e se observa que a nova compreensão do direito atinge também, inclusive em primeira linha, o problema relativo à construção do Estado democrático de direito em sociedades complexas. Pode-se verificar que a passagem para o modelo do Estado social se impôs, porque os direitos subjetivos podem ser lesados, não somente através de intervenções ilegais, mas também através da omissão da administração. A mudança estrutural da sociedade põe à mostra o conteúdo jurídico objetivo inerente ao direito geral a liberdades iguais¹⁷².

Assim, observa-se também que através da mudança necessária, tanto no modelo de Estado quanto no modelo de estrutura social, o direito deve buscar objetivamente a garantia das liberdades aos seus sujeitos e entre elas está a efetividade da tutela jurisdicional a todos que a buscam¹⁷³.

¹⁷² HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia** 2. ob. cit. p. 170.

¹⁷³ “Descobriu-se que a concepção que determina o paradigma do direito formal – segundo a qual somente a justiça individualista é capaz de assegurar a solidariedade social e somente a liberdade contratual pode garantir uma proteção eficaz e justa da confiança – é insustentável. Por isso, o fato de mais obrigações positivas se acrescentarem aos direitos negativos destinados a impedir certas intervenções abusivas não implica uma mudança profunda na idéia de um direito apoiado. No princípio da reciprocidade. Porém mudou o efeito ambivalente dos novos direitos que definem as prestações devidas aos usuários. Pois estes conseguiriam fortalecer inequivocamente uma configuração autônoma e privada da vida, na medida em que os próprios beneficiários não se contentam em gozar das prestações garantidas de modo paternalista, engajando-se na interpretação dos critérios segundo os quais é possível estabelecer a igualdade jurídica face a desigualdades de fato. Num nível abstrato, essa condição é preenchida através da legitimação democrática do legislador e da divisão de poderes no estado de direito. Todavia há exemplos concretos, especialmente na área das políticas de igualdade feministas, que colocam em dúvida uma resposta tão simples. Como o crescimento e a mudança qualitativa das tarefas do Estado, modifica-se a necessidade de legitimação; quanto mais o direito é tomado como meio de regulação política e de estruturação social, tanto maior é o peso de legitimação a ser carregado pela gênese democrática do direito. HABERMAS, Jürgen. Ob. cit. p. 170-71.

Importante mencionar que uma das questões da crise estatal na visão procedimentalista do direito, que se vislumbra nos foros, é a sua aplicação de forma fria em comparação ao cenário da problemática em si. Diante de tal observação faz-se o comentário a respeito do alcance da tutela jurisdicional em relação aos problemas de ênfase coletiva, por exemplo, que são atualmente enfoque de discussão também, junto ao Código de Processo Coletivo, e que faz com que se questione a respeito da importância da aplicação do discurso de forma equilibrada e com enfoque destinado à satisfação dos interesses do coletivo, ou seja, de todos os outros incluídos no grupo¹⁷⁴.

Somente a título de exemplificação é que se demonstra a grandiosidade do problema da crise jurisdicional, mas não esqueçamos aqui a ênfase na análise do nosso objetivo, por isso volta-se ao seu desenvolvimento. Como já salientado, o judiciário encontra-se no centro dos principais debates da década e se vislumbra daí, principalmente, a questão de suas crises.

Habermas aponta para um interessante contexto da crise do Estado de Direito, sendo que o pivô da atual crítica ao direito, num Estado sobrecarregado com tarefas qualitativamente novas e quantitativamente maiores, resume-se a dois pontos: a lei parlamentar perde cada vez mais seu efeito impositivo e o princípio da separação dos poderes corre perigo. Enquanto a administração clássica podia concentrar-se em tarefas de ordenação de uma sociedade econômica, entregue à auto-regulam econômica, somente deveria intervir, em princípio, quando a ordem garantida pelo Estado de Direito e pelo direito constitucional fosse perturbada¹⁷⁵.

Ao contrário, Habermas considera que a positividade e o formalismo são elementos insuficientes para a legitimação do Direito, pois aos mesmos deveria se associar a “fundamentação”, elemento que impede/atenua o papel do Direito de

¹⁷⁴ As instâncias estatais que instrumentalizam direitos para realizar fins coletivos tornam-se autônomas, entrando numa parceria com seus clientes mais poderosos e formando uma administração de bens coletivos, sem subordinar a escolha dos fins ao projeto de realização de direitos inalienáveis.

Hoje em dia é impossível desconhecer tais tendências que levam à autonomização do poder ilegítimo. Entretanto, a descrição dessas tendências, que registra o solapamento do Estado de direito, tido como consequência inevitável de mudanças estruturais no Estado e na sociedade tem que ser tida como problemática: 1) Em primeiro lugar, convém lembrar opiniões já conhecidas sobre a crise do Estado de direito e abordar a compreensão que serve de pano fundo à opinião funcionalista, que empresta um tom fatalista aos diagnósticos desta crise 2) A seguir tentar esclarecer a diagnosticada “perda de validade da constituição “à luz do paradigma procedimentalista do direito. 3) Finalizar com uma breve observação sobre o sentido do “projeto “ de uma comunidade jurídica que se organiza a si mesma. HABERMAS, Jürgen. Ob. cit. p. 173.

¹⁷⁵ HABERMAS, Jürgen. Ob. cit. p. 175

dominação do mundo da vida. Não fosse assim, o Direito, por imperativos sistêmicos, facilitaria a dominação do mundo da vida pelo mercado e pela burocracia. Somente essa fundamentação permitiria ao Direito ser instrumento de continuidade do aspecto ético das noções de universalidade e aceitabilidade racional, embutidas no agir comunicativo, assumindo com isso o papel de integração social¹⁷⁶.

Assim, o Direito e o próprio Estado detêm todo o poder jurisdicional, não estão mais preparados, ou melhor, não conseguem acompanhar a evolução da sociedade civil nos tempos pós-modernos, sendo que a lei cada vez mais se torna inaplicável, da mesma forma que não se mantém mais a separação original dos poderes estatais e, como exemplo, está a concretização do direito à saúde, onde o judiciário tornou-se seu garantidor ao invés do seu sujeito principal que seria o poder executivo¹⁷⁷.

Analisando-se a teoria do agir comunicativo, percebe-se que ela se insere no contexto de uma discussão sobre a questão da ética e valores, pois, na visão de Jürgen Habermas a coordenação da ação comunicativa está orientada por valores e a prática do consenso, sendo que são mantidos pelo interesse, que acaba por gerar compromissos.

Assim, a ação comunicativa se refere não só à capacidade dos falantes e ouvintes entenderem-se, mas de trabalharem a linguagem no sentido de prática

¹⁷⁶ CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. **Habermas e o direito brasileiro**. 2. Ed. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2008, p 23.

¹⁷⁷ Enquanto a administração clássica podia concentrar-se em tarefas de ordenação de uma sociedade econômica, entregue à autorregulação econômica, ela só devia intervir, em princípio, quando a ordem garantida pelo Estado de direito e pelo direito constitucional fosse perturbada. A lei geral e abstrata, que traduz fatos típicos em conceitos jurídicos determinados e os associa a conseqüências jurídicas claramente definidas, tinha sido concebida em função desses casos; pois o sentido da ordem jurídica consistia em proteger a liberdade jurídica das pessoas contra intromissões de um aparelho de Estado limitado à manutenção da ordem. Tão logo, porém, a administração do Estado social foi tomada para tarefas de estruturação e de regulação política, a lei em sua forma clássica não era mais suficiente para programar a prática da administração. Para suplementar essa administração clássica intervencionista, cuja atividade é caracterizada como reativa bipolar e pontual, surgiram administrações planejadoras com uma prática totalmente diferente. A moderna administração, prestadora de serviços que assumem tarefas de provisão, de elaboração de infraestrutura, de planejamento e de previsão de riscos, portanto, tarefas de regulação política em sentido amplo, age voltada para o futuro e para a cobertura de grandes espaços; suas intervenções tocam, além disso, as relações entre sujeitos privados e grupos sociais. A moderna prática de administração revela "tal grau de complexidade, de dependência da situação e de incerteza que ela não pode ser captada plenamente pelo pensamento, não podendo, pois, ser determinada de modo conclusivo. HABERMAS, Jürgen. Ob. cit. p. 188.

social, favorecendo a aplicação e concretização de valores éticos e de boa-fé¹⁷⁸, que no contexto deste trabalho vão ao encontro do entendimento de beneficiamento à efetividade da tutela jurisdicional.

A aplicação da tutela jurisdicional atual deve ser repensada tendo em vista a busca maior da aplicação dos valores éticos e na concretização da efetiva comunicação e conciliação entre as partes, colocando em prática uma jurisdição participativa voltada para a resolução célere e efetiva dos litígios sociais¹⁷⁹.

Neste capítulo busca-se analisar algumas questões mais amplas sobre a importância da teoria do agir comunicativo, pois, existe a necessidade de apresentar alguns pontos que são importantes. Primeiramente, na demonstração e exemplificação de artifícios inibidores do alcance da tutela jurisdicional, utilizados pelos sujeitos processuais, constituindo a improbidade processual, e caracterizando a importância da concretização dos meios comunicativos na busca pela real efetividade da mesma tutela

3.2 A PRESENÇA DE VALORES ÉTICOS E EM TORNO DA GARANTIA DA TUTELA JURISDICIONAL

Habermas entende que é através de uma moral dentro do discurso comunicativo que se pode estabelecer as relações dos sujeitos com o mundo. Tal

¹⁷⁸ Esse entendimento somente tem base em atos ilocucionários. Quanto aos efeitos perlocucionários, escreve: “Los efectos perlocucionarios, lo mismo que los resultados de acciones teleológicas en general, pueden describirse como estados del mundo producidos por intervenciones en el mundo. Los éxitos ilocucionarios, por el contrario, se consiguen en un plano de relaciones interpersonales, en el que los participantes en la comunicación se entienden entre sí sobre algo en el mundo”. [“Os efeitos perlocucionários, o mesmo que os resultados das ações teleológicas em geral, podem descrever-se como estados do mundo produzidos por intervenções no mundo. Os êxitos ilocucionários, pelo contrário, se conseguem em um plano de relações interpessoais, em que os participantes na comunicação se entendem entre si sobre algo no mundo...”. HABERMAS, Jürgen. **Teoría de la acción comunicativa: complementos y estudios previos**. 5. ed. Madrid: Cátedra, 2001, pp. 41-42.

¹⁷⁹ Na prática da negociação, a conciliação tem como base necessária uma sociedade complexa. Nessa sociedade, a coerção, caracterizada pela possibilidade de sanção, não pode ser o elemento condutor do agir social quando em conflito. Por isso, embora justificada a coercitividade do direito, procura-se o privilégio do consenso e da inclusão para legitimar as soluções de controvérsias. Releve-se que para Habermas a competência comunicativa se refere não só à capacidade de falantes e ouvintes produzirem sentenças e se entenderem por meio delas, mas aos modos de comunicação e conexão com o mundo externo. Portanto, Habermas não trabalha com a linguagem como faria um lingüista porque vê a linguagem enquanto prática social. ALBERTON. Genacéia da Silva. Ação comunicativa e jurisdição: uma contribuição habermasiana. **Revista Fundação Escola Superior do Ministério Público distrito federal**. Brasília, ano 12, volume 23, p. 85-102. jan/dez. 2004, p. 89.

entendimento permeia a esfera da moral, sendo levado às pretensões a uma adequação de valor e encaixe nas normas morais.

Dessa forma, à medida em que um enunciado corresponde a uma pretensão de validade desafiada, há sempre a possibilidade de se entrar em uma forma reflexiva do agir comunicativo, o que Habermas tem chamado de Discurso, com o objetivo de resolver, pela argumentação, a validade da pretensão levantada.

Os tipos de argumentação (Discurso) analisados por Habermas são: o discurso teórico, que avalia pretensões de validade da verdade proporcional; o discurso prático, que avalia as pretensões de validade das normas de ação.

A Teoria do Discurso é uma das grandes possibilidades de resgate do papel da Filosofia na alta modernidade, como “guardiã de lugar da racionalidade científica e intérprete mediadora do mundo da vida”.

Na medida em que pretende fundamentar o sistema dos direitos com o auxílio do princípio do discurso, esclarecendo porque a autonomia privada e pública, os direitos e a soberania do povo se pressupõem mutuamente, e assim contribuir decisivamente, para que sirva adequadamente de suporte para a perspectiva operacional de uma Dogmática Jurídica como acionador interpretativo do Direito Constitucional comprometida com um Estado Democrático de Direito entre nós.

Em outras palavras, a teoria habermasiana, procedimentalista, esclarece a doutrina do direito subjetivo como aquela que começa quando os direitos morais subjetivos se tornam independentes, os quais têm a pretensão de uma legitimidade além da a do processo de legislação política.

Dever-se-ia levar em conta o sentido de questionamentos éticos ou morais. Dessa forma, os direitos humanos e o princípio da soberania do povo formam a base possível para justificar o direito moderno.

Afirma-se que a partir do pressuposto de uma formação política racional da opinião e vontade, se institucionaliza o princípio da democracia, através de um sistema de direitos que garante a participação de todos de forma igualitária num processo de normatização jurídica. Essas determinações são partes que integram uma explicação funcional normativa do direito. Normas morais regulam conflitos entre pessoas naturais, ao passo que normas jurídicas regulam conflitos entre atores que se reconhecem como membros criados a partir das normas do direito.

Salienta-se que o pensamento de Kant sobre legalidade, apesar de ser mais útil para analisar as determinações formais do direito, não se pode entender esses

aspectos da legalidade como limitações da moral, esclarecendo-as do ponto da relação sociológica entre moral e direito. Considera a eficácia para a ação dependente dos princípios morais no sistema da personalidade mais do que da força motivacional de bons argumentos. Portanto, normas de ação surgem na forma jurídica, quando se faz uso de ações subjetivas.

Derivadas do conceito de posituação do direito, as normas regulam os contextos interacionais de uma sociedade concreta, as quais têm sua origem das decisões históricas, de um universo jurídico delimitado socialmente e com âmbito de validade especial.

