
O CONTRIBUTO DA “RECLAMAÇÃO” COMO INSTRUMENTO PROCESSUAL CONSTITUCIONAL NO CONTROLE DA ATUAÇÃO JUDICANTE DOS TRIBUNAIS SUPERIORES – STF E STJ

Antônio Pereira Gaio Júnior¹

Resumo: Visa o presente estudo no aprofundamento da construção conceitual e pragmática da Ação de Reclamação, mecanismo processual de índole constitucional que tem por objeto o controle da competência dos Tribunais Superiores – aqui o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça – além de realizar o cumprimento das decisões dos supracitados Tribunais Superiores pelos demais Órgãos Judiciários e Administrativos do Estado brasileiro, potencializando-se assim, em um efetivo instrumento de consolidação da necessária autoridade prática das decisões judiciais, notória lógica de um sistema que ao contrário, se vê, por vezes protagonizando temerários julgados que afrontam a segurança jurídica dos jurisdicionados, porque desencontrados e daí não cumpridos.

Palavras-chaves: Efetividade do Processo – Ação de Reclamação – Sistema Recursal

Abstract: The present study intends to better understand the conceptual and pragmatic construction of the Claim Action as a procedural mechanism of constitutional nature that has as a purpose to control the jurisdiction power of the Superior Tribunals - here Federal Supreme Court and Superior Tribunal of Justice – and also to make the execution of the decisions from foresaid Superior Tribunals for others Judiciary and Administrative Organs of Brazilian State, becoming a full potentiate instrument that consolidates the necessary practical authority of the judicial decisions, well-known logic of a system that on the contrary has, for many times playing reckless judged that confront the juridical safety of the ones who need the jurisdiction, because has been kept apart and then not accomplished.

Keywords: Proceeding Effectiveness – Claim Action – Appeal System

¹ Pós-Doutorado em Direito pela Universidade de Coimbra-PT. Doutor em Direito pela UGF. Mestre em Direito pela UGF. Pós-Graduado em Direito Processual pela UGF. Membro do Instituto Brasileiro de Direito Processual - IBDP. Membro Efetivo das Comissões Permanentes de Direito Processual Civil e Direito da Integração do IAB- Nacional. Professor da Faculdade de Direito Estácio de Sá. Advogado. www.gaiojr.adv.br . profgaio@gaiojr.adv.br .

1. Nota Introdutória

Trata o presente estudo da construção conceitual e pragmática da Reclamação, mecanismo processual de índole constitucional cujo objeto efetivo se encontra delimitado em abrigar o controle da competência dos Tribunais Superiores – aqui o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça - bem como realizar o cumprimento de suas decisões pelos demais Órgãos Judiciários e Administrativos do Estado brasileiro, potencializando-se assim, em um efetivo instrumento de consolidação da necessária autoridade prática das decisões judiciais, notória lógica de um sistema que ao contrário, se vê, por vezes protagonizando temerários julgados que afrontam a segurança jurídica dos jurisdicionados, porque descontraídos e daí não cumpridos.

Acentua-se a tal cenário, a relevância e interesse na prática harmônica do sistema de súmulas com efeitos ora vinculantes, exigindo contornos efetivos à quebra da racionalidade dos critérios de competência operantes no sistema judiciário pátrio,

Nota-se, pelo dito, que a Reclamação é digna de merecimento de uma perquirição de suas virtudes para o enfrentamento de óbices que insistem em obstaculizar a construção plena de um processo de resultados, este fundamental expoente na construção de um Estado de Direito Democrático.

2. Estado, Atividade Judicante e a preservação da competência e dos julgados

Como notório, o Estado moderno, para melhor atingir seu objetivo, que é o bem comum, teve por bem dividir seu poder soberano em três outros: Poder Legislativo, Poder Executivo e Poder Judiciário, tendo cada um deles uma função estatal.

Assim, ao legislativo compete a estruturação da ordem jurídica através da atitude legislativa; ao Executivo, a administração e ao Judiciário, de um modo geral, a composição dos litígios nos casos concretos.

À função de compor litígios, de declarar e realizar o Direito, nominou-se de Jurisdição.

Etimologicamente, tem a palavra Jurisdição derivação do latim *jurisdictio*, nisto, ação de administrar a justiça, oriunda das expressões *jus dicere, jurisdictio*.²

Já bem expressava Celso Neves³ que o vocábulo “jurisdição” teria amplitude reduzida ou mesmo insuficiente para demonstrar todo o alcance intelectual e prático que se

² DE PLÁCIDO E SILVA. *Vocabulário jurídico*, 23 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 802.

poderia delinear tal instituto, dificultando inclusive, a construção uníssona para o seu entendimento, isso tanto em nível pátrio quanto na literatura estrangeira.

Sobre o assunto, apontava Couture que o conceito de Jurisdição seria, verdadeiramente, uma prova de fogo para os juristas e mesmo Calamandrei, de maneira vanguardista, quase que como premunicação, sustentava não ser possível dar à Jurisdição uma definição para todos os tempos e para todos os povos, o que também lhe seguia Alfredo Rocco, ponderando ainda ser de um problema conceitual, por se decidir a ciência jurídica.

O fato é que, notoriamente, o homem, enquanto animal político, encontra na coletividade organizada formas efetivas para o alcance de pretensões individuais, daí a concepção também de Estado.

Impulsionado pelo alargamento natural do Estado, Montesquieu sistematizou uma forma de separação de poderes que, a despeito das idéias mesmo que ainda incipientes nos escritos de Aristóteles e de Locke, partia da noção de que o próprio poder controlaria o poder, estabelecendo-se uma compartimentação entre os mesmos, definindo-se, portanto, em um sistema de freios e contrapesos. Daí, a concepção de tripartição dos Poderes em Legislativo, Executivo e Judiciário⁴.

Neste sentido, a cada um dos Poderes supracitados fica reservada a responsabilidade precípua em uma atividade específica.

Assim, ao Legislativo compete a atividade estrutural da ordem jurídica através da atitude legislativa, ao Executivo cabe, enquanto atividade principal, a administração da máquina pública, reservando ao Judiciário, como atividade primordial, aquela de índole jurisdicional, notadamente a composição de litígios diante dos casos concretos.

Convém ressaltar que nenhum dos aludidos Poderes realiza as funções acima referidas com exclusividade. Isto porque, ao Poder Legislativo, cabe, por conseguinte, julgar, em determinados casos, como nos crimes de responsabilidade de seus próprios pares, assim como também no que concerne ao Presidente da República; em outro passo, ao Poder

³ NEVES, Celso. *Estrutura fundamental do processo civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1997, p. 3.

⁴ Cabe notar que Montesquieu, em sua obra “Do Espírito das Leis”, já abrandava a rigidez da divisão entre os diversos Poderes do Estado. Vale ressaltar ainda que, mais precisamente no Capítulo VI do Livro XI da referida obra, observa-se que diversamente do que alguns entendem, o aludido autor não sustenta os Poderes como conteúdos estanques. Admitindo ele a unidade do denominado Poder Estatal, exclamava a ingerência de um dos Poderes do Estado em competências aparentemente alheias à sua área de abrangência.

É de se frisar, como já afirmava Léon Duguit (*Traité de droit constitutionnel: La Théorie Générale de l'État*, v. II. Paris: DeBoccard, 1928, p. 663), que a confusão entre a separação de funções não provém de Montesquieu, mas de seus intérpretes.



Executivo poderá normatizar determinadas situações através, por exemplo, das Medidas Provisórias; diferente também não se faz no âmbito do Poder Judiciário pelo qual este realizará atividades administrativas, quando da organização e forma de atuação de seus servidores ou mesmo no que toca aos tribunais, quando de edições de resoluções, objetivando uma melhor otimização nos serviços cartorários.⁵

Isto posto, partindo da idéia de Jurisdição como atributo conferido ao exercício da atividade jurisdicional por parte de um dos Poderes do Estado, qual seja, o Poder Judiciário, o seu conceito – como já referido por Calamandrei em linhas acima – possui uma diversidade de alcances.

Para Chiovenda, a Jurisdição consiste na atuação da lei mediante a substituição da atividade alheia pela atividade dos órgãos públicos, afirmando ainda a existência de uma vontade da lei e colocando-a posteriormente em prática.⁶

Já, para Francesco Carnellutti, a Jurisdição é entendida como um meio de que se vale o Estado para a justa composição da lide. Neste sentido, a atividade jurisdicional exercida pela autoridade estatal por meio do processo visa à composição de um conflito de interesses, sendo justa pois, que se refere, estar a solução da demanda de acordo com o Direito vigente, entendendo-se ainda por “lide” o conflito de interesses qualificado por uma pretensão resistida.⁷

Guasp e Aragones, após subdividirem a concepção de Jurisdição sob três pontos de vista, quais sejam: o objetivo (conjunto de matérias processuais em que intervêm os órgãos do Estado); subjetivo (conjunto de órgãos estatais que intervêm no processo) e atividade (conjunto de atos realizados pelos órgãos estatais, ao intervir no processo)⁸, reduzem a idéia da mesma em uma “función estatal de satisfacción de pretensiones”.⁹

⁵ Oportuno trazer aqui as idéias de Calamandrei acerca do assunto, em que o mestre italiano sustenta que a distinção entre as funções dos Poderes Judiciário, Executivo e Legislativo, pode-se dar, pelo menos teoricamente, pelo exercício de três critérios, sendo eles o orgânico, o formal e o substancial.

O critério orgânico implica na distinção da função a partir do órgão que a exerce. Já, no que se refere ao critério formal, este corresponde a uma distinção realizada mediante a forma de como se revestem os atos praticados pelas três funções estatais. Quanto ao critério substancial, este dita a análise sob a óptica da natureza ou do conteúdo do ato em si bem como os seus efeitos jurídicos, independente do órgão que o exerce. CALAMANDREI, Piero. *Instituciones de derecho procesal civil*, v. 1. Buenos Aires: Depalma, 1943, p. 186.

⁶ CHIOVENDA, Giuseppe. *Principii di diritto processuale civile*,. Napole: Nicola Jovene, 1928, p. 301.

⁷ CARNELLUTTI, Francesco. *Instituciones del proceso civil*, Vol. 1. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-America, 1956, p. 28.

⁸ GUASP, Jaime; ARAGONES, Pedro. *Derecho procesal civil*, t. I, 5. ed.. Madri: Civitas, 2002, p. 89.

⁹ *Idem*, p. 92.

Em critério mais amplo e, por isso, vetorizando de forma segura a incidência do instituto com a sua atuação primária nas órbitas dos poderes do Estado, somado ao real e efetivo comprometimento *lato e stricto sensu* com o exercício da atividade jurisdicional, Celso Neves¹⁰ considerou a Jurisdição como *poder*, relacionando-a ao plano da soberania estatal, justificada pela manifestação do monopólio estatal em sede de capacidade de decidir e impor, imperativamente, suas decisões; como *função*, justificada pelas atribuições que caracterizam os órgãos estatais, estas diretamente relacionadas à promoção da pacificação social por meio do processo; como *atividade*, já aí relacionada à prática dos atos no âmbito do processo – instrumento pelo qual a jurisdição opera – exercício este praticado pelo magistrado, oriundo do poder a ele conferido pelo próprio Estado.

Conforme se depreende, para a caracterização da Jurisdição, critérios e conceitos se diversificam na medida das concepções e do foco de observação do instituto enquanto fenômeno jurídico, no entanto, inegavelmente, a despeito de intensidades conceituais, o poder julgar decorrendo dele a garantia da autoridade no cumprimento das decisões judiciais e ainda a preservação da competência do órgão julgante entoadam como notas firmes em qualquer atributo que se queira apontar como componente da atividade judicante estatal.

Nestes termos é que, hodiernamente, teve por bem a Constituição Federal de 1988, como texto representativo e, ao mesmo tempo, condutor da ordem jurídica pátria, expressar os atributos ou garantias pragmáticas do exercício jurisdicional – preservação da competência e garantia da autoridade das decisões – em seu bojo, o que inequivocamente, o fez a partir dos próprios Tribunais Superiores, no caso o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça, ex vi dos arts. 102, I, *l* e 105, I, *f* , tendo como instrumento apto a reprimir eventuais transgressões sobre o binômio supracitado o instituto denominado Reclamação.

3. A Reclamação

3.1 Noção conceitual

¹⁰ NEVES, Celso. *Ob. cit.*, p. 28; CINTRA, Antônio Carlos de; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 11. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1995, p. 125.

Trata-se a Reclamação de instituto com previsão constitucional, tendo sua regulamentação disciplinada pela Lei n.8.038, de 28.05.1990, mais precisamente através de seus arts.13 a 18.

Tem a Reclamação por objetivo preservar, de forma efetiva, (i) as competências tanto do Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça, bem como (ii) garantir o exercício da autoridade das decisões emanadas de ditas Cortes.

É de se lembrar ainda que, com o advento do art. 103-A, este regulando a promoção, proteção e aplicação das Súmulas Vinculantes, designada fora, igualmente, a Reclamação como instrumento apto e efetivo em levar a cabo dito respeito ao regramento sumular do Pretório Superior.

Observa-se, portanto, que das funções consagradas na Carta Maior referendadas ao instituto da Reclamação (*ex vi* dos arts. 102, I, *l* e 105, I, *f* e 103-A), este mecanismo processual atua, fundamentalmente, frente à tutela de dois princípios processuais de intensa índole constitucional: o do juiz natural e o da efetividade das decisões judiciais.

Por outro lado, vale ainda pontuar que, a despeito de sua inegável utilidade, não excluirá o seu manejo da possibilidade de utilização de outros remédios processuais existentes no ordenamento jurídico pátrio, quando necessários.

3.2 Breve historicidade

A construção sob o prisma histórico coloca a Reclamação e sua origem no mesmo compasso com a evolução do instituto da Correição Parcial, pois que ambos os mecanismos situam-se no plano das medidas aptas a evitar o descumprimento ou desobediência à ordem do tribunal (do Tribunal de Justiça, no caso da correição parcial; do Supremo Tribunal Federal ou do Superior Tribunal de Justiça, no caso da reclamação) pelos órgãos julgadores inferiores.

Aponda-se como a primeira manifestação do instituto da Reclamação o Direito Romano, na forma de impugnação denominada *supplicatio*, tendo esta cabimento apenas diante de decisões irrecorríveis, permitindo-se que a parte levasse ao conhecimento do Imperador o seu descontentamento com possíveis irregularidades de índole processual exercida pelos magistrados, sendo daí o remédio adequado para corrigir erros procedimentais, evitando-se, assim, que as desordens formais incidissem no trâmite do processo ora em curso.¹¹

¹¹ PINHEIRO, Wesson Alves. Reclamação ou correição parcial. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 6, n. 21, jan./mar., 1989, p. 126.

