

S O B R E O D I R E I T O D E E X I G I B I L I D A D E

Oswaldo Ferreira de Melo
Professor do CMCJ/UNIVALI
Doutor em Direito

1 O Princípio da Exigibilidade

É uma natural decorrência do caráter bilateral - atributivo¹ das relações jurídicas o chamado direito de exigibilidade, uma das garantias individuais mais solenes, a única que não precisa ser declarada expressamente numa constituição, porque é a razão da existência da própria norma jurídica, nela está subentendida e dela é a principal característica distintiva.

Sabemos que são inerentes às normas jurídicas alguns elementos que as distinguem de normas de outra natureza. Assim, releva considerar que:

- a) a norma jurídica é uma prescrição como sentido de ato de vontade de órgão competente;
- b) é bilateral - atributiva, pois se refere à interação de pelo menos dois sujeitos vinculados numa relação jurídica da qual decorrem direitos e deveres;
- c) para garantir que a conduta prescrita seja efetivamente devida, a norma jurídica estatui uma sanção (pena ou execução civil) a ser aplicada coercitivamente contra o sujeito de direito, cuja conduta violar a prescrição;

d) atribui àquele que for prejudicado pela violação da norma o direito de reclamar do Estado o exercício da força (coerção) para que a ele seja garantido o direito pretendido (exigibilidade).

Pode-se, pois, dizer que uma norma efetivamente existe (vigência) se, quando não cumprida, for aplicada, e nesse jogo pretensão X prestação, aquele que tiver a expectativa da realização de um direito puder exigir essa garantia. A sanção prescrita terá de ser garantida pelo aparelho judiciário do Estado. Por isso, diz Reale(1968: 58-59), que “o direito é coercível porque é exigível e é exigível porque é bilateral-atributivo.”

Isto, na prática, significa que existe a faculdade de ação judicial sempre que o direito subjetivo for ferido por ação ou omissão ilícita ou mesmo quando houver ameaça da ilicitude. E o chamado direito adjetivo ou formal (processo) seria o caminho, o instrumento da viabilização dessa pretensão.

Decorre, assim, do que estamos a ver, que se revela numa nota essencial para que se realize a bilateralidade, atributiva, que é a

garantia para o sujeito ativo de que o seu direito de exigibilidade terá conseqüência. Teoricamente, conforme já vimos, cabe-lhe exigir a forma competente da aplicação coercitiva da sanção. Mas essa garantia, como toda e qualquer garantia, tem que estar apoiada em elementos devidamente aptos para

conduzir à certeza. É o que se espera do processo judicial, entendido este como um sistema de preceitos normativos destinados a dar vida e movimento à ação e que sirvam de meios adequados para conduzir o feito até a concretização do direito pretendido.

2 O Princípio da Segurança Jurídica

Ora, sabemos que, na prática, as coisas são bem diferentes do que nos aponta a esperada racionalidade da dogmática jurídica. Por um lado, a coercibilidade pressupõe a interveniência de terceiros que estão fora da relação jurídica primária (bilateral-tributiva), como o sistema policial, e os atores judiciários. Além disso, todo o rodar dessa engrenagem, só entendida pelos iniciados, é coberta e recoberta pelos ritos formalíssimos do processo (procedimentos), incidentes que se enovelam, muitas vezes, em um ambiente Kafkiano. Por outro lado, a complexidade dessa engrenagem, que deve teoricamente garantir o direito de exigibilidade, é tal que, em várias circunstâncias, em vez de garantir, esfumaça a pretensão legítima.

Garantia exige responsabilidade de quem a oferece. Mas, pode-se perguntar: há esse tipo de responsabilidade por parte do Estado, ou seja, dos aparelhos próprios destinados ao exercício das garantias? No Estado Moderno costumava-se priorizar, retoricamente, como um dos fins do Direito, a segurança jurídica, mas essa é moeda de duas faces. Numa, está gravada a preocupação com os

fins políticos, que Bobbio chama de a Política do Poder: a preocupação nítida do Estado com a paz social, pois, no alcance desse objetivo, reside a própria estabilidade dos governos, cujos objetivos, então, se confundem com os do próprio Estado. Sob tais pressupostos, se os interesses do poder estiverem protegidos, terá êxito o modelo. Predominam, então, os fins políticos do Estado e não os fins do Direito, os quais não são necessariamente coincidentes.