Na visão habermasiana para fundamentação de qualquer tipo de direito, o princípio do discurso e a forma jurídica de relações interativas não são suficientes por si mesmos. Somente se houver ligação com o médium do direito, formando um sistema de direito com autonomia pública numa relação de pressuposição recíproca. Ao alcance que o sistema de direitos afirma a autonomia privada e pública, ele operacionaliza o conflito entre facticidade e validade, ou seja, positividade e legitimidade. Sob análise semântica, é possível distinguir direitos positivos e negativos, mas mesmo assim não se atingiria o elemento da forma jurídica.

Segundo a proposta de Habermas, o surgimento da legitimidade a partir da legalidade não é paradoxal. Regulações jurídicas podem estabelecer medidas para que os custos das virtudes cidadãos não sejam muito altos. Traz dois pontos a serem verificados, a carga de legitimação das normas jurídicas, e outro a juridificação da liberdade comunicativa, onde o direito é levado a explorar fontes de legitimação das quais ele não pode dispor.

Habermas entende que sendo a moral um sistema de proteção de seres humanos vulneráveis, e inseridos pela via da socialização, ela se dirige tanto à pessoa insubstituível quanto ao membro de uma comunidade, de maneira que a justiça e a solidariedade sejam entendidos como formas distintas, mas complementares, referidas à mesma moral, dois polos correspondentes aos aspectos igualmente importantes, quais sejam, do igual respeito pelos direitos de cada indivíduo e da responsabilidade solidária pelo bem-estar da comunidade em que estão inseridos.

Na visão da ética do discurso, as normas morais podem apresentar-se com uma pretensão à pura validade cognitiva, tendo em vista que o princípio de

universalização coloca à disposição uma regra de argumentação que possibilita a decisão racional de questões morais de âmbito prático.

A importância da teoria do discurso e de sua validade para a compreensão e entendimento dos sujeitos está inserida dentro do entendimento de que a ética é base fundamental para que haja a comunicação e o entendimento das partes na busca da tutela jurisdicional. Ocorre que cabe aos participantes do discurso terem atrelados aos seus entendimentos que existe a necessidade de ética junto à discussão, na tentativa de se chegar ao denominador comum.

Todo o ordenamento jurídico está, a princípio, voltado na boa-fé e na ética o que se denota da busca pela integralidade de valores e supremacia de uma nação justa. Muitas vezes, isso não ocorre, perfazendo um total de injustiça, descrédito do sistema judiciário e insegurança dos sujeitos que dependem da garantia do instrumento o Estado que é a tutela jurisdicional.

Segundo Celso Ribeiro Bastos sobre a implantação de conceitos éticos¹⁸⁰:

Fácil é detectar-se na ideologia de nossa Constituição o propósito de implantar o Estado Democrático de Direito, a partir de conceitos éticos, como o de que “a lei não deve ser apenas o fruto de uma vontade captada no órgão de representação popular, mas deve tender à realização da justiça. Em outras palavras, a lei passa a ser identificada não apenas pelo seu processo formal de elaboração, mas também pelo seu conteúdo.

Assim, não pode, por lógica, serem as leis processuais indiferentes às questões éticas, garantindo a concretização e efetivação da justiça, como menciona Augusto M. Morello, com relação ao processo justo¹⁸¹:

El sentimiento vaporoso de la justicia ha dado en la gente a que se aprehenda e interiorice como un valor que con los de la libertad, La seguridad y la solidaridad diseñan un nuevo perfil – nada mediocre y chacano – que marca la edad inmediata del Derecho. Cualquier posición que, por insolidaria y egoísta, altere o impida El equilibrio tolerable de la libertad con la igualdad, es juzgado como incompatible con los Derechos Humanos. Un proceso judicial (o arbitral) que violente o menoscabe los hitos que jalonan las conquistas, será por ende evaluado como que está en contraste con él, que se divorcia de sus metas frustrando los fines de hacer justicia en concreto. Todo ello Le hace bien al hombre de derecho, pues tan serenas y estimulantes lecciones del pasado y del derecho comparado muestran a las claras cómo es imprescindible asociar la teoría del proceso

¹⁸⁰ BASTOS, Celso Ribeiro. **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva, 1992. Tomo. III, p. 11. v. III.

¹⁸¹ MORELLO, Augusto M. **El proceso justo del garantismo formal a la tutela efectiva de los derechos**. La Plata: Platense, 1994, p. 656-57.

justo a las consecuencias positivas que de el deben derivarse inevitablemente.

Dessa forma somente se vislumbra um processo justo e uma tutela jurisdicional efetiva se ocorrer a formação da base ética junto ao instrumento processual, no intuito de abranger todos os operadores do direito.

Celso Agrícola Barbi complementa: “O processo judicial, enfim, tem muito de jogo, competição. Nessa disputa, é claro que a habilidade é permitida, mas não a trapaça. Daí a imposição do Código de Processo Civil brasileiro de deveres éticos das partes e dos procuradores e a punição severa às suas infrações”¹⁸².

No mesmo sentido de aplicação da ética em favor de um processo justo e de uma tutela jurisdicional efetiva, encontra-se Cândido Rangel Dinamarco¹⁸³:

A procrastinação maliciosa, a infidelidade à verdade, o dolo, a fraude, e toda e qualquer manifestação de má-fé ou temeridade, praticados em juízo, conspurcam o objetivo do processo moderno no seu compromisso institucional de buscar e realizar resultados coerentes com os valores de equidade substancial e de justiça procedimental, consagrados pelas normas constitucionais.

Aqui, surge uma ideia muito importante a respeito do processo moderno, uma vez que este está totalmente centrado no objetivo de alcançar a tutela jurisdicional ao seu titular de forma efetiva e célere, descaracterizada de má-fé através de atos que possam ser praticados pelos operadores do direito.

O autor Aristóteles Atheniense menciona sobre a lealdade e boa-fé:

Ora, a lealdade e a boa-fé, são regras informativas de caráter ético abrangentes de todas as atividades das partes, desde o início, durante todo o procedimento, inclusive no desdobramento recursal, como, ainda, no processo executório que venha a ser instaurado, posteriormente à sentença condenatória¹⁸⁴.

Diante da necessidade maior de se observar a boa-fé dentro do direito processual civil, bem como no processo em si, Humberto Theodoro Junior observa sobre tal:

¹⁸² BARBI, Celso Agrícola. **Comentários ao Código de Processo Civil**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1988. v. I, p. 167.

¹⁸³ DINAMARCO, Cândido Rangel, Op. cit. p. 167.

¹⁸⁴ ATHENIENSE, Aristóteles. Litigância de Má-Fé, o Estado e a lealdade processual. **Revista Jurídica**, Porto Alegre, v. 45, n. 237, p. 39-40, jul. 1997, p. 39.

Inspirada nos valores éticos consagrados pela Constituição, a idéia de devido processo legal veicula a noção de instrumento apto a proporcionar o verdadeiro acesso à justiça, ou seja, a de um processo aparelhado para assegurar a obtenção dos resultados justos que dele é lícito esperar. Nesse compasso, o Código de Processo Civil reprime, de várias maneiras, a má-fé processual, de forma a valorizar o comportamento ético dos sujeitos do processo e a eliminar a pior mácula moral que uma atividade de pacificação social comprometida com a justiça poderia apresentar: a mentira e, conseqüentemente, a injustiça¹⁸⁵.

Evidencia-se que a má-fé, que logicamente é provocada por algum dos operadores do direito, somente tende a provocar injustiças e descrédito do sistema jurídico e de todo o esquema processual, uma vez que, ao tentar burlar de qualquer forma tais atos, o principal aspecto definido de alcance é a garantia da ineficácia e inefetividade da tutela jurisdicional.

O autor já citado se refere com mais ênfase ao assunto abordado nas seguintes linhas:

Com esse enfoque, compromete-se a jurisdição com a satisfação plena do direito individual, por meio daquilo que se convencionou denominar de tutela jurisdicional efetiva, mas tudo apoiado em princípios que disciplinam as funções, os poderes e os deveres do juiz com acentuada qualificação ético-moral e deontológica. Do lado das partes, seus poderes e deveres se estabelecem sob a mesma preocupação ética observada na demarcação do papel confiado ao juiz para implantar o processo justo. O processo não é produto apenas da atividade do juiz. No sistema democrático de processo, o resultado da prestação jurisdicional é gerado pelo esforço conjunto de todos os sujeitos processuais, inclusive, pois, do autor e do réu. Não basta que o juiz se comporte eticamente. O mesmo padrão de conduta há de ser observado pelas partes e seus advogados.¹⁸⁶

Ao perceber o empenho de doutrinadores e também dos operadores do direito no sentido de construir um processo mais justo, Agnaldo Rodrigues Pereira menciona:

Assim, creio, se adotada esta postura de incluir-se o causídico como responsável pelo ônus da litigância de má-fé, certamente os atos procrastinatórios e condutas anti-processuais pouco a pouco serão banidos dos processos, e as partes terão, com certeza, uma justiça célere, leal, pura e extremamente justa, pois ao conhecimento do juiz chegará apenas a verdade verdadeira, e o magistrado, no desempenho da sua árdua função,

¹⁸⁵ THEODORO JUNIOR, Humberto. **Boa-fé processo – princípios éticos na repressão à litigância de má-fé do juiz.** Disponível em: [http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/Humberto%20Theodoro%20J%C3%BAnior\(3\)formatado.pdf](http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/Humberto%20Theodoro%20J%C3%BAnior(3)formatado.pdf). Acesso em: 20. Abr. 2008, p. 18-19.

¹⁸⁶ Idem, p. 19-20.

poderá afirmar que, efetivamente, à luz da verdade estampada no processo pelos advogados, fez a almejada justiça¹⁸⁷”.

Não só o juiz, nem somente as partes devem primar pela ética e seriedade dentro do processo. Como instrumento de alcance da tutela jurisdicional efetiva, devem todos inclusive os serventuários da justiça primar por tais condutas. Em sua totalidade o operador do direito deve ser criada a conscientização de que a mentira, a trapaça e tantas outras formas de má-fé apenas causam prejuízos ao Estado, o qual sustenta todos os cidadãos.

A respeito de tal reflexão Paulo Cezar Pinheiro Carneiro aponta:

Essa moderna visão da atividade processual valorizada pela solidariedade decorrente dos valores éticos de boa-fé e lealdade, e do compromisso com o justo, dá maior dignidade ao processo, afastando-se do papel simples sucessão fria de atos e documentos, para transformá-lo em algo palpitante de vida, de anseios, angústias e esperanças. Dessa maneira, o processo passa a congrega dois aspectos que se fundem: o pleno técnico e humano ou ético, não para criar normas, mas para desvendá-las, descobri-las, potenciá-las, aprimorá-las, interpretando-as na linha dos escopos jurídicos, sociais e políticos do processo moderno, que informam o Estado Democrático de Direito. Nesse passo, a ética passa a representar um valor indispensável na busca da construção da justiça¹⁸⁸.

Dessa forma, tem-se que a ética e a justiça devem sempre caminhar juntas para que o processo se dê de forma concreta a partir de valores e a tutela jurisdicional não esbarre nos artifícios maléficis de algum dos operadores do direito, pois a esses cabem se conscientizar o ordenamento da necessidade de uso consciente e ético dos instrumentos processuais na garantia da efetiva tutela buscada.

3.3 ASPECTOS RELEVANTES DA TEORIA DO AGIR COMUNICATIVO

A concepção comunicativa decorre da análise de Habermas tendo em vista a linguagem e a razão: desta forma surge o agir comunicativo, que busca a cooperação entre os comunicantes. Assim, o agir comunicativo tende a uma relação

¹⁸⁷ PEREIRA, Agnaldo Rodrigues. Responsabilidade solidária do advogado na litigância de má-fé. **Revista de Direito civil e Processual Civil**, Porto Alegre, a. I, n. 03, p. 68-71, jan./fev. 2000, p. 71.

¹⁸⁸ CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro. A Ética e os Personagens do Processo. **Revista Forense**, Rio de Janeiro, v. 358, p. 347-353, 2001, p. 351.

reflexiva com o mundo, sendo que a pretensão de validade deve ser reconhecida intersubjetivamente¹⁸⁹.

Nesse contexto, o falante depende da cooperação dos outros e tal ocorrência ou entendimento poderá ser aplicado de forma a garantir uma alternativa à crise jurisdicional, e mais especificamente quanto a sua efetividade, através do entendimento e da facilidade em dirimir os conflitos das partes.

Assim, a comunicação pressupõe o acordo sobre pretensões de validade expostas durante os atos de fala. Dessarte, a linguagem exige sempre a ‘visão do outro’, a constatação de que nossas opiniões, valores, ideias não são únicas e nem tampouco necessariamente as melhores. Logo, a linguagem traduz uma possibilidade de aprendizado, de refinamento, de evolução e do aprimoramento humano. Ademais, permite a superação da unilateralidade cognitiva contida nos conceitos *a priori* da razão prática kantiana ou os conceitos abstratos da fenomenologia hegeliana, no instante em que busca a construção da validade no diálogo e em uma racionalidade intersubjetiva¹⁹⁰.

Nesse sentido, Souza Cruz entende que a teoria do agir comunicativo, constitui um esforço múltiplo de Jürgen Habermas de construir simultaneamente uma teoria da racionalidade, uma teoria da sociedade e da modernidade em cima de uma metalinguagem dos processos comunicativos, como desdobramento do projeto filosófico de uma pragmática universal. Somente mais tarde, em “Direito e Democracia” e, especialmente, em “Verdade e Justificação”, a transcendentalidade de sua proposta começará a ser afastada em favor de uma proposta contrafática do discurso linguístico¹⁹¹.

O agir comunicativo¹⁹² é voltado para o entendimento mediado pela linguagem em busca de normas que possam valer obrigatoriamente e que preencham legitimamente as expectativas recíprocas de comportamento aceitas por no mínimo dois interlocutores¹⁹³.

¹⁸⁹ BANNELL. Ralh Ings. **Habermas e a Educação**. Belo Horizonte: Autêntica, 2006, p. 53.

¹⁹⁰ CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. **Habermas e o direito brasileiro**. 2. Ed. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2008, p. 85.

