

**ELIANA JUNQUEIRA MUNHÓS FERREIRA**

**A GARANTIA CONSTITUCIONAL DE ACESSO À JUSTIÇA  
E A EFICÁCIA DA TUTELA JURISDICIONAL**

Dissertação apresentada como requisito para a conclusão e obtenção do grau de mestre no Curso de Pós Graduação “Stricto Sensu” de Direitos e Garantias Constitucionais Fundamentais, das Faculdades de Vitória – FDV.  
Orientador: Professor e Doutor Flávio Cheim Jorge.

**VITÓRIA-ES**

**2006**

**ELIANA JUNQUEIRA MUNHÓS FERREIRA**

**A GARANTIA CONSTITUCIONAL DE ACESSO À JUSTIÇA  
E A EFICÁCIA DAS DECISÕES JUDICIAIS**

**BANCA EXAMINADORA:**

---

**Doutor Flávio Cheim Jorge**  
**Orientador**

---

**Doutor Willian Couto Gonçalves**

---

**Doutora Carolina Bonadimam Esteves**

**VITÓRIA-ES, 22 de Junho de 2006.**

A Paulo e aos nossos filhos, Andréa e Vinicius, a quem privei da minha companhia e atenção, nas longas horas de estudo e solidão, por acreditar que somente a construção do conhecimento e o trabalho são capazes de libertar o homem, com todo o meu amor.

Agradeço à FDV – Faculdades Integradas de Vitória (ES), na pessoa de seu Diretor, Prof. Antonio José Ferreira Abikair, pelo incentivo e apoio ao desenvolvimento e conclusão deste estudo.

Agradeço às equipes das Coordenações de Mestrado e de Pesquisa e a todos os professores do Curso de Mestrado daquela instituição, pelos ensinamentos e colaboração e, de modo muito especial, ao meu orientador Doutor Flávio Cheim Jorge, por quem nutro profunda admiração e respeito.

“O processo justo é o pequeno grande sol do Estado de Direito que, como garantia efetiva da defesa, aponta e reassegura a vigência das demais e faz certo o mandato constitucional de afiançar a justiça. A tutela real dos direitos depende de que esse sol ilumine cada vez com maior luminosidade e força – e para todos – o caminho que, com tantos obstáculos e dificuldades, há de ser transposto a fim de fazer certo o Acesso à Jurisdição”.

Augusto M. Morello

# SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO</b> .....	10
<b>1 A SOLUÇÃO DE CONFLITOS NO ESTADO DE DIREITO CONSTITUCIONAL</b> .....	16
1. A PREPONDERÂNCIA DA NORMA CONSTITUCIONAL .....	19
2. A FORÇA NORMATIVA DA CONSTITUIÇÃO .....	27
1.2.1 <b>As regras e os princípios constitucionais: distinção</b> .....	35
1.2.2 <b>A interpretação da norma constitucional</b> .....	50
1.2.3 <b>Validade, vigência e a eficácia da norma constitucional (regras e princípios)</b> .....	64
3. OS DIREITOS E AS GARANTIAS FUNDAMENTAIS DO HOMEM.....	71
1. <b>A aplicação imediata dos direitos fundamentais</b> .....	82
2. <b>A natureza subjetiva dos direitos e garantias fundamentais e a perspectiva objetiva</b> .....	91
<b>2 O PROCESSO COMO INSTRUMENTO DA ATUAÇÃO JURISDICIONAL E SEUS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS</b> .....	98
2.1 PROCESSO, PROCEDIMENTO E JURISDIÇÃO .....	100
2.2 O PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DO DEVIDO PROCESSO LEGAL .	105
1. PRINCÍPIOS PROCESSUAIS DERIVADOS DO DEVIDO PROCESSO LEGAL .....	112
2.3.1 <b>O princípio da isonomia</b> .....	113
2.3.2 <b>O princípio do Juiz e do Promotor natural</b> .....	114
2.3.3 <b>O princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional</b> .....	115
2.3.4 <b>O princípio do contraditório</b> .....	118
2.3.5 <b>O princípio da proibição da prova ilícita</b> .....	121
2.3.6 <b>O princípio da publicidade dos atos</b> .....	126
2.3.7 <b>O princípio do duplo grau de jurisdição</b> .....	127
2.3.8 <b>O princípio da motivação das decisões judiciais</b> .....	130
2.3.9 <b>O princípio da tempestividade da tutela jurisdicional</b> .....	131
<b>3 A GARANTIA DE ACESSO À JURISDIÇÃO E O DIREITO AO PROCESSO JUSTO</b> .....	136
1. O PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DO ACESSO À JUSTIÇA .....	136
1. A TEORIA DO GARANTISMO E A SUA APLICAÇÃO NO PROCESSO CIVIL .....	149
2. OS CONCEITOS DE VALIDADE, VIGÊNCIA E EFICÁCIA DA NORMA NA TEORIA GARANTISTA .....	153
3. O PROCESSO JUSTO .....	157
3.4.1 <b>Os óbices do acesso à justiça resultantes da hipossuficiência financeira e cultural e a ação do magistrado</b> .....	160

3.4.2 Os óbices do acesso à justiça resultantes da organização e do funcionamento dos órgãos julgadores e alternativas .....	165
3.4.3 Os óbices do acesso à justiça resultantes das leis processuais e o surgimento de uma nova mentalidade processual .....	172
<b>4 - A EFICÁCIA DA TUTELA JURISDICIONAL .....</b>	<b>177</b>
1. CONSIDERAÇÕES SOBRE JURISDIÇÃO EFETIVA E EFICÁCIA DA TUTELA JURISDICIONAL .....	177
2. O PROBLEMA DA INEFICÁCIA DAS DECISÕES JURISDICIONAIS.....	185
4.2.1 Tutela definitiva e tutela antecipatória de efeitos .....	195
4.2.2 As sentenças mandamentais e as executivas <i>lato sensu</i> .....	208
4.2.3 Os mecanismos de efetivação da tutela específica .....	213
4.3 A CONCEPÇÃO ATUAL SOBRE A EXECUÇÃO DE TÍTULOS JUDICIAIS .....	219
<b>5 CONCLUSÕES .....</b>	<b>227</b>
<b>6 REFERÊNCIAS .....</b>	<b>231</b>

## **RESUMO**

**Trata-se de uma pesquisa desenvolvida no campo do Direito Constitucional e do Direito Constitucional Processual, na qual se ressalta a superioridade hierárquica das normas constitucionais no sistema normativo e se identificam dentre elas os princípios constitucionais fundamentais, em especial, aquele que garante o acesso à justiça. Como norma-princípio que se presta a garantir a realização de outros direitos, o acesso à justiça é identificado como garantia fundamental e que por isso deve atuar nos limites máximos de suas possibilidades, com vistas à garantia da concretização dos direitos, através do processo judicial justo, aquele que é útil e se presta a instrumentalizar a realização do direito material. A metodologia utilizada foi a pesquisa bibliográfica, de natureza histórico-documental, e resultou do trabalho a conclusão de que não basta o exercício da jurisdição efetiva e real para se concretizar a garantia do acesso à justiça, exigindo-se, para tanto, que a decisão jurisdicional que tutela o interesse da parte seja**

**também eficaz no mundo dos fatos, capaz de transformar a realidade afetada pela lesão de direito e garantir ao vencedor da ação aquilo que teria se não tivesse ocorrido o descumprimento de um dever. Se tal não ocorre e enquanto não ocorre, assiste-se a uma negativa da norma constitucional garantidora do acesso à justiça, perpetrada pelos próprios magistrados, posto que são eles encarregados da função jurisdicional e da realização do direito no Estado de Direito Constitucional.**

## INTRODUÇÃO

A Constituição deve ser entendida como a lei fundamental e suprema de um Estado, que contém normas referentes à estruturação do Estado, à formação dos poderes políticos, forma de governo e aquisição do poder de governar, distribuição de competências, direitos, garantias e deveres dos cidadãos. Só há Estado onde há uma organização política, regida por um conjunto de preceitos que imperam sobre determinados indivíduos, em dado local e em certo tempo. O Estado, por ser uma sociedade, pressupõe organização e os seus preceitos organizativos corporificam o que se denomina Constituição.

O constitucionalismo formal do século XVIII surgiu com as constituições escritas e rígidas dos Estados Unidos da América, em 1787, após a independência das 13 colônias, e da França, em 1791, a partir da Revolução Francesa, se funda em um texto constitucional que define, limita e separa os poderes e dá garantias individuais aos cidadãos e apresenta duas características marcantes: organização do Estado e limitação do poder estatal, por meio de previsão de direitos e garantias fundamentais<sup>1</sup>.

A Constituição, assim, é entendida como a lei fundamental e suprema de um Estado e é elaborada para exercer dupla função: garantia do sistema existente e programa ou linha de direção para o futuro. A constituição não é estática, já que as caracterizadas pela imutabilidade se constituem em meras relíquias históricas, daí porque ela se altera, através do processo de revisão constitucional ou da evolução de sua interpretação. Pela interpretação, a constituição adapta-se à comunidade e é revisada, sem alteração da norma.

Interessa-nos esse debate sobre as possibilidades da interpretação constitucional e sua possível influência no constitucionalismo brasileiro, em especial no que concerne à efetivação das normas constitucionais que estabelecem os direitos e garantias fundamentais, nos casos concretos. A garantia fundamental de acesso à justiça, decorrente da previsão do inciso XXXV do art. 5º. da CF/88 que trata da

---

<sup>1</sup>MORAES, Alexandre. **Direito constitucional**. 11. ed. São Paulo:Atlas, 2002, p. 19.

inafastabilidade do exame do Poder Judiciário de qualquer lesão ou ameaça de lesão de direito é estabelecida por norma-princípio e deve ser efetivada no máximo de suas possibilidades, ou seja, deve ser otimizado o princípio, porque traduz a principal possibilidade de garantia de um cidadão contra toda a espécie de abuso e lesão de seus interesses.

É neste ponto que incide a temática proposta. A Constituição de 1988 nasceu de um processo de elaboração de dois anos, como fruto do entrelaçamento ideológico, como mencionado por Streck<sup>2</sup>, surgindo um texto programático, compromissário e dirigente, espelhado nas constituições européias. Entretanto, o advento de um novo texto constitucional não teve o poder de construir uma nova realidade social, por si só, exigindo-se a elaboração de mecanismos jurídicos capazes de concretizar o ideal constitucional. Assim, após mais de 17 anos, assiste-se ainda, em diversas circunstâncias, à obstaculização da afirmação do texto constitucional e, por isso, o meio jurídico afirma que é necessário um agir constitucionalizante. Assentou-se a compreensão de que a elaboração de um texto constitucional, por melhor que seja, não é suficiente para que o ideal que o inspirou se introduza efetivamente nas estruturas sociais. Daí que a eficácia das normas constitucionais exige um redimensionamento do papel do jurista e do Poder Judiciário.

Em mais de 170 anos de independência e mais de 100 anos de república, foram editadas oito constituições no Brasil, retratando instabilidade e falta de continuidade de nossas instituições. Em 1987, após vinte e cinco anos de regime militar e quase doze de abertura lenta e gradual, instalou-se a última Assembléia Nacional Constituinte, e a Constituição de 5.10.1988 tem a virtude de espelhar a reconquista dos direitos fundamentais, notadamente os da cidadania e os individuais, simbolizando a superação de um projeto autoritário, pretensioso e intolerante que se impunha ao país.

Nenhuma lei, qualquer que seja a sua hierarquia, é editada para não ser cumprida, pelo contrário, contendo ela uma proposição enunciativa de uma forma

---

<sup>2</sup>STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional e hermenêutica**: uma nova crítica do direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002, p. 37.

de conduta ou de organização, espera-se o seu cumprimento voluntária ou coercitivamente. A isto se chama efetividade da norma. Ocorre que existe um “dever-ser” tipificado na norma e um “ser” da realidade social, pois, se assim não fosse, não haveria sentido na norma, já que seria absolutamente desnecessário impor-se, por via legal, algo que ordinária e invariavelmente, já ocorre. É precisamente aqui que reside o impasse científico que invalida a suposição de que o Direito deve se limitar a expressar a realidade do fato. Isto seria a sua negação. De outra visão, o direito se forma com elementos colhidos na realidade, e seria condenada ao insucesso a legislação que não tivesse ressonância no sentimento social.

Para que possam ser concretizadas as diversas situações jurídicas subjetivas criadas pela constituição, é preciso dotá-las de instrumentos e procedimentos aptos a fazer atuar, concretamente, o comando abstrato da norma, o que se dá através das Garantias Constitucionais. Ainda que havendo previsão objetiva de tais garantias, é mister que sejam realizadas nos casos concretos, o que se dá pela atuação do Poder Judiciário.

Neste ponto é que surge a necessidade de se desenvolver a diferenciação dos conceitos de *efetividade* ou eficácia da norma, de *efetividade da jurisdição* e de *eficácia das decisões judiciais*, de molde a demonstrar que a efetividade ou eficácia da norma é a possibilidade dela produzir os efeitos previstos no texto normativo (proposição); a efetividade da jurisdição é a entrega da prestação jurisdicional pleiteada, já que a eficácia da tutela jurisdicional vai mais além e está atrelada à idéia da concretização do comando sentencial no mundo dos fatos.

O trabalho se desenvolve através de um levantamento de dados bibliográficos sobre os conceitos de Estado de Direito Constitucional, força normativa da Constituição na ordem jurídica deste Estado e função jurisdicional, com estudo sobre a ontologia do processo, visto como instrumento de realização desta função estatal monopolizada, até a efetiva concretização do direito tutelado pelos julgados no mundo dos fatos. Trata-se, portanto, de uma pesquisa bibliográfica, de natureza histórico-documental. Na pesquisa, a concretização do direito é analisada do ponto de vista da eficácia da tutela jurisdicional, adotando-se o

método de análise e interpretação dos dados bibliográficos de forma expositiva, enfocando o Direito numa perspectiva dialética e cultural, reunindo e relacionando material coletado de fontes diferentes, para fundamentar as conclusões sobre a relevância de se encontrar sempre um meio eficaz de realizar o direito do cidadão quando tutelado pelo julgador.

Em alguns aspectos, tem o objetivo de trabalhar, de forma argumentativa, com a interpretação das idéias expostas e, quando possível, com a sugestão da tomada de posições pelos julgadores, de forma à obtenção de um melhor resultado prático e efetivo nos processos. Neste ponto, o trabalho denota a postura e a visão garantista da autora.

O problema focalizado neste trabalho, portanto, fica assim formulado: as iniciativas do Estado para garantir o acesso formal à justiça, mantendo órgãos de Assistência Judiciária e patrocínio gratuitos aos necessitados, é suficiente para garantir a eficácia da norma constitucional de acesso à Justiça, prevista no inciso XXXV do art. 5º da CF, ou o seu sucesso normativo depende também da garantia de acesso ao processo justo, tanto no seu aspecto formal como no substancial e, em última análise, também na garantia da produção de efeitos (eficácia) das decisões jurisdicionais no mundo dos fatos?

Com o objetivo de responder a essa indagação, o trabalho está dividido em 4 (quatro) capítulos. No primeiro, focaliza-se a solução dos conflitos no “Estado de Direito Constitucional”, demonstrando a supremacia das normas constitucionais escritas e dos princípios constitucionais no estado moderno, mormente aqueles que regem as declarações de direitos e as garantias fundamentais e, ainda, as questões atuais da hermenêutica constitucional, com reflexões sobre os aspectos de reconhecimento social, validade e eficácia dessas normas e sobre as perspectivas subjetiva e objetiva dos direitos fundamentais.

No segundo capítulo, abordam-se os princípios constitucionais do processo que compõem o estudo do “Direito Constitucional Processual”, examinando neste ítem o processo em relação à Constituição, no que concerne à tutela dos princípios constitucionais da organização judiciária e do processo.

No terceiro capítulo, discorre-se sobre o direito de ação ou de acesso ao órgão jurisdicional, tutela jurisdicional e o direito de acesso à justiça, compreendido como o direito de acesso à ordem justa. Neste ítem se aborda toda a amplitude da concepção moderna do direito de acesso à justiça, em relação ao princípio máximo do direito ao devido processo legal. Procura-se, neste trabalho, demonstrar que tal direito envolve, na sua concepção mais ampla, o direito a um processo justo e também a uma decisão substancialmente justa e eficaz; aponta os óbices conhecidos à sua concretização, com origem na hipossuficiência cultural e econômica dos cidadãos, na própria estrutura e organização do Poder Judiciário ou no sistema normativo processual, e possíveis caminhos na busca da sua superação. Apresenta, ainda, uma visão garantística do processo, entendido como instrumento para a concretização da garantia fundamental de acesso à ordem jurídica justa.

No quarto capítulo, desenvolve-se o tema da efetividade do processo e da eficácia das decisões jurisdicionais. Procura-se analisar a ocorrência de dois momentos distintos de manifestação efetiva da jurisdição, o primeiro quando ocorre a prolação da sentença pelo julgador e o segundo quando se dá a concretização da tutela jurisdicional deferida a quem tem razão. Procura-se demonstrar que a garantia verdadeira de acesso à justiça somente se alcançará com a eficácia da decisão jurisdicional no mundo dos fatos. Neste ítem, abordam-se também as questões que envolvem ou dão causa à morosidade da justiça e justificam o seu desprestígio perante a sociedade; identificam-se as modalidades de tutela jurisdicional e as cargas eficaciais das sentenças e trata-se de alguns problemas no desenvolvimento do processo de execução dos julgados. Identificam-se obstáculos que surgem na concretização do direito declarado na sentença e demonstra-se que, apesar dos grandes avanços na concepção da execução, a ineficiência do sistema legal processual e a falta de rigor dos magistrados ainda dão margem aos abusos processuais que vão, em última análise, infringir a garantia constitucional do acesso à ordem justa.

Em suma, de nada valerá o direito declarado na sentença de mérito enquanto não puder ser realizado no mundo dos fatos.

O presente trabalho, por sua singeleza, não tem a pretensão de inovar no tema, já magistralmente abordado por tantos doutrinadores. Somente no banco de teses da CAPES<sup>3</sup>, encontram-se registradas, desde 1987, 371 (trezentas e setenta e uma) dissertações e 40 (quarenta) teses elaboradas com enfoque no tema do acesso à justiça, mas é razoável supor que tal abordagem ainda seja relevante e possa contribuir para o despertar de novas convicções nos estudantes e operadores do direito, mormente sobre a necessidade da consolidação de bases fortes para uma justiça eficaz no Brasil. Espera-se que, no contínuo despertar dessas convicções, possam surgir ações que levem o Poder Judiciário a assumir uma postura mais corajosa e constitucionalizante, de modo a concretizar, efetivamente, os direitos constitucionais, atuando de forma mais independente das diretrizes políticas da nação, visando o respeito aos direitos e garantias fundamentais do cidadão declarados e estabelecidos pela ordem jurídica vigente.

---

<sup>3</sup>cf. site <[www.capes.gov.br](http://www.capes.gov.br)> Acesso em 10.04.2006.

# 1 A SOLUÇÃO DE CONFLITOS NO ESTADO DE DIREITO CONSTITUCIONAL

Conforme ensina Bobbio,

é com o nascimento do Estado de Direito que ocorre a passagem final do ponto de vista do príncipe para o ponto de vista dos cidadãos. No Estado Despótico, os indivíduos singulares só tem deveres, não direitos. No Estado Absoluto, os indivíduos possuem, em relação ao soberano, direitos privados. No Estado de Direito, o indivíduo tem, em face do Estado, não só direitos privados, mas também direitos públicos. O Estado de Direito é o Estado dos cidadãos<sup>4</sup>.

Na análise desse pensamento, temos, pois, que o estado de direito pressupõe uma organização da sociedade constituída em disposições legais, uma estrutura de organização jurídica do poder e formas de procedimento adequadas à realização de seus ideais. Há, acima de tudo, uma limitação ao poder estatal estabelecido pelo próprio Direito.

Existem estados de direito estruturados em forma de domínio político com legitimação democrática ou não. O Estado Constitucional é o único que se concebe na atualidade, onde o constitucionalismo procurou justificar um Estado submetido ao direito, um Estado regido por leis; um Estado sem confusão de poderes. Estabelece-se no constitucionalismo moderno uma conexão interna entre democracia e Estado de direito, através da estruturação do Estado como uma ordem de domínio legitimada pelo povo e regulado pelo princípio da soberania popular. Assim, o poder do Estado deve organizar-se e exercer-se em termos democráticos, sendo a constituição a lei maior conformadora do Estado<sup>5</sup>.

A sobrevivência do Estado democrático de direito depende, pois, da instituição e manutenção dos Poderes do Estado, independentes e harmônicos entre si, bem como da previsão de direitos fundamentais e instrumentos que possibilitem a

---

<sup>4</sup>BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Nova Edição. Rio de Janeiro: Elsevier Editora, 2004, p. 61.

<sup>5</sup> CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 6. ed. Coimbra: Almedina, 2002, p. 89.

fiscalização e a perpetuidade desses requisitos<sup>6</sup>. Seguindo a linha tradicional, o legislador constituinte de 1988 atribuiu as funções estatais de soberania aos três Poderes do Estado: Legislativo, Executivo e Judiciário e à Instituição do Ministério Público, que, entre várias outras importantes funções, deve zelar pelo equilíbrio entre os Poderes, fiscalizando-os, e pelo respeito aos direitos fundamentais<sup>7</sup>.

Desde que o Estado organizado em Estado de direito, chamou para si o poder de dizer o direito e solucionar os conflitos de interesses, o fez com garantia de exclusividade e com absoluta proibição do exercício arbitrário das próprias razões pelo cidadão, prevendo uma sanção para a conduta ilícita de promoção da justiça pelas próprias mãos.

Somente o Estado pode exercer, assim, a função de julgar, aplicando a lei a um caso concreto, que lhe é submetido, resultante de um conflito de interesses. É através da função jurisdicional que o Estado impõe, de forma coativa, aos membros de uma sociedade a validade de um ordenamento jurídico, sempre que tal se faça necessário. A função típica do Poder Judiciário é a jurisdicional, embora possua também outras funções, como os demais Poderes do Estado, denominadas de atípicas, de natureza administrativa e legislativa.

A palavra jurisdição deriva do latim e etimologicamente significa “*júris*” (direito) e “*dictio*” (dizer), significando, assim, a função de dizer o direito que o Estado trouxe para si, em forma de monopólio, com vedação de auto-tutela. No direito brasileiro a auto-tutela é tipificada como tipo crime e está prevista no art. 347 do Código Penal.

Dentro da trilogia estrutural do direito processual, a jurisdição é considerada o objeto central do estudo. Jurisdição é função pública de aplicar o direito e fazer justiça. Dinamarco afirma que é a função do Estado destinada à solução imperativa de conflitos e exercida mediante atuação da vontade do direito no caso concreto, elaborando definição com influência de Chiovenda.

---

<sup>6</sup> MORAES, Alexandre. **Direito constitucional**. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2002, p. 374.

<sup>7</sup> *Ibidem*, p. 373.

A jurisdição tem sido identificada como objeto do estudo do garantismo processual e da ontologia do processo. A teoria do garantismo, lançada em 1989 por Luigi Ferrajoli, Magistrado aposentado na Itália, tem sido muito bem recepcionada no campo do Direito Penal, embora possa ser aplicada em todas as áreas do Direito. Em nível epistemológico, o garantismo envolve a idéia de centralização na pessoa humana, em torno da qual o direito existe e deve ser eficaz.

No Estado de legalidade há uma preocupação dos governantes em se garantir ao homem uma certa tranqüilidade e segurança. Esta preocupação garantista emerge dos Estados de Direito que se assentam no estabelecimento de direitos humanos ou de valores da dignidade humana. Nesses Estados, busca-se inserir, no modelo constitucional, previsão de direitos fundamentais do homem, que de nada valeriam se não fossem acompanhados das respectivas garantias.

As garantias constitucionais são, pois, os mecanismos tutelares dos direitos, declarados na constituição. Para Canotilho<sup>8</sup>, rigorosamente, as clássicas garantias são também direitos, embora muitas vezes se salientasse nelas o caráter instrumental de proteção dos direitos. Assim, as garantias tanto traduzem o direito dos cidadãos de exigir dos poderes públicos a proteção de seus direitos, como também reconhecem os meios processuais adequados a essa finalidade.

Jorge Miranda também aprova a diferenciação dos direitos fundamentais em direitos e liberdades propriamente ditos, por um lado e, por outro, as garantias, afirmando que os direitos representam por si sós certos bens, e as garantias destinam-se a assegurar a fruição desses bens. Os direitos são principais e as garantias são acessórias, embora muitas delas possam ser objeto de um regime constitucional substantivo. E assevera: “na acepção jusnaturalista inicial, os direitos declaram-se, as garantias estabelecem-se<sup>9</sup>.

---

<sup>8</sup>CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 6. ed. Coimbra: Almedina, 2002, p. 396.

<sup>9</sup> MIRANDA, Jorge apud MORAES, Alexandre. **Direito constitucional**. 11.ed. São Paulo: Atlas, 2002, p.62.

## 1.1 A PREPONDERÂNCIA DA NORMA CONSTITUCIONAL

A eficácia da norma constitucional é problema controvertido que desperta teorias díspares, assunto que será tratado em outro tópico. É assente, porém, no direito que a norma constitucional se sobrepõe a todas as outras, daí ser considerada uma sobrenorma, já que prescreve como se deve produzir outras normas e não trata diretamente do comportamento normatizado, mas do conteúdo ou da forma que as normas devem conter.

Historicamente, a idéia de supremacia do direito sobre o poder tem raízes na antiguidade, mas a supremacia da soberania popular sobre a vontade e a ação dos soberanos desenvolveu-se no sistema dos ingleses, com a supremacia da *common law* sobre o rei e o parlamento e, posteriormente, a supremacia do parlamento, com a revolução de 1688.

O desenvolvimento da noção de preponderância da norma constitucional, das leis como fonte primeira do direito, do controle da legalidade e da constitucionalidade pelas decisões do Poder Judiciário e, principalmente, a concepção do direito como sistema se deu após a vitória da Revolução Francesa. Restou vencida a tendência inicial de não interpretação, como ordem jurídica, da ordem coercitiva instituída pela Revolução, logo que provou ser duradouramente eficaz, segundo Diniz<sup>10</sup>.

A Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 6.08.1789, no seu art. 16 afirma que onde a garantia dos direitos não é assegurada e a separação de poderes determinada, não há constituição. A partir daí, erigiram os revolucionários a separação dos poderes como condição imprescindível para o estabelecimento de um governo constitucional. Nesse enunciado, ainda segundo Diniz, está ínsita a convicção ideológica da prevalência da lei sobre a vontade dos governantes e a exigência de colocação de um Poder Judiciário acima da estrutura administrativa estatal.

---

<sup>10</sup>DINIZ, Maria Helena. **Norma constitucional e seus efeitos**. 3.ed. atual. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 20-23.

Lassale estudou os fundamentos da constituição, que denominou de essenciais, e apontou, como seu pressuposto jurídico, o de que as constituições não promanam de idéias ou princípios que se sobrepõem ao próprio homem, mas dos sistemas que os homens criam para, entre si, se dominarem ou para se apropriarem das riquezas socialmente produzidas. Elaborou, assim, um confronto entre o pensamento jusnaturalista e positivista e apontou como fatores reais do poder a consciência coletiva e a cultura da nação, sendo esses os fundamentos preliminares da ordem jurídica e elaborou uma teoria própria diferenciativa entre constituição real e constituição escrita (formal).<sup>11</sup>

A teoria de Lassale, divulgada numa conferência pronunciada em 1863 para intelectuais e operários da antiga Prússia, segundo o prefaciador de sua obra no Brasil, Aurélio Wander Bastos, põe definitivamente em questão a lógica da racionalidade jurídico-formal e abre a discussão sobre a teoria da eficácia das leis. Lassale introduziu os subsídios sociológicos que serviriam mais tarde para a negação da moderna teoria de Hans Kelsen (Praga, 1881 -1973), para quem as normas se aplicam, não por serem eficazes, mas por serem válidas, derivadas e fundamentadas numa dimensão exclusivamente hierárquica e lógico-formal<sup>12</sup>, ou seja, das inferiores às superiores, até a norma hipotética fundamental.

Ao que parece, Lassale não acredita na força do poder constituinte nem na força do legislativo para promover emendas às constituições escritas e vê somente, na vontade real do povo, a capacidade de organização de um Estado popular. Daí porque sua crença reside na força da constituição real e não na constituição escrita. Em termos de organização do Estado, essas reflexões tinham pertinência no momento histórico em que foram lançadas, não despertando mais tanto interesse na atualidade, quando a quase totalidade dos Estados independentes estão organizados democraticamente em Estados de Direito Constitucional, subsistindo neste século poucas ditaduras absolutistas que possam recepcionar a teoria das rebeliões como instrumento de organização de um Estado popular.

---

<sup>11</sup> LASSALE, Ferdinand. **A essência da constituição**. 6.ed. Coleção Clássicos do Direito. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2001.

<sup>12</sup> Ibidem. Prefácio, p. xvii.

Para um Estado democrático de direito, vigente sob a égide de uma constituição escrita, não se admite a existência de uma outra constituição real, diversa daquela estabelecida pela soberania popular da nação. Há, por assim dizer, no Estado Democrático de Direito Constitucional uma coincidência entre a idéia de constituição real e constituição escrita, pois esta espelha, via de regra, as reais expectativas da nação sobre a forma de estruturação do Estado, limitação de seus poderes e sobre os direitos, liberdades e garantias fundamentais do homem.

Esta coincidência entre a constituição real e a escrita é característica das sociedades democráticas e da instituição dos Poderes Constituintes originários, que emanam da exclusiva e soberana vontade da nação.

O sistema que justifica e dá validade a um ordenamento jurídico no Estado Constitucional de Direito é elaborado como uma unidade lógica, conferida pela derivação de uma norma da outra até uma norma fundamental. As idéias divulgadas na Teoria Pura do Direito, sobre os fundamentos de validade de uma ordem jurídica, sustentam o respeito ao Estado Constitucional de Direito.

A teoria kelseana da estrutura escalonada da ordem jurídica concebe o direito como um sistema de normas que regula a conduta dos homens. Dentro da teoria do ordenamento jurídico, que assimilamos na ciência do direito, há o pressuposto essencial de que a constituição, as leis, regulamentos, decretos, contratos, sentenças e atos administrativos não se encontram soltos, mas, mutuamente entrelaçados, sem o que não se poderia falar de sistema, de ordem, de ordenamento jurídico.

A forma desse enlace é que se chama derivação ou fundamentação da norma, ou seja, uma norma tem validade ou se fundamenta em outra que lhe é superior. A autoridade que cria a norma deve estar autorizada por outra norma anterior ou superior para que se encontre o seu fundamento de validade no sistema..

Assim, indaga-se sobre a fundamentação de cada norma, remontando aos escalões mais altos, da sentença ao contrato, do contrato à lei, da lei à Constituição, até atingir-se a primeira Constituição positiva. Então pergunta-se:

Qual é o fundamento de validade da primeira constituição positiva? Para a sua validade ela deve se fundamentar em uma norma anterior e superior<sup>13</sup>. Nesse ponto da indagação é que Kelsen idealiza a norma hipotética fundamental, não derivada de qualquer outra, cuja validade não pode ser posta em questão, contudo ela não é posta, mas meramente pressuposta<sup>14</sup>.

A norma hipotética fundamental não tem o seu fundamento de validade no direito positivo, porque então teria que ser derivada de uma outra norma superior, e a indagação da razão de validade perder-se-ia no interminável. Se a competência para editar normas jurídicas sempre decorre de outra norma jurídica, e esta, por sua vez, somente pode ter sido editada por uma autoridade competente, poderíamos regredir ao infinito e buscaríamos sempre um fundamento de validade da norma na autoridade superior. Então, Kelsen lança mão de uma norma suposta que não foi editada por nenhum ato de autoridade e que deve sustentar o fundamento de validade de toda a ordem jurídica. Por isso, a norma fundamental não é positiva, mas, como norma mais elevada, ela tem de ser pressuposta e assim, ela é hipotética. Só teremos uma ordem normativa, se admitirmos que a validade de todas as normas pode ser reconduzida a uma e mesma norma fundamental, formando um sistema de normas.

Dessa forma, a norma hipotética fundamental é a categoria kelseana idealizada para solucionar a questão do fundamento último de validade das normas jurídicas. Não há como se estudar a ciência do direito sem indagar sobre o fundamento de validade da ordem jurídica. Sendo a Constituição a norma jurídica de que decorre a validade das demais, ela deve pressupor a existência de uma norma fundamental que imponha a observância da mesma Constituição e das normas jurídicas por ela fundamentadas.

A norma hipotética fundamental reflete os valores e ideais de cada sociedade e prescreve a obediência aos editores da primeira constituição histórica. Por constituição histórica, na concepção de Kelsen, deve ser entendido aquele texto

---

<sup>13</sup> KARAM, Munir. A sentença como fato criador de normas. In PRADO, Luiz Regis; KARAM, Munir. **Estudos de filosofia de direito: uma visão integral da obra de Hans Kelsen**. São Paulo: RT, 1995, p. 135.

<sup>14</sup> KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Tradução MACHADO, João Batista. 1.ed. Brasileira. São Paulo: Martins Fontes, 1985, p. 210-219.

fundamental cuja elaboração não se encontra prevista em nenhuma disposição normativa anterior, ou seja, aquele cujos editores não foram investidos de competência por nenhuma outra norma jurídica. Em suma, a norma fundamental “é o ponto de partida de um processo: do processo da criação do Direito positivo”<sup>15</sup>.

Assim, a teoria pura divulgada pelo autor reputa válida qualquer ordem jurídica positiva e, em decorrência dessa concepção, afirma-se o positivismo jurídico. Embora haja divergência entre autores sobre a imprecisão do conceito de positivismo jurídico, de um modo geral, tem sido considerado positivista o autor que nega qualquer direito além da ordem jurídica posta pelo Estado, em contraposição ao que adota concepções jusnaturalistas e outras que admitem a possibilidade da construção de um conhecimento científico sobre conteúdo das normas jurídicas.

Para os que defendem a função conservadora do direito, a concepção mais adequada a essa missão é a identificação do direito com a lei e, por extensão, com o contrato, como lei entre as partes, ou seja, a visão estritamente positivista. Contudo, os cientistas jurídicos atuais já não discordam de que fazer do direito uma força conservadora é perpetuar o subdesenvolvimento e o atraso. Identificar o direito simplesmente com a lei é errar duplamente, porque significa desconhecer seu verdadeiro fundamento e condená-lo à estagnação.

Para fundamentar a missão renovadora e dinâmica do direito é preciso rever certos conceitos de base e afirmar, na sua plenitude, o valor fundamental superior, que dá ao direito seu sentido e dignidade: a justiça. Não se trata de um conceito novo, mas permanente, que deve ser afirmado, estudado e efetivamente aplicado, se quisermos dar ao direito sua destinação verdadeira, que é a de ordenar a convivência e o desenvolvimento dos povos.

Nos textos clássicos de filosofia da antiguidade encontramos formulada a doutrina básica da justiça, mas aplicada a uma realidade profundamente diferente

---

<sup>15</sup> KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Tradução MACHADO, João Batista. 1.ed. Brasileira. São Paulo: Martins Fontes, 1985, p. 211.

da atual. Encontram-se aí as sementes para a elaboração ulterior de um pensamento jurídico-filosófico, que precisa ser desenvolvido e adaptado às novas condições da sociedade e ao direito moderno.

Compreender e estudar o direito sob as suas diversas perspectivas sociais, exige do cientista antes de tudo o conhecimento do homem como ser social, na sua dimensão histórica e cultural, pois que o direito não existe senão em função da sociabilidade do homem. Encontrar-lhe um sentido e buscar-lhe um método de interpretação e aplicação é meta a ser perseguida por tantos quantos se interessam por seu estudo.

Do pensamento filosófico da antiguidade, que apresentava uma conceituação do direito com tendência jusnaturalista, à percepção de um direito concebido para a paz, para a harmonia social, com um referencial de justiça como ideal, prestigiado por pensadores do século XVII e XVIII, passou-se pela definição e aplicação do direito como instrumento de dominação, na forma defendida pela teoria marxista e depois pela significativa repercussão acadêmica da Teoria Pura do Direito de Kelsen. Seguiu-se a ela a ascensão e depois, o abandono do positivismo ortodoxo como método de aproximação do direito, até se constatar que o homem busca realizar-se e ser feliz no seu ambiente social, e que espera do Estado organizado o desempenho da difícil tarefa de pacificação dos conflitos, com critérios de justiça, não de mera legalidade, respeitando toda a diversidade cultural da humanidade e as profundas alterações das relações sociais. Essas expectativas somente podem ser atendidas por um Estado organizado em Estado de Direito constitucional, capaz de proteger o cidadão contra os abusos do próprio poder dominante..

Assim, o pensamento dogmático atual do Direito, no mundo ocidental, parte da compreensão de que a nossa ordem jurídica está fundamentada, validamente, em um sistema normativo positivo que tem, hierarquicamente, no topo da organização piramidal positivada a norma constitucional, validada pela manifestação da vontade soberana da nação que instituiu o Poder Constituinte originário. Esta organização estatal, sob a égide de um Estado Constitucional de Direito, não admite a hipótese de convivência ou aceitação pacífica com ações

contrárias à ordem jurídica estabelecida pela Lei Fundamental, dada à sua superioridade hierárquica e impositiva no sistema normativo.

Principalmente no que concerne ao respeito e à aplicabilidade dos direitos fundamentais de primeira geração, a ordem jurídica instituída pela Magna Carta declara uma série de direitos, restringindo a ação do Poder Legislativo sobre eles. Os direitos fundamentais, assim, podem ser regulados e, em alguns casos, até sofrer limitações por leis constitucionais e ordinárias, mas não podem ser negados. Esta supremacia da norma constitucional, no sentido teórico, decorre do fato de ser norma origem e não existir outra acima dela.

Canotilho, entretanto, nos lembra que há, na atualidade, um inegável pluralismo de ordenamentos superiores, com a articulação de várias fontes de direito que disputam a supremacia normativa, podendo ser referida no passado a teoria que ensinava que a Constituição representava o vértice de um sistema de normas construído sob a forma de “pirâmide jurídica” que, na sua globalidade, formava a “ordem jurídica”. Afirma ele:

Este modelo não tem hoje virtualidades suficientes para captar o relevo jurídico do direito internacional e do direito comunitário. Não há um vértice com uma norma superior; no escalão superior situam-se vários *ordenamentos superiores* – ordenamento constitucional, ordenamento internacional e ordenamento comunitário - cuja articulação oferece inequívocas dificuldades, sobretudo quando qualquer desses ordenamentos disputa a *supremacia normativa* ou, pelo menos, a aplicação preferente das suas normas e princípios<sup>16</sup>.

Contudo, será inegável a supremacia hierárquico-normativa das normas constitucionais sobre as normas internacionais, quando não houver disposição constitucional em sentido contrário, o que decorre do princípio da natureza infra constitucional dos preceitos de direito internacional. Admite-se, entretanto, em face da globalização, o surgimento de um direito cogente internacional, cuja observância se imporia como dever imperativo dos Estados. Há também as relações, por vezes conflituosas, sobre o valor do direito comunitário perante o

---

<sup>16</sup>CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 6.ed. Coimbra: Almedina, 2002, p. 691.

direito interno de membros de comunidades globalizadas, havendo tendência de se reconhecer a supremacia do direito comunitário, cuja preferência deve encontrar limitação nas normas constitucionais relacionadas com direitos fundamentais e com a organização política Estatal.

No âmbito interno, porém, em virtude da pluralidade das normas e da indeclinável função ordenadora do direito, lembra Canotilho que a ordem jurídica interna é composta de uma pluralidade de atos normativos que não podem estar no mesmo plano horizontal, uns em relação aos outros, mas devem estar num plano de verticalidade, à semelhança de uma pirâmide jurídica, organizada mediante a observância de determinados princípios que garantem a inaplicabilidade das normas de hierarquia inferior, se contrárias a normas de hierarquia superior, e garantem a sua preferência de validade. Esses princípios tornam nulas as normas anteriores contrárias (efeito de revogação e efeito de anulação) e servem de limite jurídico às normas posteriores também em contradição com elas, garantem também a sua *preferência de aplicação* porque, mesmo não aniquilando a validade da norma contrária, ela deverá ser aplicada no caso concreto com a conseqüente desaplicação da norma inferior.

Sendo a lei o elemento mais importante no âmbito de uma estrutura normativa, há que se reconhecer a sua força, os limites de sua aplicação, bem como equacionar os problemas relacionados com a sua força normativa e sua eficácia social. A lei não é senão uma proposição legislativa de caráter geral e abstrato que adquire caráter normativo ao ser interpretada para aplicação ao caso concreto. O caráter positivo da proposição legislativa só existe através do reconhecimento da sua validade e eficácia pelos destinatários da norma, quais sejam, os Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, que cumprirão ou não as suas disposições. É nessa positivação (reconhecimento da força normativa) das normas constitucionais que vemos a identificação da chamada “vontade de constituição” a que se refere Konrad Hesse e de que trataremos no tópico a seguir.

É principalmente nas constituições rígidas que se pode verificar a força e a superioridade da norma constitucional criada pelo constituinte em relação às demais elaboradas por outros órgãos.

## 1.2 A FORÇA NORMATIVA DA CONSTITUIÇÃO

O direito como ciência encontra-se ordenado sistematicamente. “Sistema” dá idéia de nexos e, na definição de Ferraz Junior, “é o modo analítico de ordenar a realidade logicamente”. Maria Helena Diniz<sup>17</sup>, partindo dessa definição, afirma que o direito não é propriamente um sistema, mas uma realidade que pode ser analisada sistematicamente pela ciência jurídica, para facilitar seu conhecimento e sua aplicação. E continua, asseverando que o sistema jurídico resulta do estabelecimento das relações entre as estruturas do direito que devem ser sistematizadas por meio de proposições isentas de contradições lógicas e a partir do pressuposto de que as lacunas e conflitos podem ser resolvidas pelos caminhos apontados pelo jurista.

Assim, num sistema ordenado de normas em que é admitido o escalonamento hierárquico delas, está o texto constitucional colocado com supremacia na ordem jurídica, inclusive dotando o direito de mecanismos de controle e de garantia da observância dos preceitos superiores e que são considerados fundamentais.

Na linha de raciocínio que reconhece a força e a superioridade da Constituição escrita, Hesse<sup>18</sup>, em 1959, num dos mais significativos textos do Direito Constitucional moderno, contrapondo-se às reflexões de Lassale antes mencionadas, que se referiu à Carta Magna como um simples pedaço de papel, procura demonstrar que no embate entre fatores reais de Poder e Constituição escrita não há que se verificar, necessariamente, qualquer resultado em desfavor desta, porque a Constituição escrita não pode ser considerada a parte mais fraca.

---

<sup>17</sup> DINIZ, Maria Helena. **Norma constitucional e seus efeitos**. 3.ed. atual. São Paulo:Saraiva. 1997, p.23.

<sup>18</sup> HESSE, Konrad. **A força normativa da constituição**. Tradução de: MENDES, Gilmar Ferreira. Porto Alegre: Fabris Editor, 1991.

Hesse defende, em sua obra, que as questões jurídicas não devem ser convertidas em questões de poder, pois existem pressupostos realizáveis na Constituição que, em caso de eventual confronto, permitem assegurar a sua força normativa. O autor destaca a “vontade de constituição” e afirma que ela estará presente se existir disposição, na consciência geral, de orientar a própria conduta, segundo a ordem nela estabelecida, principalmente se houver essa consciência dos principais responsáveis pela ordem constitucional, quais sejam, os Poderes Constituídos, que não podem ter apenas a “vontade de poder”.

A tese de Hesse desperta em todos nós uma reflexão sobre o valor da Constituição e sobre a necessidade de se preservar a sua força normativa. O texto é uma resposta às idéias de Lassale<sup>19</sup>, sobre a essência da constituição, o qual, em sua obra havia afirmado que questões constitucionais não são questões jurídicas, mas sim políticas, porque a Constituição de um país expressa as relações de poder nele dominantes. As forças dominantes é que constituem a força ativa determinante das leis e das instituições e expressam os fatores reais do poder que formam a “constituição real” do país.

Para Hesse, a idéia de um efeito determinante exclusivo da constituição real significa a própria negação da constituição jurídica, o que é incompatível com o fato de que a ciência jurídica é uma ciência normativa, no que se inclui o Direito Constitucional, em estudo. O Direito Constitucional não pode se prestar a justificar as relações do poder dominante e nem servir à ordem estatal, o que até seria indigno para uma ciência.

É fácil identificar, nos fatos históricos do passado, que o poder de força sempre se afigurou superior à força das normas jurídicas, ou seja, a normatividade se submetia à realidade fática. A questão então colocada por Hesse é sobre a força normativa da Constituição quando afirma que, ao lado do Poder determinante das forças políticas e sociais de um país, há também a força determinante do Direito Constitucional. Há para o constitucionalista uma ficção necessária que tenta criar a suposição de que o Direito domina a vida do Estado.

---

<sup>19</sup> LASSALE, Ferdinand. **A essência da constituição**. 6.ed. Coleção Clássicos do Direito. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2001.

Hesse então afirma que é preciso investigar os pressupostos de eficácia da constituição, além dos princípios suprapositivos, considerando a estreita relação entre ordenação jurídica e realidade, sem isolamento da norma e da realidade, como se vê no positivismo jurídico da Escola de Paul Laband e Georg Jellinek<sup>20</sup>.

A norma constitucional não tem existência autônoma em face da realidade, porque a situação por ela regulada pretende ser concretizada na realidade. Nisso reside a sua pretensão de eficácia que não se separa das condições históricas de sua realização. A pretensão de eficácia da norma será realizada se levarem em conta as condições de seu surgimento, as concepções sociais e as razões axiológicas que influenciam a autoridade das proposições normativas.

A constituição não pode ser apenas a expressão de um ser, mas de um dever ser, na concepção de Hesse e é mais do que o reflexo das forças sociais e políticas em vigor. Ela é determinada pela realidade social e, ao mesmo tempo, determinante em relação a ela. A pretensão de eficácia da Constituição apresenta-se como elemento autônomo no campo das forças da realidade do Estado. A sua força normativa cresce na medida em que realiza a sua pretensão de eficácia.

---

<sup>20</sup> HESSE, Konrad. **A força normativa da constituição**. Tradução de: MENDES, Gilmar Ferreira. Porto Alegre: Fabris Editor, 1991, p. 13.

Apoiado nas idéias desenvolvidas por Wilhelm Humboldt , em sua monografia sobre a Constituição alemã, de dezembro de 1813, Hesse responde quais seriam os limites e as possibilidades de realização da Constituição; afirma que esses limites estão na relação da Constituição jurídica com a realidade, pois somente a Constituição que se vincule a uma situação histórica concreta e suas condicionantes, dotada de uma ordenação jurídica, racionalmente elaborada, pode, efetivamente, desenvolver-se<sup>21</sup>. E mais, que a Constituição jurídica não pode dar forma e modificação à realidade. Somente onde há força a ser despertada, pode desenvolver-se a Constituição Jurídica e tal força decorre da “natureza das coisas”. Assim, se as leis culturais, sociais, políticas e econômicas imperantes em um meio forem ignoradas pela Constituição, carecerá ela do imprescindível germe de sua força vital e não poderá concretizar-se.

Mas a força normativa de uma Constituição não reside apenas na adaptação inteligente de uma certa realidade. Ela pode converter-se em uma força ativa porque pode impor tarefas que serão efetivamente realizadas, bastando que haja tal disposição na consciência dos principais responsáveis pela ordem constitucional de orientar a própria conduta segundo a ordem constitucional estabelecida. Neste ponto, afirma Hesse<sup>22</sup>, não basta que os agentes do Estado possuam a “vontade de poder”, mas também a “vontade de constituição”, que tem origem em três vertentes: 1) compreensão da necessidade e do valor de uma ordem normativa inquebrantável que proteja o Estado e os cidadãos do arbítrio; 2) compreensão da legitimidade dessa ordem; e 3) compreensão de que a eficácia dessa ordem depende da vontade humana.

O conteúdo da Constituição também é de suma importância para a garantia de sua eficácia e quanto mais corresponde à natureza singular do presente, mais seguro há de ser o desenvolvimento de sua força normativa. É a força que emana da natureza das coisas, capaz também de se adaptar a uma eventual mudança de condicionantes, daí porque além das disposições de índole técnico-organizatória, deve o conteúdo da Constituição limitar-se ao estabelecimento de

---

<sup>21</sup> Ibidem, p. 16-17.

<sup>22</sup>HESSE, Konrad. **A força normativa da constituição**. Tradução de: MENDES, Gilmar Ferreira. Porto Alegre: Fabris Editor, 1991, p. 19.

alguns “poucos princípios fundamentais”. É nisso que reside a vitalidade da Constituição Americana.

Assim, a força normativa da Constituição depende da harmonia entre a razão e a realidade, e todos os partícipes da vida constitucional devem partilhar da denominada “vontade de constituição”, no dizer de Konrad Hesse<sup>23</sup>. A interpretação constitucional tem também significado decisivo para consolidar a força normativa da Lei fundamental, devendo se evitar a tendência para freqüentes revisões, que dão a idéia de prevalência das questões fáticas sobre a ordem normativa vigente. A mudança das situações fáticas pode ou deve mudar a interpretação constitucional, mas a finalidade (telos) da norma constitucional e a sua nítida vontade normativa não devem ser sacrificadas em virtude da mudança de situação. Se o sentido da norma não pode mais ser realizado, o caso exige revisão, pois teria desaparecido a necessária tensão entre norma e realidade. A dinâmica é importante na construção do direito e para preservar a sua estabilidade<sup>24</sup>.

Com esses argumentos, na referida obra, Hesse combate as idéias de Lassale e de Georg Jellinek de que a Constituição Jurídica é a parte mais fraca no confronto entre a realidade e a norma e defende que as forças do poder não devem necessariamente se sobrepor, pois que se os pressupostos da força normativa da Constituição puderem ser satisfeitos, ela prevalecerá sobre a vontade de poder. Somente quando ausentes tais pressupostos é que as questões constitucionais se transformam de “questões jurídicas” em “questões de poder”.

Essas lições, valiosas para o estudo da concretização dos direitos consagrados na Carta Magna, nos levam à necessária reflexão sobre a responsabilidade das autoridades do Estado no cumprimento das regras, princípios e programas traçados pelo legislador constituinte. Ao Poder Judiciário, cabe importante papel nesta tarefa e o agir constitucionalizante dos julgadores será sempre decisivo, pois é, no exercício da função jurisdicional, que se pode realizar o direito

---

<sup>23</sup> Ibidem, p. 21

<sup>24</sup> HESSE, Konrad. **A força normativa da constituição**. Tradução de: MENDES, Gilmar Ferreira. Porto Alegre: Fabris Editor, 1991, p. 22.

almejado pela vontade da soberania popular. A concretização plena da força normativa constitucional é meta almejada pelo Direito Constitucional e ele cumpre o seu papel quando se esforça para evitar que as questões jurídicas se convertam em questões de poder. O Direito Constitucional deve propiciar o desenvolvimento da dogmática e da interpretação constitucional, realçando e despertando a “vontade de constituição”, sua maior garantia de força normativa<sup>25</sup>.

Na visão jurídica tradicional, a interpretação constitucional sempre esteve vinculada à atuação dos juízes, mas tendo em vista o papel fundante da Constituição para a sociedade e para o Estado, Peter Habermas afirmou que todo aquele que vive a Constituição é um seu legítimo intérprete e propôs a adoção de uma hermenêutica constitucional própria para uma sociedade pluralista ou sociedade aberta<sup>26</sup>. Partiu da afirmação de que não existe norma jurídica, senão norma jurídica interpretada e de que o destinatário da norma é participante ativo no processo de sua interpretação, daí porque todas as forças produtivas de interpretação do complexo normativo constitucional devem ser valorizadas.

Considerando que as normas constitucionais se destinam a organizar o Estado e estabelecer direitos fundamentais do homem para protegê-lo do arbítrio e do abuso dos governantes, há que se admitir que os métodos de sua interpretação são também voltados para o atendimento do interesse público e da proteção dos direitos fundamentais do homem. Através da interpretação é que se dará concretização à norma ou a sua realização.

Kelsen afirmou, em sua teoria pura do direito, a existência de duas espécies de interpretação, distinguindo claramente uma da outra: a interpretação do Direito pelo órgão que o cria ou o aplica e a interpretação do Direito que não é realizada por um órgão jurídico, mas por uma pessoa privada ou pela ciência jurídica<sup>27</sup>. A primeira foi denominada de interpretação autêntica, característica exclusiva da interpretação do direito que tenha caráter normativo (geral ou individual) e a

---

<sup>25</sup> Ibidem, p. 27-28.

<sup>26</sup>HABERMAS, Peter. **Hermenêutica constitucional**: sociedade aberta dos intérpretes da constituição: contribuição para a interpretação pluralista e procedimental da constituição. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Fabris Editor, 1997, p. 13.

<sup>27</sup>KELSEN. Hans. **Teoria pura do direito**. Tradução MACHADO, João Batista. 1.ed. Brasileira. São Paulo: Martins Fontes, 1985, p. 363-364.

segunda denominou de proposição jurídica e a identificou como a atividade desenvolvida pelo cientista do direito. Uma tem caráter prescritivo e a outra tem natureza descritiva.

É claro que ao lado dos intérpretes constitucionais, no sentido lato a que se refere Haberle, subsiste a interpretação constitucional de responsabilidade da jurisdição constitucional e do controle de constitucionalidade do ordenamento infra-constitucional e que fica a cargo exclusivo dos julgadores que se utilizam de amplos conceitos de hermenêutica para a garantia da concretização da vontade constitucional. Contudo, considerando que os destinatários principais da Constituição são o povo de uma nação (ao lado dos seus governantes), a interpretação de suas normas não pode ser evento exclusivamente estatal, sendo sensato admitir-se que, na prática, todas as forças políticas ativas e todos os cidadãos interpretam a Constituição no dia a dia e oferecem alternativas para a sua interpretação. É o que o autor denomina de interpretação em processo aberto e não uma passiva submissão ou uma simples recepção de ordem<sup>28</sup>.

O conceito de povo, em um Estado de Direito Constitucional, cede lugar à idéia de cidadão titular de direitos fundamentais que exerce a cidadania e exige o cumprimento e a efetivação dos direitos fundamentais que lhe são conferidos. Assim, o processo de efetivação das normas constitucionais deve ser permanentemente exigido e construído por todos os destinatários da norma, tanto através da interpretação autêntica, mencionada por Kelsen, como também pela interpretação em processo aberto identificado por Haberle, pois somente assim se pode almejar conseguir um resultado mais eficaz da norma jurídica constitucional no mundo dos fatos, ensejando a valorização daquilo que Konrad Hesse denominou de “vontade de Constituição”, importante elemento para a garantia da força normativa da Constituição.

Canotilho se refere à expressão “força normativa da Constituição” para explicar que a mesma pretende significar que “a Constituição é uma lei vinculativa dotada de efetividade e aplicabilidade. A força normativa da Constituição visa exprimir,

---

<sup>28</sup>HABERLE, Peter. **Hermenêutica constitucional**: sociedade aberta dos intérpretes da constituição: contribuição para a interpretação pluralista e procedimental da constituição. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Fabris Editor. 1997, p. 35.

muito simplesmente, que a Constituição, sendo uma lei, como lei deve ser aplicada”<sup>29</sup>.

Assim, a doutrina afasta a teoria, antes aceita, que reconhecia na Constituição apenas um valor declaratório, com natureza de direção política, destituídas as suas normas de força jurídica, o que hoje caracteriza apenas as normas identificadas como de natureza programática da Constituição, ainda que a doutrina extraia a máxima carga de normatividade também dos preceitos programáticos, conforme veremos adiante.

No Brasil, Barroso escreveu conhecida obra de Direito Constitucional abordando o aspecto da efetividade das normas constitucionais e das suas possibilidades na Constituição vigente. Nela, apresenta, dentre outras, as seguintes conclusões que merecem ser destacadas, neste estudo, para análise e comparação<sup>30</sup>

Efetividade designa a atuação prática da norma, fazendo prevalecer, no mundo dos fatos, os valores por ela tutelados. Ao ângulo subjetivo, efetiva é a norma constitucional que enseja a concretização do direito que nela se substancia, propiciando o desfrute real do bem jurídico assegurado.

Para que possa ser efetiva, uma norma constitucional: a) não deve conter promessas irrealizáveis; b) deve permitir a pronta identificação da posição jurídica em que investe o jurisdicionado; c) deve ter o seu cumprimento assegurado por meios de tutela adequados.

As normas constitucionais definidoras de direitos investem o jurisdicionado no poder de exigir do Estado – ou de outro eventual destinatário da regra – prestações positivas ou negativas que proporcionem o desfrute dos bens jurídicos nelas consagrados.

A Constituição deve reservar o termo direito para identificar as situações jurídicas caracterizadas no ítem acima, correspondentes a um dever jurídico do Estado ou de outrem. Em consequência, não devem referir como direito as posições que não ensejam aos jurisdicionados a pronta exigibilidade de um determinado benefício.

Para que as diversas situações jurídicas subjetivas criadas pela Constituição possam efetivamente realizar-se, é preciso que sejam dotadas de garantias. Vale dizer: devem existir instrumentos e procedimentos aptos a fazer atuar, concretamente, o comando abstrato da norma.

---

<sup>29</sup>CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 6.ed. Coimbra: Almedina, 2002, p. 1136.

<sup>30</sup>BARROSO, Luís Roberto. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição brasileira**. 3. ed. ampl. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 1996, p. 231-233.

Ao lado das garantias sociais e políticas, existem garantias jurídicas destinadas a fazer atuar os comandos constitucionais. Correspondem elas aos meios processuais de proteção dos direitos, ou seja, às diversas ações dedutíveis perante o Poder Judiciário.

Ao Poder Judiciário, como intérprete qualificado da Constituição e das leis, cabe um papel mais destacado do que aquele até aqui desempenhado na tutela dos direitos constitucionais. A positivação da regra que consagra a aplicabilidade imediata das normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais, bem como remédios como mandado de injunção, servirão como suporte de legitimidade para a ampliação de seus poderes.

As conclusões de Barroso subsidiam nossas reflexões, não se contrapõem a elas, pelo contrário, a partir dessas assertivas podemos desenvolver a idéia de que a Constituição consagra, sob a rubrica de direitos fundamentais, normas princípio, destinadas a atuar como diretrizes de outras normas; consagra algumas regras irrealizáveis pelo direito e muitas regras de direito de primeira geração destituídas dos meios processuais que assegurariam a sua tutela; porém, a maioria delas pode ser efetivada pelo Poder Judiciário, através do exercício da jurisdição, valendo-se de mecanismos de interpretação ampla e irrestrita até a sua completa eficácia no mundo dos fatos. É preciso, contudo, ao intérprete, distinguir umas das outras e, ao julgador, além de distingui-las, também identificar, no sistema, a possibilidade de utilização de mecanismos processuais aptos a assegurar a sua efetivação e também a eficácia das decisões judiciais.

