

A IMPORTÂNCIA DO PRAGMATISMO JURÍDICO NA EFETIVIDADE DA JURISDIÇÃO

THE IMPORTANCE OF LEGAL PRAGMATISM IN THE EFFECTIVENESS OF JURISDICTION

Elenita Araújo e Silva Neta¹

Adrualdo de Lima Catão²

RESUMO: O juiz no exercício do seu poder decisório precisa observar certos limites do direito para resolver o litígio entre as partes no caso concreto, já que uma delas é movida pelo sentimento jurídico de reaver a sua propriedade que foi usurpada ou lesada pela parte contrária. Porém, o juiz posto diante das possibilidades de resolução e inserido nesse contexto pelo pragmatismo jurídico, precisa tomar decisões que visem a melhor aplicação do direito, podendo nos casos de não compensação do dano, por vias ordinárias, recorrer ao princípio da efetividade da jurisdição.

PALAVRAS-CHAVE: Direito. Pragmatismo Jurídico. Princípio da efetividade da jurisdição.

ABSTRATC: The judge in the exercise of his decision-making power must observe certain limits of the right to settle the dispute between the parties in the specific case, since one of them is moved by the legal feeling of recovering his property that was usurped or harmed by the opposing party. However, the judge before the possibilities of resolution and inserted in this context by the juridical pragmatism, must make decisions that aim at the best application of the right, and in cases of non-compensation of the harm, by ordinary means, resort to the principle of the effectiveness of the jurisdiction.

KEWYWORDS: Law. Legal pragmatism. Principle of effectiveness of jurisdiction.

¹ Graduanda em Direito pelo Centro Universitário Tiradentes – UNIT/AL.

E-mail: elenita.neta@hotmail.com

² Possui graduação em Direito pela Universidade Federal de Alagoas (2001), mestrado em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco (2005) e doutorado em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco (2009). Atualmente é professor adjunto da Universidade Federal de Alagoas, professor do Centro Universitário CESMAC, professor titular do Centro Universitário Tiradentes e Secretário Executivo do Gabinete Civil do Governo do Estado de Alagoas.

E-mail: adrualdocatao@gmail.com

INTRODUÇÃO

A problemática diante dos limites do poder decisório do juiz no caso concreto vem, atualmente, ganhando destaque no cenário jurídico quanto até que ponto estes limites devem ou podem ser respeitados pelo magistrado com relação às circunstâncias de um caso concreto.

Quando o particular tendo sua propriedade usurpada ou lesada por outro indivíduo, recorre ao Poder Judiciário para que se aplique o conceito do que vem a ser justo conforme o preceito legal. Porém, movido pelo sentimento jurídico, (podendo inclusive levar a sede de vingança) o particular põe nas mãos do magistrado o poder para que ele dite qual o direito deve prevalecer e como deve ser retribuído à parte contrária.

Porém, de acordo com as particularidades do caso apreciado o juiz se vê diante de mais de uma possibilidade que levará a solução do litígio e diante disso, deverá escolher a melhor solução possível para aplicar, ou seja, a que trará menos prejuízos à parte perdedora e ao mesmo tempo, compense o mal feito por esta a parte contrária.

Contudo, em alguns casos, o dano provocado não pode ser compensado por vias ordinárias motivo este que requer do magistrado uma maior valoração do que deve ser aplicado e é nesse momento oportuno que este procura aplicar o princípio da efetividade da jurisdição: compensar o dano que, em regra, não seria possível compensar.

O presente artigo abordará quais os limites e obstáculos que a figura do magistrado deve percorrer para que ao final do processo possa decidir de forma valorada, afastando arbitrariedades e ilegalidades, pois a ao final da marcha processual o referido litígio precisa ser solucionado.

1 O SURGIMENTO DO DIREITO COMO CONSTRUÇÃO HISTÓRICA

Para que se possa entender o direito que rege um determinado país, necessária se faz uma análise de sua construção histórica. Dessa forma, não apenas o direito representa a luta dos indivíduos em defesa de seus direitos subjetivos, mas sim também da manutenção de determinados direitos pertencentes a uma coletividade ou grupo.

Logo, além de ser uma construção histórica a “defesa do direito é portanto um dever da própria conservação moral”³, ou seja, a concretização do direito possui um vínculo, direto

³ IHERING, Rudolf Von. **A luta pelo direito**. São Paulo: Martin Claret, 2009, p. 39.

ou não, com a moral e a ética que rege as relações do indivíduo para com o Estado, bem como do indivíduo em relação ao seu semelhante, pois “em seu direito o homem possui e defende a condição de sua existência moral”⁴, bem como ética, já que “nesse sentido, a lei permite a cada um escolher o seu direito, tanto o de abandoná-lo como o de reivindicá-lo.”⁵

Porém, não apenas a lei é reflexo dessa concretização, já que outros meios, como o entendimento dos tribunais com suas jurisprudências e precedentes, representam uma abstração da própria lei regente do ordenamento jurídico.