O outro lado da moeda estampa a necessidade de os indivíduos contarem com a certeza de que seus direitos “garantidos” pela ordem jurídica, sejam efetivos. E isso é muito mais complicado do que os acenos de “segurança” que nos faz a dogmática jurídica através de uma de suas áreas mais conservadoras: a processualística.

Quando se trata de segurança jurídica individual, não basta que a lei hipotética e abstratamente garanta esse direito só porque estabeleça a hipótese de sanções; é preciso que os instrumentos coercitivos do Estado sejam suficientemente eficazes para que a norma substantiva seja aplicada. Mas, como

já nos referimos, o próprio processo com suas armadilhas procedimentais, verdadeiras areias movediças no que concerne a prazos, exceções, prescrições, uma paradoxal

“finalística das preliminares”², pode fazer com que o exercício da exigibilidade se torne uma terrível frustração para o sujeito de direito

3 Os Óbices de Natureza Legislativa e Judiciária

Nos meus muitos anos de magistério em cursos de Direito, tenho ouvido constantemente dos estudantes a expressão de algumas de suas perplexidades a respeito de tudo isso. Essas inquietações com referência às inadequações entre a Teoria Jurídica, especialmente a Política Jurídica, e a prática fofense poderiam, segundo penso, resumir-se assim: seriam óbices flagrando à consecução do princípio da justiça.

- a falta de clareza do texto legal (textos que guardam silêncios ou são equívocos);
- a crescente primazia do direito adjetivo em face do direito substantivo, nos resultados da lide;
- ausência de regulamentação quando exigível ou regulamentação contrafactante (restritiva ou expansiva);
- conflitos normativos.

Na esfera Jurisdicional:

- falhas funcionais dos serventuários;
- os acidentes processuais (questões ligadas a prazos, prescrições e outras);
- a força definitiva do caso julgado, mesmo quando a decisão seja injusta ou em desarmonia com outros fins do direito, ou mesmo com normas do direito processual;
- decisões prolatadas no curso de processo (preparos, honorários, etc.);

- tendências de resolver as lides já preliminares, com ênfase ao direito adjetivo;
- a cultura da chicanice, ou seja, das práticas ardilosas, eivadas de sutilezas capciosas ou interposições de má fé, muitas vezes realizadas em conluio com atores da prática judiciária.

Quanto aos aspectos puramente normativos, é importante considerar que o legislador, no Estado Contemporâneo de características democráticas, não é o detentor de um poder irrestrito que o coloca na posição de estabelecer sua vontade através de mandamentos cujos sentidos sejam normas de conduta.

O legislador hoje está, como diz Alf Ross(1963), “sob uma subordinação relativa frente a forças sociais que limitam seu poder soberano. O legislador não é como um Deus cuja palavra cria um mundo do nada... A fonte de seu poder consiste na ideologia ou mitos políticos que lhe conferem autoridade jurídica”³.

Ora, todas as disfunções normativas oriundas de um ato de vontade do legislador, por erro de estratégia político-jurídica, ou por simples omissão, têm que merecer reações das forças sociais que dão vida política à sociedade e caracterizam o dinâmico exercício da cidadania.

As forças sociais, partindo dos valores predo-

minantes, dos indicadores econômicos e das relações de poder vão, ajudar a compor a consciência jurídica da sociedade. E, quando esta se manifesta, as mudanças são possíveis e se operam não só nos conhecimentos, mas nas atitudes dos homens. Se é verdade que a consciência jurídica da sociedade pode influenciar a tarefa do legislador, parece fundamental que ela se expressa com vigor, coerência e consequência. Afinal, queremos uma legislação capaz de garantir as pretensões jurídicas legítimas, ou essas antinomias e contradições interessam à rotina forense e, por isso, é bom deixar tudo como está?