### **1.2.1 As regras e os princípios constitucionais: distinção**

O direito como ciência normativa é informado por um sistema de normas de diversos tipos, alcance e significado. Sem necessidade de adentrarmos nas questões que envolvem a teoria das normas, partimos apenas da premissa de que o conceito de norma jurídica tem relevante importância para a identificação do direito. Kelsen chegou a ver no conceito de norma o objeto central de toda a ciência do direito. Por sua vez, também Von Ihering, em 1877, em sua obra “A Finalidade do Direito” (Der Zweck im Recht), afirmava que

A definição usual de direito reza: o direito é o conjunto de normas coativas válidas num Estado....( ). Os dois fatores que ela inclui são o da norma e o da realização por meio de coação...( ). O conteúdo da norma é um pensamento, uma proposição (proposição jurídica), mas uma proposição de natureza prática, isto é, uma orientação para a ação humana; a norma é, portanto, uma regra conforme a qual nos devemos guiar.<sup>31</sup>

A questão sobre o conceito de norma jurídica e a possibilidade de o direito ser concebido como um conjunto de normas, para Ferraz Junior<sup>32</sup> não é dogmática, mas zetética. É uma questão aberta que leva a indagações infinitas, típicas da filosofia jurídica capaz de fornecer explicações sobre o tema constantemente aberto a novas indagações. E continua: quase consensualmente, admitem os juristas que as normas são proposições que estabelecem um *dever-ser* e, promulgadas validamente, integram o sistema normativo a que pertencem, com vida própria e independente da vontade de seu autor e dos destinatários. Para alguns outros, são as normas comandos imperativos extraídos de uma vontade institucionalizada, isto é, apta a comandar.

Para o estudo dos tipos das normas, a doutrina clássica se vale de variados critérios de classificação, defendendo Ferraz Junior os critérios sintáticos de: *relevância* (primárias e secundárias), *subordinação* (normas-origem e normas-derivada) e *estrutura* (autônomas e independentes). A classificação por critérios semânticos, no âmbito da validade das normas, reporta-se aos *destinatários* (gerais e individuais), *à matéria pelo grau de abstração* (gerais-abstratas, normas especiais e normas excepcionais), *ao espaço ou limite espacial* de incidência da norma (normas federais, estaduais, municipais) e, por fim, *ao tempo de sua vigência* (norma permanente e provisória ou temporária) ou *tempo de sua incidência* (incidência imediata ou incidência mediata). A classificação por critérios pragmáticos leva em consideração distinguir as normas pela *força de incidência* (cogentes e dispositivas), pela *finalidade* (normas de conduta ou comportamento e normas programáticas ou normas-fim) e pelo *funtor*, que são

---

<sup>31</sup>IHERING, apud FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2001, p. 98.

<sup>32</sup>Ibidem. p. 99.

operadores lingüísticos de comandos (preceptivas/obrigam, proibitivas/proíbem e permissivas/permitem)<sup>33</sup>.

Para os fins desta dissertação, entretanto, merece destaque o enfoque de o sistema jurídico ou ordenamento jurídico ser composto por um conjunto de normas jurídicas que não se restringem apenas na definição de regras de comportamento, nele se inserindo também os princípios de direito. Daí ser o ordenamento jurídico um sistema aberto de normas-regras e normas-princípio, o que, para a teoria dos direitos fundamentais, é a mais importante das distinções<sup>34</sup>.

O Título I da CF de 1988, sob a denominação “Dos Princípios Fundamentais”, trouxe, delineados, os contornos básicos do Estado Social e Democrático de Direito que identificam a República do Brasil, consagrando expressamente os fundamentos, os objetivos e os princípios fundamentais que regem a organização e o ordenamento jurídico como um todo no país. Não há dúvida de que o legislador constituinte originário consagrou aqueles princípios, expressos no Título I da Carta Magna, como fundamentos da República, ali estabelecendo o regime de governo democrático, o Estado Federativo e elegendo valores supremos e absolutos sobre os quais se deve desenvolver a nação, com destaque para a promoção da dignidade humana, o mais abrangente e absoluto dos direitos fundamentais do homem. Contudo, tal não significa que outros princípios reveladores de valores eleitos pelo constituinte não possam estar colocados, implícita ou explicitamente, ao longo da Carta Magna.

A concepção dos princípios fundamentais, como norteadores de uma nova hermenêutica, constrói uma noção de que deve haver a prevalência de algumas normas constitucionais, o que significa dizer que a Constituição deve ser

---

<sup>33</sup>FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2001, p. 120-129. Trata-se de simples resumo do sistema de classificação das normas proposto para estudo por Tercio Ferraz Junior., explicitado na obra citada e também na “Teoria da Norma Jurídica”, havendo inúmeros outros, dentre os quais Maria Helena Diniz, *Compêndio de Introdução*, citado; Miguel Reale, *Lições Preliminares*, citado e a classificação de José Afonso da Silva sobre “Aplicabilidade das normas Constitucionais”, citada, da qual nos valem no capítulo destinado à análise da força normativa da constituição.

<sup>34</sup>ALEXANDER, Robert. **Teoria da Argumentação jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da justificação jurídica**. Tradução de SILVA, Zilda Hutchinson Schild. São Paulo: Landy Editora, 2001, p. 81.

interpretada a partir dos valores que ela mesma consagra como superiores. A hermenêutica, fundada nos princípios fundamentais, orienta-se para uma aplicação que extrai a sua legitimação da vontade soberana que o próprio Poder Constituinte elegeu como fonte primária e fundamento nos quais se deve pautar o Estado Democrático. Assim, conforme afirma Peixinho<sup>35</sup>, os princípios constitucionais fundamentais ocupam o mais alto posto na escala normativa. Dirigem a missão de interpretação e integração do direito e indicam onde o direito se localiza e de onde o direito procede.

O estado de direito da República Brasileira é um estado de direito democrático, cuja dimensão encontra expressão num conjunto de princípios e regras dispersos pelo texto constitucional. A própria opção pela estruturação da República sob um estado de direito está expressa em um princípio constitutivo, de natureza material e formal, contido tanto no preâmbulo da Carta Constitucional de 1988, como no seu artigo primeiro. Ao se decidir por um estado de direito, o legislador constitucional visou estruturar o Estado, conformando as estruturas políticas do Poder e a organização da sociedade segundo o direito, compreendido como um meio de ordenação racional e vinculativa de uma comunidade organizada<sup>36</sup>.

A exemplo de muitos outros países, possuímos um sistema jurídico normativo de regras e princípios, porque a estrutura da ordem jurídica se assenta nas normas e estas podem se revelar sob a forma de regras ou de princípios, como ocorre no sistema jurídico Português analisado por Canotilho<sup>37</sup>. Esse autor propõe também o abandono da tradicional distinção entre normas e princípios e sugere que se faça a distinção entre regras e princípios, como duas espécies de norma. A norma seria o gênero no qual se poderiam identificar as duas hipóteses: regras ou princípios, procedendo-se tal identificação através de vários critérios propostos, tais como: *grau de abstração, grau de determinabilidade, caráter de fundamentalidade, proximidade da idéia de direito e natureza normogênica*<sup>38</sup>.

---

<sup>35</sup>PEIXINHO, Manoel Messias. **A interpretação da constituição e os princípios fundamentais**: elementos para uma hermenêutica constitucional renovada. 3.ed. Rev. Ampl. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, p. 160.

<sup>36</sup>CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 6.ed. Coimbra: Almedina, 2002, p. 243.

<sup>37</sup>Ibidem. p. 1145.

<sup>38</sup>Ibidem. p. 1147.

E esclarece a sua teoria: enquanto os princípios têm um grau de abstração bastante elevado e são vagos e indeterminados, carecem de mediações concretizadoras do legislador ou do Juiz; as regras, por sua vez, possuem uma abstração apenas relativa e é suscetível de ser aplicada diretamente. Os princípios, que têm uma natureza estruturante, um papel fundamental no ordenamento jurídico, seja por sua posição hierárquica no sistema jurídico, seja por sua relevância na estrutura do sistema, são também “standards” juridicamente vinculantes e radicados nas exigências de justiça e no conceito de direito, e as regras são normas vinculativas a um conteúdo meramente funcional. Os princípios são normas jurídicas impositivas da *otimização* do sistema (otimização = processo pelo qual se determina o valor ótimo de uma grandeza<sup>39</sup>) e as regras são normas que prescrevem, imperativamente, uma exigência (impõem, permitem ou proibem). Assim, diante da existência de dois tipos de norma qualitativamente diversos, pode-se identificar na Constituição um “sistema aberto de regras e princípios”<sup>40</sup>.

Esse sistema aberto apresenta grandes vantagens, pois permite a sua complementação e desenvolvimento com diversas possibilidades, afastando-se do legalismo estrito e fechado que caracterizaria uma Constituição formada apenas de regras, uma vez que a Carta Constitucional, para ter maior estabilidade e durabilidade, deve espelhar a vontade soberana da nação no momento histórico de sua elaboração e também os anseios daquele povo, e traduzir, além daquela vontade, os seus valores. Não é comum a estruturação das cartas constitucionais através apenas de regras, já que o grau de abstração e transmissão de valores através dos princípios se mostra mais apropriado para integrar a Constituição na parte que fica afeta às declarações de direitos fundamentais e também para orientar sobre os fins almejados pelo constituinte originário.

---

<sup>39</sup>cf. FERREIRA, Aurelio Buarque de Holanda. **Novo dicionário da língua portuguesa**. Nova Fronteira.

<sup>40</sup>Canotilho afirma que, na elaboração da teoria do sistema interno aberto de regras e princípios, segue de perto as idéias de Robert Alexy e Ronald Dworkin. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 6 ed. Coimbra: Almedina, 2002, p. 1146.

Na sua teoria da argumentação jurídica, Alexy<sup>41</sup> afirma que a aplicação da lei não é mais apenas uma inclusão lógica do fato sob conceitos superiores abstratamente formulados, pois há o reconhecimento da ciência jurídica sobre a grande imprecisão da linguagem do direito, sobre a possibilidade de conflitos entre as normas, a existência de lacunas na ordem jurídica e ainda a possibilidade de haver decisão contrária a um texto normativo.

Ao elaborar a teoria dos direitos fundamentais, Alexy<sup>42</sup> ressalta a importância, para essa teoria, em se distinguirem *regras* e *princípios*, pois nisso residiria a chave para a solução dos problemas centrais da dogmática dos direitos fundamentais, ponto de partida para a análise da possibilidade e dos limites dos direitos fundamentais.

Reconhecendo o autor a existência de uma desconcertante variedade de critérios de distinção, tais como a delimitação pelos valores, pela terminologia ou pela generalidade (grau de abstração), sugere que um ponto decisivo para a distinção entre regras e princípios seja o de que os princípios são normas que ordenam ser algo realizado, na maior medida possível, dentro das possibilidades jurídicas e reais existentes, sendo, por isso, “mandados de otimização”<sup>43</sup>. Indicam que se deve buscar o melhor efeito (melhor resultado possível), de acordo com as possibilidades reais e jurídicas de seu cumprimento.

Tanto as regras como os princípios são normas, porque dizem o que deve ser e ambos podem ser fundamento para a emissão de um juízo concreto de “dever ser”. Distinguem-se apenas como tipos de normas; as *regras* são normas que podem ser cumpridas ou não, somente no esquema do “tudo ou nada”; se são válidas, então sujeitam o destinatário a cumprir exatamente o que se exigem dele, nem mais, nem menos; enquanto os *princípios*, indicadores também de um dever ser, serão cumpridos na sua máxima possibilidade jurídica, podendo

---

<sup>41</sup>ALEXY, Robert. **Teoria da Argumentação jurídica**: a teoria do discurso racional como teoria da justificação jurídica. Tradução de SILVA, Zilda Hutchinson Schild. São Paulo: Landy Editora, 2001, p. 17.

<sup>42</sup>Idem. **Teoria de los derechos fundamentales**. 3.ed. Version Castellana: VALDÉS, Ernesto Garzón. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002, p. 81.

<sup>43</sup>ALEXY, Robert. **Teoria de los derechos fundamentales**. 3.ed. Version Castellana: VALDÉS, Ernesto Garzón. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002, p. 86.

ocorrer, em certos casos, serem ampliados e, noutros, reduzidos à dimensão apenas do possível, sem contudo, serem desprezados ou desrespeitados.

O sistema jurídico admite ainda a existência de colisão de princípios válidos, mas não admite a existência de colisão de regras válidas, isto porque a colisão de regras se resolve pela negativa de vigência a uma das regras colidentes, seja pelo critério da hierarquia da norma no sistema ou pela técnica da revogação (tácita ou expressa) da lei anterior pela posterior ou, ainda, pela preferência da norma específica sobre a geral<sup>44</sup>. O fato é que o sistema não admite a convivência de regras contrárias, no mesmo tempo e espaço, inexistindo por isso o fenômeno da colisão de regras; o que comumente ocorre é o conflito de regras que deve ser eliminado pela introdução da cláusula de exceção de uma delas ou pela eliminação de uma das regras inválidas do ordenamento jurídico.

Por sua vez, é relativamente comum o fenômeno jurídico da colisão de princípios fundamentais, coexistentes num mesmo ordenamento jurídico. Somente se cogita de colisão entre princípios evidentemente válidos, porque, se um deles não estiver dotado da característica de validade, não surgirá a figura da colisão. A colisão de princípios faz parte da lógica do próprio sistema do direito, que é dialético e que se resolve predominantemente através da ponderação<sup>45</sup>.

*Quando dos principios entran en colisión – tal como es el caso cuando según un principio algo está prohibido y, según otro principio, está permitido – uno de los dos principios tiene que ceder ante el otro. Pero, esto no significa declarar inválido al principio desplazado ni que en el principio desplazado haya que introducir una cláusula de excepción. Más bien lo que sucede es que, bajo ciertas circunstancias uno de los principios precede al otro. Bajo circunstancias, la cuestión de la precedencia puede ser solucionada de manera inversa. Esto es lo que se quiere decir cuando se afirma que en los casos concretos los principios tienen diferente peso y que prima el principio con mayor peso. Los conflictos de reglas se llevan a cabo en la dimensión de la validez; la colisión de principios – como sólo*

---

<sup>44</sup>Admite-se, entretanto, a existência de situações excepcionais em que uma regra, perfeitamente válida, em abstrato, poderá gerar uma inconstitucionalidade ao incidir em determinada situação ou a hipótese de que um determinado comportamento previsto pela regra viole o próprio fim que ela busca alcançar, casos em que haveria de se cogitar também da ponderação das regras, o que vem recebendo adesão da doutrina recente.

Cf. BARROSO, Luís Roberto. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição brasileira**. 3.ed. ampliada e atualizada. Rio de Janeiro: Renovar, 1996, p. 150.

<sup>45</sup>Cf. BARROSO, Luis Alberto; BARCELLOS, Ana Paula. O começo da história: a nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro. **Revista de Direito Administrativo**. v. 232. Rio de Janeiro: Abr-Jun, 2003, p. 151(nota 28): O autor alemão Alexy deu novos desenvolvimentos analíticos ao tema da distinção dos princípios e regras e do modo de solucionar as colisões e os conflitos entre as normas, partindo da idéia original de Dworkin.

*pueden entrar en colisión principios válidos – tiene lugar más allá de la dimensión de la validez, en la dimensión del peso*<sup>46</sup>

Os princípios costumam ser identificados como valores de uma sociedade e podem estar positivados ou não. A identificação de princípios com valores, em que pese ser muito comum, não espelha exatamente o seu significado. É inegável, porém, que, no estabelecimento dos princípios de uma sociedade estão evidenciados os valores que a mesma preza e que deseja deixar estratificados em diretrizes, tanto para a atuação do julgador, como para todo intérprete das normas, inclusive os demais poderes, assim como para o respeito e observância entre os semelhantes.

Alexy<sup>47</sup> registra que, a par dessas notórias similitudes, princípios e valores podem ser diferenciados em três grupos, se tomarmos a divisão dos conceitos práticos de Von Wright: conceitos *deontológicos* (normativos), *axiológicos* (de valor) e *antropológicos* (ou psicológicos); tomando-se, como exemplo, os *deontológicos* seriam os mandados, as proibições, as permissões ou o direito a algo; os *axiológicos*, a variedade dos critérios do que se pode qualificar de bom e catalogar o belo, o valente, o seguro, o econômico, o democrático e o próprio estado de direito; por último, os conceitos *antropológicos* seriam as vontades, os interesses, as necessidades, as decisões e as ações.

Assim, utilizando a referida divisão dos conceitos práticos, Alexy<sup>48</sup> expõe a diferença decisiva entre princípios e valores, pois os princípios são mandados normativos de otimização e, por isso, pertencem ao campo deontológico, enquanto os valores têm que ser incluídos no nível axiológico dos conceitos práticos.

Barroso afirma que os princípios constitucionais são, precisamente, a síntese dos valores principais da ordem jurídica. A Constituição é um sistema de normas jurídicas, e a idéia de sistema funda-se na harmonia, na convivência sem atritos

---

<sup>46</sup>ALEXY, Robert. **Teoria de los derechos fundamentales**. 3.ed. Version Castellana: VALDÉS, Ernesto Garzón. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002, p. 89.

<sup>47</sup> ALEXY, Robert. **Teoria de los derechos fundamentales**. 3.ed. Version Castellana: VALDÉS, Ernesto Garzón. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002, p. 139.

<sup>48</sup> Ibidem.

de todas as normas. Em toda ordem jurídica existem valores superiores e diretrizes fundamentais que “costuram” suas diferentes partes. “Os princípios constitucionais consubstanciam as premissas básicas de uma dada ordem jurídica, irradiando-se por todo o sistema. Eles indicam o ponto de partida e os caminhos a serem seguidos”<sup>49</sup>.

A importância dos princípios no sistema jurídico é ressaltada por toda a doutrina atual, sendo mesmo considerados como os componentes que sustentam a estrutura do edifício do ordenamento normativo, pois traçam as linhas mestras, os grandes nortes, as diretrizes magnas do sistema, apontando os rumos a serem perseguidos por todos os poderes constituídos e pela própria sociedade, por isso não podem ser contrariados.

Afirma-se que sem o reconhecimento da existência de princípios ordenadores do sistema, não se poderia falar no próprio sistema e tampouco se poderia reconhecer o direito como ciência, pois não há como se fazer ciência sem considerar os seus princípios basilares. Os princípios da ciência do direito não precisam por isso estar declarados em norma, mas podem e devem ser descobertos dentro do ordenamento que é sistematizado, coerente, entrelaçado por proposições que visam a realização de um direito justo.

Pode-se identificar nos princípios fundamentais uma inspiração do direito natural, pois os princípios, embora possam fundamentar juízos concretos, são diretrizes, na maior parte das vezes, dirigidas ao legislador e, em segundo plano, a todas as demais autoridades constituídas de uma sociedade, no que se inclui o julgador e também todos os homens. O fato é que a existência dos princípios do direito natural é reconhecida desde o momento antecedente ao da elaboração da norma, pois esses princípios e também os valores (de acordo com a natureza das coisas) é que vão inspirar o legislador na sua tarefa de positivação das normas, adequando esses princípios e valores às aspirações sociais do momento histórico em que se vive.

---

<sup>49</sup>BARROSO, Luis Roberto. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição brasileira**. 3.ed. ampliada e atualizada. Rio de Janeiro: Renovar, 1996, p. 287.

Há, entretanto, no exame da natureza dos princípios de direito uma polêmica travada entre duas grandes forças da Filosofia do Direito: a positivista e a jusnaturalista, afirmando a primeira que os princípios do direito são aqueles consagrados pelo próprio ordenamento jurídico e que o Juiz deverá aplicá-los atendo-se a eles objetivamente, sem resvalar para o subjetivismo. Para a corrente jusnaturalista ou filosófica, na qual se encontra Giorgio Del Vecchio, os princípios gerais do Direito são disposições suprapositivas, constantes de princípios eternos, imutáveis e universais, ou seja, os do Direito Natural, argumentando aquele jurista italiano que, mesmo quando o princípio utilizado tiver sido positivado, o intérprete e aplicador do direito deve se guiar pelo Direito Natural porque foi nele que se inspirou o legislador para a elaboração daquela norma<sup>50</sup>.

Esse raciocínio desenvolvido para justificar a natureza dos princípios gerais do direito pode ser igualmente utilizado para justificar a natureza dos princípios fundamentais, cingindo a análise à essa dicotomia entre a natureza positivista e a jusnaturalista da norma principiológica. Os defensores da teoria positivista sustentam que o ordenamento jurídico positivado possui um grande poder de expansão que permite resolver todas as questões sociais, sem necessidade de identificar princípios no Direito Natural, porque isso abriria um campo ilimitado ao arbítrio judicial, devendo o intérprete do ordenamento estar vinculado aos princípios do direito positivo, porque isso favorece a coerência lógica do ordenamento<sup>51</sup>.

Ao nosso ver, esta não parece ser a melhor identificação da natureza dos princípios, porque nem sempre será possível vê-los declarados em enunciados normativos, porque podem estar implícitos, a espera de ser descobertos e revelados, como o foram os princípios de todas as ciências.

Conforme ensina Reale<sup>52</sup>, quando o texto legal consagra os princípios apenas lhes dá força cogente, sem lhes alterar a substância, posto que são eficazes

---

<sup>50</sup>cf. NADER, Paulo. **Introdução ao Estudo do Direito**. 24. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 196.

<sup>51</sup> NADER, Paulo. **Introdução ao Estudo do Direito**. 24. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 195.

<sup>52</sup>REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 307.

independentemente da norma positivada, constituem um *jus* prévio e exterior à *lex*.

Pereira<sup>53</sup> registra que na invocação dos princípios gerais do direito se faz apelo às inspirações mais altas da humanidade civilizada, se perquire o pensamento filosófico sobranceiro ao sistema ou as idéias estruturais do regime, porque todo direito observa regras de orientação genérica, premissas implícitas a que o legislador se sujeita, quais sejam, as tendências democráticas ou totalitárias, a realização de uma economia capitalista ou socialista, a sujeição a dados morais essenciais, como a infra-estrutura cristã ou marxista.

E, acrescentamos, que o direito de uma nação pode se fundar em princípios estruturantes impositivos e irradiantes por todo o sistema, do tipo daquele fundamental declarado no primeiro artigo da Carta Constitucional vigente no Brasil, que é o da promoção da dignidade da pessoa humana e que se coloca ao lado da adoção de princípios de soberania, de cidadania, valorização social do trabalho, da livre iniciativa e do pluralismo político.

Estamos, pois, certos de que tanto os princípios escritos como aqueles não escritos permeiam todo o ordenamento jurídico e cabe ao intérprete do direito revelá-los, porque são eles que dão coerência ao sistema. Ao intérprete cabe buscar, primeiro, no direito positivo a diretriz para o julgamento ou interpretação dos textos normativos e, sendo o direito natural, ao lado da equidade, fonte de inspiração para a elaboração da norma positiva, sobre eles também pode recair a investigação<sup>54</sup>.

Ensina Raó<sup>55</sup> que, nesse primeiro processo de generalização deve-se recorrer, às leis científicas do direito, isto é, à ciência do direito que se separou da religião e da moral e constituiu-se em disciplina distinta quando criou a sua própria ordem, embora baseada em princípios morais. Contudo, se a ciência do direito positivo não fornecer a solução da controvérsia, na ordem crescente de

---

<sup>53</sup> PEREIRA, Caio Mario da Silva. **Instituições de direito civil**, 2. ed. vol. I, Rio de Janeiro: Forense, 1990, p. 54-55.

<sup>54</sup>RAÓ, Vicente. **O direito e a vida dos direitos**. 5 ed. São Paulo: RT,1999, p. 280.

<sup>55</sup>Ibidem, p. 280

generalização, o intérprete deve buscar a sua resposta na filosofia do direito, disciplina que reúne os princípios fundamentais inspiradores de todos os ramos da ciência jurídica, com base no direito natural, dando unidade ao conhecimento do direito.

Assim, sem o abandono da segurança do positivismo moderado, entende o autor que pode o intérprete do direito se socorrer do pensamento jusnaturalista para encontrar o sentido do texto legislativo e dele extrair a norma aplicável ao caso concreto, sempre que se busca realizar o ideal de justiça. Com essa síntese, o autor procura reunir teorias que partem de princípios contraditórios, quais sejam, o jusnaturalismo que vê nos direitos naturais, que nascem com os indivíduos e são imanentes à natureza humana, o limite externo da atuação do Estado e o positivismo que vê o limite da atuação estatal no controle externo, exercido pela razão ou pelo poder.

A perspectiva pós-positivista do Direito aponta para a busca das soluções interpretativas da norma muito além do que se estabelece pela razão ou pelo poder legislativo do Estado. O pós-positivismo tem como fundamento a ascensão dos valores e o reconhecimento da força normativa dos princípios e também da relevância e essencialidade dos direitos humanos fundamentais. É nesses novos tempos que John Rawls<sup>56</sup> elabora a sua teoria da justiça, na década de setenta, destacando a justiça como valor imprescindível para a sociedade e ressaltando que o homem é o fim e não o meio, é o maior objetivo e o centro de toda racionalidade. Ressalta que a justiça é a primeira virtude das instituições sociais e que deve se basear na equidade, com adoção de princípios de igualdade.

Há na doutrina uma classificação de grande utilidade para o estudo das normas e para a interpretação da Constituição que procura identificar os “princípios constitucionais materiais”, classificando-os de acordo com o seu destaque no sistema e a sua abrangência, pois ao expressarem valores ou indicar fins a serem alcançados pelo Estado e pela sociedade, irradiam-se pelo sistema, interagem entre si e pautam a atuação dos órgãos de poder, determinando o sentido das normas. É certo, contudo, que nem todos os princípios possuem a

---

<sup>56</sup>RAWLS, John. **Teoria da justiça**. São Paulo: Martins Fontes, 1997, p. 4-66.

mesma amplitude de efeitos ou grau de influência, daí porque foram agrupados por Barroso<sup>57</sup> em três categorias diversas que são: os princípios fundamentais, os gerais e os setoriais ou específicos. O autor desenvolve as suas idéias sobre os princípios influenciado pela classificação feita por Canotilho.

Os princípios fundamentais são aqueles que contém as decisões políticas estruturais do Estado. São tipicamente os fundamentos da organização política do Estado, também chamados de princípios constitucionais de organização, através dos quais se substancia a opção política entre Estado unitário ou federação, regime republicano ou monarquia, presidencialismo ou parlamentarismo, regime democrático ou absolutista etc<sup>58</sup>.

Os princípios constitucionais gerais, sem integrarem o núcleo da decisão política formadora do Estado, são importantes especificações dos princípios fundamentais. Têm menor grau de abstração e ensejam a tutela imediata das situações jurídicas que contemplam. São desdobramentos dos princípios fundamentais e se aproximam muito dos princípios definidores de direitos<sup>59</sup>. A maior parte dos princípios constitucionais gerais concentra-se no art. 5º. da Constituição, que especifica os direitos e deveres individuais e coletivos, confirmando a equiparação doutrinária que se faz entre direitos fundamentais e princípios<sup>60</sup>.

Os princípios setoriais ou especiais são aqueles que ordenam um conjunto de normas afetas a um determinado tema, capítulo ou título da Constituição e irradiam seus efeitos limitadamente sobre aquela matéria. São detalhamentos dos princípios gerais, como o da legalidade tributária, da reserva legal em matéria penal<sup>61</sup>.

---

<sup>57</sup>BARROSO, Luis Roberto. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição brasileira**. 3.ed. ampliada e atualizada. Rio de Janeiro: Renovar, 1996, p. 290.

<sup>58</sup> Ibidem.

<sup>59</sup> BARROSO, Luis Roberto. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição brasileira**. 3.ed. ampliada e atualizada. Rio de Janeiro: Renovar, 1996, p. 290.

<sup>60</sup>BARROSO, Luis Roberto; BARCELLOS, Ana Paula de. O começo da história: a nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro. **Revista de Direito Administrativo**. v. 232. Rio de Janeiro: Abr-Jun, 2003, p. 167.

<sup>61</sup> Ibidem, p. 168.

Essa mencionada classificação dos princípios materiais da Constituição presta-se para um estudo didático do conteúdo normativo da Constituição e também para a identificação do campo de atuação das normas princípio no sistema jurídico, a fim de se compreender e trabalhar a questão da sua eficácia. Com essa classificação, pode-se identificar que os direitos e garantias fundamentais da Constituição emanam de princípios (normas princípio) e que somente por isso as colisões dos direitos e garantias fundamentais, segundo a teoria dos princípios, podem ser solucionadas através da ponderação.

Foi a decadência do positivismo jurídico iniciada nas primeiras décadas do século XX que trouxe à lume os estudos e a possibilidade de valorização dos princípios na ciência do direito. O jusnaturalismo moderno que havia dominado a filosofia do Direito desde o século XVI, é superado pelo advento do Estado Liberal, pelos ideais constitucionais expressos em textos escritos e pelas codificações durante o século XIX, surgindo o movimento do positivismo jurídico, fruto da crença exagerada no poder do conhecimento científico que irradiou de outras ciências também para a ciência do direito<sup>62</sup>. Para os positivistas, a ciência do direito, como todas as outras, deve fundar-se em juízos de fato, que visam o conhecimento da realidade e, não, em juízos de valor, que significam uma tomada de posição diante da realidade. Afirmam, pois, não ser no campo do direito que se deve travar qualquer discussão acerca de questões como legitimidade e Justiça<sup>63</sup>.

Ocorre que, em nome da legalidade, o fascismo na Itália e o nazismo na Alemanha chegaram ao poder e promoveram os maiores crimes contra a humanidade de que se tem notícia na história, tudo dentro da mais perfeita legalidade vigente naqueles países. Legalidade e Justiça se mostraram, então, como características tão divorciadas entre si e tão distantes que pareciam não caber mais na mesma moldura.

A idéia da não aceitação de um ordenamento jurídico indiferente aos valores éticos e ao sentido de justiça tomou conta da humanidade mais esclarecida<sup>64</sup>.

<sup>62</sup>BOBIO, Norberto apud BARROSO, Luis Roberto; BARCELLOS, Ana Paula de. O começo da história: a nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro. **Revista de Direito Administrativo**. v. 232. Rio de Janeiro: Abr-Jun, 2003, p. 146.

<sup>63</sup> Ibidem, p. 146.

<sup>64</sup>NINO, Carlos Santiago apud BARROSO e BARCELLOS. Ibidem, p. 147.

Estava assim decretada a decadência do positivismo e inaugurada a nova era, a do “pós-positivismo”, cuja designação encerra uma tendência para o estudo dos valores, princípios e regras do sistema jurídico, com o desenvolvimento da teoria dos direitos fundamentais e com a valorização dos princípios implícitos e explícitos nos textos constitucionais, reconhecendo-lhes efeitos normativos e também reaproximando o Direito da Ética<sup>65</sup>.

Coube a Dworkin, já na fase do pós-positivismo, afirmar que o direito de qualquer povo é construído a partir de princípios, porque os princípios superam a prática e é aos princípios que devem estar adstritos os aplicadores do direito e os demais cidadãos<sup>66</sup>.

O sistema jurídico, tido como ideal, é composto por regras e princípios, sendo que as regras, por prescreverem condutas e efeitos jurídicos determinados e pretendidos pelo legislador, de forma específica, conferem estabilidade ao sistema e desempenham o papel referente à segurança jurídica; os princípios, mais flexíveis, permitem uma maior aproximação com os ideais de Justiça, por serem adaptáveis a inúmeras possibilidades e permitirem ao julgador ou intérprete uma maior liberdade de alcançar o sentido geral do efeito pretendido para o caso concreto<sup>67</sup>.

Em suma, os princípios são norteadores do direito, são bases teóricas ou razões lógicas do ordenamento jurídico, dão sentido ético ao ordenamento e estabelecem a sua medida racional e a sua força vital, sendo por isso, muito mais grave ferir um princípio do que ferir uma regra<sup>68</sup>. Os princípios são, portanto, normas superiores às regras, porque determinam o sentido e o alcance das próprias regras, o que conduz à aceitação da afirmação de que a lesão a um princípio constitucional é a mais grave das inconstitucionalidades porque, sem a

---

<sup>65</sup> Ibidem, p. 146.

<sup>66</sup> DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. Trad. CAMARGO, Jefferson Luiz. São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 492.

<sup>67</sup> BARCELLOS, Ana Paula. Ponderação de normas: alguns parâmetros jurídicos. Projeto de tese de doutoramento aprovado no programa de Pós-graduação em Direito Público da Universidade do Estado do Rio de Janeiro, apud BARROSO, Luis Roberto; BARCELLOS, Ana Paula. O começo da história: a nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro. **Revista de Direito Administrativo**. v. 232. Rio de Janeiro: Abr-Jun, 2003, p. 149.

<sup>68</sup> REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 319.

observância dos princípios, o sistema perde a sua unidade e não haverá ordem constitucional válida.

Bandeira de Mello ensina, em passagem clássica:

Princípio é, por definição, mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas, compondo-lhes o espírito e servindo de critério para a sua exata compreensão e inteligência, exatamente por definir a lógica e a racionalidade do sistema normativo, no que lhe confere a tônica e lhe dá sentido harmônico.

.....

violar um princípio é muito mais grave que transgredir uma norma. A desatenção ao princípio implica ofensa não apenas a um específico mandamento obrigatório, mas a todo o sistema de seus comandos. É a mais grave forma de ilegalidade ou inconstitucionalidade, conforme o escalão do princípio atingido, porque representa insurgência contra todo

o sistema, subversão de seus valores fundamentais, contumélia irremissível a seu arcabouço lógico e corrosão de sua estrutura mestra<sup>69</sup>

### 1.2.2 A Interpretação da norma constitucional

É inegável, que o direito, como ciência social que é, ocupa-se tanto do estudo descritivo de sistemas reais, como se ocupa dos sistemas ideais, ou seja, da prescrição de um dever-ser. Daí, porque o seu caráter normativo que estabelece princípios e regras norteadores da conduta humana e prescreve as mais diversas sanções para as hipóteses de seu não cumprimento. Procura-se, assim, por meio dessa ciência normativa, regular a convivência social, com o objetivo ideal de manter a paz entre os homens e o respeito aos valores eleitos pela sociedade como merecedores da tutela e da proteção estatal.

Sendo o direito um produto cultural que emerge da necessidade de se regular a vida do homem em sociedade, traz características próprias de seu tempo e sofre influência permanente das mudanças dos valores humanos. Nos Estados de Direito Constitucionais, vigentes na atualidade, conforme já salientamos, afirma-se a superioridade da Constituição, o que é endossado fortemente pela doutrina, praticamente sem divergências e que tem raízes na formulação feita por Emmanuel Joseph Sieyès, em sua célebre obra inspiradora da Revolução Francesa, *Qu'est-ce que le tiers état?*<sup>70</sup>

Essa superioridade da Constituição coloca, acima de qualquer dúvida, que as normas inseridas no corpo constitucional têm força acima de quaisquer outras, mesmo que não se trate de normas materialmente constitucionais, aquelas que, por seu conteúdo, se referem diretamente à forma de Estado e de governo, ao modo de aquisição e exercício do poder, à estruturação dos órgãos estatais e aos limites de sua ação. As normas que tenham conteúdo diverso são consideradas apenas formalmente constitucionais, em razão de sua inserção na Carta Constitucional.

---

<sup>69</sup>MELLO, Celso Antonio Bandeira de apud BARROSO, Luis Roberto. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas:** limites e possibilidades da Constituição brasileira. 3.ed. ampliada e atualizada. Rio de Janeiro: Renovar, 1996, p. 287.

<sup>70</sup>SIEYÈS, Emmanuel Joseph. **A constituinte burguesa:** o que é o terceiro estado? (Tradução portuguesa). Rio de Janeiro: Liber Juris, 1986.

A simples inclusão de uma norma em texto constitucional de natureza rígida que regula aquisição de direitos ou que trata de comportamento normado, ainda que impropriamente ali inserida, reflete o grau de importância daquela previsão legal e confere maior estabilidade a essa norma. É a evidente relevância da norma formalmente constitucional.

É recente a ascensão da hermenêutica constitucional. A visão da Constituição como direito, acima da simples concepção de que é uma lei, é reconhecida pela teoria material da Constituição. No positivismo jurídico não se encontrava possibilidade de reconhecer a presença de princípios e valores na estrutura da Constituição, principalmente de princípios fundamentais. Ocorreu, contudo, uma profunda transformação no Direito Constitucional contemporâneo, com a aceitação de que, ao contrário das normas de Direito Privado, o texto constitucional se reveste de normas que “são verdadeiros princípios norteadores da missão institucional do Estado”. Essa concepção advém da aceitação da teoria material da Constituição, surgida com a queda do positivismo. Peixinho afirma que compreender a Constituição como direito a liberta do silogismo que enfraquece a sua normatividade.<sup>71</sup>

A distinção entre teoria material e formal da Constituição foi didaticamente demonstrada por Canotilho. Vale ressaltar que Constituição material ou real é o conjunto de forças políticas, ideológicas e econômicas operantes na comunidade e decisivamente condicionadoras de todo o ordenamento jurídico. A Constituição formal é o ato solene e escrito que, como fonte de direito, cria normas jurídicas hierarquicamente superiores.

Neste ponto é que incide a suma relevância da interpretação das normas constitucionais. Embora grande parte da doutrina entenda ser relevante a distinção entre os termos “hermenêutica” e “interpretação”, é comum serem usados como sinônimos. Há inúmeras definições para a expressão “hermenêutica jurídica”, todas, entretanto, giram em torno da interpretação racional das leis. Diniz afirma que “interpretar é descobrir o sentido e o alcance da norma,

---

<sup>71</sup>PEIXINHO, Manoel Messias. **A interpretação da constituição e os princípios fundamentais**: elementos para uma hermenêutica constitucional renovada. 3.ed. rev. ampl. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, p. 12-15.

procurando a significação dos conceitos jurídicos<sup>72</sup>". E lembra que a interpretação jurídico-científica é, segundo Kelsen, não autêntica, porque apenas determina o quadro das significações possíveis da norma geral. A interpretação autêntica é aquela feita pelo órgão estatal que tem a função de aplicar o direito, pois escolhe entre as múltiplas possibilidades reveladas a que se adapta ao caso concreto e produz, como fruto da interpretação, a norma individual.

Não há como se aplicar as proposições legislativas sem se valer da interpretação, porque a lei é uma abstração, transportada à compreensão pela interpretação. Não há norma suficientemente clara, que prescindia da interpretação, pois a clareza do enunciado normativo é resultado do próprio processo interpretativo, que é uma operação intelectual. A aplicação do direito, então, decorrerá sempre da interpretação<sup>73</sup>. A hermenêutica é, para grande parte da doutrina, a teoria científica da arte de interpretar. Ela tem a missão de fixar os princípios que regem a interpretação e fixa os novos processos de interpretação. Essa, por sua vez, dispõe de técnica específica, com regras e princípios a serem observados.

A teoria da separação e da independência dos Poderes, consagrada pelo pensamento iluminista e registrado pela Assembléia Nacional da França no art. 16 da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 26.08.1789, limita a função criativa do Juiz e desenvolve a convicção de que a criação do Direito cabe ao Poder Legislativo, o que se solidificou durante todo o século XIX e princípio do século XX. Recasens Siches, na sua obra "*Introdução al estudio del derecho, México: Parma, 1972*", afirma que as funções do papel do legislador e do juiz são bem diversas. O legislador detém poderes para fixar normas gerais que considera justas, pertinentes, e o juiz transforma a regra geral em uma norma individualizada, modificando conceitos genéricos e abstratos em comando concretizados individualmente<sup>74</sup>.

Os métodos clássicos de interpretação abrangem o literal, o lógico, o histórico e o sistemático, e o processo interpretativo se vale de todos os métodos, pois, todos

<sup>72</sup>DINIZ, Maria Helena. **Compêndio de introdução à ciência do direito**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 490.

<sup>73</sup>PEIXINHO, Manoel Messias. **A interpretação da constituição e os princípios fundamentais: elementos para uma hermenêutica constitucional renovada**. 3. ed. rev. ampl. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, p.15.

<sup>74</sup> Ibidem, p. 18.

os métodos se integram harmoniosamente. Além dos métodos clássicos, adotou-se no direito o método teleológico, considerado por muitos doutrinadores, como insuperável, pois nele se busca a finalidade racional normativa. A idéia do direito, segundo esse método, se constitui em razão de uma finalidade. Ao defender a superioridade do método teleológico, Peixinho<sup>75</sup> influenciado por Eduardo Espínola, lembra que toda a disposição de direito positivo visa um fim prático, daí porque o modo mais seguro de investigar-se o sentido da norma é inquirir o fim a que se destinou. E na busca desse fim, deve-se considerar, como grande princípio geral de orientação, a circunstância de que o direito tende “inelutavelmente” à realização de dois ideais supremos: o de justiça e o de utilidade.

Segundo Morris<sup>76</sup>, Yering (1818 – 1892) seria o precursor da idéia de que, respeitado o conteúdo da lei, a jurisprudência podia ter liberdade de ação sobre aquela matéria, criando novas formas sobre ela, levando-se em consideração a finalidade social do direito. Segundo o autor, outras forças que não a lei, apoiam e suplantam as ordens legais. Surgiu, então, a escola do direito livre, em 1906, na Alemanha, como reação à lógica do positivismo jurídico.

O método teleológico se constitui de dois elementos, o telos (a finalidade) e a ratio (razão). Valendo-se da utilização conjunta do método lógico, a interpretação teleológica adquiriu destaque em relação a vários mecanismos interpretativos e significou a preterição do texto em favor da intenção da norma.

O método lógico procura desvendar o sentido e o alcance da norma, estudando-a por meio de raciocínios lógicos, analisando os períodos da lei e combinando-os entre si, com o escopo de atingir perfeita compatibilidade.

O método sistemático é a interpretação harmoniosa de todo o ordenamento jurídico e representa a aplicação conjunta de todos os métodos estudados. Considera o sistema em que se insere a norma, relacionando-a com outras, relativas ao mesmo objeto. Há pouca distinção entre método lógico e sistemático,

---

<sup>75</sup>PEIXINHO, Manoel Messias. **A interpretação da constituição e os princípios fundamentais**: elementos para uma hermenêutica constitucional renovada. 3. ed. rev. ampl. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, p. 47.

<sup>76</sup>MORRIS, Clarence (Org.). **Os grandes filósofos do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 401.

porque interpretar logicamente o texto de direito é situa-lo, ao mesmo tempo, no sistema geral do ordenamento jurídico. Nos Tribunais a interpretação sistemática é muito utilizada.

Sendo o direito um produto cultural de seu tempo, é consequência de diversos fatores históricos, e o objetivo da interpretação histórica é situar o direito dentro de uma compreensão dos fatores históricos e condicionamentos sociológicos que determinam o surgimento da norma. As mutações da sociedade podem esvaziar o conteúdo da norma e esse método histórico tenta adaptar a norma à atualidade concreta da situação jurídica. Baseia-se na averiguação dos antecedentes da norma, das circunstâncias fáticas que a precederam, das causas ou necessidades que induziram o órgão a elaborá-la, ou seja, na averiguação das condições culturais ou psicológicas sob as quais o preceito normativo surgiu, tendo sempre em vista a razão da norma, isto é, os resultado que visa a atingir.<sup>77</sup>

Assim, o estudo da aplicação dos métodos tradicionais de interpretação da Constituição nos leva ao estudo da especificidade da norma constitucional. Enquanto no Direito Privado a norma visa à satisfação direta de determinada situação concreta, a norma Constitucional, sendo de direito público, se destina a regular a organização política do Estado e a relação deste com a sociedade. Caracteriza-se por normas abertas, elaboradas para orientar os destinos do país por tempo indefinido, capaz de enfrentar crises institucionais, o que explica sua linguagem muitas vezes vaga e genérica, capaz de adaptar-se a novas contingências.

Ninguém discorda de que os preceitos constitucionais são mais genéricos que os preceitos das leis ordinárias e outras normas. São abstratos e indeterminados e, por isso, não predeterminam o ato de sua aplicação. A aplicação da norma constitucional se faz dentro de um sistema normativo, aberto a muitas possibilidades. Por isso, a interpretação constitucional não pode se restringir ao uso único e exclusivo dos métodos tradicionais, já considerados insuficientes para o próprio direito privado.

---

<sup>77</sup> DINIZ, Maria Helena. **Compêndio de introdução à ciência do direito**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2001.p. 490.

Peixinho<sup>78</sup> sustenta, então, que a norma constitucional, por suas especificidades, reclama métodos próprios de interpretação que levem em consideração sua função semântica e sua textura político-institucional. Há pouca doutrina sobre a sistematização de um método ou de métodos de interpretação constitucional, limitando-se a literatura, praticamente, aos autores alemães e portugueses. No Brasil, poucas obras existem sobre a hermenêutica constitucional, dentre as quais destacam-se as de Bonavides<sup>79</sup> e Barroso<sup>80</sup>.

Novos métodos de interpretação constitucional vêm sendo desenvolvidos e difundidos, todos eles visando a uma maior compreensão e efetivação da norma constitucional. São eles: 1) o método clássico; 2) o método tópico – problemático; 3) o método hermenêutico concretizador; 4) o método científico espiritual; e 5) o método jurídico normativo estruturante.

Resumidamente, Peixinho narra as bases desses novos métodos<sup>81</sup>, que registramos para demonstrar as tendências modernas da interpretação constitucional, que não podem ser olvidadas. Senão vejamos:

O método clássico leva em consideração que a Constituição é uma lei, cujo sentido pode ser alcançado recorrendo-se simplesmente às regras tradicionais de hermenêutica: filológica, lógica, histórica, teleológica e genética. O intérprete deve limitar-se (auto limitar-se) à tarefa de interpretação e considerar o texto como a única fonte de seu entendimento<sup>82</sup>. Mantém-se, nesse método, um certo conservadorismo interpretativo, para que não se dissolva a legalidade. Utilizam-se os métodos desenvolvidos por Savigny. A particularidade da norma constitucional é apenas um elemento adicional. Contudo, sustenta-se que Savigny desenvolveu o método de interpretação refletindo sobre o Direito Privado e buscando regras jurídicas e institutos jurídicos próprios para manter a unidade do sistema. Não pretendeu elaborar uma teoria sobre o Estado.

---

<sup>78</sup>PEIXINHO, Manoel Messias. **A interpretação da constituição e os princípios fundamentais**: elementos para uma hermenêutica constitucional renovada. 3. ed. Rev. Ampl. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, p. 81.

<sup>79</sup>BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Malheiros, 1994.

<sup>80</sup>BARROSO, Luis Roberto. **Hermenêutica constitucional**. Tese apresentada como requisito ao concurso de professor titular da faculdade de direito da universidade do RJ, 1995.

<sup>81</sup>PEIXINHO, Manoel Messias. Op. Cit, p. 88–120.

<sup>82</sup>CANOTIHO, J.J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 6. ed. Coimbra: Almedina, 2002, p. 150.

Como sustenta a doutrina, a qualidade específica dos preceitos constitucionais está no seu conteúdo que, em contraposição à grande maioria das regras de direito privado, são normas relativas aos direitos fundamentais e não contêm uma regulamentação completa ou perfeita. Não têm a mesma certeza de conteúdo, a mesma clareza de sentido, a mesma determinabilidade conceitual. A regulamentação constitucional é quase incompleta e fragmentária, porque, principalmente construída por afirmações de princípios mais ou menos abstratos, diretrizes que fixam fins, pouco dizem acerca dos meios, dos processos ou da intensidade de sua realização<sup>83</sup>.

O método tópico-problemático pressupõe paradigmas fragmentários e aceitá-lo, significa assumir que toda questão implica a existência de mais de uma resposta. Sistema e pensamento tópico são inconciliáveis, pois a tópica somente pode ser compreendida fora de uma visão sistemática. Ante a existência de um problema, pode-se atuar de maneira simples, buscando, por meio de tentativas, pontos de vista casuais, selecionados arbitrariamente, denominados “topoi”. Esse método indica o raciocínio argumentativo (não demonstrativo) da jurisprudência. Esse raciocínio se constitui a partir de um problema, estruturando-se com uma lógica do razoável que sugere a adequação de uma solução para o problema.

O método tópico-problemático é também uma arte de invenção. Parte do caso concreto para a norma, seguindo caminho inverso aos métodos tradicionais que procuram sempre a solução do problema a partir das normas positivadas. O hermeneuta do método tópico-problemático, quando interpreta a norma constitucional, parte de “pontos de vista”(topoi) que são submetidos à prova de opinião, buscando-se a interpretação que melhor convenha ao caso concreto<sup>84</sup>. É um processo aberto de argumentação, sem um conteúdo normativo a investigar. Na tópica não há hierarquia de pontos de vista.

---

<sup>83</sup>PEIXINHO, Manoel Messias. **A interpretação da constituição e os princípios fundamentais: elementos para uma hermenêutica constitucional renovada**. 3 ed. rev. ampl. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, p. 89.

<sup>84</sup>CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 6 ed. Coimbra: Almedina, 2002, p. 1197.

As principais críticas à tópica se apóiam em, pelo menos, duas constatações: de que a tópica não investiga profundamente a jurisprudência; e também que a tópica mergulha na insegurança interpretativa, não oferecendo aos juristas postulados seguros, é marcada por subjetivismo, abalando a idéia de unidade do ordenamento jurídico. “Além de poder conduzir a casuísmos sem limites, a interpretação não deve partir do problema para a norma, mas desta para os problemas”<sup>85</sup>

Ao contrário do método tópico, que concebe a interpretação constitucional sob o império da vontade suprema do intérprete, que faz a interpretação por meio de topoi (ponto de vista), partindo do caso concreto, o método hermenêutico concretizador busca caminho inverso, recupera a supremacia da norma, já que parte desta para o caso concreto. Funda-se na “compreensão de sentido” do texto legal, em que o intérprete procura concretizar a norma à situação. Não se trata de simples subsunção da norma ao caso concreto, como no método clássico, porque a norma não se identifica exatamente com seu texto, mas é resultado de um trabalho de construção que é designado pela palavra “concretização”.

---

<sup>85</sup>CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 6 ed. Coimbra: Almedina, 2002, p. 1198.

A idéia de superioridade da norma jurídica sobre o seu texto significa que uma norma preexistente só alcança sua plenitude hermenêutica na própria concretização. A concretização nada mais é do que uma norma jurídica preexistente na qual o caso jurídico particular seria individualizado, ou seja, concretizado. O texto normativo é um dos elementos mais importantes do processo de concretização. O pensamento concretizador incorre em alguns erros do positivismo, por exemplo, quando não faz distinção entre norma e realidade, isso porque não compreende que um texto, qualquer que seja ele, somente pode ser captado se se reportar ao modelo no qual se insere. Além disso, o erro fundamental dos positivistas é a crença de que a norma jurídica se identifica com o seu texto. O intérprete, nesse método, tem uma pré-compreensão do conteúdo normativo que exerce papel fundamental na dissipação do dogma da auto-suficiência da norma, que subsistiria independentemente da vontade do intérprete.

O teor da norma só se completa com o ato interpretativo, não havendo aplicação da Constituição sem pré-compreensão do seu sentido, através do intérprete. A proposição legislativa é um texto que ainda não foi interpretado, enquanto a norma é o texto já interpretado. A norma não pertence às fontes do direito, pertence à linguagem do próprio Direito. A norma é o conteúdo de sentido do texto, identificado pelos juízes e pela administração.

Canotilho<sup>86</sup> ressaltou que o método realça e ilumina vários pressupostos da tarefa interpretativa destacando o papel criador do intérprete na obtenção do sentido do texto constitucional, mediando o texto e a situação a que se aplica. Classificou os princípios constitucionais que são observados na postura hermenêutica concretizante como: 1) Princípio da unidade da Constituição; 2) Princípio do efeito integrador; 3) Princípio da conformidade funcional; 4) Princípio da concordância prática; 5) Princípio da força normativa da Constituição; e 6) Princípio da interpretação da ordem jurídica conforme a Constituição.

---

<sup>86</sup>CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 6. ed. Coimbra: Almedina, 2002, p. 1198.

Esses princípios que regem a postura concretizante indicam que o intérprete deve considerar a Constituição em sua totalidade, procurando harmonizar os conflitos entre suas diversas normas, buscando integrá-las. Conforme lição de Jorge Miranda, “a Constituição deve ser tomada, a qualquer tempo, como um todo, na busca de uma unidade e harmonia de sentido”<sup>87</sup>. Hesse doutrina no mesmo sentido, ou seja, no de que “todas as normas constitucionais devem ser interpretadas de tal modo que contradições com outras normas devem ser evitadas”<sup>88</sup>. E, ainda, em sustentação da hermenêutica concretizante, afirma-se que as normas Constitucionais guardam entre si o mesmo grau de importância, o mesmo nível hierárquico<sup>89</sup>.

Nessa postura concretizante, procura-se atribuir, também, à norma constitucional a maior efetividade possível. Tal princípio norteador dessa hermenêutica nasceu da interpretação das normas programáticas e, hoje em dia, é muito utilizado no âmbito dos direitos fundamentais de primeira geração.

Impõe-se o respeito à divisão das funções constitucionais e à sua inalterabilidade, sendo inadmissível qualquer interpretação que atente contra a divisão de competências insculpida na Carta Magna. O Princípio da concordância prática, por sua vez, tem a função precípua de preservar harmoniosamente os direitos fundamentais quando em conflito com outros bens jurídicos constitucionalmente protegidos e de estabelecer limites entre os direitos, de tal maneira que se equilibrem direitos e garantias, conforme defendido na teoria de Hesse.

O princípio da força normativa da Constituição, também norteador da hermenêutica concretizante, é o que orienta o intérprete no sentido de que a Constituição deve ser interpretada de maneira que torne sua eficácia sempre capaz de ser concretizada em cada situação, considerando-se, obviamente, a historicidade e a atualização da norma constitucional.

---

<sup>87</sup>MIRANDA, Jorge apud PEIXINHO, Manoel Messias. **A interpretação da constituição e os princípios fundamentais**: elementos para uma hermenêutica constitucional renovada. 3.ed. rev. ampl. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, p.106.

<sup>88</sup>HESSE, Konrad apud PEIXINHO. *Ibidem*.

<sup>89</sup>BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de direito constitucional**. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 1996, p.138.

A interpretação conforme a Constituição é o princípio interpretativo que reconhece a supremacia da Constituição sobre todo o ordenamento jurídico, estabelecendo não só uma hierarquia, mas também o exercício da vigilância da constitucionalidade das leis. Miranda<sup>90</sup> considera a interpretação conforme a Constituição é muito mais que um mero método de interpretação. Para ele é, principalmente, “um procedimento ou regra própria da fiscalização da constitucionalidade” que busca o máximo aproveitamento dos atos jurídicos, não permitindo que o preceito legal fique sem qualquer função útil ou que acolha critérios ou soluções contrários ao legislador constituinte.

Outros métodos de interpretação constitucional, menos conhecidos, também vêm sendo desenvolvidos, como o Método Científico Espiritual, com base no pensamento de Rudolf Smend, ainda posto em termos muito variáveis e com fundamento não muito claro. Há, ainda, a Metodica Jurídico Normativa, desenvolvido por Friederich Müller<sup>91</sup>.

O Método da Interpretação Autêntica e doutrinária, não pode, propriamente, ser considerado um método de interpretação. Autêntica é a interpretação do próprio órgão que elaborou a lei, ao elaborar outro texto esclarecendo o primeiro a ser aplicado. A interpretação doutrinária é o fruto da meditação dos juristas que influenciam tanto a elaboração como a alteração da norma. Lembramos que, para Kelsen, a sentença é também um fato criador de normas. O autor rebate a teoria tradicional que distingue a criação do direito da aplicação do direito, defendendo a idéia de que toda a aplicação do direito é também a produção do direito para o caso concreto, daí porque a sentença é uma norma jurídica individual<sup>92</sup>. Kelsen denomina de “proposições jurídicas” ou “enunciados” os frutos da interpretação jurídica da norma produzidos pela ciência jurídica conceituando-os como “juízos hipotéticos. Esses juízos enunciam ou traduzem que, de conformidade com o sentido de uma ordem jurídica – nacional ou internacional – dada ao

---

<sup>90</sup>MIRANDA, Jorge apud PEIXINHO, Manoel Messias. **A interpretação da constituição e os princípios fundamentais**: elementos para uma hermenêutica constitucional renovada. 3. ed. rev. ampl. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, p. 107.

<sup>91</sup>CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 6. ed. Coimbra: Almedina, 2002, p. 1198-1199.

<sup>92</sup>KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Tradução MACHADO, João Batista. 1 ed. Brasileira. São Paulo: Martins Fonte, 1985, p. 253.

conhecimento jurídico, sob certas condições ou pressupostos fixados por esse ordenamento, devem advir certas conseqüências pelo mesmo ordenamento determinadas<sup>93</sup>. Essa teoria de que a sentença é fato jurídico criador de norma é fortemente combatida na doutrina processual, prevalecendo a idéia de que a sentença tem a função de declarar o direito aplicável à espécie, o que muito a distingue da função precípua do legislador<sup>94</sup>

Todos esses métodos de interpretação da norma constitucional surgiram em razão da insuficiência dos mecanismos tradicionais de interpretação. O positivismo jurídico, que estava arraigado a uma compreensão extremamente formal do direito, começou a perder importância com o surgimento dessas novas técnicas de interpretação, afirma Peixinho<sup>95</sup>, ressaltando que são grandes as diferenças entre a lei de direito privado e a norma constitucional, porque esta tem conteúdo elástico e exprime uma orientação genérica principal. Lembra, ainda, que os métodos de interpretação constitucionais carecem de melhor estruturação e sistematização adequada, sendo comum aos intérpretes e aos constitucionalistas se valerem das diversas correntes de interpretação, aplicando teorias mistas, que fundem conceitos para a obtenção de um melhor resultado interpretativo.

Há que se ter cuidado na interpretação descuidado da Constituição, pois a falta de rigor pode levar ao desvio de sentido da Constituição Federal por governantes autoritários ou por movimentos revolucionários que possam se apossar do poder.

Assim, podemos concluir que, no estágio atual de reconhecimento da vigência de um Estado de Direito Constitucional no Brasil, há, na Carta Magna, princípios e valores norteadores de toda a atividade de aplicação do direito os quais gozam de superioridade no ordenamento jurídico sobre todas as estruturas normativas, sejam elas de origem legislativa ou jurisdicional, e que as peculiaridades dessas normas constitucionais exigem um método interpretativo próprio, norteado

---

<sup>93</sup>Ibidem, p. 78-79.

<sup>94</sup>CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de direito processual civil, vol. I.** São Paulo: Millennium, 1998. p.44 ss.

<sup>95</sup> PEIXINHO, Manoel Messias. **A interpretação da constituição e os princípios fundamentais: elementos para uma hermenêutica constitucional renovada.** 3. ed. rev. ampl. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, p. 115-117.

também por valores e princípios consagrados democraticamente pelo legislador constituinte, resultando no efeito da necessária interpretação constitucionalizante de todo o ordenamento jurídico.

A tradição histórica do constitucionalismo brasileiro é um pouco desanimadora, carecendo o povo do verdadeiro sentimento constitucional, pois, afeto a contínuas mudanças na Carta Magna, não chega a desenvolver o respeito e a vontade de constituição de que Hesse falava em sua teoria. Uma Constituição tem a relevante função de espelhar a vontade soberana da nação, não uma vontade unívoca, posto que, num país marcado por tantas divergência e pluralidade de interesses, tal pretensão seria inalcançável. Ela deve refletir uma vontade democraticamente prevalente, para atender os anseios de limitação do Poder Estatal e de uma reserva de direitos fundamentais que permitam ao homem se

desenvolver dignamente. A Constituição pode ser analítica, aberta a muitas possibilidades de interpretação, mas não deve se casuística, porque sua estabilidade e segurança ficam afetadas.

A Carta Magna pode se apresentar, como o exemplo clássico da Constituição de Weimar (Alemanha, 11.08.1919), sob a forma de um compromisso que visa a atender a muitas expectativas muitas vezes antagônicas. Esses compromissos devem ser realizáveis, sob pena do descrédito popular. A falta de confiança nas normas constitucionais é o preâmbulo do fracasso da Constituição formal. Os juristas brasileiros parecem agora despertos e atentos para esse perigo, por isso nunca se falou tanto no Brasil em um agir constitucionalizante, em decisões conforme a constituição, em controle da constitucionalidade dos atos administrativos e das decisões judiciais. Chega-se a se debater o possível risco do surgimento de uma ditadura do Judiciário, como Poder competente para dizer o Direito, em última e definitiva instância, através do STF, no controle da constitucionalidade dos atos de todas as esferas do poder. Parece estar avivada na sociedade a “vontade de constituição” a que se referiu Hesse em sua obra acima mencionada<sup>96</sup>.