¹⁹¹ Idem, p. 91.

¹⁹² Idem, p. 90.

¹⁹³ Realizado o resgate de aspectos conceituais e relações de interdependência entre Direito estatal, arbitral e de mediação, frutos de pesquisas anteriores, mas que são pontos de partida para o desenvolvimento atual de nossas pesquisas, partiremos agora pra o que é específico e novo neste relato, e que diz respeito a uma introdução da “teoria do agir “ comunicativo “ de Jürgen Habermas, justamente pelo fato de que este autor retoma a aprofunda a discussão sobre a importância da dimensão dialógica para a integração das sociedades. OLIVEIRA JUNIOR, José Alcebiades de.

Para o filósofo, a sociedade se constitui de forma simultânea num mundo da vida, na qual, de um lado, ampliam-se formas de solidariedade, comunicação e entendimento, e de outros conjuntos controlados por imperativos funcionais e formais, que se materializam em estímulos de eficiência/sobrevivência em prol de atividades lucrativas, bem como da corporação da burocracia¹⁹⁴.

O sistema jurídico mantém uma relação biunívoca com as diferentes formas de agir. De um lado, o Direito, por meio das obrigações contratuais e do direito de propriedade, possibilita a ação estratégica no sistema capitalista. Por outro, as noções de autonomia e de dignidade são base para a ação comunicativa. Contudo, o Direito sofre também as consequências dessa dualidade de ações, sendo que sua legitimidade estaria justamente na predominância da segunda.

Segundo Habermas¹⁹⁵, aqueles que participam, no momento em que iniciam uma tal prática argumentativa, têm de estar dispostos a atender à exigência de cooperar uns com os outros na busca de razões aceitáveis. E, de estarem dispostos a deixar-se afetar e motivar, em suas decisões.

Os pontos que pressupõe a pragmática da discussão mostram que ambos os requisitos podem ser satisfeitos de forma simultânea. A discussão facultativa, com efeito, a duas condições¹⁹⁶: a primeira; que cada participante individual seja livre, no sentido de ser dotado da autoridade epistêmica da primeira pessoa, para dizer “sim” ou “não” e a segunda, que essa autoridade epistêmica seja exercida de acordo com

Pesquisas em cidadania e soluções alternativas de conflitos – contribuições de Jürgen Habermas para um paradigma dialógico no direito. In: SANTOS, André Leonerdo Copetti; DEL'OLMO, Florisbal de Souza. **Diálogo e Entendimento direito e multiculturalismo e cidadania e novas formas de conflitos**. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 9.

¹⁹⁴ [...] o mundo da vida constitui o horizonte de um práxis do entendimento mútuo, em que os sujeitos que agem comunicativamente procuram, em conjunto, chegar a bom termo com seus problemas cotidianos. Os mundos da vida modernos diferenciam-se nos domínios da cultura, da sociedade e da pessoa. A cultura articula-se – segundo os aspectos de validade das questões sobre verdade, justiça e gosto – nas esferas da ciência e da técnica, do direito e da moral, da arte e da crítica da arte. As instituições básicas da sociedade (como a família, a Igreja e a ordem jurídica) geraram sistemas funcionais que (como a economia moderna e a administração do Estado) desenvolvem uma vida própria por meios de comunicação próprios (dinheiro e poder administrativo). As estruturas da personalidade, por fim, nascem de processos de socialização que equipam as jovens gerações com a faculdade de orientar-se de maneira autônoma num mundo tão complexo. Habermas, *Verdade e Justificação*, p. 320.

¹⁹⁵ HABERMAS, Jürgen. **Verdade e justificação: ensaios filosóficos**. São Paulo: Edições Loyola, 2004, p.15.

¹⁹⁶ Não se pode isolar a primeira condição, a da liberdade comunicativa, da segunda, , tampouco se pode atribuir a ela uma prioridade sobre a segunda, que é a da busca de um consenso. Esta última condição reflete o sublime vínculo social: uma vez que encetamos uma práxis argumentativa, deixamo-nos enredar, por assim dizer, num vínculo social que se preserva entre os participantes mesmo quando eles se dividem na competição da busca do melhor argumento. Para uma caracterização do paradigma mentalista, cf, J. Habermas, *Verité et justification*, pp. 127-9.

a busca de um acordo racional que portanto, só sejam escolhidas soluções que sejam racionalmente aceitáveis para todos os envolvidos e afetados pelas decisões. É essa esta a ideia da qual se espera seja embutida dentro do processo de alcance da tutela jurisdicional efetiva, uma vez concretizada através da cooperação e entendimento argumentativo de todos os sujeitos envolvidos¹⁹⁷.

3.3.1 Jurisdição Participativa á aplicação do teoria do Agir comunicativo junto à efetivação da tutela jurisdicional

Dessa forma, a figura de uma jurisdição mais participativa, com sujeitos mais ativos e presentes no processo acarretaria uma maior celeridade e efetividade do mesmo, tornando-o mais ideal aos anseios das partes.

O presente tema se depara com uma incógnita em relação ao modelo atual de jurisdição e à necessidade da participação dos sujeitos da relação processual em termos de ética e responsabilidade como uma nova forma de realização da tutela jurisdicional efetiva, sendo este o principal objeto deste estudo¹⁹⁸.

A justiça deve primar por satisfazer as partes, mas também por equilibrar o processo dentro de um tempo razoável, sendo oportuno citar o entendimento de José Rogério Cruz e Tucci¹⁹⁹, a respeito desta ideia:

Em suma, o resultado de um processo não apenas deve outorgar uma satisfação jurídica às partes, como também, para que essa resposta seja a mais plena possível, a decisão final deve ser pronunciada em um lapso de tempo compatível com a natureza do objeto litigioso, visto que – caso contrário- se tornaria utópica a tutela jurisdicional de qualquer direito. Como já se afirmou, com muita razão, para que a Justiça seja injusta não se faz falta que contenha equívoco, basta que não julgue quando deve julgar.

Não se quer dizer aqui afirmar que o propósito de uma justiça mais célere tenha se dado somente agora com a Emenda Constitucional n.º 45, que apenas veio normatizar um anseio que deriva do já comentado direito de acesso à justiça, mas o direito deve garantir ao cidadão a obtenção de uma solução mais célere e eficiente em um prazo razoável.

¹⁹⁷ HABERMAS, Jürgen. **A ética da discussão e a questão da verdade**. Trad. Marcelo Brandão Cipolla. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 15-16.

¹⁹⁸ TOALDO, Adriane Medianeira; LOPES, Carina Deolinda da Silva. **Jurisdição Participativa: o novo paradigma processual na realização da tutela jurisdicional efetiva**. Disponível em: <http://www.ugf.br/editora/pdf/voxxuris/artigo1.pdf>. Acesso em: 28. nov. 2008.

¹⁹⁹ TUCCI, José Rogério Cruz. **Tempo e processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. p. 65.

A cooperação das partes, aqui trabalhada, nada mais é do que um exercício mais ativo da cidadania processual, conseqüentemente emergindo o princípio da colaboração.

A jurisdição, concebida originalmente na visão de pensador Montesquieu como uma atividade voltada na revelação de significados da legislação, não pode mais ser compreendida nesse restrito objetivo, devendo ser pensada dentro das relações sociais e sua cooperação:

A importância do direito na construção das relações sociais, assim como da jurisdição na efetividade do direito, especialmente por força da necessidade de superação efetiva do paradigma do positivismo, implica na busca de critérios de legitimação da atividade jurisdicional encontrada nas sociedades pós-modernas. Dentre as propostas surgidas para reconstruir a concepção do direito, destaca-se a ideia da ação comunicativa de Jürgen Habermas²⁰⁰.

A questão de contribuição do pensador Jürgen Habermas a respeito da razão prática até à razão comunicativa traz uma alternativa ao paradigma da filosofia que se estruturou na modernidade, caracterizado por um racionalismo individualista por meio do qual o indivíduo é o centro de convergência de toda moralidade, politicidade e conhecimento, ou seja, a própria razão prática teria sido absorvida pelo sujeito. No campo jurídico, o filósofo alemão associou a pretensão de normatividade imediata da razão prática ao jus racionalismo e sustentou sua impossibilidade de atender as demandas das complexas sociedades pós-modernas, como a que se encontra ancorada junto ao alcance da tutela jurisdicional diante dos conflitos contemporâneos e da falta de cooperação e comunicação entre os sujeitos sociais.

A cooperação, no entanto, não pode ser entendida somente como aquela que advém das partes, mas sim de todos os sujeitos da relação processual, como ressalta Carlos Alberto Alvaro de Oliveira²⁰¹: “a ideia de cooperação há de implicar, sim, um juiz ativo, colocado no centro da controvérsia, mas também a recuperação do caráter isonômico do processo, com a participação ativa das partes.”

²⁰⁰ CARVALHO, Francisco Bertino. **A legitimidade da jurisdição**: possibilidades do pensamento de Jürgen Habermas. Disponível em: http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/salvador/francisco_bertino_bezerra_de_carvalho.pdf. Acesso em: 25. Mar. 2010.

²⁰¹ OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. **Efetividade e processo de conhecimento**. Disponível em: www.ufrgs.br/mestredir/doutrina/oliveir2.htm. Acesso em: 22 set. 2007.

Desse princípio de colaboração das partes resulta uma importante premissa de que é necessário um processo mais humano, comunicativo e público, que reflita um trabalho conjunto entre os sujeitos do processo.

Assim, Carlos Alberto Alvaro de Oliveira²⁰² comenta a ideia de cooperação:

Ora, a idéia de cooperação além de exigir, sim, um juiz ativo e leal, colocado no centro da controvérsia, importará senão o restabelecimento do caráter isonômico do processo pelo menos a busca de um ponto de equilíbrio. Esse objetivo impõe-se alcançado pelo fortalecimento dos poderes das partes, por sua participação mais ativa e leal no processo de formação da decisão, em consonância com uma visão não autoritária do papel do juiz e mais contemporânea quanto à divisão do trabalho entre o órgão judicial e as partes.

Daí a necessidade de estabelecer-se o permanente concurso das atividades dos sujeitos processuais, com ampla colaboração tanto na pesquisa dos fatos quanto na valorização jurídica da causa. Colaboração essa, acentue-se, vivificada por permanente diálogo, com a comunicação das idéias subministradas por cada um deles: juízos históricos e valorizações jurídicas capazes de ser empregados convenientemente na decisão.

A cooperação somente terá alcançado o seu objetivo se for ampliado o poder ativo das partes e juiz, desligando-se um pouco do monopólio do Estado, tornando o processo mais humano e efetivo, traduzindo-se em uma jurisdição participativa²⁰³.

Com o enfoque anterior, Cândido Rangel Dinamarco²⁰⁴ contribui:

Enquanto se pensa no poder institucionalizado em algum pólo do poder (especificamente, no Estado), é inadequada a tentativa de conceituá-la em torno da idéia de “participação no processo decisório”. O Estado comanda o processo decisório e decide ele próprio, impondo depois a sua decisão. Não é correto, sob este prisma, falar em participação.

Por outro lado, a familiaridade com as idéias referentes ao princípio do contraditório mostra ao processualista que, em torno do exercício do poder *sub specie jurisdictionis*, as pessoas que depois serão atingidas pelo provimento (decisão imperativa), ou pela sua efetivação, também exercem suas atividades. O exercício da ação e da defesa, ao longo do procedimento e ao lado dos atos de jurisdição, constitui ao mesmo tempo cooperação trazida para o correto exercício desta e participação que não pode ser obstada aos interessados. A participação portanto, não é do titular do poder (no caso, jurisdição), mas das pessoas sobre quem o poder se exerce.

²⁰² Idem. O formalismo valorativo no confronto com o formalismo excessivo. Disponível em: <www.ufrgs.br/mestredir/doutrina/oliveir2.htm>. Acesso em: 22 set. 2007.

²⁰³ TOALDO, Adriane Medianeira; LOPES, Carina Deolinda da Silva. **Jurisdição Participativa: o novo paradigma processual na realização da tutela jurisdicional efetiva.** Disponível em: <http://www.ugf.br/editora/pdf/voxjuris/artigo1.pdf>. Acesso em: 28. nov. 2008.

²⁰⁴ DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo.** 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 107.

No mesmo sentido Eduardo Grasso²⁰⁵ entende que o processo deve ultrapassar a simples ideia de paz jurídica, devendo se voltar para a busca da verdade jurídica, mas os objetivos serão alcançados com a colaboração das partes.

A respeito do elemento participação, Patrícia Azevedo da Silveira acrescenta:

Adicionemos, agora, o elemento participação. Cappelletti introduz a idéia de Revolução Copérnica, já trabalhada por Klein. Significa dizer que se confere ao processo uma nova abordagem que rompe com a técnica processual centrada na norma. Daí, a importância das análises dos papéis da sociedade e do juiz, representante da soberania popular.

Existe ainda a reflexão de que a participação mais ativa dentro do processo além de ser importante, significa o exercício de um direito fundamental que elucida o princípio da colaboração, sendo o assunto defendido por Carlos Alberto Alvaro de Oliveira que resume:

Faceta importante a ressaltar é que a participação no processo para a formação da decisão constitui, de forma imediata, uma posição subjetiva inerente aos direitos fundamentais, portanto é ela mesma o exercício de um direito fundamental. Tal participação, além de constituir exercício de um direito fundamental, não se reveste apenas de caráter formal, mas deve ser qualificada substancialmente. Isso me leva a extrair do próprio direito fundamental de participação a base constitucional para o princípio da colaboração, na medida em que tanto as partes quanto o órgão judicial, como igualmente todos aqueles que participam do processo (serventuários, peritos, assistentes técnicos, testemunhas etc.), devem nele intervir desde a sua instauração até o último ato, agindo e interagindo entre si com boa-fé e lealdade.

Importante salientar o entendimento do autor base deste estudo, sendo que Jürgen Habermas introduz o “agir comunicativo”, através da ideia de uma sociedade concebida a partir da linguagem por meio do qual o entendimento através da lógica do melhor argumento torna-se a fonte de integração social.