Se os interesses da comunidade jurídica em mudanças de rumos legislativos não forem canalizados como legítimas pressões sobre o legislador, nada mudará. Continuaremos com as leis obscuras que são convites às regulamentações restritivas ou expansivas, aos conflitos normativos, às omissões quanto às leis complementares, às sentenças prolatadas, etc.

No que concerne aos óbices decorrentes da esfera jurisdicional muita coisa há para considerar.

Antonio Carlos de Araújo Cintra et alii, em sua obra *Teoria Geral do Processo*, conceituam o processo como “instrumento por meio do qual os órgãos jurisdicionais atuam para pacificar as pessoas conflitadas, eliminando os conflitos e fazendo cumprir o preceito jurídico pertinente a cada caso que lhes é apresentado em busca da solução”. É um bem elaborado conceito de um direito processual idealizado, mas que infelizmente nem sempre se aplica à prática forense.

Creio merecer uma reflexão especial a questão do conflito verificado no cotidiano das lutas forenses entre os objetivos do direito substantivo e os procedimentos formais, sempre que estes se constituam em óbices à realização da justiça.

Não se trata de constatar a consagrada autonomia do processo numa visão epis-temológica como um conjunto indispensável de regras jurídicas capazes de interligarem os sujeitos processuais e de justificarem atos de procedimento com vistas a uma decisão justa a um conflito do tipo pretensão x prestação. Aliás, sua etimologia é inspiradora a uma visão teleológica (*procedere* significa seguir, ir adiante). O brado de alerta é como a primazia que, na prática forense, tomam os atos procedimentais, formalismos de meios que podem tomar-se fins, os quais, quando isso acontece, ameaçam abortar o próprio direito de exigibilidade que motivou a ação e desta é razão de ser.

Sabem os advogados experientes, que muito mais que o conhecimento do direito material ou substancial será de utilidade para eles o conhecimento de meandros processuais e suas possibilidades para decidir as lides já nas preliminares. Ao Estado, que nos seus pressupostos pragmáticos só interessa a ordem, não importa que o direito contido na norma substantiva tenha sido resguardado ou não. Afinal, os procedimentos se inscrevem em sua ordem jurídica e, aparentemente, tudo está conforme ao fim político de assegurar a paz social.

Entretanto, qualquer pesquisa realizada no seio da sociedade revela que o grau de insatisfação daqueles que viram abortadas suas legítimas pretensões é muito grande. E o sentimento de

insegurança perante esse quadro é fomentador de revolta e de desobediência civil às leis e à autoridade.

Ora, historicamente, o direito processual nasceu como possibilidade de oferecer meios seguros e justos para o arbitramento externo dos conflitos, substituindo as práticas primitivas da autotutela e mesmo da autocomposição constrangida. Mas, porque as coisas não se passam da forma ideal, Gustavo Radbruch adverte “a independência do direito adjetivo em frente ao direito substantivo, mesmo que o primeiro deixe de preencher a sua função para alcançar a realização do segundo, acha a sua mais vigorosa expressão na bem conhecida distinção dogmática entre a relação jurídica processual ou formal e a relação jurídica material, para cuja verificação a primeira deve servir”⁴ (grifos nossos).

Mas como essa autonomia dos atos no processo, cada vez mais ostensiva, traz riscos constantes, o mencionado filósofo do direito demonstra sua preocupação nas seguintes palavras: “o direito processual tem por fim, como é sabido, auxiliar a realização do direito substantivo e, contudo, ele vale pelo que é; é obrigatório não só no caso de não auxiliar coisa alguma, como até mesmo no de prejudicar essa realização”⁵.

E, como isso acontece, estamos perante riscos de desequilíbrio entre o dever jurisdicional e o direito de exigibilidade, sem que o sistema jurídico, como um todo, perde força e confiabilidade. Como ensina Aurélio Wander Bastos “esta imprescindível correlação de equilíbrio entre o dever jurídico e direito de exigir o cumprimento do dever jurídico é que viabiliza

a ordem jurídica”...”O rompimento dessa correlação desestabiliza a ordem jurídica e provoca efeitos na convivência social”⁶.

O código civil brasileiro assegura, em seu artigo 75, que “a todo direito corresponde uma ação que o assegure (grifos nossos). O que temos aí senão mera idealização?