Ocorre que, desde a época do Brasil Império, com sua primeira Constituição jurada em 25.03.1824, passando pela primeira Constituição republicana, de 24.02.1891 e, depois, pelas Cartas de 16.07.1934, de 10.11.1937, de 18.09.1946, de 24.01.1967, profundamente alterada pela Emenda n. 01, de 17.10.1969, até a vigente Constituição de 05.10.1988, todas as Cartas continham extenso rol dos tradicionais direitos e garantias individuais, que, entretanto, não foram capazes de impedir os atos de arbítrio e de desrespeito pelos direitos humanos durante a ditadura militar que vigorou por mais de duas décadas no país.

Parece fora de dúvida que, nesses momentos de crise e forte tensão entre a norma Constitucional e os fatos sociais, é preciso que a “vontade de constituição” da tese de Hesse prevaleça, sob pena de que o povo se curve às predições de Lassale, segundo as quais a Constituição formal é apenas uma “folha de papel”,

---

<sup>96</sup> HESSE, Konrad. **A força normativa da constituição**. Tradução de: MENDES, Gilmar Ferreira. Porto Alegre: Fabris Editor, 1991.

pois o que prevalece é a constituição real, representada pela vontade dos governantes ou dos revolucionários. No Brasil, faltou esse espírito de respeito à Constituição, não só pelos governantes, àquela altura descompromissados com a ordem jurídica vigente em razão do golpe de Estado, mas também ao povo que sucumbiu aos atos de arbítrio e permaneceu calado por tantos anos.

Essa falta de tradicionalismo constitucional não é exclusivo do nosso país, nem característica de subdesenvolvimento ou carência de espírito democrático, existiu também em países de profunda tradição democrática como é a Suíça ou em países com arraigada consciência nacional, como é o caso da França<sup>97</sup>. O Brasil é apenas mais um caso de país sem tradição constitucionalista, cujo ordenamento jurídico funciona sob o sistema romano-germânico, calcado na lei como fonte primeira do Direito, contrário dos ordenamentos vigentes no sistema da *common law*, em que o direito escrito tem reduzida abrangência e a grande fonte das normas jurídicas é a construção jurisprudencial, não a lei.

Ora, no país onde a fonte primeira do Direito é a lei, e a Constituição está colocada no topo da pirâmide do ordenamento jurídico e é pressuposto de validade de todas as demais normas jurídicas editadas no seu território, não há escolha racional diversa daquela que nos leva a resgatar a força normativa da Constituição e a realizar atos de concretização dos seus preceitos normativos, caso contrário haverá espaço para abusos do poder estatal e para desrespeito aos direitos individuais e coletivos consagrados como fundamentais.

Conforme dissemos acima, no Brasil poucos autores se aprofundaram no tema da hermenêutica constitucional, dentre eles Barroso que, além da obra já citada, publicou também ensaio sobre a interpretação constitucional. Nesse ensaio, afirma que não há necessidade de se desprezar o método clássico subsuntivo, fundado na aplicação das regras, nem os elementos tradicionais da hermenêutica, como o gramatical, histórico, sistemático e teleológico, pois

---

<sup>97</sup>BARROSO, Luis Roberto. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas**. 3 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1996, p. 46.

continuam a ter relevante aplicação na busca do sentido da norma. Ocorre que nem sempre tal método e tais elementos são suficientes para essa tarefa<sup>98</sup>.

Em que pese a existência de tantos novos métodos de interpretação constitucional, é certo que nenhum deles é suficiente, por si só, para a difícil tarefa de buscar o sentido da norma. A combinação de diversos métodos de interpretação é que apresenta resultados mais satisfatórios, principalmente se guiados pelos princípios denominados “instrumentais de interpretação”, que em muito se identificam com os princípios norteadores do método hermenêutico concretizante, quais sejam: o princípio da supremacia da Constituição, o princípio da presunção de constitucionalidade das leis e atos do poder público, princípio da interpretação conforme a Constituição, princípio da unidade da Constituição, princípio da razoabilidade ou proporcionalidade e princípio da efetividade<sup>99</sup>.

O termo “princípios”, neste contexto, significa apenas premissas conceituais, metodológicas ou finalísticas que devem anteceder a solução concreta da questão posta, no processo intelectual de interpretação. São dirigidos ao intérprete da norma constitucional e, por isso, são denominados de “princípios instrumentais de interpretação constitucional”<sup>100</sup> ou, “princípios específicos”. Tema diverso é o dos princípios materiais contidos na Constituição, objeto da análise no tópico que discorre sobre a distinção entre princípios e regras, como tipos de normas.

### **1.2.3 Validade, vigência e a eficácia da norma constitucional (regras e princípios)**

Cabe, neste tópico deixar claros os conceitos sobre validade, vigência e eficácia da norma constitucional, fazendo referência ao estudo bibliográfico da doutrina atual. Para qualquer construção científica, exige-se rigor conceitual, daí a necessidade de se estabelecer a diferenciação desses conceitos básicos.

<sup>98</sup> BARROSO, Luis Roberto; BARCELLOS, Ana Paula de. **O começo da história: a nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro.** Pub. Revista de Direito Administrativo, n. 232. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 142.

<sup>99</sup> Ibidem, p.162-166.

<sup>100</sup>Ibidem. p. 163.

-Validade constitucional da norma indica a disposição normativa conforme as prescrições constitucionais. Assim terá esse tipo de validade aquela norma que respeita um comando superior, ou seja, o preceito constitucional.

-Validade formal ou técnico-jurídica indica que a norma foi elaborada pelo órgão competente, em obediência aos procedimentos legais. A validade da norma independe do ato volitivo de seu criador após a sua criação. O ato de vontade é apenas a condição de sua existência. Concluída a fase constitutiva do processo de elaboração da norma, ela já é válida, mas nem sempre o período de validade coincide com o período de sua vigência, pois a *vigência*, no sentido estrito, está ligada ao âmbito temporal de validade da norma e consiste numa qualidade atinente ao tempo de sua atuação, podendo essa qualidade ser invocada para produzir os efeitos jurídicos (eficácia).

Mesmo quando válida a norma, a sua vigência, muitas vezes, respeita o período de *vacatio legis* – Art. 1º. da Lei de Introdução ao CCB. O *vigor* da norma é a qualidade que lhe dá força vinculante. A norma perde a vigência quando revogada, mas mantém o seu vigor para regular, ainda, os casos anteriores à revogação, em respeito ao direito adquirido, ao ato jurídico perfeito e à coisa julgada.

A *eficácia* diz respeito às condições fáticas e técnicas de atuação da norma jurídica, e ao seu sucesso. É a qualidade do texto vigente de produzir ou irradiar, no seio da coletividade, efeitos jurídicos concretos. Assim, a *eficácia social* da norma depende de sua observação pelos destinatários. Há casos de normas vigentes que violentam a consciência coletiva e não são observadas nem aplicadas. A *eficácia jurídica* indica a possibilidade de ser a norma aplicada, de produzir seus próprios efeitos jurídicos. Há normas constitucionais que não podem produzir imediatamente efeitos jurídicos, ante a falta de regulamentação exigida por lei<sup>101</sup>.

---

<sup>101</sup>DINIZ, Maria Helena. **Norma Constitucional e seus efeitos**. 3. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 102-120.

Ferraz Junior<sup>102</sup> lembra que a questão da validade jurídica das normas e do ordenamento jurídico é uma questão zetética, portanto uma questão aberta, mas, do ângulo da dogmática, a questão é fechada, por isso tem formulação diferente e simplificada. Segundo a dogmática jurídica, uma norma é válida desde que esteja integrada no sistema, após ter passado pelo processo de sua produção, em conformidade com os requisitos próprios previstos no ordenamento. Cumprido esse processo produtivo que termina com a sanção, a norma é válida.

Segundo Bobbio<sup>103</sup>, o problema da validade é o problema da existência da regra jurídica enquanto tal e se resolve com um juízo de fato. Trata-se de constatar se uma regra jurídica existe ou não, ou seja, se pertence a um determinado sistema jurídico, mediante averiguação da legitimidade do poder do qual emanou, da sua não ab rogação por outra norma sucessiva e da sua não incompatibilidade com outras normas do sistema.

No momento seguinte à sanção, para que se inicie o tempo de sua validade, há necessidade de sua publicação, decorrendo daí a sua vigência. Vigência, portanto, é um termo no qual se demarca o tempo de validade de uma norma, desde o momento em que torna exigível o comportamento previsto até o momento de sua revogação. Exprime, assim, a exigibilidade de um comportamento<sup>104</sup>.

A norma válida, integrante do ordenamento, que já tem autoridade de exigir um dado comportamento é também norma vigente, não se confundindo esses conceitos. A norma constitucional que depende de regulamentação e a falta dessa regulamentação leva aos casos de lacuna técnica ou *intra legem*. Modernamente, no Brasil, essa incompletude pode ser sanada, em termos, dado aos tímidos traços dos seus efeitos práticos, pelo mandado de injunção (CF art. 102, I, “q” , II, “a” e art. 105, I “h”) ou pela iniciativa legislativa popular (CF art. 14, III; art. 27, parágrafo 4º.; art. 29, XI e art. 61, parágrafo 2º.).

---

<sup>102</sup>FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação**. 3. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2001, p. 193.

<sup>103</sup>BOBBIO, Norberto. **Teoria da norma jurídica**. Tradutor: Fernando Pavan Baptista e Ariane Bueno Sudatti. Bauru, SP: EDIPRO, 2001, p. 46.

<sup>104</sup>FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. Op. Cit, p. 194.

A eficácia pressupõe a existência jurídica da norma (validade) e a sua vigência no sentido estrito. Juridicamente, a aplicação da norma constitucional depende de saber se ela é vigente, legítima e tem eficácia. O mínimo de eficácia já dá possibilidade de produção de efeitos e é também condição de sua vigência.

Afirma-se que as normas constitucionais se projetam para o futuro, ora produzindo, desde logo, os seus efeitos, ora, apenas provocando-os. Nesse último caso, requer a norma o início de um processo de elaboração de normas complementares ou regulamentadoras e até lá, a sua eficácia ficará suspensa (em gestação).

Diniz, apoiando a construção do seu conceito de norma eficaz nos ensinamentos de Ferraz Junior, afirma que a norma será eficaz se puder atender às condições que estabeleceu, ligando-a ou não a outras normas do sistema. A eficácia constitucional está condicionada à produção do efeito jurídico visado e à possibilidade de produzi-lo<sup>105</sup>.

A questão da eficácia também não se confunde com os conceitos de validade e vigência, pois uma norma pode ser válida e vigente e não ter capacidade de produzir efeitos, porque a produção de efeitos depende de certos requisitos de natureza fática e também de natureza técnico-normativa. A presença dos requisitos fáticos qualifica a norma como socialmente eficaz e ocorre quando encontra, na realidade, condições adequadas para a produção de efeitos. Eficácia social é, assim, uma forma de eficácia e pode ser usada como sinônimo da expressão “efetividade da norma”, divergindo do conceito de obediência e sendo mais próximo do sentido de sucesso normativo<sup>106</sup>.

Para Bobbio<sup>107</sup>, as razões pelas quais uma norma obtém sucesso normativo e outras não depende de vários fatores que podem ser investigados histórica e sociologicamente, não sendo tarefa da ciência jurídica tal investigação. Esta posição, contudo, não se coaduna com a fase atual do pós-positivismo

---

<sup>105</sup>DINIZ, Maria Helena. **Norma Constitucional e seus efeitos**. 3. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 102-120.

<sup>106</sup>Ibidem.

<sup>107</sup>BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**, Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Ed. Campus, 1992, p. 47.

extremado, que assume que à ciência do direito cabe, sim, o papel não só de investigar as razões da ineficácia das normas, principalmente as que pertencem ao arcabouço constitucional, mas também buscar soluções alternativas para a obtenção da almejada eficácia, já que os novos tempos denotam a prioritária preocupação dos juristas com a garantia dos direitos declarados, acima da preocupação com a própria declaração de seu conteúdo.

A eficácia técnica é a capacidade técnica de produção de efeitos da norma, ou seja, é a aptidão para a realização da sua função de eficácia, já que as normas podem ter funções diversas, quais sejam: de bloqueio (bloqueio das condutas indesejáveis), de programa (sentido de programa a ser realizado) ou de resguardo (assegurar uma conduta desejada)<sup>108</sup>. A norma, via de regra, traz em si funções simultâneas, com intensidades diferentes. Daí porque a norma de bloqueio de conduta indesejável, a contrário senso, tem também, em menor grau, a função de resguardo, para assegurar uma conduta desejada, contrária à proibida e, ao mesmo tempo, traduz um programa, um ideal a ser alcançado no meio social.

Deve-se então identificar a função eficaz primária da norma e verificar se, para a produção do efeito desejado, depende ela da elaboração de outra norma ou não e, ainda, se prescindindo de outra norma, pode, entretanto, ter restringido o seu efeito por norma futura.

Com essa identificação, diz-se que a norma tem *eficácia plena* quando pode ser concretizada imediatamente, sem necessidade de outra norma, não podendo ser restringida. Quando, para a realização da função eficaz, necessita ela de outras normas, diz-se que é de *eficácia limitada*. Em geral, as normas com função programa é que têm eficácia limitada, porque aquela função exige outras normas futuras para ser realizada. Quando a norma pode ser restringida por norma futura, sendo plena enquanto não vier a restrição, é ela de *eficácia contida*<sup>109</sup>.

---

<sup>108</sup>BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**, Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Ed. Campus, 1992, p. 47-48.

<sup>109</sup> Ibidem.

Não há, sob o ângulo pragmático, segundo a doutrina, norma constitucional sem eficácia. A norma seria destituída do mínimo de eficácia se não pudesse nunca ser obedecida espontaneamente e também, quando desobedecida, não pudesse ser aplicada pelo órgão público. Na classificação das normas constitucionais quanto à sua eficácia, segundo a doutrina americana encabeçada por Cooley e seguida por Ruy Barbosa, distinguem-se em normas “auto-executáveis” (preceitos completos que permitem a imediata fruição) e “não auto-executáveis” (indicam princípios, sem, contudo, estabelecerem normas que lhes dêem eficácia, exigem complementação legislativa para serem executadas)<sup>110</sup>.

Contudo, a doutrina brasileira popularizou a classificação que também adotaram os autores José Afonso da Silva e Ferraz Junior, em normas de eficácia plena, eficácia contida e eficácia limitada<sup>111</sup>. Merece destaque a classificação de Pinto Ferreira<sup>112</sup> que, além daquelas, distingue as normas constitucionais de *eficácia absoluta*, conceituando-as como normas de eficácia plena, com fruição imediata e não emendáveis (cláusulas pétreas), enquanto as de eficácia plena, conferem fruição imediata, mas admitem ser emendadas .

No campo da legitimidade do direito, fala-se em validade ideal. Para afirmar a validade ideal da Constituição, o jusnaturalismo apela para “natureza das coisas” e o normativismo kelseano apela para a norma hipotética fundamental, havendo outras teorias. Para este estudo, foram desenvolvidas, no primeiro tópico deste trabalho, considerações acerca do desenvolvimento da organização social do homem nos últimos séculos, a adoção do Estado de Direito e o surgimento do constitucionalismo como parte da ciência do direito destinada a organizar o Estado, estabelecer os limites dos poderes contra os abusos dos governantes, e de instituir direitos, liberdades e garantias para a promoção da dignidade do homem, hoje principal fundamento da ordem jurídica das sociedades democráticas.

---

<sup>110</sup>DINIZ, Maria Helena. **Norma Constitucional e seus efeitos**. 3. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 1997. p. 102-120

<sup>111</sup>SILVA, José Afonso. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 82-87.

<sup>112</sup>Apud DINIZ, Maria Helena. Op. cit, p. 104.

Há uma diversidade de critérios para a classificação das normas constitucionais, segundo a sua aptidão para gerar efeitos (eficácia). Todos os autores partem da premissa de que não há norma constitucional destituída de eficácia, sendo razoável sustentar apenas a existência de uma graduação da carga eficaz das normas constitucionais.

Ocorre que as sistematizações doutrinária mais antigas foram feitas antes da existência do dispositivo contido no parágrafo 1º. do art. 5º. da CF/1988, que trata da aplicabilidade imediata das normas definidoras de direitos fundamentais, conforme registra Sarlet<sup>113</sup>. Mesmo na vigência da atual Constituição não se faz consideração sobre a técnica ou a forma de positivação das diversas normas definidoras de direitos. No entanto, é certo que o rol de direitos fundamentais dos incisos do art. 5º. da CF/88 e também os incisos do art. 7º. (direitos sociais, considerados direitos fundamentais fora do catálogo), podem estar positivados como norma programática, expressando tarefa, fim ou programa, dependente de regulamentação, ou podem estar positivados como norma de eficácia plena, que não depende de qualquer regulamentação.

Assim, sob a rubrica de “normas definidoras de direitos e garantias fundamentais”, se abrigam dispositivos com diversas técnicas de positivação, que assumem características de diversas categorias referidas na tipologia tradicional. Já há, inclusive, no direito comparado proposta de classificação dos direitos fundamentais, segundo a sua forma de positivação, pois é este o critério que poderá definir o maior ou menor grau de sua eficácia (atuação positiva no mundo dos fatos).

---

<sup>113</sup>SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 4. ed. rev. atual. ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, p. 251.

Esta conexão entre a forma de positivação no texto constitucional e a eficácia jurídica da norma definidora de direito fundamental é que definirá a posição jurídica outorgada aos indivíduos para a defesa de seus interesses<sup>114</sup>. Ressalta Sarlet estar fora de dúvida que um direito, proclamado em forma de norma eminentemente programática, tem carga eficaz diversa daquele outro direito positivado de forma a permitir o imediato reconhecimento de um direito subjetivo ao indivíduo titular do direito fundamental.

Não há como negar a lógica e a sensatez desse raciocínio, embora o nosso entendimento esteja alinhado com o já exposto ponto de vista de que todos os direitos fundamentais declarados na Constituição, seja qual for a técnica de sua positivação, são capazes de titularizar o indivíduo de um direito subjetivo em face do Estado ou em face de terceiros, ainda que com diferentes graus de eficácia.

Bobbio<sup>115</sup> também identifica o problema em foco quando aponta uma ordem de dificuldade para a tutela e proteção eficaz dos direitos fundamentais, que é inerente ao próprio conteúdo dos direitos em pauta, pois não pertencem eles a uma categoria homogênea. Afirma que a efetivação de uma maior proteção dos direitos humanos está ligada ao desenvolvimento global da civilização humana e não se pode deixar de reconhecer as dificuldades procedimentais e substantivas de realização de alguns direitos declarados.

### 1.3 OS DIREITOS E AS GARANTIAS FUNDAMENTAIS DO HOMEM

Não houve uma completa cegueira, na antiguidade clássica, em relação à idéia de direitos fundamentais, pois “o pensamento sofisticado, a partir da natureza biológica comum dos homens, aproxima-se da tese da igualdade natural e da idéia de humanidade”<sup>116</sup>. Entretanto, essa idéia de igualdade dos homens não conseguiu ultrapassar o plano filosófico e se converter em categoria jurídica.

---

<sup>114</sup> Ibidem.

<sup>115</sup> BOBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Ed. Campus, 1992, p. 60.

<sup>116</sup> CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 6. ed. Coimbra: Almedina, 2002, p. 381.

Na Grécia antiga, o Estado absorvia as liberdades públicas, inexistindo o reconhecimento do individualismo universal. Apenas os homens livres gozavam da liberdade integrada à comunidade. Em Roma, também o conceito de liberdade era isonômico. Gozavam de liberdade os iguais, pertencentes à mesma categoria.

O poder divino influenciava o direito, predominava o poder espiritual sobre o temporal. As concepções cristãs medievais, em especial o direito tomista, distinguia lei divina, lei natural e lei positiva, e pregava a necessidade de se submeter as leis positivas ou humanas às leis naturais<sup>117</sup>. Tomás de Aquino<sup>118</sup> representava a liberdade com duas espadas: a do poder espiritual e a do poder temporal, e revelava a procura do equilíbrio entre as tendências conflitantes da época. O Estado (poder temporal) foi concebido como instituição natural, com finalidade de promover e assegurar o bem comum.

As raízes dos direitos humanos estão assim mais ligadas ao direito natural, tais como, direito à vida, à liberdade de ir e vir, de expressão do pensamento, de propriedade etc. O direito natural ou da natureza do homem não tem regras estabelecidas, baseia-se nos princípios naturais de igualdade, direito à vida digna e de lutar por si.

Segundo Moraes, a concepção de direitos humanos fundamentais acabou surgindo como produto da fusão de várias fontes, desde tradições arraigadas nas diversas civilizações, até a conjugação dos pensamentos filosófico-jurídicos, das idéias surgidas com o cristianismo e com o direito natural. E diz:

Essas idéias encontravam um ponto fundamental em comum, a necessidade de limitação e controle dos abusos de poder do próprio Estado e de suas autoridades constituídas e a consagração dos princípios básicos da igualdade e da legalidade como regentes do estado moderno e contemporâneo<sup>119</sup>.

---

<sup>117</sup>CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 6. ed. Coimbra: Almedina, 2002, p. 382.

<sup>118</sup>**TOMÁS de Aquino**. São Paulo: Ed. Nova Cultural, 2000. p. 13. (Coleção os Pensadores).

<sup>119</sup>MORAES, Alexandre de. **Direitos humanos fundamentais**, vol. 3. São Paulo: Atlas, 1997. p. 19.

Para Bobbio<sup>120</sup>, entretanto, os direitos humanos não são um dado da natureza ao modo do jusnaturalismo, são um construído jurídico, historicamente ligado ao aprimoramento político da convivência dos homens. Existem várias fundamentações válidas para os direitos humanos, hoje consensualmente consagrados como universais, indivisíveis, interdependentes e inter-relacionados, e, pois, de suma relevância para a manutenção da convivência coletiva pacífica e respeitosa aos valores da dignidade humana.

Durante séculos, os jusnaturalistas<sup>121</sup> supuseram ter colocado certos direitos (nem sempre os mesmos) acima da possibilidade de serem refutados, porque derivados, diretamente, da própria natureza do homem. Entretanto, a natureza do homem revelou-se frágil como fundamento absoluto de direitos irresistíveis. Por isso, Bobbio<sup>122</sup> afirma que, nos dias de hoje, o cerne da problemática dos direitos humanos não reside mais na sua fundamentação, por ser este um problema já resolvido, mas no desafio de sua tutela (proteção), sendo que este problema não é mais filosófico, mas é jurídico e, num sentido mais amplo, é também político.

A *Magna Charta Libertatum*, de 1215, da Inglaterra é apontada como a grande primeira declaração de liberdades públicas e direitos fundamentais. Contudo, estudos indicam que, no século XIII, ainda não se discutiam estes temas e aquela Carta inglesa não era de cunho democrático. A finalidade da *Magna Charta* era o estabelecimento de um *modus vivendi* entre os reis e os barões, e que consistiu no reconhecimento de certos direitos de supremacia do rei em troca de certos direitos de liberdade<sup>123</sup>. A partir do final do século XVII e durante o século XVIII é que se passou a discutir a questão da liberdade dos direitos fundamentais do homem, com o aparecimento do iluminismo e com o início do liberalismo.

Em 1787, a Constituição Americana é promulgada e, com ela, vieram as cartas de declaração de direitos dos EUA. Embora as anteriores declarações das

---

<sup>120</sup>BOBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Ed. Campus, 1992, p. 25.

<sup>121</sup>BOBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Ed. Campus, 1992, p. 36

<sup>122</sup>Ibidem, p. 45.

<sup>123</sup>CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 6 ed. Coimbra: Almedina, 2002, p. 382.

Colônias já contivessem declarações de direitos fundamentais regionalizados, foram as dez primeiras emendas à constituição federal que passaram a tratar da afirmação de tais direitos, em nível nacional. Somente com a emenda número 16 da constituição americana, advinda após a guerra da secessão, é que surgiu a declaração de direitos não regionalizada naquele país, de forma mais definitiva<sup>124</sup>.

Em 1789, com influência do pensamento de Rousseau, veio a Declaração dos Direitos do Homem na França, que não era apenas do cidadão francês, mas sim do homem no seu aspecto universal e, em 1791, foi promulgada a constituição francesa<sup>125</sup>.

Observa-se, assim, que a origem do constitucionalismo apresenta dois traços marcantes: a organização do próprio Estado e a limitação do Poder Estatal, por meio de previsão de direitos e garantias fundamentais do cidadão relativamente aos demais cidadãos e ao próprio Estado, subtraindo-se do legislador ordinário a possibilidade de sua revogação.

Na constituição brasileira de 1988, adota-se a expressão “Direitos Fundamentais”, divididos em direitos coletivos e individuais. Alguns países preferem expressões como: “liberdades públicas”, na França, “direitos individuais ou civis”, nos Estados Unidos e “direitos fundamentais”, na Alemanha, mas todas as expressões se equivalem. A expressão “direitos humanos ou direitos do homem” é a mais usada no direito internacional, porque é uma referência aos direitos válidos para todos os povos (dimensão jusnaturalista-universalista). Por sua vez, a expressão “direitos fundamentais” referencia os direitos do homem, jurídico e institucionalmente garantidos, num certo espaço-temporal limitado, vigentes numa ordem jurídica concreta<sup>126</sup>.

As “liberdades públicas” costumam titular os direitos do homem em relação ao Estado e estão ligadas ao *status negativus*, já que, através delas, se visa defender a esfera dos cidadãos da intervenção do Estado.

---

<sup>124</sup>MORAES, Alexandre de. **Direitos humanos fundamentais**. v. 3. São Paulo: Atlas, 1997, p. 25-34.

<sup>125</sup>MORAES, Alexandre de. **Direitos humanos fundamentais**. v. 3. São Paulo: Atlas, 1997, p. 34.

<sup>126</sup> MIRANDA, Jorge apud CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 6. ed. Coimbra: Almedina, 2002, p. 393.

Diversas teorias procuram justificar e esclarecer o fundamento dos direitos humanos. Em profundo estudo histórico sobre o assunto, Moraes<sup>127</sup> destaca a *teoria jusnaturalista*, a *teoria positivista* e a *teoria moralista ou de Perelman*. Para a primeira, os direitos humanos se fundam em uma ordem superior universal, imutável, não são criação dos legisladores ou de tribunais e não podem desaparecer da consciência dos homens. Para a teoria positivista, estão tais direitos fundamentados na ordem normativa, como legítima manifestação da soberania popular, por isso são aqueles previstos num ordenamento jurídico positivado. Para a Teoria moralista de Perelman, os direitos humanos encontram fundamentação na própria experiência e consciência moral de um determinado povo.

Afirma, ainda, esse autor, em sua conclusão sobre os fundamentos dos direitos humanos, que nenhuma teoria, por si, é capaz de justificar plenamente a incomparável importância dessa categoria de direitos, por sua insuficiência, e sugere que a conjugação dessas teorias pode nos apresentar um resultado satisfatório, pois

somente a partir da formação de uma consciência social (teoria de Perelman), baseada principalmente em valores fixados na crença de uma ordem superior, universal e imutável (teoria jusnaturalista) é que o legislador ou os tribunais (esses principalmente nos países anglo-saxões) encontram substrato político e social para reconhecerem a existência de determinados direitos humanos fundamentais como integrantes do ordenamento jurídico (teoria positivista)<sup>128</sup>.

A discussão sobre a justificação dos direitos humanos fundamentais perde atualmente um pouco de interesse, na medida em que os modernos Estados Constitucionais de Direito incorporaram ao direito positivo dos povos os conteúdos e os valores de justiça, elaborados pelo jusnaturalismo racionalista, tais como o valor da pessoa humana, a igualdade, os direitos civis e políticos, bem como as garantias processuais de liberdade e certeza. Todos esses direitos, que foram afirmados, inicialmente, na forma de Direito Natural, hoje integram o

---

<sup>127</sup> MORAES, Alexandre de. Op. Cit, p. 34-35.

<sup>128</sup> MORAES, Alexandre de. **Direitos humanos fundamentais**. v. 3. São Paulo: Atlas, 1997, p. 35.

ordenamento jurídico positivado e são critérios de legitimidade internos ou positivistas do sistema, não mais externos ou jusnaturalistas <sup>129</sup>.

O jusnaturalismo entende a justiça fundada na lei natural e apregoa que as leis positivadas são justas se estão conforme a lei natural. De acordo com esse pensamento filosófico, o Estado tem um limite externo que impede o exercício do poder político contra os direitos naturais do homem, aqueles que nascem com os indivíduos e são imanentes à natureza humana. O positivismo jurídico resultou da busca de uma certa objetividade científica para a ciência jurídica, a exemplo do que se trabalha nas ciências naturais, e disso resultou o apartamento do direito, da moral e de outros valores transcendentais. O pensamento positivista fez surgir e crescer o normativismo jurídico e permitiu uma quase identificação do direito com a norma, dando a idéia de que o ordenamento jurídico traz completude e estabilidade com o seu formalismo.

Por sua vez, esta fase atual pós-positivista, surge da busca de uma forma de superação do legalismo estrito e aponta para o reconhecimento da existência de valores na própria norma, que devem ser desvendados pelo intérprete do ordenamento jurídico. Tem, assim, como fundamento, a ascensão dos valores jurídicos e o reconhecimento da força normativa dos princípios que os revelam, e também a relevância e a essencialidade dos direitos humanos fundamentais.

Para Barroso<sup>130</sup>, o pós-positivismo identifica o conjunto de idéias difusas que superam o legalismo do positivismo normativista, sem recorrer à categoria da razão subjetiva do jusnaturalismo. Caracteriza-se pela ascensão dos valores e pelo reconhecimento da normatividade dos princípios.

Os direitos fundamentais, sobretudo os direitos às liberdades e às garantias, cumprem, no dizer de Canotilho<sup>131</sup>, a primeira função de defesa da pessoa

---

<sup>129</sup>CADERMATORI, Sérgio. **Estado de direito e legitimidade**: uma abordagem garantista. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999, p. 78.

<sup>130</sup>BARROSO, Luis Roberto. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro. **Revista de Direito Administrativo**. v.. 225. Rio de Janeiro, jul-set. 2000, p. 5-37.

<sup>131</sup>CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 6. ed. Coimbra: Almedina, 2002, p. 407.

humana e da sua dignidade perante os poderes do Estado (ou de outros esquemas políticos coactivos).

A doutrina nos apresenta, na atualidade, a classificação de direitos fundamentais de primeira, segunda e terceira gerações, baseando-se na ordem histórica cronológica de seus surgimentos. Assim, resumimos, na lição de Celso de Mello, a sua concepção:

enquanto os direitos de *primeira geração* (direitos civis e políticos) – que compreendem as liberdades clássicas, negativas ou formais – realçam o princípio da liberdade e os direitos de *segunda geração* (direitos econômicos, sociais e culturais) – que se identificam com as liberdades positivas, reais ou concretas – acentuam o princípio da igualdade, os direitos de *terceira geração*, que materializam poderes de titularidade coletiva atribuídos genericamente a todas as formações sociais, consagram o princípio da solidariedade e constituem um momento importante no processo de desenvolvimento, expansão e reconhecimento dos direitos humanos, caracterizados enquanto valores fundamentais indisponíveis, pela nota de uma essencial inexauribilidade<sup>132</sup>.

Como conclui Gonçalves Filho<sup>133</sup>, “a primeira geração seria a dos direitos de liberdade, a segunda, dos direitos de igualdade, a terceira, assim, complementar o lema da Revolução Francesa: liberdade, igualdade, fraternidade”.

A positivação de direitos fundamentais do homem está presente em todos os Estados democráticos da atualidade, vigorantes em um Estado de Direito Constitucional e não significa mera enunciação de princípios, mas o reconhecimento de direitos que podem ser exigidos pelos cidadãos perante o Poder Judiciário. Daí, ser absolutamente indispensável que os direitos humanos fundamentais previstos na Constituição Federal e na ordem jurídica em geral, sejam efetivamente garantidos para aplicação do Poder Judiciário.

As garantias constitucionais fundamentais traduzem-se tanto no direito dos cidadãos exigirem dos poderes públicos a proteção de seus direitos, quanto no reconhecimento de instrumentos processuais adequados a essa finalidade.

<sup>132</sup> STF – Pleno – MS 22.164/SP – Rel. Celso de Mello, Diário da Justiça, Seção I, 17 nov. 1995, p. 39206.

<sup>133</sup> FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Direitos humanos fundamentais**. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 57.

Assim, as garantias clássicas são também direitos, embora muitas vezes se salientem nelas o seu caráter instrumental<sup>134</sup>.

A distinção entre direitos e garantias fundamentais remonta aos estudos de Rui Barbosa que separou as disposições meramente declaratórias, que imprimem existência legal aos direitos reconhecidos, das disposições assecuratórias, que, em defesa dos direitos, limitam o poder. Aquelas instituem os direitos; estas, as garantias<sup>135</sup>.

Conforme leciona Jorge Miranda<sup>136</sup>: “ Os direitos representam só por si certos bens, as garantias destinam-se a assegurar a fruição desses bens....; na acepção jusnaturalista inicial, os direitos declaram-se, as garantias estabelecem-se”.

José Afonso da Silva<sup>137</sup> ressalta que é possível, tecnicamente, separar os “direitos fundamentais” das “garantias”, embora a formulação da Carta Magna de 1988 tenha positivado, sob a rubrica do Título II, o enunciado “Dos Direitos e Garantias Fundamentais”, conjuntamente, deixando a cargo da doutrina encontrar onde estão os direitos e onde estão as garantias. No capítulo I desse Título, onde se encontra o art. 5., por exemplo, com a designação da rubrica “Dos Direitos e Deveres Individuais e Coletivos”, não há menção às garantias, contudo, o autor ressalta que se encontram elencados ali, dos incisos XXXV ao LXXVII, um rol de garantias. Ressalta, ainda, que o legislador constitucional usou expressões diversas no corpo da Carta Magna, mas que fica difícil, para a doutrina, distinguir diferenças e semelhanças entre o que sejam garantias individuais, garantias fundamentais e garantias constitucionais.

Para o autor, apesar da imprecisão de terminologia, as garantias fundamentais podem ser divididas em dois grupos: **a)** garantias gerais, que asseguram a existência e a eficácia dos direitos fundamentais e dizem respeito à organização da comunidade política e à estrutura das condições econômico-sociais, culturais

---

<sup>134</sup> CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**, 6. ed. Coimbra: Almedina, 2002, p. 396.

<sup>135</sup>MORAES, Alexandre de. **Direitos humanos fundamentais**. São Paulo: Atlas, 1997, p. 61, v. 3.

<sup>136</sup> MIRANDA, Jorge apud Moraes. *Ibidem*, p. 62.

<sup>137</sup>SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 24. ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 186.

e políticas. É o conjunto dessas garantias que conformarão o Estado de Direito.

**b)** garantias constitucionais, que consistem nas instituições, determinações e procedimentos, mediante os quais a própria Constituição tutela os direitos fundamentais e, em caso de sua não observância, faz a reintegração desses direitos ou fornece meios para a sua dedutibilidade. Essas garantias constitucionais podem ser gerais, quando disciplinam o equilíbrio entre os poderes, ou especiais, quando cuidam das ações específicas de proteção dos mandamentos constitucionais, tais como o *habeas corpus*, *habeas data*, mandado de segurança *etc.*

A eficácia e a aplicabilidade dos direitos fundamentais dependem muito do seu próprio enunciado, uma vez que o legislador constituinte faz depender, muitas vezes, de legislação posterior a aplicabilidade de algumas normas enquadradas entre as fundamentais, como é o caso dos direitos sociais. Via de regra, os direitos fundamentais democráticos e individuais são de eficácia e aplicabilidade imediata, o que fica garantido na vigente Constituição Brasileira em uma norma síntese<sup>138</sup>.

Há um consenso doutrinário no sentido de que o rol ou catálogo dos direitos fundamentais na Constituição Brasileira vigente constitui “cláusula aberta” ou “lista aberta”, admitindo outras possibilidades de reconhecimento, além daqueles expressamente constantes do artigo 5º, isso por força do disposto no parágrafo 2º. do referido dispositivo. O rol daquele artigo, apesar de analítico, não tem cunho taxativo, semelhante ao da Constituição Portuguesa de 1976 ( art. 16, n. 1), bem como das Constituições da Argentina ( art. 33), do Peru ( art. 4), da Guatemala ( art. 44) e da Venezuela (art. 50)<sup>139</sup>.

Registre-se, ainda, que ocorre da Carta Magna, a exemplo da Constituição Portuguesa e de muitas outras no mundo ocidental, admitir expressamente a

---

<sup>138</sup> “C.F. Art. 5º .....

§ 1º As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata..

§ 2º O direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”.

<sup>139</sup>SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 4.ed. rev. atual. ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, p. 91.

existência de outros direitos e garantias fundamentais constantes das leis infraconstitucionais e dos tratados internacionais. Esses direitos, por não terem a forma constitucional, são chamados de *direitos materialmente fundamentais*, em contraposição àqueles outros que, inseridos no corpo da Constituição, são chamados de *direitos constitucionalmente fundamentais*<sup>140</sup>.

Admite a doutrina grande dificuldade na identificação dos direitos que estejam fora do corpo da constituição, mas que possuam características suficientes para serem tratados como fundamentais. A tendência, afirma Canotilho no mesmo texto, é a de considerar como direitos extraconstitucionais materialmente fundamentais, os direitos equiparáveis, pelo seu objeto e importância, aos diversos tipos de direitos formalmente fundamentais. Tal possibilidade, entretanto, está expressamente prevista na Constituição Portuguesa, o que não ocorre na Constituição Brasileira, porque aquela norma constitucional prevê a possibilidade de identificação de outros direitos fundamentais ou de natureza análoga fora do corpo da Constituição.

No direito positivo brasileiro, a situação é diversa, porque o mencionado parágrafo segundo, do artigo quinto da Constituição, indica a existência de direitos fundamentais, localizados ao longo da Constituição, e não apenas aquele rol exemplificativo do artigo quinto. Sendo indiferente a localização topográfica do direito, oferece a possibilidade de identificação de direitos fundamentais implícitos e também decorrentes do regime e dos princípios adotados pela Constituição.

Enquanto a Constituição portuguesa menciona a possibilidade de outros direitos fundamentais constantes de leis e regras de direito internacional (art. 16 – 1), admitindo a existência de direitos extraconstitucionais materialmente fundamentais, a Constituição brasileira se refere à existência de direitos e garantias fundamentais, além dos expressamente contidos na Constituição, como “decorrentes” do regime e dos princípios. Consagra, assim, a existência de direitos fundamentais não-escritos, que podem ser deduzidos por via da interpretação, com base no catálogo dos direitos expressos, bem como no regime

---

<sup>140</sup> CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**, 6.ed. Coimbra: Almedina, 2002, p. 403.

e nos princípios fundamentais da Lei maior. Isso força o reconhecimento de que, além dos direitos fundamentais fora do catálogo destinado ao arrolamento deles na Carta Magna, o conceito materialmente aberto de direitos fundamentais abrange também o reconhecimento de direitos fundamentais não escritos, ou seja, não expressamente positivados<sup>141</sup>.

Segundo registra Sarlet<sup>142</sup>, já havia significativa doutrina que, desde a vigência das Constituições brasileiras anteriores, proclamava a noção de direitos implícitos e decorrentes, tanto que Carlos Maximiliano, ao comentar o art. 144 da CF de 1946, também afirmou não poder a Constituição especificar todos os direitos, nem mencionar todas as liberdades, cabendo à lei, à doutrina e à jurisprudência completarem a obra. Assim, não é constitucional apenas o que está escrito na Lei maior, mas sim tudo o que se deduz do sistema por ela estabelecido.

A identificação de norma materialmente constitucional se faz pelo conteúdo normativo material e não pela forma de sua positivação. Assim, o conceito de constituição material designa as normas constitucionais escritas que regulam a estrutura do Estado, a sua organização e os direitos fundamentais do homem; em sentido formal, não é outra coisa, senão, uma série de leis escritas que foram inseridas na Constituição para ficarem ao abrigo das modificações legislativas fáceis, conforme doutrina de J. Afonso da Silva<sup>143</sup>. Contudo, autores respeitados como Sarlet e outros não admitem a possibilidade de estabelecimento de direitos fundamentais fora do rol previsto na Constituição, por entenderem ser essa uma tarefa do constituinte e que não pode ser delegada ao legislador ordinário.

Não há, entretanto, dúvida de que o mencionado parágrafo segundo do artigo quinto da CF/88 consagrou o conceito materialmente aberto dos direitos fundamentais, e lhe deu uma amplitude inigualável, admitindo a possibilidade de

---

<sup>141</sup>SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 4.ed. rev. atual. ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, p. 98.

<sup>142</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 4.ed. rev. atual. ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, p. 98.

<sup>143</sup>SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 4.ed. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 38.

identificação de direitos materialmente fundamentais, não-escritos, através até mesmo da construção jurisprudencial.

Não vislumbramos razão para não aceitar a expansão do rol dos direitos e garantias fundamentais pelo legislador ordinário, desde que se coadunem com o regime e os princípios estabelecidos pelo constituinte, ainda que seja forçoso reconhecer a enorme dificuldade de identificação do que poderia ser objeto dessa ampliação. Observe-se, como exemplo, o Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei n. 8.069/90), que, no seu Título II, consagra Direitos Fundamentais de proteção à criança e ao adolescente, concretizando norma-princípio da Carta Magna e também ampliando o rol dos direitos fundamentais da mesma. Não vejo como se possa negar o caráter fundamental dos direitos estabelecidos pelo legislador ordinário, quando o fazem em dedução dos princípios constitucionalmente estabelecidos.

### **1.3.1 A questão da aplicação imediata dos direitos fundamentais**

Há na Constituição uma dicotomia entre “direitos, liberdades e garantias” e “direitos econômicos, sociais e culturais”. Ambos estão identificados como direitos fundamentais e estão garantidos pelos instrumentos constitucionais. Os primeiros direitos fundamentais, chamados de direitos de primeira geração, não dependem de complementação legislativa e valem por si, não podem ser objeto de restrições do Estado e atuam como limitação ao poder Estatal. Os direitos sociais, chamados de direitos de segunda geração, na sua maioria, exigem uma complementação legislativa para valerem na ordem jurídica. São direitos de “status positivo” os elencados nos artigos sexto e sétimo da Constituição Federal.

Discute-se, no Direito Constitucional atual, se há um regime geral para todos os direitos fundamentais ou se admitimos a existência de um regime específico para os direitos de primeira geração (direitos, liberdades e garantias) e outro regime geral para todos os demais direitos fundamentais. A norma positivada, entretanto, no § 1º do art. 5º da CF/88 indica que todos os direitos e garantias fundamentais, tanto os expressos na Constituição como os não expressos

(implícitos) e também os contidos nos tratados internacionais, estão sujeitos ao mesmo regime geral, aplicável aos direitos fundamentais de qualquer dimensão ou geração.

Sustenta a doutrina<sup>144</sup> que a inclusão da definição dos direitos sociais no título constitucional destinado aos direitos e garantias fundamentais acarreta a sua subordinação imediata à regra da auto-aplicabilidade, prevista no § 1º do art. 5º, e a suscetibilidade do ajuizamento do mandado de injunção, sempre que houver omissão do poder público na regulamentação de alguma norma que preveja um direito social que esteja inviabilizando o seu exercício.

É inegável, pois, que alguns preceitos dependem de norma posterior que lhes desenvolva a eficácia e, mesmo diante do regime da auto-aplicabilidade dos direitos fundamentais, não produzem efeitos positivos enquanto não for editada a lei complementar ou ordinária de que são dependentes. Entretanto, mesmo não produzindo efeitos positivos, de imediato, têm eficácia paralisante sobre todos os efeitos de normas anteriores que sejam, com esses direitos, incompatíveis e impedem qualquer conduta contrária ao programa que estabelecem .

Já é superada a fase do direito constitucional que via, na Constituição, um conjunto de propostas para realização futura, um mero idário, pretensões de uma nação para concretização no amanhã. Como ressaltado antes, a Constituição, como lei que é, deve ser dotada de força normativa e de eficácia, sob pena de ser vista como mero programa. Não se cogita mais de reconhecer na Constituição a existência de normas programáticas desprovidas de qualquer vinculação, como se fossem meros programas futuros. Nessas normas, classificadas de programáticas, que em sua maioria, dependem de concretização através da teia infraconstitucional, se reconhece, na atualidade, um “valor jurídico constitucionalmente idêntico ao dos restantes preceitos da constituição”<sup>145</sup>.

A diferença principal é que necessitam elas da interferência dos órgãos legiferantes. São normas-fim que geram as seguintes conseqüências no

---

<sup>144</sup> MORAES, Alexandre de. **Direitos humanos fundamentais**. v. 3. São Paulo: Atlas, 1997, p. 203.

<sup>145</sup> CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 6.ed. Coimbra: Almedina, 2002, p. 1162.

ordenamento jurídico: vinculam de forma permanente o legislador ordinário à sua realização (imposição constitucional); vinculam todos os órgãos concretizadores que devem tomá-las como diretrizes materiais permanentes, seja na atividade legiferante, executiva ou judiciária; vinculam negativamente todo e qualquer ato contrário aos fins e tarefas traçados pela norma, gerando a inconstitucionalidade do ato jurídico contrário ao programa traçado pelo constituinte<sup>146</sup>.

Compete ao intérprete da Constituição conferir imediata eficácia e aplicação às suas disposições, inclusive para as ditas normas programáticas, ainda que seja para considerá-las como princípios norteadores do rumo da decisão a ser adotada ou do fim social a ser atingido, observando-se o princípio instrumental hermenêutico da busca da maior efetividade possível da norma constitucional.

Há dois importantes princípios instrumentais, já mencionados por nós anteriormente, que permeiam a hermenêutica constitucional, quais sejam: o princípio da máxima efetividade e o princípio da força normativa da Constituição. Através desses princípios, a interpretação de todas as normas constitucionais deve ser feita objetivando reconhecer e conferir a máxima efetividade possível aos preceitos normativos, mesmo quando forem normas de eficácia limitada e dependentes de regulamentação legislativa, atribuindo-se a elas a maior força normativa possível.

Esses princípios instrumentais servem de orientação interpretativa para todas as normas da Constituição. Ocorre que, ao lado dessa orientação hermenêutica, o legislador constituinte originário fez inserir na Carta Magna um outro princípio, afirmando, expressamente, a aplicabilidade imediata de todas as normas definidoras de direitos e garantias, criando, então, para elas um regime reforçado de normatividade.

Já afirmamos anteriormente, inclusive com fundamento nas idéias de K. Hesse, que a forma de positivação e a função exercida pelos direitos fundamentais influenciam diretamente a força normativa do preceito.

---

<sup>146</sup> Ibidem, p. 1163.

Há, na Constituição, normas (regras e princípios) de diversas naturezas e funções, como já expusemos: as normas organizatórias, as prescritivas de direitos, liberdades e garantias e as definidoras de fins ou programas do Estado. Nenhuma delas é destituída de uma carga mínima de eficácia, mesmo as chamadas normas programáticas, que dependem de regulamentação legislativa, porque também essas vinculam os poderes constituídos que não podem agir de forma contrária aos fins estabelecidos, obrigam o legislador a elaborar a norma infraconstitucional, sujeitando-o aos efeitos da declaração de inconstitucionalidade por omissão, além de sujeitar qualquer ato jurídico contrário ao fim ou programa normado à declaração de inconstitucionalidade.

Atribui-se à concepção altamente filosófica e doutrinária das declarações de direitos nos preâmbulos constitucionais o fato de a doutrina francesa considerar, então, indispensável a intervenção legislativa para dar efetividade prática aos preceitos constitucionais garantidores dos direitos fundamentais. Canotilho, reportando-se aos escritos de Manorco e Souza, datados de 1913, registra o pensamento vigente no século passado:

Por outro lado, para que os cidadãos possam exercer um direito individual, não basta que o seu exercício ou gozo se encontrem sancionados pela Constituição, visto os direitos individuais, por mais legítimos que sejam, terem dois limites necessários - o respeito do direito igual dos outros e a ordem pública. O exercício, por isso, dos direitos individuais supõe uma regulamentação pelo Estado sem o qual não passam de uma simples promessa<sup>147</sup>.

Hoje, é a própria Constituição que atribui eficácia imediata e vinculante aos direitos e garantias fundamentais. Eficácia imediata ou efeito de aplicação direta não significa apenas que os direitos, liberdades e garantias se aplicam, independentemente da intervenção legislativa, significa também que eles valem diretamente contra a lei e qualquer outro ato jurídico que estabeleça restrições em desconformidade com a Constituição.

Em termos práticos, o comando normativo de aplicação direta dos direitos e garantias fundamentais resulta no reconhecimento da força normativa daqueles

---

<sup>147</sup>CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 6. ed. Coimbra: Almedina, 2002, p. 1164.

direitos e garantias tanto para efetivá-los na forma prevista, como para levar ao juízo de inconstitucionalidade superveniente de todas as normas pré-constitucionais em contradição com eles<sup>148</sup>. Além disso, evidentemente, vinculam o legislador, o executivo e os órgãos jurisdicionais à observância de seus preceitos programáticos, visando a sua realização ou concretização.

Assim, a aplicabilidade direta das normas de direitos, liberdades e garantias constitucionais significa a rejeição da idéia de que os direitos fundamentais, para terem força normativa e poderem ser exigidos, dependeriam da concretização através da teia normativa infraconstitucional. Esse pensamento parece que só encontraria eco na absurda concepção de que os direitos, liberdades e garantias declarados na Constituição seriam normas fins, indicativas apenas dos rumos e programas para o futuro. Muitos autores mantêm uma posição crítica contrária em relação às normas programáticas, ainda influenciados pelo conceito da doutrina clássica já ultrapassada, na qual esses direitos figuravam como meras exortações morais, destituídos de eficácia jurídica<sup>149</sup>. Modernamente, possuem tais normas reconhecido valor jurídico idêntico aos demais preceitos da Constituição, com cláusulas vinculativas, contribuindo para o sistema através dos princípios, dos fins e dos valores que incorporam.

Não há, entretanto, como fugir da realidade de que a Constituição é lei e, como lei positivada que é, está dotada de normatividade jurídica, inaugura a ordem jurídica fundamental do Estado, além de estabelecer os direitos e as garantias dos membros da comunidade. Essas normas se traduzem em regras e princípios de natureza e densidade diversas. Não há hierarquia entre essas normas, nenhuma prevalência entre elas é justificável. Daí porque convivem todas, harmoniosamente, no sistema que é unitário, admitindo-se tão somente a existência de colidência entre as normas-princípios o que pode ser resolvido através da ponderação. Sobre este tema discorreremos ligeiramente no tópico destinado ao estudo das diferenças entre regras e princípios, como normas jurídicas.

---

<sup>148</sup> Ibidem, p. 1165.

<sup>149</sup> BARROSO, Luis Roberto. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição brasileira**. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1996, p. 116.

Considerando ser a Constituição um sistema de regras e princípios, é regida pelo princípio da unidade hierárquico-normativa que se traduz no reconhecimento de que todas as normas, nela contidas, têm igual dignidade, leva à rejeição da tese da existência de antinomias normativas na Constituição e da tese de existência de normas constitucionais inconstitucionais, ressaltando-se, dessa forma, a sua própria positividade normativo-constitucional<sup>150</sup>.

Esse princípio da unidade, tido como princípio de decisão, é dirigido ao intérprete, em especial aos juízes e a todas as autoridades encarregadas de aplicar as normas constitucionais (regras e princípios), no sentido de que devem ler as normas, compreendê-las e aplicá-las como sendo “obra de um só autor”, exprimindo uma concepção correta do direito e da justiça (Dworkin)<sup>151</sup>.

Apesar da Constituição ser dividida em normas de diferentes configurações e significados, há igualdade hierárquica de todas as suas regras e princípios quanto à sua validade, prevalência normativa e rigidez<sup>152</sup>. Não é de se admitir qualquer hierarquia entre as normas da Constituição formal, contudo, pode-se admitir a preponderância de uma norma princípio sobre outra do mesmo tipo, ou mesmo sobre uma norma regra, valendo-se do método da ponderação ou da razoabilidade. Pode-se admitir até mesmo a prevalência de um princípio não escrito sobre uma regra positivada, tudo em exame e consideração com o caso concreto, o momento histórico da análise e os bens jurídicos, objeto da tutela posta a exame.

Todas as normas jurídicas que compõem o direito objetivo de um Estado são de caráter geral, abstrato e obrigatório. De acordo com a sua destinação, as normas jurídicas organizam o desempenho de alguma função estatal (normas de organização), ditam a conduta dos indivíduos (normas de comportamento), limitam os poderes dos governantes contra abusos (normas de direitos e garantias) ou fixam fins e tarefas a serem perseguidas (normas fins ou programáticas), mas todas elas são dotadas da característica da imperatividade.

---

<sup>150</sup>CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 6. ed. Coimbra: Almedina, 2002, p. 1169.

<sup>151</sup> CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 6. ed. Coimbra: Almedina, 2002, p. 1170.

<sup>152</sup>Ibidem.

Não é dado a ninguém se furtar da sua incidência, salvo se estiver, pela própria norma, ressalvada a sua não incidência em hipótese por ela especificada.

Essa característica da imperatividade da norma alcança todas as normas do ordenamento, embora possa haver uma graduação da intensidade da sua imperatividade. Pode-se, neste particular, falar na classificação delas em normas *cogentes* e normas *dispositivas*<sup>153</sup>, distinguindo-as, umas das outras, porque as primeiras impõem a vontade da norma aos seus destinatários, sem lhes deixar qualquer possibilidade contrária; as outras permitem a expressão da vontade dos destinatários e, somente se aplicam, se houver omissão na manifestação da vontade dos mesmos. Não há, pois, ausência de imperatividade, mas tão somente graduação da sua intensidade.

Com as normas constitucionais não ocorre nada diverso das demais normas do sistema jurídico, apenas são elas dotadas de uma posição hierárquico-normativa superior, porque se encontram no vértice do ordenamento e dão suporte de validade a toda teia normativa infra constitucional, possuindo destacada imperatividade. Está há muito superada a equivocada concepção de que essas normas eram prescrições desprovidas de sanção, simples ideário não jurídico<sup>154</sup>.

Surgiu, na jurisprudência americana e depois se desenvolveu na doutrina italiana, o entendimento de que a Constituição poderia conter dois tipos de normas: as *mandamentais* e as normas *diretórias* para o direito americano, ou como preferiu a doutrina italiana, as normas constitucionais *preceptivas* e as *diretivas*, às quais se afirmou faltar qualquer imperatividade, pois seriam meras diretrizes para o legislador futuro, sem eficácia e insuscetíveis de violação sancionável<sup>155</sup>. Hoje, já superada essa visão, não se admite mais a existência de qualquer norma constitucional (seja regra ou princípio) destituída de eficácia jurídica.

---

<sup>153</sup>BARROSO, Luis Roberto. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição brasileira**. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1996, p. 75.

<sup>154</sup>BARROSO, Luis Roberto. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição brasileira**. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1996, p. 76.

<sup>155</sup>Ibidem, p. 77.

É bom distinguir eficácia jurídica de eficácia social da norma, pois a capacidade de produzir efeito é atributo de toda norma válida e vigente, o que a faz dotada de eficácia jurídica, suscetível se ser aplicada coercitivamente pelo órgão jurisdicional. Por sua vez, a eficácia social da norma decorre do fato de ser ela observada espontaneamente pelos destinatários que a cumprem na forma concebida, incluindo-se, no rol dos destinatários, o povo de uma nação e também os seus governantes e órgãos estatais (inclusive o judicante).

Para Barroso<sup>156</sup>, o legislador constituinte muitas vezes se entrega a devaneios irrealizáveis, o que prejudica a possibilidade de efetivação da norma e contribui para a desvalorização da Constituição como documento jurídico. Nos casos de preceitos irrealizáveis, é óbvio que o intérprete e aplicador do direito fica limitado à reserva do possível, cabendo apenas colher o fruto do descrédito constitucional. Entretanto, mesmo quando irrealizável na forma prevista, sempre poderá o intérprete ou destinatário encontrar na vontade da norma constitucional, um princípio com grau mais abstrato que aponte uma direção a ser seguida ou observada, de modo a reduzir essa não efetividade.

A limitação fática da reserva do possível não pode ser uma válvula de escape, uma saída simplista para a falta de coragem na busca de soluções pelo Poder Judiciário, para dar efetividade à norma constitucional, carente de concretização legislativa. Se a função concretizadora do Poder Legislativo não foi cumprida, havendo omissão no ordenamento, a solução judicial deve ser buscada com o máximo de criatividade; para o atingimento da efetividade do comando constitucional, deve-se ampliar os efeitos práticos, inclusive, do mandado de injunção, cuja interpretação pretoriana limitada vem desmerecendo a ousadia da inovação do direito brasileiro.

Nas hipóteses em que a realização do direito é viável, mas dependente de uma regulamentação infraconstitucional, enquanto houver omissão do legislador encarregado dessa função, dispõe a Constituição vigente do moderno instrumento de garantia que visa suprir essa omissão, que é o Mandado de

---

<sup>156</sup> BARROSO, Luis Roberto. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição brasileira**. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1996, p.76-77

Injunção. O Mandado de Injunção é ação constitucional de natureza civil e de procedimento especial que objetiva viabilizar o exercício do direito, da liberdade, ou uma prerrogativa prevista na Constituição Federal, sendo um dos instrumentos de combate à falta de efetividade das normas constitucionais<sup>157</sup>.

A efetivação das normas constitucionais depende sempre dos Poderes constituídos, submetendo-se os governantes ao império da lei ou à sua imposição. Da tensão existente entre a realidade e a norma constitucional é que surgem os inevitáveis conflitos a serem solucionados por mecanismos institucionais previamente estabelecidos em um Estado de Direito. A justiça constitucional visa absorver esses confrontos e fazer também um controle da constitucionalidade de todo o sistema normativo e principiológico do direito.

Afirma Streck<sup>158</sup> que a cultura brasileira não está, ainda, alinhada ao constitucionalismo contemporâneo e que, por tal razão, a Constituição é vista apenas como lei organizatória da vida político-estatal e do ordenamento máximo dos direitos fundamentais que podem ser opostos aos poderes do Estado. A outra idéia de Constituição é a que traduz a concepção de que ela representa, não um mero enunciado de direitos fundamentais e princípios, mas uma ordem jurídica fundamental com normas objetivas de garantia dos direitos nela reconhecidos e aplicáveis aos casos concretos. O autor assevera que o surgimento de uma Justiça Constitucional estruturada e legitimada visa assegurar a força normativa dos preceitos constitucionais e que a eficácia do texto constitucional depende do tipo de Justiça Constitucional que se faz no país. Lembra, ainda, os dizeres do mestre Português Jorge Miranda, para quem o Direito Público passou por uma revolução (copernicana), da fase em que as normas constitucionais dependiam da *interpositio legislatorum* a uma fase em que as mesmas se aplicam (ou são suscetíveis de serem aplicadas) diretamente nas situações da vida.

A falta de uma consistente compreensão hermenêutica da Constituição é o maior obstáculo para a concretização das normas fundamentais, e o tema da

---

<sup>157</sup>MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2002, p. 179.

<sup>158</sup>STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002, p.31-32.

efetividade da Constituição ocupa o centro dos estudos do Direito Constitucional e alcança uma importância tal que a própria Constituição de 1988 trouxe, em seu bojo, dentre outros, os novos institutos do Mandado de Injunção e da Ação Declaratória de Inconstitucionalidade por omissão, para serem utilizados na construção de pontes, entre a superioridade dos princípios e das normas e o terreno acidentado dos fatos no dia-a-dia nacional<sup>159</sup>.