Em outras palavras, a ação comunicativa dirigida a um efetivo entendimento, produz a expectativa de que, pelo consenso alcançado se possa garantir adesão das partes no diálogo e à solução compartilhada para o alcance da efetividade da tutela jurisdicional.

²⁰⁵ GRASSO, Eduardo. La collaborazione nel processo civile. **Rivista di Diritto Processuale**, Padova, v. XXI, p. 587, 1966.

Assim, Habermas²⁰⁶ entende:

O reconhecimento da comunicação entre o mundo dos fatos e a realização do direito, entre a vida e a validade da norma é aspecto que torna o pensamento habermasiano propício para o tratamento do tema jurisdição, que deverá refletir esse efetivo interagir das alterações dos fatos da vida no direito. Além disso, outro aspecto importante é que Habermas supera a filosofia do sujeito e por isso ele substitui a razão prática kantiana por uma razão comunicativa, que se expressa na força da fala orientada ao entendimento.

Assim, para que ocorra uma jurisdição mais participativa construída através do princípio da cooperação é necessário que os sujeitos processuais, partes e juízes, tenham a convicção do dever judicial de promover a realização da efetividade jurisdicional, não apenas por caráter moral, mas por responsabilidade processual e boa-fé.

A importância do princípio da cooperação entre as partes é relevante, que já ganhou determinações específicas no direito comparado. Como exemplo cita-se o Código de Processo Civil português, que determina em seu artigo 266²⁰⁷: “Na condução e intervenção no processo, devem os magistrados, os mandatários judiciais e as próprias partes cooperar entre si, concorrendo para se obter, com brevidade e eficácia, a justa composição do litígio.”²⁰⁸

Diante da demonstração determinada pelo artigo citado, observa-se que o princípio da cooperação e da justa composição dos conflitos é requisito essencial para a concretização de uma tutela mais efetiva.

Assim contribui Habermas²⁰⁹:

O que é importante notar, por enquanto, é que o agir comunicativo estabelece uma relação reflexiva com o mundo, na qual a pretensão de validade levantada em cada enunciado deve ser reconhecida intersubjetivamente; para isso acontecer, o falante depende da cooperação dos outros. Como uma comentarista tem notado participantes em agir comunicativo podem prosseguir com seus objetivos somente em cooperação um com o outro.

Logo, nessa perspectiva a participação das partes no exercício processual deve ser alargada, dando nova posição às partes e ao magistrado, demonstrando o

²⁰⁶ HABERMAS, Jürgen. Racionalidad del entendimiento. Aclaraciones al concepto de racionalidad comunicativa desde la teoría de los actos de habla. In: **Verdad y justificación**: ensayos filosóficos. Madrid: Trotta, 2002. p. 107.

²⁰⁷ BASTOS, Jacinto Fernandes Rodrigues. **Notas ao CPC**. 3. ed. Lisboa: Lisboa, 2000. v. 2. p. 17.

²⁰⁸ TOALDO, Adriane Medianeira; LOPES, Carina Deolinda da Silva. **Jurisdição Participativa**: o novo paradigma processual na realização da tutela jurisdicional efetiva. Disponível em: <http://www.ugf.br/editora/pdf/voxjuris/artigo1.pdf>. Acesso em: 28. nov. 2008.

²⁰⁹ HABERMAS, Jürgen. **A inclusão do outro**: estudos de teoria política. 2. ed. São Paulo: Loyola, 2002, p. 54.

princípio da cooperação que vai ao encontro de uma nova visão da garantia do contraditório.

A respeito, entende Fredie Didier Junior²¹⁰:

O magistrado deve adotar uma postura de diálogo com as partes e com os demais sujeitos do processo: esclarecendo suas dúvidas, pedindo esclarecimento quando estiver com dúvidas, e, ainda, dando as orientações necessárias, quando for o caso. Encara-se o processo como o produto de atividade cooperativa: cada qual com as suas funções, mas todos com o objetivo comum, que é prolação do ato final (decisão do magistrado sobre o objeto litigioso). Traz-se o magistrado ao debate processual; prestigia-se o diálogo e o equilíbrio.

Portanto, já é tempo de ocorrerem mudanças no cenário processual civil, mais precisamente o surgimento de um novo modelo jurisdicional, tendo como principal objetivo a busca por um processo mais ético, responsável e participativo, mas essencialmente efetivo e célere.

A participação das partes é uma forma de viabilizar esse novo modelo de jurisdição, humanizando o processo e tornando mais ágil e concreta a atividade jurisdicional, ou seja, é através de uma jurisdição participativa que se construirá um novo modelo processual.

Em restritas linhas, observa-se que o processo necessita de maiores cuidados, ou seja, sendo o processo parte primordial na essência da jurisdição é necessário dar-lhe maior efetividade e abrangência na participação dos sujeitos integrantes conflito.

Partes, procuradores e magistrados, enfim, sujeitos e operadores do Direito devem procurar ter mais clareza e conhecimento do profundo conjunto de atos que a jurisdição compõe, sendo necessário para a efetivação dos direitos de todo e qualquer cidadão, procurando interagir através da linguagem e comunicação como propõe Habermas.

O Direito, em especial, o Direito Processual Civil deve procurar caminhar junto com as mudanças advindas dos novos tempos, dos novos direitos e das novas exigências sociais no intuito de abarcar o leque de questões que buscam solução do Poder Judiciário, procurando salientar a importância da participação dos sujeitos.

²¹⁰ DIDIER JUNIUR, Fredie. O princípio da cooperação: uma apresentação. **Revista de processo**, Porto Alegre, v. 30, n. 127, p. 76, set. 2005.

Atualmente, os direitos garantidos constitucionalmente, como a, o de acesso à justiça, até saem do papel, mas ocupam lugares restritos ou até mesmo privilegiados, pois o exercício da jurisdição nem sempre se dá para todos e com todos os sujeitos que deveriam ser abrangidos.

A morosidade do sistema judiciário, ou seja, falta de celeridade e de maior responsabilidade das partes são alguns dos problemas enfrentados pela jurisdição atualmente, o que reflete negativamente no andamento do processo. É essa falta de colaboração de uma das partes ou dos procuradores, ou até mesmo de outros sujeitos que possam atuar no processo, faz com que ocorram os entreves processuais, ocasionados pela falta de cooperação e comunicação entre as partes, causando a inefetividade da garantia da tutela jurisdicional²¹¹.

A luta pela desformalização excessiva do processo, pela desburocratização do judiciário, as inovações advindas da EC 45 são formas que refletem um modelo defasado de jurisdição e possibilitam a abertura de novas portas e novos caminhos, como a jurisdição mais participativa e comunicativa a partir de seus sujeitos.

A proposta de Jürgen Habermas a respeito da teoria discursiva do direito apresenta aplicabilidade à jurisdição, isso tendo em vista principalmente que se tem na teoria do agir comunicativo uma efetiva inter-relação entre o direito e as relações do mundo dos fatos da sociedade civil. Portanto, é possível afirmar que a racionalização do direito se realiza pelo exercício da jurisdição e encontra sua legitimidade no discurso democrático, pois somente se efetiva com o atuar comunicativo de todos os sujeitos da relação processual em exame²¹².

Assim, a nova perspectiva de uma jurisdição mais participativa e comunicativa, destaca que todas as partes devem colaborar para a efetividade do processo através da efetivação da tutela jurisdicional, sendo que a teoria do agir comunicativo de Habermas pode colaborar para a concretização deste entendimento.

²¹¹ TOALDO, Adriane Medianeira; LOPES, Carina Deolinda da Silva. **Jurisdição Participativa: o novo paradigma processual na realização da tutela jurisdicional efetiva.** Disponível em: <http://www.ugf.br/editora/pdf/voxjuris/artigo1.pdf>. Acesso em: 28. nov. 2008.

²¹² ALBERTON, Genacéia da Silva. **Ação comunicativa e jurisdição: Uma contribuição habermasiana.** Disponível em: http://www.escolamp.org.br/arquivos/revista_23_06.pdf. Acesso em: 15. fev. 2010.

3.4 A MEDIAÇÃO²¹³ COMO MODELO DE APLICAÇÃO DA TEORIA DO AGIR COMUNICATIVO E A EFETIVAÇÃO DA TUTELA JURISDICIONAL PARTICIPATIVA

Neste tópico, surge ante o exposto até o presente momento, uma forma de iniciativa a aplicação da teoria do agir comunicativo, e como esta pode ser evidenciada como solução ao desafogamento do Poder Judiciário. A conscientização dos sujeitos interligados a essa tutela, bem como a garantia de favorecimento de comunicação entre as partes, no intuito de cooperação mútua e consenso na busca pela resolução dos litígios, proporcionaria a agilização do Poder Judiciário.

Dessa forma a mediação, reconhecida como uma forma alternativa de resolução de conflitos e da busca pela garantia de participação dos sujeitos envolvidos, merece destaque para a sua aplicação junto a prática jurisdicional.

A mediação pauta-se nos princípios de liberdade e poder de decisão das partes, não competitividade, participação de terceiro imparcial, competência do mediador e informalidade do processo. É do *modus operandi* da mediação, ou seja, na operacionalização desses princípios que reside a essência desse instrumento não adversarial de acesso à justiça

O ato de mediar é uma forma explícita de que a linguagem e a sua prática diante da resolução de um conflito são portas abertas ao entendimento mútuo e a busca de um consenso entre os litigantes.

O diálogo pacífico e colaborativo conduzido pelo mediador representa, para a mediação, a principal ferramenta que possibilitará a identificação e a efetiva solução do conflito real pelas próprias partes, as quais deverão estar conscientizadas de seus direitos e deveres e da responsabilidade de cada um no contexto do litígio, buscando ao final encontrar uma alternativa que atenda aos objetivos comuns existentes entre elas, de forma a garantir maior eficácia do acordo.

A boa administração do conflito, portanto, pressupõe a obtenção de um ambiente de comunicação pacífica entre as partes e a igualdade de condições de diálogo entre as mesmas. Nesse propósito, o êxito da tarefa do mediador está diretamente condicionado a sua aptidão de auxiliar imparcialmente o diálogo entre

²¹³ “A mediação, como espaço de reencontro, utiliza a arte do compartilhar para tratar conflitos e oferecer uma proposta inovadora de pensar o lugar do Direito na cultura complexa, multifacetada e emergente do terceiro milênio. SPENGLER, Fabiana Marion. **Tempo, Direito e Constituição**: reflexos na prestação jurisdicional do Estado. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 75.”

as partes de forma a diminuir a hostilidade, conduzindo-as a encontrarem suas próprias soluções para o conflito, cultivando, assim, a semente da prevenção de má administração de futuros litígios.

Embora não haja forma pré-determinada de procedimento, mostra-se conveniente que logo no início das atividades o mediador, através de uma linguagem simples e direta, esclareça as partes que ali deverá ser realizado um trabalho cooperativo, pois exige o respeito mútuo e a escuta daquilo que cada um pretende expor sobre o conflito.

Normalmente, a comunicação entre as partes e com o mediador dá-se por meio de fala, cabendo a este último estimular uma escuta de forma ativa, ou seja a capacidade daquele que está recebendo a informação de escutar a mensagem inteira, garantindo que o sujeito que está falando expresse plenamente seu pensamento, suas intenções e sentimentos. Com esse propósito, percebe-se que a questão abordada por Habermas no que tange do falante ao ouvinte e vice-versa, está integralmente aplicada aqui.

Assim a comunicação distorcida para Habermas é nítida como uma patologia da comunicação, que está concebida como sendo o resultado da confusão entre ações orientadas ao entendimento mútuo e ações orientadas ao sucesso dos interesses privados do agente. Habermas explica a ação social por meio de uma pragmática formal, que analisa tipos puros de interação mediada pela linguagem, para mostrar como ações sociais que incorporam tipos diferentes de conhecimento são suscetíveis a processos de racionalização²¹⁴.

Na arte da mediação a pergunta aberta consiste numa técnica que estimula a interação dos envolvidos e a reflexão sobre o conflito, sem que ocorra um direcionamento por parte do mediador. Nesse contexto, a teoria da ação comunicativa de Habermas – *theorie des kommunikativen handels*, mais especificamente sua teoria sobre a ética discursiva _ constitui um instrumento adequado à mediação, haja vista que propõe um novo mecanismo para a aquisição de verdade, no qual os integrantes do grupo social sejam protagonistas de um processo comunicativo baseado na argumentação racional e que tem por finalidade obter o entendimento por meio da cooperação, com base no melhor argumento, sem

²¹⁴ BANNELL. Ralh Ings. **Habermas e a Educação**. Belo Horizonte: Autêntica, 2006, p. 50.

qualquer recurso à coação ou a outra forma de manipulação, assim tornando seus participantes mais conscientes e responsáveis por suas ações²¹⁵.

Assim a responsabilização do sujeito por suas ações decorre da necessidade de o mesmo avaliar previamente as consequências de seus atos, sempre levando em consideração valores, normas, bem como as sanções vigentes na sociedade. Dessa forma a ética discursiva de Habermas é uma teoria fundada na intersubjetividade discursiva, a qual procura adotar essencialmente a linguagem como elemento integrador das perspectivas filosóficas, sociológicas bem como psicológicas, possibilitando a interação dessas três dimensões para a compreensão da moral e da ética no que tange aos conflitos sociais²¹⁶.

Sobre a interdisciplinaridade promovida pela teoria habermasiana, ensina a professora Lília Maia de Moraes Sales, na razão comunicativa e através do prisma psicológico na competência comunicativa do ator individual, referindo-se ao diálogo da ética discursiva. Na teoria da ação comunicativa, Habermas procede à distinção entre a ação instrumental, forma de ação técnica que aplica racionalmente os meios para a obtenção de fins, e a ação²¹⁷.

No mundo da vida entendido por Habermas, ambiente próprio da ação comunicativa, as relações sociais devem ser regidas pelo respeito igualitário entre os integrantes da comunidade, os quais expressam, através da linguagem e argumentativamente seus sentimentos, perspectivas e angústias sempre na busca da sociabilidade, da solidariedade e da cooperação dos sujeitos que integram o grupo.