Diante dessa construção, o direito nada mais é do que a própria luta em defesa dos direitos objetivos, pertencentes à coletividade, em paralelo com a proteção dos direitos subjetivos, inerentes a cada indivíduo em sua particularidade e que podem ser avocados quando sua propriedade é lesada.

1.1 O DIREITO OBJETIVO E A PROTEÇÃO DA COLETIVIDADE

Quando se fala em direito objetivo, entende-se como “o conjunto de princípios jurídicos aplicados pelo Estado à ordem legal da vida”⁶ ou seja, após as conquistas de determinados direitos, o povo, a coletividade, colocam nas mãos do Estado, através de uma autoridade legal e incontestada, a função de efetiva-los e protegê-los, pois “os primeiros seres humanos a enunciá-los são os juízes”⁷ e a defendê-los quando lesionados, também.

Destarte, para que os referidos direitos sejam atingidos, como, por exemplo, o direito à educação, segurança, saúde, ao meio ambiente; necessária se faz uma luta obstinada, em busca de sua conquista, já que o direito representa a força do povo em constante transformação e “aqueles que não lutam por direitos no campo individual, tampouco irão lutar por direitos da coletividade”⁸.

Logo, faz-se um comparativo quanto o uso da espada e da balança da deusa da justiça Thêmis: o processo é o meio de se atingir, efetivamente, a proteção de um direito violado, pois

⁴ IHERING, Rudolf Von. **A luta pelo direito**. São Paulo: Martin Claret, 2009, p. 39.

⁵ FERREIRA, Claudinei Flávio. **A luta pelo direito**: o direito é conquistado através de lutas, e lutas com dores. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/66668/resenha-a-luta-pelo-direito>. Acesso em: 9 de junho de 2019, p. 02.

⁶ IHERING, *Op. Cit.*, p. 25.

⁷ HOLMES JR., Oliver Wendell. **The parth of de Law**. [S.I.] The Floating Press, 2009, 16.

⁸ FERREIRA, *Op. Cit.* p. 02.

“todas as formas substanciais do processo e do fundo do direito se ligam às leis”⁹, não podendo ao final da marcha processual defendê-lo sem a imposição da espada ou sem o uso da correta ponderação, já que “uma não pode avançar sem a outra, nem haverá ordem jurídica perfeita sem que a energia com que a justiça aplica a espada seja igual à habilidade com que manejar a balança”¹⁰ e assim, a defesa do direito violado ser falha.

Assim, não só na esfera coletiva os direitos previstos no ordenamento jurídico são violados e não apenas nesse plano é importante à atuação da máquina estatal como a interessada em protegê-los, assim, de maneira paralela a isto, encontram-se os direitos subjetivos, pertencentes a cada indivíduo que aciona o Estado quando “o interesse de qualquer um em o defender choca-se sempre com o interesse de um outro em o desprezar”¹¹ e dessa forma, o indivíduo utiliza-se do processo para chegar ao seu objetivo: proteger sua propriedade.

Por fim, é importante ressaltar que esse plano dos direitos subjetivos e diferentemente do direito objetivo, submete-se ao sentimento jurídico, interno ao homem, e que, se não controlado acaba se utilizando da própria lei pertencente a todos como uma forma de direito de vingança, fazendo com que a finalidade do processo seja outra, porém, ainda é mais preocupante quando esse direito desviado é advindo de uma autoridade competente que deveria protegê-lo e assim não o faz.

Porém, é importante ressaltar que

A justiça para o camponês é diferente da justiça para o comerciante. Porém alguns indivíduos não pensam na justiça para si, mas nela abraçando a todos, independente de ganhar algo com aquilo, ou seja, não é uma luta utilitarista, por interesse próprio. E é em razão desses indivíduos não acomodados, que não são covardes, que não lutam por seus interesses apenas, que o direito vai sendo conquistado, e, ironicamente, é por causa desses inconformados que os “covardes” têm a vida que tem.¹²

Logo, assim é essencial saber como punir e o porquê punir.

⁹ IHERING, Rudolf Von. **A luta pelo direito**. São Paulo: Martin Claret, 2009, p. 27.

¹⁰ Ibidem, p. 23.

¹¹ IHERING, *Op. Cit.* p. 32.

¹² FERREIRA, Claudinei Flávio. **A luta pelo direito**: o direito é conquistado através de lutas, e lutas com dores. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/66668/resenha-a-luta-pelo-direito>. Acesso em: 9 de junho de 2019.

1.2 O DIREITO SUBJETIVO, O SENTIMENTO JURÍDICO E A PROPRIEDADE

É diante da esfera do direito subjetivo que corresponde a “transusão da regra abstrata para o direito concreto da pessoa interessada”¹³ e avocado quando “é um dever de todo homem para consigo combater por todos os meios de que disponha a desconsideração para com a sua pessoa no desprezo de seu direito”¹⁴, sendo, nesse cenário, o homem que possui o seu direito usurpado/lesado sendo movido pelo denominado sentimento jurídico contra o seu ofensor.