Em que pese a existência da concepção doutrinária, de alguns autores<sup>160</sup>, de que a força normativa da Constituição, no novo Estado Democrático de Direito, dispensa a teia normativa infraconstitucional, tem este trabalho em conta que nem todas as normas constitucionais são regras objetivas, daí porque cremos que a força normativa da Constituição depende de ser analisada e considerada do ponto de vista da existência de uma real força normativa dos princípios e suas possibilidades de concretização, considerando o elevado grau de abstração que pode estar contido nos mesmos. É preciso identificar, neles, em cada caso concreto, toda a possibilidade de realização.

### **1.3.2 A natureza subjetiva dos direitos e garantias fundamentais e a sua perspectiva objetiva**

O conceito de direito subjetivo, ainda não completamente pacífico na dogmática jurídica, vem do direito privado e traduz a posição jurídica na qual uma pessoa se encontra investida, em um determinado momento, em face do ordenamento jurídico. Expressa as diferentes situações jurídicas em que as pessoas se titularizam, com a possibilidade de invocarem a tutela jurisdicional para ver prevalecer o direito declarado na norma. É também entendido como o poder de ação, reconhecido no ordenamento jurídico, que enseja a tutela dos interesses da pessoa.

---

<sup>159</sup>cf. MOREIRA, José Carlos Barbosa apresentando a obra de BARROSO, Luiz Roberto. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas: Limites e possibilidades da Constituição brasileira.** Rio de Janeiro: Renovar, 1996, contra-capá.

<sup>160</sup>cf. na doutrina brasileira, especialmente, a obra de BARROSO, Luís Roberto. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas: Limites e possibilidades da Constituição brasileira.** Rio de Janeiro: Renovar, 1996.

Considera-se que uma norma é garantidora de um direito subjetivo quando o titular do direito tem, em face de seu destinatário, o “direito” a um determinado ato, e o destinatário tem o dever, perante o titular, de praticar esse ato.

O direito subjetivo, na sua versão positiva, indica que o seu titular tem o direito de exigir uma determinada prestação e o destinatário da norma tem o dever jurídico de prestá-la. O direito subjetivo “negativo” é aquele que faz nascer o direito de exigir a abstenção da prática de certos atos que contrariem os direitos do titular.

Segundo Canotilho<sup>161</sup>, o direito subjetivo, consagrado pelas normas de direito fundamental, implica uma *relação trilateral* entre o titular, o destinatário e o objeto do direito. Uma norma consagradora de um direito subjetivo fundamental titulariza tanto o indivíduo em face do Estado (como destinatário do dever jurídico de concretização daquele direito), quanto pode titularizá-lo perante outros indivíduos, que têm o dever de observância da norma fundamental, e devem, portanto, se abster da prática de quaisquer atos (omissivos ou ativos) que atentem contra tais direitos individuais.

Por sua vez, uma norma vincula um sujeito em termos objetivos quando fundamenta deveres que não estão em relação com qualquer titular concreto.

Considerando que as normas constitucionais, na sua divisão clássica, têm a função de: organizar o Estado, atribuir funções e limitar competências (normas organizatórias); conferir direitos e garantias (normas definidoras de direitos); ou fixar fins e programas para o futuro (normas programáticas), todas envolvem uma relação de direito do titular em face do Estado e um dever do Estado de observar a limitação, o direito ou a garantia definidos em favor dos indivíduos, bem como de observar os fins e os programas traçados pelo legislador constituinte. Assim, as normas constitucionais consagram sempre um dever objetivo do Estado em face dos cidadãos, pois o vincula ao dever jurídico de observar as normas fundamentais da nação e, neste sentido, se diz que são elas *normas de direitos fundamentais objetivos*<sup>162</sup>.

---

<sup>161</sup>CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 6. ed. Coimbra: Almedina, 2002, p. 1240.

<sup>162</sup> *Ibidem*, p. 1.240.

A utilização do vocábulo “direito”, em diversas acepções, por vezes, leva à confusão na conceituação do direito subjetivo. Direito, sob o ângulo subjetivo, significa uma posição jurídica indicadora da possibilidade que a pessoa tem de exigir certa prestação, comportamento ou abstenção, invocando para tanto o Poder Judiciário. Esse, por sua vez, não pode negar a tutela sob o fundamento de ser o direito invocado “não exigível”. Segundo Barroso<sup>163</sup>, juridicamente, isso não existe. Não pode o Estado afirmar a não imperatividade da norma.

A referência aos direitos fundamentais como direitos subjetivos faz transparecer a idéia de que ao titular de um direito fundamental é aberta a possibilidade de impor judicialmente seus interesses juridicamente tutelados perante o destinatário (obrigado). Abre-se para o titular do direito fundamental um leque de possibilidades, que se encontram condicionadas à conformação concreta da norma que o consagra, ressaltando-se que há diversos graus de exigibilidade dos direitos individualmente considerados, que variam desde os clássicos direitos de liberdade e suas respectivas garantias até os direitos a prestações sociais materiais que podem ser dirigidos contra diferentes destinatários.

Pode ocorrer, entretanto, a existência de normas constitucionais consagradoras de um dever objetivo do Estado, do tipo norma-fim ou programática, ainda carente de regulamentação, que não garanta um direito subjetivo correspondente ao titular, na sua totalidade. Ocorre que, em que pese a defesa dos que argumentam a não correspondência de um direito subjetivo para as normas programáticas, pode-se vislumbrar, claramente, a perspectiva subjetiva nelas, pelo menos porque fazem nascer, para os indivíduos sujeitos àquela ordem jurídica, o direito subjetivo de obterem a regulamentação infraconstitucional omitida para a concretização do direito, e também o direito subjetivo de obterem a declaração de inconstitucionalidade, de todos os atos jurídicos contrários aos fins estabelecidos na norma (controle difuso de constitucionalidade), além de justificar as ações constitucionais de Mandado de Injunção e declaratória de

---

<sup>163</sup>BARROSO, Luis Roberto. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas: Limites e possibilidades da Constituição brasileira**. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1996, p. 111.

inconstitucionalidade por omissão. Não há como se negar, diante disso, a perspectiva subjetiva também das normas programáticas.

Poder-se-ia falar na ausência de uma dimensão subjetiva para as normas constitucionais organizatórias dos Poderes estatais, mas também, no caso delas, conjecturar que, uma vez descumpridas, por exemplo, qualquer das regras de competência ou atribuição constitucional (caso de invasão de atribuição), surge, para o ente prejudicado e também para os cidadãos, o direito subjetivo de exigir o restabelecimento da ordem constitucional ditada pelo constituinte e a observância dos limites e competências estatais. A mera possibilidade de se suscitar, judicialmente, o controle da constitucionalidade de um ato normativo qualquer já evidencia esta faceta subjetiva, inerente a todas as normas constitucionais, como direito objetivo<sup>164</sup>.

Ao centrarmos nosso foco da análise, ainda que de forma superficial, nos direitos fundamentais constitucionais, destacamos que uma importante função atribuída aos direitos fundamentais é o reconhecimento dos deveres de proteção do Estado, já que cabe a este zelar, inclusive preventivamente, pela proteção dos direitos fundamentais dos indivíduos, não só contra os poderes públicos, mas também contra agressões provindas de particulares.

Este dever do Estado implica a obrigação de adoção de medidas positivas das mais diversas natureza (proibições, autorizações, medidas legislativas de natureza penal etc.), com o objetivo específico e precípuo de proteger, de forma efetiva, os direitos fundamentais. Essa é a principal dimensão objetiva dos direitos fundamentais. Assim, a doutrina moderna constata que os direitos fundamentais revelam dupla perspectiva, já que tanto podem ser considerados como direitos subjetivos individuais quanto elementos objetivos fundamentais da comunidade<sup>165</sup>.

---

<sup>164</sup>SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 4. ed. rev. atual. ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, p. 164.

<sup>165</sup>Ibidem, p. 150.

Essa perspectiva ou dimensão objetiva dos direitos fundamentais confere a eles um reforço de juridicidade (uma força jurídica reforçada), reconhecendo-se deveres de proteção do Estado aos direitos fundamentais e à sua efetivação<sup>166</sup>.

Como implicação da perspectiva objetiva dos direitos fundamentais, reconhece-se a incorporação de valores e fins, respectivamente contidos nas declarações de direitos, que a comunidade deve respeitar. Esses direitos fundamentais (mesmo os clássicos direitos de defesa e garantias) têm, portanto, a sua eficácia valorada, e à comunidade cabe o dever jurídico de concretizá-los<sup>167</sup>.

Afirma-se, então, que os direitos fundamentais, na qualidade de normas que incorporam valores e decisões essenciais para a comunidade, as quais caracterizam a sua fundamentalidade, contém uma ordem dirigida ao Estado, no sentido de que a este cabe a obrigação permanente de concretização e realização dos direitos fundamentais, de forma genérica, sem afastar as normas (regras e princípios) específicas e de cunho impositivo que impõem a concretização de determinadas tarefas, fins e/ou programas. É o que se denomina “eficácia dirigente”, como desdobramento da perspectiva objetiva valorativa dos direitos fundamentais.

Identifica-se também o desdobramento de uma força jurídica objetiva autônoma dos direitos fundamentais, a que a doutrina alemã denominou de “eficácia irradiante” (*Ausstrahlungswirkung*) dos direitos fundamentais, reconhecendo que, como direito objetivo, fornecem impulsos e diretrizes para a aplicação e interpretação do direito infraconstitucional, apontando para a necessidade de uma interpretação conforme os direitos fundamentais, o que pode ser considerado como uma modalidade da técnica de hermenêutica de interpretação conforme a Constituição<sup>168</sup>.

Neste contexto do reconhecimento da dupla perspectiva (subjéctiva e objectiva) dos direitos fundamentais e da possibilidade de uma subjéctivação das diversas

---

<sup>166</sup>Ibidem, p. 153.

<sup>167</sup>Ibidem, p. 155.

<sup>168</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 4. ed. rev. atual. ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, p. 156-157.

funções objetivas das normas de direitos fundamentais, situa-se a questão da relação entre elas, sustentando a doutrina a prevalência da perspectiva subjetiva dos direitos fundamentais. Baseia-se em dois fortes argumentos defendidos por Alexy<sup>169</sup>, quais sejam: 1) a finalidade precípua dos direitos fundamentais (mesmo os de cunho coletivo), que reside na proteção do indivíduo e não da coletividade, sendo a perspectiva objetiva apenas um reforço da proteção jurídica dos direitos subjetivos; 2) o argumento, que designa de “argumento de otimização”, que significa o efeito do caráter principiológico dos direitos fundamentais, em que se destaca o fato de o reconhecimento de um direito subjetivo significar a possibilidade de um maior grau de realização, do que a previsão de obrigações de cunho meramente objetivo.

Ressalte-se também que a reconhecida existência da titularização dos direitos fundamentais subjetivos, por certos grupos ou entes coletivos, gravitam também em torno da proteção do ser humano, considerado em sua individualidade. Segundo Canotilho, os direitos fundamentais são, em primeira linha, direitos individuais e encontram-se constitucionalmente protegidos como direitos individuais, daí porque a sua proteção deve se dar sob a forma de direito subjetivo<sup>170</sup>.

Assim, os direitos fundamentais vinculam o Estado, em termos objetivos, quanto à sua observância e, ao mesmo tempo, titularizam o indivíduo, tanto em face do Estado, como em face de outros indivíduos, a exigir a prática ou a abstenção de ato que atente contra os direitos individuais fundamentais. Tais direitos, nesta ótica, são considerados de natureza subjetiva e apresentam, ao mesmo tempo, uma perspectiva objetiva, na medida em que impõem ao Estado o dever de zelar pela proteção e concretização dos direitos fundamentais.

Encontrando, pois, positivada, na própria constituição, a regra que consagra a aplicabilidade imediata das normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais, acreditamos que devem ter os operadores do direito uma atuação mais corajosa, de modo a reconhecer que ao Poder Judiciário, como intérprete da

---

<sup>169</sup>ALEXY, Robert apud SARLET. *Ibidem*, p. 164-165.

<sup>170</sup>SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 4. ed. rev. atual. ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, p. 165.

Constituição, cabe um papel mais corajoso na tutela dos direitos fundamentais, buscando sempre um meio de concretizá-los, na medida máxima de suas possibilidades, à vista de cada caso concreto.

Neste trabalho, já podemos afirmar que, no novo Estado de Direito Constitucional, há uma indiscutível supremacia da Constituição no ordenamento jurídico e, consensualmente, os juristas entendem que o fortalecimento do Estado de Direito depende de que se extraia das Cartas Magnas a sua máxima força normativa, rejeitando-se a idéia de que possam ser as Constituições escritas apenas “folhas de papel”, vencidas pelas forças reais de poder.

Se a força normativa da Constituição depende da vontade dos agentes de poder, encarregados da concretização de suas normas, merece destaque o papel do Poder Judiciário nesse mister, pois, na estruturação do Estado e distribuição das competências, coube-lhe a função jurisdicional, e é na aplicação do direito que se pode realizar a Justiça Constitucional, capaz de implementar a força normativa da Constituição.

É por meio do processo judicial de solução de conflitos que o Poder Judiciário exerce a sua função jurisdicional. Por isso, a elaboração deste estudo teórico, de natureza reflexiva, desemboca agora nos princípios constitucionais do processo e no tema do acesso à justiça e da eficácia da tutela jurisdicional, com o objetivo de demonstrar que, sendo um direito fundamental de origem constitucional, o acesso à justiça, na sua amplitude de compreensão, importa no direito não só de acesso à jurisdição, mas de acesso a um processo justo (no aspecto processual e substancial/material) e goza do *status* de direito absoluto e de eficácia imediata, vinculando os Poderes do Estado ao seu reconhecimento e efetivação, independentemente da existência de previsão de outras normas regulamentadoras para a sua aplicação.

Exposta a aptidão das normas constitucionais para produção de efeitos jurídicos, através dos atos de Poder ou, em última análise, por força das decisões judiciais, nos ocuparemos, doravante, da tarefa de demonstrar que a Constituição traz em

si o reconhecimento do direito fundamental de acesso à justiça e, explícita ou implicitamente, consagra os princípios que informam o “*due process of law*”.

A par disso, identificamos que o acesso à justiça se traduz em norma-princípio e não em regra, razão pela qual seu comando de *dever-ser* é um mandado de otimização. Cabe aos operadores do direito dele extrair o máximo efeito e a máxima normatividade possível, superando, o quanto possível, os obstáculos interpostos entre o acesso formal ao organismo judiciário e a plena realização do direito declarado na sentença, que se traduz na eficácia da própria jurisdição. A melhor forma de superação, ao nosso ver, é a identificação dos obstáculos e a exata compreensão de seu alcance na essência do que se persegue. É disso que nos ocuparemos nos próximos capítulos.

## **2 O PROCESSO COMO INSTRUMENTO DA ATUAÇÃO JURISDICIONAL E SEUS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS**

O direito processual tem passado por profundas mudanças de paradigma nos últimos tempos. Busca se aproximar mais de sua precípua função instrumental na aplicação do direito material para a solução dos conflitos de interesse, com vistas à pacificação das lides, ou seja, à pacificação dos conflitos de interesses qualificados por uma pretensão resistida e submetidos ao exame do Poder Judiciário.

Essas mudanças têm sido ressaltadas pelos processualistas e parecem resultar de uma aproximação do direito processual com o direito constitucional, o que se deu nas últimas décadas. Ressalta Abelha Rodrigues<sup>171</sup> que muitos juristas estrangeiros, e outros tantos processualistas, no Brasil, têm se dedicado a um estudo simbiótico do processo com a Constituição, o que “tem feito muito bem ao processo civil”.

---

<sup>171</sup>RODRIGUES, Marcelo Abelha. **Elementos de direito processual civil**. v. 1. 3.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 75.

Há, no atual Estado de Direito Democrático vivenciado pelo Brasil, uma tendência dos juristas de elevar o Direito Constitucional ao seu verdadeiro e meritório lugar, que é o de base fundamental (norma fundamental) do direito do país, já que o intérprete de qualquer norma jurídica deve buscar a sua aplicação ao caso concreto, tendo, como pressuposto, a sua conformidade com a Constituição Federal. Assim, se estiver em desacordo com a norma fundamental, não poderá ser a norma jurídica aplicada, seja pela ocorrência da inconstitucionalidade, caso tenha sido elaborada após a vigência da Carta Magna, seja pela ocorrência da não recepção, caso tenha sido elaborada em data anterior à vigência da Carta Magna.

O Direito Processual Civil, como ramo do direito público, é regido por normas que estão colocadas no corpo da Constituição Federal e por legislação infra-constitucional, existindo também, na Constituição, previsão de diversos institutos processuais que são conhecidos como “instrumentos” ou “garantias de direitos fundamentais”.

A partir dessa aproximação entre o processo e a Constituição é que se desenvolveu a utilização das expressões “Direito Processual Constitucional” e “Direito Constitucional Processual”, o que não significa o surgimento de ciência nova, mas uma simples divisão didática dos temas afetos ao direito processual e ao direito constitucional. Assim, o “Direito Processual Constitucional”<sup>172</sup> é a parte do direito que cuida da jurisdição constitucional, aí compreendido o controle judiciário da constitucionalidade das leis e dos atos da Administração Pública e das garantias constitucionais que tutelam as liberdades públicas, tais como Habeas Corpus, Mandado de Segurança, Habeas Data, Ação de Preceito Fundamental, Mandado de Injunção e Ações diretas de Constitucionalidade e de Inconstitucionalidade de leis.

Por sua vez, o “Direito Constitucional Processual” abrange a parte do direito referente às normas de Direito Processual que se encontram na Constituição

---

<sup>172</sup>NERY JÚNIOR, Nelson. **Princípios do processo civil na Constituição Federal**. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 26.

Federal, ou seja, abrange a sistematização dos princípios constitucionais do processo em geral<sup>173</sup>. Na perspectiva que nos interessa, compreende o Direito Constitucional Processual Civil, que abrange o “conjunto de normas constitucionais, processualmente relevantes, para o julgamento das chamadas causas cíveis ou civis”<sup>174</sup>

Neste trabalho, interessa-nos o estudo desses princípios do processo em geral, que se encontram insculpidos na Carta Constitucional e que compõem o Direito Constitucional Processual, porque eles se revelam como princípios norteadores da atividade jurisdicional, cuja atuação efetiva e eficaz procuramos demonstrar ser essencial para a concretização de um direito fundamental dos mais relevantes, qual seja o acesso à justiça ou o acesso ao processo justo.

## 2.1 PROCESSO, PROCEDIMENTO E JURISDIÇÃO

As palavras *processo* e *procedimento* derivam, ambas, do latim *procedere* que significa ir adiante, andar para frente, prosseguir, embora na linguagem jurídica tenham significado diverso. A doutrina procurou distinguir os termos, inicialmente, pelo critério teleológico, assentando que processo é o conjunto de atos que se realizam para a composição do litígio e que procedimento é apenas o modo e a forma como esses atos se sucedem.

A importância dessa distinção para a Teoria Geral do Processo, na prática, se presta a nos dar compreensão sobre os tipos de processo e os tipos de procedimento que movimentarão o processo e, também, para identificação da competência legislativa sobre as matérias de processo e de procedimento, tendo em vista a atribuição diversa que confere a Constituição Federal,

---

<sup>173</sup> Os conceitos de Direito Processual Constitucional e Direito Constitucional Processual são inversamente contrários na obra de Marcelo Abelha Rodrigues (**Elementos de direito processual civil**. Vol. 1. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 76 ), embora no texto o mesmo se refira ao tema desenvolvido por Nelson Nery Junior, como fundamento de sua afirmação.

<sup>174</sup>CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito Constitucional e teoria da constituição**. 6. ed. Coimbra: Almedina, 2002, p. 958.

respectivamente, à União e aos Estados e Distrito Federal para legislar sobre tais matérias (art. 22, I e art. 24, XI)<sup>175</sup>.

Afirmando ser o processo, sempre, sinônimo de uma relação jurídica processual em movimento, envolvendo sujeitos e litígio voltados para um fim comum e ser o procedimento, sempre, a maneira pela qual essa relação jurídica processual (processo) caminhará para a sua finalidade, que é a prestação jurisdicional, Marcelo Abelha sugere que não há mais como dissociar processo de procedimento porque este último integra a essência daquele. E conclui que não existe processo estático e nem existe procedimento sem uma relação jurídica processual<sup>176</sup>.

Para Cheim Jorge,

processo é um fenômeno complexo, formado, em seu aspecto substancial, pela relação jurídica processual, e, em seu aspecto formal, pelo procedimento. Resulta, pois, da união da substância com a forma. O procedimento, por sua vez, é o meio extrínco, através do qual o processo se instaura, se desenvolve e se extingue. O processo se manifesta através do procedimento<sup>177</sup>.

A atividade jurisdicional do Poder Judiciário é identificada por Mendes Junior<sup>178</sup> como um poder político, uma força derivada da soberania nacional, com a função específica e final de declarar o direito aplicável aos fatos, o que se faz por intermédio dos juízes e seus auxiliares. A operação, mediante a qual o Judiciário realiza o direito, é o processo, então compreendido como uma série de atos sucessivos das partes, dos juízes e de seus auxiliares, que têm por objetivo formular pretensões dos litigantes, instruir o tribunal, permitindo-lhe um pronunciamento com conhecimento de causa.

Desenvolvendo as suas idéias com base na leitura do *Direito Judiciário*, de Mendes Junior, o autor Figueiredo Ferraz afirma que

---

<sup>175</sup>RODRIGUES, Marcelo Abelha. **Elementos de direito processual civil**. v.. II. 2. ed. São Paulo: RT, 2000, p. 27-28.

<sup>176</sup>Ibidem, p. 27.

<sup>177</sup>JORGE, Flávio Cheim. **Apelação cível: teoria geral e admissibilidade**. São Paulo: RT, 1999, p. 88.(Coleção Recursos no Processo Civil, v. 7).

<sup>178</sup> MENDES JUNIOR, João apud FERRAZ, Manoel Carlos de Figueiredo. **Noção ontológica do processo**. São Paulo: Saraiva, 1936, p. 88.

...a ação judiciária, tanto no cível como no crime, é constituída de actos processuaes, e estes são meios em relação ao fim, que é a reintegração ou a reparação do direito desconhecido ou violado, sancionado pelo poder publico mediante a coacção ou a pena. Os actos processuaes, dispostos na ordem conveniente, são partes ou movimentos particulares de um movimento geral continuado successivo<sup>179</sup>.

Assim, transmite o autor o conceito, bastante assente doutrinariamente, de que processo “é um movimento constante para diante” dos atos da ação em juízo, visando a um fim específico e coincidente com o termo do processo (final do movimento) que repousa na segurança jurídica e na obtenção da paz. Para aquele autor, em conformidade com os argumentos de Mendes Junior, base de sua obra, ontologicamente, processo é movimento, e a ordem social que decorre do império da função estatal do Poder Judiciário é que transmite paz e segurança jurídica, traduzindo as verdadeiras relações de justiça<sup>180</sup>.

Essa visão isolada do processo, com finalidade exclusiva de trazer segurança jurídica e paz social, expressa a clara idéia dos que acreditam que o exercício da jurisdição se destina à pacificação dos conflitos de interesses submetidos ao exame do Poder Judiciário, sem qualquer incursão na mais relevante questão que envolve a atuação jurisdicional dos dias atuais, qual seja a da pacificação dos conflitos com justiça, através do desenvolvimento de um processo justo ou, em outras palavras, através da justa composição dos litígios.

A expressão “justiça”, entretanto, pode encerrar múltiplos e complexos sentidos que os aplicadores do direito, na atualidade, não querem e nem podem mais olvidar, pois as bases do Estado de Direito Constitucional se assentam não mais numa simples ordem legal pré-estabelecida, mas precipuamente numa ordem legal informada por princípios fundamentais de realização da dignidade e da liberdade do homem. Por isso voltaremos à noção de justiça e de direito em outro capítulo adiante, para melhor entendimento do que seja, de fato, a realização de um processo justo.

Assim, o processo, ainda visto como movimento, é, para Abelha Rodrigues, o único meio idôneo que deve ligar duas extremidades: a jurisdição e a ação,

---

<sup>179</sup> Ibidem, p. 107

<sup>180</sup>GONÇALVES, William Couto. **Garantismo, finalismo e segurança jurídica no processo judicial de solução de conflitos**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p.12.

permitindo o exercício efetivo do direito de ação e, pelo lado do Juiz, o julgamento da lide<sup>181</sup>. Desenvolve-se, então, o conceito da instrumentalidade do processo, ou seja, o de que o mesmo é um instrumento para a realização do direito pelo órgão jurisdicional. É, portanto, um meio e não um fim. É instrumento de atuação da função exclusiva do Estado de dizer o direito e é também absolutamente necessário ao exercício da jurisdição.

Pode-se, pois, distinguir processo e procedimento, afirmando-se que “processo” é um dado substancial, que se consubstancia na relação jurídica de direito público na qual as partes buscam a solução de direito para os conflitos de interesses. É mero instrumento de atuação da jurisdição. Por sua vez, “procedimento” é o mecanismo pelo qual se desenvolvem os processos diante da jurisdição, no que tange à sua forma, ao tempo de sua realização e ao lugar em que deve se realizar.

Gonçalves<sup>182</sup> conclui de forma diferente, a sua pesquisa sobre a ontologia do processo, afirmando que, visto e analisado em momentos diversos, o processo é, no primeiro momento, uma mera “situação jurídica abstrata acumpliciada com o dever de garantia e o dever de segurança jurídica do Estado frente ao cidadão”; no segundo momento, no plano da faticidade, transfere-se da situação abstrata à situação concreta “historicamente formada”, possibilitando, através da ação e dos movimentos do processo, a atuação do Estado no seu dever de restabelecer a ordem, a paz individual e social e a segurança jurídica, exercitando, assim, a jurisdição.

Afirma, ainda, destacando a função garantística do processo que:

O processo é, atento ao estudo da natureza das coisas e das causas, e visto os fins do Estado, instrumento de garantia que se faz através de atos em movimento, sem óbice que se dê sua paralisação sem deixar de ser processo. E o que o processo garante ao cidadão é a jurisdição que ele operacionaliza. ... ( ) Então, ontologicamente, processo é situação jurídica complexa, plurisubjetiva, com sujeitos de posições jurídicas

---

<sup>181</sup>RODRIGUES, Marcelo Abelha. **Elementos de direito processual civil**. v. II. 2.ed. São Paulo: RT, 2000, p. 231.

<sup>182</sup>GONÇALVES, Willian Couto. **Uma introdução à filosofia do direito processual**: estudos sobre a jurisdição e o processo fundamentando uma compreensão histórica, ontológica e teleológica. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 147-172.

definidas, de natureza essencialmente garantística que, materializando e restringindo a jurisdição por seus atos documentados, a faz efetiva com o fim determinado de fazê-la eficaz.<sup>183</sup>

A jurisdição, por sua vez, é função, poder e dever do Estado, e somente se realiza através do processo, e à qual o processo serve como mero instrumento de sua atuação. Não há, pois, como a jurisdição se materializar, no mundo dos fatos, sem o processo e este, por sua vez, sem a jurisdição, que lhe dá alma, é um nada jurídico já que se presta à finalidade de garantir o exercício daquela função, poder e dever do Estado. A jurisdição, nesse contexto, é, então, identificada pelo autor como a essência do processo e, considerando que a tarefa básica da ontologia é a determinação daquilo no qual os entes consistem, no seu significado de estudo ou conhecimento do ser, afirma afinal que nela (na jurisdição) reside a ontologia do processo<sup>184</sup>.

A noção de jurisdição se desenvolveu com o surgimento da justiça pública, como uma função estatal exclusiva e regida por regramentos próprios da ciência processual. Ultrapassada a fase primitiva da sociedade, em que vigorava o exercício da justiça privada com suas desastrosas conseqüências, a necessidade de ordem e de segurança impulsiona o homem, que passa a almejar uma harmonização dos conflitos através da atuação de uma justiça, que, embora privada, era regulamentada por regras traçadas pelo poder público. Surge daí, a justiça privada transitória que viria a ser sucedida, após muitos avanços, por um sistema público de justiça, no qual se exprimia a autoridade do Estado através do julgamento (sentença). Veio a se tornar público o processo civil romano no período da *extraordinária cognitio* (de 209 d.C. Até 468 d.C) e, depois, também com a jurisdição estatal da *cognitio extra ordinem*. O desenvolvimento da justiça pública foi interrompido, entretanto, pelo retrocesso das invasões bárbaras (século das trevas = período do feudalismo), quando se atrofiaram os institutos jurídicos e foram valorizados os duelos como solução de conflitos, os juramentos e a lei de talião, havendo grande crescimento do poder clerical<sup>185</sup>.

---

<sup>183</sup> Ibidem, p. 171.

<sup>184</sup> GONÇALVES, Willian Couto. **Uma introdução à filosofia do direito processual**: estudos sobre a jurisdição e o processo fundamentando uma compreensão histórica, ontológica e teleológica. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 150-172.

<sup>185</sup> RODRIGUES, Marcelo Abelha. **Elementos de direito processual civil**. v. II. 2. ed. São Paulo: RT, 2000, p. 81-82

Sem pretensão de historiar a evolução do Direito Processual Civil, apenas nos referimos à passagem do sistema da Justiça Privada para a Justiça Pública, no período Romano, onde se inaugura um modelo de processo que passou por grandes e significativas evoluções nos períodos Romano-Barbárico, Judicialista, Prático e Procedimentalista. A partir do ano de 1868, é que se inaugura o Período Processualista Científico, passando a existir um conhecimento organizado dos fenômenos processuais e surgindo uma verdadeira ciência do processo civil.

Essa fase científica do Direito Processual civil se iniciou com a famosa obra de Oskar Von Bülow, em 1868<sup>186</sup>, na qual apresentou o autor uma sistematização de idéias em torno da relação jurídica processual, atribuindo-lhe método próprio (distinto do direito privado) e objeto próprio. A partir de então, floresceram reflexões e obras científicas em todo o mundo, especialmente na Alemanha, Áustria e Itália, em torno dos conceitos fundamentais da ciência processual, como os de ação, as condições da ação e os pressupostos processuais, formulando-se os princípios dessa ciência. Vieram as codificações, o BGB (*Bürgerliches Gesetzbuch*) e o ZPO (*Zivilprozessordnung*), importantes referências no estudo do Direito Processual. Na segunda fase desse período, os processualistas se aperceberam de que o processo não é um modo de exercício dos direitos, colocado no mesmo plano dos demais modos indicados pelo direito privado, mas é apenas um instrumento para se obter do Estado a tutela jurisdicional. Visualizaram que o objeto das normas de direito processual não são os bens da vida que o direito privado rege, mas, os fenômenos próprios do desenvolvimento do processo, quais sejam: a jurisdição, a ação, o processo e o procedimento.

Inaugurou-se, a partir dessa constatação, uma nova fase no estudo da ciência processual, identificada como sendo a fase instrumentalista ou o período teleológico, embora haja quem sustente o entendimento de que não se atingiu o

---

<sup>186</sup>Obra clássica, com tradução argentina para a lingua espanhola: **La teoría de las excepciones procesales y los presupuestos procesales**. Traduzido por LICHTSCHEIN, Miguel Angel Rosas. Buenos Aires, 1964.

final do período científico do processo, já que os regramentos processuais não foram plenamente estudados, havendo muito, ainda, por conhecer<sup>187</sup>.

## 2.2 O PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DO DEVIDO PROCESSO LEGAL

Neste ponto, volvemos a nossa atenção para o estágio de desenvolvimento da ciência processual e constatamos que os princípios fundamentais que regem o exercício do direito de ação e o exercício da jurisdição estão insculpidos na Carta Magna. São normas, formalmente de ordem constitucional, que se colocam com valor de superioridade no ordenamento jurídico, posto que admitimos viver sob um Estado Constitucional de Direito, no qual o ordenamento jurídico é composto por um entrelaçado de normas jurídicas dispostas em estrutura piramidal, onde cada norma encontra o seu fundamento de validade nas normas superiores, estando no topo delas as normas constitucionais. Por sua vez, a Constituição Federal é fruto da vontade soberana da nação e encontra nessa soberania o seu fundamento de validade, próprio do estado democrático de direito.

Essas normas constitucionais representam uma estrutura principiológica a ser observada pela ciência processual, pelo fato de terem sido inseridas no corpo da Constituição, já que, como vimos, a simples inserção de uma norma na Constituição, ainda que não se trate de norma materialmente constitucional, destaca a sua importância e lhe dá superioridade hierárquica no sistema normativo.

O direito processual, como ciência autônoma que é, está informado por princípios que expressam valores e diretrizes que interpenetram todo o sistema processual, os quais indicam aos operadores do direito o caminho a seguir e norteiam o trabalho de interpretação e aplicação das normas processuais, possibilitando o suprimento de lacunas e a proporcionalização das normas em colidência. Esses princípios, emanados da Carta Constitucional, são considerados específicos da ciência processual porque direcionados, em particular, para o Direito Processual.

---

<sup>187</sup>GONÇALVES, Willian Couto. **Uma introdução à filosofia do direito processual**: estudos sobre a jurisdição e o processo fundamentando uma compreensão histórica, ontológica e teleológica. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 76.

Relembramos, assim, aquela divisão das normas- princípio, apresentada por Canotilho, em “princípios estruturantes” (referentes à estrutura do Estado Democrático de Direito), “princípios gerais” (referentes às garantias individuais e coletivas de direitos fundamentais) e “específicos” (direcionados a determinada ciência, em particular).

Assim, os princípios constitucionais do processo são os específicos da ciência processual, enraizados na Constituição, com forte carga axiológica. Deles derivam-se também os sub-princípios processuais, expressos na teia infraconstitucional, bem como aqueles princípios não escritos e que igualmente são capazes de informar a ciência processual.

Conforme salientamos anteriormente no capítulo próprio, é de grande importância o estabelecimento dos princípios na formação de uma ciência, pois somente se considera ciência aquele ramo de estudo que é informado por princípios e o Direito Processual, como qualquer outra ciência, está estruturado sobre princípios que servem para uma segura orientação e interpretação dos seus institutos.

Por sua definição, o vocábulo, de origem latina – *principiu* – refere-se a “proposições diretoras de uma ciência, às quais todo o desenvolvimento posterior desta ciência deve ser subordinado”<sup>188</sup>.

Na ciência jurídica, os princípios fornecem verdadeiros programas de ação para o legislador e para o intérprete, pois são pautas genéricas, não aplicáveis à maneira do “tudo ou nada”, conforme ressaltado por Dworkin, cujo pensamento expusemos na primeira parte deste estudo. Ou, ainda, conforme ressalta Abelha Rodrigues<sup>189</sup>, os princípios nada mais são do que normas orientadoras de um sistema jurídico, de forma que tanto podem estar expressamente previstos ou nelas embutidos e assim, direta ou indiretamente, norteiam o sistema. Admite Nery Junior que um princípio não precisa estar previsto expressamente em

---

<sup>188</sup>HOLANDA, Aurélio Buarque de. **Novo dicionário Aurélio da língua portuguesa**. 2 ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, p.1393.

<sup>189</sup>RODRIGUES, Marcelo Abelha. **Elementos de direito processual civil**. v.1. São Paulo: RT, 2000, p. 95.

normas legais, para que se lhes reconheça validade e eficácia, porque muitas vezes decorrem do próprio sistema jurídico<sup>190</sup>

Definido o conceito de princípio da ciência jurídica como o mandamento nuclear do sistema, alicerce fundamental que se irradia sobre as normas, compondo-lhes o espírito e servindo de critério para a sua exata compreensão e inteligência, exatamente porque define a lógica e a racionalidade do sistema normativo, fica ressaltada a grande relevância do estudo dos princípios da ciência processual na abordagem do tema do acesso à justiça, já que é forçoso reconhecer que assiste razão a Bandeira de Mello na sua afirmativa de que a ofensa a qualquer dos princípios estabelecidos abate as vigas que sustentam o arcabouço lógico do sistema e toda a estrutura da ciência que nele se apoia<sup>191</sup>.

Após a obra de Von Bülow, a ciência processual, assim considerada, passou a ser informada por seus próprios princípios (específicos), assentados doutrinariamente como sendo princípios informativos e princípios fundamentais. Os primeiros, identificados como: lógicos, jurídicos, políticos e econômicos, não sofrem influência ideológica, são puramente técnicos e universais, por isso dispensam demonstrações, conforme leciona Abelha Rodrigues<sup>192</sup>. E continua, ressaltando a importância dos princípios fundamentais do processo civil que são diretrizes e trazem em si carga ideológica significativa e, por isso, se diferenciam dos princípios informativos.

Os princípios fundamentais do processo civil estão de alguma forma ligados aos princípios fundamentais constitucionais, pois estes se projetam sobre todo o sistema jurídico e influenciam enormemente a principiologia de todos os ramos do direito, tanto que hoje se fala largamente na constitucionalização de todos os ramos do direito, como o direito civil constitucional, o direito processual constitucional, havendo também o direito constitucional processual, objeto deste nosso enfoque.

---

<sup>190</sup>NERY JUNIOR, Nelson apud RODRIGUES, Marcelo Abelha. *Ibidem*, p. 97.

<sup>191</sup>MELLO, Celso Antonio Bandeira de *apud* RODRIGUES, Marcelo Abelha. *Ibidem*, p. 96.

<sup>192</sup>RODRIGUES, Marcelo Abelha. **Elementos de direito processual civil**. v. 1. São Paulo: RT, 2000, p. 97.

Os mais importantes princípios processuais encontram-se inseridos e consagrados na Constituição Federal e deles ressalta, como o mais importante, a máxima do “devido processo legal”, que é a fonte mediata e imediata dos princípios judiciais processuais existentes dentro do sistema jurídico<sup>193</sup>.

Oriundo da expressão inglesa *due process of law*, o devido processo legal é o mais importante e fundamental dos princípios do processo civil, sendo, propriamente, a base sobre a qual todos os demais princípios se assentam ou do qual todos os demais derivam, como se fossem sub-princípios daquele.

Para muitos autores, bastaria o constituinte ter adotado o princípio do *due process of law*, que dele se derivariam todos os sub-princípios necessários para garantir às partes o desenvolvimento de um processo justo, até a prolação de uma sentença justa. Nery chega a afirmar que o *due process of law* é o gênero do qual todos os demais princípios constitucionais do processo são espécie<sup>194</sup>.

Historia Nery<sup>195</sup>, narrando que foi a Magna Charta de João Sem Terra, do ano de 1215, o primeiro ordenamento jurídico que fez menção a esse princípio, referindo-se à *law of the land*, sem mencionar a locução do devido processo legal. Na Inglaterra, a expressão *due process of law* foi utilizada, pela primeira vez, em lei do ano de 1354, baixada no reinado de Eduardo III, denominada *Statute Westminter of the Liberties of London*. Afirma, ainda, que antes da Constituição Americana de 1789, alguns Estados Americanos já consagravam, em suas Constituições, a garantia do *due process of law*, repetindo a previsão da Magna Charta e da Lei de Eduardo III.

No seu sentido genérico, o princípio do *due process of law* é o direito que o cidadão tem de tutelar os bens da vida, liberdade e propriedade, e tudo que diga respeito a tais bens está sob a proteção do devido processo legal. Assim é que, na Constituição Brasileira de 1988, tal princípio está consagrado no inciso LIV do

---

<sup>193</sup> Ibidem. p. 98.

<sup>194</sup> NERY JUNIOR, Nelson . **Princípios do processo civil na constituição federal**. 8.ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: RT, 2004 – (Coleção de Estudos de direito de processo Enrico Tullio Liebman), p. 60.

<sup>195</sup> NERY JUNIOR, Nelson . **Princípios do processo civil na constituição federal**. 8.ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: RT, 2004 – (Coleção de Estudos de direito de processo Enrico Tullio Liebman), p. 61.

Art. 5º. e estabelece que: “Ninguém será privado da liberdade ou de seus bens, sem o devido processo legal”.

Para Alexandre Câmara<sup>196</sup>, na análise do aspecto processual, encontra-se ínsito neste grande princípio, a garantia do acesso à justiça, não apenas o acesso formal, mas o efetivo. Se somente através de uma sentença justa, observado um processo justo, se pode cogitar da afetação de bens da vida, da liberdade e do patrimônio do indivíduo, então há que se garantir aos indivíduos também o acesso à “ordem jurídica justa”, conforme expressão consagrada por Kazuo Watanabe<sup>197</sup>.

A doutrina e a jurisprudência, ao longo do tempo, contribuíram para o desenvolvimento do conceito e da abrangência do princípio do devido processo legal, vigorando hoje uma interpretação mais elástica e ampla possível, em nome dos direitos fundamentais do cidadão. Assim, a cláusula do *due process of law* não indica apenas a tutela processual, porque ela tem sentido genérico e pode ser vista sob dois ângulos diversos, quais sejam, o *substantive process of law* e o *procedural due process*, indicando a incidência do princípio em seu aspecto substancial, ou seja, atuando sobre o direito material e, de outro lado, a tutela daqueles direitos, por meio do processo (judicial ou administrativo)<sup>198</sup>

Conforme registra Nery<sup>199</sup>, no direito processual americano a cláusula *procedural due process* significa o dever que o Estado tem de proporcionar ao litigante as seguintes garantias:

- a) comunicação adequada sobre a recomendação ou base da ação governamental;
- b) um juiz imparcial;
- ci) oportunidade de deduzir defesa oral perante o juiz;

---

<sup>196</sup>CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições de direito processual civil**. v.I. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002, p. 31-32.

<sup>197</sup>WATANABE, Kazuo. Acesso à Justiça e sociedade moderna. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel; WATANABE, Kazuo (Org.). **Participação e processo**. São Paulo: RT, 1988, p. 128-135.

<sup>198</sup>NERY JUNIOR, Nelson. **Princípios do processo civil na constituição federal**. 8. ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: RT, 2004 – (Coleção de Estudos de direito de processo Enrico Tullio Liebman), p. 65.

<sup>199</sup> Ibidem, p. 68-69.

- di) oportunidade de apresentar provas perante o juiz;
- e) chance de perguntar às testemunhas e de contrariar as provas que forem utilizadas contra o litigante;
- f) o direito de ter um defensor no processo perante o juiz ou tribunal;
- g) o direito de ter uma decisão fundamentada com base no que consta dos autos.

E, além desses elementos essenciais, o princípio do devido processo legal no Direito Processual Americano apresenta outras conseqüências adicionais, tais como:

- direito a processo com necessidade de haver provas;
- direito de publicação e conferência preliminar das provas que serão produzidas;
- direito a uma audiência pública;
- direito à transcrição dos atos processuais;
- julgamento pelo Tribunal do Júri (civil);
- o ônus da prova que o Estado deve suportar mais do que o litigante.

É também neste sentido unicamente processual que a doutrina brasileira vem empregando a expressão “devido processo legal”, restando estabelecido que deste princípio se originam as seguintes garantias processuais<sup>200</sup>:

- a) direito à citação e conhecimento do teor da acusação;
- b) direito a um rápido e público julgamento;
- ci) direito ao arrolamento de testemunhas e à notificação das mesmas para comparecimento perante os Tribunais;
- d) direito ao procedimento contraditório;
- e) direito de não ser processado, julgado ou condenado por alegada infração às leis posteriores ao fato (*ex post facto*).
- f) direito à igualdade de tratamento entre acusação e defesa;
- g) direito contra medidas ilegais ou abusivas de busca e apreensão;
- h) direito de não ser acusado e nem condenado com base em provas ilicitamente obtidas;

---

<sup>200</sup>NERY JUNIOR, Nelson . **Princípios do processo civil na constituição federal**. 8. ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: RT, 2004 – (Coleção de Estudos de direito de processo Enrico Tullio Liebman), p. 68-70.

- i) direito a assistência judiciária, inclusive gratuita; e
- j) direito contra a auto incriminação.

Com essa visão sobre o significado do princípio do devido processo legal, no seu aspecto processual (*procedural due of law*), a conclusão de Nery acaba sendo a mesma de Câmara, ou seja, nada mais é do que a possibilidade efetiva de a parte ter acesso à justiça, deduzindo pretensão e defendendo-se do modo mais amplo possível<sup>201</sup>.

Quando de seu surgimento na Magna Carta inglesa, de 1215, o princípio do *due process of law* era iminentemente protetivo no âmbito do processo penal, portanto, de cunho apenas processual<sup>202</sup>.

Com a evolução do conceito, modificado ao longo do tempo e visto como garantia dos direitos fundamentais do cidadão, passou o princípio a ser inserido de modo expresso nas normas legais, constando da Constituição Americana e depois das demais cartas constitucionais que consagravam direitos fundamentais do homem, e proibia, desde então, que alguém fosse considerado culpado sem prévio julgamento, bem como vedava o efeito retroativo das leis penais.

Originou-se, daí, a aplicação do princípio do devido processo legal no seu aspecto material, funcionando, então, como limitador do poder estatal, de forma tal que sua aplicação impede sejam considerados culpados os indivíduos sem julgamento, também limita o poder de estabelecer os efeitos das leis penais e impõe a exigência de que as leis satisfaçam o interesse público, ou seja, de que sejam razoáveis (princípio da razoabilidade das leis). Isso tudo é reflexo substantivo do princípio, ou seja, o ordenamento jurídico de direito material também está informado pela cláusula do *due process of law*.

Passou-se a entender como incidência do princípio no sentido substantivo (*substantive due process*) todas as garantias de direito material do cidadão, cujo alcance no direito americano, conforme mencionado na doutrina, alcança os

---

<sup>201</sup> Ibidem.

<sup>202</sup> Ibidem, p. 65-70.

preceitos, por exemplo, da liberdade de contratar, da garantia de direito adquirido, da proibição de retroatividade da lei penal, da proibição de preconceito e da garantia dos direitos fundamentais do cidadão<sup>203</sup>.

A incidência do devido processo legal, em seu aspecto substancial, parece mesmo ocorrer em todos os campos do direito e, ao nosso ver, indica principalmente a submissão do aplicador do direito ao arcabouço normativo pré-estabelecido pelo legislador e a impossibilidade jurídica de se admitir julgamentos contrários às regras de direito material positivadas.

## 2.3 PRINCÍPIOS PROCESSUAIS DERIVADOS DO DEVIDO PROCESSO LEGAL

A aplicação do princípio do devido processo legal, na sua mais ampla e extensa interpretação, segundo respeitável doutrina nacional mencionada, significa garantir ao cidadão o pleno acesso à justiça para deduzir pretensão ou apresentar defesa, da forma mais ampla possível e, sob esta ótica, garantir que, no desenvolvimento da relação jurídica processual, sejam observadas diretrizes, que Nery<sup>204</sup> denomina de princípios derivados do *due process of law* e que podemos entender como sub-princípios daquele.

### 2.3.1- O princípio da isonomia

Também conhecido como princípio da igualdade, no campo do direito processual, a isonomia significa que as partes litigantes devem receber do Estado-Juiz idêntico tratamento, sendo vedada a concessão de qualquer benefício que possa dar vantagem a uma delas, e desequilibrar a relação jurídica em seu favor. É igualmente vedado o tratamento diferenciado de modo a lhe causar qualquer desvantagem ou diminuição perante o outro litigante.

---

<sup>203</sup> NERY JUNIOR, Nelson . **Princípios do processo civil na constituição federal**. 8. ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: RT, 2004 – (Coleção de Estudos de direito de processo Enrico Tullio Liebman), p. 69.

<sup>204</sup> NERY JUNIOR, Nelson . **Princípios do processo civil na constituição federal**. 8. ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: RT, 2004 – (Coleção de Estudos de direito de processo Enrico Tullio Liebman), p. 71.

O *caput* e o inciso I do art. 5º da CF garantem a igualdade de tratamento a todos perante a lei e, como norma-princípio, de direito fundamental que é, seu alcance interpenetra todo o sistema jurídico e exige a sua observância em todos os ramos do direito, em todas as atividades de aplicação do direito, vinculando as autoridades do Estado e se impondo até mesmo aos particulares no trato das relações jurídicas de direito comum.

A aplicação do princípio isonômico, na sua exata medida, exige que o intérprete trate “igualmente os iguais” e “desigualmente os desiguais”, para com isso manter a relação de igualdade ou diminuir os efeitos da desigualdade e reequilibrar as relações jurídicas. Isto porque a afirmação de que “todos são iguais” é tida como uma ficção jurídica, posto que a igualdade real entre as pessoas não existe.

Considerando o fato de que todos somos diferentes e de que nossas diferenças precisam ser respeitadas, a norma que afirma a igualdade de todos perante a lei somente será adequadamente interpretada quando compreendermos que a mesma tem por fim afirmar que, diante de tantas desigualdades entre os homens, o ordenamento jurídico deve se comportar de modo capaz de superar tais desigualdades, igualando as pessoas. Isso se dá quando, no Direito Penal, o interesse do acusado goza de prevalente proteção; quando ocorre prioridade no julgamento das pessoas maiores de sessenta anos; na inversão do ônus da prova no direito do consumidor; na contagem do prazo em dobro para recorrer e em quádruplo para contestar em favor do MP e da Fazenda Pública, bem como prazo em dobro para os defensores públicos etc.

É, assim, dever do Estado assegurar tratamento que supra as desigualdades naturais entre as pessoas, porque estará assegurando a igualdade substancial e não a meramente formal, exigência do processo justo, garantido pela cláusula do *due process of law*<sup>205</sup>.

---

<sup>205</sup>CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições de direito processual civil**. v.I. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002, p. 43.

### 2.3.2 - O princípio do Juiz e do Promotor Natural

O princípio do Juiz natural abrange três garantias constitucionais do processo, quais sejam: proibição da existência de juízo de exceção ou de tribunal *ad hoc*; exigência de que o órgão julgador seja investido de poder jurisdicional válido, como expressão do Poder Estatal competente ; direito da parte ser julgada por um juiz imparcial, que não tenha interesse de qualquer ordem no resultado da demanda.

Este princípio, derivado do *due process of law*, encontra respaldo nos incisos XXXVII e LIII do art. 5º. Da Constituição Federal que estabelecem, respectivamente, “não haverá juízo ou tribunal de exceção” e “ninguém será processado ou sentenciado senão por autoridade competente”. Denominado pela doutrina alemã de “princípio do juiz legal”, segundo alguns doutrinadores brasileiros, esse princípio poderia ser denominado de “princípio do juiz constitucional”.

Atende-se a tal princípio constitucional, garantindo-se o seu alcance em dois aspectos diversos, o primeiro, estar ligado ao órgão jurisdicional e não à pessoa natural do julgador, e, de tal forma, o órgão julgador deve ser competente, previsto abstratamente para o julgamento do caso, sendo proibido o tribunal de exceção. Como tribunal de exceção se entende aquele que foi criado *ex post facto* para julgar, por encomenda, com parcialidade, para prejudicar ou beneficiar alguém<sup>206</sup>.

O segundo aspecto diz respeito à pessoa do juiz atender a duas outras exigências: ser ele investido de capacidade para julgar, exprimindo validamente o poder estatal jurisdicional e ser absolutamente imparcial, sem a necessidade de que seja neutro; pode ser ativo na busca da verdade e da justiça, mas não pode ter interesse no julgamento da causa, seja qual for a natureza do interesse.

---

<sup>206</sup> NERY JUNIOR, Nelson. **Princípios do processo civil na constituição federal**. 8.ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: RT, 2004 – (Coleção de Estudos de direito de processo Enrico Tullio Liebman), p. 98.

A nossa Constituição Federal de 1988 trouxe como novidade a adoção do princípio do Promotor natural quando, no art. 129, inciso I, conferiu ao Ministério Público a titularidade exclusiva da ação penal pública, suprimindo os procedimentos criminais *ex officio* que existiam no sistema anterior, no qual o delegado de polícia e o juiz podiam dar início à ação penal, por portaria. A idéia de estender ao Ministério Público o princípio, já consagrado em relação ao órgão jurisdicional, decorreu da necessidade de haver cargos com atribuição própria para os Promotores de Justiça, com vedação das designações arbitrárias pelo Procurador Geral da Justiça <sup>207</sup>.

A extensão deste princípio ao Ministério Público consagra uma garantia de ordem jurídica que assegura ao membro do MP o exercício pleno e independente de seu ofício e também tutela o interesse da própria coletividade que tem garantida a atuação de um Promotor de Justiça designado, por critérios abstratos, para quaisquer causas.

### **2.3.3 - O princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional**

O princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional se encontra expressamente previsto no inciso XXXV da CF, segundo o qual, “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”. Isso significa que ninguém, nem mesmo o legislador através de norma jurídica, poderá impedir o jurisdicionado de deduzir em juízo as suas pretensões, ao mesmo tempo em que atribui à parte a faculdade de provocar a função jurisdicional.

Embora à primeira vista a norma-princípio em exame possa parecer que comanda apenas a proibição de lei impeditiva de acesso à justiça, tem ela muito mais amplo significado e aplicação. Sendo o legislador o seu destinatário principal, mas alcançando a todos, tanto o poder público constituído como os demais cidadãos, significa a garantia fundamental do acesso à justiça, que não pode ser obstado por quem quer que seja.

---

<sup>207</sup> Ibidem, p. 125.

Dessa forma, a lei infra-constitucional que impedir ou dificultar o acesso à justiça ou a concessão de tutela jurisdicional será ofensiva a este princípio. Sustenta Nery<sup>208</sup> que tal princípio não se esgota na simples garantia da tutela jurisdicional, mas sim na garantia da tutela adequada ao caso concreto posto a exame do Judiciário, devendo-se entender como realizado o direito subjetivo de ação, quando for pronunciada a sentença, favorável ou não ao autor, já que o objeto do direito de ação é, exatamente, a obtenção da tutela jurisdicional.

Obter a tutela jurisdicional não significa obter o direito postulado, pois aos juiz cabe fazer valer a lei e o direito ao caso que lhe foi trazido, segundo o ordenamento jurídico vigente e aplicável. Ter o direito subjetivo de ação não significa ter também o direito material pretendido, mas o de acionar o Poder Judiciário e exigir que o mesmo se pronuncie sobre a pretensão deduzida, em um prazo razoável e com observância do devido processo legal.

Este princípio quer então significar que todos têm acesso à justiça para postular a tutela jurisdicional preventiva ou reparatória de um direito, tanto individual, quanto difuso ou coletivo, e a essência do princípio reside, exatamente, no direito de obtenção da tutela adequada<sup>209</sup>.

Se o caso, submetido ao exame do Judiciário, está a exigir medida de urgência para atender o direito da parte, então a tutela adequada será a concessão da medida de urgência e a sua negativa consistirá em infração ao princípio da inafastabilidade da jurisdição. Da mesma forma, infringirá o princípio também o legislador que criar norma jurídica (proposição legal) impeditiva da obtenção da tutela de urgência.

Assim, para a observância integral do princípio, defende Nery<sup>210</sup> que ao Juiz compete conceder a medida de urgência adequada ao caso concreto, independentemente de haver ou não previsão legal que a admita, e até mesmo

---

<sup>208</sup>NERY JUNIOR, Nelson . **Princípios do processo civil na constituição federal**. 8. ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: RT, 2004 – (Coleção de Estudos de direito de processo Enrico Tullio Liebman), p.132-133.

<sup>209</sup>NERY JUNIOR, Nelson . **Princípios do processo civil na constituição federal**. 8. ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: RT, 2004 – (Coleção de Estudos de direito de processo Enrico Tullio Liebman), p. 133.

<sup>210</sup>Ibidem, p. 132.

que deve concedê-la contra expressa proibição legislativa, sem o que incorrerá o julgador em infração à norma- princípio em questão.

É óbvio que para a obtenção da tutela jurisdicional, a parte deve preencher as condições da ação (art. 276, VI do CPC) e atender aos pressupostos processuais (art. 267, IV do CPC), sem o que não se lhe permite o normal exercício do direito de ação. Tais limitações, postas pela legislação infraconstitucional, não importam em negativa do princípio do acesso, mas sim em naturais e legítimas limitações legais<sup>211</sup>

Além das condições da ação e da observância dos pressupostos processuais, para o exercício do direito de ação, exige-se a demonstração do interesse processual, no qual se verifica a necessidade e a adequação da tutela postulada. Este é o ponto que diferencia o direito de ação do direito de petição, pois este último pode ser exercido sem que o peticionário tenha sofrido gravame pessoal ou lesão de direito, e ser caracterizado como mero direito de participação política, onde há interesse geral no cumprimento da ordem jurídica<sup>212</sup>.

Assim, a inafastabilidade da jurisdição, como sub-princípio derivado do *due process of law* é, ao nosso ver, o que traduz a garantia fundamental de acesso à justiça, portanto, o mais significativo de todos os princípios constitucionais do processo. Pensamos, dessa forma, porque a infração a qualquer dos princípios constitucionais do processo consiste também em grave infração à garantia fundamental de acesso à Justiça. Se o acesso à Justiça for obstado de alguma forma, não haverá mais que se falar em devido processo legal. Ao mesmo tempo, se houver algum desrespeito ao devido processo legal, tanto no seu aspecto processual quanto no material, com inobservância de qualquer dos princípios dele derivados, haverá certamente também negativa do direito de acesso à justiça, porque de nada adianta aos cidadãos o exercício do direito de ação, se não se desenvolver o processo na devida forma legal e, se não se aplicar ao caso concreto, ao final, o direito material adequado ou, mais ainda, se não puder a decisão jurisdicional ser concretizada no mundo dos fatos.

---

<sup>211</sup>Ibidem, p. 137.

<sup>212</sup>Ibidem, p. 135-137.

Qualquer óbice, portanto, à realização da marcha processual e do objetivo de obtenção da tutela adequada deve ser visto como negação do acesso a justiça.

Pela relevância deste princípio para a nossa análise e conclusão, é que retornaremos ao tema no próximo capítulo, onde pretendemos identificar os obstáculos mais comuns ao verdadeiro acesso à justiça e, depois, sugerir algumas posturas para enfrentá-los.

#### **2.3.4 - O princípio do contraditório**

Tal princípio consiste na necessidade de comunicação de todos os atos processuais às partes e na observância da oportunidade de que as partes reajam aos atos que lhe são desfavoráveis, permitindo, assim, que as partes envolvidas possam ter a possibilidade de influenciar na decisão do magistrado. Garante-se, assim, uma relação dialética entre as partes, cuja força da argumentação racional dos contrários pode gerar a síntese da decisão.

Todos aqueles que têm uma pretensão de direito material deduzida no processo têm também o direito de invocação do princípio do contraditório em seu favor. No processo civil, a observância de tal princípio exige apenas que se dê oportunidade à parte de se fazer ouvir no desenvolvimento da relação processual, por intermédio do contraditório recíproco.

Em razão de tal princípio, a parte requerida numa ação deve ser citada, com oportunidade para oferecer resposta, observando-se que a citação é o chamamento inicial da parte para integrar a relação jurídica processual. A citação deve ser feita pessoalmente, nas formas autorizadas pela legislação ordinária ou através de representante legal ou mandatário, com poderes especiais para recebimento de citação, em razão da relevância jurídica de seus efeitos.

No processo penal, exige-se muito mais do que a mera determinação de possibilitar ao réu a contradição das alegações e das provas, porque se exige o

contraditório efetivo, devendo vir aos autos do processo a defesa técnica do réu revel, por exemplo, com nomeação de defensor para aquele que não promoveu a sua defesa, através de advogado, no prazo legal.

Registre-se que, no Inquérito Policial, não existe acusado, portanto, não há que se falar na necessidade de observância do contraditório nesta fase, sendo razoável se admitir que a autoridade policial possa livremente perseguir as linhas de investigação para elucidação dos delitos, valendo-se dos meios de que dispuser. Entretanto, na fase judicial, todas as provas colhidas na persecução policial poderão ser contraditadas, sob pena de não produzirem efeitos jurídicos e, caso tenham sido colhidas de forma ilícita, serão afastadas do conhecimento e de qualquer influência na decisão judicial.