Destarte, instrumento semelhante fora contemplado, posteriormente, pelas Ordenações Filipinas (Livro III, título XX, §46) sob a denominação de “agravo de ordenação não guardada” e, mais adiante, no âmbito do Regulamento 737 de 1850 nominado como “agravo por dano irreparável”.¹²

Já, em 1957, com a elaboração do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, a Reclamação, que já vinha sendo aplicada em sede jurisprudencial fora aprovada e incorporada ao aludido Regimento e, portanto, regulamentada expressamente no Título II, Capítulo V- “A”.¹³

Vale notar que a Carta Constitucional de 1967 autorizou o Supremo Tribunal Federal a estabelecer específica disciplina processual dos feitos sob sua competência, concedendo força de lei federal às disposições inclusas em seu Regimento Interno referentes aos seus processos, daí legitimando, definitivamente, o instrumento processual da Reclamação.¹⁴

Com o advento da Constituição de 1988, diante da previsão expressa da Reclamação no texto constitucional, mais precisamente nos arts. 102, I, I (Reclamação para a preservação da competência do STF e garantia da autoridade de suas decisões), 105, I, f (Reclamação para a preservação da competência do STJ e garantia da autoridade de suas decisões) e, mais recentemente, com o advento da EC n.45, a inclusão do art.103-A (Reclamação contra ato administrativo ou decisão judicial que contrarie súmula de efeito vinculante), ratificou-se a sua constitucionalidade e *status* de competência constitucional, firmando, portanto, a competência para o processo e julgamento da matéria.¹⁵

Por fim, com a promulgação da Lei n. 8.038, de 28 de maio de 1990, que instituiu normas procedimentais para os processos manejados perante o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça, regrou também do procedimento da reclamação em consonância com modelo do que ora previsto nos respectivos regimentos internos de ambas as Cortes.

Nota-se, por tudo que a Reclamação se encontra efetiva e normativamente presente no sistema processual brasileiro, com notória índole constitucional, constituindo em útil ferramenta à disposição para a preservação da competência das Cortes Superiores e garantia da necessária autoridade de julgados decorrentes das mesmas.

¹² PACHECO, José da Silva. A “reclamação” no STF e no STJ de acordo com a nova Constituição. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, Vol.. 78, n. 646, ago., 1989, p. 20.

¹³ Fora adotada a Reclamação pelo Regimento Interno do STF em 02.10.1957, em respeito à competência concedida pela própria Constituição de 1946, expressamente em seu art. 97, II.

¹⁴No mesmo sentido, MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 3 ed. São Paulo:Saraiva, 2008, p.1294.

¹⁵ Sobre a sistematização legislativa e cronológica acerca da Reclamação, ver por todos, PACHECO, José da Silva. *O Mandado de Segurança e outras ações constitucionais típicas*. 4 ed.São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p.601-635.

3.3 Natureza Jurídica

A natureza jurídica do instituto da Reclamação é posta em discussão pela doutrina e jurisprudência, sobretudo pelo fato de tal mecanismo transcender épocas de aplicabilidade eminentemente jurisprudencial até a sua previsão expressa e de ordem constitucional.

Em síntese bem apurada acerca da divergência sobre a natureza jurídica em tela, vale acostar aqui voto da lavra do Ministro Celso de Mello na Reclamação n. 336, *in verbis*:

“A reclamação, qualquer que seja a qualificação que se lhe dê – ação (Pontes de Miranda, ‘Comentários ao Código de Processo Civil’ tomo V/384, Forense), recurso ou sucedâneo recursal (Moacyr Amaral Santos, RTJ 56/546-548; Alcides de Mendonça Lima, ‘O Poder Judiciário e a Nova Constituição’, p.80, 1989, Aide), remédio incomum (Orozimbo Nonato, apud Cordeiro de Mello, ‘O processo no Supremo Tribunal Federal’, vol.1/280), incidente processual (Moniz de Aragão. ‘A Correição Parcial’, p.110, 1969), medida de Direito Processual Constitucional (José Frederico Marques, ‘Manual de Direito Processual Civil’, vol.3, 2ª parte, p.199, item n.653, 9ª Ed., 1987, Saraiva) ou medida processual de caráter excepcional (Ministro Djaci Falcão, RTJ 112/518-522) – configura, modernamente, instrumento de extração constitucional, inobstante a origem pretoriana de sua criação (RTJ 112/504), destinado a viabilizar, na concretização de sua dupla função de ordem político-jurídica, a preservação da competência e a garantia da autoridade das decisões do Supremo Tribunal Federal (CF, art. 102, I I) e do Superior Tribunal de Justiça (CF, art.105, I, f).”¹⁶

Nota-se, portanto, tamanha dificuldade no consenso em torno da definição quanto à exata natureza jurídica do presente instituto processual. Por outro lado, sua natureza jurisdicional já fora posta em cheque, onde em antiga discussão se colocava a possibilidade de tratar a Reclamação de uma medida administrativa, dada a sua identificação com a conhecida Correição Parcial, no entanto a própria jurisprudência do STF reconheceu na Reclamação o poder de produzir alterações pontuais em decisões já proferidas em processos judiciais, operando-se, inclusive, a produção de coisa julgada decorrente dos julgados em Reclamação, evidenciando, inegavelmente, o seu perfil de ordem jurisdicional.¹⁷

Ainda em sede do STF, encontramos posição aderente à noção da Reclamação como um direito constitucional de petição, atestando-se assim que “(...) a natureza jurídica da reclamação não é a de um recurso, de uma ação e nem de um incidente processual. Situa-se ela no âmbito de direito constitucional de petição previsto no art. 5º, XXXIV, da Constituição Federal.”¹⁸

Enfrentando a natureza jurídica da Reclamação, vale aqui pontuar posição do Ministro Amaral Santos, ao discutir a questão em excelente julgado, nominou como

¹⁶ Rcl. 336, Rel. Min. Celso de Mello, julg.19.12.1990, DJU 15.3.1991.

¹⁷ Ver, por todos DANTAS, Marcelo Navarro Ribeiro. *Reclamação constitucional no direito brasileiro*. Porto Alegre: Sérgio Fabris Editor, 2000, p.438-439.

¹⁸ STF, Pleno, ADI nº 2.212/CE, Rel. Min. Ellen Gracie, ac. de 02.10.2003, RTJ 190/122.



pressupostos da reclamação: “a) a existência de uma relação processual em curso; b) um ato que se ponha contra a competência do Supremo Tribunal ou que contrarie decisão deste, proferida nessa relação processual ou em relação processual que daquela seja dependente”.¹⁹

Diante de tais pressupostos, o festejado Ministro se colocou aderente à idéia da reclamação como recursos, expressando ainda aos argumentos de que: “reclama-se, recorre-se, contra um ato da relação processual em curso.”²⁰

Em que pese autorizadas posições em contrário e já referendadas acima, em sede da natureza jurídica da Reclamação, entendemos ter essa natureza eminentemente de ação.²¹

Fundamenta-se tal posição na medida em que com a Reclamação se provoca a jurisdição, decorrendo daí solicitação da pretensão de tutela jurisdicional, seja para solver conflito de competência decorrente de eventual invasão contrária à observância do órgão

¹⁹ Reclamação n. 831 – DF, *RTJ* 56/539-50.

²⁰ *Ibidem*.

Impende acostar aqui julgados do STF em Reclamação, de cuja idéia enfrenta e, por conseguinte, afasta a natureza jurídica recursal que por ventura se quisera dar ao mecanismo da Reclamação:

“RECLAMAÇÃO. DECISÃO DO VICE-PRESIDENTE DO TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 19ª REGIÃO, QUE DETERMINOU O SEQUESTRO DE RECURSOS DA CONTA ÚNICA DO ESTADO DE ALAGOAS. ALEGAÇÃO DE DESRESPEITO AO JULGADO DO STF NA ADI 1.662. ATO FUNDAMENTADO NA QUEBRA DO DIREITO DE PRECEDÊNCIA EM PRECATÓRIOS. INVIABILIDADE DA VIA RECLAMATÓRIA. 1. Se a autoridade reclamada fundamentou sua decisão de sequestro (parte final do § 2º do art. 100 da CF) na quebra da ordem de apresentação dos precatórios, não desrespeitou a decisão do STF na ADI 1.662. 2. O instituto da reclamação constitucional não é via ordinária de irrisignação das partes. Não cabe, nessa via processualmente contida, analisar o acerto da decisão reclamada. Se houve ou não quebra da ordem cronológica de apresentação dos precatórios é questão a ser enfrentada nas instâncias ordinárias, mediante interposição dos recursos cabíveis. Precedentes.3.Reclamação julgada improcedente.” STF, Pleno, Rcl 4819/Al., Rel. Min. Carlos Britto, julg. 05.03.2009, *DJU* 03.04.2009.

“EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EM RECLAMAÇÃO. CONVERSÃO EM AGRAVO REGIMENTAL. AUSÊNCIA DE ARGUMENTOS NOVOS. RECLAMAÇÃO UTILIZADA COMO SUCEDÂNEO RECURSAL. INEXISTÊNCIA DE AFRONTA AO ART. 93, INC. IX, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO. 1. Não-cabimento de embargos de declaração contra decisão monocrática. Embargos convertidos em agravo regimental. 2. O fundamento adotado na decisão recorrida deve ser infirmado pelos recorrentes, sendo-lhes vedada a simples reiteração dos argumentos esposados na petição inicial. 3. O instituto da Reclamação não se presta para substituir recurso específico que a legislação tenha posto à disposição do jurisdicionado irrisignado com a decisão judicial proferida pelo juízo a quo. 4. É desnecessária a manifestação, pelo magistrado, sobre toda a argumentação apresentada pela parte quando há outra razão suficiente para o julgamento da causa. 5. Agravo regimental não provido.” STF, Pleno, Rcl-ED 5465 / ES, Emb.Decl.na Reclamação, Rel. Min. Cármen Lúcia, julg. 25.06.2008, *DJU* 15.08.2008.

²¹ “A reclamação não é recurso; é ação contra o juiz, suscetível de exame fora da via recursal.(...)Na reclamação, não se examina a matéria sobre o que se decidiu; a sua finalidade é rechaçar o ato do juiz, em si, ou porque usurpe competência do tribunal superior, ou porque não tenha reconhecido à decisão do tribunal a eficácia que Lea tem, ou porque haja retardado a remessa do recurso, ou de outro remédio processual, que seja da competência do tribunal, ou de outro corpo superior.” PONTES DE MIRANDA, F. C. *Comentários ao código de processo civil*. Tomo Vol.. 3 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997, p.287.

jugador competente, seja para se valer respeitar as respectivas decisões das Cortes Superiores – STF e STJ, inclusive os efeitos vinculantes sumulares bem como a efetividade no cumprimento dos seus julgados, ainda que pese a sua possibilidade de manejo em processos de índole objetiva, como p. ex., nos casos referentes ao controle de constitucionalidade, servindo aí para assegurar a autoridade das decisões do Supremo Tribunal Federal e ainda a sua competência diante de eventual usurpação da mesma.

Acrescenta-se, pois que, na impetração da Reclamação, estar-se-á a discutir verdadeiramente, questões que se relacionam objetivamente com outra demanda, mas que nitidamente, não se assemelham materialmente com o objeto desta, tendo por conta então fazer atuar o respeito ao devido processo legal a que se deva implementar e dar exato cumprimento quando outra ordem contrária à exigência legal se vê operando, obstruindo o ordeiro cumprimento normativo processual, sempre que se esteja diante de atos ou decisões ofensivas à competência ou à autoridade das decisões decorrentes do STF e STJ.

Não se provoca a jurisdição para discutir, materialmente, a reversão de julgado ou qualquer acréscimo ou diminuição de pretensões materiais- ainda que indiretamente seja este o efeito por vezes operado, v.g., o respeito à súmula vinculante diante de acórdão a ela contrário - mas para fazer valer o respeito à competência ou à autoridade das decisões oriundas das Cortes Superiores supracitadas.

Em sintonia com tal idéia está José da Silva Pacheco, acentuando de maneira clara que a Reclamação não se configura em um recurso, não só porque a ela são indiferentes os pressupostos recursais da sucumbência e da reversibilidade, ou os prazos, mas, sobretudo, pelo fato de ser desnecessário que haja sentença ou decisões, nem que se pugne pela reforma ou modificação daquelas, bastando que haja interesse em que se corrija eventual desvio de competência ou se elida qualquer estorvo à plena eficácia dos julgados do Supremo Tribunal Federal ou do Superior Tribunal de Justiça.

Trata-se, na realidade, de ação, fundada no direito de que a resolução seja pronunciada por autoridade judicial competente; de que a decisão já proferida por quem tinha competência para fazê-lo tenha plena eficácia, sem quaisquer obstáculos indevidos e de que se eliminem os óbices que se opõem à plena eficácia das decisões ou à competência para decidir.²²

Por tudo, dada a natureza jurídica de ação, vale ressaltar no tocante a uma razoável diferença entre ação e recurso, que este último deve ser exercitado dentro da mesma relação jurídica processual, enquanto ainda não tiver ocorrido o trânsito em julgado da

²² PACHECO, José da Silva. A “reclamação” no STF e no STJ de acordo com a nova Constituição, *Revista dos Tribunais*, São Paulo, Vol. 78, n. 646, ago., 1989, p.30.

decisão que se pretende impugnar. Ao contrário, a ação autônoma de impugnação deve ser proposta em outra relação jurídica processual.²³

Certo é que, pela pontual diferença, nota-se que a Reclamação se adequa com maior razão na ideia de ação autônoma de impugnação do julgado do que como recurso deste.

Cabe ainda notar que, para o ajuizamento da Ação de Reclamação não se tem como condição a exigência do trânsito em julgado da decisão que usurpa a competência do Supremo Tribunal Federal ou do Superior Tribunal de Justiça ou desafia a autoridade de suas decisões,²⁴ ou mesmo a exigência de sua irrecorribilidade.²⁵

Na mesma toada, aponta-se que Reclamação não é a via adequada para discutir o ato impugnado que já se revestiu da coisa julgada, como exarado no seguinte acórdão da Corte Maior:

“Reclamação, que, no caso, se destina a preservação da competência do S.T.F.. - Essa reclamação só e cabível se a decisão objeto dela - na hipótese, despacho que julgou deserto agravo de instrumento contra a decisão que não admitiu recurso extraordinário - ainda não transitou em julgado, pois a reclamação não é sucedâneo de ação rescisória” (Tribunal Pleno. Reclamação n. 365 de 28.05.1992. Rel. Min. Moreira Alves., *in* DJ de 07.08.1992, p. 11778).”

3.4 Legitimidade

São legitimados para a propositura da Reclamação a parte interessada – entendida aí não somente aquela beneficiada pela decisão do Supremo Tribunal Federal ou do Superior Tribunal de Justiça, mas também toda e qualquer pessoa afetada pela decisão contrária à orientação com efeito vinculante decorrente de súmula do STF, isto nos termos do entendimento dominante, especialmente a partir da Rcl 1.880²⁶ – o Ministério Público

²³ NERY JÚNIOR, Nelson. *Princípios fundamentais: teoria geral dos recursos*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 190.