Diante disso e sabendo que “para nossos propósitos, nosso único interesse no passado é pela luz que lança no presente”¹⁵, o indivíduo é tomado pelo sentimento jurídico de que “ele não luta pelo miserável objeto do litígio, mas por um fim ideal: *a defesa de sua própria pessoa e do sentimento do direito*”¹⁶, pois não apenas a dignidade e o caráter do indivíduo que teve seu direito usurpado/lesionado que está em jogo, mas sim a sua propriedade.

Destarte, além de um direito de resistência, e diferentemente do de vingança, o sentimento jurídico exige não só do indivíduo com o direito usurpado/lesionado alguma ação, mas sim do próprio defensor do ordenamento jurídico: o Estado, na figura do juiz, já que “as normas constitucionais, principalmente de Direitos Fundamentais, trazem forte abertura textual ao processo de valoração e realocização da discussão jurídica para o âmbito dos valores”¹⁷

Aqui, enfrenta-se a proteção da propriedade, pois “a propriedade não é mais que a periferia da minha pessoa estendida aos objetos”¹⁸ e assim do direito subjetivo como um todo, já que o direito lesionado ou usurpado não é apenas o do indivíduo, mas todo o direito que rege o Estado.

Através disso, o juiz se torna o elo forte, que une a vontade do indivíduo, titular do direito subjetivo, e de todos os meios legais que a máquina estatal possui para impor as sanções e a responsabilidade contra o violador do direito. Nesse ponto, o magistrado deve agir em busca da efetivação do comando legal, pois caso o contrário “quando a lei proíbe, mas não consegue realmente reprimi-las, podem transformar-se relativamente ao indivíduo em origem de um

¹³IHERING, Rudolf Von. **A luta pelo direito**. São Paulo: Martin Claret, 2009.

¹⁴Ibidem.

¹⁵HOLMES JR., Oliver Wendell. **The path of de Law**. [S.I.] The Floating Press, 2009.

¹⁶IHERING, *Op. Cit.*

¹⁷ SOUSA, Ileide Sampaio de. O sentimento jurídico e a prudência como expressões de uma práxis valorativa de implementação dos direitos fundamentais. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, ano 18, n. 3593, mai. 2013, p. 07.

¹⁸IHERING, *Op. Cit.* p. 54.

grave conflito”¹⁹ pondo, inclusive, o próprio indivíduo em xeque quando o seu direito subjetivo é usurpado ou lesionado e o Estado nada faz.

Ressalta-se que nesse caso o indivíduo “pela convicção de seu direito violado, declara a guerra à humanidade inteira”²⁰ e põe o juiz em um dilema de qual seria a solução correta para o litígio, quando esta não se encontra apenas na lei, já que “o número de nossas previsões quando generalizadas e reduzidas a um sistema não é incontrolável. Eles se apresentam como um corpo finito de dogma que pode ser dominado dentro de um tempo razoável”²¹ (tradução nossa) devendo, dessa forma, o juiz recorrer a outros meios para a resolução de tal litígio.

2 O PRAGMATISMO JURÍDICO

É papel do juiz, quando se encontra diante de um caso concreto, escolher dentre as opções mais viáveis para que possa decidir entre o que é justo e devido á quem recorre ao Poder Judiciário em busca de saciar suas pretensões, porém “obviamente, tais julgamentos de importância relativa podem variar em diferentes momentos e lugares”²² (tradução nossa) e dessa forma, o magistrado quando exerce o seu papel de julgar, acaba encontrando diversos caminhos dispostos à sua frente como possíveis soluções para a resolução do conflito o que se denomina pragmatismo jurídico, ou seja,

Assumindo que a decisão e o contexto são indissociáveis, a ênfase do pragmatismo não recairá na decisão, nem no contexto, mas na relação formada entre os dois. Como a diversidade dos elementos que compõem o caso, somada à dificuldade de se determinar, com relativa precisão, os limites dos contextos, apenas o uso do raciocínio analógico pode se mostrar limitado a uma resolução adequada das controvérsias jurídicas.²³

Diante disso, havendo certas possibilidades de julgamento, deverá o juiz se limitar a apenas uma, mediando entre a efetividade da aplicação do direito em questão, bem como respeitando os limites impostos pela própria lei na hora de decidir sobre o feito em concreto, já que:

¹⁹ IHERING, Rudolf Von. **A luta pelo direito**. São Paulo: Martin Claret, 2009, p. 76.

²⁰ IHERING, *Op. Cit.* p. 73.

²¹ HOLMES JR., Oliver Wendell. **The parth of de Law**. [S.I.] The Floating Press, 2009, p. 05.

²² HOLMES JR., *Op. Cit.*, p. 19.

²³ ALMEIDA; Leonardo Monteiro Crespo de; REGO, George Browne. Pragmatismo jurídico e decisão judicial. **Pensar**, Fortaleza, v. 20, n. 2, p. 404-429, mai./ago. 2015, p. 412.