Questiona-se, com certa freqüência, se a concessão de liminares *inaudita altera part* constitui infração ao princípio constitucional do contraditório, sendo pacífico o entendimento jurisprudencial e doutrinário no sentido de que não há inconstitucionalidade, em razão do caráter provisório de tais decisões, já que, na fase seguinte à sua concessão, se observará o contraditório e, somente após a oportunidade de contradição dada à parte requerida, é que se proferirá a decisão definitiva.

Tais decisões são legítimas em razão da urgência que as caracteriza, com risco de dano irreparável (*periculum in mora*), e o contraditório fica postergado para a fase seguinte, para se efetivar após a prolação da decisão urgente. Essa limitação do contraditório é inerente ao próprio princípio, segundo Câmara<sup>213</sup> que afirma não poder ser o princípio cultuado de tal modo a permitir a imolação do próprio direito material em questão.

Na observância do princípio do contraditório, durante todo o desenvolvimento da relação processual, deverá o juiz observar o direito de ambas as partes de conhecerem e de se oporem a todas as alegações e provas contra elas produzidas, dando-lhes não só conhecimento das novas provas apresentadas e

---

<sup>213</sup>CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições de direito processual civil**. v. I. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002, p. 55.

requerimentos formulados, mas também lhes garantindo o direito de manifestação e contradição via probatória. Nesta atividade, há que se guardar a absoluta imparcialidade do juiz, necessária à garantia do contraditório recíproco entre as partes.

Na forma prevista no inciso LV do art. 5º. da CF<sup>214</sup>, somente aos litigantes e aos acusados fica resguardado o direito de exigir a aplicação do princípio do contraditório, não assistindo tal direito aos peritos, testemunhas e outros auxiliares da justiça.

Por litigantes entendem-se todas as partes, autor, réu e litisconsortes, além dos litisdenuciados, oponentes, chamados ao processo, assistentes litisconsorciais e simples, além do representante do Ministério Público, ainda quando esteja atuando na função de fiscal da lei.

Observa-se então que desse princípio podem ser extraídas duas conclusões, quais sejam, a de que cabe às partes litigantes o direito do contraditório e a garantia de poder exigi-lo e cabe ao juiz o dever jurídico e funcional de garantir tal direito às partes.

### **2.3.5 - O princípio da proibição da prova ilícita**

O texto constitucional do inciso LVI do art. 5º. da Constituição Federal é que contém a norma-princípio da proibição da prova ilícita, ao dispor que “são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos”.

Todos os códigos processuais dos países contém limitações na matéria do direito de produção de provas, isto porque o contraditório, como direito constitucional, sofre limitações impostas por outros direitos igualmente constitucionais.

Até algumas décadas passadas, somente a lei ordinária processual tratava da limitação do direito de produção de provas, daí porque aquelas provas, colhidas

---

<sup>214</sup>Art. 5º.....

LV. Aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com o meios e recursos a ela inerentes.

no momento anterior ao processo, na fase da persecução criminal, por exemplo, eram comumente feitas com graves lesões a direitos da personalidade dos envolvidos.

A doutrina diferencia provas ilícitas de provas ilegítimas, esclarecendo que ilícitas são aquelas obtidas com violação a normas ou princípios constitucionais e ilegítimas são aquelas colhidas com violação das normas de direito processual ou outra disciplina.

Num primeiro momento, vigorou entre os processualistas a impressão de que as provas ilícitas poderiam ser aproveitadas no processo, punindo-se apenas o responsável pela ilicitude cometida na sua captação. Prevalencia idéia de que a prova, “ainda que mal captada”, se esclarecia a questão, deveria ser mantida no processo. Contudo, não foi suficiente este argumento de “única possibilidade de se atingir a verdade”, pois a ética combatia a imoralidade na captação da prova e, na evolução da doutrina, inseriu-se, em alguns códigos processuais, a proibição de aproveitamento da prova que fere a moral.

O nosso CPC de 1973 trouxe a regra do art. 332: “Todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos, ainda que não especificados neste Código, são hábeis para provar a verdade dos fatos, em que se funda a ação ou a defesa”. Ou seja, a regra geral era o da admissão de todos os meios de prova, legalmente previstos ou não, desde que legitimados pela ordem moral.

Entretanto, mesmo admitindo a autonomia do direito processual em relação a outras disciplinas, sempre se teve em mente que a prova obtida com infração à norma constitucional deveria sofrer restrição mais severa, porque o vício que macula tal prova é tão grande e o processo está tão intimamente ligado à Constituição, de onde extrai seus princípios fundamentais, que, havendo ou não regra processual restringindo o uso da prova ilícita (obtida com infração a direito constitucional), não deveria ela ser aproveitada.

A partir do assentamento deste entendimento doutrinário e com a afirmação crescente dos direitos da personalidade e da dignidade da pessoa humana, as

Constituições Federais passaram a inserir, nos seus textos, o princípio da proibição da prova ilícita.

Entretanto, tal princípio proibitivo é relativo porque o sistema jurídico admite receber e validar as provas colhidas com violação dos princípios constitucionais, mediante a observância de três pressupostos: reserva legal permissiva do ato de violação, autorização judicial para o ato de violação e sua aplicação exclusiva na esfera penal (criminal). É o que se infere da norma insculpida no inciso XII do mesmo artigo 5º., onde também consta o princípio da proibição da prova ilícita no seu inciso LVI.

A norma inserta no referido inciso XII do art. 5º. da CF, veio a ser regulamentada pela Lei n. 9.296, de 24.07.1996 e resultou na flexibilização do princípio da proibição da prova ilícita pelos Tribunais, que exige a verificação da ilicitude de qualquer interceptação ou gravação de comunicações telefônicas de acordo com os fatos que norteiam o caso concreto, vigorando o entendimento de que os direitos individuais de intimidade de cada um dos interlocutores deve ser preservado, de acordo com a norma constitucional, a não ser que haja justa causa para o seu detrimento e desde que observados os pressupostos da licitude no ato de violação.

Aos julgadores sempre pareceu doloroso renunciar à prova, ainda que ilícita, quando ela é a única capaz de comprovar a materialidade do fato, a autoria ou a responsabilidade do agente. Isso também ocorre no processo civil, onde se trata de direito fundamental do cidadão. É neste ponto que incide a necessidade de se aplicar o princípio da proporcionalidade dos direitos fundamentais para dirimir as questões de utilização ou não da prova ilícita.

O princípio da proporcionalização é imanente à CF e amplamente reconhecido no direito. Consiste no enfrentamento da situação da vida, em que dois valores ou direitos constitucionais se põem em conflito e, ao Juiz, cabe valorar e escolher o que deve preponderar, com base na razoabilidade, sem aniquilar o outro direito. Não há norma legal de orientação para a técnica de proporcionalização, mas apenas parâmetros doutrinários.

A ponderação consiste, assim, numa técnica de decisão utilizável para os casos difíceis, que envolvem a aplicação de princípios que se encontram em linha de colisão, cada qual apontando para soluções diversas e contraditórias para a questão. O raciocínio ponderativo, ainda sem regramentos claros, fica à mercê do julgador e funciona com a seleção das normas e dos fatos relevantes, com a atribuição de pesos aos diversos elementos em colisão, num mecanismo de concessões recíprocas que busca preservar, o mais possível, os valores contrapostos, mas que, ao final, escolhe qual deles deve prevalecer sobre o outro, sem eliminar totalmente o direito vencido na ponderação<sup>215</sup>.

Por exemplo, se o direito à intimidade entra em conflito com o direito à informação pela atuação da imprensa, qual valor deve preponderar? O juiz dirá e se não for possível harmonizar os valores em colisão (direito à intimidade e direito à informação), o juiz escolherá o preponderante. No campo das provas no direito penal há constante colisão de princípios, porque a segurança é objeto de tutela constitucional (art. 5º., *caput* CF) e a prova muitas vezes obtida sem autorização judicial, ou mesmo aquela obtida com autorização irregular, viola o direito constitucional de intimidade, previsto como direito fundamental, igualmente, no artigo 5º., incisos X, XI e XII da CF. Cabe ao Juiz dizer qual o bem tutelado (segurança, intimidade ou valor da inocência) merece maior proteção, com apreciação subjetiva e com risco de abusos. Somente o caso concreto pode fornecer elementos suficientes para a decisão.

Em caso de adultério, na análise da prova obtida ilicitamente pelo marido, tirada do diário da mulher, merece aplicação o princípio da proporcionalidade, ou melhor, nem há necessidade de proporcionalização porque haverá evidente prevalência do direito constitucional sobre o direito regulado pela legislação ordinária. Há, de um lado, o direito à intimidade (art. 5º., inciso X da CF) e, de outro, a regra legal do dever de fidelidade mútua, que nasce com o casamento (art. 1566, I do CCB), devendo prevalecer o direito constitucional de intimidade e se repelir o abuso da jurisprudência em casos semelhantes.

---

<sup>215</sup>BARROSO, Luís Roberto; BARCELLOS, Ana Paula de. O começo da história: a nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro. **Revista de Direito Administrativo**. v. 232. Rio de Janeiro: Abr-Jun, 2003, p. 175.

O STJ tem aplicado o princípio da proporcionalidade amplamente, o que dificilmente ocorre no STF, já que este resiste à aceitação e aplicação desse princípio e, até a edição da Lei 9.296/96, considerava ilícita e imprestável a prova obtida com violação do sigilo das comunicações, mesmo quando autorizada judicialmente, sob o argumento de que o dispositivo constitucional (inciso XII do art. 5º.), que prevê a possibilidade excepcional de violação do sigilo, não era auto-aplicável e somente poderia ser invocado e aplicado após a vigência de lei ordinária regulamentadora das hipóteses e da forma de permissão judicial<sup>216</sup>.

Com a vigência da Lei 9.296/96, restou regulamentada a interceptação de comunicações telefônicas como meio de prova lícito em investigação criminal e em instrução processual penal, quando concedida autorização judicial competente e observados os termos da própria lei. Restou assentada, então, a distinção de três espécies de gravação de conversas telefônicas: a) a interceptação (realizada por terceiro), sem o consentimento de qualquer dos interlocutores para escuta ou gravação de sua conversa; b) a interceptação (igualmente realizada por terceiro), com autorização de um dos interlocutores; e c) a gravação por um dos interlocutores sem o conhecimento e autorização do outro.

Das três espécies de gravação mencionadas, somente a primeira, realizada por terceiro sem o consentimento de qualquer dos interlocutores, é regulada pela Lei 9.296/96, e caracteriza o crime previsto no seu art. 10, se realizada fora dos casos legais de autorização judicial. As demais gravações, feitas por terceiro com autorização de um dos interlocutores (interceptação autorizada) ou feitas diretamente por um dos interlocutores, sem o consentimento do outro (gravação clandestina ou ambiental), não estando disciplinadas na referida lei não caracterizam tipo penal que as incrimine, por isso, devem ser consideradas provas lícitas, segundo entendimento unânime da doutrina. Vale, contudo, ressaltar que tal entendimento somente se aplica se houver justa causa para a gravação e se essa for obtida sem violação à intimidade do outro interlocutor, por exemplo sem violação de sua residência ou de linha telefônica para instalação de

---

<sup>216</sup>STF; HC no. 72.588 -PB; Tribunal Pleno; Rel. Min. Maurício Corrêa; julgado em 12.06.1996.

microfone. Se o meio utilizado para a obtenção for ilícito, contaminará o valor probatório da gravação, de acordo com a norma constitucional que veda a admissão de provas obtidas por meios ilícitos em qualquer processo<sup>217</sup>.

Há também a tese da ilicitude da prova por derivação, popularizada como a teoria da “árvore dos frutos envenenados”, segundo a qual os frutos da árvore envenenada são também venenosos. Assim, se a informação que levou à obtenção da prova era ilícita, mas a prova tivesse sido obtida licitamente (apreensão ou flagrante de delitos), a ilicitude inicial contaminaria toda a prova, que se tornaria imprestável. É a prova ilícita por derivação que deve ser repelida no processo. Há, contudo, divergência jurisprudencial no Brasil, pois enquanto o STJ é mais flexível na aceitação da prova derivada de ilicitude, com aplicação do princípio da proporcionalização dos direitos constitucionais, há grande rejeição da prova pelo STF.

O próprio direito americano, de onde se originou a teoria da ilicitude por derivação, já flexibilizou a recusa da prova derivada, e a admite nos casos em que, apesar de ter sido ilícita a informação e haver nexos causal íntimo entre a informação ilícita e a obtenção da prova, se puder concluir que se chegaria àquela prova de qualquer maneira, limita, assim, a inadmissibilidade dos frutos da árvore envenenada.

No Brasil, somente há dicção constitucional sobre a ilicitude da prova e matéria doutrinária a respeito. No projeto de reforma penal surgiram muitas sugestões a respeito do destino da prova ilícita, e optou a comissão por não incluir previsão sobre o princípio da proporcionalidade, ainda em fase de amadurecimento pela doutrina. Optou-se, entretanto, por incluir disposição no CPP a respeito das provas derivadas de ilicitude, para igualmente considerá-las inadmissíveis.

### **2.3.6 - O princípio da publicidade dos atos**

---

<sup>217</sup>STJ, HC No. 7216-SP; Rel.: Min. Edson Vidigal, j. 28.04.1998 e STF, HC No. 75338-RJ; Rel.: Min. Nelson Jobim; Pub. DJ de 25.09.1998.

O princípio da publicidade dos atos consiste na garantia da inexistência dos juízos secretos e, agora, elevado a nível constitucional, este princípio processual, antes somente previsto na legislação ordinária (art. 155 do CPC), se espalha sobre todo o sistema e expressa importante garantia do indivíduo com respeito ao exercício da jurisdição.

A Declaração Universal dos Direitos dos Homens, proclamada pela Organização das Nações Unidas em 1948, no seu artigo 10°. garante o princípio da publicidade popular, o que foi adotado pela Constituição Brasileira de 1988. Firmou-se, assim, em nível constitucional, a garantia da publicidade dos atos processuais, também denominada publicidade popular, pela qual todos os atos processuais são públicos, sendo vedada a realização de sessões de julgamento ou atos judiciais secretos.

A restrição da publicidade somente pode se dar em defesa da intimidade do indivíduo ou quando o interesse social assim o exigir, casos em que vigorará o sistema denominado de publicidade restrita ou para as partes.

É, neste sentido, que expressamente dispõem os incisos LX do art. 5°. e IX do art. 93, ambos da Constituição Federal vigente, garantindo a publicidade popular dos atos processuais e limitando a incidência da publicidade restrita somente às hipóteses de defesa da intimidade das partes e proteção do interesse social, dirigindo o comando constitucional tanto para o legislador ordinário como para as autoridades judiciárias e agentes do Estado responsáveis pela prática ou realização dos atos.

Com a introdução deste princípio constitucional no ordenamento jurídico, caíram por terra as antigas sessões secretas dos Tribunais, cuja realização se encontrava, inclusive, prevista no regimento interno do STF. Assim, o princípio da publicidade se firma também como uma garantia política do cidadão, com a finalidade de permitir o controle da opinião pública sobre os serviços da Justiça.

É óbvio que o excesso de publicidade pode gerar inconveniências, tanto para as partes como para os juízes e pode dar causa a sensacionalismos, não sendo este o objetivo da norma. O art. 155 do CPC já estabelece os casos em que o decoro ou o interesse social devem ser protegidos e excetuados da regra da publicidade popular, tendo aquele dispositivo legal sido totalmente recepcionado pela norma-princípio de natureza constitucional.

Compete, pois, ao legislador e às autoridades judiciárias estabelecerem um justo equilíbrio entre a garantia da publicidade dos atos processuais e a proteção ao direito de intimidade das partes e das testemunhas do processo.

### **2.3.7 - O princípio do duplo grau de jurisdição**

Este princípio indica a possibilidade de revisão por outra instância, através dos recursos, das decisões das causas já julgadas por um juiz singular ou de primeira instância, também identificado como de instância inferior.

O princípio decorre da possibilidade de cometimento de erros pelos magistrados em seus julgamentos e tem a função de coagir psicologicamente os juízes de primeiro grau com a possibilidade de revisão de suas decisões, levando-os a, com mais zelo e cuidado, elaborarem seus julgamentos.

Na Constituição do Império, de 1924, havia expressa previsão de garantia absoluta do duplo grau de jurisdição, permitindo que qualquer causa fosse reapreciada, sempre que a parte o desejasse, pelo Tribunal da Relação, depois pelo de Apelação, hoje equivalente ao Tribunal de Justiça.

Havia, então, sob a égide daquela Carta, a garantia absoluta do duplo grau de jurisdição, hoje não mais existente, já que a Constituição Brasileira vigente se limita a conter a previsão dos recursos e a estabelecer as competências dos órgãos recursais (Tribunais), entretanto, sem garantia absoluta ao duplo grau de jurisdição. Isto significa que, sendo o duplo grau de jurisdição uma mera previsão

constitucional, pode o legislador infraconstitucional limitar o direito de recurso das partes<sup>218</sup>. Não são, pois, inconstitucionais as proposições normativas das leis ordinárias que restringem o direito de recurso, como nos exemplos mencionados por Nery: o art. 34 da Lei 6.830/80, que estabelece não caber apelação nas execuções fiscais de valor igual ou inferior a 50 OTNs, ou não caber recurso nas causas julgadas pela Justiça Federal, nessas mesmas condições, ou, ainda, o não cabimento de recurso dos despachos.

Embora não haja, em nosso sistema, a garantia absoluta do duplo grau de jurisdição no processo civil, é certo que o legislador constituinte inseriu o direito de recurso especial e de recurso extraordinário na Carta Magna e não estipulou para eles nenhuma restrição. Daí porque não se pode permitir ao legislador infraconstitucional fazer qualquer limitação a tais direitos constitucionais de recurso às instâncias superiores.

Os requisitos para o conhecimento dos recursos perante o STJ e o STF estão previstos na própria Constituição e nenhum outro pode a eles se somar, sob pena de infração ao direito constitucional de acesso àquele grau de jurisdição e também de infração ao princípio do duplo grau expressamente previsto para o caso.

Ressalta, na doutrina, o entendimento de que somente por emenda constitucional se pode cogitar de estabelecer qualquer limitação ou restrição ao cabimento do Recurso Especial e do Recurso Extraordinário, não sendo inconstitucionais, para Nery<sup>219</sup>, os dispositivos que conferem ao relator do recurso nos Tribunais superiores os poderes de decisão sobre a admissibilidade e o próprio mérito do recurso, pois, quando o legislador constituinte atribuiu ao STJ e ao STF o julgamento daqueles recursos, não estabeleceu que deveriam ser julgados pelo órgão colegiado.

---

<sup>218</sup>NERY JUNIOR, Nelson. **Princípios do processo civil na constituição federal**. 8.ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: RT, 2004 – (Coleção de Estudos de direito de processo Enrico Tullio Liebman), p. 211-212.

<sup>219</sup>NERY JUNIOR, Nelson. **Princípios do processo civil na constituição federal**. 8. ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: RT, 2004 – (Coleção de Estudos de direito de processo Enrico Tullio Liebman), p. 212-214.

Nenhuma inconstitucionalidade existe, portanto, no fato de que, ao relator do recurso especial ou extraordinário, foi concedido poder, pela lei ordinária, de não admitir o seu processamento, indeferindo-o através de decisão monocrática, ainda que tal se faça com análise do mérito, porque o inconformismo da parte pode ser levado, por recurso interno, ao conhecimento do órgão colegiado.

Merece menção, ainda, o fato de que o Brasil é signatário do Pacto de San José da Costa Rica, de 22.11.1969, denominado de Convenção Interamericana de Direitos Humanos e que já integra o ordenamento jurídico nacional, dispondo em seu art. 8º. que cuida das garantias judiciais do homem, que:

Art. 8º. Garantias Judiciais:

(...)

2. Toda pessoa acusada de um delito tem direito a que se presuma sua inocência, enquanto não for legalmente comprovada sua culpa. Durante o processo, toda pessoa tem direito, em plena igualdade, às seguintes garantias mínimas:

(...)

h) direito de recorrer da sentença a juiz tribunal superior.

A análise dessa norma do tratado internacional citado aponta claramente que se deve respeitar, no Brasil, a garantia do duplo grau de jurisdição em matéria penal, como garantia absoluta, dando ao réu o direito de ter a sentença condenatória revisada pela instância superior, através de recurso. Não há essa mesma correspondência no âmbito do direito processual civil ou do trabalho<sup>220</sup>.

### **2.3.8 - O princípio da motivação das decisões judiciais**

O art. 93, inciso IX da Constituição Federal dispõe que as decisões judiciais devem ser fundamentadas, sob pena de nulidade. Dar fundamentação a uma decisão significa dar-lhe motivação, explicitar as razões de fato e de direito que levaram o julgador a decidir a questão no sentido adotado, ou seja, daquela maneira.

---

<sup>220</sup> NERY JUNIOR, Nelson . **Princípios do processo civil na constituição federal**. 8. ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: RT, 2004 – (Coleção de Estudos de direito de processo Enrico Tullio Liebman), p. 214.

Este princípio é corolário do estado de direito e deve ser observado, independentemente de sua inserção nos textos constitucionais, porque o estado de direito é precedente à Constituição formal, ou seja, à letra da norma constitucional<sup>221</sup>.

Tal garantia visa permitir o controle popular do exercício da função jurisdicional e também garantir às partes o melhor exercício do direito de recurso, pois elas podem argumentar, perante o órgão julgador da instância superior, apontando o equívoco de interpretação legislativa ou de subsunção do caso concreto à lei, por parte do julgador da instância inferior. Se o julgador não motiva a sua decisão, não é dado, às partes e aos demais interessados que também tenham legitimidade recursal, o direito de conhecer o raciocínio lógico do julgador, o que dificulta o direito de recurso, no caso de seu cabimento.

Atua também o princípio como controlador político das decisões judiciais, já que, do ponto de vista constitucional, somente se considera legítima a decisão que pode ser submetida a algum tipo de controle e somente se pode exercer algum controle se a decisão tiver sido fundamentada.

A fundamentação da decisão deve ser substancial e não meramente formal, cabendo ao juiz analisar todas as questões postas sob seu julgamento e externar a base, a razão de sua decisão. Não é suficiente afirmar, por exemplo, que “conforme consta dos autos, assiste razão ao autor”. Cabe-lhe, antes, apontar quais as provas que o convenceram a dar razão ao autor e também com base em que direito tem procedência o pedido formulado.

É importante ressaltar, ainda, o alcance do princípio da motivação das decisões, pois está claro que são nulas as decisões judiciais desprovidas de fundamentação, como também são nulas as decisões mal fundamentadas, as apenas aparentemente fundamentadas, porque padecem todas do mesmo vício de infração ao princípio constitucional do processo de obrigatoriedade da motivação<sup>222</sup>.

---

<sup>221</sup>Ibidem. p. 215.

<sup>222</sup>CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições de direito processual civil**. v. I. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002, p. 56.

A permissibilidade contida na legislação infraconstitucional de que nos casos de extinção do processo sem julgamento do mérito (art. 267 CPC), a fundamentação pode ser concisa, não significa dispensa de fundamentação, mas sim, admite-se que seja singela e resumida. Apenas aos despachos de mero expediente e impulso processual, por não possuírem conteúdo decisório, dispensa-se fundamentação.

### **2.3.9 - O princípio da tempestividade da tutela jurisdicional**

A morosidade da justiça na conclusão dos processos em tramitação e no cumprimento da prestação jurisdicional pedida pelas partes tem sido apontada como uma séria mazela do Poder Judiciário, comprometendo a sua credibilidade perante os cidadãos. Há muito alarde sobre as conseqüências desastrosas para a população, decorrentes da demora da prestação da tutela jurisdicional e pouca reflexão séria sobre as causas do problema detectado, e há, muito menos ainda, a adoção pelo poder público de medidas adequadas a combater tal mal.

A Emenda Constitucional n. 45/2004, conhecida como “Emenda da Reforma do Poder Judiciário”, inseriu no art. 5º. da C.F. um novo inciso sob o n. LXXVIII, com o seguinte teor: “A todos, no âmbito judicial ou administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação”. Antes disso, o princípio da tempestividade da tutela jurisdicional já integrava o nosso ordenamento através da previsão contida nos artigos 7.5 e 8.1 da Convenção Interamericana de Direitos Humanos (CADH), a que acima já nos referimos

Tal princípio significa, de plano, que o processo não deve durar mais do que o estritamente necessário para que se possam alcançar os resultados justos, garantidos pela máxima do princípio do devido processo legal. Assegura-se, com este princípio, a construção do sistema processual sem dilações indevidas. Deve, porém, demorar todo o tempo necessário para que tal resultado possa ser

alcançado<sup>223</sup>. Em outras palavras, a decisão deve ser proferida em tempo razoável, proporcional e adequado à complexidade do processo, de tal sorte que não deve ser concluído em tempo tão longo que possa causar sério prejuízo ao direito material da parte e nem em tempo tão curto que possa prejudicar a busca da certeza jurídica que fundamentará a decisão do magistrado.

Há, entretanto, sérias dificuldades de se controlar o cumprimento do princípio em análise, porque não há definição de consenso sobre o que seja “duração razoável do processo”, nem meios adequados para o Poder Judiciário superar as intrincadas e, muitas vezes, desnecessárias vias, ou melhor o que se poderia denominar desvios processuais, previstos na legislação infraconstitucional, justificados, na maior parte das vezes, pela aplicação equivocada do princípio da ampla defesa e, em outras, apenas frutos resultantes da força avassaladora dos poderes dominantes.

O direito à efetiva prestação jurisdicional em prazo razoável já era reconhecido em normas positivadas na Europa Ocidental e na América do Norte, cujos textos legislativos deram origem, em tempos anteriores, à referida Emenda, à farta produção doutrinária e jurisprudencial, visando à defesa da garantia de tal direito<sup>224</sup>. No Brasil, o instituto é agora consagrado em nível constitucional, contudo, sem uma disciplina legal clara para garantir a sua aplicação, diante de tantos problemas estruturais do Poder Judiciário e de uma legislação processual tão farta e facilitadora das procrastinações.

A ausência de fixação de um prazo para a solução do processo leva ao entendimento de que a teoria adotada pelo legislador foi a da ausência de prazo (teoria do não prazo), o que dificulta e compromete a eficácia do preceito que garante o direito de ser julgado em prazo razoável, por ser a expressão vaga, genérica, imprecisa e indeterminada. Há autores<sup>225</sup> que defendem a fixação clara de um prazo de duração do processo penal, a exemplo da linha do Código Penal

---

<sup>223</sup> CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições de direito processual civil**. v. I. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002, p. 59.

<sup>224</sup> ANNONI, Danielle. **A responsabilidade do estado pela demora na prestação jurisdicional**. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 83.

<sup>225</sup> LOPES JR, Aury. **A (de) mora jurisdicional e o direito de ser julgado em um prazo razoável no processo penal**. In Boletim IBCCRIM, São Paulo: 2005, Julho, ano 13, n. 153.

Paraguai que adota o prazo máximo de 03 (três) anos e determina que após tal prazo, o juiz declarará extinto o processo penal. É óbvio que a adoção de uma solução processual extintiva, somente se mostra adequada no processo penal, porque o processo-crime é praticamente uma pena imposta ao acusado enquanto espera o julgamento, sujeitando-o a uma prolongada ansiedade e diminuindo-o perante a sociedade. Por certo que no processo civil tal solução teria efeito inverso.

Ao lado da defesa da fixação pelo legislador do tempo razoável para a duração do processo penal, cogita-se, na esfera do processo civil, buscar uma compensação indenizatória pelo “dano processual”, no qual a fixação de prazo razoável se mostra impraticável, principalmente ainda mais nos casos em que a parte fica sujeita a responder ou buscar o reconhecimento de seu direito pelo processo de conhecimento, pelo processo de execução, pelos tantos incidentes processuais e até por um novo processo de conhecimento nos embargos da execução, tudo antes de poder vislumbrar a realização do seu direito.

A doutrina não olvida também que, tanto no processo penal como no processo civil, devemos levar em conta os diferentes graus de complexidade dos casos em exame para julgamento, e que o desenvolvimento do processo depende muito da atividade processual do interessado, muitas vezes interessado na demora da conclusão do processo pela falta do próprio direito material que nele busca. Depende, substancialmente, também da atividade e da conduta das autoridades judiciárias, no que se incluem os juízes, os promotores e os servidores e auxiliares da justiça.

Pastor<sup>226</sup> defende que a atividade jurisdicional no processo penal é uma forma de intervenção do Estado na vida do cidadão e, como toda a atividade estatal deve ser regulada por outros mecanismos “metajudiciais”, afirmando que não há motivo algum para confiar aos juízes a determinação do prazo máximo razoável de duração do processo penal, o que também pode ser transposto para o processo civil ou para o trabalhista, já que o estado de direito democrático veda a

---

<sup>226</sup>PASTOR, Daniel apud LOPES JR, Aury. A (de) mora jurisdicional e o direito de ser julgado em um prazo razoável no processo penal. In Boletim IBCCRIM, São Paulo: 2005, Julho, ano 13, n. 153.

utilização de meios próprios para se fazer justiça e sujeita os cidadãos ao aguardo da solução a ser dada na lide pelo Poder Judiciário.

Adotando timidamente a linha da solução sancionatória, através da previsão da aplicação de punição aos servidores responsáveis pela demora processual, incluindo juízes e promotores, inseriu-se a alínea “e”, no inciso II do art. 93 da Constituição Federal, através da EC 45/2004, o que nos parece ser mero instrumento paliativo, com a finalidade precípua de dar uma satisfação à sociedade que, há tanto tempo, clama por uma Justiça mais verdadeiramente próxima das necessidades do povo, e quando a morosidade da justiça vem sendo identificada como a causadora da desilusão e do descrédito dos cidadãos em face do Poder Judiciário.

É preciso que o princípio da tempestividade da tutela jurisdicional impregne todo o sistema normativo processual e seja direcionador da conduta de todos os envolvidos na relação jurídica processual, na atividade jurisdicional, desde a elaboração das proposições normativas que regulam o desenvolvimento do processo.

Em razão da relevância deste ponto para as conclusões deste trabalho, já que a demora na prestação jurisdicional vai afetar seriamente o direito de acesso do cidadão a um processo justo e comprometer a eficácia da prestação jurisdicional, retornaremos ao tema no próximo capítulo, quando procuraremos identificar as causas que obstaculizam a realização do direito ao processo justo e refletir sobre os caminhos que podem ser adotados para minimizar os efeitos de tais obstáculos.

### **3 A GARANTIA DE ACESSO À JURISDIÇÃO E O DIREITO AO PROCESSO JUSTO**

#### **3.1 O PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DO ACESSO À JUSTIÇA**

Em uma breve análise histórica sobre a evolução do conceito do acesso à justiça, encontramos a essência de seu significado ligada à idéia do acesso à ordem jurídica, pois desde as primeiras normas escritas já se pode identificar a existência de importantes garantias que visavam assegurar a proteção dos mais fracos, impedindo a opressão pelos mais fortes. Cite-se, como exemplo, o Código Hamurabi que continha garantias de proteção às viúvas, aos órfãos e aos homens oprimidos pelo poder dos governantes<sup>227</sup>.

A evolução da idéia de justiça sempre esteve ligada à preocupação com a prática do acesso formal à ordem jurídica e isto pode ser identificado desde o período da Grécia Antiga, quando, em Atenas, surgiu a idéia de se conceder Assistência Judiciária aos necessitados e se nomeavam advogados para prestar assistência jurídica aos considerados pobres e carentes, como resultado do reconhecimento da necessidade da presença de advogados para o equilíbrio das partes em litígio, já havendo, naquela época, legislação prevendo patrocínio gratuito aos necessitados.

---

<sup>227</sup> CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro. **Acesso à justiça: juizados especiais cíveis e ação civil pública: uma nova sistematização da teoria geral do processo**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 5-6.

Foi a Grécia também o berço das primeiras discussões filosóficas sobre o conceito de direito, cabendo ao filósofo Aristóteles as formulações iniciais daquilo que hoje compreendemos como Teoria da Justiça. Valeu-se dos conceitos de Pitágoras para trazer da matemática e da aritmética as reflexões sobre pesos, medidas de igualdade e de proporcionalidade e para o campo da filosofia, situando a questão da proporcionalidade sob o ponto de vista da igualdade de razões<sup>228</sup>.

Foi este grande filósofo da antigüidade quem primeiro falou na possibilidade de o juiz adaptar a lei ao caso concreto e fez surgir também o conceito de que a igualdade consiste em tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, na exata medida de suas desigualdades. Aristóteles considerou o eqüitativo como valor superior à justiça, porque, através deste conceito, se poderia ultrapassar e corrigir a própria lei escrita.

Durante todo o período medieval, a idéia de acesso à justiça também se desenvolveu ao lado do conceito de justiça, predominando, então, a concepção religiosa do direito e do homem justo, segundo a sua fé e os valores de seu coração. Isso, até que tais conceitos religiosos se tornaram insuficientes para justificar a necessidade de organização social da época, ante o desgaste das lutas de classes e de poder empreendidas, levando o homem a uma revisão do pensamento greco-romano e fazendo surgir o movimento de volta ao passado, denominado Renascimento.

A Renascença surge, então, no limiar do período moderno (Século XV) e, sendo um fenômeno histórico, rompe com a idéia de teocentrismo do período anterior, alimentado por verdades e valores revelados pelos deuses e traz a retomada de consciência do homem de que é ele o centro da atenção das ciências, o que lhe permite a livre expressão de sua força criadora e permite o desenvolvimento do individualismo que marca fortemente este período e o seguinte.

---

<sup>228</sup>Ibidem.

O período moderno é fortemente marcado pela difusão da idéia de limitação do poder dos governantes e pelo desenvolvimento da visão humanista e racionalista do direito. Surge a Escola Clássica do Direito Natural com o reconhecimento de que a natureza humana é a fonte do direito natural e que o exercício do poder deve ter, como finalidade, a felicidade do homem. É, nesse período, que a Inglaterra consolida, então, com a Revolução Gloriosa de 1689, as idéias básicas da referida Escola de Direito Natural, limitando o poder real, com forte influência de Locke.

A visão humanista e racionalista do direito avança no século seguinte se espalhando pelo mundo e levando ao movimento da independência das colônias norte-americanas contra a corôa britânica e, logo após, à Declaração dos Direitos da Virgínia, documento no qual se inserem, precursoramente, os direitos do acusado em julgamento<sup>229</sup>, anunciando a consagração de direitos fundamentais do homem.

Desencadeia-se, então, o fenômeno da universalização dos direitos do homem, com a Revolução Francesa, a teoria da separação dos poderes, o princípio da legalidade numa visão individualista de especial proteção da propriedade e da autonomia privada. O direito consagra, então, a previsão de uma absoluta igualdade entre os homens e estabelece a exclusão do Estado da atividade privada e dos assuntos que digam respeito à sociedade. Contudo, essa igualdade estabelecida na lei é meramente formal e utópica.

A formulação de Estado Liberal traz a despreocupação ou mesmo o descaso total dos governantes com o fortalecimento e o prestígio do Poder Judiciário e, conseqüentemente, com a idéia e a prática do acesso à Justiça, gerando o paradoxo de uma previsão formal de igualdade entre os homens e de uma realidade diversa, na qual muitos homens, vítimas de lesões de direito, se encontram sem condições de acesso à justiça pelas mais diversas razões, que poderiam variar desde a falta de consciência de seus direitos a falta de meios

---

<sup>229</sup>Declaração de Direitos da Virgínia, Seção VIII: “Em todos os processos criminais o acusado tem o direito de conhecer a causa e a natureza da acusação, de ser acareado com as testemunhas e acusadores, de citar testemunhas de defesa e de obter um pronto julgamento por um júri imparcial (...)”. Apud CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro. **Acesso à justiça:** juizados especiais cíveis e ação civil pública: uma nova sistematização da teoria geral do processo. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 15.

materiais de acesso a uma assistência jurídica ou judiciária e, ainda, de uma falta de compromisso do Estado com a realização desses direitos individuais.

O aspecto econômico do estado liberal do século XIX e início do século XX traz à tona as grandes desigualdades sócio-econômicas, gera acúmulo de riquezas por determinada classe dominante e desnuda a questão social, exigindo uma reação que faz surgir o Estado Social, no qual o Estado intervém para assegurar a igualdade material dos homens e não mais a igualdade puramente formal e utópica concebida pelo liberalismo. Enfim, busca, ideologicamente, propiciar aos mais desfavorecidos o acesso aos bens: cultura, saúde, escola e reflete, fortemente, essa busca da igualdade na ordem jurídica vigente<sup>230</sup>.

O realce dos valores da justiça e da equidade levam a uma visão crítica do positivismo radical, que perde prestígio e cede lugar aos movimentos do Período Contemporâneo ligados à idéia da necessidade de interpretação da lei segundo princípios gerais do direito, vinculada aos fins sociais a que se destina e às exigências do bem comum, dando margem à atuação hermenêutica do julgador nos casos concretos em busca da realização da justiça.

Essa nova postura do aplicador do direito na contemporaneidade, que busca superar o modelo de julgador conservador e adepto do positivismo normativista radical, é que traz à baila novamente a idéia de ampliação do conceito de acesso à justiça e nos permite não só colocar o tema no ponto de partida da busca incessante pela realização da justiça, mas e também no ponto de chegada, com a preocupação na realização do próprio direito, já que temos uma clara convicção e defendemos a idéia de que não se faz justiça apenas com a declaração ou o reconhecimento dos direitos, mas sim e somente com a concretização desses direitos.

Parece ser esta também a preocupação principal do operador do direito de hoje, pois é inadmissível se contentar com a mera declaração de direitos humanos, destituídos de garantias eficazes para a sua concretização.

---

<sup>230</sup>CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro. **Acesso à justiça**: juizados especiais cíveis e ação civil pública: uma nova sistematização da teoria geral do processo. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 21.

Nos séculos dezoito e dezenove, toda a atenção do mundo jurídico, tanto na Europa como nas Américas, era voltada para a positivação das declarações dos direitos humanos, para a imposição de limites aos abusos e correção dos desvios da finalidade do Estado e, uma vez universalizados esses direitos, inicialmente com feição de direitos individuais, e, depois, assumindo caráter coletivo, desenvolveu-se o movimento de reconhecimento da necessidade de uma atuação positiva do Estado no sentido de assegurar o gozo dos direitos tidos como direitos sociais básicos.

É dentro desta nova era que o direito de acesso efetivo à justiça ganha atenção especial e se desenvolve com o reconhecimento progressivo de sua importância capital entre os novos direitos individuais e sociais, pois, conforme afirma Capelletti: "...a titularidade de direitos é destituída de sentido, na ausência de mecanismos para sua efetiva reivindicação<sup>231</sup>".

Autor de um profundo estudo sobre o tema do Acesso à Justiça, Capelletti<sup>232</sup>, trata da evolução histórica do conceito teórico do acesso e do significado do acesso efetivo à justiça (e não meramente formal) e identifica as soluções práticas, buscadas ao longo da história recente, para a superação desses problemas e menciona as fases, que ele denomina de "ondas", desse movimento. Claramente, o estudo indica que se encontra superada a fase da "primeira onda" desse movimento, centrado, à época, na preocupação do Estado em fornecer assistência judiciária para os pobres e permitir-lhes o acesso formal ao órgão jurisdicional; na "segunda onda", passa pelo enfrentamento do problema de representação dos interesses, com o surgimento dos novos direitos coletivos e

---

<sup>231</sup>CAPELLETTI, Mauro; GARTH Bryant. **Acesso à justiça**. Tradução: Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988, p. 11.

<sup>232</sup>O Professor Italiano Mauro Capelletti coordenando importante Instituto de Pesquisas em Florença exerceu forte influência no movimento de democratização do acesso à Justiça, efetuando uma série clássica de estudos doutrinários sobre a Justiça e o Poder Judiciário, em suas dimensões ideológicas e sociais e desenvolveu a pesquisa sobre a situação do acesso à justiça em diversos países, relatando a situação global com acuidade peculiar. Divulgou o resultado desses estudos, com conclusões e sugestões (as três famosas ondas renovatórias), na sua obra escrita em parceria com Bryant Garth, denominada *Acess to justice*, em quatro volumes (Milão: Giuffrè-Sigthoff, 1978), desencadeou um movimento mundial de busca pelo acesso à justiça e hoje, 20 anos depois, ainda é obra fundamental no estudo do tema. Em nosso idioma, outro livro de leitura obrigatória dos mesmos autores é *Acesso à Justiça* (Trad. Por Ellen Gracie Worthfleek. Porto Alegre: Fabris, 1988). Apud CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro. **Acesso à justiça: juizados especiais cíveis e ação civil pública: uma nova sistematização da teoria geral do processo**. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 26, nota 60.

difusos, e desemboca na fase mais recente, na “terceira onda” , na qual se busca desenvolver idéias de ataque e superação das barreiras do acesso, de um modo mais articulado e compreensivo do problema da efetividade.

Assim, na contemporaneidade, a idéia de acesso à ordem jurídica ou acesso à justiça significa o direito de buscar a proteção judiciária, recorrendo ao Poder Judiciário para a solução de um conflito de interesses. E, nesta acepção, segundo José Afonso da Silva<sup>233</sup>, a expressão *acesso à justiça* tem um sentido institucional e se encontra insculpido no inciso XXXV do art. 5º. da CF/88, com o estabelecimento da inafastabilidade da apreciação do Poder Judiciário de qualquer lesão ou ameaça de direito. O alcance do dispositivo constitucional é dirigido tanto ao legislador ordinário como ao próprio Poder Público e, também, a todo e qualquer cidadão, afirmando o direito fundamental do homem de provocar o pronunciamento do Poder Judiciário para qualquer lesão ou ameaça que possa sofrer na sua esfera de direitos.

Contudo, seu significado seria de enorme pobreza se entendido apenas nesta acepção institucional, pois quem recorre ao Poder Judiciário espera e confia que a missão dela é julgar e ministrar a justiça como valor e não se satisfaz com a mera solução das lides do ponto de vista puramente processual.

Em outras palavras, diz o autor, quem busca o pronunciamento do Poder Judiciário espera um julgamento justo para o seu conflito de interesses e não apenas uma solução processual, já que um dos fundamentos constitucionais do Estado, República Federativa do Brasil, expresso no art. 2º. da CF/88 é a construção de uma sociedade justa, importando na exigência de que a atividade jurisdicional seja guiada para a busca de soluções justas para as lides:

Cada sentença há que constituir um tijolo nessa construção da sociedade justa. E a justiça aqui há de ser aquele valor supremo de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceito que nos promete o “Preâmbulo” da Constituição. Montesquieu já dizia que não haveria liberdade se o poder de julgar não fosse separado dos outros poderes. Hoje, quer-se muito mais do Poder Judiciário, requer-se que ele seja efetivo guardião dos

---

<sup>233</sup>SILVA, José Afonso da. **Poder Constituinte e poder popular**: estudos sobre a constituição. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 150.

direitos fundamentais da pessoa humana, sem o que a justiça não se realizará<sup>234</sup>.

Neste sentido é que Watanabe afirmou que a problemática do acesso à justiça não pode ser estudada nos acanhados limites do mero acesso aos órgãos judiciais já existentes, pois já não se trata apenas de possibilitar o acesso à justiça enquanto instituição estatal, e sim de viabilizar o acesso à “ordem jurídica justa”<sup>235</sup>. Esta feliz expressão acabou por ser consagrada entre os doutrinadores modernos que já não admitem mais o estudo do direito fundamental de acesso à justiça sem o enfoque de que, além de acessível a todos, o sistema jurídico deve produzir resultados individual e socialmente justos.

Aliás, Capelletti<sup>236</sup>, em importante estudo sobre o assunto, já reconhecera que a expressão *acesso à justiça*, que dá nome à sua obra, era de difícil definição e servia para determinar duas finalidades básicas dos sistema jurídico: a primeira, a acessibilidade e a outra, a produção de resultados justos. Deixa claro que, em sua análise, enfoca o primeiro aspecto, embora não possa perder de vista o segundo, que é a finalidade da própria justiça.

Do ponto de vista da acessibilidade, já se encontra superada, como acima exposto, a limitada visão de preocupação apenas com a garantia do acesso formal aos órgãos jurisdicionais, através do oferecimento de serviços gratuitos de assistência jurídica aos necessitados e isenção de preparo das custas prévias processuais àqueles que, comprovadamente ou presumidamente, não possam arcar com tais despesas sem desfalque do que necessitam para a própria subsistência. Não se olvida, entretanto, da importância de tais medidas que ocuparam as reflexões dos juristas, na “primeira onda” da discussão do acesso à justiça.

Ora, é evidente que, sendo a capacidade postulatória um dos pressupostos processuais de validade da relação jurídica processual e cabendo ela tão

---

<sup>234</sup>Ibidem, p. 150-151.

<sup>235</sup> WATANABE, Kazuo. Acesso à justiça e sociedade moderna. **Participação e processo**. Revista dos Tribunais: São Paulo, 1988 p. 128.

<sup>236</sup>CAPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. Tradução: Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988, p. 8.

somente à pessoa do advogado, considerado, pela norma constitucional do art. 133 CF/88, como figura essencial e indispensável à administração da justiça, adotou o Brasil o princípio da imprescindibilidade do advogado em juízo, não se admitindo o *jus postulandi* a qualquer pessoa, exceto em casos excepcionais como o da impetração do remédio constitucional de *Habeas Corpus* ou de atuação em Juizados Especiais Cíveis até certo valor. Assim, diante de tal exigência da norma constitucional, ocorreu óbvio desequilíbrio nas condições reais de igualdade dos homens, embora formalmente iguais perante a lei, e coube ao próprio Estado oferecer solução para equilibrar as desigualdades sociais, o que se fez com a instituição da prestação dos Serviços de Assistência Jurídica e Judiciária Gratuita, através dos órgãos públicos, o que foi regulamentado pela Lei 1.060/50 (Lei da Assistência Judiciária).

A preocupação com a “assistência judiciária”, no Brasil, surgiu no texto da Constituição de 1934 e a proteção desse direito restou inserida entre os “Direitos e Garantias Individuais”, no art. 113, n.º. 32, *in verbis*: “A união e os Estados concederão aos necessitados assistência judiciária, criando, para esse efeito, órgãos especiais, e assegurando a isenção de emolumentos, custas, taxas e selo”.

A Carta Constitucional de 1937 foi omissa quanto a esse tema, contudo, o Código de Processo Civil de 1939, nos seus artigos 68 e seguintes, versou sobre o tema e sobre os pressupostos do direito ao benefício da gratuidade, a ser pleiteado perante o juiz competente para a causa, mediante justificativa de rendimentos e despesas e comprovação do estado de pobreza, mediante atestado a ser expedido pela autoridade policial da circunscrição da residência do interessado ou pelo serviço de assistência social. O benefício poderia ser concedido total ou parcialmente e abrangeria a isenção de taxas judiciárias e dos selos e emolumentos da justiça, despesas com publicações em jornais para divulgação dos atos judiciais, indenizações devidas a testemunhas, honorários de advogados e perito, bem como custas dos oficiais de justiça, porteiros dos auditórios e outros serventuários.

O advento da Constituição de 1946 assentou princípios sociais democráticos e trouxe, em nível constitucional, novamente, a questão da assistência judiciária, ao estabelecer, dentre os “Direitos e Garantias Individuais”, no seu artigo 114, parágrafo 35 que: “O Poder Público, na forma que dispuser a lei, concederá assistência judiciária aos necessitados”. Foi nesse contexto constitucional que entrou em vigor a mencionada Lei 1.060/50, que definiu como necessitado toda pessoa “cuja situação econômica não lhe permita pagar as custas do processo e honorários advocatícios, sem prejuízo do sustento próprio ou da família”(art. 2º. Parágrafo Único).

As alterações posteriores desse diploma legal, que, de início, reproduzia o modelo adotado pelo Código de Processo Civil de 1939, ocorreram para dispensar a prova da necessidade nos casos em que puder ser ela presumida, pela simples afirmação da parte. Entretanto, a presunção era relativa (*juris tantum*), posto que admitia ser contrariada, por prova produzida pela outra parte, em autos apartados. Além disso, firmou-se sólida jurisprudência no sentido de que pode o magistrado indeferir o benefício da gratuidade àquele que afirma pobreza, se puder aferir, por elementos dos autos, que a pessoa não goza do estado de necessidade que afirma.

Com a Constituição de 24.01.1967 e a Emenda n. 01 de 17.10.1969 não alterou o conteúdo da previsão já contida na Carta anterior e, somente com a Constituição de 5.10.1988 voltou o legislador constituinte a ampliar a abordagem do tema, consagrando, no inciso LXXIV do art. 5º., que: “O Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos”. Além deste dispositivo de estabelecimento de direito fundamental, consignou o legislador constituinte que o dever de prestação da assistência judiciária ficou afeto à Defensoria Pública, tratada como instituição essencial à função jurisdicional do Estado, nos termos do art. 134 e Parágrafo Único da mesma Carta Constitucional.

Com o advento do novo texto constitucional, ocorreu o fenômeno da recepção da lei ordinária que havia regulamentado a assistência judiciária, firmando-se o entendimento favorável à aceitação da simples afirmação de pobreza como

elemento de presunção da necessidade, desde que não contrarie outros elementos de convicção do magistrado constantes dos autos. Apesar disso, há corrente que, por causa da redação do dispositivo constitucional que fala em comprovação da insuficiência de recurso do requerente, entenda haver necessidade de se provar o estado de pobreza. Não é, contudo, o que tem prevalecido.

Mas o aspecto da acessibilidade pressupõe, segundo Carneiro<sup>237</sup>, a existência de pessoas, num sentido *lato* (sujeitos de direito), capazes de estar em juízo, sem óbice de natureza financeira e, acreditamos, também, sem óbice de qualquer outra natureza, manejando adequadamente os instrumentos legais judiciais e extrajudiciais existentes, de modo a possibilitar, na prática, a efetivação dos direitos consagrados. Esta capacidade de estar em juízo passa pela primeira questão, a de não possuir o sujeito informação sobre os seus próprios direitos, pois é quase certo que o indivíduo excluído socialmente também se achará excluído culturalmente e, via de regra, sequer conhecerá que é sujeito titular de direitos, passíveis de serem exigidos em juízo, por isso sofre a seqüela da lesão de direito, sem nem mesmo ter tido a oportunidade de saber que poderia gozar dos benefícios de uma assistência jurídica e judiciária gratuita para a postulação dos seus interesses lesados em juízo.

Dessa forma, o direito à informação se apresenta como elemento essencial para garantir o acesso à justiça em países em desenvolvimento, como o Brasil, e se mostra tão importante quanto ter um advogado gratuito ou um defensor público, pois além da pobreza econômica, o não abastado sofre de carência de informação: “Trata-se de pessoas que não têm condições sequer de ser partes – os 'não-partes' são pessoas absolutamente marginalizadas da sociedade, porque não sabem nem mesmo os direitos de que dispõem ou de como exercê-los”<sup>238</sup>.

O outro elemento para garantir a acessibilidade está relacionado, segundo o mesmo autor, com a indicação da legitimação adequada para a efetiva defesa dos direitos. Tradicionalmente, o titular do direito material lesado sempre se

---

<sup>237</sup>CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro. **Acesso à justiça:** juizados especiais cíveis e ação civil pública: uma nova sistematização da teoria geral do processo. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 58.

<sup>238</sup>Ibidem, p. 58.

apresentou como o mais adequado para desempenhar a defesa de seus direitos, contudo, com o reconhecimento dos direitos individuais homogêneos, diante da evidência da pobreza de nosso país e da clara superioridade dos adversários em litígios dessa ordem, fez repensar a teoria tradicional para se reconhecer que não é o titular do direito individual homogêneo a pessoa mais adequada para a sua defesa, nem individualmente e nem coletivamente. No campo do direito difuso e coletivo, já é certo que o titular individualmente considerado de uma porção desses direitos indivisíveis não é a pessoa mais adequada para a sua defesa em juízo, sendo mais adequada a legitimação dos titulares de tais direitos coletivamente considerados<sup>239</sup>.

De acordo com Bezerra Leite<sup>240</sup>, o problema do acesso coletivo à justiça tem sido objeto de estudos em diversos países, sendo possível identificar três sistemas que apresentam diferentes soluções: o publicista, no qual a legitimação para defender interesses metaindividuais é confiada aos órgãos públicos; o privatista, que confere a letigimação à iniciativa de particulares, ou seja, dos próprios indivíduos; o associacionista, fundado no reconhecimento da capacidade de grupos ou associações privadas para representar, em juízo, os interesses públicos ou metaindividuais. Este último, de início, era restrito a matérias de conflito de trabalho, mas atualmente, ampliou-se para abranger matérias de proteção ao meio ambiente e ao consumidor. Afirma aquele autor, ainda, que o direito brasileiro parece ter adotado solução eclética, pois hamonizou os três sistemas e conferiu legitimação: a) aos órgão públicos, com destaque para o Ministério Público, nas ações civil-públicas ou coletivas, destinadas à defesa dos interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos; b) às associações civis, para a promoção das ações coletivas; c) ao cidadão, na ação popular que tenha por escopo a defesa do patrimônio público, histórico e cultural e da moralidade administrativa.

Há muito se nota uma tendência legislativa de ampliação e regulamentação desses novos direitos, denominados de direitos fundamentais de terceira

---

<sup>239</sup>CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro. **Acesso à justiça: juizados especiais cíveis e ação civil pública: uma nova sistematização da teoria geral do processo**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 59.

<sup>240</sup>LEITE, Carlos Henrique Bezerra. **A legitimação do ministério público do trabalho para promover a ação civil pública em defesa dos interesses individuais homogêneos no direito processual do trabalho brasileiro**. Dissertação de Mestrado. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica, 2001.

geração, ou melhor, de terceira dimensão, já que não se pode cogitar de qualquer ordem cronológica entre os direitos fundamentais, sendo preciso, cada vez mais, ampliar o sistema de proteção jurídica desses direitos metaindividuais. Isso já vem sendo feito com significativas mudanças paradigmáticas no direito processual, que rege as ações coletivas, caminhando sempre na direção da maior proteção desses novos direitos. São novas e modernas regras que regulamentam as questões da legitimidade, ônus probatório, procedimentos e institutos jurídicos reformulados para essa atual perspectiva. Enfim, este tema já foi alvo das reflexões dos juristas sobre o acesso à justiça naquilo que Capelletti denominou de “segunda onda”, conforme antes mencionamos e é sempre atual quando se fazem reflexões sobre o tema com enfoque no aspecto da acessibilidade.

Ultrapassado o exame do aspecto da acessibilidade ao Poder Judiciário, apontado, como focalizamos acima, por Capelletti, como um dos sentidos da expressão “acesso à justiça” e também como uma das finalidades do próprio ordenamento jurídico, estabelece-se a relação jurídica processual, na qual o processo, como instrumento, em movimento ordenado de atos em direção ao fim almejado, que é a prestação da jurisdição, deve se desenvolver de acordo com os princípios constitucionais do processo, em observância à cláusula do *due process of law*. Toda esta atividade é informada pelo princípio que Carneiro<sup>241</sup> denomina de operosidade e que significa que todas as pessoas que participam da atividade judicial ou extrajudicial, para a solução do litígio, devem atuar da forma mais produtiva e ética possível, capaz de assegurar o efetivo acesso à justiça.

Assim, temos que, para garantir o resultado de um processo justo, ou seja, o verdadeiro acesso à ordem jurídica justa, é indispensável que ocorra uma atuação ética de todos os partícipes da atividade judicial e extrajudicial, bem como a utilização dos instrumentos e institutos processuais, visando obter o melhor resultado possível. Neste aspecto, entra em exame o comportamento ético individual de todos quantos participam do processo, desde as partes,

---

<sup>241</sup>CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro . **Acesso à justiça:** juizados especiais cíveis e ação civil pública: uma nova sistematização da teoria geral do processo. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 63.

advogados, Juiz, Promotor, serventuários, peritos, testemunhas ou informantes, em face do que o art. 339 do CPC estatui: “Ninguém se exime do dever de colaborar com o Poder Judiciário para o descobrimento da verdade”.

E vale registrar a lição de Theodoro Junior, a respeito:

A realização da justiça é um dos objetivos primaciais do Estado Moderno. O poder de promovê-la inscreve-se entre os atributos da soberania e para todo o cidadão surge, como um princípio de direito público, o dever de colaboração com o Poder Judiciário na busca da verdade. Trata-se de uma sujeição que atinge não apenas as partes, mas a todos que tenham entrado em contato com os fatos relevantes para a solução do litígio<sup>242</sup>.

Há um ideário de justiça, sempre perseguido pelo direito, de acordo com os valores que o ordenamento jurídico elegeu e consagrou para o povo, em certa época. Confia o cidadão em que o Poder Judiciário desempenhará a função estatal de dizer o direito, com a imparcialidade e com a presteza que lhe garantem as normas constitucionais. Acredita, também, que os agentes deste Poder (os magistrados) serão capazes de identificar e de rechaçar todo e qualquer obstáculo que se interponha no caminho da busca pela solução justa do litígio, o que somente se obterá com a sentença. O princípio da operosidade do processo deve ser observado por todos, e os desvios de conduta ética, bem como os abusos processuais, a má-fé processual e outras condutas reprováveis dos partícipes da atividade judicial devem ser coibidas pelo magistrado, assim como os desvios de conduta, as omissões e os abusos do próprio magistrado devem ser coibidos pelos órgãos disciplinares da Magistratura, Corregedoria da Justiça e, agora, pelo novel Conselho Nacional de Justiça. Tudo isso em consonância com as diretrizes traçadas pela Emenda Constitucional n. 45, aprovada e regulamentada há menos de um ano, que denotando os anseios do povo quanto a uma mais clara e transparente atuação deste Poder, resultaram nas regras recentemente denominadas de “reforma do Judiciário”.

Já se cogita da existência de uma quarta onda, no desenvolvimento do tema do acesso à justiça e na análise dos problemas dele derivados, na qual se expõem as dimensões ética e política da administração da justiça e se encaram novos

---

<sup>242</sup>Apud CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro . **Acesso à justiça: juizados especiais cíveis e ação civil pública: uma nova sistematização da teoria geral do processo**. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 64.

desafios para a responsabilização profissional dos personagens da atividade judiciária e também para a condução do ensino jurídico.

Se o processo se apresentar como instrumento para obtenção da prestação jurisdicional acessível a todos e operoso, na medida em que espelhar a atuação ética de todos quantos dele participam e, ainda, o manejo adequado de todos os instrumentos processuais e institutos, sem abusos ou omissões por parte de quem quer que seja, teremos um processo justo, adequado ao devido processo legal, mas apenas no seu aspecto processual (*procedural due of law*). O respeito absoluto à garantia fundamental de acesso à justiça, ou acesso à ordem jurídica justa, somente se consubstanciará quando a sentença que soluciona o conflito de interesses, proferida de acordo com o direito material justo, segundo os valores eleitos pelo ordenamento vigente, for integralmente cumprida pelos meios coercitivos ou substitutivos do Estado, caso não tenha sido espontaneamente atendido o comando sentencial. Antes disso ou frustrado tal objetivo, a qualquer momento, seja qual for a causa da frustração, a ineficácia do julgado se traduzirá em negativa do direito fundamental de acesso, pois também cabe ao Poder Judiciário garantir a eficácia dos julgamentos como corolário daquele direito fundamental, sendo certo que de nada vale uma sentença judicial descumprida. Não haverá nem segurança jurídica, nem paz social, nem tampouco respeito ao direito constitucional em questão, denominado direito de acesso à justiça.