²⁴ “A recorribilidade da decisão que usurpa a competência do STF ou desafia a autoridade de suas decisões não impede que, desde logo, seja ajuizada a ação de reclamação perante esta Corte (CF, art. 102, I, 1). Precedente citado: Rcl 329-SP (RTJ 132/620)”. STF, Pleno, AgRg. na Recl. 655/ES, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, ac. 10.04.1997, *DJU* 27.06.1997, p. 30.243.

²⁵ “RECLAMAÇÃO – CABIMENTO – STF: COMPETÊNCIA ORIGINÁRIA (CF, ART. 102, I “N”) – A recorribilidade ou a efetiva interposição de recurso para o S.T.F. da decisão reclamada não ilide o cabimento da reclamação.” STF, Pleno, Recl. nº 329-9-SP, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, julg. 30.05.1990, *DJU*, Seção I, 29.06.1990, p. 6.219.

²⁶ Rcl. – AgRg 1.880, Rel. Maurício Corrêa, *DJ* de 19.03.2004.

No mesmo sentido, MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Ob. cit.*, p.1305.

(art. 13 da Lei n.8.038/90) bem como o Procurador Geral da República (art. 156 do RISTF).²⁷

Já a legitimidade passiva da Ação de Reclamação caberá à autoridade jurisdicional ou administrativa, ou seja, a quem for imputada atentar contra a competência do Supremo Tribunal Federal ou do Superior Tribunal de Justiça ou descumprir o conteúdo dos julgados proferidos por esses tribunais.

Importante se faz ressaltar que os arts. 159 do RISTF; 189 do RISTJ e 15 da Lei n.º 8.038/90 preceituam no sentido de que a qualquer interessado, entendendo-se aí, logicamente, aquele com interesse jurídico,²⁸ será facultado impugnar o pedido do reclamante, titular da Ação de Reclamação. Daí que, o aludido interessado, além do reclamante, poderá intervir na demanda em tela, a fim de impugná-la, dirigindo-se para isso, ao relator do processo.²⁹

4. Reclamação e a preservação da competência dos Tribunais Superiores - STF e STJ

²⁷ Há de observar orientação do Supremo Tribunal Federal no sentido de que não se admite a reclamação requerida por terceiros que se dizem interessados na decisão proferida pelo STF em ação direta de inconstitucionalidade (RTJ 160/788).

²⁸“1.INTERVENÇÃO DE TERCEIRO. Terceiro prejudicado ou interessado. Reclamação. Admissibilidade. Magistrado incluído em lista tríplice impugnada. Destinatário da eficácia gravosa de eventual decisão favorável à reclamante. Recepção da causa no estado em que a encontre. Poder de sustentação oral deferida. Aplicação do art. 15 da Lei nº 8.038/1990. Precedente. Admite-se, em reclamação, que intervenha terceiro juridicamente interessado ou prejudicado, com direito de exercer poderes processuais a partir do momento da intervenção, entre os quais o de fazer sustentação oral. 2. MAGISTRADO. Promoção por merecimento. Vaga única em Tribunal Regional Federal. Lista tríplice. Composição. Inclusão de magistrados que não pertenciam à primeira quinta parte da lista de antiguidade. Ilegalidade. Mandado de segurança concedido a juíza que era um dos três únicos magistrados que cumpriam todos os requisitos constitucionais. Trânsito em julgado. Recomposição sem inclusão nem recusa formal da impetrante. Inadmissibilidade. Descumprimento da decisão do Supremo. Reclamação julgada procedente. Desrespeita a autoridade de decisão do Supremo Tribunal Federal, o ato complexo de recomposição de lista tríplice para promoção de magistrados, sem inclusão nem recusa do nome de juiz a quem a Corte assegurou, mediante concessão de mandado de segurança, com trânsito em julgado, o direito líquido e certo de ser nela incluído, salvo recusa formal em procedimento específico, que não houve.”STF,Pleno,Rcl 2772/DF,Rel. Min. Cezar Peluso, julg. 24.11.2005, DJU 05.05.2006.

²⁹“A intervenção do interessado no processo de reclamação é caracterizada pela nota da simples facultatividade. Isso significa que não se impõe, para efeito de integração necessária e de válida composição da relação processual, o chamamento formal do interessado, pois este, para ingressar no processo de reclamação, deverá fazê-lo espontaneamente, recebendo a causa no estado em que se encontra. O interessado, uma vez admitido no processo de reclamação, e observada a fase procedimental em que este se acha, tem o direito de ser intimado dos atos e termos processuais, assistindo-lhe, ainda, a prerrogativa de fazer sustentação oral, quando do julgamento final da causa..” (STF, Pleno: RTJ 163/5 e RT 741/173).

Ainda sobre o assunto referente ao terceiro juridicamente interessado e a extensão de seu reconhecimento, ver o nosso *Direito Processual Civil*. Vol. 1. 2 ed, Belo Horizonte: DelRey, 2008, p.120-121.

A Constituição Federal de 1988 delimita a competência do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça através dos arts. 102 e 105.

Neste sentido, ocorrendo ato que contrarie a competência do STF, quer para conhecer e julgar, originariamente, as causas mencionadas no inc. I do art. 102 da CF, quer no tocante ao conhecimento do recurso ordinário em habeas corpus, mandado de segurança, habeas data ou mandado de injunção decididos em única ou última instância pelos tribunais superiores, se denegatória a decisão, e ainda excedendo a presente competência exclusiva do STF para conhecer recurso extraordinário quando a decisão em única ou última instância contrariar dispositivo constitucional, declarar a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal, ou julgar válida lei ou ato de governo local contestado perante a Constituição Federal, cabível será o instituto processual da Reclamação (art. 102, I / da CF/88), com o fito de restabelecer o exercício da correta competência da Corte Maior.

Na mesma toada se dá quando se refere ao STJ, nos termos de sua competência originária, ordinária e especial. Diante de tal aviltamento dessa competência, caberá a Ação de Reclamação (art.105, I, f).

A título de exercício prático, vale anotar o que se traduz em sede jurisprudencial, mais precisamente nas matérias que, frequentemente, desafiam a propositura da Reclamação quando o assunto toca na usurpação de competência das Cortes Superiores já multicitadas.

Neste compasso, portanto, dentre outras, acrescente-se as seguintes questões, mais precisamente relativas às usurpações de competência em sede de Agravo de Instrumento:

“Cabe reclamação para impedir que a Justiça de primeiro grau aprecie ação que não visa ao julgamento de uma relação jurídica concreta, mas ao da validade de lei em tese, o que, nos termos da CF, art. 102-I-‘a’, é da competência exclusiva do STF (STF, Pleno: RF 336/231)”.

“Interposto agravo de instrumento contra decisão denegatória de recurso extraordinário, é obrigatória sua remessa ao STF, sendo procedente a reclamação ajuizada para que o agravo suba.” (RTJ 128/21, STF-RT 717/290, STF-RT 330/285).

“AGRAVO DE INSTRUMENTO - OBSTÁCULO AO SEU PROCESSAMENTO IMPOSTO PELO JUÍZO RECORRIDO – IMPOSSIBILIDADE – Em face da lei processual (artigo 528), o juízo de admissibilidade não poderá negar seguimento ao agravo de instrumento, ainda que interposto fora do prazo legal. Uma vez interposto o agravo no prazo consignado na lei, contra decisão indeferitória do processamento do especial, as defecções porventura existentes no instrumento só podem ser consideradas obstáculo ao seu conhecimento por esta eg. Corte de Justiça. Reclamação que se julga procedente. Decisão unânime.” (STJ - 1ª Seção; Ag. de Instr. nº 95.00.71247-4-MG; Rel. Min. Demócrito Reinaldo, julg.

10.04.1996, v.u., *DJU*, Seção I, 20.05.1996, p. 16.657, ementa – BAASP, 1955/46-e, de 12.06.1996).

“A competência dos Tribunais locais, dada pela Lei n.º 8.038/90, é para exercer o Juízo de Admissibilidade (examinar a petição de RE ou REsp), deferindo ou indeferindo o recurso. Tirado o Agravo de Instrumento do Despacho Denegatório, para o STF ou STJ, não pode a Corte local negar seguimento ao Agravo, já que compete aos Ministros do STF ou do STJ, apreciar o recurso. Trancado o Agravo na origem, cabe Reclamação para o STF ou STJ, conforme se trate de RE ou REsp por usurpação de competência (do STF ou STJ).” (STF, Recl. n.º 221-7/AL, 2a Seção, v.u., *DJU-I*, 09.5.1994, p. 10.794).

“RECLAMAÇÃO – DESERÇÃO – AGRAVO DE INSTRUMENTO – A reclamação é via hábil para reformar a decisão que afirmou a deserção de agravo de instrumento contra a inadmissão de recurso especial. A instância ordinária não pode barrar o seguimento desses agravos de instrumento.” Precedentes citados: Rcl 517-RJ, *DJ* 13.10.1998; Rcl 3-DF, *DJ* 02.10.1989; Rcl 48-MG, *DJ* 02.09.1991; Rcl 357-MG, *DJ* 20.05.1996, e Rcl 166-MG, *DJ* 24.05.1993. Rcl 693-SP, Rel. Min. Milton Luiz Pereira, julg. 25.05.2000.

5. Reclamação e a garantia da autoridade das decisões dos Tribunais Superiores - STF e STJ

O controle no cumprimento das decisões emanadas do Supremo Tribunal Federal do Superior Tribunal de Justiça por parte dos tribunais locais compreende-se, verdadeiramente, em um dos pontos de estrangulamento processual enfrentado por ditas Cortes Superiores. É preciso que se estimulem por mecanismos aptos a assegurar de forma efetiva, o cumprimento dos julgados emanados de tribunais superiores.

A preservação da autoridade das decisões e diga-se, com o exato cumprimento, quer seja ela proferida em instância originária, quer em sede de recursos ordinário ou extraordinário, pelo STF; ou ainda, em instância originária, por meio dos recursos ordinário ou especial, pelo STJ, é de fundamental importância para a própria harmonização do sistema judicial pátrio e ainda, consolida-se a segurança jurídica decorrentes decisões do Poder Judiciário.

Encontra-se lugar neste compasso, o importante manejo da Reclamação como instrumento processual viável a garantir a autoridade das decisões jurisdicionais.

Com efeito, a Reforma do Judiciário³⁰, através da Emenda Constitucional n. 45/2004 trouxe expressivo acréscimo no campo referente à garantia da autoridade das decisões do

³⁰ Sobre a Reforma do Judiciário e seus efeitos nos campos material e processual, ver GAIO JÚNIOR, Antônio Pereira. Direito, Processo e Desenvolvimento: Pacto de Estado e a Reforma do Judiciário. In: *Revista Magister de Direito Empresarial, Concorrencial e do Consumidor*, Vol..19, fev/mar., Magister : Porto Alegre, 2008, p.31-34.



Supremo Tribunal Federal, com a previsão da denominada súmula vinculante no art. 103-A da CF/88.³¹

Em linhas gerais, tem a súmula vinculante por objetivo superar controvérsia atual sobre a validade, a interpretação e a eficácia de normas determinadas, capazes de gerar insegurança jurídica e relevante multiplicação de processos, estando aí abrangidas questões atuais sobre a interpretação de normas constitucionais e mesmo destas em razão de normas infraconstitucionais, portanto, como bem indica a o art. 103-A, da Constituição Federal, mais precisamente em seu § 1º:

“A súmula terá por objeto a validade, a interpretação e a eficácia de normas determinadas, acerca das quais haja controvérsia atual entre órgãos judiciários ou entre esses e a administração pública que acarrete grave insegurança jurídica e relevante multiplicação de processos sobre questão idêntica.”

Nota-se, por isso, uma preocupação do legislador não somente com a razoável duração do processo, direito fundamental assegurado pelo inciso LXXVIII inserido no art.5º da Carta Maior e parte componente de um “processo justo”, como também o efetivo estabelecimento da segurança jurídica das decisões da Corte Constitucional, diante de um complexo sistema jurisdicional onde, inegavelmente, por circunstâncias de um tecido social largo e complexo e de disparidades notórias em país de dimensões continentais como o é o Brasil, crescente se encontra uma multiplicidade de questões relevantes e que ficam ao largo de demandas judiciais sobre pontos idênticos e que por isso, merecem um posicionamento consensual ou unívoco do Poder Judiciário.

Diante da relevância do papel a que a criada súmula vinculante tende realizar, estabeleceu o art103-A, §3º da Constituição Federal de 1988 um novato alvo da Reclamação, ou seja, o seu manejo para se fazer cumprir o estabelecido em súmula editada com efeito vinculante quando ato administrativo ou decisão judicial a contrariar ou indevidamente a aplicar. Preceitua o aludido dispositivo, *in verbis*:

*“Art. 103-A
(...)”*

§ 3º Do ato administrativo ou decisão judicial que contrariar a súmula aplicável ou que indevidamente a aplicar, caberá reclamação ao Supremo Tribunal Federal que, julgando-se procedente, anulará o ato administrativo ou cassará a decisão judicial reclamada, e determinará que outra seja proferida com ou sem a aplicação da súmula, conforme o caso.”

³¹ A Lei n, 11.417, de 19.12.2006, regulamentou o art. 103-A da Constituição Federal, disciplinando a edição, revisão e cancelamento de enunciado de súmula vinculante pelo Supremo Tribunal Federal.

Nota-se, portanto, neste caso, a função relevante operada pela Reclamação quando da utilização da mesma para fins de se aplicar corretamente o destino vinculante dos efeitos da súmula editada pelo STF para tal desiderato.

Cabe asseverar, sem dúvida de errar, que a Administração Pública, nominada em tal dispositivo, indubitavelmente, é responsável por opor a uma centena de demandas judiciais de cunho homogêneo, o que de sorte, de significativa relevância sua nomeação como uma das destinatárias dos efeitos vinculantes, restando, por conseguinte, e um hercúleo desafio o respeito por parte da mesma aos efeitos vinculantes, o que certamente reforça a necessidade de mecanismos processuais como o é este do objeto em estudo.

Neste íterim e para efeitos práticos, importante se faz voltar os olhos para a repercussão da matéria em sede jurisprudencial, tomando circunstâncias pelas quais envolvem a preservação da autoridade das decisões emanadas dos Tribunais Superiores – STF e STJ - e o cabimento do mecanismo processual da Reclamação, este como apto a restaurar quaisquer eventuais insurgências ao sentido lógico do respeito aos julgados superiores e súmulas de efeitos vinculantes decorrentes do STF.

Das ementas acostadas, cabe realçar dentre outras questões ali enfrentadas, a óbvia necessidade do reclamante em apontar de forma inequívoca, o descumprimento da decisão do Tribunal Superior em questão, no caso, o STF; o desrespeito à autoridade da decisão da Corte Maior em sede de Habeas Corpus por parte de Tribunal Regional Federal; a violação ao conteúdo da decisão proferida em ADIn na temática referente aos “Precatórios” por parte de Tribunal Regional do Trabalho, reconhecendo o julgado do STF que somente a hipótese de preterição no direito de precedência é autorizadora do seqüestro de recursos públicos. Por último, há de observar interessante decisão decorrente de Medida Cautelar em Reclamação, com alegação de ofensa à Súmula Vinculante de n.04 por parte de acórdão oriundo do Tribunal Superior do Trabalho, e que ao Ministro Relator coube reconhecer liminarmente.