A lei fala sobre direitos e deveres, malícia, intenção e negligência, e assim por diante, e nada é mais fácil, ou, devo dizer, mais comum no raciocínio legal, do que tomar essas palavras em seu sentido moral, em algum estado do argumento, e assim cair em falácia.²⁴ (tradução nossa)

Além disso, e sendo o ponto crucial para que o magistrado possa exercer o seu direito decisório, deverá este buscar eliminar o conflito entre o indivíduo e a sociedade, já que “ninguém sustenta um processo por amor à ideia do direito”²⁵ e conciliar o que a parte lesada pode ter e o que a lei permite que esta possa ter.

2.1 A INFLUÊNCIA DA MORAL E DA ÉTICA NO ORDENAMENTO JURÍDICO

Aqui, há a discussão se a própria lei impõe ou não limites éticos e morais no ato decisório do juiz, pois há “uma importância prática das distinções entre moralidade e lei”²⁶ (tradução nossa). Primeiramente, por uma corrente, entende-se que a lei impõe esses tipos de limites a algumas condutas, como por exemplo, quando o contrato deve ser adimplido, quando há uma conduta negligente ou até mesmo quando o indivíduo deixa de socorrer outra pessoa ou até mesmo, quando a própria lei limita um período de tempo para que o devedor possa adimplir com a sua obrigação antes da fase de execução no processo civil.

Logo, quando a lei busca legislar certas condutas morais e éticas, esta busca taxar os limites de liberalidade de decisão do próprio indivíduo que a pratica, bem como do magistrado no momento de percorrer um determinado caminho para proferir sua decisão, de tal modo que “queremos assinalar os limites da interferência com a liberdade individual que julgamos serem prescritos pela consciência ou por nosso ideal, por mais atingido que seja”²⁷ (tradução nossa) como uma forma de tentativa de criar um parâmetro quanto a que caminho o magistrado deve percorrer até alcançar sua decisão final.

Porém, por outro prisma, há o entendimento de que não pode o direito se envolver nem com a ética e nem com a moral, de tal forma que quanto mais o direito passa a descrever normas com esse tipo de conteúdo, o número de indivíduos que passam a procurar o Poder Judiciário,

²⁴HOLMES JR., Oliver Wendell. **The path of de Law**. [S.I.] The Floating Press, 2009, p. 08.

²⁵IHERING, Rudolf Von. **A luta pelo direito**. São Paulo: Martin Claret, 2009, p. 67.

²⁶HOLMES JR., *Op. Cit.*, p. 06.

²⁷HOLMES JR., *Op. Cit.*, p. 05.

na figura do juiz, para que este possa dizer o que é o direito conferido a cada um, quando na verdade, as próprias partes deveriam saber e não caberia ao magistrado defini-lo.

Dessa forma, quando se adota o posicionamento que há condutas éticas e morais positivadas na legislação, o magistrado agora tende a enfrentar o próprio sentimento jurídico de fazer justiça quando um direito é lesado ou usurpado de seu semelhante, de tal forma que “o sentimento jurídico apresenta uma sensibilidade diferente segundo a diversidade da posição e da profissão, visto que avalia o caráter ofensivo de uma lesão do direito unicamente pelo interesse que uma classe pode ter em não a sofrer”²⁸ logo, antes de adotar um entendimento para aplicar o direito, deve o magistrado ponderar as circunstâncias do caso concreto para que em vez de aplicar e dizer o direito, não estimule o denominado direito de vingança a quem teve a sua propriedade usurpada, principalmente.

2.2 O DIREITO DE VINGANÇA

Ademais, independentemente de existir ou não condutas morais e éticas legisladas no ordenamento jurídico, sempre que há uma lesão do direito de um indivíduo e este recorre ao magistrado em busca de satisfazer e reaver sua propriedade, o juiz deve buscar o equilíbrio entre aplicar o direito e fazer prevalecer à justiça no final de sua decisão, pois quando há alguma falha nesse binômio “a luta pela lei transforma-se então numa luta contra a lei”²⁹ de qual modo que “quando a lei as proíbe, mas não consegue realmente reprimi-las, podem transformar-se relativamente ao indivíduo em origem de um grave conflito”³⁰ ou seja, de fazer justiça conforme o seu entendimento do que é justo ou injusto.

Logo, em busca de uma exemplificação de tal realidade, importante citar o caso Michael Kohlhaas, escrito por Heinrich Von Kleist, que acaba retratando como o poder decisório do juiz quando este é contaminado pelo nepotismo e arbitrariedade, não buscando cumprir o que determina a lei, mas sim a contaminando com o sentimento jurídico de quem possui o poder decisório, acaba dando margem à existência do direito de vingança.

²⁸ IHERING, Rudolf Von. **A luta pelo direito**. São Paulo: Martin Claret, 2009, p. 48.

²⁹ IHERING, Ibidem, p. 75.

³⁰ IHERING, Ibidem, p. 76.

Através disso, o personagem Michael Kohlhaas tendo os cavalos de sua propriedade sendo confiscados por um nobre, acaba entrando na justiça para reavê-los, porém mesmo conseguindo a posse dos animais de volta, estes retornam bastante desnutridos e maltratados.