### 3.2 A TEORIA DO GARANTISMO E A SUA APLICAÇÃO NO PROCESSO CIVIL

O garantismo, desenvolvido, na sua versão contemporânea, por Luigi Ferrajoli, na Itália, propõe-se a reconduzir as instituições do Estado à garantia dos Direitos Fundamentais, fornecendo aos magistrados um suporte teórico para a sua função de controle, além da função própria do poder judicante<sup>243</sup>. Trata-se de uma derivação da teoria garantista penal que nasceu e se desenvolveu sob o ideal iluminista, na época da Ilustração.

---

<sup>243</sup>CADERMATORI, Sérgio. **Estado de direito e legitimidade**: uma abordagem garantista. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999, p. 71.

A teoria se funda, em nível epistemológico, na pessoa como o centro da preocupação do direito, em nome de quem deve ser constituído o direito e a quem deve a ciência servir. Pela teoria garantista se pode explicar o modelo ideal de Estado de Direito, como uma estrutura hierarquizada de normas que contém limitações do exercício do poder político e ao qual devem aproximar-se os reais Estados de Direito, sob pena de deslegitimação. Assim, a teoria se propõe a postular a presença permanente e intensa dos valores que devem ser perseguidos pelo Estado de Direito, regido pelo princípio da legalidade, enquanto finalidades do próprio direito, quais sejam: a dignidade humana, a paz, a liberdade plena e a igualdade substancial.

Funda-se na inspiração política liberal, concebida no seu sentido rigorosamente negativo, ou seja, com a proposta de ausência de interferência externa, seja do poder estatal ou do poder econômico, de forma a privilegiar a liberdade. O Estado e o Direito não são vistos como valores em si mesmos, mas sim como instrumentos que perseguem, nos casos concretos, fins extrajudiciais úteis, desejáveis ou politicamente justos<sup>244</sup>.

Assim, para Ferrajoli, o garantismo, em sua primeira acepção, designa um modelo normativo de Direito, próprio do Estado de Direito, entendido em três planos:

... el plano epistemológico se caracteriza como un sistema cognoscitivo o de poder mínimo, en el plano político como una técnica de tutela capaz de minimizar la violencia y de maximizar la libertad y en el plano jurídico como un sistema de vínculos impuestos a la potestad punitiva del Estado en garantía de los derechos de los ciudadanos.<sup>245</sup>

Este modelo normativo de direito corresponde, no direito penal, ao modelo de “legalidade estrita”, que resulta da adoção de axiomas ou princípios axiológicos fundamentais não derivados entre si, o que permite a verificação das eventuais antinomias entre as normas inferiores e princípios superiores constitucionais, bem como permite verificar as incoerências entre as práticas institucionais efetivas e

---

<sup>244</sup>CADERMATORI, Sérgio. **Estado de direito e legitimidade**: uma abordagem garantista. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999, p. 74.

<sup>245</sup>FERRAJOLI, Luigi apud CADERMATORI. *Ibidem*, p. 76. (...no plano epistemológico caracteriza-se como um sistema cognoscitivo ou de poder mínimo, no plano político como uma técnica de tutela capaz de minimizar a violência e de maximizar a liberdade e no plano jurídico com um sistema de limites impostos ao poder punitivo do Estado na garantia dos direitos dos cidadãos. Tradução nossa.)

as normas legais, podendo-se então aferir o grau de garantismo do sistema normativo em questão, o que equivale a aferir o grau de efetividade da norma constitucional<sup>246</sup>.

Um sistema jurídico é mais garantista quando consegue diminuir a distância entre o texto da norma e a sua aplicação ao mundo dos fatos. Muitas outras teorias do direito também se preocupam com este tema e o garantismo busca uma melhor adequação dos acontecimentos às prescrições normativas, diante da constatação de que há um descompasso entre a normatização estatal e as práticas políticas do próprio Estado que deveriam estar fundadas nessas prescrições.

Na obra de Ferrajoli<sup>247</sup>, o garantismo é identificado na sua primeira acepção como “um modelo normativo de direito”, estruturado a partir do princípio da legalidade, visto como a base do Estado de Direito e capaz de minimizar a violência e maximizar a liberdade do indivíduo.

No plano jurídico, o garantismo valoriza o sistema de proteção aos direitos dos cidadãos, impondo ao próprio Estado, que tradicionalmente tem o poder pleno de criar todo o direito, uma limitação garantista à sua “potestade punitiva”, pois o Estado deve respeitar o sistema de garantias que lhe cabe efetivar e só assim se pode falar em Estado Constitucional de Direito<sup>248</sup>.

Os modernos Estados de Direito consagram, como já dito em diversas oportunidades neste trabalho, direitos fundamentais do homem que, na prática, não vêm sendo aplicados, fazendo saltar aos olhos do jurista esta incapacidade do Estado de fazer cumprir os preceitos fundamentais e resolver os problemas advindo desse descumprimento. As teorias do direito se dedicam ao estudo de tais problemas, sem solução, e a teoria do garantismo parece apontar que

---

<sup>246</sup>Segundo Ferrajoli, pode ser caracterizado como garantista, cognitivo ou de estrita legalidade, o sistema penal que inclui, pelo menos, dez princípios axiológicos fundamentais: A1 Nulla poena sine crimine; A2 Nullun Crimen sine lege; A3 Nulla lex (poenalis) sine necessitate; A4 Nulla necessitas sine injuria; A5 Nulla injuria sine actione; A6 Nulla Actio sine culpa; A7 Nulla culpa sine iudicio; A8 Nullun iudicio sine accusatione; A9 Nulla acusatio sine probatione; A10 Nulla probatio sine defensione. Apud CADERMATORI. Ibidem, p. 76.

<sup>247</sup>FERRAJOLI, Luigi. **Derecho y razón: teoría del garantismo penal**. Madri: Trotta ed., 2000, p. 851.

<sup>248</sup>cf. MAIA, Alexandre da. O garantismo jurídico de Luigi Ferrajoli: notas preliminares. **Jus Navigandi**, Teresina, a. 4, n. 45, set. 2000. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=17>>. Acesso em: 05.10.2005.

devemos buscar a solução da inefetividade dos direitos fundamentais nas práticas procedimentais do direito, a cada caso concreto, de forma diferente das tradicionais maneiras de observação e abordagem do fenômeno<sup>249</sup>.

Na atualidade, a doutrina identifica que a noção do direito dogmático se apresenta prejudicada pelo seu distanciamento dos problemas sociais que o Estado vem procurando enfrentar e o garantismo pode ser proposto como uma teoria de aproximação entre o social e o jurídico. Segundo MAIA<sup>250</sup>: “Então, a idéia do garantismo é, de um modo geral, a busca de uma melhor adequação dos acontecimentos do mundo empírico às prescrições normativas oficiais”.

As práticas efetivas (acontecimentos do mundo empírico) divergem dos preceitos normativos que compõem o ordenamento jurídico superior, e a ciência do direito não pode ignorar tal fato. Está, pois, detectada uma divergência entre normatividade e efetividade, e o garantismo se propõe a analisar a divergência e fazer uma aproximação entre a normatividade do sistema jurídico e a efetividade dos direitos declarados. Assim, um sistema estatal é tanto mais garantista quanto mais inclua instrumentos, mecanismos e institutos aptos a dar suporte, reparo, defesa e tutela das liberdades individuais e direitos sociais e coletivos. E o operador do direito “dir-se-á garantista quando dedica a sua atividade a aumentar o número ou a eficácia das estruturas e instrumentos oferecidos pelo sistema jurídico para tutelar e promover aquelas liberdades e aqueles direitos”<sup>251</sup>.

Trata-se, então, de focar a questão da tensão entre a norma constitucional, que confere direitos fundamentais, e as práticas efetivadas muitas vezes pelo próprio Estado, no desempenho de uma de suas funções estatais, no que se inclui a do Poder Judiciário, que nos interessa neste trabalho e de cuja atividade podemos extrair inúmeros atos de descumprimento e inaplicabilidade dos preceitos de direitos fundamentais do cidadão, por certo com numerosas

---

<sup>249</sup> Ibidem.

<sup>250</sup> MAIA, Alexandre da. O garantismo jurídico de Luigi Ferrajoli: notas preliminares. **Jus Navigandi**, Teresina, a. 4, n. 45, set. 2000. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=17>>. Acesso em: 05.10.2005 ..

<sup>251</sup> CADERMATORI, Sérgio. **Estado de direito e legitimidade**: uma abordagem garantista. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999, p. 87.

justificativas, mas que nem por isso deixam de caracterizar as inconstitucionalidades praticadas.

Lembramos, neste ponto, os dizeres do mestre Canotilho, antes mencionados neste trabalho, sobre a afirmação de que o reconhecimento da força normativa da Constituição significa o seu entendimento como lei vinculativa e que assim deve ser aplicada, dotada de efetividade e aplicabilidade. Parece-nos, pois, inconcebível que o Poder Judiciário, a quem cabe o exercício da jurisdição que o próprio Estado trouxe para si, com caráter de exclusividade, embora reconhecendo a força normativa da Constituição, como a lei superior e fundamento maior de todo o ordenamento jurídico, não se vincule permanentemente a ela, aplicando, integralmente, todos os seus preceitos, de modo a torná-la efetiva em todos os atos jurisdicionais praticados.

O exercício da jurisdição se dá através do processo, visto como instrumento da ação do Poder Judiciário, que se desenvolve segundo os princípios constitucionais traçados sob o comando da cláusula maior do *due process of law*, que encerra, em seu conteúdo, direitos e garantias constitucionais fundamentais, estando afeto ao Poder Judiciário efetivá-los nas práticas procedimentais.

A adoção das diretrizes e dos conceitos da teoria garantista e sua aplicação no desenvolvimento do processo civil permite ao julgador aferir, permanentemente, nas práticas efetivas de sua atuação e no controle da atuação de tantos quantos participem do processo, o respeito e a submissão à ordem constitucional estabelecida, no que concerne aos direitos fundamentais do homem, tão relevantes na área cível quanto na penal. Se o direito à vida e à liberdade são tutelados pelo ordenamento como absolutos, o direito à dignidade humana e o respeito aos valores e direitos da personalidade do homem também o são, conforme declara o próprio texto constitucional que elevou a dignidade do homem ao patamar de fundamento da República Federativa do Brasil, cabendo ao Estado, então, garantir ao homem tal posição.

### 3.3 OS CONCEITOS DE VALIDADE, VIGÊNCIA E EFICÁCIA DA NORMA NA TEORIA GARANTISTA

Numa outra concepção, o garantismo se apresenta como uma teoria jurídica, enquadrada no positivismo jurídico próprio do Estado moderno, mas como uma teoria positivista crítica, propondo conceitos próprios para as questões de “validade”, “vigência” e “eficácia” da norma, dessemelhantes dos conceitos tradicionais.

Com este significado ou aceção do garantismo, Ferrajoli designa uma teoria jurídica da validade e da efetividade das normas, como categorias distintas entre si. Define tais categorias em sentido diverso do da doutrina tradicional, pois, na visão tradicional, a noção de validade da norma coincide com a de sua existência jurídica, ou seja, com a de produto de procedimento previsto em norma superior, conforme teorias de Kelsen e Bobbio já citadas, além da de Hart e outros.

Entretanto, considerando que nos modernos Estados Constitucionais de Direito já foram incorporados à Constituição e, conseqüentemente, ao direito positivo os conteúdos e valores de justiça que se traduzem nos direitos fundamentais do homem, todas as normas do ordenamento que entram em vigor devem respeitar tais conteúdos, sob pena de serem declaradas nulas, por vício de inconstitucionalidade, gozando do prestígio de válidas apenas até a declaração de sua invalidade, por contrariedade às normas superiores.

A teoria do garantismo propõe nova definição para o conceito de validade jurídica da norma, ou seja, somente são consideradas válidas aquelas que substancialmente tenham validade de conteúdo de conformidade com o ordenamento e com as normas constitucionais superiores. Assim, a validade meramente formal, ou seja, o fato de ter sido emanada do órgão competente e estar em vigor, fica identificado pelo termo “vigência”, e o termo “validade” fica reservado para as normas vigentes cujo conteúdo respeita os conteúdos prescritos nas normas superiores.

O garantismo afirma, então, a existência do elemento formal e do elemento substancial no exame do critério da validade da norma, divergindo do conceito kelseano, que considera que a validade da norma se verifica na simples conformação da sua elaboração às diretrizes traçadas pelo sistema, através de outra norma que lhe é anterior e superior hierarquicamente.

O conceito de Bobbio<sup>252</sup> sobre a validade da norma é muito mais completo do que o conceito kelseano e se aproxima da conceituação moderna de validade adotada pelo garantismo, embora afirme que: “O problema da validade é o problema da existência da regra jurídica enquanto tal, independentemente do juízo de valor sobre ela ser justo ou não”. Ou ainda, que: “Validade jurídica de uma norma equivale à existência desta norma como regra jurídica”. Insta salientar, contudo, que o autor afirma que, para se decidir se uma norma é válida, ou seja, se, como regra jurídica, pertence a um sistema, é necessário realizar três operações:

- 1) Averiguar se a autoridade de quem ela emanou tinha o poder legítimo para emanar normas jurídicas...;
- 2) Averiguar se não foi ab-rogada, já que uma norma pode ter sido válida, no sentido de que foi emanada de um poder autorizado para isto, mas não quer dizer que ainda o seja, o que acontece quando uma outra norma sucessiva no tempo a tenha expressamente ab-rogado ou tenha regulado a mesma matéria;
- 3) averiguar se não é incompatível com outras normas do sistema (o que também se chama ab-rogação implícita), particularmente com uma norma hierarquicamente superior (uma lei constitucional é superior a uma lei ordinária em uma constituição rígida) ou com uma norma posterior, visto que em todo ordenamento jurídico vigora o princípio de que duas normas incompatíveis não podem ser ambas válidas (assim como em um sistema científico duas proposições contraditórias não podem ser ambas verdadeiras)<sup>253</sup>.

Como se vê, Bobbio faz a junção dos critérios kelseanos de validade formal e vigência da norma e acresce a eles o critério da compatibilidade das proposições, lembrando que, no sistema normativo hierarquizado, a norma inferior deve ser compatível com a superior, para ser considerada válida.

---

<sup>252</sup>BOBBIO, Norberto. **Teoria da norma jurídica**. Bauru, SãoPaulo: Edipro, 2001, p. 47.

<sup>253</sup>BOBBIO, Norberto. **Teoria da norma jurídica**. Bauru, SãoPaulo: Edipro, 2001, p. 47.

Para Kelsen<sup>254</sup> a “existência” de uma norma positiva se afere por sua “vigência”, daí porque é válida juridicamente a norma vigente, o “dever-ser” preceituado na norma jurídica, independentemente do apontamento de outros critérios de análise.

Para o garantismo, o conceito de validade kelseano é equivocado, porque uma norma é inválida também se o seu conteúdo substancial não estiver de acordo com os direitos fundamentais elencados na Constituição. Há, contudo, intérpretes da Teoria Pura que admitem que o conceito de Kelsen sobre a validade da norma está ligado à sua conformação às normas superiores, de onde extraem elas o seu fundamento de validade, em ambos os sentidos, tanto no formal quanto no substancial, de sorte que a desconformidade da norma com o conteúdo substancial da norma constitucional, que lhe é superior, autorizaria, mesmo dentro da Teoria Pura, considerar prejudicado o conceito de validade da norma.

O conceito de validade formal de Kelsen é utilizado, na formulação do garantismo, como um conceito de “vigência”, ou seja, uma norma cujo conteúdo esteja em desacordo com os direitos fundamentais, será inválida, mas poderá ter vigência. Entretanto, ainda que caracterizada como vigente porque ingressou no ordenamento, não sendo válida, por coerência, deve ser expurgada do ordenamento jurídico, por incompatibilidade substancial ou material com os direitos fundamentais, o que me parece deve ser feito, desde logo, pelo hermeneuta que afasta, então, a incidência da norma inválida ao caso concreto, no seu próprio exercício de interpretação jurídica.

A eficácia, por sua vez, se diferencia dos conceitos de validade e de vigência, sob o ângulo do exame de qualquer teoria tradicional, afirmando-se sem discordâncias significativas que, pelo critério de eficácia, se pode apurar se uma norma está sendo aplicada pelos órgãos jurídicos, especialmente pelos tribunais nos julgamentos e também se esta norma está sendo respeitada pelos indivíduos subordinados à ordem jurídica<sup>255</sup>. A eficácia é a atuação da norma no mundo do

---

<sup>254</sup>KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Tradução de João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1985, p. 10-11.

<sup>255</sup>cf. KELSEN, Hans. *Ibidem*, p. 12 e também cf. BOBBIO, Norberto. **Teoria da norma jurídica**. Bauru, São Paulo: Edipro, 2001, p. 42. Com essa mesma conceituação, Miguel Reale identifica o fenômeno que denomina de validade social da norma.

ser, sendo assim um fato observável e comprovável no mundo dos fatos, enquanto a vigência, por sua vez, pertence à ordem do dever-ser.

Com essa abordagem teórica, o garantismo permite estabelecer a diferença entre o *ser* e o *dever ser* no Direito, apontando, como seu problema central, a divergência existente entre os modelos normativos e as práticas efetivas, em que os primeiros são tendencialmente garantistas e as práticas efetivas, tendencialmente antigarantistas<sup>256</sup>.

### 3.4 O PROCESSO JUSTO

O conflito de interesses qualificado pela pretensão resistida, identificado por Carnelluti como *lide*, é levado ao exame e decisão do Poder Judiciário, através da provocação de um dos interessados, diante da característica da inércia da jurisdição, dando-se, então início à relação jurídica processual. Provocada a jurisdição, antes inerte e abstrata, sai ela de sua inércia e abstração para materializar-se através dos atos em movimento que são representados pelo processo. O processo é, pois, o meio de materialização da jurisdição. É através dos atos processuais que a função jurisdicional pode ser exercida pelo Estado-Juiz, podendo ser os atos materializados na forma oral ou escrita, devendo, entretanto, ser sempre documentado.

O processo, então, é instrumento e nunca um fim em si mesmo. Deve servir à prestação da jurisdição que é a função estatal em razão da qual ele se põe em movimento para diante, até alcançar o seu ápice, que é a prestação jurisdicional com a sentença e depois, na seqüência, com a efetivação executiva do julgado, se necessária.

A preocupação com a realização de um processo justo tem ocupado os julgadores e os juristas da atualidade, e o seu significado tem se aproximado,

---

<sup>256</sup>CADERMATORI, Sérgio. **Estado de direito e legitimidade**: uma abordagem garantista. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999, p. 77.

cada vez mais, do significado literal do “devido processo legal”, princípio norteador do exercício da jurisdição.

Nos dois últimos séculos se assiste à afirmação de um elevado número de declarações de direitos humanos consagrados em Tratados Internacionais e Cartas Constitucionais, não se admitindo mais, contemporaneamente, declarações de direitos destituídas de garantia de sua exigibilidade. A consagração desses direitos, em nível constitucional, tem propiciado aos julgadores a possibilidade de adotar soluções mais criativas para efetivá-los, pois a submissão de todos à força normativa da Constituição exige o respeito absoluto à realização dos direitos declarados na Carta Magna, já que não há direito constitucional fundamental destituído de um mínimo de eficácia, conforme acima já analisamos e afirmamos.

A vinculação de todos, inclusive e especialmente dos juízes, à força normativa e à superioridade dos direitos e garantias fundamentais inseridos por normas-princípio na Constituição Federal, exige a observância deles e impõe, ao nosso ver, que os julgadores encontrem sempre uma forma processual de efetivar o direito declarado ou a garantia estabelecida pelo sistema normativo, adotando-se, neste mister, as premissas da teoria do garantismo, também no processo civil, e em qualquer outra área do direito na qual se coloque em questão a possibilidade de infração a direito fundamental que integre o ordenamento jurídico vigente.

Segundo Morello<sup>257</sup>, o garantismo processual é a base sustentadora das liberdades fundamentais e, que por isso, é preciso trabalhar na busca de árduas e desafiantes reformulações para superar o negativo estado de coisas que afronta o serviço da justiça e que deixa nos indivíduos um contínuo sentimento de agressão, desconsideração e desproteção.

A busca do processo justo, que se desenvolve com respeito aos direitos fundamentais do cidadão, ressalta a grande ênfase que se dá hoje aos valores superiores da justiça que alimentam o direito nesta era pós-positivista. Só se pode entender como justo o processo que se desenvolve com total respeito aos

---

<sup>257</sup>MORELLO, Augusto M. **El proceso justo**: del garantismo formal a la tutela efectiva de los derechos. Buenos Aires: Platense S.R.L, 1994, p. 8-10.

direitos individuais e coletivos fundamentais, desde o seu primeiro aspecto da ótica da garantia ao acesso formal do aparelho judicial, até o seu último aspecto de acesso efetivo à ordem jurídica justa, através da realização do direito declarado na sentença, modernamente identificado como o atributo da eficácia da jurisdição no mundo dos fatos, ou eficácia da tutela jurisdicional, de que trataremos a diante.

O processo justo se coloca no pólo contrário ao do que homenageia a técnica do processo formal como um fim em si mesmo, porque ele coloca, acima do formalismo, um ideal de busca do direito material adequado ao caso concreto, sem ferir os direitos fundamentais da ampla defesa e do contraditório, que se encontram inseridos na máxima constitucional do *due process of law*, princípio basilar ao qual todas as demais normas e regras devem se submeter sem, contudo, sacrificar, por excesso de formalismo, o fim precípua do processo, que é o de garantir o exercício da função jurisdicional, que, por sua vez, é a expressão do poder e dever do Estado de realização do direito na sociedade organizada sob um estado de direito.

O formalismo no processo civil tem como fundamento a evidência de que, sendo a jurisdição uma função que emana do poder e dever do Estado de dizer o direito e pacificar as lides, a atuação estatal, no desempenho de tal função, há que ser estruturada e organizada, limitando-se e regulamentando-se o poder arbitrário dos julgadores. Já se encontra de há muito tempo superada a visão de que o processo é uma simples sucessão de formalidades, conceito corrente no período do procedimentalismo. Por outro lado, evoluiu também a ciência processual para identificar que o seu melhor caminho, como instrumento que é, não era o de se desvincular totalmente do direito material, ganhando elevado foro de autonomia e independência em relação àquele ramo do direito, mas sim de servir sempre de meio adequado para a realização do direito material perseguido pelas partes.

O formalismo que a ciência processual da atualidade adota e defende, na época em que se prestigia o movimento de constitucionalização do processo, é aquele que limita os abusos e os arbítrios e que serve para alcançar a finalidade do processo, em tempo razoável, e colaborar com a justiça da decisão, “porque seu

poder ordenador, organizador e coordenador não é oco, vazio ou cego, pois não há formalismo por formalismo”<sup>258</sup>.

Assim, além de estar o processo justo submetido ao princípio da máxima processual do devido processo legal, ele é o instrumento para a realização do que tem sido apontado pela doutrina como o mais importante de todos os direitos fundamentais declarados na Carta Magna, qual seja o direito de acesso à justiça, pela via do acesso à jurisdição, através da qual o cidadão pode obter comandos concretos de respeito e realização de seus direitos contra os abusos do Estado e também de outros cidadãos. Vale realçar o conceito de Morello<sup>259</sup> sobre o processo justo:

El proceso justo es el pequeño gran sol del Estado de Derecho que, como garantía efectiva de la defensa, apuntala y reasegura la vigencia de las demás y hace cierto el mandato constitucional de afianzar la justicia. La tutela real de los derechos depende de que esse sol alumbre cada vez con mayor luminosidad y fuerza – y para todos – el camino que, con tantos obstáculos y dificultades, há de transitarse a fin de hacer cierto al Acceso a la Jurisdicción<sup>260</sup>.

O percurso entre o acesso formal ao organismo estatal judiciário, com a instalação da relação jurídica processual, através da ação, e a obtenção da realização do direito declarado na sentença é acidentado e obstaculizado por diversos problemas que, para análise, agrupo neste estudo, como sendo de três ordens: 1) relativos à hipossuficiência cultural e financeira dos cidadãos; 2) relativos às leis que regem os procedimentos; e 3) relativos à organização e ao funcionamento dos Tribunais e demais órgãos julgadores.

### **3.4.1 Os óbices do acesso à justiça resultantes da hipossuficiência financeira e cultural e a ação do magistrado**

---

<sup>258</sup>OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. **Do formalismo no processo civil**. 2. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 61.

<sup>259</sup>MORELLO, Augusto M. **El proceso justo: del garantismo formal a la tutela efectiva de los derechos**. Buenos Aires: Platense S.R.L., 1994, p. 657.

<sup>260</sup>“O processo justo é o pequeno grande sol do Estado de Direito que, como garantia efetiva da defesa, aponta e reasegura a vigência das demais e faz certo o mandato constitucional de afiançar a justiça. A tutela real dos direitos depende de que esse sol ilumine cada vez com maior luminosidade e força – e para todos – o caminho que, com tantos obstáculos e dificuldades, há de ser transposto a fim de fazer certo o Acesso à Jurisdicção”.

A sociedade brasileira está estruturada em meio ao dualismo da miséria e da abundância, como de resto ocorre nos países mais pobres do mundo que ainda não encontraram a melhor forma de lidar com os sistemas políticos liberais ou neo-liberais e a concentração de rendas e riquezas em mãos de apenas uma parcela privilegiada da população. Segundo relatório divulgado pelo Banco Mundial intitulado “A luta contra a pobreza”, referente a estudo procedido em 2000/2001, dos 6 (seis) bilhões de habitantes do planeta, 2,8 bilhões (quase a metade) vivem com menos de 2 (dois) dólares por dia e 1,2 bilhão (um quinto) com menos de 1 (um) dólar por dia, sendo que essa pobreza vem aumentando nos países do sul da Ásia e nos países latinos, onde chega a 50% (cinquenta por cento) o quantitativo de crianças de menos de 5 (cinco) anos desnutridas<sup>261</sup>.

A redução da população pobre no mundo constitui a meta principal dos estudos de desenvolvimento internacional, almejando-se um mundo melhor para todos, uma melhor distribuição de rendas e riquezas e a redução das desigualdades entre os seres humanos, considerados pelo direito como titulares de iguais direitos, uns em face dos outros e também em face do próprio Estado.

Os rumos adotados por alguns países em busca da meta da redução da pobreza têm sinalizado bons resultados, como os obtidos pela China. O referido relatório do Banco Mundial mostra a redução da população pobre naquele país de 360 milhões em 1990 para cerca de 210 milhões em 1998 e indica que outros países também podem obter êxito nessa luta. Já se consagram grandes avanços nas declarações de igualdade de direitos entre os homens e, no aspecto econômico, ainda se busca a melhor forma de se fazer uma distribuição de rendas e de riquezas, de molde a torná-las, de fato, mais iguais e o mundo mais eqüitativo e justo.

Nesse cenário de desigualdades materiais, é forçoso reconhecer toda a dificuldade de realização do direito que declara a igualdade formal entre os homens, pois o fato de ter o legislador constitucional declarado a igualdade de

---

<sup>261</sup>Disponível em: <[www.obancomundial.org/content/\\_downloadblob.php?cod\\_blob=1515](http://www.obancomundial.org/content/_downloadblob.php?cod_blob=1515)>. Acesso em 12.11.2005.

todos perante a lei e o Estado, bem como perante a tudo e a todos, não tem o condão de efetivamente transformar a nossa realidade e fazer do miseravelmente pobre, aquele que vive abaixo da linha da pobreza, um homem em condições dignas de subsistência, e nem fazer do rico e abastado um homem solidário e partilhador de suas riquezas com os necessitados. É preciso muito mais do que declarações de direitos fundamentais de igualdade dos homens para torná-los, de fato, iguais uns aos outros, com a mesmas oportunidades e dignidades.

Assim, enquanto as ciências políticas e sociais investigam e experimentam melhores soluções para a redução da pobreza e das desigualdades do mundo, a ciência jurídica deve trabalhar a investigação que lhe compete fazer, qual seja a de buscar meios para reduzir as lesões de direito experimentadas pelos pobres, hipossuficientes de recursos materiais e informações culturais que lhes permitam sequer lutar por seus direitos e razões.

A pobreza escraviza o homem e o exclui da possibilidade de acesso aos direitos materiais que o princípio da igualdade proclama para todos. Daí fica fácil distinguir o que seja a igualdade formal, aquela que o sistema normativo constitucional de quase todos os países do mundo ocidental proclamam depois da universalização dos direitos humanos, e a igualdade real, aquela utópica perseguição do Estado Social de Direito, assim qualificada de utópica não por ser irrealizável, mas por se constituir em um ideal imaginário de situação.

A hipossuficiência econômica do homem traduz a sua baixa capacidade de gerar rendas ou de produzir e resulta, ao que parece, da carência de oportunidades de trabalho, comum no cenário político de crescimento populacional e de aumento dos índices de desemprego. Essa baixa capacidade de produzir renda resulta na hipossuficiência financeira do indivíduo, que, por falta de produção, carece de recursos para manter a própria subsistência digna; assim, faltam-lhe o alimento básico e também o estudo, a cultura e o esclarecimento dos fatos do mundo e da natureza das coisa que liberta o homem da escravidão causada pelas injustiças sociais.

Hipossuficiente econômico-financeira e culturalmente a parcela pobre da população não conhece seus direitos, não sabe nem mesmo que pode reivindicá-los perante o organismo estatal para fazê-los prevalecer em face de outros homens; não conhece os órgãos de assistência judiciária gratuita e, quando os conhece e pode se deslocar até o seu atendimento, sem prejuízo do parco recurso que possui para o sustento básico - às vezes, falta dinheiro para a passagem de ônibus que leva o hipossuficiente até o órgão de assistência judiciária – ainda goza de atendimento, via de regra, deficiente e muitas vezes tecnicamente insuficiente.

Quando em voga os estudos da “primeira onda” do acesso à justiça, cuidava-se de garantir aos hipossuficientes uma assistência jurídica e judiciária gratuita, porque em identificada a pobreza como o primeiro obstáculo ao acesso formal aos órgãos jurisdicionais. Ocorre que, embora relevantíssimas conclusões e avanços tenham resultado daquela onda, com a consagração, em nível constitucional, também dos direitos à assistência jurídica e judiciária gratuita através de órgãos de defesa e assistência, constituídos e mantidos pelo próprio Estado, denominados de Defensoria Pública, o fato é que tais organismos são absolutamente insuficientes e ineficientes para a realização do direito declarado na Constituição.

Ora, a preparação técnica dos Defensores Públicos, através de estudos de aprofundamento e atualizações na ciência do direito, fica prejudicada e nunca é viabilizada pelo Estado, tanto pela crônica falta de recursos destinados às melhorias do cabedal de conhecimento dos profissionais que prestam serviços ao Estado - ao contrário do tratamento dispensado pelas empresas aos seus profissionais – quanto pela postura dos próprios profissionais liberais, o que pode colocar o Defensor Público em posição técnica inferior à da parte *ex adversa*, se acaso comparecer em juízo assistida por profissional, ainda que dativo, mas fora dos quadros do organismo estatal.

Assim, o Defensor Público é sobrecarregado com um sem fim de atendimentos, atos processuais designados e intimações, com prazos para serem atendidas, que muitas vezes levam à perda das oportunidades de manifestação,

impugnações e produção de provas no curso do processo. Some-se a tudo isto o fato de que há, em funcionamento, defensorias municipais e muitos órgãos de atendimento jurídico gratuito aos necessitados, mantidos por faculdades particulares de Direito, no desenvolvimento da disciplina de “prática forense” e que vêm absorvendo parte dessa demanda para a solução judicial de conflitos. Entretanto, no caso das faculdades, todo o atendimento das partes e elaboração das peças judiciais é feito por estudantes matriculados no 6º. período em diante e, portanto, ainda sem domínio completo da ciência do direito, tanto das regras de direito processual como do direito material em si.

Todas estas insuficiências do órgão público, ainda que idealizado para ter um funcionamento adequado, levam à constatação de que, mesmo garantido o acesso formal à justiça, com o ajuizamento da ação em favor do indivíduo, com amparo da gratuidade das custas e despesas processuais porventura incidentes, o acesso à ordem jurídica justa para aqueles amparados pelos órgãos de defensoria pública ou de assistência gratuita mantidos por outros entes, está negado, já que o acesso formal ao órgão julgador não expressa o verdadeiro sentido da garantia constitucional do acesso à justiça, conforme amplamente já viemos sustentando.

As soluções para superação de óbices dessa natureza se encontram sempre na óbvia necessidade da adoção de políticas públicas pelo organismo estatal que promova melhorias na estrutura e na organização das Defensorias Públicas, medidas sempre relegadas a segundo plano pelos governantes logo após o período das eleições. Quase sempre ficam os projetos dessas melhorias, de maiores recursos e de mais contratações restritos aos planos de governo. Considerando que o instrumento constitucional intitulado de “mandado de injunção”, idealizado para garantir a realização dos direitos declarados na Carta Magna e não concretizados pelo Estado, perdeu a sua eficácia no mundo dos fatos, diante da linha de sua aplicação adotada pelo Supremo Tribunal Federal da nação, não há caminho razoável para se exigir do Estado a concretização da garantia do acesso pleno à justiça, senão o que pode ser trilhado pelos próprios julgadores na direção dos atos processuais sob sua responsabilidade.

Assim, para realizar o direito de acesso à ordem jurídica justa em favor da parte pobre deve o magistrado atuar ativamente no processo, não como mero receptor de provas e argumentos dos advogados, postura essa já de muito tempo ultrapassada, mas exercitando todos os seus poderes instrutórios em busca de identificar onde se encontra o direito material buscado pelas partes, independentemente da melhor desenvoltura técnica ou profissional do patrono de qualquer das partes. Para realizar o direito fundamental de acesso à ordem jurídica justa, o magistrado pode e deve superar questões e formalismos processuais, impedindo que ocorra a perda do direito material que vislumbrou pertencer à parte, pela mera ocorrência de conseqüências processuais como perda de prazos não peremptórios, ausência de impugnações oportunas ou ausência dos defensores às audiências designadas.

É certo que princípios que regem o processo civil, como o da preclusão e o da eventualidade, precisam ser repensados e amenizados os seus efeitos quando há partes atendidas pelos organismos de assistência judiciária. Não se argumente que o prazo especial concedido pela lei processual em tais casos é suficiente para solucionar a questão, porque quem milita no foro comum e assiste à deficiência dos serviços de assistência judiciária pode confirmar o quão prejudicados estão os hipossuficientes na defesa de seus interesses e na produção das provas que lhes socorrem, pois não têm contato com seus patronos e não são instruídos para a apresentação de elementos probatórios em seu favor em tempo oportuno.

Um magistrado equilibrado e ciente da necessidade de uma postura ativa na instrução probatória pode minimizar o efeito da deficiência do atendimento e assistência aos pobres, garantindo-lhes sempre a oportunidade de produzir provas ainda que preclusas as oportunidades processuais previstas no ordenamento e também, ao início de cada ato processual, deve prestar esclarecimentos às partes sobre as normas vigentes no ordenamento, de modo a afastar a ignorância dos direitos previstos no sistema e preparar a partes para uma possível conciliação, deixando-as cientes da previsão normativa vigente.

### **3.4.2 Os óbices do acesso à justiça resultantes da organização e do funcionamento dos órgãos julgadores e alternativas**

Ao refletirmos sobre os óbices ao acesso que possam resultar da própria estrutura ou do funcionamento do Poder Judiciário encarregado de prestar a jurisdição, nos damos conta de que o conceito da população sobre a eficiência e a credibilidade dos Tribunais e Juízes, de um modo geral, é muito ruim. Há um desalento e uma séria desconfiança dos cidadãos de que o seu direito não será afirmado e, depois, realizado em tempo razoável. Além disso, há, em princípio, um grande receio das conseqüências dos custos do processo, pois, se não se pode prever quando vai encerrar a lide também não se pode prever quanto vai custar mantê-la até o final julgamento, depois, até a final execução.

Este desânimo e desconfiança da população em relação aos serviços prestados pelo Poder Judiciário precisa ser encarado com a maior seriedade possível e, desde que se iniciou o forte movimento popular em prol da 'Reforma do Judiciário' e que acabou por culminar nas primeiras medidas adotadas pela Emenda Constitucional n. 45, de Dezembro de 2004, parece que os integrantes do Poder se deram conta da necessidade de rever posturas e buscar a correção dos rumos para a superação desses obstáculos à prestação de um serviço eficiente. Tanto é assim que a AMB – Associação dos Magistrados Brasileiros, com sede nacional em Brasília e que agrega juízes estaduais e federais de todas as unidades da federação e de todos os níveis, se dedicou a um trabalho de pesquisa, cujos resultados podem ser acessados no site [www.amb.com.br](http://www.amb.com.br), para a identificação dos pontos que possam ser trabalhados numa reforma interna a ser proposta aos Tribunais, já que esses órgãos julgadores, em nível institucional, nenhuma iniciativa mais abrangente tiveram.

A justiça é cara, morosa e de difícil acesso. São três qualificativos repetidos pela população e inegavelmente verdadeiros. Contudo, há inúmeras justificativas plausíveis de serem apresentadas, mas, nem por isso, por serem plausíveis e razoáveis as justificativas, a justiça se torna magicamente barata, rápida e acessível a todos. Em outras palavras, apresentar justificativas não é o mesmo

que apresentar soluções, pois, para encarar o problema, é necessário, acima de tudo, que o próprio Poder Judiciário adote, em nível institucional e nos limites de ação de cada Tribunal, medidas que visem a tornar o serviço mais eficiente e portanto, mais rápido, de melhor qualidade e mais acessível.

A questão do custo do processo, como a rigor todos os demais problemas de natureza estrutural, está ligada à carência de recursos destinados ao Poder Judiciário e que são insuficientes para a remuneração de todos quantos trabalham nos órgãos judiciais e, ainda, para cobrir todas as despesas de custeio de material e serviços de manutenção utilizados, instalações para funcionamento dos órgãos e, ainda, as remunerações dos auxiliares da justiça, como peritos, leiloeiros etc.

A destinação de verbas públicas para o sustento dos serviços judiciários é que estabelece, no primeiro momento, qual o nível de qualidade de atendimento ao público. Assim, pode-se constatar, numa simples consulta do *Diagnóstico do Poder* Judiciário, disponível no STJ ou em visita a uma Vara da Justiça Federal e a uma Vara da Justiça Estadual, que o nível de qualidade de atendimento da primeira é superior ao da segunda, pois naquela se encontram servidores melhor remunerados, melhor instalados e menos sobrecarregados.

Os servidores da Justiça Estadual constituem o maior contingente pelo próprio número de Varas mantidas pela chamada Justiça Comum, aquela que aprecia as lides resultantes dos conflitos da vida comum do cidadão, desde a discórdia entre casais pela guarda de um filho menor, como a briga entre vizinhos, os acidentes de trânsito, os contratos descumpridos, as difíceis relações com o arbítrio dos Poderes Públicos Municipais e Estaduais e também os delitos comuns, excetuados apenas aqueles de competência exclusiva da esfera Federal e determinados em lei. A essa justiça é que se deveria destinar a mais significativa fatia dos recursos públicos previstos para manutenção do Poder Judiciário de todos os níveis, respeitando-se não só a proporcionalidade quanto ao número de Varas, servidores e Juizes, mas, também levando-se em conta o fato de que é perante esses órgãos julgadores que se apresenta a maioria esmagadora da

população, já que apenas pequena parcela terá, durante a vida, um litígio afeto à competência da Justiça Federal.

A quase totalidade da população, em algum momento de sua existência, necessita dos serviços judiciários ou comparece perante um órgão julgador como testemunha ou mesmo como vítima de algum fato delituoso. Daí, essas pessoas constatarem a deficiência estrutural do Poder e confirmarem fatos que a mídia divulga, diuturnamente, tais como, a demora para a realização dos atos judiciais, as falhas nos cumprimentos das diligências determinadas, atraso nas sessões de julgamento, o que contribui para a formação de um conceito altamente negativo sobre o funcionamento dos Tribunais e demais órgãos julgadores.

Todas as deficiências identificadas na prestação dos serviços judiciários possuem uma raiz na carência de recursos destinados ao Poder, conforme diagnóstico mencionado, pois há menos Varas do que deveriam existir em cada Comarca; menos Juízes do que necessita o Poder para fazer funcionar as que já existem; e menos servidores concursados para os cargos efetivos do que os necessários para um básico funcionamento. Há cartórios de serventia oficial, em atividade, com um único servidor trabalhando no local, com auxílio da mão de obra apenas de estagiários contratados e que são estudantes dos cursos de Direito.

Por outro lado, há um excesso muito grande de ações judiciais em tramitação que não se comporta na capacidade laborativa e mesmo física dos magistrados em atividade. Há vara sobrecarregada de processos, de tal forma, que o magistrado chega a ter cerca de 5.000 (cinco mil) processos, de natureza cível, sob a sua direção, cujas partes clamam por julgamento. Feita a análise quanto ao tempo necessário para o julgamento de todos esses milhares de processos, considerando-se os dias úteis da semana e não se deduzindo os períodos de férias do magistrado, pois outro magistrado deverá substituí-lo, se o mesmo julgasse, todos os dias úteis, 2 (dois) processos e ainda realizasse todas as suas atividades de direção das audiências de instrução e proferisse os despachos ordinatórios e as decisões interlocutórias nos demais processos, ao final de um ano teria ele julgado 528 (quinhentos e vinte e oito) processos. Logo, somente ao cabo de quase 10 (dez) anos, daria ele fim a todos os processos hoje em

tramitação na sua Vara, que, diga-se de passagem, não é juizado de pequenas causas e tem, sob sua direção, causas complexas e de valores elevados, relacionadas a contratos, financiamentos bancários e reparação de danos. Isto tudo sem contar que, durante esses dez anos, talvez outras cinco mil causas fossem ajuizadas e entrassem na fila da instrução e do julgamento.

A prestação jurisdicional tardia equivale à negação da jurisdição pelo próprio Estado e, por conseqüência, negação do acesso à justiça, embora qualificado como garantia constitucional fundamental do cidadão. Não há consenso entre os doutrinadores a respeito da responsabilização do Estado pelos danos causados por atos judiciais. Comenta Rui Stoco<sup>262</sup> que “a doutrina pátria e alienígena vem, aos poucos, se curvando, para admitir, de forma tímida, a responsabilidade do Estado decorrente de atos judiciais, mas sempre em caráter de excepcionalidade”. Os casos que envolvem conduta dolosa ou fraudulenta do juiz não oferecem interesse para esta análise, pois quanto a eles não há maiores divergências doutrinárias em face de regras específicas do CPC e da LOMAN a respeito do tema, colocando-se a matéria no campo da responsabilidade civil e funcional. O que desperta interesse e necessita de melhor solução é a questão da prestação jurisdicional tardia por impossibilidade de ter sido prestada a tempo oportuno, pela deficiência da própria estrutura do Poder Estatal.

Até a questão dos altos custos dos honorários advocatícios que, num primeiro exame, poderia ser colocada como estranha ao fato, tem relação com o problema estrutural do Poder Judiciário, pois se a justiça fosse rápida na entrega da prestação jurisdicional e facilitasse o acesso em todos os níveis, a remuneração dos advogados poderia ser menor, já que não teria o profissional que esperar, por anos a fio, pela decisão judicial definitiva que lhe dará o direito de receber os honorários finais contratados ou os honorários de sucumbência.

A morosidade da prestação jurisdicional é atividade jurisdicional danosa e cai no conceito de serviço público imperfeito, mas, a par da discussão sobre responsabilidade ou não do Estado por tal imperfeição, interessa-nos o ponto em

---

<sup>262</sup>Apud ANNONI, Danielle. **A responsabilidade do estado pela demora na prestação jurisdicional**. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 67.

que tal morosidade se traduz em negação do próprio acesso à justiça, como conclui Annoni <sup>263</sup>:

A demora na prestação jurisdicional é consubstanciada pela ofensa a direito do cidadão à prestação jurisdicional pronta e eficaz. Um cidadão que, ao recorrer ao Poder Judiciário, não encontra reposta eficiente em um prazo razoável à sua demanda, em virtude de atraso injustificado, em verdade não encontra resposta alguma, o que configura a denegação da justiça.

A preocupação demonstrada pelo Poder Público com essa ineficiência da prestação jurisdicional tem sido insuficiente para encontrar soluções razoáveis. A Emenda Constitucional n. 45 que assegurou no art. 5º., inciso LXXVIII da Carta Magna “a duração razoável do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação”, a par da disposição inserida na alínea “e”, no inciso II do art. 93, parece ser mero instrumento paliativo, com a finalidade precípua de dar uma satisfação à sociedade, adotando a linha da solução sancionatória, através da previsão da aplicação de punição aos servidores responsáveis pela demora processual, incluindo juízes e promotores. Continua, portanto, carecendo de efetivação a garantia da duração razoável do processo, sobre cujo problema crônico da Justiça discorreremos um pouco mais no item 3.10 acima, quando tratamos dos sub-princípios que constituem a máxima do *due process of law*. Ainda urge que os juízes e cientistas do direito, cômicos do problema crônico da excessiva duração do processo, continuem procurando caminhos hábeis a permitir a entrega da prestação jurisdicional sem delongas, com menos formalismo e com mais justiça, em tempo razoável.

Em suma, não há Juízes e nem estrutura do Poder Judiciário suficientes para absorverem a demanda das lides ajuizadas a cada dia e, por outro lado, há uma sociedade plural e conflituosa gerando através de seus membros conflitos diários que carecem de solução imediata, além dos infundáveis conflitos oriundos da própria relação entre os indivíduos e o Estado, em todos os níveis. É sabido e propagado pelas pesquisas que o Estado é o maior consumidor e usuário dos serviços da Justiça, pelo fato de que pratica, diuturnamente, abusos de seus poderes face aos cidadãos. Aliás, registre-se que foi exatamente para conter os

---

<sup>263</sup>Apud ANNONI. *Ibidem*, p. 76.

abusos dos governantes que se concebeu a estruturação do Estado através de poderes independentes e harmônicos entre si e se instituiu no Estado de Direito o sistema de pesos, contra-pesos e freios para equilibrar e conter os excessos dos atos governamentais em suas diversas esferas.

O surgimento da regulamentação da atuação dos Tribunais Arbitrais foi por muitos apontado como uma solução para se aliviar a demanda da Justiça Comum, entretanto, sobre aqueles ainda recai uma grande desconfiança que abarca tanto a capacidade técnica de decidir quanto a imparcialidade, essencialmente necessária, dos julgadores, pois teme-se que o mais forte economicamente possa influenciar o resultado dos julgamentos, daí porque os mais fortes e poderosos estariam mais propensos a aceitar esse tipo de justiça privada e contratual.

Tais barreiras ao acesso parecem insuperáveis, por ação isolada dos magistrados e estão a depender de uma nova postura governamental, em todos os níveis. Por ora, o que se me afigura como razoável e ao alcance dos Tribunais e demais órgãos julgadores é a adoção de técnicas de esvaziamento dos conflitos, jurisdicionalizados ou não, através da adoção de serviços organizados de mediação e de conciliação, prévia ao ajuizamento ou no curso da demanda, que podem ser levados a efeito por profissionais do direito, capacitados para prestar às partes os esclarecimentos de que necessitam para compreensão das normas vigentes, demonstrando às mesmas o que estabelece o direito, abstratamente, na regulamentação da matéria objeto do conflito.

A técnica da mediação já vem sendo difundida e utilizada em alguns órgãos julgadores e há dois projetos em tramitação que buscam melhorar a atuação da mediação no Brasil, quais sejam: o Projeto de Lei da Câmara - PLC n. 94/02, que cria a mediação paraprocessual e que está sob a relatoria do Senador Pedro Simon (PT-RS), e o Projeto de Lei PL 4891/05, de autoria do Deputado Federal Nelson Maquezelli (PTB-SP), que regula o exercício das profissões de árbitro e mediador, com o que procuram introduzir no ordenamento jurídico essas novas figuras de auxiliares da justiça na composição das lides. Contudo, na forma como concebida inicialmente, caracterizada pelo não envolvimento do mediador na

busca ou no apontamento da solução adequada, que deve ser encontrada exclusivamente pelas partes, serve o mediador apenas como intermediário nos encontros das partes em conflito, o que parece demandar mais tempo e menos resultado do que adviria de uma possível intervenção de um técnico em direito que demonstrasse para as partes o que reza o ordenamento jurídico na regulamentação de tal hipótese. Este técnico seria um conciliador da justiça e não um mediador de conflitos, sendo o seu objetivo a obtenção de uma conciliação, ou seja, uma transigência entre as partes, de molde a pacificar o conflito existente.

Tais conciliadores não teriam qualquer capacidade para coletar ou mesmo receber provas, pois sua atuação seria limitada a, além de mediar entendimentos, prestar assistência jurídica às partes em conflito, informando-lhes a direção apontada pelo Direito Positivo, esclarecendo às partes que somente perante o magistrado competente poderiam ser produzidas as provas e obtida a sentença, mas que, sendo o objeto de direito disponível ou transacionável, poderiam, através da conciliação, encontrar a solução mais adequada e concernente ao direito posto, sem a necessidade da intervenção do magistrado.

Os Juizados Especiais, anteriormente denominados de Juizados de Pequenas Causas, têm oferecido inestimável auxílio na redução das demandas das varas cíveis e especializadas em matéria de Direito do Consumidor e contribuem também para uma melhoria da imagem do Poder Judiciário, na medida em que as pessoas que ali comparecem em busca da afirmação de seus direitos encontram uma resposta rápida e eficaz. Entretanto, tais juizados são insuficientes também para a demanda que podem absorver, sendo necessária a implantação de novos, o que volta a depender da questão do repasse de recursos oficiais do Governo ao Poder Judiciário. Além disso, necessita da ampliação de seu alcance, por exemplo incluir algumas causas de Direito de Família<sup>264</sup>, o que depende de regulamentação legal.

A regulamentação legal dos procedimentos adotados nos trâmites processuais e sobre as competências dos órgãos de julgamento, por certo, também dificultam a

---

<sup>264</sup>Proposta de ampliação da competência dos juizados especiais cíveis, incluindo separação, divórcio, investigação de paternidade e guarda de filhos, entre outros, foi apresentada pelo Senador César Borges (PFL-BA) e tomou o registro PLS 302/05, está em tramitação.

obtenção de um melhor resultado na atuação do Poder Judiciário e têm sido objeto da preocupação do cientista do direito.

### **3.4.3 Os óbices do acesso à justiça resultantes das leis que regem os procedimentos e o surgimento de uma nova mentalidade processual**

A questão dos óbices ao acesso pleno à justiça, resultantes das leis e das práticas processuais conservadoras é classificada por Dinamarco<sup>265</sup> como decorrente de perversos fatores “jurídicos, mas extraprocessuais”, formando aquilo que o autor denomina de “óbices jurídicos ilegítimos”, fruto das imperfeições ou mesmo do envelhecimento da legislação.

O direito, como produto cultural que é, deve refletir sempre a atualidade dos valores que persegue e, por isso, o seu arcabouço normativo necessita de constante atualização o que não precisa e nem deve, em homenagem ao princípio da segurança jurídica das relações, necessariamente, ser feito pela revisão legislativa, pois as técnicas de interpretação e a hermenêutica permitem ao operador e intérprete atualizar a concepção e a aplicação da norma de acordo com os valores atuais da justiça eleitos pelo sistema jurídico.

Deve-se, desta forma, preferir sempre a interpretação aberta às possibilidades de realização da justiça, segundo os valores éticos e de equidade eleitos pelo sistema, tomando-se como norte os princípios constitucionais e os gerais do direito, ao invés da interpretação arraigada a conceitos conservadores e superados pela sociedade. Assim, vem se desenvolvendo o movimento de constitucionalização de todos os ramos do direito, ou seja, toda a sua interpretação e aplicação deve ser feita em conformidade com os valores jurídicos tutelados pela Carta Magna.

Em matéria de direito processual, assistimos, nas últimas duas décadas, a profundas mudanças na renovação da mentalidade dos operadores do direito e

---

<sup>265</sup>DINAMARCO, Cândido Rangel. **Fundamentos do processo civil moderno**. 5. ed. Tomo II. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 856-857.

dos cientistas. Esses buscam fazer a ciência do direito processual sem perder de vista o seu caráter instrumental, cujo fim específico, ninguém mais duvida, é o de realizar o direito material através do processo judicial de solução de conflitos, em que pese a existência, ainda, de alguns conservadores que acabarão por ceder aos irrefutáveis argumentos dos processualistas mais modernos e atualizados.

Para se ter uma idéia da revolução processual pela qual tem passado esse ramo do Direito no Brasil, basta conferir quantas mudanças de conteúdo e de perspectiva sofreu o nosso Código de Processo Civil, datado de 1973, e especialmente, as mudanças introduzidas pelas Leis n. 10.317, 10.352 e 10.358, de dezembro de 2001, e pela Lei 10.444, de Maio de 2002, fruto das propostas oriundas dos estudos e do empenho reformista da Escola Nacional da Magistratura e do Instituto Brasileiro de Direito Processual, do que resultou a conhecida “mini-reforma processual”. Esta introduziu, no sistema jurídico, regras mais rigorosas acerca da responsabilidade processual e da conseqüente aplicação de penalidades às partes e a todos que, de alguma forma, participam do processo. Além disso, introduziu normas de apoio à efetivação das decisões mandamentais e antecipatórias da tutela, bem como novas regras para o sistema recursal e outras norteadoras da instrução probatória, da fungibilidade das medidas de urgência, da nova feição da audiência preliminar e da tutela específica das obrigações de dar. Enfim, a reforma veio coroar uma série de estudos conclusivos sobre a necessidade de mudanças para se alcançar a maior efetividade do processo, coroada pela recente publicação da nova lei<sup>266</sup> que regerá a execução de quantia certa.

No surgimento das reflexões sobre o tema ligado à efetividade do processo, que tem ocupado os processualistas na atualidade, notaram os cientistas do direito processual que um grande entrave na realização do direito material perseguido pela parte, através da ação, reside no formalismo excessivo da legislação processual que, em nome da proteção de direitos constitucionais de ampla defesa e contraditório, muitas vezes, acaba por privilegiar mais a forma do que o conteúdo e a finalidade dos atos processuais previstos.

---

<sup>266</sup>Lei n. 11.232/05, de 22/12/05, com *vacatio legis* de seis meses.

Conforme lembra Dinamarco<sup>267</sup>, “a própria lei é portadora de disposições que comprometem a efetividade do processo como sistema de tutela”, porque a imperfeição do sistema legal não permite o acompanhamento do ritmo das necessidades sociais e das conquistas doutrinárias. Daí porque, no labor interpretativo do Juiz reside grande responsabilidade quanto à realização dos valores reconhecidos pela sociedade de seu tempo. Afirma o autor: “Se o juiz não deve ser um vanguardeiro das transformações sociais, que pelo menos não seja uma barreira a elas”<sup>268</sup>, concluindo que, em nome da efetividade da tutela jurisdicional mostra-se indispensável flexibilizar o significado dos textos e deixar de lado as interpretações tradicionais, substituindo-as por uma interpretação sistemática e axiológica da norma.

Tendo em vista a assertiva de que o processo é instrumento de atuação da função jurisdicional e tem a finalidade de, materializando a própria jurisdição, ser útil à realização do direito afirmado pelo julgador, não podem as regras processuais ser obstáculo à realização rápida e à utilidade da decisão. Daí se reconheça, no campo do Direito Processual, a necessidade de adaptação do procedimento às necessidades e peculiaridades da causa, valorizando-se, assim, o princípio conhecido como da “adaptabilidade do procedimento” ou da elasticidade processual”, através do qual se justifica a tomada de providências diferentes, em cada caso, visando-se sempre à obtenção do resultado eficaz da decisão no plano do direito material:

Além da questão procedimental, admite também a doutrina a necessidade de adaptar a própria prestação jurisdicional e seus instrumentos ao objetivo desejado que, por sua vez, é variável em cada situação apresentada. Deve-se levar “em conta a natureza do direito pleiteado e os mecanismos necessários”<sup>269</sup> à satisfação da pretensão deduzida, pois se objetiva conceder à parte tutelada pela prestação jurisdicional “tudo aquilo e exatamente aquilo” a que tem direito de obter e que obteria caso tivesse sido atuada, espontaneamente, a norma jurídica que regula a relação de direito material, segundo recomendação chiovendiana.

<sup>267</sup> DINAMARCO, Cândido Rangel. **Fundamentos do processo civil moderno**. 5. ed. Tomo II. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 857.

<sup>268</sup>Ibidem, p. 858.

<sup>269</sup>BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Direito e processo: Influência do direito material sobre o processo**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 62.

Dessa maneira, a tutela jurisdicional diferenciada pode assumir formas variadas e estará sempre ligada e limitada à própria natureza da relação jurídica de direito material, ou seja, os limites do conteúdo da tutela jurisdicional deverão ser encontrados nos reais limites impostos pelo direito material, pois a imperfeita compreensão desses limites é obstáculo à concretização das tutelas específicas. Como ressalta Flávio Yarshell<sup>270</sup>: “...o limite da atuação jurisdicional é dado, em boa medida, por esse mesmo direito material a ser atuado, a efetividade do processo necessária e indubitavelmente depende de uma correta fixação de conceitos nesse plano do ordenamento jurídico”.

Nessa mesma linha de raciocínio, Bedaque também demonstra o reconhecimento da interdependência entre direito e processo e a necessidade do manejo dos instrumentos processuais sempre com vistas à sua utilidade para a realização do escopo final do processo, que é a atuação do direito material pelo Juiz. Ressalta que a ciência processual “deve orientar-se pelo instrumentalismo substancial, revendo os institutos ou criando novos”, a fim de servir de instrumento à efetiva realização de direitos.

Quanto mais tivermos procedimentos adequados às especificidades da tutela pleiteada, mais próximos estaremos da justiça substancial, isto é, mais o direito processual se aproxima do direito material, com vista a assegurar, com eficiência, a efetividade deste. Embora instrumento, o processo constitui importantíssimo fator no desenvolvimento das relações substanciais.<sup>271</sup>

---

<sup>270</sup> Apud BEDAQUE. *Ibidem*, p. 62-63.

<sup>271</sup> BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Direito e processo**: Influência do direito material sobre o processo. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 68.

## 4 A EFICÁCIA DA TUTELA JURISDICIONAL

### 4.1 CONSIDERAÇÕES SOBRE JURISDIÇÃO EFETIVA E EFICÁCIA DA TUTELA JURISDICIONAL

A adoção do sistema único de jurisdição e da atribuição da função jurisdicional, com exclusividade, ao Poder Judiciário é característica da forma de constituição do Estado sob o sistema tripartido de poderes, independentes e harmônicos entre si.

Conforme afirma Arruda Alvim, identificando a função jurisdicional, “coube ao Poder Judiciário a função de dizer o direito no processo de conhecimento e, quando necessário, de realizá-lo coativamente (processo de execução)”<sup>272</sup>.

Esta é, afinal, a precípua função jurisdicional que foi atribuída ao Judiciário, a de dizer o direito, fazendo a justa composição das lides na forma regulada pelo Direito, como quer Carnelutti, ou fazendo atuar a vontade concreta da lei mediante a substituição da vontade alheia pela do órgão estatal, como quer Chiovenda. Parece, contudo, não haver divergência, em toda a doutrina, quanto

---

<sup>272</sup>Apud ANNONI, Danielle. **A responsabilidade do estado pela demora na prestação jurisdicional**. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 59, nota de rodapé 2.

ao fato de que a jurisdição é função do Estado de declarar e realizar, de forma prática, a vontade da lei diante de uma situação jurídica controvertida, sempre que, por alguma razão, não tenha sido, espontaneamente, atuada a norma jurídica que tutela os interesses em conflito<sup>273</sup>.