Como impedir que tal dispositivo de nosso código fique letra morta, sempre que ocorrem as conhecidas disfunções das práticas judiciais que impedem a consecução do processo numa sentença final e justa? E as conseqüências psicossociais que serão inevitáveis, correndo esperanças, destruindo interesses legítimos e provocando desencantos com a ordem jurídica?

Aurélio Wander Bastos(1992), reunindo sua experiência teórica com permanente vivência na prática da vida forense, com bastante realismo, fala destas conseqüências indesejáveis, com as seguintes palavras:”Quando os recursos da ordem não são suficientes para resolver as contradições da desordem” e “não existem condições coercitivas de recuperação da ordem, os planos de enfrentamento político deslocam-se completamente da órbita judiciária. Os padrões de valores juridicamente definidos passam a ser violados e instaura-se a conturbação social”⁷.

Evidentemente, uma situação assim exacerbada não decorre da simples existência do direito adjetivo autônomo, mas, sim, de práticas e omissões contrafactantes. Porém, não temos dúvida em supor que no fato de muitas vezes se transformar o processo de “meio” em “fim”, reside o responsável maior pela turbação do direito de exigibilidade.

4 O Papel da Política do Direito na Solução do Problema

O Estado comete um grande equívoco, quando se omite com o alcance da justiça na aplicação de uma norma, sobre o pressuposto de que o fim a ser por ele alcançado é apenas o da segurança política ou paz social, como se esta pudesse ser alcançada fora de um ambiente em que não predomine o sentimento do justo e do útil.

Sabemos que na ótica pragmática do poder político, conforme ensina Bobbio “o fim mínimo da política é a ordem pública nas relações internas e a defesa da integridade internacional nas relações de um Estado com outro”⁸.

Claro que essa é a posição corrente quando nos referimos à política como expressão do poder, ou seja, da política como manifestação do Estado. Porém, como expressão de desejo de alcançar a realização de um interesse, ou seja, como espaço reivindicatório, temos as diversas formas de “ação política”. Assim, determinar como deva ser a educação resulta na política educacional. Para alcançar o direito que deva ser e como deve ser, temos a Política do Direito, segundo a conhecida lição de Hans Kelsen.

O caráter ideológico e axiológico próprio da Política do Direito exige que uma norma, além dos requisitos para sua validade formal, se conforme com os valores justiça e utilidade social, pois só assim poderá ostentar a sua validade material. Uma norma que não assegure esses valores não pode ser chamada jurídica, e melhor será que não faça parte do sistema normativo. Da mes-

ma forma, o processo que não leve a uma decisão capaz de assegurar esses valores no seu desiderato, será politicamente ilegítimo, em que pese sua validade formal. Essa a posição inarredável da Política do Direito.

Partindo desse postulado, não se pode admitir que a exigibilidade que surge do direito subjetivo ferido por não cumprimento de norma válida, possa sofrer restrições, bloqueios e frustrações, não importa em nome de que isso ocorra. Esse tipo de problema, quando detectado, deveria ser pelo político do direito, devidamente identificado quando à sua natureza e causa, analisado e corrigido, pois cabe à Política Jurídica “a problemática dos valores jurídicos que deles trata, no plano empírico e imediato”⁹.

Por sua vez, Alf Ross nos lembra que “o Direito tem seu objetivo em si mesmo: aperfeiçoar a idéia de justiça a ele inerente”, e que “a Política Jurídica é a doutrina que ensina como alcançar esse objetivo” pois ela “abarca todos os problemas práticos que origina o uso - para o alcance de objetivos sociais - da técnica do Direito em especial da legislação”¹⁰.

Outrossim, se aprofundarmos essa questão do espaço reivindicatório da Política Jurídica no aperfeiçoamento, quanto a valores e fins, do Direito Positivo, vale invocar a lição do Luis Alberto Warat, que assim é apresentada: “Não se pode implementar a democracia com um Direito que juridifica a Política. A situação oposta é que permite a realização da sociedade democrática. A democracia se implementa através de uma prática política que possibilita ao Direito que outorgue aos centros produto-

res das significações jurídicas, a capacidade de criação permanente de novos hábitos e rotinas”¹¹.