Assim, diante dessa situação Michael Kohlhaas busca a figura do juiz como um meio de ser compensado pelo estado em que seus cavalos haviam sido devolvidos, porém quando se depara com o nepotismo e a arbitrariedade das decisões, já que o nobre que os confiscou possuía bastante influência na região, acaba Michael Kohlhaas formando um bando e provocando terror e destruição contra os nobres da época, de tal forma que busca fazer justiça com as próprias mãos em honra a sua figura e de sua família de tal modo que “pela convicção de seu direito violado, declara a guerra à humanidade inteira”³¹ já que:

É a partir deste ponto, da ideia de que pelos meios tradicionais de obtenção de justiça sua demanda não seria atendida, que se inicia a jornada do protagonista em busca de fazer com que seu senso de justiça particular se aplique, da forma que se fizer necessária.³²

Fazendo com que Michael Kohlhaas retorne ao estado selvagem e busque o seu conceito de justiça e reparação pelo mal provocado, independentemente do que dita a lei, pois

Porém, diante dessa situação, ao final de tudo, Michael Kohlhaas acaba conseguindo seu direito de vingança, mas acaba sendo sentenciado à pena de morte, retratando, dessa maneira que a “vingança importa os sentimentos culpados, e uma opinião, por mais distorcida que seja, passou a ser uma razão”³³ (tradução nossa) de tal forma que se faz necessária à proteção do indivíduo em relação a como a máquina estatal, representada pelo juiz, irá atuar perante o litígio em concreto, pois além da propriedade em análise haverá também a existência do já denominado sentimento jurídico.

2.3 O DIREITO DE PROPRIEDADE E SEUS LIMITES

Aqui, diferentemente do direito de vingança, o ente estatal busca atuar em equilíbrio entre os interesses das partes envolvidas no conflito, sua motivação e a aplicação correta do

³¹IHERING, Rudolf Von. **A luta pelo direito**. São Paulo: Martin Claret, 2009, p. 73.

³²LOPES, Matheus Rebello Fernandes. **Michael Kohlhaas**: uma breve análise através da justiça kelseniana. Disponível em: <https://periodicos.ufrn.br/transgressoes/article/view/10124/7592>. Acesso em: 16 de maio de 2019, p. 06.

³³BELTRAN, Diego M.; PAULO, J.S. Pereira. **The common Law**. Toronto, 2011. Dissertação, Typographical Society, University of Toronto Law, p. 05.

comando legal, para que não se fortaleça o sentimento jurídico entre as partes até que alcance o já explicitado direito de vingança.

Logo, o juiz analisa a proporcionalidade entre a aplicação de uma penalidade em relação à conduta praticada pela parte, de tal maneira que não deve haver excessos, pois a propriedade lesionada de uma das partes não autoriza a usurpação total da propriedade da outra parte no litígio, pois a “dedução de princípios de ética ou admite axiomas ou não, que podem ou não coincidir com as decisões.”³⁴ (tradução nossa)

Através disso, necessário citar o caso Shylock descrito pelo dramaturgo inglês William Shakespeare como forma de exemplificar como a vontade de reaver sua propriedade deve obedecer a limites do próprio conceito de propriedade.

Assim, o caso relata que Shylock, um agiota judeu havia emprestado dinheiro a Antônio, cristão, porém para reaver o dinheiro emprestado, acabou por cobrar, como garantia uma libra de carne de Antônio, tendo este aceitado, porém Shylock sempre agiu a título de vingança, por Antônio tê-lo uma vez insultado antes do acordo. Em progresso, quando o agiota judeu exige o pagamento de Antônio, a figura do julgador põe limites à própria pretensão de Shylock: este poderia até receber uma libra de carne de Antônio a título de quitação, porém deveria limita-se apenas a carne e não ao sangue que a percorre, assim, Shylock só poderia obter o pagamento se não levasse o sangue que percorre a carne de Antônio, junto.

Diante desse cenário, Shylock fica enfurecido por não ver o seu desejo de vingança particular contra o cristão ter sido um sucesso, ao contrário, o julgador impôs os limites que Shylock deveria obedecer em relação à propriedade de Antônio, quando resolveu revindicar a sua quando usurpada, pois:

É notório que o principal objetivo do devedor era a vingança do seu desafeto já que este era corriqueiramente ofendido pelo fato de ser judeu e praticar a agiotagem. Com isso, emprestar a quantia solicitada por Bassânio era ter a certeza de concretizar sua vingança.³⁵

Ademais, é importante ressaltar que não serão em todos os casos que a parte lesada poderá obter, na mesma proporcionalidade, uma resposta contra a agressão que sofreu de sua propriedade, de tal modo que o Poder Judiciário, nesse caso, terá que aplicar o denominado princípio da efetividade da jurisdição.

³⁴HOLMES JR., Oliver Wendell. **The parth of de Law**. [S.I.] The Floating Press, 2009, p. 09.