O significado do termo “tutela jurisdicional” não é uniforme na doutrina, havendo autores que atribuem ao mesmo um sentido abstrato, desvinculado do direito material e coincidindo com o poder de provocar o organismo judicial, por parte de quem a requer ou mesmo, do ponto de vista do órgão prestador, equivalendo ao dever de prestar a jurisdição, quando provocado, mediante o devido processo legal. Há processualista, como Flávio Luiz Yarshell<sup>274</sup>, para quem a garantia à tutela jurisdicional tem significado amplo, independente do resultado do processo, o que o leva a defender o entendimento de que, mesmo na hipótese de extinção do processo sem julgamento do mérito, teria o Estado ofertado tutela jurisdicional, pois, apreciando ou não o objeto da pretensão deduzida, teria o mesmo proporcionado às partes um julgamento, segundo as regras do devido processo legal.

Não é este, entretanto, o significado para o termo “tutela jurisdicional” que se adota para o fim deste trabalho, preferindo-se o sentido utilizado por Dinamarco<sup>275</sup> e Bedaque, dentre outros, para quem o direito à tutela jurisdicional pertence somente àquele que possui razão amparada pelo direito material. Daí tutela jurisdicional é a proteção do órgão judiciário para aquele que é titular do direito material em discussão, sendo este sentido bastante comum também na doutrina italiana<sup>276</sup>.

Neste ponto é que se torna necessário estabelecer a distinção do que seja “dizer o direito” e “realizar o direito”, no caso concreto. Podemos identificar, por

---

<sup>273</sup>Cf. Alfredo Rocco, Theodoro Jr e Athos Gusmão Carneiro, cujos conceitos de jurisdição ressaltam a definição de Chiovenda, ou seja aquela que consiste na atuação da vontade concreta da lei, mediante a substituição da atividade alheia pela dos órgãos públicos, seja afirmando a existência ou tornando efetiva, na prática, a vontade da lei. Apud ANNONI, Danielle. **A responsabilidade do estado pela demora na prestação jurisdicional**. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 60.

<sup>274</sup>Apud BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Direito e processo**: Influência do direito material sobre o processo. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 35.

<sup>275</sup>Ibidem, p. 33.

<sup>276</sup>Ibidem, p. 34.

exemplo, que a sentença no processo de conhecimento é a manifestação da função jurisdicional do Estado de dizer qual o direito aplicável ao caso concreto que foi submetido ao exame do Poder Judiciário. Ao dizer o direito, através da sentença proferida no processo de conhecimento, o Juiz torna efetiva a função jurisdicional, que foi provocada quando do ajuizamento da demanda. Tanto a torna efetiva que o próprio sistema processual vigente afirma que a sentença é o último ato jurisdicional do processo de conhecimento, sendo vedado ao julgador inovar no feito após a sua prolação, salvo exceções especialmente previstas. isto se dá porque é, através da sentença de mérito proferida no processo, que se faz efetiva (real) a prestação jurisdicional<sup>277</sup>.

Assim, a sentença no processo de conhecimento torna efetiva, real e individualizada a jurisdição provocada, o que, antes do ajuizamento da demanda, consistia apenas no poder e dever abstrato do Estado de exercer tal função, conforme previsão no ordenamento constitucional.

A efetividade a que se quer referir neste ponto é, pois, a manifestação do efeito real e positivo da função jurisdicional provocada e que antes se encontrava em estado de abstração. É o resultado verdadeiro e real de um serviço (ou função) que toma então existência. É o que se confirma com o lexicólogo Aurélio<sup>278</sup>, segundo o qual *efetivo*, significa o “que se manifesta por um efeito real; positivo” e *efetividade* significa “qualidade de efetivo; atividade real; resultado verdadeiro: 'a efetividade de um serviço, de um tratamento'; realidade; existência”.

Ora, tornar efetiva a jurisdição é torná-la real e verdadeira para o caso concreto. É dizer o direito, segundo os ditames da lei aplicável, porque tal pronunciamento foi pleiteado e provocado, através da ação, e por causa disso, a jurisdição saiu de sua inércia característica. A relação jurídico-processual se materializa, através do processo e na sucessão de atos ordenados pelo procedimento, observando-se o formalismo processual pertinente. Chega-se ao cume, ao ápice do processo no momento em que o julgador pronuncia o direito e faz real e efetiva a jurisdição

---

<sup>277</sup>A Lei 11.232, pub. em 23.12.2005, com *vacatio legis* de seis meses, altera esse conceito de sentença como sendo o último ato jurisdicional do processo.

<sup>278</sup>FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Novo dicionário Aurélio da língua portuguesa**. 3. ed. Curitiba: Positivo, 2004, p. 716.

provocada. Até aquele momento, a atividade jurisdicional era exercida apenas na ordenação dos atos de postulação e instrução, preparatórios do julgamento ou, ainda, na prolação de decisões interlocutórias necessárias ao desenvolvimento do processo ou referentes a medidas de urgência, de caráter provisório, que são, via de regra, substituídas pelo provimento final.

Efetivada a jurisdição, através da publicação da sentença do processo de conhecimento, objetiva-se que o direito dito e afirmado pelo Poder Judiciário seja realizado, ou seja, que as partes se submetam à autoridade do julgamento e respeitem a afirmação do direito que se fez, com o fito de pacificação social daquele conflito. Quando os envolvidos se submetem naturalmente ao comando sentencial, tornado definitivo pela ausência de recursos ou pelo esgotamento das vias recursais, temos que a jurisdição efetiva também se tornou eficaz, porque produziu no mundo concreto dos fatos, o efeito do direito declarado na sentença. Quando, entretanto, por qualquer motivo, não atendem as partes o comando de direito afirmado na sentença, embora exaurida a jurisdição do processo de conhecimento, ainda cabe ao Poder Judiciário a função de realizar o direito reconhecido e de dar eficácia à decisão jurisdicional ou à tutela jurisdicional.

Pode-se, então, distinguir dois momentos e dois efeitos para o pronunciamento sentencial: o primeiro momento, em que é pronunciada a sentença, ela faz efetiva a jurisdição provocada; o segundo momento, em que é cumprida, espontaneamente, pelas partes, ou mediante a coerção estatal, ou, ainda, acaba por ser cumprida pelo próprio Estado, que se substitui na vontade da parte e realiza o direito antes afirmado, dando assim eficácia ao julgado.

O significado exato do termo *eficaz* não deixa dúvidas quanto à sua aplicação. Conforme o lexicólogo referido<sup>279</sup>: *Eficaz* é o “que produz o efeito desejado; que dá bom resultado; que age com eficiência”. Em decorrência, *eficiência* significa, para o mesmo autor, “ação; força, virtude de produzir um efeito”. Assim, efetivo e eficaz são dois adjetivos de significação distinta na língua portuguesa e, por isso, servem para avaliar momentos e efeitos diferentes. Com isso, queremos ressaltar

---

<sup>279</sup>FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Novo dicionário Aurélio da língua portuguesa*. 3. ed. Curitiba: Positivo, 2004, p. 716.

que a efetividade da jurisdição, através do pronunciamento da sentença com o reconhecimento do direito aplicável ao caso concreto, ainda não realiza a garantia fundamental de acesso à justiça que a Constituição prevê, pois a noção ampla de acesso à ordem jurídica justa envolve a necessidade de que o julgado produza no mundo dos fatos o efeito desejado pelo sistema e afirmado pela sentença. É preciso obter o resultado almejado e, assim, dar eficácia à tutela jurisdicional. A eficácia é, pois, a efetividade qualificada pelo resultado.

Cabe ao Judiciário dizer o direito no processo de conhecimento e, se necessário, realizá-lo através do processo de execução, aquele destinado a dar eficácia ao julgado, ou seja, a obter, no mundo dos fatos, a produção do efeito do direito afirmado na sentença, isto quando as partes não se submetem espontaneamente ao resultado do efetivo julgamento. Então, estamos autorizados a dizer que a sentença de mérito no processo de conhecimento nem sempre cumpre ou acaba o ofício jurisdicional, conforme textualmente afirma o *caput* do art. 463 do CPC, pois existe a hipótese de, sendo a cognição feita através de sentença condenatória, não cumprirem as partes litigantes a decisão e o ofício jurisdicional ainda se fazer necessário até a satisfação executiva do julgado. A sentença de mérito, então, apenas encerra a discussão sobre o direito em questão, ou seja, através dela o Estado diz o direito aplicável ao caso concreto e, nos casos de condenação, espera a submissão das partes ao julgamento, até ser novamente acionado para, noutro momento processual, em uma nova relação jurídica processual, através de uma outra ação, denominada pela legislação processual de ação de execução, poder exercer, ainda, a função jurisdicional para realizar o direito afirmado<sup>280</sup>.

De nenhum valor é a afirmação de um direito, sem a sua realização no mundo dos fatos. A sentença judicial, na concepção kelseana, é norma jurídica individualizada e contém também um comando de dever-ser, a exemplo da norma legal. Por isso, podemos nos valer do conceito positivista de eficácia da norma jurídica para afirmar que uma sentença somente é eficaz se for observada por seus destinatários, pois se for ela ignorada por eles, torna-se ineficaz, porque

---

<sup>280</sup>A recente Lei 11.232/05 que se encontra, ainda, na *vacatio legis*, altera o conceito de sentença no processo civil brasileiro e positiva uma nova concepção para a execução de títulos judiciais, que será processada na fase denominada “cumprimento da sentença”, conforme abordamos no item 4.3 deste trabalho.

não produz o efeito social desejado que é o de restabelecer a ordem, segundo os ditames da norma.

Parece claro que o conceito de eficácia das normas para a dogmática jurídica está sempre relacionado à produção do efeito desejado, conforme em outro capítulo expusemos<sup>281</sup>, pois a eficácia é a atuação da norma no mundo do ser, sendo assim um fato observável e comprovável no mundo dos fatos, enquanto a vigência, por sua vez, pertence à ordem do dever-ser. Da mesma forma, embora se trate de objeto diverso, a eficácia da jurisdição ou da tutela jurisdicional implica na verificação da sua realização no mundo do ser, ou seja, da sua concretização.

Afirma-se, então, neste trabalho que os conceitos de efetividade da jurisdição e de eficácia da tutela jurisdicional são diversos. Não é outra a conclusão a que chegou Gonçalves<sup>282</sup> em suas reflexões sobre ontologia do processo e a jurisdição que o anima, embora prefira aquele autor se referir à eficácia da própria jurisdição e não à da tutela jurisdicional, o que não altera o seu significado:

Então, ontologicamente, o processo é situação jurídica complexa, plurisubjetiva, com sujeitos de posições jurídicas definidas, de natureza essencialmente garantística que, materializando e restringindo a jurisdição por seus atos documentados, a faz efetiva com o fim determinado de fazê-la eficaz. ... ( ) Sem jurisdição é um indiferente jurídico; e, com jurisdição, mas sem eficácia, ou seja, sem atuação na situação pontual que a fez provocada, é engôdo estatal.

Também não é nova a reflexão feita pelos doutrinadores processualistas a respeito de que o conceito normativo de sentença, como sendo o ato que satisfaz e exaure a jurisdição, é insuficiente e “indesejavelmente técnico” para quem busca resultados. “A utilidade prática que se deseja do processo é a efetiva satisfação de pretensões ou petições apoiadas pelo direito<sup>283</sup>”. Em outras palavras, o que se almeja é a eficácia da tutela jurisdicional, é a realização do direito declarado, somente com isso se satisfaz a pretensão daquele que tem o direito material reconhecido.

---

<sup>281</sup> Conferir capítulo 3, 'Os conceitos de validade, efetividade e vigência da norma na teoria garantista'.

<sup>282</sup> GONÇALVES, Willian Couto. **Uma introdução à filosofia do direito processual**: estudos sobre a jurisdição e o processo fundamentando uma compreensão histórica, ontológica e teleológica. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p.171-172.

<sup>283</sup> DINAMARCO, Cândido Rangel apud GONÇALVES, Willian Couto. **Garantismo, finalismo e segurança jurídica no processo judicial de solução de conflitos**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 45.

Para Barbosa Moreira<sup>284</sup>, efetivo é sinônimo de eficiência, o que parece não coincidir com os significados do termo, segundo antes demonstrado, mas o processualista explica o seu pensamento afirmando que “querer que o processo seja efetivo é querer que desempenhe com eficiência o papel que lhe compete na economia do ordenamento jurídico”. Ora, sabe-se que o papel que compete ao processo é o de ser instrumento para a realização do direito material, então, ele desempenhará com eficiência o seu papel se servir à realização do direito material. Conclui, por isso, que será efetivo o processo que se constituir em instrumento eficiente de realização do direito material.

O autor deixa claro, em suas reflexões, que o tema da efetividade do processo suscita “grande e multiforme problemática”, mas que o ângulo que deseja evidenciar é o da efetividade social do processo, afirmando que o Direito Processual deve dotar a função jurisdicional de instrumentos capazes de dar à parte vencedora a fruição do seu direito, somente com o que se pode falar de um “processo socialmente efetivo”. Registre-se que ficou ressalvada, nas reflexões do autor, a sua constatação de que não cabe ao processo, por mais efetivo que seja, o papel de corrigir as injustiças sociais que marcam as nações em desenvolvimento, como o Brasil, embora possa contribuir no trabalho de renovação das estruturas. Penso que, talvez, ele tenha se referido ao papel de realizar o direito com mais critérios de justiça e equidade do que com critérios legais.

É bom que se diga que o movimento pela efetividade do processo no Brasil existe desde 1982 e já contava com a atuação de renomados processualistas. Seis anos depois ela veio a integrar a ordem jurídica positiva, pois se viu inserida a garantia do acesso à justiça no art. 5º. , inciso XXXV da Constituição Federal, que, no seu significado pleno, passou a ser entendido como o acesso à ordem jurídica justa, ou seja à garantia da realização do próprio direito de que se é titular. Ora, assim colocado, o tema da efetividade do processo tomou a conotação de conter o qualificativo da utilidade do processo, ou seja, processo

---

<sup>284</sup>MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Temas de direito processual**: oitava série. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 15

socialmente efetivo seria o processo útil, o processo que serve à sua finalidade de instrumentalizar o direito material.

É nesse sentido que os processualistas desenvolveram o tema da efetividade do processo. Bedaque afirma que o processo efetivo é aquele que dá proteção ao direito material da parte, tornando-se “socialmente útil” e a utilidade “está intimamente relacionada com a eficácia do processo, que constitui o meio para garantir a atuação do Direito”<sup>285</sup>.

Por sua vez, Mendonça Junior<sup>286</sup> afirma que processo efetivo é um processo de resultados concretos, é o que realiza, na prática, o direito material, que sai da ficção do “mundo dos autos” e introduz modificação na realidade empírica do cidadão. Em suma, não há, para a concepção doutrinária, efetividade do processo sem resultado útil e consoante o direito material. Isso equivale a vislumbrar a presença constante, no tema da efetividade do processo, do elemento da eficiência, mais afeto ao sentido de utilidade e que, por sua vez, estaria mais ligado ao significado do termo eficácia.

Consultando o pequeno dicionário Michaelis Português-Espanhol, constata-se que o significado do verbete efetivo, em Português, vertido para o Espanhol, é “práctico; real; útil; actual”<sup>287</sup>, o que confirma a adequação do sentido de utilidade ao termo efetividade. Em outras palavras, o termo adjetivo efetivo tanto pode significar simplesmente aquilo que se tornou real, como qualificar aquilo que se tornou útil ao se fazer real. São dois ângulos de uma mesma qualificação, ou seja, o ângulo do que se tornou real e o do que, ao se tornar real, também se fez útil. É neste segundo sentido que a doutrina vem utilizando as expressões “processo efetivo” ou “efetividade do processo” para, na primeira, significar que o processo deve ser útil à finalidade a que serve, qual seja, a de realizar o direito material e, na segunda, para significar os resultados concretos de realização do direito material.

---

<sup>285</sup>BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Direito e processo: influência do direito material sobre o processo**. 3.ed., São Paulo: Malheiros, 2003, p. 66.

<sup>286</sup>MENDONÇA JUNIOR, Deslomar. **Princípios da ampla defesa e da efetividade no processo civil brasileiro**. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 68.

<sup>287</sup>PEREIRA, Helena B. C. **MICHAELIS: pequeno dicionário espanhol-português, português-espanhol**. São Paulo: Melhoramentos, 1996.

Esta concepção doutrinária de processo efetivo, que traz em si ínsita a idéia de processo socialmente útil, como afirma Bedaque, equivale ao sentido terminológico de eficácia, porque eficaz é o que produz os resultados esperados; então, processo efetivo é o que é capaz de realizar o direito material, já que é instrumento de realização de uma função do Estado. Daí, processo efetivo somente pode ser aquele que é capaz de instrumentalizar e obter a eficácia da jurisdição ou da decisão jurisdicional. Em outras palavras, um processo somente é efetivo se for útil ao fim a que se destina, se puder realizar o direito material e, assim, fazer eficaz a jurisdição a quem serve como instrumento de sua materialização.

Vemos, assim, que processo efetivo não significa a mesma coisa que jurisdição efetiva, porque esta se faz efetiva quando simplesmente se torna real. A jurisdição é real quando a decisão, que tutela o interesse da parte, é prestada, através da sentença de mérito (ou da decisão interlocutória) que afirma o direito, que o declara (ou quando o órgão judiciário estabelece, provisoriamente, a regra aplicável, antecipando os efeitos do julgamento do mérito)<sup>288</sup>. Entretanto, somente será eficaz a tutela jurisdicional quando puder, além da afirmação do direito, realizar o direito afirmado. Com a realização do direito afirmado na sentença de mérito (ou da decisão de tutela de urgência) é que se obterá a eficácia da tutela jurisdicional, que corresponde à eficácia da própria jurisdição. Então, podemos concluir que a propalada efetividade do processo é o qualificativo que traduz a capacidade do processo ser útil à realização do direito material, o que é o mesmo que ser útil à eficácia da jurisdição e servir à concretização das decisões jurisdicionais.

Em outras palavras, afirma Dinamarco<sup>289</sup> que a efetividade do processo “não se obtém com a simples emissão de provimentos jurisdicionais, mas com a cabal influência na vida das pessoas”.

---

<sup>288</sup>ASSIS, Araken de. **Cumprimento da sentença**. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 23. Para o autor, “ao contrário do que usualmente se sustenta, conforme a força da ação, a decisão constitui título executivo e autoriza execução (art. 475-J) ou cumprimento (artigo 476, I, *caput*, c/c art. 461 e 461-A)”.

<sup>289</sup>DINAMARCO, Cândido Rangel. Tutela Jurisdicional. **Revista de Processo**. São Paulo, Ano 21, No.81, p. 54-81, Janeiro-março de 1996.

## 4.2 O PROBLEMA DA INEFICÁCIA DAS DECISÕES JURISDICIONAIS

Afirmar o direito e não realizá-lo é a negação da garantia fundamental de acesso à justiça, até porque o Estado de Direito Constitucional vigente não permite que o cidadão realize, por seus próprios meios, de forma coercitiva e exercitando as próprias razões, o direito lesado por outrem, o que constitui, inclusive, tipo penal, salvo raras e especiais situações expressas em lei.

As profundas reformas pelas quais vem passando a ciência do Direito Processual permitem-nos vislumbrar melhores horizontes para a realização do direito material, cabendo sempre, de toda sorte, ao magistrado vincular-se à ordem constitucional e buscar, da forma possível, realizar, no mundo dos fatos, o direito afirmado no julgado, valendo-se de todos os recursos postos à disposição no sistema normativo e também dos princípios constitucionais que se espalham e se infiltram na ordem jurídica para, de fato, cumprir e acabar o ofício jurisdicional garantindo a eficácia do julgamento.

A entrega da prestação jurisdicional é, assim, como vimos, o corolário da efetividade da tutela jurisdicional, pois a função estatal de dizer o direito se realiza, se torna efetiva e traz em si a idéia de transmissão da segurança jurídica e da paz social almejadas pelo direito e pelo exercício da jurisdição. Contudo, esta decantada segurança e paz social ainda não são reais pela simples publicação da sentença de mérito. É apenas formal, porque já foi declarado o direito que rege o conflito de interesses, pelo órgão estatal competente, mas ainda resta a questão da sua real concretização e, mais ainda, a sua verdadeira capacidade de traduzir segurança e paz. Ademais, na busca da segurança jurídica e da paz social, há também valores de justiça que são perseguidos e que não estão refletidos na prolação da decisão de solução judicial dos conflitos e sim na realização da decisão, exceto se a força da ação for apenas de eliminação de incerteza sobre o direito.

Assim, somente o desenvolvimento do processo com estrita observância das normas constitucionais que regem o “direito constitucional processual” e informam todo o exercício da jurisdição, derivadas da cláusula máxima do *due process of law*, a prolação e o cumprimento da sentença, com estrita observância do direito material vigente e em conformidade com os valores absolutos dos direitos fundamentais do cidadão, é que podem traduzir um processo justo, capaz de atender ao preceito constitucional garantidor do de acesso à justiça.

Conforme amplamente defendido neste trabalho, a garantia do acesso à justiça não pode se satisfazer com o mero acesso formal aos órgãos jurisdicionais, pois, somente se completa com a garantia do verdadeiro acesso ao processo justo, tanto no seu aspecto processual (devido processo legal) como no aspecto do direito a uma decisão materialmente justa (devido processo legal substancial) e, finalmente, também com a realização do direito declarado, de forma eficiente, no mundo dos fatos.

Por isso, ainda que o processo se desenvolva com respeito ao devido processo legal e a entrega da prestação jurisdicional (decisão de mérito) se faça também com justiça substancial, conforme o direito material previsto, se as partes não se submetem, voluntariamente, ao comando normativo que emana da sentença, ainda caberá ao Poder Judiciário promover, pela via coercitiva própria do sistema normativo, a concretização da decisão, dando início a uma outra etapa que pode se transformar numa nova *via crucis*. Deve-se atentar para o fato de que, se não puder ser eficaz a decisão judicial, de nada adiantou ou para nada serviu o processo justo, tornando-se por isso injusto.

Assim, a ineficácia das decisões que tutelam o direito material da partes traduz a forma mais evidente e cruel de negativa do acesso à justiça e, portanto, de grave violação ao mais fundamental dos direitos do cidadão no Estado Constitucional de Direito, porque submete a parte que possui o direito material aos transtornos da via processual, com todos os custos dela advindos, para, ao final, negar-lhe a realização do direito e também da justiça. É mister se atentar para os problemas atuais da execução forçada dos títulos judiciais, de molde a poder contornar as

suas dificuldades e trabalhar no sentido da concretização do direito material declarado.

Há algum tempo, o mundo jurídico vem se ressentindo das deficiências e dificuldades para se chegar a termo satisfatório no processo de execução, sendo os seus desvios e óbices de tal monta que afetam o prestígio e a credibilidade da justiça, cujo resultado prático final há de ser entregue pelo Poder Judiciário ao jurisdicionado.

Encontra-se inserto na nossa Carta Magna o princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional que muito mais do que assegurar o acesso formal aos órgãos jurisdicionais, assegura o acesso à justiça, ou seja, o acesso a um julgamento justo e a um resultado efetivo da demanda, o que somente pode se dar através da entrega final do resultado prático do processo ao vencedor, de forma célere e eficaz.

Intensos debates sobre o tema têm sido feitos por processualistas de todos os países desde os anos oitenta e, no Brasil, mais intensamente na última década, com a participação de doutrinadores italianos na troca de experiência no ramo do Direito Processual, em razão da forte influência que aqueles pensadores sempre exerceram em nossas reflexões sobre processo. Identificou-se, então, a existência de uma crise do processo de execução que atinge praticamente todo o mundo.

A tutela jurisdicional é a proteção que os órgãos estatais, encarregados do exercício da função jurisdicional, dispensam à parte que é titular de um direito material questionado no bojo de um processo regular. Assim, somente se pode falar em direito à tutela jurisdicional para a parte que tem razão no processo, em favor de quem o Estado deve restabelecer o direito lesado. Embora todos passam ter direito de acionar o Poder Judiciário e exigir um pronunciamento sobre certa situação da vida em conflito ou mesmo em mero estado de incerteza, somente aquele que possui o direito material pode exigir a proteção jurisdicional através de uma das modalidades de tutela.

A doutrina tradicional classifica a atuação jurisdicional em três espécies, de acordo com as funções ordinariamente reconhecidas: a) de conhecimento; b) de execução; c) cautelar. Essa última, de caráter provisório e dependente de uma ação principal (que pode ser de conhecimento ou de execução), tem por finalidade, tão-somente, a garantia da eficácia do provimento da ação principal, que a substitui depois, como provimento definitivo.

A atividade jurisdicional com função de conhecimento é aquela voltada ao acertamento do direito material em conflito; a de execução é voltada para a finalidade de satisfação do direito material já acertado no campo do conhecimento ou expresso em outro título de natureza extrajudicial, quando presentes os requisitos de sua liquidez, certeza e exigibilidade. Não há como se negar, entretanto, que na atividade jurisdicional, desenvolvida no processo de execução, também há cognição, como há atividade cautelar assecuratória, traduzida em medidas de urgência, tanto no processo de conhecimento como no de execução, da mesma forma que o órgão jurisdicional tem atuação executiva na concretização das medidas de urgência (cautelares ou de natureza antecipatória), o que apenas demonstra a artificialidade dessa “divisão tricotômica dos processos”<sup>290</sup> e a sua insuficiência.

Considerando a grande variedade e complexidade das situações da vida que possam estar em conflito, há uma infinidade de critérios possíveis para a classificação das tutelas jurisdicionais, sobressaindo-se na doutrina aquele critério relacionado à forma ou à maneira de proteger o direito subjetivo posto em questão. Ou seja, os tipos de tutela jurisdicional são identificados em correspondência com a forma ou a maneira de se proteger o direito lesado, dependem do pedido de proteção formulado pela partes. Somente em face do pedido do autor é que se pode identificar o tipo de tutela jurisdicional que pretende e, após o desenvolvimento do processo, com a sentença, é que se pode identificar o tipo de tutela a que tem direito.

Considerando que a tutela jurisdicional consiste, de forma ideal, na entrega ao detentor do direito material de resultados substanciais idênticos aos que seriam

---

<sup>290</sup>ASSIS, Araken de. **Manual do processo de execução**. 8. ed. São Paulo: RT, 2002, p. 75.

obtidos sem a interferência da jurisdição, se acaso as partes tivessem se submetido espontaneamente ao direito substancial vigente; será ela definida e dimensionada pelo direito material e pelo modo como a situação concreta pode ser equacionada<sup>291</sup>.

As variadas situações da vida que impõem às pessoas o recurso de utilização do processo, caracterizam-se como crises de certezas, de adimplemento ou de situações jurídicas, cabendo ao sistema processual a produção de resultado adequado a cada crise para fazer atuar a vontade concreta do direito. Daí se poder identificar a tutela declaratória, condenatória, executiva ou constitutiva. Inúmeros autores, como Dinamarco<sup>292</sup>, admitem que a melhor classificação das tutelas é a que não dá tratamento autônomo para a sentença condenatória como meio de tutela, porque ela pouco oferece a quem tem o direito, dada à sua incapacidade de debelar a crise do inadimplemento que a provoca, já que o que nela se obtém é a declaração do direito e a imposição da sanção. O direito declarado através da sentença condenatória somente vem a se estabelecer por ato voluntário do obrigado ou mediante via imperativa da execução forçada.

Também para Guerra<sup>293</sup>, as diferentes necessidades de proteção dos direitos subjetivos podem ser reduzidas a três modalidades: a) de eliminação da incerteza jurídica acerca da existência ou inexistência de um direito; b) de alteração da situação jurídica entre sujeitos, de modo a constituir, modificar ou extinguir um direito; c) de realização concreta ou material de um direito subjetivo. Cada uma das modalidades dá lugar a uma distinta modalidade de tutela jurisdicional, correspondendo, respectivamente, à tutela declaratória, tutela constitutiva e tutela executiva. O autor não identifica também, como outra modalidade autônoma de tutela, aquela denominada, tradicionalmente, “tutela condenatória”, pois estas seriam integrantes da disciplina legal da tutela executiva, já que o ordenamento jurídico condiciona a prestação da tutela executiva à prévia declaração judicial e acertamento do direito a ser tutelado.

<sup>291</sup>DINAMARCO, Cândido Rangel. **Fundamentos do processo civil moderno**. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 835.

<sup>292</sup>DINAMARCO, Cândido Rangel. **Fundamentos do processo civil moderno**. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 836.

<sup>293</sup>GUERRA, Marcelo Lima. Execução da sentença em mandado de segurança. In BUENO, Cassio Scarpinella; ALVIM, Eduardo Arruda; Wambier, Tereza Arruda Alvim (Coord.). **Aspectos polêmicos e atuais do mandado de segurança**. São Paulo: RT, 2002, p.60-607.

Seria a condenação apenas um *índice* ou uma fase preparatória da tutela executiva.

Bedaque<sup>294</sup> afirma que as modalidades de crise no plano material são várias e que, para cada uma delas, o sistema processual prevê um tipo de solução adequada e que para as “crises de inadimplemento, prevê o sistema, em princípio, o binômio condenação-execução. Primeiro, o titular do direito obtém a condenação. Depois, para efetiva satisfação de sua pretensão, vale-se da tutela executiva”.

O provimento de conhecimento, a que corresponde o Processo de Conhecimento, por sua vez, costuma ser classificado, tradicionalmente, segundo a sua carga de eficácia, em declaratório, constitutivo e condenatório. Certa corrente doutrinária, hoje predominante, sustenta que, ao lado dessas, há que se colocar também as executivas *lato sensu*<sup>295</sup> e as mandamentais, cuja carga de eficácia é diversa das demais, o que traz grande polêmica para o tema da Teoria das Ações e também para o da Teoria das Sentenças, revigorando a classificação quinária das sentenças feita por Pontes de Miranda, no direito brasileiro, embora sem a exata reprodução das idéias daquele autor. Não há, entretanto, muito interesse no aprofundamento do tema, para os fins desse estudo, razão pela qual o abordamos superficialmente, apenas para compreensão dos tipos de tutela e correspondentes formas de cumprimento dos julgados.

A aceitação da concepção de uma classificação das sentenças, quanto à sua carga de eficácia executiva, adveio da óbvia constatação de que ambas as funções da jurisdição - cognição e execução - têm o mesmo objetivo final, qual seja o de acertar a situação jurídica conflituosa de forma definitiva, através de uma tutela satisfativa. Contudo, alguns provimentos exarados pelo órgão jurisdicional na fase cognitiva dependem de uma posterior atuação prática do Poder Judiciário, enquanto outros já equacionam, por si sós, determinadas lides

<sup>294</sup>BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Tutela cautelar e tutela antecipada**: tutelas sumárias e de urgência: tentativa de sistematização. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 103.

<sup>295</sup>ASSIS, Araken de. **Cumprimento da sentença**. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 7. O autor registra que a expressão “executiva *lato sensu*” decorre de modismo, em desacordo com Pontes de Miranda, devendo-se preferir a designação da classe “executiva”.

e, por isso, não dependem de qualquer atuação executiva. Essa dependência da função executiva jurisdicional não é característica exclusiva das sentenças condenatórias, daí porque ganhou relevo a admissão doutrinária das cargas eficaciais executivas *lato sensu* e mandamentais.

A sentença de improcedência de um pedido, por exemplo, é meramente declaratória e não depende de nenhuma outra atividade executiva, encerrando e compondo a lide. Há, contudo, outras sentenças, igualmente declaratórias, como é a de procedência da investigação de paternidade, que, embora acerte o direito em conflito com a sua prolação, depende de uma atuação própria do órgão jurisdicional que é o registro do estado jurídico da filiação declarada no competente registro civil de pessoas naturais, o que se faz, independentemente da vontade ou da participação das partes. Da mesma forma, ocorre com a sentença declaratória de nulidade de casamento. Por seu turno, há sentenças constitutivas, de cunho negativo, como as de anulação de casamento ou anulação de registro civil que, ao promoverem o acertamento do direito em conflito, também exigem uma atuação estatal que não depende da vontade de qualquer das partes e é realizada por ordem direta do órgão jurisdicional. São esses exemplos de sentenças, com cargas eficaciais declaratórias, que são acompanhadas de atividades executivas mandamentais do Estado a outro órgão estatal, porque do Juiz emana a declaração sentencial e a ordem de alteração nos assentamentos do registro civil, sem nenhuma necessidade da participação das partes nesta efetivação.

Por outro lado, há também sentenças que trazem comandos diretos e que, devido a uma característica de especial força executiva, já vêm acompanhadas do mecanismo de sub-rogação capaz de lhes dar eficácia imediata, sem depender sequer da colaboração do devedor, identificando, assim, a força denominada de executiva. É, por exemplo, o conhecido caso das sentenças de procedência nas ações de restituição do bem locado (despejo), imissão de posse e outras. É comum, entretanto, que uma mesma sentença possa ser decomposta em diversas e até mesmo em todas as cargas eficaciais conhecidas na doutrina.

Impõe-se, aqui, ao lado das já conhecidas cargas de eficácia condenatória, declaratória e constitutiva, esclarecer as definições doutrinárias vigentes sobre sentença executiva *lato sensu* e sentença mandamental, como ressaltadas por Guerra:

a) 'Sentença executiva *lato sensu*' é aquela que 'traz em seu dispositivo a determinação de imediata atuação de meios de sujeitação (subrogatórios), independentemente de novo processo', ou ainda, 'a sentença que pela elevada carga de executividade de que é dotada, é ela executável no próprio processo em que foi ela proferida'.

b) 'Sentença mandamental', por sua vez, 'é aquela que, em vez da predeterminação de formas substitutivas da conduta do devedor, dirige-lhe ordem cuja inobservância caracteriza desobediência à autoridade estatal e pode implicar a adoção de medidas coercitivas'.<sup>296</sup>

Do ponto de vista prático, para a realização do direito, me parece que, de fato, não importa a identificação da maior carga eficaz de uma sentença de conhecimento para apenas classificá-la como sendo declaratória ou constitutiva ou mesmo condenatória, mas sim ganha relevo a identificação do meio para tornar aquele provimento eficaz, seja através de um processo de execução autônomo ou através de uma execução *lato sensu* no próprio processo de conhecimento em que foi proferido o provimento, ou mesmo através de uma ordem dirigida a um agente do poder, que vale por si mesma e prescinde de qualquer ato executório.

Toda decisão jurisdicional de mérito, seja qual for a sua natureza, é proferida para ser observada pelos sujeitos envolvidos ou afetados pelo resultado da relação jurídica processual, o que garante o prestígio do Poder Estatal e dá sustentação à manutenção da própria forma de constituição do Estado organizado no sistema tripartido de Poderes. A ninguém interessa o desrespeito das funções jurisdicionais do Estado, porque, em última análise, o Poder Judiciário é o garante dos eventuais abusos de direito que qualquer cidadão possa sofrer por parte do próprio Estado.

A tendência universal é, portanto, a de cultivo de uma mentalidade em prol da aceitação dos resultados definitivos dos processos, quando, contra eles, já não

---

<sup>296</sup>GUERRA, Marcelo Lima. Execução da sentença em mandado de segurança. In BUENO, Cassio Scarpinella; ALVIM, Eduardo Arruda; Wambier, Tereza Arruda Alvim (Coord.). **Aspectos polêmicos e atuais do mandado de segurança**. São Paulo: RT, 2002, p. 620.

caiba mais recurso legal. O não acatamento desses resultados irrecorríveis, embora tenha o Poder Judiciário feito o acertamento da situação de direito conflituosa, gera nova crise do adimplemento, ou seja, a crise que decorre do descumprimento do direito certo, sobre o qual já não paira mais dúvida. Este é um ponto nevrálgico para o processo judicial de solução de conflitos.

O processo de execução está concebido, no nosso Direito Processual, como aquele que objetiva instrumentalizar a satisfação da obrigação imposta ao devedor inadimplente. Os problemas da execução dos títulos judiciais começam com a formação do título executivo e se agravam, no curso do procedimento da própria execução, envolvendo outras questões além daquelas que são peculiares às execuções dos títulos extrajudiciais, como reajustes do débito, descoberta do patrimônio do devedor, medidas de coação em face do devedor e efetividade das hastas públicas. Ganha relevo o próprio título judicial que é pressuposto da execução e as questões sobre a sua força executiva, bem como os mecanismos de atuação estatal coercitiva e sub-rogatória da vontade do devedor, visando a satisfação do credor e também a manutenção do prestígio da justiça.

De forma diferente, a legislação dos diversos países trata o momento do surgimento da força executiva do título judicial<sup>297</sup>. Em alguns países a sentença de primeiro grau não é executiva *de jure*, em razão do efeito suspensivo dos recursos de apelo, exceto se houver excepcional declaração de força executiva provisória, quando os atos de execução forçada podem ter início e às vezes até ultimateção, mediante prestação de caução, como ocorre na Alemanha, na França e no Brasil. Em outros, como na Espanha, a execução provisória das sentenças é sempre consentida, mas mediante caução.

Na Itália, desde a reforma de 1990, inverteu-se a regra tradicional e foi introduzido o princípio da eficácia executiva imediata de todas as sentenças de primeiro grau, ressalvado apenas o direito de ser pedida a suspensão da execução ao juiz do apelo, por graves motivos. Assim também ocorre nos países

---

<sup>297</sup>TALAMINI, Eduardo. **Tutela relativa aos deveres de fazer e de não fazer:** e sua extensão aos deveres de entrega de coisa. 2. ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 41-119.

da *common law*. Tal solução é a que prestigia a tendência de se consentir na formação do título executivo de forma mais rápida possível, ou seja, antecipa-se fortemente a tutela executiva do vencedor e não apenas lhe concede garantias contra eventual dissipação dos bens do devedor, como ocorre, via de regra, na legislação brasileira.

Dois pontos principais, entre outros, nos parecem merecer a atenção no estudo da “tutela executiva”, quais sejam: 1º) a força executiva do título (definição sobre o momento de sua formação; 2º) os meios coercitivos e/ou sub-rogatórios na execução forçada (independentes da vontade do devedor), ambos mencionados anteriormente.

Quanto ao primeiro ponto, o direito positivo brasileiro se filiou à corrente que adota a formação do título executivo judicial somente após o trânsito em julgado da sentença, admitindo apenas que, em casos predeterminados pela lei, possam adquirir força executiva provisória.

Entretanto, a opção feita pela adoção no ordenamento jurídico de regra geral de antecipação dos efeitos da tutela, em situações de urgência e quando evidenciada a verossimilhança do direito alegado ou a clara intenção procrastinatória da parte, com o abuso do direito de defesa ou, ainda, de incontrovérsia parcial do objeto da lide, nos coloca diante da necessidade de considerar também a força executiva dos provimentos de antecipação e não somente os definitivos.

Quanto ao segundo ponto, assume relevo a análise dos mecanismos coercitivos ou sub-rogatórios existentes e possíveis para a efetivação da tutela definitiva ou antecipatória de obrigação, pois que de nenhuma valia é a declaração do direito sem a correspondente garantia de sua eficácia, já que ela se transforma em simples letra morta, sem resultado prático e, portanto, fadada ao descrédito.

#### **4.2.1 Tutela definitiva e tutela antecipatória de efeitos**

A tutela definitiva consiste na entrega da prestação jurisdicional definitiva à parte, através de sentença de procedência ou de improcedência dos pedidos formulados, como resultado de uma cognição exauriente.

A tutela definitiva, enquanto sujeita a recurso, pode, ainda assim, produzir efeitos (eficácia provisória) e o trânsito em julgado confere especial qualidade aos seus efeitos que se tornam, então, via de regra, imutáveis ou intangíveis. Excetuam-se as hipóteses de cabimento de Ação Rescisória ou de nulidade *ipso iure* da sentença, por vício grave de ausência de citação ou de violação à regra ou a princípio constitucional, casos em que haveria cabimento, respectivamente, para a *querella nullitatis insanabilis* ou para a ação autônoma de nulidade da decisão por vício de inconstitucionalidade.

Assim, a tutela definitiva entregue à parte não é aquela sobre a qual já não caiba recurso, mas sim aquela que tem conteúdo decisório e não meramente terminativo. Pode a tutela definitiva ser objeto de execução provisória, no caso de estar a sentença submetida a recurso e admitir o ordenamento a sua executividade provisória, ou pode, ainda, ser objeto de execução definitiva, no caso de ter recaído sobre a mesma o manto da imutabilidade de seus efeitos, com o trânsito em julgado da sentença.

Quando é feita a entrega provisória da tutela do direito à parte ou de qualquer de seus efeitos, sem a exaustão dos procedimentos de cognição previstos, estamos diante de uma antecipação de efeitos da tutela, o que pode se dar em qualquer tipo de provimento, seja ele condenatório, constitutivo ou declaratório. Esses dois últimos estão limitados, não à entrega dos provimentos pleiteados, mas aos seus efeitos práticos de urgência.

São institutos totalmente distintos no nosso sistema processual a tutela antecipatória e o julgamento antecipado da lide. A tutela antecipatória baseia-se em cognição sumária e consiste em antecipar, provisoriamente, algum ou todos os efeitos do provimento postulado pela parte. Por sua vez, o julgamento antecipado da lide é definitivo e deve embasar-se em cognição plena e exauriente, se outro não for o tipo de provimento reclamado na ação.

Embora totalmente distintos, como institutos de direito processual, tanto a tutela antecipatória como a definitiva devem ter sua efetividade assegurada por mecanismos eficazes, sendo esse o ponto nevrálgico da tutela executiva em exame. No primeiro caso, a efetividade há que ser atingida com celeridade, como decorrência natural da urgência que o provimento antecipatório pressupõe e, no segundo caso, há que ser atingida, no menor espaço de tempo possível e da forma mais eficaz, porque representa o ápice da jurisdição definitivamente prestada na composição dos litígios e a prevalência do direito aplicado ao caso concreto.

O descumprimento da sentença ou da decisão antecipatória de tutela traz a continuidade do conflito submetido à jurisdição e exige solução eficaz para ambas as situações, não sendo plausível se falar em medidas enérgicas somente para as situações de urgência, pois que aquelas menos urgentes têm, da mesma forma, que ser tuteladas, de preferência de forma específica ou de forma a satisfazer a pretensão do vencedor que a tanto tem direito. Assim é que o § 5º. do art. 461 do CPC, agora reforçado pela previsão do art 287, já autorizava a concessão da tutela específica na sentença e também na decisão antecipatória, resguardada por preceito cominatório para dar efetividade às mesmas, sejam elas urgentes ou não.

Não é novidade no Brasil o estudo dos instrumentos e mecanismos jurisdicionais tendentes a realizar a tutela específica dos deveres de fazer ou de não fazer, no âmbito do controle dos atos do Estado, inclusive com a sua utilização em caráter preventivo, como ocorre com *habeas corpus*, mandado de segurança, ação popular. Há muito tempo vigoram no sistema brasileiro as hipóteses de emanção de ordens pelo Juiz, destinadas a impor condutas ativas ou de abstenção.

Sob a influência do Código de Napoleão, logo após a revolução francesa, à luz de idéias libertárias, de muita insatisfação com o regime anterior, além da desconfiança no Poder Judiciário, foram elaboradas as legislações civis do Continente Europeu e, delas, banidas quase que integralmente as medidas

coercitivas para o inadimplemento civil, prevalecendo a idéia de conversão do inadimplemento das obrigações de fazer e não fazer em perdas e danos, solucionando-se na garantia da patrimonialidade do devedor, ao contrário dos tempos medievais em que se solucionava com a submissão da própria pessoa do devedor ao credor.

A jurisprudência francesa, conforme anota Talamini<sup>298</sup>, partindo do instituto do ressarcimento de danos e, enfrentando, inicialmente, a própria resistência doutrinária, foi capaz de criar um mecanismo coercitivo pecuniário, com a implantação da *astreinte* (derivada do latim *ad-stringere*). Consiste na imposição de uma condenação de soma em dinheiro fixada por uma unidade de tempo (dia ou outra qualquer) e destinada a pressionar o devedor ao cumprimento de uma decisão judicial, com caráter eminentemente coercitivo e não indenizatório, como inicialmente fora justificada pelos Tribunais franceses.

Historia o citado autor que a primeira notícia de aplicação da medida pela Justiça Francesa, remonta a julgado do tribunal Civil de Cray, em 1811, e sua consagração definitiva deu-se em decisão da Corte de Cassação, em 1825, ocasião em que já se reconhecia o seu caráter cominatório. Foi somente no século XX, em 1972 (Lei de 05.07.1972) que o emprego da medida começou, porém, a generalizar-se e foi expressa em lei, como providência geral, após muitas dúvidas e vacilações doutrinárias sobre o tema, especialmente quanto à sua vinculação com a questão das perdas e danos pelo inadimplemento das obrigações.

O modelo francês das *astreintes* veio a ser adotado por diversos outros ordenamentos, porque consiste na prática de um sistema de garantia da tutela específica, de alcance amplo, pois se faz através dele um modelo de coação patrimonial, mas com o objetivo de alcançar a tutela específica e não a composição de perdas e danos. Entretanto, esbarra esse modelo em um limite prático insuperável, qual seja, a eventual persistência do estado de insolvência

---

<sup>298</sup> TALAMINI, Eduardo. **Tutela relativa aos deveres de fazer e de não fazer:** e sua extensão aos deveres de entrega de coisa. 2. ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 49.

do devedor da obrigação ou a sua excessiva riqueza, pois que ambas as situações tornam absolutamente ineficiente o sistema de *astreinte*.

No Direito italiano não teve a doutrina e a jurisprudência francesas boa receptividade e, até hoje, ressentem-se aquele ordenamento da ausência de mecanismos ou medidas coercitivas de aplicabilidade geral, com o fim de efetivação das obrigações de fazer infungíveis, não passíveis de execução mediante sub-rogação. Em tais casos, restam as meras reparações pecuniárias, inexistindo também a prisão civil por dívidas, como a rigor ocorre com os países que, desde a modernidade, se sujeitam ao Estado de Direito. As medidas coercitivas aplicáveis no processo de execução forçada foram previstas no ordenamento italiano apenas em hipóteses específicas e excepcionais.

A convicção de que um fazer ou não fazer infungível é insuscetível de execução forçada levou parte da doutrina italiana a afirmar que aqueles direitos correspondentes receberiam apenas tutela meramente declaratória, no que foi contestada por Pisani em sua obra "*La tutela di condanna*"<sup>299</sup>. Nela, o autor afirmou que o provimento, no caso, seria essencialmente condenatório, mesmo que insuscetível de execução forçada por sub-rogação porque a ele poderiam ser opostas medidas coercitivas com fundamento na tutela penal dos provimentos judiciais, pois que o sistema jurídico italiano prevê um sistema geral de medidas coercitivas para tal fim. Entretanto, suas idéias foram severamente combatidas e vencidas mediante o argumento de que, a vigorar tal proposta, estaria sendo implantado um método sub-reptício de criminalização de condutas não previstas no sistema penal.

Aquele autor italiano se preocupou em propor limites para a aplicação de sanções penais, como mecanismo de coerção processual civil para o cumprimento de obrigações, de forma legítima, restringindo as sanções penais restritivas de liberdade somente para os casos de descumprimento de provimento civil destinados à tutela dos direitos fundamentais. Reconheceu ele que, em alguns casos, a prisão seria um retrocesso, diante da abolição da prisão

---

<sup>299</sup> Apud TALAMINI, Eduardo. **Tutela relativa aos deveres de fazer e de não fazer: e sua extensão aos deveres de entrega de coisa**. 2. ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 58

civil, cabendo noutros casos apenas punições pecuniárias. Não vingou, contudo, na doutrina italiana, a concepção de Pisani e o que vigora atualmente é a admissão de medidas coercitivas no direito italiano para o cumprimento de obrigações de fazer e não fazer infungíveis, apenas em hipóteses excepcionais.

Fica assim gravemente limitada a efetividade das sentenças condenatória de obrigações (ou deveres) de fazer ou não fazer que sejam infungíveis, porque insuscetíveis de execução forçada por sub-rogação. Há em andamento no parlamento italiano diversas propostas legislativas de estabelecimento de medidas gerais coercitivas a serem aplicadas no processo de execução, sendo que o mais recente projeto de reforma do código processual italiano não contém proposta de alteração no processo de execução de obrigações de fazer e não fazer, contudo, propõe a instituição de um mecanismo geral de coerção pecuniária para as sentenças condenatórias, que atingiria a mesma finalidade, conforme registra Talamini em seu estudo citado<sup>300</sup>.

A trajetória da doutrina, jurisprudência e formação do direito positivo brasileiro, no campo da aplicação da tutela específica, foi bem diferente, pois, desde as Ordenações, já se conhecia regra de imposição de cumprimento específico de obrigação civil, mediante coerção como “pena” e de caráter inconfundível com a indenização por perdas e danos, através da Ação de Preceito Cominatório, na qual a parte credora de uma obrigação obtinha do Juiz a imposição de uma multa aplicada ao devedor, que tanto podia ser convencional como arbitrada pelo magistrado, para fazer com que o devedor cumprisse o seu mandado, cumulável com a indenização devida pelo inadimplemento do que voluntariamente lhe competia.

Também previsto no Código de Processo Civil de 1939, no art. 302, o preceito cominatório para a prestação de fato ou abstenção de ato abrangia onze casos especiais de deveres de fazer ou de não fazer e uma cláusula abrangendo a generalidade das prestações legais e convencionais com esse objeto. Nos demais casos não abrangidos pela previsão legal, podia-se recair no regime

---

<sup>300</sup> TALAMINI, Eduardo. **Tutela relativa aos deveres de fazer e de não fazer:** e sua extensão aos deveres de entrega de coisa. 2. ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 63.

previsto no Código Civil de 1916, por sua vez elaborado sob a influência do Código Napoleônico, com a conversão do inadimplemento em perdas e danos e (ou) a sub-rogação por terceiro, à custa do devedor.

Havia, contudo, uma tímida previsão de preceito cominatório geral no art. 999, o qual estabelecia que o descumprimento do preceito executivo daria ao exeqüente a alternativa de requerer multa ou perdas e danos e o art. 1.005 previa que se o ato só pudesse ser executado pelo devedor, o juiz poderia ordenar que este o prestasse, no prazo fixado, “sob pena de cominação pecuniária, que não exceda o valor da prestação”.

Já havia também sido contemplada no Código Civil de 1916 a antiga técnica sub-rogatória, que, no Código de Processo Civil de 1939, constou dos artigos 1.000 a 1.004, prevendo a possibilidade da prestação do fato fungível por terceiro, às custas do devedor.

No Código de Processo de 1973, não subsistiu a ação cominatória no que concerne ao comando para fazer ou não fazer, consolidando-se a instituição de medida coercitiva aplicável às obrigações fungíveis ou infungíveis, ilimitada e cumulável com perdas e danos. Desapareceu, contudo, a possibilidade de um comando *inlitis* acompanhado de medida coercitiva, pois que consagrou a idéia esboçada, desde o Código de 1939, de que a multa só começaria a incidir depois do trânsito em julgado da sentença.

O Processo cautelar passou a ser utilizado para a obtenção de tutela preventiva, ampliando-se, na jurisprudência e na doutrina, o poder geral de cautela, previsto no art. 799, que passou a embasar a imposição da prática e da abstenção de atos, porém, sem um sistema de mecanismo coercitivo que pudesse assegurar a plena efetivação dos provimentos cautelares, ficando completamente descartada a possibilidade de aplicação de multa diária para o caso de descumprimento de medida cautelar liminar ou final. Ademais, havia grande controvérsia sobre a possibilidade de emprego da medida cautelar para obtenção de adiantamento da tutela do processo principal, o que somente veio a ser solucionado com a reforma de 1994, quando se instituiu a antecipação dos efeitos da tutela no art.

273 do CPC, atualmente contemplada com o princípio da fungibilidade com as medidas cautelares.

Assim, o direito processual brasileiro já reconhecia o poder do Juiz para ordenar a prestação de fato positivo ou negativo, tutelar preventivamente e antecipar tais tutelas, com a previsão de ações especiais destinadas à tutela de deveres de fazer e não fazer, em situações eminentemente patrimoniais, como ocorria no caso dos interditos proibitórios, manutenção de posse, reintegração de posse, nunciação de obra nova etc. Não havia, entretanto, idêntica proteção para os direitos personalíssimos ou aqueles de relações estritamente privadas, persistindo grande lacuna no sistema de garantia de efetivação da tutela executiva.

O distanciamento do direito processual brasileiro da orientação inicialmente recebida das Ordenações se aprofundou, e o advento não só dos Códigos de Processo de 1939 e de 1973, mas também a Lei da Ação Civil Pública (Lei. 7.347/85), o Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei 8.069/90), o Código de Defesa do Consumidor (Lei 8.078/90), a Lei contra Abuso do Poder Econômico (Lei 8.884/94) e outras, contribuíram para reforçar o estudo e o aprimoramento da efetividade da tutela relativa às obrigações de fazer e de não fazer, culminando com a atual redação do art. 461 do CPC.

Conforme podemos observar, muitos mecanismos jurídicos já existiam no sistema jurídico brasileiro e já se reconhecia, há tempos, ao juiz alguns poderes necessários para impor coercitivamente ao devedor o cumprimento de obrigações. Faltava, entretanto, extensão de tal poder a toda e qualquer situação de descumprimento de obrigação ou dever de fazer ou não fazer. São pertinentes ao estudo os comentários de Talamini sobre a evolução do tema em nosso ordenamento:

Os remédios já existiam. Já se reconhecia ao juiz o poder necessário. Faltava apenas a sua adequada extensão a todas as situações carentes de tutela. Buscava-se, portanto, uma inovação *quantitativa* e não *qualitativa*. O Juiz civil já expedia ordens; já detinha poderes para a consecução da tutela específica – ainda que em âmbito geral. Daí que a lacuna que se apresentava era significativamente distinta daquela que se põe até hoje, por exemplo, em um ordenamento como o italiano, em

que se continua discutindo a própria possibilidade e efetividade (e não a abrangência) da imposição de um dever de não fazer ou de um dever de fazer infungível<sup>301</sup>.

Afirma-se que a evolução da ciência processual civil veio aperfeiçoando a atividade processual, paulatinamente, para que se possa, através do processo, realizar o direito material da forma mais rápida, justa e eficaz. O processo, como instrumento que é da realização do direito, não pode se constituir em um obstáculo e dar causa a situações de injustiça. É preciso buscar e encontrar caminhos que facilitem a satisfação do direito reconhecido no processo de conhecimento ou em outro título, em curto espaço de tempo e sem prejuízo para quem tem a razão.

No direito romano, por exemplo, como nos dá notícia a história do direito, não havia uma nítida separação entre as atividades executivas e as atividades cognitivas. Tudo era feito de modo misto, ou seja, havia uma certa integração entre esses meios, através dos quais se prestava a tutela jurisdicional. A partir do que costumamos denominar de evolução da ciência processual, pode-se identificar uma bipartição da atividade jurisdicional em dois grandes troncos: atividade de conhecimento e atividade de execução.

Havia, antes disso, uma multiplicidade de meios de prestação de tutela, que eram referentes às chamadas pretensões de direito material, ou seja, às ações romanas, ligadas, necessariamente, a esses meios de prestação de tutela e que ficavam de tal modo identificadas ao próprio direito material que não se distinguiam nem conceitual, nem prática, nem processualmente.

Tentou-se, com o passar do tempo, separar esses meios de atividade jurisdicional. O processo de conhecimento foi engendrado para promover o acertamento da situação jurídica do direito material perseguido, e o processo de execução para a realização prática daquele acertamento de direito. Assim, enquanto no processo de conhecimento há, prioritariamente, uma atividade

---

<sup>301</sup> TALAMINI, Eduardo. **Tutela relativa aos deveres de fazer e de não fazer:** e sua extensão aos deveres de entrega de coisa. 2. ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 124.

cognitiva, voltada ao acerto da situação jurídica, no processo de execução foi reservada a função voltada à satisfação do direito no campo prático.

Essa dicotomia da atividade jurisdicional em cognitiva e executiva sempre resultou em prejuízo para a celeridade e efetividade da prestação jurisdicional, já que, depois de não raras vezes se enfrentar penosa marcha processual e se atingir o fim do processo de conhecimento com a obtenção de uma sentença de procedência condenatória, o que a parte vencedora obtinha, na verdade, era tão somente um provimento de exortação ao devedor, com a formação do título executivo e com a possibilidade de imposição de sanção civil ao mesmo, caso não viesse a cumprir a obrigação, resultante do acerto daquela situação jurídica submetida à jurisdição.

Tal situação decorreu do afastamento do processo civil do campo do direito material, quando o Direito Processual Civil adquiriu foros de ciência autônoma, restando de tal forma que as pretensões de direito material teriam que ficar submetidas às possibilidades do processo, quando deveria ser o contrário. O Processo Civil pode e deve fazer com que as pretensões amparadas pelo direito material tenham uma outra feição no campo do processo, ainda que não expressamente previstas no estatuto processual, cabendo a ele realizá-las.

A literatura da doutrina processual, logo após o início da vigência do CPC de 1973, nos dá conta dos excessos então cometidos pelos processualistas que, no anseio de uma maior valorização da ciência do processo, cada vez mais a afastava do campo do direito material e desvirtuava a sua função instrumental de aplicação do direito material.

O objeto da relação processual é a prestação de tutela jurisdicional e a causa da relação processual é o pressuposto da vedação da autotutela. Existem duas relações distintas no processo: uma, tem por objeto a prestação jurisdicional, a outra, o plano do direito material.

A satisfação do direito material deduzido pela parte pode ocorrer de várias maneiras, dependendo da previsão legislativa adotada pelo legislador para a

solução da controvérsia. Prevê o ordenamento jurídico algumas situações em que a tutela adequada é apenas a executiva, caso em que o titular do interesse não necessita da via judicial cognitiva porque já possui um título executivo extrajudicial dotado de qualidades suficientes para produzir a sua satisfação.

Há casos outros em que a tutela satisfativa se completa, apenas, com o pronunciamento judicial no processo de conhecimento, independentemente de qualquer outra medida visando a tal finalidade. É o que ocorre nos provimentos de natureza exclusivamente declaratória, destinados tão somente a eliminar a incerteza sobre certa relação jurídica ou mesmo os provimentos de carga exclusiva ou predominantemente constitutiva, nos quais ocorre a modificação, criação ou extinção de uma relação jurídica, cuja satisfação se completa também sem a necessidade de qualquer outro ato de natureza executória.

Outros casos há, entretanto, nos quais a tutela satisfativa do direito deduzido somente poderá ser prestada após exaurida completamente a cognição da situação de direito material, através do processo de conhecimento, que faz o acertamento do direito e do qual resulta um provimento jurisdicional ainda pendente de ser efetivado, por via de outras medidas de cunho processual, no caso, a execução. Estamos, pois, diante das chamadas ações condenatórias, cuja tutela satisfativa se obtém mediante o binômio “condenação-execução”.

A grande maioria das demandas diz respeito à crise de inadimplemento das obrigações. Conforme lembra Bedaque<sup>302</sup>, essa se submete à via tradicional do binômio processual, ou seja, a satisfação do direito violado pressupõe tutela condenatória e somente após obtida essa, poderá o titular do interesse pleitear a tutela executiva, através da qual estará satisfeita efetivamente a sua pretensão.

Tal solução do direito dá margens à protelação da pacificação dos conflitos e da entrega efetiva da prestação jurisdicional, razão pela qual vem sofrendo numerosas críticas na doutrina processual moderna e gerando a criação de novos mecanismos tendentes a reduzir esse malefício procrastinatório que

---

<sup>302</sup> BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Tutela cautelar e tutela antecipada**: tutelas sumárias e de urgência. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p.111.

acaba por beneficiar o devedor da obrigação e punir o credor. Toda a doutrina processual está voltada, no momento, para encontrar soluções mais céleres, sem prejuízo das garantias constitucionais que decorrem do “princípio do devido processo legal”, sendo certo que a velha fórmula de condenação em processo de conhecimento e execução “*ex intervallo*”, em processo autônomo de execução, como regra geral, não contribui para a realização da justiça.