Por tudo, seguem-se às pontuais ementas:

“RECLAMAÇÃO - DESCUMPRIMENTO DE ACÓRDÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL - DEMONSTRAÇÃO. Incumbe ao reclamante demonstrar o descumprimento da decisão da Corte, fazendo-o de forma clara e precisa, isso para ter sucesso na via excepcional da reclamação.” (STF, Pleno, Rcl. 2634/PR, Rel. Min. Marco Aurélio, julg. 29.06.2005, DJU 26.08.2005).

“RECLAMAÇÃO. AGÊNCIA NACIONAL DE TELECOMUNICAÇÕES - ANATEL. CONTRATO TEMPORÁRIO. REGIME JURÍDICO ADMINISTRATIVO. DESCUMPRIMENTO DA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE N. 3.395. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA



FEDERAL. 1. Contrato firmado entre a Anatel e a Interessada tem natureza jurídica temporária e submete-se ao regime jurídico administrativo, nos moldes do inc. XXIII do art. 19 da Lei n. 9.472/97 e do inciso IX do art. 37 da Constituição da República. 2. Incompetência da Justiça Trabalhista para o processamento e o julgamento das causas que envolvam o Poder Público e servidores que sejam vinculados a ele por relação jurídico-administrativa. Precedentes. 3. Reclamação julgada procedente.”(STF, Pleno, Rcl 5171 / DF Rel. Min. Cármen Lúcia, julg. 21.08.2008, *DJU* 03.10.2008).

“Cabe reclamação, e não mandado de segurança, para fazer cumprir decisão de Tribunal não obedecida por juiz a ele subordinado” (STJ-3a Seção, MS 2.904-5-DF, rel. Min. Adhemar Maciel, julg. 07.10.1993, julgaram o impetrante carecedor da ação, *DJU* 22.11.1993).

“RECLAMAÇÃO. ALEGAÇÃO DE DESRESPEITO À AUTORIDADE DA DECISÃO PROFERIDA PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NO HC 90.216, PELO ACÓRDÃO PROFERIDO PELO TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 4ª REGIÃO, NOS AUTOS DO HC 2007.04.00.003907-5/PR. PROCEDÊNCIA. 1. Ao julgar o habeas corpus 90216, a 2ª Turma do Supremo Tribunal indeferiu, por votação unânime, o pedido de revogação do decreto de prisão preventiva, mas, de ofício, concedeu a ordem para assegurar aos pacientes o exercício do direito de contratar hospital de sua confiança e escolha, para ali permanecerem internados pelo prazo necessário à recuperação da saúde, às suas próprias expensas, sob a supervisão de médico de sua confiança e sob vigilância policial externa. Vencido, no ponto, o Min. Relator, que concedia aos pacientes prisão domiciliar. 2. A decisão reclamada, do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, concedeu prisão domiciliar às mesmas pessoas que figuraram como pacientes no HC 90216. 3. Constitui afronta à decisão do STF o fato de o Tribunal Regional Federal da 4ª Região haver reexaminado os fundamentos jurídicos da prisão preventiva e concedido aos pacientes o direito de permanecerem em prisão domiciliar até o trânsito em julgado da sentença condenatória, com base nos mesmos argumentos que já haviam sido rechaçados pelo Supremo Tribunal Federal. Alegado fato novo que não constou do voto condutor do acórdão proferido por aquele Tribunal Regional Federal. 4. Reclamação julgada procedente para cassar o acórdão proferido pelo Tribunal Regional Federal da 4ª Região, nos autos do HC 2007.04.00.003907-5/PR, e para restabelecer a decisão da 2ª Turma do Supremo Tribunal Federal, como tal proferida no julgamento do HC 90.216, ficando entendido que: a prisão cautelar está mantida; os presos podem continuar a receber alimentação especial e tratamento clínico no sistema prisional, tão-logo se restabeleçam do tratamento hospitalar a que estejam sendo submetidos; cumprirá sempre ao Juiz Federal da 2ª Vara Federal Criminal de Curitiba dirimir eventuais controvérsias entre o médico particular e os médicos-peritos judiciais, decidindo o que melhor convier aos presos ao término da internação.” (STF, Pleno, Rcl 5064 / PR, Rel. Min. Eros Grau, Relator p/ Acórdão: Min. Joaquim Barbosa julg. 10.05.2007, *DJU* 22.06.2007).

“ACÓRDÃO QUE RECONHECEU A PROCEDÊNCIA DE EMBARGOS DE EXECUTADO, DECLARANDO A INEFICÁCIA DA SENTENÇA EXEQUENDA, AO FUNDAMENTO DE AUSÊNCIA DE CITAÇÃO, NO PROCESSO DE CONHECIMENTO, DE LITISCONSORTE ATIVO – CONTRARIEDADE A DECISÕES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL QUE CONCLUÍRAM PELA REGULARIDADE DA RELAÇÃO PROCESSUAL – Configuração da hipótese de desrespeito à autoridade das decisões do Supremo Tribunal Federal, legitimadora do uso da reclamação prevista no art. 102, I, I, da Constituição Federal. Reclamação julgada procedente, com cassação do acórdão impugnado”. (STF, Recl. 565-8 /PR, Rel. Min. Ilmar Galvão, *DJU* 13.09.96).



“Reclamação ajuizada pelo Estado do Mato Grosso do Sul em que se postula a cassação de ordem de seqüestro de recurso orçamentários de autarquia estadual, determinada pelo Tribunal Regional do Trabalho da 24ª Região, com o objetivo de ver cumprido precatório judicial. 2. Precatório derivado de reclamação trabalhista. 3. Cumprimento da ordem cronológica dos precatórios. 4. Interpretação do art. 100, §§ 1º e 2º, em combinação com o art. 78, § 4º, do ADCT. 5. Violação ao conteúdo da decisão proferida na ADI 1662 (Rel. Min. Maurício Corrêa), em que o STF reconheceu que somente a hipótese de preterição no direito de precedência autoriza o seqüestro de recursos públicos, a ela não se equiparando as situações de não-inclusão da despesa no orçamento, de vencimento do prazo para quitação e qualquer outra espécie de pagamento inidôneo, casos em que ficaria configurado o descumprimento de ordem judicial, sujeitando o infrator à intervenção. 6. Reclamação julgada procedente.” (Rcl. 1903 /MS Rel. Min. Marco Aurélio, Relator p/ Acórdão: Min. Gilmar Mendes, julg. 07.10.2004, DJU 04.03.2005).

RECLAMAÇÃO. FIANÇA CONCEDIDA PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL EM HABEAS CORPUS. 1. Tendo esta Corte, no julgamento do HC 77.524, concedido fiança ao condenado, para defender-se solto até o trânsito em julgado da decisão condenatória, não se justifica a execução provisória determinada pela Vara das Execuções Penais, a pretexto do efeito simplesmente devolutivo do recurso especial ainda não julgado. 2. Reclamação julgada procedente.” (STF, 2ª Turma, Rcl 2690/RJ, Rel. Min. Ellen Gracie julg. 24.08.2004, DJU 10.09.2004).

“EMENTA: CONSTITUCIONAL. NORMA LEGAL QUE DECLARADA CONSTITUCIONAL GERA EFICÁCIA CONTRA TODOS E EFEITO VINCULANTE. DESRESPEITO A ESTA DECISÃO. CABIMENTO DA RECLAMAÇÃO. LIMINAR DEFERIDA. PRECEDENTES. AÇÃO JULGADA PROCEDENTE.” (STF, Pleno, Rcl 757/ MG, Rel. Min. Nelson Jobim, julg. 02.10.2001, DJU 08.11.2002).

No julgado a seguir e em especial, importante despacho em sede de Medida cautelar em Reclamação, da lavra do Min. César Peluso, ao qual se questiona o descumprimento da Súmula Vinculante n.4 do STF pela 8ª Turma do Tribunal Superior do Trabalho em sede de Recurso de Revista:

“DECISÃO: 1. Trata-se de reclamação, movida pelo Hospital das Clínicas da Faculdade de Medicina de Ribeirão Preto da Universidade de São Paulo, contra acórdão da 8ª Turma do Tribunal Superior do Trabalho (Processo nº TST-RR-214/2005-067-15-00-5), que fixou, para o adicional de insalubridade, base de cálculo sobre o salário total do empregado, contrariando o disposto na Súmula Vinculante nº 4 do STF (fls. 02/03). Sustenta o requerente que a 8ª Turma do TST deu parcial provimento ao recurso de revista 'para determinar que a base de cálculo do adicional de insalubridade seja o salário mínimo ou salário profissional se houver' (fls. 03). Requer, em síntese, seja deferido o pedido, para cassar a decisão judicial ora impugnada (fls. 04). 2. É caso de liminar. Com efeito, o acórdão questionado está em descompasso com o enunciado da Súmula

Vinculante nº 4: 'SALVO NOS CASOS PREVISTOS NA CONSTITUIÇÃO, O SALÁRIO MÍNIMO NÃO PODE SER USADO COMO INDEXADOR DE BASE DE CÁLCULO DE VANTAGEM DE SERVIDOR PÚBLICO OU DE EMPREGADO, NEM SER SUBSTITUÍDO POR DECISÃO JUDICIAL'.

Ademais, a tese da reclamação trabalhista, no sentido de fixar o valor do adicional de insalubridade com base na remuneração do servidor público estadual, encontra óbice na jurisprudência da Corte, que, examinando questão idêntica, assim decidiu: 'EMENTA: CONSTITUCIONAL. ART. 7º, INC. IV, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. NÃO-RECEPÇÃO DO ART. 3º, PARÁGRAFO ÚNICO, DA LEI COMPLEMENTAR PAULISTA N. 432/1985 PELA CONSTITUIÇÃO DE 1988. INCONSTITUCIONALIDADE DE VINCULAÇÃO DO ADICIONAL DE INSALUBRIDADE AO SALÁRIO-MÍNIMO: PRECEDENTES. IMPOSSIBILIDADE DA MODIFICAÇÃO DA BASE DE CÁLCULO DO BENEFÍCIO POR DECISÃO JUDICIAL. RECURSO EXTRAORDINÁRIO AO QUAL SE NEGA PROVIMENTO' " STF, Rcl 7579 MC/DF, Medida Cautelar na Reclamação, Rel. Min. Cezar Peluso, julg. 11.02.2009, *DJU* 18.02.2009.

"A jurisprudência do STF admite, excepcionalmente, reclamação para preservar a autoridade de decisão prolatada em ação direta de inconstitucionalidade, desde que haja identidade de partes e que a prática de atos concretos fundados na norma declarada inconstitucional promane do órgão que a editou' (STF, Pleno, Rcl 556-9/TO, Rel. Min. Maurício Corrêa. Julg. 11.11.96, julgaram procedente, dois votos vencidos, *DJU* 3.10.97).

"Admite o STF o manejo da Reclamação, para assegurar a autoridade de suas decisões positivas em ação direta de inconstitucionalidade, quando o mesmo órgão de que emanara a norma declarada inconstitucional persiste na prática de atos concretos que lhe pressuporiam a validade." (STF, Pleno: RTJ 157/433 e RT 715/305, dois votos vencidos).

6. O Procedimento da Reclamação

A estrutura procedimental da Reclamação é regulada, basicamente, pela Lei n.8.038/90, em seus arts. 13 a 18 e se dá em síntese, nos seguintes termos:

- I. a petição de Reclamação será dirigida ao Presidente do Tribunal, sendo instruída com prova documental, a fim de demonstrar o teor do ato tido como ofendido e aquele ato que ofendeu (art. 13, parágrafo único);
- II. atuará como relator o mesmo que desempenhou dita função na causa originária, sempre que possível (art. 13, parágrafo único);
- III. o relator, ao despachar a petição de Reclamação, requisitará informações da autoridade a que se aponta como praticante do ato impugnado, tendo esta prazo de 10 (dez) dias para prestá-las (art. 14, I);

OBS I: poderá o relator, de forma cautelar, ordenar a suspensão do processo ou do ato impugnado, caso houver necessidade de se evitar dano de difícil reparação (art.14, II);



OBS II: conforme já enfrentado no presente estudo, poderá a Reclamação ser impugnada por qualquer interessado (art. 15), com evidente interesse jurídico;

OBS III: o Ministério Público oficiará nas Reclamações onde não forem decorrentes de sua iniciativa (art. 16);

IV. uma vez acolhida a Reclamação, o Tribunal Superior cassará a decisão agressora de seu julgado ou determinará, especificamente, medida adequada à preservação de sua competência (art.17);

V. mesmo antes da lavratura do acórdão, o Presidente determinará o imediato cumprimento da decisão (art.18).

7. Conclusão

De tudo observado, seja em sede doutrinária e mesmo jurisprudencial vale apontar a índole protetiva do instituto processual da Ação de Reclamação onde de seu manejo, se procura restabelecer a ordem lógica e sistêmica do modelo jurisdicional pátrio, tanto pela ótica da racionalidade no exercício da jurisdição (respeito à competência do órgão julgador) como e, sobretudo, na segurança jurídica e efetividade dos julgados decorrentes das Cortes Superiores (respeito à autoridade das decisões), cabendo ressaltar, por conseguinte, o efeito prático-pedagógico da Reclamação, se observada a partir da ótica dos órgãos judiciários inferiores bem como da Administração Pública, pesando nesta ordem ainda a responsabilidade na prolação das decisões com o advento das denominadas súmulas de efeito vinculante.

Insta pontuar que tanto o Supremo Tribunal Federal quanto o Superior Tribunal de Justiça mostram-se, de certo, adequadamente preparados para tornar efetivo o comando de suas decisões, mais precisamente no que toca ao recurso extraordinário, recurso especial e em recursos ordinários, e de igual modo, possibilitando por meio da Reclamação, restaurar qualquer eventual usurpação à delimitação de suas competências constitucionalmente previstas.

8. Referências Bibliográficas

ARAÚJO, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER; DINAMARCO. *Teoria Geral do Processo*, 11. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1995.



CALAMANDREI, Piero. *Instituciones de derecho procesal civil*, Vol. 1. Buenos Aires: Depalma, 1943.

CARNELLUTTI, Francesco. *Instituciones del proceso civil*, Vol. 1. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-America, 1956.

CHIOVENDA, Giuseppe. *Principii di diritto processuale civile*,. Napole: Nicola Jovene, 1928.

DE PLÁCIDO E SILVA. *Vocabulário Jurídico*, 23 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

DANTAS, Marcelo Navarro Ribeiro. *Reclamação Constitucional no Direito Brasileiro*. Porto Alegre: Sérgio Fabris Editor, 2000.

DUGUIT, Léon . *Traité de Droit Constitutionnel: La Théorie Générale de l' État*, v. II. Paris: DeBoccard, 1928.

GAIO JÚNIOR, Antônio Pereira. *Direito processual civil*. Vol. 1. 2 ed, Belo Horizonte: DelRey, 2008.