A ferramenta da mediação mostra-se propícia para a prática da ação comunicativa de Habermas, pois sua essência consiste em garantir às partes envolvidas no litígio a mais ampla oportunidade do uso da linguagem (argumentação racional) na expressão daquilo que envolve o conflito em si, com isso objetivando se possível, alcançar através da conscientização dos sujeitos que ali operam a melhor solução do impasse, conforme o entendimento dos interessados.

Portanto, entende-se que a Mediação apresenta-se como um método por meio do qual uma terceira pessoa, imparcial, mas com certas habilidades, auxilia as

²¹⁵ FEITOZA, Cynara Guimarães Pimentel. Mediação e ação comunicativa de Habermas: A construção cooperativa da paz social. In: SALES, Lília Maia de Moraes. **A cidadania em debate**. Mediação de conflitos. Fortaleza: Fundação Edson Queiroz, 2005, p. 75.

²¹⁶ SALES, Lília Maia de Moraes. **A mediação e a composição de conflitos**: a experiência das casas de mediação comunitária do estado do Ceará de 1999 a 2002 e o discurso da igualdade, p. 45.

²¹⁷ Idm, p. 197.

partes a ampliarem a comunicação por meio de uma maior compreensão das raízes dos conflitos que se apresentam, comunicando-se através da conversação e da linguagem, sendo o acordo um dos pontos a que se pode chegar à mediação.

Esse método tem ampla aplicabilidade, podendo ser utilizado em muitos contextos, como nos conflitos familiares, (mediação familiar), de vizinhança, em escolas (mediação escolar) e demais instituições, o que possibilita a prática da comunicatividade como forma de alcance do entendimento e cooperação entre os sujeitos.

Ligeiramente se torna primordial diferenciar a mediação de práticas como a arbitragem e a conciliação, em um cenário em que são buscadas alternativas de acesso à cidadania e de melhoria da prestação jurisdicional. Salienta-se que na arbitragem como na conciliação, a postura é intervencionista, e as motivações que levaram aos conflitos não são investigadas, o que ocorre na mediação. Na conciliação o acordo é tido como objetivo central, cabendo ao conciliador apresentar alternativas, sendo que na mediação o acordo é uma consequência possível e o mediador atua apenas como um facilitador da comunicação, justamente o que se enfoca neste trabalho, a aplicação da prática comunicativa, como Habermas explica e apresenta.

A mediação²¹⁸ funciona como “meio consensual de solução de conflitos, no qual as partes envolvidas com o auxílio de um mediador, terceiro imparcial, escolhido ou aceito pelas partes para facilitar o diálogo, decidem a controvérsia.”²¹⁹

No tocante à mediação essa ainda pode ser vista como espécie do gênero justiça consensual, e que pode ser definida como uma forma ecológica de resolução de conflitos sociais e jurídicos na qual o intuito de satisfação do desejo substitui a aplicação da coerção da sanção legal²²⁰.

Com relação ao procedimento da mediação, Osvaldo Alfredo Gozaíni menciona: Queda em claro que el rol del mediador consiste em acercar a las partes,

²¹⁸ Pensamos que a mediação pode ser vista como um processo de reconstrução simbólica do conflito, no qual as partes têm a oportunidade de resolver suas diferenças reinterpretando, no simbólico o conflito com o auxílio de um mediador, que as ajuda, com sua escuta, interpretação e mecanismos de transferência, para que elas encontrem os caminhos da resolução, sem que o mediador participe da resolução ou influa em decisões ou mudanças de atitude (nisso se baseia sua imparcialidade; é imparcial porque não resolve nem decide. WARAT, Luis Alberto. **Em nome do acordo a mediação no direito**. Santa Catarina: AIMED, 1998, p. 31.

²¹⁹ SALES, Lília Maia de Moraes. A família e os conflitos familiares – a mediação como alternativa. **Revista Pensar**. Fortaleza, v. 8, n. 8, p. 55-59. fev. 2003, p. 56.

²²⁰ MORAIS, José Luis Bolzan de; SPENGLER, Fabiana Marion. **Mediação e arbitragem: alternativas à jurisdição**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 133.

y no en resolver el conflicto cual si fuera un juez que sobre ellas dispone el derecho aplicable. El mediador trabaja para ayudar a que los eventuales contendientes descubram los verdaderos temas involucrados em la disputa o las resuelvan por si mismas²²¹.

A mediação, diante da complexidade social atual, é uma das melhores fórmulas de superar o imaginário do normativismo jurídico. As práticas sociais de mediação configuram-se em um instrumento de exercício da cidadania, na medida em que proporcionam a educação, facilitam e ajudam a produzir e a realizar tomadas de decisões, sem a intervenção de um terceiro imparcial, o que para a resolução dos conflitos familiares deve ser utilizado de forma a efetivar a resolução dos litígios²²². Nesse , Luis Alberto Warat²²³ comenta:

O mediador tem como função tentar recolocar o conflito no terreno das pulsões de vida. O mediador tem que retirar o conflito do espaço negro das pulsões destrutivas (um território do qual não escapa o Direito, suas normas e procedimentos de coerção e vingança). O mediador tem que tentar erotizar o conflito inscrevendo o amor entre as pulsões destrutivas e no conflito; o amor no meio do poder.

Nesse sentido entende-se que

Na atualidade a mediação começa a ser um mecanismo mais comum nos programas de resolução alternativa das disputas, uma opção democrática e pedagógica para a intervenção de terceiros nos conflitos. Mas para entender bem a mediação é preciso elaborar uma clara compreensão do que entende por conflito. Qualquer teoria da mediação resta inadequada e insuficiente se não tem por base uma explícita teoria do conflito²²⁴.

Tal processo dá-se com a mediação de uma terceira pessoa que auxilia os sujeitos envolvidos na resolução dos problemas, que ocorre com a interferência em uma negociação ou conflito que procura ajudar as partes envolvidas a chegarem de forma voluntária a um acordo²²⁵.

²²¹ GOZAÍNI, Osvaldo A. **Formas Alternativas para la resolución de conflictos**. Buenos Aires: Delpalma, 1995, p. 85.

²²² WARAT, Luis Alberto. **Epistemologia e o espírito do direito**. O sonho acabou. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004, p. 30.

²²³ WARAT, Luis Alberto. **Em nome do acordo a mediação no direito**. Santa Catarina: AIMED, 1998, p. 9.

²²⁴ Idem, p. 14

²²⁵ MOORE, Christopher W. **O processo de Mediação**: estratégias práticas para a resolução de conflitos. Tradução de Magda França Lopes. Porto Alegre: Artmed, 1998, p. 28.

A mediação é um processo que se evidencia por ser diferenciado, principalmente no que se refere aos procedimentos e à efetividade daqueles conflitos que são atendidos pelo Poder Jurisdicional. Dessa forma, as diferenças dizem respeito desde a linguagem utilizada, a busca da verdade, até a discussão do tempo de alcance da tutela esperada, da satisfação e da paz social²²⁶. Nesse sentido importante salientar, que:

Las características salientes de la institución provienen, esencialmente, de la libre decisión de las partes para someter su crisis a la sabiduría de un mediador. Esta asignación no delega derecho alguno, el que en definitiva los mismos interesados resuelven. Por eso, tal como fue anticipado, el rol del mediador se limita a proponer a las partes soluciones posibles, quedando en poder de ellas la decisión final. El mediador no resuelve el pleito, sino que coadyuva a que las partes lo hagan²²⁷.

Dessa forma, a teoria da ação comunicativa é orientada à busca do entendimento, compreendendo como entendimento um mecanismo de coordenação de ações, no qual o interlocutor procura um meio de argumentação racional, convencendo e afirmando a veracidade das declarações do raciocínio do sujeito em prova.

Endente Jürgen Habermas que os participantes de processo comunicativo possuem a possibilidade de aceitar ou não as afirmações de um interlocutor, mas quando ocorre a não aceitação das afirmações do outro sujeito, ou seja quando um ou mais dos participantes questionam a fala do locutor, surge um impasse e a ação comunicativa é interrompida, conforme exposto anteriormente²²⁸.

²²⁶ SPENGLER, Fabiana Marion. **Tempo, Direito e Constituição**: reflexos na prestação jurisdicional do Estado. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 63.

²²⁷ GOZAÍNI, Osvaldo A. **Formas Alternativas para la resolución de conflictos**. Buenos Aires: Delpalma, 1995, p. 86.

²²⁸ O impasse poderá ser resolvido de duas maneiras: pela ação estratégica ou se restaurando a comunicação. A primeira ocorre por exemplo quando duas nações em conflito encerram as vias diplomáticas de negociação recorrendo à guerra. A comunicação por sua vez pode ser restabelecida quando resta provada a veracidade das afirmações fáticas realizadas pelo locutor e a validade das normas que sustentam sua argumentação. A verdade de uma afirmação fática pode ser demonstrada renunciando-se à fala cotidiana e recorrendo-se ao discurso teórico (processo argumentativo adotado nas ciências) enquanto a adequação e legitimidade de uma norma pode ser confirmada por meio de um discurso prático. Para Habermas ambos os discursos teórico e técnico, requerem igualmente o exame racional dialógico e consensual dos argumentos apresentados por parte dos integrantes do processo comunicativo interrompido restando, assim, elaborada uma teoria do discurso aplicável tanto à verificação da verdade fática quanto ao exame da validade das normas sociais, ambas asseguradas pela razão comunicativa, pelo melhor argumento e pelo esforço conjunto em alcançar cooperativamente o entendimento. FEITOZA, Cynara Guimarães Pimentel. **Mediação e ação comunicativa de Habermas: A construção cooperativa da paz social**. In: SALES, Lília Maia de Moraes. **A cidadania em debate. Mediação de conflitos**. Fortaleza: Fundação Edson Queiroz, 2005, p. 75.

Essa teoria possui alguns pontos de fundamental importância, quais sejam: todo e qualquer sujeito capaz de agir e falar pode participar de discursos, então como participante de um discurso pode problematizar qualquer afirmação, introduzir novas afirmações no discurso, exprimir suas necessidades, desejos e convicções, nenhum interlocutor podendo ser impedido, por forças internas ou externas ao discurso, de fazer uso pleno de seus direitos assegurados nas duas regras anteriores²²⁹.

Nesse sentido, o que se verifica é que a teoria da ação comunicativa de Habermas pretende revitalizar na sociedade contemporânea, ou seja, o mundo da vida, tendo como contexto os princípios aplicados à mediação como modalidade não adversarial de soluções de conflitos, uma vez que os processos argumentativos de busca do entendimento, da verdade e do consenso, na busca da aceitação de normas e valores, todos são primordiais para a procedência da mediação e consequentemente para a prática comunicativa.

Sobre a ética discursiva de Habermas assevera Bárbara Freitag que ele procura resgatar os espaços de liberdade do indivíduo, dos grupos sociais e das instituições especializadas na busca da verdade da fundamentação racional e da negociação da nova organização societária, redimensionando (politicamente) as perspectivas de evolução das sociedades contemporâneas para o futuro. Nesse esforço, simultaneamente filosófico e sociopolítico, procuram recuperar o projeto iluminista da emancipação do homem e da humanidade, calcando o velho projeto, ainda não realizado, em novas bases: a razão comunicativa²³⁰.

Quando a Constituição Federal assegura o princípio da inafastabilidade do Poder Judiciário de forma que toda lesão ou ameaça a direito encontre amparo na atuação jurisdicional, ou seja, pressupõe ao Judiciário a sua unicidade para a prestação jurisdicional, conforme interpretação do comando contido no inciso XXXV do art. 5º da Carta Magna, não significa que todas as questões devam ser

²²⁹ A partir desse modelo de procedimento argumentativo proposto originalmente por Alexy e adotado por Habermas, vislumbra-se um meio efetivo de acesso à realização dos princípios norteadores da mediação, com a inclusão dos participantes do discurso e a garantia dos mesmos direitos e oportunidades a todos os integrantes do processo de comunicação para que apresentem sua contribuição na base da argumentação tudo com a preservação da liberdade de comunicação, sem uso de qualquer mecanismo de violência ou coação. FEITOZA, Cynara Guimarães Pimentel. Mediação e ação comunicativa de Habermas: A construção cooperativa da paz social. In: SALES, Lília Maia de Moraes. A cidadania em debate. Mediação de conflitos. Fortaleza: Fundação Edson Queiroz, 2005, p. 75.

²³⁰ FREITAG, Barbara. **Itinerário de Antígona – a questão da moralidade**. Campinas: Parirus, 1992, p. 264.

necessariamente decididas por tal Poder ou pelo seu representando, que seria o Juiz de Direito. No entanto, deveria ser interpretado que a jurisdição está colocada À disposição da sociedade caso seja, realmente, justificada sua utilização.

Desta forma, tem-se que a função do Poder Judiciário, em razão de sua própria destinação jurisdicional, é servir à sociedade sem nunca esquecer de ser o guardião da Constituição e da lei, proporcionando meios eficazes que garantam bem-estar jurídico ao cidadão, resgatando para o judiciário a possibilidade de perceber que estará agindo como poder estatal e de que deve exercer o seu papel de instituição forte, dinâmica e comprometida com o bem comum²³¹.

Somente o poder do Estado, tido como o garantidor da tutela jurisdicional, tende a aplicar a lei ao caso concreto. Não é mais suficiente para suprir a diversidade de litígios que surgem diariamente a complexidade social atual, sendo questão de inteira importância a criação de outros mecanismos mais adequados à solução de cada tipo de conflito indispensável, como se dá na ênfase da mediação através da importância da prática comunicativa advinda das ideias de Jürgen Habermas.

Essa morosidade da justiça é causada, principalmente, pelo fato de ser encaminhado ao Poder Judiciário um grande número de ações que poderiam ser solucionadas por outros meios informais de resolução de controvérsias, através da busca pela prática do agir comunicativo e da boa-fé das partes, dá ao tema sentido e forma, no que tange à utilização das partes de má-fé e de armas judiciais e procedimentais para o ganho da batalha judicial.