Tendo esses ensinamentos como ponto de referência para nossas utopias, poderemos encarar as dificuldades apontadas neste texto, como passíveis de solução. Assim, investigando o problema e definida a correlação entre os fatos e as atitudes de valoração, poder-se-á propor a correção de rumos, tendo como balizamento os valores-fins do direito. Da mesma forma, embora num rasgo de criatividade tardio, fossem consagradas no texto constitucional do nosso país, os juizados de pequenas causas, poderiam ser propostos outros instrumentos capazes de resolver alguns óbices procedimentais que põem os feitos em risco de morrer já nas preliminares. Mas as próprias leis que regulamentam o dispositivo constitucional que autoriza os juizados de pequenas causas (Art. 98, inciso I e II) ainda carecem de aperfeiçoamento, pois ao dispensarem a presença, no processo, de um dos atores do sistema jurisdicional, o advogado, cometem três erros básicos: atribuem indevidamente só ao advogado a causa das demoras e dos custos; mutilam o processo com a ausência de um dos seus componentes essenciais (o que realmente dá

vida e dinâmica ao feito) e ainda frustram os direitos de uma classe, ex-vi do Estatuto da Advocacia (e outras leis pertinentes). Bastaria a exigência de uma tabela especial de custas e de honorários para esses casos e de uma regulamentação segura para evitar o uso abusivo de procedimentos formais para que a presença obrigatória do advogado pudesse permanecer, dando maiores garantias ao direito de exigibilidade.

Tudo está a nos indicar que precisamos aperfeiçoar constantemente o nosso direito, especialmente o processual, que deve ser o que sempre deveria ter sido: o grande instrumento da realização da justiça. Quando conseguirmos essa correção de rumos, estarão superadas as causas principais dos abismos que se situam entre as legítimas reivindicações da sociedade e direitos individuais, de um lado, e a prepotência da vontade do legislador (imbricada esta com os fins políticos do Estado ou mesmo de grupos e classes) e o poder majestático dos Tribunais, de outro lado.

Se a confiança dos cidadãos no Direito, nos legislador e nos atores judiciários encontrar razões para se firmar, o próprio valor segurança, tão caro ao Estado, estará garantido em bases racionais e legitimado ideologicamente pela adesão da Sociedade.

NOTAS

(1) "Podemos dizer que bilateralidade - atributiva é uma relação objetiva que, ligando entre si dois ou mais seres, lhes confere e garante, de maneira recíproca o unã, pretensões ou competências". REALE, Miguel. Filosofia do Direito, 692.

(2) "No direito processual, argumento que, sem referir-se diretamente ao mérito da causa, objetiva apontar vícios processuais ou fatos impeditivos do regular andamento da ação, de modo a favorecer o réu, ensejando a não apreciação do mérito pelo juiz" (grifos nossos). Acquaviva, Marcos Claudio. Dicionário Jurídico Brasileiro, Jurídica Brasileira, São Paulo, 1995.

(3) ROOS, Alf. Sobre o Direito e a Justiça. Trad. de Genaro Carrió, Buenos Aires: Universitário, 1974, p.343

(4) RADBRUCH, Gustavo. Filosofia do Direito. Coimbra: Armênio Amado Editor, 1979. p. 344.

(5) Idem, Idem. p. 343

(6) BASTOS, Aurélio Wander. Introdução a Teoria do Direito. Rio de Janeiro: Liber Juris, 1992, p. 91.

(7) BASTOS, Aurélio Wander. op. cit. idem, idem.

(8) BOBBIO, Norberto et alii. Dicionário de Política. Verbete Política.

(9) REALE, Miguel. O Direito como Experiência. Rio de Janeiro: Saraiva, 1968. p. 58-59.

(10) ROSS, Alf. Sobre o Direito e a Justiça. Editorial Universitária, Buenos Aires. 1963. p. 317-318.

(11) WARAT, Luis Alberto. Introdução Geral ao Direito. Sergio Antonio Fabris Editor, Porto Alegre, v. 2. 1995. p.259