_____. *Direito, processo e desenvolvimento: pacto de estado e a reforma do judiciário*. In: *Revista Magister de Direito Empresarial, Concorrencial e do Consumidor*, v.19, fev/mar., Magister : Porto Alegre, 2008.

GUASP, Jaime; ARAGONES, Pedro. *Derecho procesal civil*, t. I, 5. ed.. Madri: Civitas, 2002.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 3 ed. São Paulo:Saraiva, 2008.

NERY JÚNIOR, Nelson. *Princípios fundamentais: teoria geral dos recursos*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

NEVES, Celso. *Estrutura fundamental do processo civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

PACHECO, José da Silva. *A "reclamação" no STF e no STJ de acordo com a nova Constituição*. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, Vol. 78, n. 646, ago., 1989.

PACHECO, José da Silva. *O Mandado de segurança e outras ações constitucionais típicas*. 4 ed.São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

PINHEIRO, Wesson Alves. *Reclamação ou correição parcial*. *Revista de Processo*, São Paulo, Vol. 6, n. 21, jan./mar., 1989.

PONTES DE MIRANDA, F. C. *Comentários ao código de processo civil*. Tomo Vol. 3 ed. Rio de Janeiro: Forense,1997.



DIREITO PROCESSUAL CONSTITUCIONAL

Humberto Theodoro Júnior¹

Resumo: O estudo pretende demonstrar que o direito processual civil brasileiro está hoje totalmente constitucionalizado no campo de seus fundamentos e de sua macro-estrutura. Os poderes de acesso à justiça e os deveres de tutela jurisdicional integram as garantias fundamentais proclamadas pelas Constituição de 1988. As leis processuais comuns formam um arcabouço instrumental destinado a disciplinar os aspectos procedimentais para se alcançar a tutela jurisdicional. Mas, em virtude do princípio da supremacia da Constituição, sua interpretação e manejo não podem, de modo algum, contrariar as regras e princípios traçados pela ordem constitucional. Deve-se ter sempre em mente, como ponto de partida, a observância das garantias constitucionais do moderno processo justo, na medida em que insubordinar-se contra a lei ordinária equivale a atentar contra a própria Carta Magna. Assim, juízes e tribunais não estão autorizados a desprezar os procedimentos comuns definidos pelas leis do processo, para, em nome de princípios genéricos da Constituição, proceder de maneira livre e autoritária, sujeitando os litigantes a ritos, obrigações, deveres e sujeições contrários aos ditames das leis processuais e materiais vigentes. Uma lei ordinária somente pode ter sua autoridade negada quando totalmente incompatível com a Constituição.

Palavras-chave: Processo Civil – Constitucionalização – Reforma

Abstract: This study intends to demonstrated that the Brazilian civil procedural right is totally based on the Constitution in what concerns the field of their foundation and macro-structure. The access to justice powers and the duties of jurisdictional protection integrate the fundamental warranties proclaimed by the Constitution of 1988. The common procedural laws form an instrumental outline destined to discipline the procedural aspects to raise the jurisdictional protection. But, because of the Principle of the Constitutions supremacy, it

¹ Professor Titular da Faculdade de direito da UFMG. Desembargador Aposentado do TJMG. Membro da Academia de Direito de Minas Gerais, do Instituto dos Advogados de Minas Gerais, do Instituto de Direito Comparado Luso-Brasileiro, do Instituto Brasileiro de Direito Processual, do Instituto Ibero-americano de Direito Processual e da Internacional Association of Procedural Law. Advogado.



interpretation and handling are not able to, in way some, contradict the rules and principles drawn by the constitutional order. It should always be had in mind, as starting point, the observance of the constitutional warranties in the modern fair process, that when goes against the ordinary law it is equal to attempt against the own Magna Carta. As well, judges and tribunals are not authorized to despise the common procedures defined by the laws of the process, for, on behalf of generic principles of the Constitution, proceed in a free and authoritarian way, subjecting the litigants to rites, obligations, duties and subjections opposites to the dictates of the procedural and material effective laws. An ordinary law can only have denied it authority when totally incompatible with the Constitution.

Keywords: Civil Procedure - Constitutionalization – Renewal

1. Introdução

Houve época em que se imaginou que, dentro do direito constitucional – e, portanto, fora das leis ordinárias de processo –, poderia ser delineado um ramo especial voltado para a disciplina judicial. Nele se encontraria a sistematização das regras e princípios definidos como fundamentais para a prestação jurisdicional. Além disso, um outro segmento da Constituição se ocuparia de remédios processuais por ela mesma criados para, especificamente, tutelar determinados direitos fundamentais, como é o caso do *habeas corpus* e do mandado de segurança, entre outros.

No entanto, as modernas concepções do Estado Democrático de Direito determinaram uma intimidade da Constituição com o processo que vai muito além da existência de um ramo processual dentro do ordenamento supremo da República.

Nele, a função jurisdicional não se sujeita apenas a cumprir regras e princípios constitucionais de natureza procedimental. É a Constituição mesma que o Poder Judiciário tem o encargo de tutelar. Todos os direitos fundamentais, e não apenas aqueles relacionados diretamente com o processo, têm sua guarda e efetivação conferidas aos órgãos jurisdicionais, tarefas cujo desempenho há de se ver, invariavelmente, cumprida dentro da técnica do direito processual.

Concebe-se, assim, o processo moderno acima de tudo como remédio de *justiça*, entendida esta como a convivência social desenvolvida na mais ampla observância dos princípios e garantias ditados pela Constituição. É por isso que hoje, em lugar de uma garantia do devido processo legal, se prefere afirmar que o Estado Democrático de Direito garante o *processo justo*.

Não é só o acesso de todos à Justiça estatal que se resta assegurado. Diante de qualquer lesão ou ameaça a direito, o que a Constituição garante é que, através do judiciário, seja disponibilizada uma tutela efetiva, capaz de proporcionar a todos o desfrute real (concreto) tanto dos direitos subjetivos individuais como, principalmente, que se efetive essa tutela de modo a fazer respeitar e cumprir tudo aquilo que na Constituição fora estabelecido em torno das garantias fundamentais.

Em toda extensão o processo se fundiu no programa tutelar idealizado pela ordem jurídica constitucional. Passou, antes de tudo, a ser comandado pelas regras e princípios da Constituição. As normas procedimentais, por sua vez, se viram obrigadas a conviver, no dia-dia do foro, com a supremacia dos preceitos e garantias da Lei Maior.

Tutela jurisdicional efetiva e justa, no Estado Democrático de Direito é, nesta ordem de idéias, somente aquela disponibilizada às partes com observância e respeito aos ditames

garantísticos da Constituição. Deixou de ser significativa a antiga distinção entre direito processual constitucional e direito processual comum. Todo o direito processual, direito ao acesso à justiça, se viu envolvido pelo manto da constitucionalidade, traduzido na declaração de garantia de *processo justo* em substituição à velha noção de *devido processo legal*².

Dupla foi a grande mudança de rumo do processo, na segunda metade do Século XX: a) reduziu-se a separação exagerada que se notava no tratamento das figuras processuais em relação ao direito material, reforçando o papel instrumental do processo na realização e tutela dos direitos subjetivos substanciais, já então permeados de valores humanos e éticos, dando origem ao chamado *processo justo*³; e b) formou-se e consolidou-se o fenômeno da *constitucionalização do processo*⁴, cujos princípios ganharam assento na sede reguladora dos direitos fundamentais⁵.

Daí que não cabe mais cogitar do *devido processo legal* como objeto de um ramo autônomo do direito processual ou do direito constitucional. O que se entrevê, nesse plano, é “uma colocação científica, de um ponto de vista metodológico e sistemático, do qual se pode examinar o processo em suas relações com a Constituição” (BARACHO, 1984, p. 122-123).

O aprimoramento das técnicas processuais deu-se, portanto, no rumo de torná-las, cada vez mais, instrumentos utilizáveis sempre para condicionar a atuação dos órgãos judiciais em conformidade com a Constituição. O que hoje se espera da Justiça Pública é que esteja, sobretudo, preocupada com a eficácia das normas constitucionais por meio de

² “Atualmente, pelas características da *expansividade, variabilidade e perfectibilidade* do Processo, não há falar em Processo Constitucional e outro infraconstitucional, de vez que é este juridicamente fundado naquele dentro de um modelo institucional constitucionalizado e unificado por princípios, garantias e institutos que lhe são qualificativos” (LEAL, Rosemíro Pereira. *Teoria geral do processo*. 7.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 38). Cf. ANDOLINA, Ítalo; VIGNERA, Giuseppe. *Il modello costituzionale del processo civile italiano*. Torino: Giappichelli, 1990, p. 15-19.

³ “Oggi la costituzionalizzazione del diritto di azione, avvenuta in un contesto (normativo) che pone come principio ideologico di riferimento il superamento dell’ eguaglianza in senso formale, impone di adoperarsi per eliminare le conseguenze causate dalla cesura creatasi tra diritto sostanziale (singoli diritti sostanziali) e processo...” (PISANI, Proto. *Le Tutele Giurisdizionali dei Diritti – Studi*. Napoli: Jovene Editore, 2003, p. 32-33).

⁴ “Nel nostro come in altri ordinamenti, la disciplina giuridica del processo si è arricchita, soprattutto negli ultimi decenni, di una dimensione importantissima che deriva da uno degli aspetti più rilevanti del c.d. costituzionalismo moderno, rappresentato dall’ introduzione, nel sistema dei principi costituzionali, di garanzie attinenti al processo” (COMOGLIO, Luigi Paolo; FERRI, Corrado; TARUFFO, Michele. *Lezioni sul processo civile*. 4.ed. Bologna: Il Mulino, 2006, v. I, p. 25).

⁵ “Giusto, non è qualunque processo che si limiti ad essere ‘regolare’ sul piano formale. Giusto è il processo che si svolge nel rispetto dei parametri fissati dalle norme costituzionali e dei valori condivisi della collettività” (TROCKER, Nicolò. Il nuovo articolo 111 della costituzione e il “giusto processo” in materia civile: profili generali. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, Ano LV, 2001, p. 384). Ainda, segundo TROCKER, os princípios que no passado foram trabalhados pelo direito processual como formadores do devido processo legal, foram guindados à categoria de garantias pelas modernas constituições (TROCKER, Nicolò, *op. cit.*, loc. cit.).

instrumentos processuais específicos e adequados, dentre os quais se destaca o *devido processo constitucional*, visto como “metodologia de garantia dos direitos fundamentais” (BARACHO, 1984, p. 2 e 126).⁶

Da posição operante e positiva assumida pela Constituição, e pelo papel confiado à jurisdição no Estado Democrático de Direito, pode-se reconhecer a figura do *devido processo constitucional* (processo justo de que falam os italianos) como garantia, ele mesmo, de natureza fundamental. E nessa categoria compreendem-se as garantias processuais estabelecidas na própria Constituição (processo constitucional), indispensáveis à formação de “um essencial sistema de proteção aos direitos fundamentais, tecnicamente apto a lhes assegurar efetividade” (DIAS, 2004, p. 111). O compromisso do processo, dessa forma, não é apenas com as garantias técnicas, mas é com a efetividade de todo o sistema de direitos fundamentais.

Enfim, visto a tutela jurisdicional dentro do prisma da Constituição, a idéia de *devido processo constitucional* (ou *processo justo*) é instituição ampla, de regência de todo e qualquer procedimento, incluindo até mesmo o desenvolvido perante a administração e o legislativo (DEL NEGRI, 2003).

2. A constitucionalização do processo segundo a doutrina nacional

Quem primeiro destacou a presença marcante dos princípios constitucionais no moderno direito processual civil brasileiro foram Cândido Dinamarco e Ada Pellegrini Grinover.

Antes que a redemocratização do País, operada pela Constituição de 1988, empolgasse a visão jurídica sobre a constitucionalização das garantias do processo, já assinalava Cândido Dinamarco:

Vêm da Itália generosos ventos ideológicos em torno do processo e da sua ciência, especialmente através do trabalho dos processualistas florentinos, MAURO CAPPELLETTI à frente. O monumental *Projeto Florença* é um marco notável nessa guinada da mera técnica processual para a *perspectiva teleológica do sistema* (grifamos). Sente-se a necessidade de obter, no mais elevado grau que as limitações humanas permitam, a *efetividade do processo*, como instrumento de acesso de cada um do povo à “ordem jurídica justa”. Pensa-se na *justiça social* através do processo, como antes não se pensava. (grifos do original) (DINAMARCO, 1987, p. 254)

⁶ MATTOS, Bruno Ferreira Bini de. *Não automaticidade da prescrição no modelo constitucional do processo civil brasileiro*. Dissertação de Mestrado. Belo Horizonte. PUC/MG – Faculdade de Direito, 2008, p. 97.

As garantias constitucionais do processo, para se efetivarem, podem se valer do aparelhamento procedimental existente. O pleno acesso à justiça depende, sobretudo, da implantação de “uma *nova mentalidade* no processo” (DINAMARCO, 1987, p. 255)⁷, destinada a envolver não apenas o legislador, mas sobretudo, os doutrinadores e os sujeitos do processo.

O teórico e o operador (juiz), ao implantar o processo justo, ficam mais próximos, na obra de “abrir a via de acesso aos bens da justiça”, por meio de “um processo ágil e informal, participativo e seguro”. Conclui Dinamarco:

É dramaticamente indispensável que cada processo produza os *resultados substanciais* (grifamos) que melhor atendam à *justiça do caso concreto* (grifamos). Que ele forneça soluções que se imponham praticamente e façam valer os valores consagrados na consciência da sociedade, valores que, no Estado Democrático de Direito, se confundem basicamente com as garantias e direitos fundamentais tutelados na Constituição (DINAMARCO, 1987, p. 255).

É assim, para Dinamarco, que o velho processo (mera técnica formal) se torna *instrumento das garantias* (constitucionais) a que os litigantes têm direito.

Ada Pellegrini Grinover, depois de ressaltar o “inegável paralelo existente entre a disciplina do processo e o regime constitucional em que o processo se desenvolve”, afirmou, com o devido realce:

O traço mais original da obra de COUTURE é a relação entre os institutos processuais e seus pressupostos políticos e constitucionais: a ação, como figura particular do direito cívico de petição; a exceção como direito cívico paralelo à ação; o princípio da igualdade das partes, a garantia constitucional do juiz competente etc. Hoje, acentua-se a ligação entre Constituição e processo, no estudo concreto dos institutos processuais, não mais colhidos na esfera fechada do processo, mas no sistema unitário do ordenamento jurídico: é esse o caminho, ensina LIEBMAN, que *transformará o processo, de simples instrumento de justiça, em garantia de liberdade* (GRINOVER, 1975, p. 4)⁸.

Ainda, na mesma esteira, e mais recentemente, adveio o ensinamento de José Roberto dos Santos Bedaque:

⁷ É nesse sentido que CAPPELLETTI denominou seu importantíssimo ensaio sobre a modernização do processo: “acesso alla giustizia come programma di riforma come *metodo di pensiero*” (in *Studi in onore di Tito Carnacini*, v. II, t. I, Milano: Giuffrè, 1974).