Nesse contexto, em meio ao caos no qual está inserido o atual sistema judiciário, manifestam-se os mecanismos alternativos de solução de conflitos (conciliação, negociação, mediação e arbitragem) como meios de autocomposição pacífica entre os cidadãos. Esses meios consensuais vieram fortalecer a sociedade na viabilização do acesso efetivo à justiça, promovendo a pacificação social e o bem estar comum²³².

Os meios alternativos ao Poder Judiciário jamais irão concorrer com esse, uma vez que é direito fundamental do cidadão a apreciação pelo poder judiciário de

²³¹ OLIVEIRA, Ângela (coord.). **Mediação – métodos de resolução de controvérsias**. São Paulo: LTr, n.1, p. 127-132, 1999, p. 130.

²³² COLARES, Elizabeth Fialho. Mediação de conflitos um mecanismo de acesso à justiça. In: SALES, Lília Maia de Moraes. **A cidadania em debate. Mediação de conflitos**. Fortaleza: Fundação Edson Queiroz, 2005, p. 87.

toda lesão ou ameaça a direito, diante do princípio já visto do acesso à justiça, mas o que será visto na realidade é um fortalecimento da imagem do sistema judiciário frente à sociedade, pois agora ele poderá oferecer uma tutela jurisdicional realmente eficaz.

Luiz Guilherme Loureiro²³³ trabalha essa idéia dos meios alternativos como auxiliares do Poder Judiciário que é tida como de fundamental opção diante dos embates complexos atuais e da necessidade de maior efetividade e eficácia na resolução dos conflitos. Neste sentido:

O judiciário como peça essencial do sistema de regulação social. É por essa razão que os governos procuram aperfeiçoar o tratamento judiciário dos conflitos pela reativação dos instrumentos alternativos de solução de conflitos no seio de sua Justiça. A tendência é portanto, de fortalecimento do judiciário e não de diminuição de sua competência.

Nesse sentido, verifica-se que concomitantemente ao monopólio jurisdicional²³⁴ é necessário e recomendável o incentivo aos meios extrajudiciais de solução de conflitos, sem a necessidade de afastamento do monopólio da atividade jurisdicional, desprestigiá-lo ou criticá-lo para valorizar as soluções alternativas²³⁵.

A mediação é um ponto essencial na busca da concretização da ação comunicativa, na busca da solução alternativa dentro da aplicação da tutela jurisdicional, através da cooperação entre as partes, mas também de forma extrajudicial. Desse ângulo, os envolvidos procuram restabelecer a comunicação rompida através do diálogo e encaram o conflito pelo lado positivo, ou seja, como algo comum e necessário na vida do ser humano em sociedade.

A controvérsia cria uma ótima oportunidade para o crescimento e a transformação do homem. Tal pensamento é confirmado por Renata Folkert quando afirma que “embora se possa ter a visão negativa do conflito, como algo ameaçador

²³³ LOUREIRO, Luiz Guilherme de Andrade Vieira. A mediação como forma de alternativa de solução de conflitos. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 87, n. 751, maio 1988, p. 67.

²³⁴ O sistema jurídico mantém uma relação biunívoca com as diferentes formas de agir. De um lado, o Direito, por meio das obrigações contratuais e do direito de propriedade, possibilita a ação estratégica no sistema capitalista. Por outro, as noções de autonomia e de dignidade são base para a ação comunicativa. Contudo, o Direito sofre também as consequências dessa dualidade de ações, sendo que sua legitimidade estaria justamente na predominância da segunda. Para Habermas, o sistema jurídico pode se tornar um elemento de colonização desse mundo vital, caso fosse entendido por meio de uma perspectiva maxweberiana de redução do mesmo ao status de um médium regulativo, dotado do monopólio de sanção e que se legitimaria tão somente por meio do recurso à positividade. CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. **Habermas e o direito brasileiro**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2008, p. 121.

²³⁵ BACCELLAR, Roberto Portugal. A mediação no contexto dos modelos consensuais de resolução de conflitos. **Revista de processo**, São Paulo, v. 24, n. 95, p. 122-134, jul. / set. 1999, p. 125.

ou destrutivo é possível ter visão positiva dele. Entendido como possibilidade de crescimento e mudança torna-se a base a partir da qual são geradas soluções participativas, criativas e satisfatórias²³⁶.

Luis Alberto Warat explica que “o processo é de autocomposição, na medida em que são as mesmas partes envolvidas que tentam, por elas mesmas, chegar a um acordo recompondo, através de uma mirada interior, os ingredientes (afetivos jurídicos, patrimoniais ou de outros tipos) que possam gerar o diferente. O processo de mediação é um modelo de autocomposição assistida ou terceirizada, exigindo, pois, a presença de um terceiro imparcial que auxilie as partes em seu processo de assumir os riscos de sua autodecisão transformadora do conflito²³⁷.

Não existe na mediação a ideia de vencedor, tendo em vista que as partes não se encontram em posição contrárias, mas sim colaboram comunicativamente através da linguagem, para encontrar uma solução favorável para se amparar e chegar ao consenso. Por tratar de um instrumento consensual e pacífico de resolução de controvérsias é que se compreende a importância da comunicação entre elas para que se alcance a paz.

A mediação, entretanto, é mais indicada e funciona de forma eficaz para solucionar divergências nas quais existia uma relação entre os envolvidos, pois permite a retomada do meio de comunicação entre as partes, com direitos de participação mútua na busca pelo entendimento.

Dessa forma, após analisar a questão da jurisdição em si e seus aspectos, bem como a questão da boa-fé e má-fé das partes, e da aplicação da teoria do agir comunicativo de Habermas, observa-se que a mediação, tanto diante do plano judicial quanto extrajudicial, é medida que pode, indubitavelmente, garantir a efetividade da tutela jurisdicional e a resolução de inúmeros conflitos advindos da modernidade e da complexidade social.

Portanto deve-se dar ênfase na comunicação e conscientização da importância do ganho que a conversação e o entendimento podem proporcionar em termos de amenização e da garantia da paz social, o que no enfoque deste estudo pode demonstrar grandes avanços no âmbito da efetividade da tutela jurisdicional.

²³⁶ BRAGA NETO, Adolfo. Os advogados, os conflitos e a mediação. In: OLIVEIRA, Ângela (coord.). **Mediação – métodos de resolução de controvérsias**. São Paulo: LTr, n.1, p. 127-132, 1999, p. 100.

²³⁷ WARAT, Luis Alberto. **Surfando na pororoca: o ofício do mediador**. Florianópolis: Habitus, 2001, p. 58. v.I.

CONCLUSÃO

Com a Reforma Constitucional advinda com a Emenda Constitucional nº. 45, foram realizadas algumas mudanças no ponto de vista da garantia a efetividade da tutela jurisdicional, principalmente, na busca da celeridade processual, como se evidencia no artigo 5º, inciso LVXXVIII da Constituição Federal de 1988.

Tal garantia encontra-se entre os direitos fundamentais, o que chama a atenção para o fato da importância e a seriedade que se deve ter para conseguir elaborar práticas e ações capazes de efetivar tal garantia.

Nessa perspectiva, buscou-se analisar os princípios constitucionais em decorrência daqueles que se apresentam com maior influência diante do tema trabalhado, qual seja: princípio do acesso à justiça, devido processo legal, razoável duração e celeridade processual.

A questão chave que envolve os princípios constitucionais e o agir comunicativo, tem-se no sentido que muitos deles ligam-se diretamente ao alcance da tutela jurisdicional, bem como também aos casos em que envolve a má-fé dos operadores do direito.

Na medida em que um dos operadores do direito de má-fé provoca a interposição, por exemplo, de um recurso meramente protelatório esse ato vem de encontro aos princípios do processo legal e da razoável duração do processo.

O trabalho também procurou analisar a questão da boa-fé e a sua abrangência dentro da ética processual, visando o favorecimento de um processo justo e da concretização da tutela jurisdicional efetiva. Procurou-se dar bastante atenção a questão do conceito de jurisdição do qual o sistema Judiciário tem o dever de zelar e garantir sua efetividade.

Sobre a tutela jurisdicional, o segundo capítulo buscou analisar a questão dessa juntamente com as ações advindas dos atos dos operadores do direito, nesta seara a tutela jurisdicional e jurisdição.

A partir daí vislumbra-se a importância da tutela jurisdicional como função do Estado no sentido da aplicação das leis no intuito da garantia da paz social e segurança jurídica, buscando a resolução dos conflitos.

Ocorre que nem sempre esta garantia se dá como deveria, os operadores do direito, aqueles que usam da má-fé, procuram garantir suas pretensões a qualquer custo.

A tutela jurisdicional efetiva também teve vitrine na medida em que buscou-se conceituá-la em tópico específico como garantia a uma duração razoável e racional do processo, utilizando a boa-fé e ética por parte dos operadores do direito, na medida em que tais entendem-se entre outros sujeitos atuantes no processo: as partes, juízes, membros do Ministério Público, serventuários da justiça, peritos, bem como todos aqueles que de certa forma intervêm no processo.

Tais sujeitos se amparados e conscientes de que o processo serve como instrumento ágil e sério na busca da verdade, sempre será objeto de concretização e efetividade jurisdicional, do contrário irá ocorrer o que se evidencia em dias atuais junto a chamada crise do sistema judiciário que surgem morosidade e na insignificância da tutela jurisdicional.

Como se observa no conjunto do trabalho apresentado, não há como garantir justiça célere e efetiva sem a colaboração de todos os operadores do direito, ou seja, todos que intervêm no processo de certa forma.

As partes devem se conscientizar, assim como os demais, operadores, do que realmente significa o instrumento processo e o real alcance da jurisdição, como bem determina o artigo 14 do Código de Processo Civil, de que todos devem agir com lealdade e boa-fé.

Ao contrário, os operadores que usam de meios fraudulentos para garantir suas pretensões usam da má-fé, assim provocam atos que tornam o processo pesado e sem nenhuma efetividade, causando morosidade e desprestígio ao sistema jurídico.

Ressalva-se a utilização dos meios necessários para a demonstração da verdade dos fatos dentro do processo, por que a utilização de artifícios que visem o atraso da prestação jurisdicional ou até mesmo a inefetividade da sentença judicial,

não deveria ocorrer. Os operadores do direito deveriam, sim, primar pelas condutas processuais benéficas ao cumprimento da justiça.

Importante também foi analisar a questão dos sujeitos e limites diante da tutela jurisdicional, dando ênfase também a identificação dos operadores do direito, sempre buscando evidenciar a boa-fé e os aspectos éticos como requisito fundamental a prestação efetiva da tutela jurisdicional.

Adiante observa-se o enfoque na temática da má-fé dos operadores do direito como entrave a efetividade da tutela jurisdicional, e como procurou-se analisar primeiramente noções gerais explicativas da questão do mau uso e abuso no trato com o processo, o que afeta diretamente todos os sujeitos envolvidos, o que causa danos não apenas para o sistema judiciário, mas, principalmente, a parte que busca o alcance da tutela, pela utilização excessiva e maléfica de meios e procedimentos processuais e a falta da prática comunicativa entre os sujeitos integrantes do processo em si.

Diante da questão se vislumbrou que não existe a necessidade de maiores mudanças do cenário processual em termos de legislação, mas deve, principalmente ocorrer, uma mudança de pensamento, de conscientização dos atos que são praticados no instrumento processual.

A improbidade processual é evidenciada como indevido exercício da demanda, tornando-se um problema, um flagelo, provocando morosidade e exploração da mesma.

Os deveres processuais são trabalhados a partir do artigo 14 do Código de Processo Civil, seus incisos e parágrafo único, pois determina aplicação de multa aqueles que descumprirem tais medidas elencadas no referido diploma legal.

Os operadores do direito devem buscar sempre dar ênfase ao uso dos instrumentos processuais na busca pela tutela jurisdicional de forma lícita com boa-fé, bem como cumprindo e observando os preceitos legais que envolvem tal.

No corpo do estudo desenvolvido, a demonstração das fontes jurisprudências dos Tribunais superiores foi de fundamental importância na medida em que vem apontar a atualidade e ênfase da temática apresentada.

A lealdade e boa-fé processual tem sido causa de evidência na medida que são fundamentais para a garantia da celeridade e efetividade da tutela jurisdicional. Junto aos artigos 16 e 17 do Código de Processo Civil, apresentam-se os pontos

que tratam da responsabilização das partes pelos danos processuais causados com má-fé.

Diante da abrangência de tal estudo o trabalho procurou focar mais especificamente os recursos meramente protelatórios, o processo simulado e a fraude processual, bem como os atos atentatórios a dignidade da justiça.

Tais pontos específicos foram assim definidos como os mais fáceis de serem caracterizados junto a má-fé dos operadores do direito, sendo que, um simples ato processual advindo de um desses, pode condenar o processo a inefetividade.

Sendo assim, os recursos meramente protelatórios, por exemplo, surgem para garantir o direito ao exercício do duplo grau de jurisdição, bem como cansar a parte contrária, merecedora em primeiro grau de procedência.

Os processos simulados e a fraude processual, caminham junto com a ideia e enriquecimento fácil, através da industrialização de demandas cuidadosamente articuladas, e, por fim, os atos atentatórios a dignidade da justiça, tendo em vista principalmente os desrespeitos às ordens judiciais.

Assim, a tutela jurisdicional do Processo Civil deve buscar garantir a efetividade da prestação, ao lado disso deve-se observar a estrutura de concretização do que determina cada sentença processual. Dessa forma, mais que celeridade e efetividade o processo e seus instrumentos devem haver a colaboração dos operadores do direito como base para que se conquiste verdadeiramente a justiça que todos incessantemente buscada cada dia.

Em face dos princípios e objetivos inerentes à mediação, resta indelével concluir-se que essa modalidade alternativa de pacificação social apresenta uma série de vantagens em relação aos demais instrumentos de solução de conflitos (autotutela, arbitragem, jurisdição, negociação e conciliação), especialmente por adotar um procedimento que se caracteriza pela autonomia da vontade dos interessados e, ainda, por ser informal, cooperativo, autônomo, sigiloso, e baseado na boa-fé e no respeito mútuo, permitindo uma participação mais efetiva dos interessados, sendo a eles atribuídos o poder encontrar, através de um diálogo, intermediado pelo mediador, a maneira que lhes seja mais satisfatória para a resolução da demanda.