³⁵SANTANA, Isabela Carvalho. A análise do Mercador de Veneza inserida no ordenamento jurídico brasileiro. **Conteúdo Jurídico**, Brasília, abr. 2012, p. 02.

3 O PRINCÍPIO DA EFETIVIDADE DA JURISDIÇÃO NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO: O MAGISTRADO E O CASO CONCRETO

No percorrer do caminho, diante de várias soluções ao caso concreto, o magistrado se vê diante de soluções mais benéficas as partes, ou se maléficas, que causem o mínimo prejuízo para os envolvidos no percorrer da marcha processual. Porém, em alguns casos, mesmo que decida de uma fora, mesmo que mais benéfica diante das demais, o dano provocado pela conduta de uma das partes não poderá ser compensado, assim

O sentimento jurídico excitado não se satisfaz com o simples restabelecimento do direito; reclama ainda uma satisfação particular para a contestação que, maldosamente ou não, o adversário tenha oposto a seu direito.³⁶

Dessa forma, o juiz fica frente a uma dicotomia: enquanto o ordenamento jurídico impõe que ele aplique, ao caso concreto, uma determinada solução, o próprio conjunto normativo não lhe dá uma saída exata quando o próprio dano provocado não pode ser revertido contra a parte que o praticou, porém “esta presunção é apenas relativa, e basta, para superá-la, a valoração crítica do juiz, que em vez de aplicá-la objeta sua validade”³⁷ logo deve o magistrado resolver o litígio pendente valorando o denominado princípio da efetividade da jurisdição, já que:

De há muito se discute a efetividade como princípio que se adere ao plano dos direitos e garantias fundamentais, sob diversas facetas, dentre elas o próprio acesso à justiça (inciso XXXV do artigo 5º e múltiplas decorrências legais), bem como o devido processo legal (inciso LIV, complementado pelo inciso LV do artigo 5º) e a imutabilidade das decisões, após cognição exauriente.³⁸

Pois, além de dá uma resposta ao litígio entre as partes, o magistrado necessita observar os próprios limites impostos pelo ordenamento jurídico para a sua aplicação.

³⁶ IHERING, Rudolf Von. **A luta pelo direito**. São Paulo: Martin Claret, 2009, p. 43.

³⁷ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**: teoria do garantismo penal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 805.

³⁸ GUAGLIARIELLO, Glaucio. Efetividade da jurisdição: razoável duração do processo. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, ano 12, n. 1425, mai. 2007, p. 02.

3.1 A APLICAÇÃO NA ESFERA CÍVEL

Logo, o presente princípio previsto no art. 499 do Código de Processo Civil preleciona que todo o dano que não pode ser compensado deve ser revertido em perdas e danos, ou seja, quando não há mais possibilidade de cumprimento da obrigação por parte do devedor.

Diante disso, tendo em vista que “a efetividade plena da prestação jurisdicional no ordenamento jurídico brasileiro está intimamente ligada com a influência dos princípios no processo civil moderno”³⁹ deverá o magistrado como uma forma de compensar o dano provocado pela inadimplência do devedor, converter a obrigação em perdas e danos como uma forma de compensar as pretensões do credor, mesmo que o próprio ordenamento jurídico dite que aquela obrigação não poderá mais ser adimplida, como por exemplo, no caso de perecimento de um bem infungível.

3.2 A APLICAÇÃO NA ESFERA PENAL

Porém, não apenas na esfera civil o presente princípio é aplicado, um exemplo disso é a realização da audiência de composição no Juizado Especial Criminal, com seu rito ditado pela Lei n°. 9.099/95 e sendo prevista tal audiência em seu art.72, como uma forma de não iniciar uma ação penal, na esfera penal, em crimes considerados de menor potencial ofensivo, ou seja, quando a pena máxima do delito não supera 2 anos.

Outro ponto importante é a possibilidade de indenização em favor do réu quando este for processado por erro judiciário, prevista tal hipótese tanto na Carta Magna, em seu art.5º, LXXV, bem como nas hipóteses de revisão criminal, conforme o art.630 do Código de Processo Penal, sendo uma forma de compensar todos os malefícios advindos, ao réu, de um erro judiciário, já que em si os danos provocados contra este não poderão ser compensados por si só.

Importante ressaltar que

A partir dessa concepção (de que o judiciário pode ser a solução para um litígio privado) surge então no subconsciente social a certeza de que é proporcionado a todos a possibilidade de levar ao judiciário suas causas, para que sejam definitivamente julgadas à luz da jurisdição estatal e assim gozem do benefício da segurança jurídica proporcionada por este método, em razão

³⁹LUCIANO, Marcelo. Efetividade da tutela jurisdicional, cooperação processual e o novo modelo de processo civil. **Jus**, mai. 2015, p. 02.

da notória força que detém as decisões judiciais no estado de direito brasileiro.⁴⁰

Nesse sentido, tendo o ente estatal o dever de prestar uma tutela jurisdicional para os litigantes este deverá obedecer a certos limites que a própria lei lhe impõe como forma de proteger essa tutela contra os desvios do próprio Estado.