⁸ Cf. COUTURE, Eduardo. *Fundamentos del derecho procesal civil*. Buenos Aires, Depalma, 1969, p. 74 e segs., 98 e segs. e 160 e segs.; LIEBMAN, Enrico Tullio. *Diritto costituzionale e processo civile*. *Rivista di diritto processuale*, p. 327 e segs., 1952.



A técnica constitui fator essencial à idéia de processo... É fundamental que o instrumento atue segundo técnica adequada e apta a possibilitar que os *finis sejam atingidos (...)*.

Mas *processo* não é, e nem poderia ser, somente forma. Toda a organização e a estrutura desse mecanismo encontram sua razão de ser nos *valores e princípios constitucionais* por ele incorporados. A técnica processual, em última análise, destina-se a assegurar o *justo processo*, ou seja, aquele desejado pelo legislador ao estabelecer o *modelo constitucional* ou *devido processo constitucional*. De nada adianta o processo regular do ponto de vista formal, mas substancialmente em desacordo com os *valores constitucionais* que o regem⁹ (grifamos) (BEDAQUE, 2007, p. 26).

Depois que o tema empolgou a processualística em todos os centros civilizados do mundo ocidental, pode-se encontrar em Carlos Alberto Alvaro de Oliveira um precioso retrato de sua repercussão no cenário brasileiro, hoje, sem dúvida, fortemente dominado pela constitucionalização do processo no plano dos direitos fundamentais. Registra o autor a substituição da visão estática do devido processo legal, puramente formal e garantística, pela visão, que apelida de dinâmica, do processo justo, “em que todos os institutos e categorias jurídicas são relidos à luz da Constituição e na qual o processo civil é materialmente informado pelos direitos fundamentais” (OLIVEIRA, 2008, p. 22). Explica esse fenômeno da seguinte maneira:

Realmente, a visão estática assentava a segurança na garantia do ‘devido processo legal’ (art. 5º, LIV, da CF/88). Todavia, numa visão dinâmica, ligada aos princípios e aos direitos fundamentais, parece mais correto falar em *direito fundamental a um processo justo* (grifamos). Não se cuida mais de um genérico direito ao processo, assentado em direitos estáticos. Trata-se de assegurar, a partir dos conceitos de equanimidade e de justiça, não apenas a suficiência quantitativa mínima dos ‘meios processuais’, mas também um ‘resultado’ qualitativamente diferenciado. Desse modo, a partir das premissas antes estabelecidas é possível extrair a conseqüência de que, no quadro dos direitos fundamentais constitucionais, o ‘direito ao processo’ não é caracterizado por um objeto puramente formal ou abstrato (‘processo’ *tout court*), mas assume um conteúdo modal qualificado (‘direito ao justo processo’), que é exatamente a face dinâmica do ‘devido processo legal’. Em semelhante contexto, à estrita ótica de um ‘devido processo legal’, correspondente a uma compreensão puramente liberal e garantística do fenômeno jurídico, contrapõe-se a visão dinâmica em que todos os

⁹ A consagração constitucional do *direito de ação* (direito à tutela jurisdicional) e do *direito de defesa* (direito à adequada resistência às pretensões adversárias) configura a garantia fundamental de acesso à justiça, cujo conteúdo consiste no “processo com as garantias do *devido processo legal*”. Assim, “por direito ao processo não se pode entender a simples ordenação de atos, através de um procedimento qualquer. O procedimento há de realizar-se em *contraditório*, cercado-se de todas as garantias necessárias para que as partes possam *sustentar suas razões, produzir provas, influir sobre a formação do convencimento do juiz*. E mais: para que esse procedimento, garantido pelo *devido processo legal*, legitime o exercício da função jurisdicional. Hoje, mais que nunca, a justiça penal e civil são informadas pelos dois grandes *princípios constitucionais*: o *acesso à justiça* e o *devido processo legal*. Destes decorrem todos os demais postulados necessários para assegurar o direito à *ordem jurídica justa*” (CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 23.ed. São Paulo: Malheiros, 2007, n.º 36, p. 90).



institutos e categorias jurídicas não relidos à luz da Constituição e na qual o processo civil é materialmente informado pelos direitos fundamentais (OLIVEIRA, 2008, p. 22).

Da constitucionalização do processo decorre um *processo justo* que absorve, naturalmente, aqueles direitos fundamentais específicos do processo, como a garantia do juiz natural e a proibição do juízo de exceção (CF, art. 5º XXXVII e LIII), a garantia do contraditório e ampla defesa (art. 5º, LV), da inadmissibilidade das provas obtidas por meios ilícitos (art. 5º, LVI) e da motivação obrigatória das decisões judiciais (art. 94, IX). Mas, observa Carlos Alberto Álvaro de Oliveira, o processo justo, em seu dinamismo, vai além em busca de implementar outros direitos principiológicos também fundamentais contidos na Constituição, sem os quais não se alcança uma tutela jurisdicional afinada com os anseios de *justiça* e *efetividade*. Um exemplo emblemático apontado pelo autor “é o princípio da igualdade (art. 5º, *caput*), que permite estabelecer a noção de processo equitativo, e em consequência a norma de princípio ou o direito fundamental da paridade de armas” (OLIVEIRA, 2008, p. 22).

O processo, entretanto, por ser justo, não pode abandonar a *segurança jurídica*, um dos fundamentos do ‘Estado Democrático de Direito’ (CF, preâmbulo e art. 5º, *caput*), ao lado da *justiça* e da *dignidade da pessoa humana* (CF, preâmbulo, arts. 1º, III, e 3º, I). É certo que, “no caso do processo, o fim é a *justiça* do caso concreto; o *processo justo* e a tutela jurisdicional *efetiva* são os meios de que dispõe o Estado Democrático de Direito, essencialmente constitucional, para a realização daquele fim”. Esta *justiça* e esta *efetividade* não podem, todavia, desvencilhar-se das outras garantias fundamentais, especialmente da garantia de segurança jurídica. Ao contrário, o processo constitucionalizado impõe uma conciliação razoável e proporcional entre *justiça* e *segurança*, ambas indispensáveis ao Estado Democrático de Direito¹⁰.

3. As reformas por que vem passando o direito processual civil brasileiro

Embora seja evidente a lentidão com que os processos caminham no foro brasileiro, há aqueles que criticam acidamente o projeto de reformas do nosso Código de Processo Civil, a pretexto de estar voltado apenas para o problema da celeridade, descuidando-se da preservação de outras garantias fundamentais a que a Constituição sujeita o processo,

¹⁰ Esclarece CARLOS ALBERTO ALVARO DE OLIVEIRA: “Diante do caráter normativo dos direitos fundamentais da *efetividade* e da *segurança*, penso que no âmbito do processo é possível definir a adequação da tutela jurisdicional como a aptidão desta para realizar a eficácia prometida pelo direito material, com a maior *efetividade* e *segurança* possíveis. Portanto, em regra, a adequação resulta da ponderação desses valores ou direitos fundamentais” (*Op. cit.*, p. 23 e 24)

como a do contraditório e ampla defesa. Chega-se ao extremo de qualificar o modelo reformista brasileiro como acometido de uma patologia ainda mais grave do que a supervalorização da celeridade: afirma-se que “foi sendo esvaziado o papel do processo como instituição garantidora de implementação de direitos fundamentais”, graças à implantação paulatina de um sistema que diminui “o espaço cognitivo formador das decisões” e promove “a defesa da rapidez procedimental a qualquer preço” (NUNES, 2008, p. 106).

Realmente, a celeridade da prestação jurisdicional, embora seja uma das garantias fundamentais figurantes nas modernas Constituições dos Estados Democráticos de Direito, não é a única, devendo, por isso mesmo, conviver e harmonizar-se com outras que igualmente merecem igual prestígio constitucional. O ideal, na implantação do processo justo é, de fato, que sua duração seja breve, mas sem impedir que o contraditório e ampla defesa se cumpram. Cabe ao juiz esforçar-se por evitar delongas injustificáveis, reduzindo ao mínimo o tempo de espera da prestação jurisdicional, sem, entretanto, perder de vista que todas as garantias constitucionais do processo têm de ser observadas até chegar a um ponto de equilíbrio entre elas e o princípio de “duração razoável”. É justamente esse equilíbrio, essa harmonia, que conduz à “verdadeira eficiência processual”, num clima de adequada perseguição do “processo justo” (TROCKER, 2001, p. 407). O “processo justo”, enfim, não é aquele desempenhado segundo um único e dominante princípio, mas o que permite a convivência harmoniosa de todos os princípios e garantias constitucionais pertinentes ao acesso à justiça e prestação efetiva da adequada tutela aos direitos subjetivos materiais.

Destaca Aroldo Plínio Gonçalves, a propósito, que “a economia e a celeridade do processo [embora sejam ‘predicados essenciais da decisão justa, sobretudo quando a natureza dos interesses em jogo exige que os ritos sejam simplificados’] não são incompatíveis com as garantias das partes, e a garantia constitucional do contraditório não permite que seja ele violado em nome do rápido andamento do processo. A decisão – conclui o autor – não se qualifica como justa apenas pelo critério da rapidez, e se a justiça não se apresentar no processo não poderá se apresentar, também, na sentença” (GONÇALVES, p. 124-125)¹¹.

¹¹ Trocker, também, ressalta a necessidade de invocar o critério da “razoabilidade” para avaliar o tempo aceitável de duração de um processo, pois o princípio da celeridade tem de respeitar a exigência de não comprometer a “eficiência processual” (*op. cit.*, p. 407). O processo é justo não apenas por célere, mas por observar uma adequada atuação de todas as condições que na ótica das garantias fundamentais se exigem para configuração do modelo ou tipo de processo preconizado pela Constituição (COMOGLIO, Luigi Paolo. *Etica e tecnica del “giusto processo”*, *cit.*, p. 60).

Acontece, porém, que não se pode adotar uma posição radical e preconceituosa em torno do movimento reformista. Se o contraditório é uma garantia inafastável do processo judicial democrático – e isto ninguém contesta –, nem por isto se há de anatematizar todo e qualquer esforço para reduzir a injusta demora na duração do processo. Essa redução pode (e deve) perfeitamente ocorrer desde que, razoavelmente, se preserve uma adequada oportunidade para o contraditório.

A técnica do constitucionalismo contemporâneo é a de que não há princípios absolutos em seus domínios. Todos os princípios constitucionais são mais ou menos fluídos e suscetíveis de recíproca intercorrência. Entretanto, nenhum deles anula os demais, de maneira que cumpre ao intérprete buscar, segundo os critérios da razoabilidade e proporcionalidade, uma forma de harmonizá-los, fazendo com que convivam, nas situações concretas de aparente conflito, em lugar de proclamar, simplesmente, a supremacia absoluta de um deles.

Nas centenas de artigos do CPC remodelados nas reformas pontuais a que o estatuto se submeteu nos últimos anos, pouquíssimos são aqueles que se apresentam como de duvidosa compatibilidade com a garantia constitucional do contraditório e das liberdades individuais.

Já se apelidaram as reformas do CPC brasileiro, tendentes a agilizar o processo, como fruto de adoção de uma postura neoliberal incompatível com os princípios constitucionais brasileiros e de subserviência ao capitalismo global retratado pelo FMI e o Banco Mundial, fomentadores da justiça célere a qualquer custo.

Qualquer que seja o rumo adotado pela organização política do Estado, o combate à morosidade da justiça é imposição da própria garantia de tutela jurídica. A demora injustificável na resposta jurisdicional sempre foi e continua sendo vista como “denegação de justiça”, seja o Estado liberal, social ou neoliberal. Tão importante é o combate a essa chaga do processo judicial que os tratados dos direitos do homem e as constituições modernas consagram a celeridade processual como garantia fundamental.

Pode-se afirmar que só com a agilização do processo não se realiza a melhor prestação jurisdicional. Mas o que, *data venia*, não se justifica é a qualificação sistemática e apaixonada de *neoliberalismo* imposta a toda e qualquer reforma tendente a tornar mais pronta a tutela jurisdicional.

Se há outras medidas a tomar para o aprimoramento do processo cabe aos juristas apontá-las e defendê-las. O que não se justifica é simplesmente rejeitar e recriminar sistematicamente a adoção de medidas de aceleração processual, já que tal postura se contrapõe às próprias garantias de ordem constitucional vigentes.

É bom lembrar que, no Século XX, o processo civil alemão, sem dúvida um dos mais eficientes da Europa continental, teve as mais acentuadas reformas com enfoque, sobretudo, nos meios de *descongestionar os tribunais* (expedientes de desburocratização e aceleração da marcha processual), como informa Hans Prütting.¹²

4. Reforma do processo ou reforma da justiça?

Uma nota merece se fazer aos graves focos de deficiência da prestação jurisdicional localizados fora do procedimento. Não se pode esperar – como reiteradamente temos advertido – que, com uma simples alteração legislativa, o processo se torne automaticamente perfeito e garantida esteja a concretização de tudo aquilo visado pela reforma.

Entre a mudança da norma e a transformação da realidade dos serviços judiciários, vai uma distância muito grande, que não se cobre apenas pela edição de textos legislativos. Temos reiteradamente advertido para o fato de que a demora e ineficiência da justiça – cuja erradicação se coloca como a principal inspiração da reforma do processo – decorre principalmente de problemas administrativos e funcionais gerados por uma deficiência notória da organização do aparelhamento burocrático do Poder Judiciário brasileiro. Influem muito mais na pouca eficácia e presteza da tutela jurisdicional as etapas mortas e as diligências inúteis, as praxes viciosas e injustificáveis, mantidas por simples conservadorismo, que fazem com que os processos tenham que durar muito mais do que o tolerável e muito mais mesmo do que o tempo previsto na legislação vigente.

Um aprimoramento efetivo da prestação jurisdicional, por isso mesmo, só se poderá alcançar quando se resolver enfrentar a modernização dos órgãos responsáveis pela justiça, dotando-os de recursos e métodos compatíveis com as técnicas atuais de ciência da administração, e preparando todo o pessoal envolvido para adequar-se ao desempenho das mesmas técnicas¹³.

¹² A constituição italiana chegou também a ser emendada para declarar a garantia do “processo justo”, com explicitação do direito ao “prazo razoável” para obtenção da resposta jurisdicional (art. 111, reformado em 1999).