Existem situações de direito material que são tuteladas pelo direito positivo de forma mais eficaz e disponibilizados ao magistrado mecanismos automáticos de satisfação do direito reconhecido no processo de conhecimento, independentemente de um processo posterior e autônomo de execução. É o que ocorre, por exemplo com as questões de esbulho possessório ou de retomada de imóvel locado por rescisão da locação, casos em que o magistrado, ao exercer a atividade cognitiva, faz o acerto do direito material com um provimento executável no mesmo processo, pelo mecanismo de sub-rogação da vontade do sucumbente que se torna absolutamente desnecessário ou até mesmo desprezível.

Ocorre que tais provimentos são previstos para certas hipóteses específicas, nas quais se obtém a efetividade da justiça que é ideal de todos nós, pois que resta eliminada toda uma via processual da execução que, de outra forma, poderia dar margem à instauração de um novo processo de conhecimento, através dos embargos, retomando aquela antiga roda-viva do processo, com técnicas desenvolvidas no decorrer dos séculos, com raízes no Direito Romano, como acima já mencionamos. São tão evidentes as vantagens do encurtamento das vias para chegar-se logo à tutela satisfativa que doutrinadores, como Bedaque, vêm propondo a extensão das tutelas condenatórias *lato sensu*:

Dúvida não há sobre a necessidade de ser repensado todo o processo de execução, incluindo nas reflexões a necessidade de sua manutenção como processo autônomo. A partir de situações tuteladas de forma mais eficaz pelo legislador, que possibilita a auto executoriedade de determinadas sentenças condenatórias (despejo, possessórias, alienação judiciária), passa-se a imaginar a possibilidade de se estender essa técnica a outras hipóteses. Vale a pena meditar, inclusive, sobre as vantagens de uma sentença condenatória referente a quantia prescindir do processo de execução. Bastaria a intimação do réu para cumpri-la em determinado prazo, sob pena de penhora. Seriam ressalvadas, evidentemente, as situações excepcionais (com, p. ex. a citação ficta no

processo cognitivo). Esse raciocínio é válido para todas as espécies de execução.

O que não parece mais possível é a oferta de tantas oportunidades ao devedor inadimplente, que, mesmo após reconhecida esta situação pelo órgão jurisdicional, encontra no sistema processual inúmeras formas de se furtar ao pagamento. Nenhum profissional do direito consegue convencer a um leigo da necessidade de, após a sentença que condena o devedor, efetuar-se nova citação deste, com todas as circunstâncias que envolvem o ato processual. Muito menos explicar-lhe que o executado poderá embargar e suspender a execução, na grande maioria das vezes com intuito nitidamente protelatório. Temos hoje, infelizmente, o processo civil do réu. Na prática, retornamos ao direito romano clássico da *actio iudicati*, tantos são os meios protelatórios de que o executado pode utilizar.

Não se está preconizando a adoção de medidas arbitrárias e violentas, como as previstas no Direito dos povos germânicos... (...) Em determinadas situações deve ser atenuado o princípio da demanda no processo de execução, ampliando-se as chamadas ações executivas *lato sensu*, sem prejuízo, evidentemente, do princípio do contraditório<sup>303</sup>.

Essa alteração do binômio condenação-execução pode ocorrer, segundo ensina Bedaque<sup>304</sup>, nas situações em que a tutela condenatória é suficiente para restabelecer o direito lesado, eliminando a crise de inadimplemento, como ocorre com as chamadas “tutelas mandamentais e executivas *lato sensu*”, pois têm força satisfativa e podem dispensar a fase executória.

Da mesma forma, não há execução, na acepção tradicional, nos casos em que os provimentos jurisdicionais contêm uma ordem de prestação ou abstenção, dirigida a alguém ou algum órgão, dotada de coercitividade própria. São os provimentos mandamentais que, igualmente, não se efetivam através de processo de execução autônomo, nem tampouco dependem da prática de qualquer ato de execução no mesmo processo, merecendo ambas as hipóteses (tutela executiva *lato sensu* e tutela mandamental) as atenções dos doutrinadores modernos que buscam vislumbrar alternativas para maior efetividade do processo.

Caracterizam-se tais tutelas jurisdicionais cognitivas pela atuação concreta do comando emergente da sentença, sem necessidade de processo executivo *ex intervallo*, conforme registra o autor, que deixa claro ser a eficácia dessas

<sup>303</sup> BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Direito e processo**: influência do direito material sobre o processo. 3. ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 125.

<sup>304</sup> Idem. **Tutela cautelar e tutela antecipada**: tutelas sumárias e de urgência. 3. ed., São Paulo: Malheiros, 2003, p.104.

categorias de tutela jurisdicional que as distingue das demais e não o seu conteúdo.

Conclui, sugerindo que a adoção dessa modalidade de tutela reduziria a necessidade de processo de execução, bastando que a condenação viesse acompanhada de medidas que proporcionassem a sua efetividade imediata, independentemente da propositura de nova demanda. Não há como discordar de tão lógico raciocínio que prestigia a efetividade do processo, sem qualquer sacrifício do devido processo legal, que resguarda todas as garantias constitucionais processuais.

#### **4.2.2. As tutelas mandamentais e as executivas *lato sensu***

Uma quarta categoria de provimento judicial, ou seja, de sentença: “as mandamentais”, caracterizadas por aquelas que contivessem mandamento direto a outro órgão do próprio Estado ou que traziam uma ordem a um agente estatal, foi concebida, inicialmente, por Goldschmidt<sup>305</sup>.

A concepção fundava-se no argumento de que o Estado não poderia sofrer execução direta, através de meios sub-rogatórios, porque todas as prestações por ele devidas somente poderiam ser obtidas através de ordens diretas dirigidas aos seus agentes, a quem caberia cumpri-las. Essa noção já está, entretanto, ultrapassada, já que não mais prevalece, na doutrina, a noção de sentença com eficácia mandamental nos termos inicialmente concebidos pelos citados autores.

No Direito brasileiro, os trabalhos de Pontes de Miranda<sup>306</sup> e depois o de Ovídio Batista da Silva<sup>307</sup> é que desenvolveram a moderna teorização das sentenças mandamentais, com os traços peculiares atuais, quais sejam: as sentenças mandamentais contém uma ordem para o réu, a ser atendida sob pena de se caracterizar afronta à autoridade estatal e, eventualmente, crime de

---

<sup>305</sup> Apud TALAMINI, Eduardo. **Tutela relativa aos deveres de fazer e de não fazer**: e sua extensão aos deveres de entrega de coisa. 2. ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 191.

<sup>306</sup> MIRANDA, Francisco C. Pontes de. **Tratado das ações**. Campinas: Bookseller, 1998, p. 224, v. I.

<sup>307</sup> SILVA, Ovídio A. Baptista da. **Sentença e coisa julgada**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 21-69.

desobediência. Pode ser dirigida a um órgão ou agente do Estado ou também a um particular.

Via de regra, a ordem mandamental é acompanhada da ameaça de imposição de alguma medida processual de coerção, como multa ou prisão civil, além das sanções criminais correspondentes ao crime de desobediência ou prevaricação e sanções administrativas. Todavia, o seu aspecto essencial reside, não na existência da ameaça de coerção através da pena, mas sim na veiculação de uma ordem direta cujo conteúdo ordenatório tenha, por si, força coercitiva e cujo descumprimento caracteriza “afronta à autoridade”.

Registra Talamini<sup>308</sup> que a efetivação da tutela mandamental incide não só sobre o patrimônio mas também, eventualmente, sobre a própria pessoa do devedor, não sendo usados mecanismos sub-rogoratórios que substituam a conduta do condenado, mas usados mecanismos de pressão psicológica de forma a atuar sobre o devedor, de tal sorte, que “ele mesmo” adote o comportamento pretendido.

São concebidas como de eficácia mandamental também aquelas ordens judiciais dirigidas aos órgãos encarregados dos registros públicos, quando a efetivação executiva das sentenças exija providências dessa natureza ou mesmo quando determina o Juiz, no desempenho de suas atribuições funcionais, a alguma parte ou a algum colaborador da relação jurídica processual que faça ou deixe de fazer alguma coisa, como é o caso de ordem de exibição de documento, de entrega de autos ou de laudos, de bloqueio de contas, indisponibilidade de bem etc.

A não adoção do comportamento ordenado fica sujeita à configuração do crime de desobediência porque o comando ordenado é ato exclusivo do demandado, não podendo ser substituído pela atividade do juiz. Daí porque somente é possível de ser efetivado mediante ameaça coercitiva, para pressionar o obrigado a cumprir a ordem. Contudo, não é exatamente assim que entendem Watanabe e Bedaque<sup>309</sup>, para quem não há incompatibilidade entre a ordem mandamental e a

---

<sup>308</sup>TALAMINI, Eduardo. **Tutela relativa aos deveres de fazer e de não fazer**: e sua extensão aos deveres de entrega de coisa. 2. ed. São Paulo: Revista dos tribunais, 2003, p. 193 – 194.

<sup>309</sup>Apud TALAMINI. *Ibidem*, p.194.

adoção de medidas sub-rogatórias visando ao cumprimento específico da ordem judicial. Ambos defendem que a tutela mandamental admite, além do mandamento, outras providências determinadas pelo juiz e destinadas à satisfação do direito reconhecido.

Sustenta Watanabe que a eficácia mandamental muitas vezes vem “conjugada” com a eficácia executiva *lato sensu* ou mesmo com a eficácia condenatória, pois, quando se fala em provimentos jurisdicionais se deve ter em mente sempre a sua eficácia predominante, vez que raramente o provimento jurisdicional é dotado de uma única e exclusiva eficácia:

Nos arts. 273 e 461, o legislador teve em vista todos os cinco tipos de provimentos acima mencionados (declaratório, constitutivo, condenatório, mandamental e executiva *lato sensu*). Particularmente no art. 461, para a tutela específica da obrigação de fazer ou não fazer ou para obtenção do resultado prático correspondente, valeu-se o legislador da técnica da combinação de todos eles para conceber um processo que realmente propiciasse uma tutela efetiva, adequada e tempestiva, como determina o princípio constitucional da proteção judiciária<sup>310</sup>.

O que não há é processo de execução na tutela mandamental, inexistindo também, por conseqüência, embargos à execução. Para assegurar o cumprimento dessa ordem, o nosso sistema se vale da pena de desobediência e pode haver prisão em flagrante. Lembramos que o processo criminal, no caso, é de competência do juízo criminal e pode haver também, paralelamente às medidas de ordem criminal, a imposição da multa a ser fixada pelo próprio juiz da causa e emitente da ordem mandamental.

O provimento liminar e a sentença de procedência do mandado de segurança têm eficácia mandamental, assim como o *habeas corpus*, o interdito proibitório, a ação de manutenção de posse, a nunciação de obra nova, como também a decisão que determina que o devedor de alimentos pague a verba, sob pena de prisão. Para alguns doutrinadores, toda medida liminar em processo cautelar tem também eficácia mandamental.

---

<sup>310</sup> WATANABE, kazuo. Tutela antecipatória e tutela específica das obrigações de fazer e não fazer. In TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (Org.). **A reforma do código de processo civil**. São Paulo: Saraiva, 1996, item 10.

Talamini<sup>311</sup> aprimora esse raciocínio afirmando que não é só no terreno das cautelares, mas também nas tutelas de urgência em geral, todas as vezes em que o juiz determina uma certa conduta ao réu para afastar o perigo de dano, isso é feito através de provimento com eficácia mandamental. E mais, que existem provimentos de natureza cautelar que não têm eficácia mandamental, como o arresto e o seqüestro, que são cumpridos independentemente da participação do réu, pois o dinheiro ou os bens serão arrestados ou seqüestrados diretamente, através de medidas sub-rogatórias.

A tutela executiva *lato sensu* diferencia-se da mandamental porque aquela, a exemplo da tutela condenatória, não contém qualquer ordem para o réu, e enseja sempre uma atuação executiva. Contudo, a atuação executiva, concebida para a tutela executiva *lato sensu*, consiste na efetivação de um resultado independentemente da participação do obrigado, através de meios sub-rogatórios, de regra sobre o patrimônio do executado e que são efetivados no mesmo processo de cognição, conjuntamente, sem a necessidade da propositura de uma execução subsequente. Há uma atuação executiva estatal, mas não há o processo de execução *ex intervallo*. Assim o são, por exemplo as ações de despejo, a de reintegração de posse, o depósito, a adjudicação compulsória, a reivindicatória (esta contra a opinião da doutrina tradicional) e, a imissão de posse.

Contudo, convém registrar que não é somente no aspecto procedimental que reside a diferença entre a eficácia executiva *lato sensu* e a eficácia condenatória. Repousa a principal diferença nos poderes dos sujeitos processuais e na própria atuação executiva, pois a sentença executiva traz, em seu dispositivo, a determinação de imediata atuação de meios de sujeição (sub-rogatórios), sem a necessidade de submissão a um modelo procedimental rígido e preestabelecido pelo legislador processual, além do fato de que a sua força executiva não admite oposição de embargos pelo devedor da obrigação, já que a rigor não há processo de execução e sim mera efetivação executiva da sentença.

---

<sup>311</sup>TALAMINI, Eduardo. **Tutela relativa aos deveres de fazer e de não fazer**: e sua extensão aos deveres de entrega de coisa. 2. ed. São Paulo: Revista dos tribunais, 2003, p. 364-372.

A doutrina tradicional teve grande dificuldade de aceitar o surgimento dessas sentenças executivas *lato sensu* porque se encontrava arraigada nos modelos pré-fixados de execução, vendo-os, equivocadamente, como se fossem dogmas jurídicos.

Tomemos, como exemplo, o caso em que parte da doutrina<sup>312</sup> afirmou que, a partir da vigência do Código de Processo Civil de 1973, no bojo das ações possessórias de força velha procedentes, não mais se executariam as respectivas sentenças imediatamente, por ato judicial subsequente, porque, com a sentença, o autor havia obtido uma condenação do réu para lhe entregar uma coisa certa, e a execução para a entrega de coisa certa passara a ter, então, um padrão rígido de procedimento, não havendo mais como, praticar-se atos executivos no mesmo processo.

Então parecia não ter importância o fato de que a pretensão do autor, numa Ação de Reintegração de Posse, não fosse a de condenação do réu a entregar a coisa, mas sim a de reintegrar-se na posse. Parecia não importar que o autor quisesse obter esse efeito no mundo dos fatos, pois, de acordo com os modelos de execução pré-estabelecidos pelo legislador processual de 1973, só poderia concretizá-lo através de um processo de Execução, numa das modalidades previstas, conforme chegou a ser defendido. Entretanto, o trabalho construtivo da jurisprudência, partindo da necessidade de realizar o direito material, consolidou o entendimento de que, numa Ação de Reintegração de Posse, o pedido que o autor formula não é um pedido para que o réu seja condenado a lhe entregar a coisa, mas sim o pedido para ser reintegrado na posse. O comando sentencial que lhe reconhece tal direito há de ser, portanto, o de reintegração e não a declaração de um direito seu de receber a coisa, o que dependeria, depois, de uma ação de execução.

Em suma, o autor da reintegração não pede que o Juiz condene o réu a ter um comportamento de entregar uma coisa certa. Pede-lhe que determine e,

---

<sup>312</sup> SILVA, Antonio Carlos Costa e. **Tratado do processo de execução**. v.2. 2 ed. Rio de Janeiro: Aide, 1986, p. 1085.

principalmente que efetue a reintegração, independentemente do comportamento do réu, que a essa altura é completamente despidendo.

Admitu-se como situações bastante diferentes, alguém que pedia para ser imitado na posse ou ser reintegrado na posse e alguém que pedia que o réu fosse condenado a lhe entregar uma coisa. Na imissão não se tem posse, mas tem-se o direito à posse em razão de uma situação substancial já definida no campo do direito material. Na reintegração, perdeu-se a posse e se quer, novamente, ser imitado na posse da qual foi desalojado. Então, parecia muito diversa a situação processual dessas pessoas da situação daquelas que pedem que o réu seja condenado a lhe entregar determinada coisa.

Conforme a concepção de Liebman<sup>313</sup>, a sentença condenatória não contém uma ordem de entrega, a sentença condenatória contém uma exortação, ela contém apenas uma advertência, uma ameaça, mas ela não é uma determinação, não é uma ordem. Assim, não há como se ver a sentença de procedência da ação de reintegração de posse como sendo uma sentença de carga e eficácia condenatória, porque possui ela uma eficácia própria, capaz de ser efetivada no mesmo processo em que foi proferida, independentemente de uma ação de execução *ex intervallo*. As últimas reformas processuais privilegiaram as concessões das tutelas específicas e dotaram de força executiva *lato sensu*, não só as sentenças que imponham obrigação de fazer ou não fazer, mas também aquelas condenatórias de entrega de bens.

#### **4.2.3 Os mecanismos de efetivação da tutela específica.**

A tutela específica é aquela proteção que deve ser buscada pela parte para a obtenção do mesmo resultado que teria se tivesse havido o cumprimento de uma obrigação não pecuniária (de fazer, não fazer ou de entrega de coisa certa). “Significa obter o mesmo bem da vida caso fosse adimplida espontaneamente a

---

<sup>313</sup>Apud TALAMINI, Eduardo. **Tutela relativa aos deveres de fazer e de não fazer:** e sua extensão aos deveres de entrega de coisa. 2 ed. São Paulo: Revista dos tribunais, 2003, p. 193.

obrigação<sup>314</sup>. O art. 461 do CPC prevê as técnicas processuais mandamentais e executivas *lato sensu* como os tipos de provimentos adequados para realizar a tutela específica, embora daquele dispositivo conste a conjugação de todos os demais tipos de tutela.

Com a Lei 10.444/02 e a nova redação do art. 287 do CPC restou sepultada definitivamente a técnica processual condenatória pura para as obrigações de fazer e não fazer, pois se observa que foram suprimidas naquele dispositivo a palavra “condenação” e a remição aos artigos 644 e 645, vindo em seu lugar a remição aos artigos 461 e 461A. Além de sepultada a técnica condenatória para tais obrigações, cuidou a legislação processual de dotar “o juiz de poderes inquisitórios para impor mecanismos sancionatórios e medidas de apoio para tornar concreta, ali mesmo, naquela relação processual, a tutela específica concedida”<sup>315</sup>

O procedimento de execução das obrigações de fazer e não fazer decorrentes de título extrajudicial ficou regulado pelo art. 645 do CPC e aquelas execuções decorrentes de título judicial ficaram tratadas como tutelas específicas e reguladas pelas regras previstas no art. 461 e 461A do CPC.

O termo “obrigação” assumiu sentido lato com a reforma processual de acordo com sua aplicação pelo legislador no art. 461, equivalendo agora a dever-jurídico. Em sentido técnico, obrigação é apenas uma das categorias de dever-jurídico, outrora particularizada pela característica da patrimonialidade e que, hoje, é negada como atributo essencial. Tem caráter relativo porque recai sobre determinadas pessoas, não sendo exigível *erga omnes*. Sua principal característica parece que é a de ser instaurada em prestações consistentes em condutas humanas devidas e originadas de negócios jurídicos, da responsabilidade civil ou do princípio legal da rejeição do enriquecimento sem causa.

---

<sup>314</sup>RODRIGUES, Marcelo Abelha; JORGE, Flávio Cheim; DIDIER JR, Fredie. **A nova reforma processual**. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 226.

<sup>315</sup>RODRIGUES, Marcelo Abelha; JORGE, Flávio Cheim; DIDIER JR, Fredie. **A nova reforma processual**. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 203.

Dever-jurídico, por sua vez, é a imposição jurídica sancionada de observância de determinado comportamento ativo ou omissivo. Impõe uma conduta em favor de interesse alheio. O novo sistema de tutelas do art. 461 do CPC não se limita às obrigações propriamente ditas. Estende-se a todos os deveres jurídicos, cujo objeto seja um fazer ou não fazer e entrega de coisa, conforme confirma a doutrina, pois entre os deveres é que se apresentavam as maiores deficiências do anterior regime de execução.

Contudo, não se ignora a amplitude da categoria “dever”, em que também há situações jurídicas extremamente genéricas ou despidas de exigibilidade específica. A nossa legislação processual tem silenciado a respeito da exclusão do regime de tutelas específicas do art. 461 do CPC dos deveres cuja imposição de cumprimento específico importaria em grave violação dos direitos da personalidade, a exemplo da omissão que ocorre em diversos outros países. A questão, assim colocada, somente pode ser definida no âmbito do direito material, aplicando-se-lhe os princípios da proporcionalidade.

Com o tempo, a jurisprudência e a doutrina poderão preencher as lacunas da nova legislação, tomando, no direito comparado, muitos exemplos práticos. Na Alemanha, há regra de veto ao emprego de medida coercitiva para cumprimento de compromisso de casamento ou reatamento de vínculo conjugal. Portugal e França têm regra de exclusão de sanção pecuniária compulsória para compelir ao cumprimento de prestações que exijam qualidades científicas ou artísticas, sustentando essa teoria que o artista ou cientista tem o direito à liberdade de criação pessoal e pode deixar de divulgar sua obra, caso a repute aquém de suas qualidades, resolvendo-se o descumprimento no âmbito indenizatório.

Para aqueles deveres que não são passíveis de efetivação específica sob o regime do art. 461 do CPC, como a promessa de casamento, por exemplo, onde a vontade do agente é elemento essencial para a validade do ato jurídico, o silêncio da lei é totalmente irrelevante, porque, substancialmente, sua violação já enseja reparação de perdas e danos, como se depreende das regras de direito material vigentes.

Quanto à obrigação de criação artística ou científica futura, a questão, à luz do nosso direito vigente, parece-me mais complexa, pois, se o artista ou cientista tem domínio sobre a sua criação e pode ter o direito de não divulgá-la, por razões subjetivas, inseridas no âmbito dos direitos de sua personalidade que são tutelados, por outro lado, não pode ter a simples liberdade de escolher entre cumprir a obrigação ou indenizar o credor. Cabe-lhe antes, para se eximir da execução específica e ficar sujeito aos mecanismos de coerção (multa) comprovar que são justas as suas razões de negativa do cumprimento da obrigação. Somente assim, a meu ver, se poderia resolver a questão em perdas e danos. Caso não justifique, razoavelmente, seus motivos, haveriam de lhe ser aplicáveis os mecanismos de cumprimento da tutela específica, sob pena de lesão à esfera de direitos do próprio credor da obrigação.

Segundo a doutrina, o art. 461 do CPC foi inspirado no art. 11 da Lei da Ação Civil Pública e no art. 84 do Código de Defesa do Consumidor e até então inexistia no ordenamento regra escrita geral nesse sentido. Sustentam alguns doutrinadores que a falta desse regramento e a previsão na lei civil de que o inadimplemento da obrigação gera indenização, nunca significou qualquer impedimento para a obtenção do resultado específico da obrigação pelo credor que, antes da indenização, também podia exigir o cumprimento da obrigação na sua modalidade específica.

O próprio Bevilacqua, autor do projeto do Código Civil de 1916, observava que o devedor tinha o dever de cumprimento exato da obrigação e o credor tinha o direito de exigir o adimplemento adequado e integral da obrigação, sendo ambos (direito e dever) efeitos necessários e naturais de todo o vínculo obrigacional. Era, pois, apenas desnecessário o regramento de possibilidade de opção pelo credor do cumprimento específico, embora se fizesse necessária a instauração de um sistema de mecanismos aptos a atuar em tal sentido.

Menciona Talamini:

“Portanto, sob o *prima* do direito material, sempre houve a absoluta preferência pelo resultado (e pelo cumprimento) específico. Faltavam –

é verdade – instrumentos processuais que refletissem de modo mais claro tal desígnio do ordenamento material<sup>316</sup>.

O art. 461 do CPC procura agora dar efetividade ao postulado chiovendiano da máxima coincidência entre a tutela jurisdicional e o direito que assiste à parte, tanto nas obrigações de fazer como nas de não fazer, observados os limites da possibilidade prática e jurídica.

Ao titular do direito pode interessar, exclusivamente, o ato do próprio devedor. Em outras vezes, ele poderá se dar por satisfeito com a obtenção do resultado prático-jurídico equivalente ao ato do devedor, sendo tal esclarecimento de suma relevância para que se possa alcançar a tutela específica das obrigações de fazer ou não fazer. Cabe ao autor deixar clara a sua pretensão, desde a propositura da ação, a fim de que o juiz possa adotar as medidas cabíveis, em cada espécie.

Não existe ordem de preferência abstrata entre a utilização dos meios de coerção ou de sub-rogação para a efetivação da tutela específica, sendo que o caso concreto ditará a regra mais eficaz, podendo ambas as medidas ser conjugadas ou determinadas alternativamente, dependendo da aptidão do resultado a ser obtido.

Há, contudo, hipóteses de relações obrigacionais em que não se podem aplicar medidas de sub-rogação. Diante de um dever de fazer infungível não há cabimento para medidas de sub-rogação, sendo de se aplicar tão somente a coerção visando a pressionar o sujeito ao cumprimento da obrigação específica, já que, em razão da infungibilidade, resta materialmente impossível se obter o resultado prático equivalente sem a participação do devedor. Conforme registra Watanabe<sup>317</sup>, o princípio da intangibilidade da liberdade pessoal constitui um limite, de ordem prática, à realização específica da obrigação de fazer ou não fazer na hipótese de infungibilidade. Ao seu descumprimento, a solução que o

---

<sup>316</sup> TALAMINI, Eduardo. **Tutela relativa aos deveres de fazer e de não fazer:** e sua extensão aos deveres de entrega de coisa. 2. ed. São Paulo: Revista dos tribunais, 2003, p. 37.

<sup>317</sup> WATANABE, Kazuo. Tutela antecipatória e tutela específica das obrigações de fazer e não fazer. In TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (Org.). **A reforma do código de processo civil.** São Paulo: Saraiva, 1996, item 10, p. 46.

nosso sistema processual admite é a sub-rogação da obrigação em equivalente pecuniário.

O dever de fazer fungível, no qual a obrigação pode ser prestada por terceira pessoa no lugar do devedor, é até compatível com a estrutura tradicional do binômio condenação-execução quanto ao resultado prático a ser obtido. Entretanto, da utilização da estrutura antiga de execução autônoma resultam claros prejuízos ao credor porque a ninguém escapa a percepção de que a realização de uma conduta por terceiro é excessivamente onerosa e difícil, já que o credor, via de regra, terá que adiantar as despesas pertinentes ao ato, para se ressarcir depois perante o devedor inadimplente.

Sob esse aspecto, a atividade sub-rogação para o dever de fazer acaba sendo mais custosa ao credor do que as obrigações de pagar ou de entregar coisa certa.

Os mecanismos sub-rogação, também denominados de mecanismos de sujeição, constituem providências aptas a atingir o resultado determinado pelo comando sancionatório independentemente da participação do sancionado, através de providências materiais, tais como, penhora, expropriação, busca e apreensão, ou providências ideais, como, provimento substitutivo de declaração de vontade, impedimento de contratar ou resolução contratual.

Talamini<sup>318</sup> afirma que a essência dessas medidas sub-rogação não está na substituição de um comportamento do sancionado, mas sim, na prescindibilidade de seu comportamento, porque o resultado pode ser atingido sem a sua participação. Os mecanismos indutivos prestam-se a influenciar psicologicamente o devedor da obrigação, de modo a compelir o mesmo à adoção da conduta devida. São também denominados de meios coercitivos.

Todos os comandos sancionatórios podem ser proferidos em demandas repressivas ou preventivas, como no caso das obrigações de não fazer, nas

---

<sup>318</sup> TALAMINI, Eduardo. **Tutela relativa aos deveres de fazer e de não fazer:** e sua extensão aos deveres de entrega de coisa. 2. ed. São Paulo: Revista dos tribunais, 2003, p. 170.

quais a demanda preventiva da violação é mais eficaz. Os comandos sancionatórios podem também ser sucessivos ou até simultaneamente utilizados:

Os mecanismos sub-rogatórios e coercitivos, portanto, poderão até ser utilizados simultaneamente. Em face da absoluta preferência pelo resultado específico, a conjugação de ambos, sempre que viável, é uma imposição. Não se descarta que, além da ordem para que o réu cumpra acompanhada da cominação de multa ou medida de coerção atípica, o provimento desde logo determine a atuação de instrumentos que atinjam o “resultado prático equivalente”, prescindindo da colaboração do demandado, com a óbvia ressalva de que o meio coercitivo deixará de incidir, uma vez produzido o “resultado prático equivalente”, ou quando o procedimento para sua produção estiver em tal estágio que já não se revele proporcional o cumprimento específico<sup>319</sup>.

Por fim, lembramos que dois princípios, igualmente relevantes, devem ser sempre observados, em matéria de tutela executiva, quais sejam, o que assegura a maior efetividade possível à tutela jurisdicional, e o que determina seja a execução feita, evidentemente sem prejuízo da efetividade, “pelo meio menos gravoso para o devedor” (art. 620 CPC).

#### 4.3 A CONCEPÇÃO ATUAL SOBRE A EXECUÇÃO DE TÍTULOS JUDICIAIS

Há consenso doutrinário no reconhecimento de que a execução judicial, no modelo tradicionalmente constituído, sempre foi o “calcanhar de Aquiles” do processo, principalmente porque a concepção do binômio condenação-execução trouxe a confirmação da idéia, defendida por Liebman, de que a sentença do processo de conhecimento pode ser uma mera exortação ao devedor para que cumpra a sua obrigação (ou dever jurídico), sem resultado efetivo no mundo dos fatos, a não ser que o devedor da obrigação, espontaneamente, a cumpra quando instado a fazê-lo.

Após a provocação da atividade jurisdicional, o que o cidadão espera é a formulação de uma regra concreta que resolva a lide e também a atuação prática

---

<sup>319</sup> Ibidem, p. 285.

desse comando, se necessário. Há casos excepcionais, em que cabe uma atuação judicial rápida que assegure algum objetivo ou direito ameaçado, até a composição da lide principal. A essas expectativas é que correspondem as clássicas funções da jurisdição: cognição, execução e cautelar, segundo registra Araken de Assis<sup>320</sup>.

Obtida a sentença de conhecimento para o acerto da situação jurídica em conflito e sendo a carga eficaz do julgamento dependente da atuação do devedor para se concretizar no mundo dos fatos, via de regra, sempre se sujeitou o credor da obrigação à necessidade de adoção de providências executivas em outro processo (de execução), na maior parte das vezes com resultados frustrantes, ainda que seja pela demora na obtenção da realização do direito declarado.

Sensibilizados os operadores do direito quanto a tal situação frustrante, tanto para as partes vencedoras, como para advogados, colaboradores do processo e até Juízes, concebeu-se, ao longo dos últimos anos, uma lenta e profunda reforma no processo de execução de títulos judiciais, a qual ainda está em andamento, com recentes mudanças já implantadas e outras em implantação, e já apresenta surpreendentes resultados, em que pese a necessidade de aprimoramento de sua aplicação.

Em verdade, as inúmeras reformas parciais que vêm sendo implantadas, com relação às execuções, causaram uma perturbação no sistema tradicional do CPC, antes erigido com base na mencionada tripartição das funções de cognição, execução e cautelar, correspondentes aos processos de conhecimento, execução e cautelar, respectivamente, com estruturas autônomas e separadas.

No contexto das reformas implementadas, desde 1993, a mais importante delas e que mais refletiu no processo de execução foi a reunião das atividades executivas e cautelares no processo de conhecimento previsto nos artigos 461 e 461-A do CPC. Houve uma superação de dogmas, com a aceitação do deslocamento da atividade executiva autônoma para dentro do processo de conhecimento, aliás, o

---

<sup>320</sup>ASSIS, Araken de. **Manual do processo de execução**. 8. ed. São Paulo: RT, 2002, p. 75.

seu lugar de origem, já que nos primórdios do Direito, as funções judiciais eram concentradas no processo de conhecimento.

Como registrou Greco<sup>321</sup>, somente após a superação da fase privatística da execução, especialmente na vigência da Lei das XII Tábuas, começou a execução a ser tratada pelo direito de forma regulamentada. A atividade (tutela) executiva era exercida através de uma ação (*actio iudicati*) que era uma continuação do processo de conhecimento, quando o devedor não satisfazia o pagamento. A ação executiva, com características autônomas, somente teria surgido na Idade Média, entre os estudiosos germânicos.

Toda a estrutura legislativa do nosso sistema processual, até hoje, destacou a autonomia da função executiva e suas peculiaridades, denominando-se execução a toda operação destinada a entregar o bem da vida reclamado e obtido pelo vitorioso<sup>322</sup>

A rigidez da tripartição das funções mereceu óbvias críticas doutrinárias<sup>323</sup>, pois é fácil vislumbrar que em todo processo, mesmo quando a função principal for a cautelar ou a executiva, haverá sempre a função de cognição, sem a qual não há exercício da atividade jurisdicional, como também haverá atividade executiva no processo de conhecimento e no processo cautelar.

A dicotomia, até então existente, entre processo de conhecimento e processo de execução sempre paralisou a prestação jurisdicional, ao impor um desnecessário intervalo entre a definição do direito e a sua realização prática ou executiva.

As chamadas “mini-reformas” processuais iniciaram-se em 24.09.1993, com a edição da Lei 8.710. Seguiram-se as Leis 8.950, 8.951, 8.952 e 8.953, todas de 13.12.1994. Depois veio a Lei 9.079, de 14.07.95; a Lei 9.139, de 30.11.95; a Lei 9.245, de 26.12.95; a Lei 9.758, de 17.12.98; a Lei 10.352, de 26.12.01; a Lei 10.358, de 28.12.01; a Lei 10.444, de 07.05.02, advindo, então, a Lei 11.232, de 22.12.05, que ainda está na *vacatio legis*.

---

<sup>321</sup>GRECO, Leonardo. **O processo de execução**. v. I. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 14.

<sup>322</sup>ASSIS, Araken. **Cumprimento da sentença**. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p.4.

<sup>323</sup>Ibidem, p. 6.

O ciclo de reformas das execuções de sentenças iniciou-se com as obrigações de fazer e não fazer, em 1994, englobou as obrigações de dar, em 2002 e agora atinge as obrigações de pagar, as mais numerosas e significativas nas relações obrigacionais.

Através das mencionadas reformas da legislação processual em vigor, privilegiou-se a concessão das tutelas específicas e dotou-se o julgador de instrumentos hábeis a conferir maior força executiva às sentenças que imponham o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer ao devedor. Atribuiu-se, também, força executiva *lato sensu* às sentenças condenatórias de entrega de bens, deixando a possibilidade de conversão das obrigações específicas em indenização por perdas e danos apenas para as hipóteses de assim pretender e requerer o credor da obrigação (e autor da ação) ou, de ser impossível a tutela específica, ou a obtenção de resultado prático equivalente.

A melhoria nos resultados dos processos já pode ser sentida. Contudo, a falta do completo domínio pelos advogados e julgadores das amplas possibilidades que o sistema processual abriu para a efetivação executiva das sentenças que envolvem tutelas específicas, como a conjugação de diversos meios coercitivos e sub-rogatórios, para buscar o fim almejado pela sentença de mérito ou mesmo pelas decisões antecipatórias de tutela, ainda deixa a desejar, mas nos permite vislumbrar que muito se poderá extrair do sistema normatizado e obter, em termos de melhores resultados na vida prática forense.

Postos os avanços legislativos e abertas as possibilidades de resgate da credibilidade das execuções das tutelas específicas, passou-se à fase dos avanços para os procedimentos executivos aplicáveis às sentenças condenatórias que, classicamente, sempre dependeram da execução autônoma, em processo distinto, como é o caso das condenações que envolvem pagamento de quantia certa, que, embora sejam títulos executivos judiciais e representem o accertamento do direito declarado definitivamente pelo Estado, até hoje não se revestem de preponderante força executiva.

Além de não serem tais títulos judiciais dotados desta preponderante força executiva que caracteriza as tutelas específicas, ficavam os credores sujeitos a dar início a um novo processo, denominado de execução, com nova citação do devedor e oportunidade de defesa, mediante embargos, com possibilidade de instrução, sentença de mérito e novos recursos infundáveis. Tudo para se dar início aos atos expropriatórios dos bens penhorados do devedor e lá, ao final, entregar ao credor o seu crédito.

Sabe-se, contudo, que não há fórmulas mágicas capazes de resolver o problema da inadimplência quando o devedor não possui lastro patrimonial suficiente para suportar o resultado da demanda, isso porque o Estado de Direito Constitucional em que vive a civilização ocidental atual privilegia a proteção da dignidade da pessoa humana e não admite mais a sujeição da pessoa do devedor ao credor, adotando, para a solução dos débitos de quantia certa, o princípio da responsabilidade patrimonial do devedor. Então, se não houver patrimônio do devedor capaz de garantir o resultado da demanda, haverá insuperável frustração da execução e do credor, que não tem o Estado capacidade de superar, em razão dos próprios valores eleitos pelo sistema jurídico vigente.

Por outro lado, se houver patrimônio do devedor capaz de suportar a responsabilidade que lhe foi imposta, pode e vem o sistema vigente buscando aperfeiçoar os mecanismos de desempenho processual, com vistas a sepultar a dicotomia atualmente existente entre cognição (sentença condenatória) e execução, e suprimir o intervalo que existe entre a definição do direito subjetivo lesado e a sua realização. Assim, após amplo debate e com a colaboração dos meios acadêmicos e do Instituto Brasileiro de Direito Processual, chegou ao Congresso Nacional o Projeto de Lei que altera a Lei 5.869/73 (Código de Processo Civil vigente), que foi aprovado em plenário e remetido à sanção presidencial no último mês de dezembro, através do qual se propõe um caminho mais curto para a efetivação forçada da sentença condenatória de quantia certa, sem a necessidade de um processo autônomo de execução.

Daquele estudo, adveio a Lei n. 11.232, de 22 de Dezembro de 2005, publicada em 23.12.2005, com *vacatio legis* de seis meses, em decorrência da qual a

efetivação forçada da sentença condenatória de quantia certa será feita numa etapa final do processo de conhecimento, após o julgamento cognitivo, sem a necessidade de instauração de novo processo. A nova lei altera a intensidade da carga eficaz da sentença condenatória para lhe imprimir uma carga executiva mais forte, ou, em primeiro plano, como justifica o encaminhamento da matéria legislada.

Em razão de tal alteração, por não existir mais o intervalo entre cognição e execução, a nova lei também alterou o conceito legal de sentença que para a ciência processual passa a ser o ato “de julgamento da causa, com ou sem resolução do mérito” e não mais a decisão que põe fim ao processo, até porque não haverá o fim do processo senão após a satisfação executiva do julgado, ou seja, o cumprimento da sentença.

Com essa última reforma, atinge-se o estágio do fim do processo de execução autônomo das sentenças, reservado, a partir do início da vigência da nova lei, apenas para os casos de sentença penal condenatória, sentença estrangeira homologada pelo STJ e Sentença arbitral, transformando a execução de sentença, nos demais casos, numa etapa do processo de conhecimento, agora denominado de fase do “cumprimento da sentença”, tratada no Livro I, Título VIII, Capítulo X, a partir do artigo 475-I do CPC.

A última reforma implementa novas regras também para a liquidação de sentença e ressalta a tipicidade dos meios executivos na execução por quantia certa, traçando o roteiro do procedimento nos artigos 475, I e seguintes, ao contrário dos meios executivos das obrigações de fazer e não fazer, decorrentes de título judicial, previstos nos artigos 461 e 461-A (aplicável à execução para entrega de coisa) que se caracterizam pela atipicidade.

Visando a celeridade e norteado pelo princípio da economia processual, a nova lei traz uma mitigação da regra de competência funcional. Permite que a execução de sentença condenatória de quantia certa seja requerida perante o juiz do local onde se encontram os bens que garantirão a execução, para evitar precatórias e delongas processuais.

Obtida a sentença condenatória de quantia certa, transitada em julgado e depois do decurso de 15 (quinze) dias, se não tiver sido efetuado o pagamento correspondente, incidirá multa de 10% (dez por cento) sobre o valor do débito, sendo tal multa considerada de natureza sancionatória, pelos primeiros estudos apresentados. A natureza sancionatória da referida multa poderia permitir, em tese, ao juiz da causa afastá-la, se comprovado no feito que o devedor não tinha meios de efetuar o pagamento no referido prazo, conforme sugeriu Greco<sup>324</sup>, em recente artigo.

A mais profícua de todas as alterações propostas no projeto aprovado parece ser aquela que extingue a ação autônoma de “embargos do executado” na etapa do cumprimento da sentença, o maior de todos os empecilhos que existem no sistema tradicional das execuções e que trazem tanto descrédito para a atividade jurisdicional.

Haverá, contudo, pela observância do princípio constitucional do contraditório, oportunidade ao devedor para veicular suas objeções aos atos de execução, mediante impugnações próprias, a ser decididas de forma interlocutória e atacáveis por via do recurso de agravo. A impugnação à execução tem natureza mista, pois tanto servirá para o ataque ao processo de execução, como para veiculação da defesa do executado, englobando a defesa endoprocessual, a defesa incidental e a defesa de mérito.

Evidenciam-se, assim, grandes avanços decorrentes da reforma das execuções, embora não seja de se esperar soluções imediatas e milagrosas para os casos de inadimplemento de débitos em que ocorre forte oposição do devedor, que goza da proteção das regras benéficas de impenhorabilidade de bens de família, e está também sob a proteção do princípio da responsabilidade patrimonial. Igualmente, não se pode esperar boa solução para os casos em que o credor exequente desconhece a existência ou localização dos bens do devedor e, por

---

<sup>324</sup>GRECO, Leonardo. “Primeiros comentários sobre a reforma da execução oriunda da Lei 11.232/05”. **Revista Dialética de Direito Processual**. São Paulo: Dialética, n. 36, Março de 2006.

isso, não tem como fazer a indicação deles para a garantia do cumprimento do julgado.

A inexistência de bens penhoráveis do devedor traz total frustração à execução, insuperável pelo sistema, mas a facilitação da penhora dos bens existentes, com a abertura de registros e quebra de sigilo do devedor é assunto que está a merecer melhor atenção do legislador e da jurisprudência nacional. Conforme já advertiu Leonardo Greco<sup>325</sup>, há um outro projeto em tramitação na Câmara dos Deputados (projeto de lei 4.497/04), que trata da execução em geral e que, se aprovado, trará profunda alteração nos atos de penhora e arrematação no procedimento de execução por quantia certa, o que poderá definir a sorte e influenciar nos melhores resultados da última reforma.

São incontáveis, entretanto, os avanços até aqui alcançados pelas reformas. A concepção atual sobre a execução dos títulos judiciais vem dotar de maior força executiva os julgados, trazendo prestígio e respeitabilidade ao processo judicial de solução de conflitos. É mister, contudo, que continuemos avançando no manejo da ciência processual civil, com a mentalidade posta na constitucionalidade e na concretização do direito de cada um.

---

<sup>325</sup>GRECO, Leonardo. “Primeiros comentários sobre a reforma da execução oriunda da Lei 11.232/05”. **Revista Dialética de Direito Processual**. São Paulo: Dialética, n. 36, Março de 2006.

## 5 CONCLUSÕES

Assim, podemos concluir que cabe ao Poder Judiciário encontrar os caminhos adequados à concretização dos direitos declarados e reconhecidos no ordenamento jurídico, sendo que, na temática dos direitos e garantias fundamentais, não se admite nenhuma norma constitucional destituída de eficácia. Uma norma é juridicamente eficaz quando tem aptidão para produzir efeitos, o que corresponde à sua eficácia técnica, e quando a norma encontra na realidade a presença de requisitos fáticos adequados para a produção de efeitos se torna, também, socialmente eficaz. A isso corresponde o sentido de sucesso normativo, sendo também sinônimo da expressão “efetividade da norma”. Admite-se, entretanto, a existência de uma graduação da carga eficaz das normas constitucionais, de acordo com a sua forma de posituação.

Os princípios instrumentais de orientação interpretativa das normas constitucionais, identificados como “princípio da máxima efetividade” e da “força normativa da Constituição”, levam-nos a atribuir a todas as normas constitucionais a maior força normativa possível. Ademais, ao lado dessa orientação hermenêutica, o constituinte originário fez inserir, na Carta Magna vigente, a norma-princípio que estabelece, expressamente, a aplicabilidade imediata de todas as normas definidoras de direitos e garantias fundamentais, criando, então, para elas um regime reforçado de normatividade.

Releva reconhecer, ainda, o caráter subjetivo desses direitos e garantias fundamentais, embora as diferentes formas de sua positivação possam influir, diretamente, no grau de eficácia da norma. Isso se dá porque, quando dependentes de regulamentação infraconstitucional ou de implementação de programas pelos Poderes estatais, há sempre uma reserva do possível, que não consegue ser ultrapassada pelo Poder Judiciário, sem que houvesse de cometer ele uma indesejável invasão nas atribuições dos outros Poderes. Ao lado dessa característica de direito subjetivo, ressalta-se a perspectiva objetiva dos direitos e garantias fundamentais, posto que cabe ao Estado o dever de observar e dar cumprimento aos direitos e garantias fundamentais do cidadão.

A hermenêutica constitucional constitui importante instrumento da ciência do direito que auxilia o jurista a interpretar os textos normativos inseridos no ordenamento e deles extrair a norma a ser aplicada ao caso concreto. O texto normativo é uma mera proposição jurídica abstrata e genérica, enquanto que a norma jurídica dela extraída, pelo esforço mental do intérprete e mediante técnicas de interpretação, é o comando a ser aplicado no caso concreto naquele momento histórico considerado.

As normas constitucionais são identificadas pelos tipos, como norma-regra e norma-princípio e constituem o mais alto fundamento de validade do ordenamento jurídico da nação. As regras existem para ser cumpridas no sistema do “tudo ou nada”, não admitem colidência entre elas e o próprio sistema se encarrega de excluir do campo da validade ou da vigência uma das regras contraditórias, diante da impossibilidade de convivência harmoniosa entre elas.

Por sua vez, as normas-princípio possuem, geralmente, um maior grau de abstração e interpenetração por todo o sistema jurídico e revelam valores eleitos pelo legislador constituinte e, conseqüentemente, pela vontade da nação. São capazes de fazer a ligação e a harmonização de todas as normas jurídicas, devendo ser interpretados como comandos de otimização, para que deles se extraia o máximo de efeito possível. Visam atingir a finalidade social do direito e admitem juízos de ponderação e de razoabilidade nos casos concretos.

A inafastabilidade da jurisdição, de qualquer lesão ou ameaça de direito, é garantia constitucional fundamental expressa, por norma princípio, no inciso XXXV do art. 5º. da CF e garante ao cidadão o acesso à justiça, o que corresponde muito mais do que o mero acesso formal aos órgãos jurisdicionais. Garante ao cidadão o direito de obter uma decisão judicial justa, tanto do ponto de vista processual como do substancial e, sendo titular do direito material questionado, de obter, principalmente, a eficácia da tutela jurisdicional que lhe for conferida.

No bojo da Constituição, identificamos normas que fundamentam e estruturam o direito processual do país, constituindo seus comandos nos pilares do desenvolvimento do processo justo e da garantia da observância da máxima do *due process of law*. Tais normas resguardam direitos fundamentais de promoção da dignidade do homem, tais como os de igualdade, liberdade e respeito absoluto à sua esfera de direitos. Toda atividade jurisdicional deve se desenvolver em estrita observância à norma-princípio do devido processo legal e, quando tiver ocorrido o pronunciamento de tutela jurisdicional no processo, há que se ocupar o Estado (através da mesma atividade jurisdicional) em dar eficácia àquela decisão, no mundo dos fatos e na esfera concreta da vida das pessoas envolvidas na lide. Fracassando nesse mister, nos depararemos com a negação, pelo próprio Estado, da garantia constitucional fundamental de acesso à justiça.

De nenhuma valia seria a garantia do acesso formal à Justiça se não pudesse o Estado garantir que a decisão judicial tivesse eficácia, ou seja, que a sentença justa produzisse seus efeitos, na vida prática. É esse atributo da eficácia das decisões judiciais que realiza, ou melhor, que concretiza a garantia fundamental de acesso à justiça, e a sua não realização, em tempo razoável, corresponde à ineficácia da tutela jurisdicional. Se ineficazes forem ou se tornarem as decisões, por ausência de instrumentos aptos a realizá-las ou pela incapacidade de manejo deles, estaremos frente à negação da garantia constitucional do acesso.

Os magistrados, como agentes do poder do Estado, se encontram vinculados à ordem constitucional, no exercício da função jurisdicional, e lhes compete encontrar meios processuais de concretização da garantia plena do acesso à

justiça, o que só se obtém quando se garante também a eficácia da tutela jurisdicional, com a rigorosa atuação sub-rogatória ou sancionatória do Estado, na fase processual do cumprimento dos julgados.

Embora o direito seja objeto de uma ciência normativa, nesta fase pós-positivista, entende-se que o ordenamento jurídico que o sustenta é construído a partir de princípios, alguns de natureza fundamental que, quando expressos na Carta Magna, ganham, ainda, maior reforço de normatividade e aos quais devem estar vinculados os aplicadores do direito, em especial, os Magistrados, a quem cabe a realização da Justiça.

A norma-princípio que estabelece a garantia da inafastabilidade do exame do judiciário de qualquer lesão ou ameaça de lesão de direito, também estabelece a garantia do acesso ao processo justo, ou do acesso à ordem jurídica justa, e garante que, obtida a tutela jurisdicional, pelo detentor do direito material, a ela seja dada eficácia, pelos julgadores, no mundo dos fatos, no limite máximo de suas possibilidades. Tudo isso emana do supremo comando constitucional, ao qual todos os poderes se encontram vinculados.

## 6 REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria da Argumentação jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da justificação jurídica**. Tradução de SILVA, Zilda Hutchinson Schild. São Paulo: Landy Editora, 2001. 355 p.

\_\_\_\_\_. **Teoria de los derechos fundamentales**. 3 ed. Version Castellana: VALDÉS, Ernesto Garzón. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002. 607 p.

ANNONI, Danielle. **A responsabilidade do estado pela demora na prestação jurisdicional**. Rio de Janeiro: Forense, 2003. 238 p.

ASSIS, Araken de. **Manual do processo de execução**. 8. ed. São Paulo: RT, 2002. 1456 p.

\_\_\_\_\_. **Cumprimento da sentença**. Rio de Janeiro: Forense, 2006. 406 p.

BARROSO, Luís Roberto. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da constituição brasileira**. 3 ed. ampliada e atualizada. Rio de Janeiro: Renovar, 1996. 479 p.

\_\_\_\_\_. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 225, julho-set., 2001. pp 5-37.

\_\_\_\_\_. **Hermenêutica constitucional**. Tese apresentada como requisito ao concurso de professor titular da faculdade de direito da universidade do RJ, 1995.

\_\_\_\_\_; BARCELLOS, Ana Paula de. O começo da história: a nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 232: abril-jun., 2003. pp. 141-176.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de direito constitucional**. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 1996. 435 p.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Direito e processo**. 3. ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2003. 176 p.

\_\_\_\_\_. **Tutela cautelar e tutela antecipada: tutelas sumárias e de urgência**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2003. 430 p.

BOBBIO, Norberto. **Teoria da norma jurídica**. Tradutor: Fernando Pavan Baptista e Ariane Bueno Sudatti. Bauru, SP: EDIPRO, 2001. 192 p.

\_\_\_\_\_. **A era dos direitos**. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Ed. Campus, 1992. 217 p.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Malheiros, 1994. 806 p.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil e emendas constitucionais de 01 a 45**. Brasília, DF: Senado, 2005.

CADERMATORI, Sérgio. **Estado de direito e legitimidade: uma abordagem garantista**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999. 188 p.

CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições de direito processual civil**. v. I. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002. 532 p.

CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 6. ed. Coimbra: Almedina, 2002. 1506 p.

CAPELLETTI, Mauro; GARTH Bryant. **Acesso à justiça**. Tradução: Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988. 168 p.

CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro. **Acesso à justiça: juizados especiais cíveis e ação civil pública: uma nova sistematização da teoria geral do processo**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000. 252 p.

CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de direito processual civil**, v. I. São Paulo: Millennium, 1998. 512 p.

DINIZ, Maria Helena. **Norma constitucional e seus efeitos**. 3. ed. Atual. São Paulo: Saraiva, 1997. 176 p.

\_\_\_\_\_. **Compêndio de introdução à ciência do direito**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2001. 578 p.

\_\_\_\_\_. **As lacunas no direito**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. 317 p.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Fundamentos do processo civil moderno**. 5. ed. Tomo II. São Paulo: Malheiros, 2002. 1490 p.

\_\_\_\_\_. **A instrumentalidade do processo**. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2000. 341p.

\_\_\_\_\_. Tutela Jurisdicional. **Revista de Processo**. São Paulo, ano 21, v. 81, Jan.-Março, 1996. pp. 54-81.

DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. Trad. CAMARGO, Jefferson Luiz. São Paulo: Martins Fontes, 1999. 513 p.

FERRAJOLI, Luigi. **Derecho y razón: teoría del garantismo penal**. Madri: Trotta ed., 2000. 991 p.

FERRAZ, Manoel Carlos de Figueiredo. **Noção ontológica do processo**. São Paulo: Saraiva, 1936.

FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação**. 3. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2001. 364 p.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Novo dicionário Aurélio da língua portuguesa**. 3. ed. Curitiba: Positivo, 2004. 2120 p.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Direitos humanos fundamentais**. São Paulo: Saraiva, 1996. 189 p.

\_\_\_\_\_. **O poder constituinte**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1999. 204 p.

GONÇALVES, William Couto. **Garantismo, finalismo e segurança jurídica no processo judicial de solução de conflitos**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004. 248 p.

\_\_\_\_\_. **Uma introdução à filosofia do direito processual: estudos sobre a jurisdição e o processo fundamentando uma compreensão histórica, ontológica e teleológica**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. 216 p.

GRECO, Leonardo. Primeiros Comentários sobre a reforma da execução oriunda da Lei 11.232/05. **Revista dialética de processo**. São Paulo, v. 36, março, 2006.

\_\_\_\_\_. **O processo de execução**. v. I. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

GUERRA, Marcelo Lima. Execução de sentença em mandado de segurança. In BUENO, Cássio Scarpinella; ALVIM, Eduardo Arruda; WAMBIER, Tereza Arruda Alvim (coord). **Aspectos polêmicos e atuais do mandado de segurança: 51 anos depois**. São Paulo: RT, 2002. 831 p.

HABERLE, Peter. **Hermenêutica constitucional: sociedade aberta dos intérpretes da constituição: contribuição para a interpretação pluralista e procedimental da constituição**. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Fabris Editor. 1997. 55 p.

HESSE, Konrad. **A força normativa da constituição**. Tradução de: MENDES, Gilmar Ferreira. Porto Alegre: Fabris Editor, 1991. 34 p.

JORGE, Flávio Cheim. **Apelação Cível: teoria geral e admissibilidade**. São Paulo: RT, 1999. 353 p. (Coleção Recursos no Processo Civil, v. 7).

KARAM, Munir. A sentença como fato criador de normas. In PRADO, Luiz Regis; KARAM, Munir (coord). **Estudos de filosofia do direito: uma visão integral da obra de Hans Kelsen**. São Paulo: RT, 1985. 207 p.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Tradução MACHADO, João Batista. 1. ed. Brasileira. São Paulo: Martins Fonte, 1985. 377 p.

LASSALE, Ferdinand. **A essência da constituição**. 6 ed. Coleção Clássicos do Direito. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2001. 40 p.

LEITE, Carlos Henrique Bezerra. **A legitimação do ministério público do trabalho para promover a ação civil pública em defesa dos interesses individuais homogêneos no direito processual do trabalho brasileiro**. Dissertação de Mestrado. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica, 2001.

LOPES JR, Aury. **A (de) mora jurisdicional e o direito de ser julgado em um prazo razoável no processo penal**. In Boletim IBCCRIM, São Paulo: 2005, Julho, ano 13, n. 153.

MAIA, Alexandre da. O garantismo jurídico de Luigi Ferrajoli: notas preliminares. **Jus Navigandi**, Teresina, a. 4, n. 45, set. 2000. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=17>>. Acesso em: 05.10.2005 .

MARCONDES, Danilo. **Iniciação à história da filosofia: dos pré-socráticos a Wittgenstein**. 6. ed. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2001. 298 p.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Novas linhas do processo civil: o acesso à justiça e os institutos fundamentais do direito processual**. São Paulo: RT, 1993. 181 p. (Coleção Estudos de Direito de Processo Tulio Liebman, v. 24).

MIRANDA, Francisco C. Pontes de. **Tratado das ações**. v. I. Campinas: Bookseller, 1998. 381 p.

MORAES, Alexandre. **Direito constitucional**. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2000. 836 p.

\_\_\_\_\_. **Direitos humanos fundamentais, vol. 3**. São Paulo: Atlas, 1997. 308 p.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Temas de processo civil: 8. série**. São Paulo: Saraiva, 2004. 294 p.

MORRIS, Clarence. (Org.). **Os grandes filósofos do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2002. 549 p.

MORELLO, Augusto M. **El proceso justo: del garantismo formal a la tutela efectiva de los derechos**. Buenos Aires: Platense S.R.L., 1994. 682 p.

NADER, Paulo. **Introdução ao Estudo do Direito**. 24. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004. 418 p.

NERY JUNIOR, Nelson. **Princípios do processo civil na constituição federal**. 8. ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: RT, 2004 – (Coleção de Estudos de Direito de Processo Enrico Tullio Liebman, v. 21). 303 p.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. **Do formalismo no processo civil**. 2. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2003. 308 p.

PEIXINHO, Manoel Messias. **A interpretação da constituição e os princípios fundamentais**: elementos para uma hermenêutica constitucional renovada. 3. ed. Rev. Ampl. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003. 171 p.

PEREIRA, Caio Mario da Silva. **Instituições de direito civil**, 2. ed. v. I, Rio de Janeiro: Forense, 1990. 318 p.

PEREIRA, Helena B. C. **MICHAELIS**: pequeno dicionário espanhol-português, português-espanhol. São Paulo: Melhoramentos, 1996. 632 p.

RAÓ, Vicente. **O direito e a vida dos direitos**. 5. ed. São Paulo: RT, 1999. 981 p.

REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2001. 393 p.

RODRIGUES, Marcelo Abelha. **Elementos de direito processual civil. Vol 1**. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. 375 p.

\_\_\_\_\_; JORGE, Flávio Cheim; DIDIER JR, Fredie. **A nova reforma processual**. São Paulo: Saraiva, 2003. 372 p.

SIEYÈS, Emmanuel Joseph. **A constituinte burguesa: o que é o terceiro estado?** (Tradução portuguesa). Rio de Janeiro: Liber Juris, 1986. 80 p.

SILVA, José Afonso da. **Poder constituinte e poder popular**: estudos sobre a constituição. São Paulo: Malheiros, 2002. 308 p.

\_\_\_\_\_. **Curso de direito constitucional positivo**. 24. ed. rev. ampl. São Paulo: Malheiros, 2005. 924 p.

\_\_\_\_\_. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 4.ed. São Paulo: Malheiros, 2000. 270 p.

SILVA, Antonio Carlos Costa e. **Tratado do processo de execução**. v. 2. 2 ed. Rio de Janeiro: Aide, 1986. 1085 p.

SILVA, Ovídio A. Baptista da. **Sentença e coisa julgada**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003. 385 p.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 4. ed. rev. atual. ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004. 453 p.

STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional e hermenêutica**: uma nova crítica do direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002. 710 p.

TALAMINI, Eduardo. **Tutela relativa aos deveres de fazer e de não fazer**: e sua extensão aos deveres de entrega de coisa. 2. ed. São Paulo: Revista dos tribunais, 2003. 508 p.

WATANABE, Kazuo. Tutela antecipatória e tutela específica das obrigações de fazer e não fazer. In TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (Org.). **A reforma do código de processo civil**. São Paulo: Saraiva, 1996, item 10. 46 p.

\_\_\_\_\_. Acesso à justiça e sociedade moderna. In GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel; WATANABE, Kazuo (Org.). **Participação e processo**. Revista dos Tribunais: São Paulo, 1988. p. 128-135.