3.3 O PRINCÍPIO DA EFETIVIDADE DA JURISDIÇÃO E OS LIMITES À INTERVENÇÃO ESTATAL

Ademais, em ambas as esferas citadas anteriormente, mesmo que o juiz tenha que aplicar o princípio da efetividade da jurisdição, durante a sua valoração este deve observar os limites que o próprio ente estatal possui para efetivar suas pretensões, pois “o poder tem o específico efeito de produzir desigualdade, disparidade, ordenação, disciplina, relação de sujeição”⁴¹ assim, para a sua aplicação, necessária é a ponderação do limite de aplicação do referido princípio, porém

O direito a tutela jurisdicional e a sua efetividade é uma garantia constitucionalmente constituída, pois, a partir do instante em que o Estado toma para si o monopólio das decisões, cabe a ele efetivá-la de forma mais eficaz e célere possível, se valendo de instrumentos processuais adequados que proporcione uma real e adequada resolução dos conflitos, ao direito ameaçado, garantindo as partes uma justiça célere e justa.⁴²

Assim, uma vez que a máquina estatal atrai a função de prestação de tutela jurisdicional às partes litigantes, esta deve obedecer, em regras, a certos limites que a própria lei impõe, mas há casos em que observando a proporcionalidade e a razoabilidade poderá o magistrado agir visando o melhor trâmite do processo, como no caso do HC nº. 203.405 do Ministro Relator Sidnei Beneti.

⁴⁰LUCIANO, *Ibidem*.

⁴¹FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**: teoria do garantismo penal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 859.

⁴²DE MATOS, Rosivaldo Rabelo. Efetividade da tutela jurisdicional. **Direito Net**, nov. 2010, p. 02.

3.3.1 A autorização de interceptação telefônica e o HC nº. 203.405 do Superior Tribunal de Justiça

Como uma forma de exemplificar a importância da busca pela efetivação da jurisdição pelo juiz, cabe ser citado o referido HC nº. 203.405 do Ministro Relator Sidnei Beneti que tratou da possibilidade ou não de interceptação telefônica na esfera cível.

Dessa forma, o caso tramitava em uma vara de família tendo como objetivo a definição da guarda de um menor, porém após a decisão da guarda ficar a favor da genitora, o genitor do menor, até então responsável por este acabou fugindo, ocorrendo a subtração do menor o que constitui crime nos termos do art.237 do Estatuto da Criança e do Adolescente.

Porém, após as tentativas infrutíferas de localizar o menor, o juiz da vara de família resolveu decretar a interceptação telefônica contra a comunicação do genitor que havia subtraído o menor. Logo, após a decretação e realizada a medida, o menor acabou sendo encontrado e sua guarda foi entregue a sua genitora, sendo o referido genitor preso.

Diante disso, questionou-se se a referida medida de decretação da interceptação telefônica que segundo a Lei nº. 9.296/96 determina que apenas no âmbito do processo penal esta poderia ser decretada pelo magistrado. Ademais, após o julgamento do HC nº. 203.405, definiu-se que havia uma colisão entre o que a Lei nº. 9.296/96 que limitava a aplicação da interceptação telefônica e o princípio da primazia de proteção do interesse do menor, ou seja, de sua proteção.

Foi nesse cenário que o Superior Tribunal de Justiça determinou que deveria haver a prevalência do princípio da primazia de proteção do interesse do menor, já que devido às circunstâncias e a efetividade da medida, o juiz quando decretou a medida de interceptação telefônica contra o genitor do menor visualizou a condição de proteção máxima do menor, devendo esta valoração prevalecer em relações aos próprios limites que a lei estava impondo.

Destarte, com a análise do referido caso se demonstra a importância da aplicação do referido princípio da efetividade da jurisdição como um norte ao magistrado no momento de sua ponderação a o que deve se aplicar para a resolução do litígio.

CONCLUSÃO

No presente artigo, chegou-se à conclusão que no meio de um litígio perante o juiz não estão presentes, ao mesmo tempo, o direito objetivo e o direito subjetivo, sendo que este último é o responsável por despertar o denominado sentimento jurídico na parte que foi usurpada ou lesionada de sua propriedade. Assim, até mesmo o próprio magistrado pode ser contaminado com o seu sentimento jurídico e agir de forma arbitrária e contra a legalidade, por esse motivo que é necessária a sua valoração quanto ao que deve ser aplicado e a qual caminho seguir para a melhor resolução do litígio.

Assim, o pragmatismo jurídico insere a figura do juiz em um âmbito com várias soluções para o conflito que esta perante este, ao mesmo tempo em que procura demonstrar que se o magistrado não ponderar corretamente em relação aos valores que estão em jogo, por causa do sentimento jurídico das partes, principalmente, poderá acabar despertando na parte

perdedora de decisão os sentimentos de vingança ou desrespeito aos limites de propriedade da parte contrária, situações estas abominadas pelo nosso ordenamento jurídico, já que se busca a solução dos conflitos com base em uma ponderação do que se deve aplicar o direito, como se deve aplicar o direito, bem como os seus limites.