O principal objetivo da mediação ao contrario do que ocorre na conciliação não é a obtenção de um acordo entre as partes, mas a promoção de um espaço apropriado à comunicação construtiva dos sujeitos envolvidos no litígio de forma a

tentar uma solução pacífica e voluntária do mesmo, com todo o procedimento coordenado por um mediador imparcial e capacitado a conduzir um diálogo equilibrado. Busque discutir ampla e profundamente as razões que ensejaram a descendência, assim identificando o conflito real que se encontra além do conflito aparente.

A oportunidade de um diálogo harmônico e em igualdade de condição entre as partes caracteriza a mediação como um mecanismo democrático de resolução de conflitos haja vista que são as partes que, diretamente, discutem e decidem sobre a maneira mais viável de por fim à demanda, adequando suas decisões à sua realidade e conseqüentemente, assumindo de maneira mais efetiva a responsabilidade por um eventual não cumprimento do acordo, além de estimular o diálogo entre os indivíduos para a prevenção de futuros litígios.

Buscou com este estudo analisar o atual modelo de jurisdição para, em momento posterior, analisar a sua adaptação a um novo modelo, onde as partes participam mais, na medida em que também ficam mais responsáveis pelo desenrolar do processo, ou seja, agem comunicativamente, como defende o filósofo Jürgen Habermas, autor base desse tema e de seu desenvolvimento.

Sabe-se que a Constituição Federal vige de maneira suprema com relação a todos os outros ramos do direito, sendo assim, para o direito processual civil, não é diferente, tendo esse que observar todas as constitucionais bases de seus procedimentos. A importância da Constituição está no que diz respeito aos cidadãos que podem então enfrentar esta carta magna com o projeto de um sistema já estabelecido de direitos básicos. Os cidadãos que se dedicam à realização desse projeto conjunto podem, com coerência, promover a melhoria das condições de acesso à política deliberativa e participação, ao mesmo tempo, pois podem racionalmente esperar que as normas sejam devidamente respeitadas.

Assim, a questão dos direitos e garantias fundamentais do processo tende a abrir o leque do que há para ordenar os procedimentos processuais em termos constitucionais, garantindo assim a máxima do Estado Democrático de Direito.

Entre os direitos fundamentais, para a presente abordagem, importa analisar de maneira significativa do princípio do acesso à justiça e do princípio da garantia do devido processo legal.

O direito, portanto, se legitima pela via democrática. O discurso comunicativo, no pensamento de Habermas, é o único meio racional, capaz de, sem recorrer à violência, solucionar a tensão no momento da produção do direito.

A relevância dos direitos democráticos, como o de acesso à justiça e tutela jurisdicional efetiva, encontra-se no esforço do preâmbulo da Constituição Federal e no propósito de que a Assembléia Constituinte teve como ideal básico o propósito de instituir um Estado Democrático. Esse destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança. Desta forma a Constituição Federal está estruturada sobre um pilar ético-jurídico-político, que tem como principal objetivo a promoção e valorização dos direitos e garantias fundamentais do ser humano²³⁸.

Dada à importância que os direitos fundamentais traduzem para a Constituição Federal é que faz-se necessário o seu estudo principalmente no que tange a questão de sua eficácia, seu real cumprimento, bem como os confrontos existentes entre os princípios dos direitos e garantias fundamentais, justamente para mais adiante estendermos a relação existente em relação a inefetividade da jurisdição.

Do exposto deve-se ter em mente que a boa-fé processual se dá com o cumprimento de todos os atos processuais de forma correta sem tentar ludibriar os procedimentos processuais, assim a má-fé processual, ao contrário, é exatamente tudo o que os sujeitos atuantes no processo se valem para torná-lo pesado e sem efetividade, o que acaba sempre gerando desprestígio para o sistema jurídico como um todo.

Estas condutas processuais danosas, na verdade, são usadas principalmente com o intuito de impedir a realização do direito material pleiteado. Por tal fato é que se faz imperioso analisar a questão da má-fé pelos operadores do direito como entrave a efetivação da tutela jurisdicional.

A relevância de tal temática está sobretudo nos resultados processuais atuais onde, muitas vezes, são encontrados abusos de direito, recursos meramente protelatórios, ilícitos processuais, atos atentatórios à dignidade da justiça, entre

²³⁸ LOPES, Carina Deolinda da Silva. Direitos fundamentais aspectos gerais e polêmicos. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, 70, 01/11/2009 [Internet]. Disponível em http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=6657. Acesso em 02 nov. 2010.

outros, Os exemplos mencionados são uma amostra do cenário processual atual, ou seja, das várias e diversificadas formas de coibir o exercício dos procedimentos processuais, visando ludibriar a efetividade jurisdicional, esbanjam burocracia e procedimentos excessivos e escondem as verdadeiras possibilidades de racionalização e argumentação através da prática comunicativa.

Outro ponto a ser observado no sentido da crise do Judiciário e do próprio alcance da tutela jurisdicional está o que Habermas considera, a positividade e o formalismo como elementos insuficientes para a legitimação do Direito, pois ao mesmo deveria se associar a “fundamentação”, elemento que impede/atenuaria o papel do Direito de dominação do mundo da vida. Não fosse assim, o Direito, por imperativos sistêmicos, facilitaria a dominação do mundo da vida pelo mercado e pela burocracia. Somente essa fundamentação permitiria ao Direito ser instrumento de continuidade do aspecto ético das noções de universalidade e aceitabilidade racional embutidas no agir comunicativo, assumindo com isso o papel de integração social.

A partir desta noção, tratou-se de apresentar o conceito de jurisdição e inserido neste contexto suas espécies, seus limites a confrontação com os principais princípios constitucionais, bem como os sujeitos minimamente ligados a questão da jurisdição.

Com tal enfoque inicia-se a partir daqui a análise da questão do modelo de jurisdição atual e da necessidade de aplicação concreta da teoria do agir comunicativo para então ficar esclarecido que a comunicação e participação das partes dentro do processo é fonte primordial para o alcance da efetividade processual, usa-se como exemplo prático o entendimento dos enfoques da mediação.

Interessante e válida é a abordagem de forma geral de alguns pontos explicativos, para que torne a compreensão do trabalho, mais atrativa e pedagógica, sendo assim sabe-se que a época em que vive a sociedade é de insegurança e medo, no que se evidenciam as guerras e corrupções. Portanto existe um clamor social pela aplicação e concretização das leis existentes, e no caso brasileiro, pela criação de leis mais rígidas e efetivas.

Desse modo, e evidenciando o exposto é consequência lógica a observação de que a sensação do poder da jurisdição estatal já não é mais suficiente para trazer a pacificação a sociedade. Diante de tal cenário não bastam apenas legislações

novas ou interpretadas de variadas formas, nem teorias que se mantenham abstratas diante do mundo das ideias, há que se buscar a adequação das teorias a realidade social, a racionalização dos fatos vividos e sentidos.

Por conseguinte a teoria do agir comunicativo de Habermas é utilizada aqui para buscar demonstrar como essa pode trazer a possibilidade da abordagem e dos diferentes enfoques de atuação da jurisdição. A teoria da ação comunicativa proposta pelo filósofo Jürgen Habermas é tida como um princípio de teoria da sociedade, que apresenta uma visão crítica da própria sociedade, possibilitando uma análise interdisciplinar e, assim, a observação da racionalidade desta teoria à atuação da jurisdição.

A mediação, entretanto, é mais indicada e bastante eficaz para solucionar divergências nas quais existiam uma relação entre os envolvidos, pois ela permite a retomada do canal de comunicação entre as partes, com direitos de participação mútua na busca pelo entendimento.

Após analisar a questão da jurisdição em si e seus aspectos, bem como a questão da boa-fé e má-fé das partes, e da aplicação da teoria do agir comunicativo de Habermas, tem-se que a mediação tanto diante do plano judicial, quanto extrajudicial é medida que pode sem dúvida garantir a efetividade da tutela jurisdicional e a resolução de inúmeros conflitos advindos da modernidade e da complexidade social.

Enfatizar a comunicação e conscientização da importância e do ganho que a conversação e o entendimento através da linguagem podem proporcionar em termos de amenização e da garantia da paz social, o que no enfoque desse estudo pode demonstrar grandes avanços no âmbito da efetividade da tutela jurisdicional.

Portanto não existe na mediação a ideia de vencedor, tendo em vista que as partes não se encontram em posição contrárias, mas sim colaboram comunicativamente através da linguagem, para encontrar uma solução favorável para se amparar e chegar ao consenso. Por tratar de um instrumento consensual e pacífico de resolução de controvérsias é que se compreende a importância da comunicação entre elas mesmas para que se alcance a cooperação jurisdicional evitando-se ao máximo a morosidade e inefetividade processual.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALBERTON, Genacéia da Silva. Ação comunicativa e jurisdição: uma contribuição habermasiana. **Revista Fundação Escola Superior do Ministério Público distrito federal**. Brasília, ano 12, volume 23,. jan/dez. 2004.

ALVIM, Arruda. **Tratado de Direito Processual Civil**. 2. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996.

_____. **Curso de direito processual civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1971. v.I.

AMERICANO, Jorge. **Do abuso do direito no exercício da demanda**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1932.

ATHENIENSE, Aristóteles. Litigância de Ma-Fé, o Estado e a lealdade processual. **Revista Jurídica**, Porto Alegre, v. 45, n. 237, p. 39-40, jul. 1997, p. 39.

ASSIS, Araken de. **Manual de processo de execução**. 10. ed. São Paulo: RT, 2006.

BANNELL, Ralh Ings. **Habermas e a Educação**. Belo Horizonte: Autêntica, 2006.

BASTOS, Jacinto Fernandes Rodrigues. **Notas ao CPC**. 3. ed. Lisboa: Lisboa, 2000. v. II.

BACCELLAR, Roberto Portugal. A mediação no contexto dos modelos consensuais de resolução de conflitos. **Revista de processo**, São Paulo, v. 24, n. 95, p. 122-134, jul. / set. 1999.

BRAGA NETO, Adolfo. Os advogados, os conflitos e a mediação. In: OLIVEIRA, Ângela (coord.). **Mediação – métodos de resolução de controvérsias**. São Paulo: LTr, n.1, 1999.

BARBI, Celso Agrícola. **Comentários ao Código de Processo Civil**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1988. v. I.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva, 1992. v. III. Tomo. III.

BELINETTI, Luiz Fernando. Tutela jurisdicional satisfativa. **Revista de processo**, n, 81. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996, p. 80.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Tutela cautelar e tutela antecipada**: tutelas sumárias e de urgência (tentativas de sistematização). 4. ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2006.

_____. **Efetividade do processo e técnica processual**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Rio de Janeiro: Elsevier, 1992.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 948.944/SP, Rel. Ministro JOSÉ DELGADO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 22/04/2008, DJe 21/05/2008. Disponível em: www.stj.gov.br. Acesso em: 23. Mar. 2010.

BRUNO LOBO, Luiz Felipe. **Direito indigenista brasileiro**. São Paulo: LTr, 1996.

CALAMANDREI, Piero. Il Processo come giuoco. In: **Opere Giuridiche. Nápoles: Morano**. v.1. p. 542. Apud: VINCENZI, Brunela Vieira de. A boa-fé no processo civil. São Paulo: Atlas, 2003.

CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições de direito processual civil**. 10. ed. Rio de Janeiro: Lumem Juris, 2004. v. I.

CARVALHO, Francisco Bertino. **A legitimidade da jurisdição**: possibilidades do pensamento de Jürgen Habermas. Disponível em: http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/salvador/francisco_bertino_bezerra_de_carvalho.pdf. Acesso em: 25 mar. 2010.

CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro. A Ética e os Personagens do Processo. **Revista Forense**, Rio de Janeiro, v. 358, p. 347-353, 2001.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. Traduzido por Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988.

_____. Acesso à justiça. Traduzido por Tupinambá Pinto de Azevedo. **Revista do Ministério Público**. v. 1, n. 18, p. 18-27, 1985.

CALDAS, Reinaldo de Oliveira. **Morosidade do processo civil e rigorismo formal excessivo**. Disponível em: http://www.unimep.br/fd/ppgd/cadernosdedireitov2n3/05_artigo.html Acesso em: 12. set. 2007.

CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro. A Ética e os Personagens do Processo. **Revista Forense**, Rio de Janeiro, v. 358, p. 347-353, 2001.

CAHALI, Yussef Said (Org.). Constituição Federal. In: _____. **RT Mini Códigos**. 10. ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

CARNELUTTI, Francesco. Sistema di diritto processuale civile. Padova: Cedam, 1936. v. 1. p. 40. Apud: TOALDO, Adriane Medianeira Toaldo; LOPES, Carina Deolinda da Silva. **Jurisdição Participativa**: o novo paradigma processual na realização da tutela jurisdicional efetiva. Disponível em: <http://www.ugf.br/editora/pdf/voxxuris/artigo1.pdf>. Acesso em: 28 nov. 2008.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. 18. Ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

COLARES, Elizabeth Fialho. Mediação de conflitos um mecanismo de acesso à justiça. In: SALES, Lília Maia de Moraes. **A cidadania em debate. Mediação de conflitos**. Fortaleza: Fundação Edson Queiroz, 2005.

CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de direito processual civil**. Traduzido por J. Guimarães Menegale. 3. Ed. São Paulo: Saraiva, 1969. v. I.

_____. **Instituições de direito processual civil**. Traduzido por Paolo Capitano. Campinas: Bookseller, 1998.

CRUZ E TRUCCI, José Rogério. **Tempo e Processo**: uma análise empírica das repercussões do tempo na fenomenologia processual (civil e penal). São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. **Habermas e o direito brasileiro**. 2. Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

DALL'AGNOL. Jorge Luis. **Pressupostos Processuais**. Editora Lejur: 1988.

DIDIER JUNIOR, Fredie. O princípio da cooperação: uma apresentação. **Revista de processo**, Porto Alegre, v. 30, n. 127, p. 76, set. 2005.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

_____. **A instrumentalidade do processo**. 11. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2003.

_____. **A reforma do Código de Processo Civil**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1996.

FERNANDES ARAÚJO, Francisco. **Responsabilidade Objetiva do Estado pela morosidade da justiça**. Campinas: Copola. 1999. p. 38.