¹³ Diante da crise vivida pela Justiça italiana, que não é diferente da brasileira, procedeu-se a uma ampla reforma do seu Código de Processo Civil. Todavia, embora o direito processual peninsular desfrute do mais elevado conceito nos meios científicos, GIUSEPPE TARZIA, destacou o foco da crise judiciária fora das normas procedimentais: “Os problemas mais graves da Justiça Civil, pelo menos na Itália, dizem respeito, de outra parte, não à estrutura, mas à *duração do processo*, dizem respeito aos *tempos de espera*, aos *‘tempos mortos’*, muito mais que aos *tempos de desenvolvimento* efetivo do juízo. A sua solução depende, portanto, em grande parte, da organização das estruturas judiciárias e não das normas do Código de Processo Civil. A aceleração da Justiça não poderá, portanto, ser assegurada somente com a nova lei ou com a revisão de todo o processo civil italiano, que está atualmente em estudo” (O novo processo civil de cognição na Itália. *Ajuris*, vol. 65, p. 89). A



Em suma, impende reconhecer, numa visão isenta, não apaixonada, sobre o problema, que a implantação do processo justo não depende tanto de reformas legislativas sobre os textos dos códigos. O que sua efetiva observância reclama, na verdade, é uma nova mentalidade para direcionar o comportamento dos operadores do processo rumo à valorização dos princípios constitucionais envolvidos na garantia do que hoje se tem por “processo justo”. O legislador tem obrigação de aprimorar as normas procedimentais, sem dúvida. Na maioria das hipóteses, no entanto, basta aplicar o processo existente sob o influxo exegético dos princípios constitucionais para que o juízo se desenvolva de maneira a obter a otimização do processo, que se concretiza quando por ele se garante, em tempo razoável, e mediante amplo contraditório, a *efetiva* e *adequada* atuação do direito material¹⁴.

5. Conclusões:

O processo, no Estado Democrático de Direito, está, no campo de seus fundamentos e de sua macro-estrutura, totalmente constitucionalizado. Os poderes de acesso à justiça e os deveres de tutela jurisdicional integram as garantias fundamentais proclamadas pelas constituições dos países onde reina a democracia de forma mais ampla e autêntica.

A visão sintética e universal do moderno *processo constitucionalizado* (processo justo) é dada por MAURO BOVE, para quem o Estado Democrático de Direito não pode apenas garantir a tutela jurisdicional, mas tem de assegurar uma tutela qualificada pela fiel observância dos direitos fundamentais consagrados constitucionalmente¹⁵.

Em virtude do princípio da supremacia da Constituição, o comportamento dos órgãos jurisdicionais durante o desenvolvimento dos processos e o julgamento das causas há, sem

constatação dessa dura realidade, aliás, não é nova. Já há muito tempo ALCALÁ-ZAMORA chamava a atenção dos estudiosos do processo civil para o gravíssimo problema das chamadas “etapas mortas” da marcha procedimental em juízo, como a grande causa da procrastinação da prestação jurisdicional.

¹⁴ “Siamo lieti che una onerevole retorica abbia dato vigore e vigenza positiva alla espressione ‘giusto processo’, e siamo certi che ne potranno sortire benefici influssi sia sul piano esegetico-ricostruttivo attraverso il convinto lavoro della dottrina, sia sul piano dell’esperienza pratica per giudice di pace e tribunali e corti, sia soprattutto attraverso la spinta degli avvocati, che una volta muniti dello strumento testuale non mancheranno – ed è bene che non manchino – di stimolare i giudici e portarli ad intendere il processo non come una successione di udienze, dilatabile come un elastico, nelle quali talvolta qualcosa si fa e talvolta non, ma come un affare da sbligare e un risultato da raggiungere in tempi utili” (LA CHINA, Sergio. *Rivista di Diritto Processuale*. Anno LX – seconda serie, n. 4, p. 1.125, ottobre-dicembre 2005).

¹⁵ Ao legislador constitucional “non è sembrato sufficiente garantire al singolo il fatto che avrà una tutela giurisdizionale, ma egli ha ritenuto anche di aggiungere la necessità che l’attività strumentale alla tutela si strutturi secondo canoni fondamentali ritenuti irrinunciabili” (BOVE, Mauro. Art. 111 cost. e “giusto processo civile”. *Rivista di Diritto Processuale*, v. LVII, II serie, anno 2002, p. 482).

dúvida, de ter como ponto de partida a observância das garantias constitucionais do moderno “processo justo”¹⁶.

As leis processuais comuns formam um arcabouço instrumental destinado, sobretudo, a disciplinar os aspectos procedimentais para se alcançar a tutela jurisdicional. De modo algum sua interpretação e manejo podem contrariar as regras e princípios traçados pela ordem constitucional (onde hoje se insere a essência do tratamento jurídico-institucional do processo e da jurisdição).

Isto, porém, não pode ser entendido como a liberação do juiz para proceder no processo apenas com respaldo na Constituição, criando procedimentos novos e desprezando aqueles determinados pelas leis infraconstitucionais em vigor. O Estado Democrático de Direito é, antes de tudo, um Estado de Direito, onde, portanto, não se vive sob regência do “direito livre” ou “alternativo”, mas da lei emanada do órgão credenciado para instituir a ordem jurídica infraconstitucional. A Constituição é a lei suprema, mas as leis ordinárias são a maneira prática e efetiva de interpretar e traduzir a vontade fundamental, direcionando-a para a grande e pacífica convivência do cotidiano. Em princípio, pois, o que se deve presumir é que as leis comuns são legítimos mecanismos de detalhamento concreto da vontade organizadora geral da Constituição¹⁷.

É sempre de ter em conta que o legislador ordinário desfruta de poder discricionário para disciplinar os procedimentos judiciais, os quais, portanto, podem ser regulados pelo modo que julgue “mais oportunos”, desde que se mantenha nos limites impostos pelos princípios do processo constitucionalmente garantido¹⁸, que se confundem com “direitos invioláveis do homem”.¹⁹

Insubordinar-se, portanto, contra a lei ordinária equivale a atentar contra a própria ordem que a Constituição soberanamente idealizou e impôs tanto aos cidadãos como aos órgãos encarregados do exercício dos poderes estatais.

Juízes e tribunais, desse modo, não estão autorizados a desprezar os procedimentos comuns definidos pelas leis do processo, para, em nome de princípios genéricos da

¹⁶ Merece ser compartilhada a esperança sempre renovada de CARLOS ROBERTO SIQUEIRA CASTRO “de que a aplicação crescente da garantia do *devido processo legal* e dos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, no âmbito das relações tanto públicas quanto privadas, possa ser cada vez mais um manancial inesgotável de energia constitucional de que tanto precisamos para ascender a um patamar de proteção dos direitos fundamentais compatível com as conquistas do humanismo solidarista e cristão neste início do século XXI” (*O devido processo legal e os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade*. 4.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 421-422).

¹⁷ Adverte CARLOS ALBERTO ALVARO DE OLIVEIRA, com propriedade, “que normalmente o conflito entre os direitos fundamentais da *efetividade* e da *segurança* está resolvido previamente pelo texto legislativo [lei ordinária material ou processual], presumivelmente em consonância com o sistema constitucional em que se insere” (*op. cit.*, p. 24).

¹⁸ BOVE, Mauro. *Lineamenti di diritto processuale civile cit.*, p. 42.

¹⁹ COMOGLIO, Luigi Paolo. *Etica e tecnica del “giusto processo” cit.*, p. 54 e p. 26.



Constituição, proceder de maneira livre e autoritária, sujeitando os litigantes a ritos, obrigações, deveres e sujeições contrários aos ditames das leis processuais e materiais vigentes.

As regras e princípios constitucionais desfrutam de supremacia dentro de todo o ordenamento jurídico e, por isso, devem ser levados em conta sempre que se houver de interpretar e aplicar as leis processuais. Mas a operação exegética e prática haverá de respeitar a existência da vontade normativa infraconstitucional legítima.

Uma lei ordinária somente pode ter sua autoridade negada quando totalmente incompatível com a Constituição²⁰. Quando o juiz apenas imagina que o procedimento poderia ser melhor organizado se se observassem outros critérios de atuação, isto não o autoriza a agir como um normatizador primário, para suprimir a obra do legislador e fazer operar *ex novo* sua própria e pessoal normatização. Pouco importa que esteja motivado pelo desejo de melhor cumprir os princípios constitucionais.

A segurança jurídica resta sempre banida da convivência civilizada quando a norma de decisão é construída de surpresa, após já ocorrido o fato sobre o que se intenta fazê-la incidir. Sem segurança não há Estado de Direito, e muito menos, Estado Democrático de Direito²¹.

Use o juiz as técnicas de hermenêutica a seu alcance para aprimorar a interpretação e aplicação das leis processuais, mas não as ignore, nem substitua a vontade do legislador pela própria.

²⁰ “O desrespeito ao texto só será possível se sua aplicação conduzir a uma flagrante injustiça ou em vista de conflito com outro direito fundamental, que mereça ser potencializado em função das características especiais do caso concreto” (OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de, *op. cit.*, loc. cit.). Advirta-se, todavia, de que a injustiça da aplicação da lei ordinária, invocada pelo autor, não é a injustiça subjetivamente avaliada apenas por padrões éticos. É aquela apurada objetivamente em face dos direitos fundamentais consagrados na ótica de Constituição.

²¹ Alerta CARLOS ALBERTO ALVARO DE OLIVEIRA para o cuidado com que o juiz tem de usar os poderes de aplicar princípios constitucionais em prejuízo de textos legais existentes, mesmo através de processos hermenêuticos: “Na aplicação dos direitos fundamentais, apenas em espécies excepcionais poderá o juiz, com o auxílio de regras de hermenêutica, a exemplo da proporcionalidade, da razoabilidade e da igualdade, criar norma que destoe flagrantemente do texto legal. Mesmo assim, algumas precauções devem ser tomadas, sob pena de ser violado o direito fundamental à *segurança*, cuja essência é a *previsibilidade*” (*op. cit.*, loc. cit.).

Referências bibliográficas

- ANDOLINA, Ítalo; VIGNERA, Giuseppe. Il modelo costituzionale del processo civile italiano. Torino: Giappichelli, 1990.
- BARACHO, José Alfredo de Oliveira. Processo constitucional. Rio de Janeiro: Forense, 1984.
- BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Efetividade do processo e técnica processual. 2.ed. São Paulo: Malheiros, 2007.
- BOVE, Mauro. Art. 111 cost. e “giusto processo civile”. Rivista di Diritto Processuale, v. LVII, II serie, ano 2002.
- CAPPELLETTI, Mauro. Acesso alla giustizia come programma di riforma come metodo di pensiero”. In: Studi in onore di Tito Carnacini, v. II, t. I, Milano: Giuffrè, 1974.
- CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. O devido processo legal e os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade. 4.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.
- CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. Teoria geral do processo. 23.ed. São Paulo: Malheiros, 2007.
- COMOGLIO, Luigi Paolo; FERRI, Corrado; TARUFFO, Michele. Lezioni sul processo civile, v. I. 4.ed. Bologna: Il Mulino, 2006.
- COUTURE, Eduardo. Fundamentos del derecho procesal civil. Buenos Aires: Depalma, 1969.
- DEL NEGRI, André. Controle de constitucionalidade no processo legislativo – teoria da legitimidade democrática. Belo Horizonte: Fórum, 2003.
- DIAS, Ronaldo Brêtas Carvalho. Responsabilidade do Estado pela função jurisdicional. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. Fundamentos do processo civil moderno. São Paulo: Malheiros, 1987.
- TARZIA, Giuseppe. O novo processo civil de cognição na Itália. *Ajuris*, vol. 65.
- GONÇALVES, Aroldo Plínio. Técnica processual e teoria do processo. Rio de Janeiro: Aide, s/a.
- GRINOVER, Ada Pellegrini. Os princípios constitucionais e o Código de Processo Civil. São Paulo: Bushatsky, 1975.
- LA CHINA, Sergio. Rivista di Diritto Processuale. Anno LX – seconda serie, n. 4, p. 1.125, ottobre-dicembre, 2005.
- LEAL, Rosemiro Pereira. Teoria geral do processo. 7.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008.



LIEBMAN, Enrico Tullio. Direito constitucional e processo civil. Revista de direito processual, p. 327 e segs., 1952.

MATTOS, Bruno Ferreira Bini de. Não automaticidade da prescrição no modelo constitucional do processo civil brasileiro (Dissertação de Mestrado). PUC-MG, Belo Horizonte, 2008.

NUNES, Dierle José Coelho. Comparticipação e prolicentrismo. Horizontes para a democratização processual civil (Tese de doutoramento). PUC-MG, Belo Horizonte, 2008.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. Os direitos fundamentais à efetividade e à segurança em perspectiva dinâmica. Revista de Processo, RT, vol. 155, p. 22, jan./2008.

PISANI, Proto. Le Tutele Giurisdizionali dei Diritti – Studi. Napoli: Jovene Editore, 2003.

PRÜTTING, Hanns. Nuevas tendencias en el Proceso Civil Aleman. Gênesis – Revista de Direito Processual Civil, nº 41, p. 202, jan.jun./2007.

TROCKER, Nicolò. Il nuovo articolo 111 della costituzione e il “giusto processo” in materia civile: profili generali. Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile, Ano LV, 2001.

VERSO E REVERSO: A JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA E O ATIVISMO JUDICIAL NO BRASIL

José Ribas Vieira¹

Grupo do Ativismo do Judicial²

Resumo: O presente artigo contextualiza a transformação do Direito nos últimos setenta anos, destacando os fenômenos da judicialização da política e do ativismo judicial. Estabelece-se também uma interface com a trajetória da Constituição Federal nestes vinte anos, materializada pelo crescente protagonismo do Supremo Tribunal Federal, assim como as conseqüências deste contexto institucional para Teoria do Processo. Por último, ao examinar as relações entre postura garantista e ativismo judicial, são analisados alguns casos emblemáticos no Supremo Tribunal e em instâncias inferiores.

Palavras-chave: Ativismo judicial – direitos fundamentais – judicialização da política

Abstract: The present article context the modification of the Right in the last seventy years, giving focus to the phenomenon of the judicialization of the politics and of the judicial activism. Also settles down an interface with the path of the Federal Constitution on these twenty years, materialized by the crescent considerations for the Federal Supreme Court, as well as the consequences of this institutional context for the Procedure Theory. Last, when examining the relationships between Guarantee Posture and Judicial Activism, we will analyzed some emblematic cases in the Supreme Tribunal and in inferior prosecution.

Keywords: Judicial Activism - Fundamental Rights – Judicialization of the politics

¹Doutor em Direito pela Universidade Federal do Rio de Janeiro. Pós-doutor pela Universite de Montpellier I. Mestre em Direito pela Universidade Federal do Rio de Janeiro. Mestre em Ciência Política pelo Ohio University.

²Grupo do Ativismo Judicial, pela sua natureza interinstitucional é integrado pelos Professor Alexandre Garrido (Fadir/Universidade Federal de Uberlândia), Bernardo Medeiros (mestre em Direito/Puc-rio), Daniella Pessanha (Pibic/Ibmec-RJ), Professor Fernando Gama (UCAM), Jorge Chaloub (mestre em Direito/Puc-rio) e José Ribas Vieira (PPGD/FND/UFRJ).

1. Introdução:

A segunda metade do século passado foi marcado por um intenso processo de internacionalização dos Direitos Humanos com os seus respectivos sistemas institucionais protetivos. Testemunha-se, também, o adensamento da normatização de interesses coletivos e difusos em temas como meio-ambiente e direito do consumidor, em decorrência de certos modelos estatais interventivos, como o protagonista de políticas de bem estar social, e das perspectivas impostas pela denominada sociedade de risco (BECK, 2002).