Nesse cenário, surgem situações que mesmo que o juiz tenha a proteção de ressarcir por completo o dano provocado pelo injusto praticado, em alguns casos o magistrado deverá se utilizar do denominado princípio da efetividade da jurisdição com aplicação nas áreas penal e cível, por exemplo, sempre com a mesma finalidade: compensar o dano que não pode ser compensado por vias ordinárias, ou seja, dá o máximo de efetividade de acordo com a valoração de cada caso concreto almejando sempre a resolução do conflito e trazendo menos dados possíveis a uma relação já problemática.

Assim, foi demonstrada a aplicação do referido princípio no caso do HC nº. 203.405 do Superior Tribunal de Justiça em que mesmo diante de uma vedação legal expressa da Lei nº. 9.296/96 o juiz não mediu esforços para a decretação da interceptação telefônica como um meio não ordinário, no âmbito cível, para a efetividade em recuperar o menor subtraído pelo genitor e entregar a guarda deste para a sua genitora como havia sido decidido, logo é exemplo claro da aplicação do princípio da efetivação da tutela jurisdicional.

Por fim, diante desse contexto fica evidente que o magistrado desde o começo da marcha processual até a prolação de sua decisão final no processo deverá percorrer os caminhos

do pragmatismo jurídico, da valoração do que está presente no litígio e recorrer ao princípio da efetividade da jurisdição quando as vias ordinárias não forem a solução ideal para o conflito existente entre as partes.

REFERÊNCIAS

BELTRAN, Diego M.; PAULO, J.S. Pereira. **The common Law**. Toronto, 2011. Dissertação, Typographical Society, University of Toronto Law.

DE ALMEIDA; Leonardo Monteiro Crespo; REGO, George Browne. Pragmatismo jurídico e decisão judicial. **Pensar**, Fortaleza, v. 20, n. 2, p. 404-429, mai./ago. 2015. Acesso em: 16 de maio de 2019.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**: teoria do garantismo penal. 3. ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

FERREIRA, Claudinei Flávio. **A luta pelo direito**: o direito é conquistado através de lutas, e lutas com dores. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/66668/resenha-a-luta-pelo-direito>. Acesso em: 9 de junho de 2019.

GUAGLIARIELLO, Glaucio. Efetividade da jurisdição: razoável duração do processo. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, ano 12, n. 1425, mai. 2007. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/9772/efetividade-da-jurisdicao>. Acesso em: 16 de maio de 2019.

HOLMES JR., Oliver Wendell. **The parth of de Law**. [S.I.] The Floating Press, 2009.

IHERING, Rudolf Von, 1818-1892. **A luta pelo direito**. São Paulo: Martin Claret, 2009.

KLEIST, Heinrich von. **Michael Kohlhaas**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2014.

LOPES, Matheus Rebello Fernandes. **Michael Kohlhaas**: uma breve análise através da justiça kelseniana. Disponível em: <https://periodicos.ufrn.br/transgressoes/article/view/10124/7592>. Acesso em: 16 de maio de 2019.

LUCIANO, Marcelo. Efetividade da tutela jurisdicional, cooperação processual e o novo modelo de processo civil. **Jus**, mai. 2015. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/39423/efetividade-da-tutela-jurisdicional-cooperacao-processual-e-o-novo-modelo-de-processo-civil>. Acesso em: 9 de junho de 2019.

MATOS, Rosivaldo Rabelo de. Efetividade da tutela jurisdicional. **Direito Net**, nov. 2010. Disponível em: <https://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/6071/Efetividade-da-tutela-jurisdicional>. Acesso em: 9 de junho de 2019.

SANTANA, Isabela Carvalho. A análise do Mercador de Veneza inserida no ordenamento jurídico brasileiro. **Conteúdo Jurídico**, Brasília, abr. 2012. Disponível em: <http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,a-analise-do-mercador-de-veneza-inserida-no-ordenamento-juridico-brasileiro,36356.html>. Acesso em: 16 de maio de 2019.

SHAKESPEARE, William. **O mercador de Veneza**. Porto Alegre: L&PM, 2009.

SOUSA, Ileide Sampaio de. O sentimento jurídico e a prudência como expressões de uma práxis valorativa de implementação dos direitos fundamentais. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, ano 18, n. 3593, mai. 2013. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/24360/o-sentimento-juridico-e-a-prudencia-como-expressoes-de-uma-praxis-valorativa-de-implementacao-dos-direitos-fundamentais>. Acesso em: 9 de junho de 2019.

STJ. Habeas Corpus: HC 203405 MS 2011/0082331-3. Relator: Ministro Sidnei Beneti. DJ: 28/06/2011. **Jusbrasil**. 2011. Disponível em: <
<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/21107387/habeas-corpus-hc-203405-ms-2011-0082331-3-stj/inteiro-teor-21107388?ref=juris-tabs>> acessado em 17 de maio de 2019.