FEITOZA, Cynara Guimarães Pimentel. Mediação e ação comunicativa de Habermas: A construção cooperativa da paz social. In: SALES, Lília Maia de Moraes. **A cidadania em debate. Mediação de conflitos**. Fortaleza: Fundação Edson Queiroz, 2005.

FREITAG, Barbara. **Itinerário de Antígona – a questão da moralidade**. Campinas: Parirus, 1992.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Aspectos de direito constitucional contemporâneo**. São Paulo: Saraiva, 2003.

GOZAÍNI, Osvaldo A. **Formas Alternativas para la resolución de conflictos**. Buenos Aires: Delpalma, 1995.

GONET, Paulo Gustavo. Aspectos de teoria geral dos direitos fundamentais. In: **Hermenêutica Constitucional e Direitos Fundamentais, 2ª parte**. Ed. Brasília Jurídica. Instituto Brasiliense de Direito Público. 1. ed., 2ª tiragem. Brasília, 2002.

GOLDSCHMIDT, James. **Direito Processual Civil**. Paraná: Juruá, 1961.

GUIMARÃES, Poliana Cíntia Costa. Ação Popular ambiental e efetividade: análise dos principais aspectos processuais. **Dejure**. Revista do Ministério Público de Belo Horizonte, n. 13, jul/dez. 2009, p. 349-367, p. 347.

GRASSO, Eduardo. La collaborazione nel processo civile. **Rivista di Diritto Processuale**, Padova, v. XXI p. 587, 1966.

GRECO FILHO, Vicente. **Direito Processual Civil brasileiro**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 1995.

GRECO, Leonardo. Reconstruir o Judiciário. **Revista da Faculdade de Direito de Campos**, Campos, v. 1, n. 1, p. 251, jan.-jun. 2000.

HABERMAS, Jürgen. **Agir comunicativo e razão destranscendentalizada**. Tradução Lucia Aragão. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro 2002.

_____. **A ética da discussão e a questão da verdade**. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

_____. **Era das transições**. Tradução Flávio Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

_____. **Teoria de La acción comunicativa**, v. 1. Racionalidad de La acción y racionalización social. México: Taurus, 1998.

_____. **Facticidad y validez sobre el derecho y el Estado Democrático de derecho em términos de teoria de disurso**. 5. Ed. Trota, 1998.

_____. **Direito e moral**. Lisboa: Instituto Piaget, 1992.

_____. **Racionalidade e comunicação**. Lisboa: Edições 70, 1996.

_____. **A inclusão do outro: estudos de teoria política**. 2. ed. São Paulo: Loyola, 2002.

_____. **A crise de legitimação do capitalismo tardio**. 2. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2002.

_____. **Direito e democracia: entre facticidade e validade**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2 v., 2003.

_____. **Verdade e justificação: ensaios filosóficos**. São Paulo: Edições Loyola, 2004.

_____. **Diagnósticos do tempo: seis ensaios**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2005.

_____. **Conhecimento e interesse**. Rio de Janeiro: Zahar, 1973.

_____. **Direito e democracia: entre facticidade e validade**. Trad. de Faktizität und Geltung. Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratische Rechtstaats. 4ª ed. Trad. por Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

_____. A nova intransparência: a crise do Estado do Bem-Estar e o esgotamento das energias utópicas. **Revista Novos Estudos**, São Paulo: Cebrap, n. 18, 1987.

_____. **Teoría de la acción comunicativa I e II**. México: Taurus, 1998.

_____. **Identidades nacionales y postnacionales**. 2. ed. Madrid: Tecnos, 1998.

_____. **O discurso filosófico da modernidade: doze lições**. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

_____. **Verdad y justificación**. Madrid: Trotta, 2002.

_____. **Consciência moral e agir comunicativo**. Tradução Guido A. de Almeida. Rio de Janeiro: tempo brasileiro, 2003.

_____. Racionalidad del entendimiento. Aclaraciones al concepto de racionalidad comunicativa desde la teoria de los actos da habla. In: **Verdad y justificación: ensayos filosóficos**. Madrid: Trotta, 2002.

HOMMERDING, Adalberto Narciso. **Vinte e uma lições de Teoria Geral do Processo Civil**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2003.

_____. **Fundamentos para uma compreensão hermenêutica do processo civil**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

KANT, Emanuel. **Crítica da razão pura**. 4. ed. São Paulo: Brasil Editora, 1959.

LACERDA, Galeno. **Despacho saneador**. 3. ed. Porto Alegre: Fabris, 1990.

LACERDA, Galeno. O código e o formalismo processual. **Revista da AJURIS**, Porto Alegre, n. 27, p. 11, 1983.

LASPRO, Oreste Nestor de Souza. **A responsabilidade civil do juiz**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995.

LIEBMAN, Eurico Tullio. **Estudos sobre o processo civil brasileiro**. São Paulo: José Bushatsky Editor, 1976.

LIMA, Alcides Mendonça. O princípio da proibição no Código de Processo Civil. **Revista de processo**, São Paulo, n. 16, out. 1979.

LEITE, Roberto Basilone. **A chave da teoria do Direito de Habermas**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2008.

LOPES, Carina Deolinda da Silva. Direitos fundamentais aspectos gerais e polêmicos. In: **Âmbito Jurídico, Rio Grande**, 70, 01/11/2009 [Internet]. Disponível em: http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=6657. Acesso em 17 out. 2010.

LOUREIRO, Luiz Guilherme de Andrade Vieira. A mediação como forma de alternativa de solução de conflitos. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 87, n. 751, maio 1988.

MACEDO, Elaine Harzheim. **Jurisdição e processo**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Manual do processo de conhecimento**. 3. ed. Porto Alegre: Revista dos Tribunais, 2004.

MILMAN, Fabio. **Improbidade processual**. Rio Janeiro: Forense, 2007.

MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**. Coimbra, Coimbra ed. 1996.

MONTEIRO, Marco Antonio Corrêa. **O futuro dos direitos fundamentais. A necessidade de sua efetivação**. Jus Navigandi, Teresina, ano 12, n. 1688, 14 fev. 2008. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=10938>>. Acesso em: 17 out. 2010.

MORELLO, Augusto M. **El proceso justo del garantismo formal a la tutela efectiva de los derechos**. La Plata: Platense, 1994.

MOORE, Christopher W. **O processo de Mediação: estratégias práticas para a resolução de conflitos**. Tradução de Magda França Lopes. Porto Alegre: ArTmed, 1998.

MORAIS, José Luis Bolzan; SPENGLER, Fabiana Marion. **Mediação e Arbitragem – Alternativas à Jurisdição**. 2 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

NALINI, José Renato. **A rebelião da Toga**. 2. Ed. Campinas: Millennium Editora, 2008.

NERY JUNIOR, Nelson. **Princípios do processo Civil na Constituição federal**. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

OLIVEIRA, Ângela (coord.). **Mediação – métodos de resolução de controvérsias**. São Paulo: LTr, n.1, p. 127-132, 1999.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro. O formalismo-valorativo no confronto com o formalismo excessivo. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 31, n. 137, p. 8, jul. 2006.

_____. **O Formalismo-valorativo no confronto com o Formalismo excessivo**. Disponível em: http://www6.ufrgs.br/ppgd/doutrina/CAO_O_Formalismo-valorativo_no_confronto_com_o_Formalismo_excessivo_290808.htm. Acesso em: 23 abr. 2009.

_____. **Efetividade e processo de conhecimento**. Disponível em: www.ufrgs.br/mestredir/doutrina/oliveir2.htm. Acesso em: 22 set. 2007.

OLIVEIRA JUNIOR, José Alcebíades de. **O novo em Direito e Política**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.

_____. Pesquisas em cidadania e soluções alternativas de conflitos – contribuições de Jürgen Habermas para um paradigma dialógico no direito. In: SANTOS, André Leonerdo Copetti; DEL'OMO, Florisbal de Souza. **Diálogo e Entendimento direito e multiculturalismo e cidadania e novas formas de conflitos**. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

OLIVEIRA, Rogério Nunes de. A morosidade da entrega da jurisdição e o direito à razoável duração do processo judicial. **Revista da Faculdade de Direito de Campos**, Campos, v. 4/5, n. 4/5, p. 623, 2003-2004.

PAROSKI, Mauro Vasni. **Direitos fundamentais e acesso á justiça na constituição**. São Paulo: Ltr, 2008.

PEREIRA, Agnaldo Rodrigues. Responsabilidade solidária do advogado na litigância de má-fé. **Revista de Direito civil e Processual Civil**, Porto Alegre, a. I, n. 03, p. 68-71, jan./fev. 2000.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Comentários ao Código de Processo Civil**. 3. ed. Rio de Janeiro: Bookseller, 1995. Tomo I.

PORTANOVA, Rui. **Princípios do Processo Civil**. 4. Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

_____. **Princípios de Processo Civil**. 6. Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

RAMOS, Carlos Henrique. **Processo Civil e o princípio da duração razoável do processo**. Curitiba: Juruá, 2008.

RIO GRANDE DO SUL, Tribunal de Justiça. **Apelação Cível Nº. 70027938976, TJ/RS**. Disponível em: www.tjrs.jus.gov.br. acesso em: 25.Mar. 2010.

_____. Tribunal de Justiça. **Apelação Cível Nº. 70024251043**, Décima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Paulo Roberto Lessa Franz, Julgado em 27/11/2008. Disponível em: www.tjrs.jus.gov.br. acesso em: 25. Mar. 2010.

_____. Tribunal de Justiça. **Apelação Cível Nº. 70024278384**. Tribunal de Justiça do RS. Disponível em: www.tjrs.jus.gov.br. acesso em: 25. Mar. 2010.

ROCHA, José Albuquerque. **Teoria Geral do Processo**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1991.

SALES, Lília Maia de Moraes. A família e os conflitos familiares – a mediação como alternativa. **Revista Pensar**. Fortaleza, v. 8, n. 8, p. 55-59. Fev. 2003.

_____. **A cidadania em debate**. Mediação de conflitos. Fortaleza: Fundação Edson Queiroz, 2005.

SANTOS, Ernane Fidélis dos. **Manual de Direito Processual Civil**. Processo de conhecimento. 11. Ed. São Paulo: Saraiva, 2006. v.I

SANTOS, Moacyr Amaral. **Primeiras linhas do processo civil**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 1990. v. 2.

_____. Limite as atividades das partes no Processo Civil. **Revista Forense**, Rio de Janeiro, n. 175. jan. 1958.

SARLET, Ingo. **A eficácia dos Direitos Fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.

SILVA, Ovídio Baptista da. **Curso de Processo Civil**. 2 ed. Porto Alegre: Fabris, 1991. v.I.

_____. Idem. L'azione nel sistema dei dititti. In: _____. Saggi di diritto processuale civile. Roma: Società Editrice Foro Italiano, 1930. p. 3. Apud: TOALDO, Adriane Medianeira Toaldo; LOPES, Carina Deolinda da Silva. **Jurisdição Participativa: o novo paradigma processual na realização da tutela jurisdicional efetiva**. Disponível em: <http://www.ugf.br/editora/pdf/voxjuris/artigo1.pdf>. Acesso em: 28. Nov. 2008.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. São Paulo: Malheiros, 2002.

SILVA, Enio Moraes da. A garantia constitucional da razoável duração do processo e a defesa do Estado. **Revista de informação legislativa**, Brasília, v. 43. n. 172, p. 23, out.-dez. 2006.

SPENGLER, Fabiana Marion. A crise da jurisdição e os novos contornos da função jurisdicional: (in) eficiência face á conflituosidade social. IN: Rogério Gesta Leal; Jorge Renato dos Reis. (Org.). **Direitos sociais & políticas públicas**. 1. ed, v. Tomo 8. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2005.

_____. **Tempo, Direito e Constituição**: reflexos na prestação jurisdicional do Estado. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

SOARES, Fernando Luso. **A responsabilidade processual civil**. Coimbra: Almedina, 1987.

TOALDO, Adriane Medianeira Toaldo; LOPES, Carina Deolinda da Silva. **Jurisdição Participativa**: o novo paradigma processual na realização da tutela jurisdicional efetiva. Disponível em: <http://www.ugf.br/editora/pdf/voxjuris/artigo1.pdf>. Acesso em: 28. Nov. 2008.

THEODORO JUNIOR, Humberto. **Boa-fé processo – princípios éticos na repressão à litigância de má-fé do juiz**. Disponível em: [http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/Humberto%20Theodoro%20J%C3%BAnior\(3\)formatado.pdf](http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/Humberto%20Theodoro%20J%C3%BAnior(3)formatado.pdf). Acesso em: 20. Abr. 2008.

_____. In: MOREIRA, Luiz. **Fundamentação do direito em Habermas**. 3. ed. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004.

_____. **Curso de Direito Processual Civil**. 27. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999. v. 1.

_____. A Garantia fundamental do devido processo legal a o exercício do poder de cautela no direito processual civil. **Revista dos Tribunais**, v. 665, p. 11-21, 1991.

TRENTIN, Taise Rabelo Dutra. SPENGLER, Fabiana Marion. O acesso à justiça de forma célere como garantia de concretização da cidadania. In: **Âmbito Jurídico, Rio Grande**, 73, 01/02/2010 [Internet]. Disponível em http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=7191. Acesso em: 17 out. 2010.

TUCCI, José Rogério Cruz . **Tempo e processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

VINCENZI, Brunela Vieira de. **A boa-fé no processo civil**. São Paulo: Atlas, 2003.

WARAT, Luis Alberto. **Surfando na pororoca**: o ofício do mediador. Florianópolis: Habitus, 2001. v.1.

WARAT, Luis Alberto. **Epistemologia e o espírito do direito**. O sonho acabou. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004.

WARAT, Luis Alberto. **Em nome do acordo a mediação no direito**. Santa Catarina: AIMED, 1998.

WAMBIER, Luiz Rodrigues et. Tal. **Curso Avançado de processo civil**. São Paulo: Revista do Tribunais, 1998.