Nessa linha de raciocínio enquadra-se o transcurso dos vinte anos da promulgação da Carta de outubro de 1988. Tal processo de mudança social reflete na aplicação das normas da Constituição Federal de 1988. A questão central a se indagar é como as decisões judiciais, especialmente as do Supremo Tribunal Federal, indicam um determinado desenho institucional (GOODIN, 1996). Deve-se explicitar o vínculo entre a prática da Jurisdição Constitucional brasileira e seus limites, delineados no texto constitucional.

Esse contexto de uma presença mais efetiva do direito cria, como conseqüência lógica, um processo de judicialização de demandas sociais, preocupadas com a concretização do amplo elenco de Direitos Fundamentais. As conseqüências para a teoria processual não são pequenas. Tal processo é denominado “judicialização da política”. Ele consiste em uma nova atribuição de papéis à prestação jurisdicional, com o escopo de resolver conflitos sociais em meio a uma sociedade repleta de novas formas de proteção jurídica.

Cabe delimitar de que modo essa maior atuação de segmentos sociais, no espaço do Poder Judiciário, o confere maior protagonismo na estrutura estatal. Deve-se também indagar os possíveis efeitos desse fenômeno. Se ele é apenas vinculado às demandas sociais ou, por outro lado, reforça certo ativismo judicial, instrumentalizado pela teoria processual. Por último, merecem destaque as ressonâncias desse quadro em uma sociedade como a brasileira, a partir da análise do desempenho institucional do Supremo Tribunal Federal, e de suas relações com a dinâmica social.

2. Delimitando judicialização da política e sua articulação com o ativismo judicial:

A análise desse quadro do direito pós-1945 mereceu de autores como Tate e Vallinder (1997, p. 13), de forma pioneira, o seguinte conceito de judicialização da política: “Quando falamos de uma expansão global do poder judicial, referimo-nos a infusão de um

processo decisório judicial e de procedimentos típicos das Cortes em uma arena política em que os mesmos não foram previamente inseridos”.³

Deste modo a judicialização da política seria marcada por dois processos distintos e não necessariamente vinculados, assim descritos por VALLINDER:

Assim, a judicialização da política pode significar normalmente ou: 1) a expansão da jurisdição das Cortes ou dos juízes ao âmbito dos políticos e/ou administradores, que é a transferência dos direitos de tomada de decisão advindos da legislatura, dos Ministérios, ou do serviço civil das Cortes ou, ao menos, 2) a propagação dos métodos judiciais de tomada de decisão para além da jurisdição apropriada⁴ (TATE; VALLINDER, 1997, p. 13).

Quanto ao debate brasileiro a respeito desse tema do maior protagonismo do direito, além de avanços dados pela aplicação do termo de judicialização da política por parte de estudiosos como Luís Werneck Vianna (1999), cabe destacar, também, nesse ponto, a contribuição de Ernani de Carvalho (2004). Este cientista político elenca seis condições para o surgimento e a consolidação do fenômeno estudado, a saber: a existência de um sistema político democrático, a separação dos poderes, o exercício dos direitos políticos, o uso dos tribunais pelos grupos de interesse, o uso dos tribunais pela oposição e, por último, a inefetividade das instituições majoritárias. Todos esses fatores, em maior ou menor intensidade, encontram-se presentes nos sistemas político e jurídico brasileiros da atualidade.

Marcus Faro de Castro (1997), por sua vez, menciona, entre outros, a mencionada constitucionalização do direito em todos níveis após a Segunda Guerra Mundial, o resgate do tema sobre a legitimação dos direitos humanos, o exemplo institucional da Suprema Corte norte-americana e a tradição europeia (kelseniana) de controle concentrado de constitucionalidade das leis como fatores importantes para a explicação do fenômeno da judicialização da política.

Em obras mais recentes do que a de Tate e Vallinder, Ran Hirschl define esse processo como “juristocracia” (*juristocracy*), ou seja, como a progressiva transferência de poderes decisórios das instituições representativas para o Judiciário (HIRSCHL, 2004). Este fenômeno é acompanhado e alimentado por uma mudança na ideologia jurídica, que

³ “When we speak of the global expansion of judicial power, we refer to the infusion of judicial decision-making and of courtlike procedures into political arenas where they did not previously reside.”

⁴ “Thus the judicialization of politics should normally mean either: 1) the expansion of the province of the courts or the judges at the expense of the politicians and/or the administrators, that is, the transfer of the decision-making rights from the legislature, the cabinet, or the civil service to the courts or, at least, 2) the spread of judicial decision-making methods outside the judicial province proper.”

consiste em uma crítica realizada pelas principais elites políticas, jurídicas e econômicas à premissa majoritária absoluta que compõe uma das dimensões da democracia. Haveria, dessa forma, uma convergência entre distintos interesses políticos, econômicos e jurídicos na defesa da “democracia constitucional”, por um lado, e no ataque à “democracia ou premissa majoritária”, por outro. Hirschl assume uma metodologia de análise que procura afastar o tema em questão dos debates normativos usuais neste campo de investigação⁵, procurando estudar empiricamente as origens e conseqüências das “revoluções constitucionais”, isto é, da consolidação histórica do novo constitucionalismo (*new constitutionalism*) em diferentes sociedades. A hipótese explicativa desenvolvida pelo autor consiste na tese da preservação hegemônica (*hegemonic preservation thesis*). Segundo Hirschl:

O poder judicial não cai do céu; ele é politicamente construído. Acredito que a constitucionalização dos direitos e o fortalecimento do controle de constitucionalidade das leis resultam de um pacto estratégico liderado por elites políticas hegemônicas continuamente ameaçadas, que buscam isolar suas preferências políticas contra mudanças em razão da política democrática, em associação com elites econômicas e jurídicas que possuem interesses compatíveis (HIRSCHL, 2004, p. 49).

Segundo Alec Stone Sweet, há um interesse institucional dos tribunais em “resolver conflitos legislativos sobre constitucionalidade, mantendo e reforçando, ao mesmo tempo, a legitimidade política da revisão constitucional para o futuro” (SWEET, 2000, p. 199-200). Neste sentido, a judicialização da política constitui, também, uma tendência de difusão das técnicas de argumentação e de adjudicação típicas do Direito Constitucional em outros poderes, ou seja:

O processo pelo qual os legisladores absorvem as normas de conduta da adjudicação constitucional, a gramática e o vocabulário do Direito Constitucional (...). Em uma política judicializada, o discurso legal é responsável pela mediação entre o debate partidário e as estruturas de exercício do poder legislativo. (SWEET, 2000, p. 203)

Outro ponto relevante é a distinção entre judicialização da política e ativismo judicial. Nessa análise, será utilizada uma definição normativamente inerte de “ativismo judicial”. A prática jurídica mostra que magistrados ativistas podem tanto adotar um posicionamento

⁵ O principal representante do debate em sua versão *normativa* é Ronald Dworkin, pois, segundo Hirschl, “nenhum dos seis livros de Dworkin sobre constitucionalismo cita qualquer estudo empírico sobre as origens e conseqüências da constitucionalização e da revisão judicial” (HIRSCHL, 2004, p. 03).

progressista quanto uma decisão conservadora. Ao mesmo tempo, não é possível afirmar, de antemão, que uma atitude ativista seja sempre a atitude correta ou incorreta diante de todos os casos jurídicos possíveis, especialmente em casos difíceis.⁶

Neste sentido, em uma primeira acepção, o ativismo judicial será medido pela frequência com que um determinado magistrado ou tribunal invalida as ações (normas e atos normativos) de outros poderes de Estado, especialmente do Poder Legislativo (SUNSTEIN, 2005, p. 41-44). Ou seja, com que frequência os tribunais “retiram a decisão das mãos dos eleitores” (SUNSTEIN, 2005, p. 43). Além disso, também será considerado ativista o magistrado ou tribunal que procura suprir omissões (reais ou aparentes) dos demais poderes⁷ com suas decisões, como, por exemplo, no tocante à definição ou concretização de políticas públicas ou regulamentação das regras do jogo democrático.

Há de ser reconhecida, no corpo dessa investigação, a relevância dos dois conceitos, judicialização da política e ativismo judicial, para a análise das recentes decisões do STF nos casos de maior repercussão social, como os que abordaram a pesquisa científica com células-tronco embrionárias, a proibição da comercialização do amianto e a importação de pneus usados.

Entretanto, esse percurso de diferenciação entre judicialização e ativismo judicial denota a necessidade de adensar mais determinados aspectos, pois parte do pressuposto de que o contraste entre as duas categorias privilegiadas nesse estudo se apresenta mais no plano externo. Assim, o artigo defende a tese de que a jurisdição constitucional no Brasil está no horizonte não tanto de uma judicialização, como tradicionalmente é conceituada, nem propriamente da visão americana clássica de ativismo judicial. A hipótese assumida na investigação reconhece, por parte dos integrantes do STF, sim um “ativismo”, mas de caráter jurisdicional. Isto é, um procedimento, construído a partir das mais relevantes decisões, objetivando, precipuamente, não a concretização de direitos, mas o alargamento de sua competência institucional.

Vale registrar que, na compreensão do fenômeno do ativismo, deve ser considerado o interesse dos Ministros na legitimação do próprio tribunal para a resolução – ativista e

⁶ Neste sentido, Marshall e Stephen Smith.

⁷ Essa definição é mais adequada, por exemplo, para a análise do caso da fidelidade partidária (MS nº 26602, 26603 e 26604 – STF), que será estudado adiante. Por outro lado, a definição imediatamente anterior revela-se mais adequada para a análise do caso da cláusula de barreira (ADIS 1351 e 1354), no qual o STF decidiu pela inconstitucionalidade de inúmeros dispositivos da Lei 9.906/95 (Lei dos Partidos Políticos).

criativa – de problemas e questões controvertidas no futuro.⁸ Tal procedimento pode ser vislumbrado, de modo claro, no voto do Ministro Gilmar Ferreira Mendes na ADI 1351-DF (p. 53):

(...) É possível antever que o Supremo Tribunal Federal acabe por se livrar do vetusto dogma do legislador negativo e se alie à mais progressiva linha jurisprudencial das decisões interpretativas com eficácia aditiva, já adotadas pelas principais Cortes Constitucionais européias. A assunção de uma atuação criativa pelo Tribunal poderá ser determinante para a solução de antigos problemas relacionados à inconstitucionalidade por omissão, que muitas vezes causam entraves para a efetivação de direitos e garantias fundamentais assegurados pelo texto constitucional.

3. A tipificação:

No debate norte-americano notam-se as dificuldades teórico-práticas para definir o ativismo judicial. Na maior parte das vezes, a categoria é reduzida de forma pragmática como “uma decisão que não se aprecia”. Coube, entretanto, a Marshall (2002), em seu artigo *Conservatives and the seven sins of judicial activism*, a responsabilidade de viabilizar a aplicação da concepção estudada nessa pesquisa e, notadamente, apontar um direcionamento “introspectivo” do ativismo. Dessa forma, esse estudioso elenca sete tipos-ideais de ativismo judicial, a saber:

1) ativismo contra-majoritário: marcado pela relutância em relação às decisões dos poderes diretamente eleitos.

2) ativismo não-originalista: caracterizado pelo não reconhecimento de qualquer originalismo na interpretação judicial, sendo as concepções mais estritas do texto legal e as considerações sobre intenção do legislador completamente abandonadas.

3) ativismo de precedentes: o qual consiste na rejeição aos precedentes anteriormente estabelecidos.

4) ativismo formal (ou jurisdicional): marcado pela resistência das cortes em aceitar os limites legalmente estabelecidos para sua atuação.

5) ativismo material (ou criativo): resultante da criação de novos direitos e teorias na doutrina constitucional.

⁸ O posicionamento do Ministro Gilmar Mendes em seu voto na ADI 1351 antecipa o ativismo judicial assumido pelo ministro em outros dois casos importantes, o do direito de greve dos servidores públicos (MI 670 e 708) e o da fidelidade partidária (MS nº 26602, 26603 e 26604).

6) ativismo remediador: marcado pelo uso do poder judicial para impor atuações positivas dos outros poderes governamentais ou controlá-las como etapa de um corretivo judicialmente imposto.

7) ativismo partisan: o qual consiste no uso do poder judicial para atingir objetivos específicos de um determinado partido ou segmento social.

Cabe ressaltar que, tal como nos tipos ideais weberianos, estas classificações não representam formas puras absolutamente correlatas à realidade, mas conceitos que possibilitam uma melhor compreensão do fenômeno do ativismo, constituindo ferramentas analíticas relevantes para o estudo das decisões judiciais.

4. Entrechoques da Judicialização da política e o ativismo judicial no Brasil:

Vencida essa etapa distintiva conceitualmente entre judicialização da política e ativismo judicial, merece pontuar a trajetória histórica brasileira a esse respeito. Assim, constata-se o fato de que, desde o primeiro período republicano (1889-1930), sempre foi marcada por uma certa demanda social de prestação jurisdicional. Contudo, estudiosos como José Murilo de Carvalho tem lembrado, de uma forma constante, para uma perspectiva de uma “cidadania concedida” no qual o Estado brasileiro anteciparia a concessão de direitos. Em relação a essa afirmativa, não se pode desconhecer que, no momento histórico citado anteriormente, exemplifica, na verdade, para o entendimento dessa noção de cidadania não deixou de estar acompanhada de judicialização da política. Resgate-se que, no início dos primeiros anos do século XX, o Supremo Tribunal Federal atuou na teoria do alargamento de hábeas corpus, articulando, assim, com as demandas da sociedade pela proteção de seus direitos.

Não há dúvida nenhuma, ser de responsabilidade do sistema constitucional de 1988 ao reconhecer um conjunto amplo de direitos fundamentais e fortalecido instituições como o do Poder Judiciário e o Ministério Público abriu caminho para uma forte judicialização da política. A última década do século passado será marcada, por exemplo, com a presença marcante da Justiça Federal de primeira instância em questões como a de planos econômicos e de Reforma do Estado. Paralelamente, o Supremo Tribunal Federal começa a ocupar o seu espaço institucional desenhado pela Constituição Federal de 1988 ao decidir em questões envolvendo aspectos de efetivação de princípios constitucionais.

Para compreender o significado do ativismo judicial, não pode ser esquecido, ainda, o marco da mudança da composição do STF no início do primeiro mandato de Luis Lula da

Silva (2003-2006) com a nomeação de novos integrantes para essa corte. Soma-se a esse fator as conseqüências já advindas da Lei nº 9868/99 fortalecendo a jurisdição constitucional e a Emenda nº 45/04 (Reforma Judiciária). A Reforma do Judiciário é um instrumento decisivo para o fortalecimento institucional do Supremo Tribunal Federal.

A resultante dessa lógica é um crescente protagonismo do Supremo Tribunal Federal recorrendo a tipificação de Marshall de um “ativismo formal” ou “ativismo jurisdicional”. Independentemente de uma judicialização da política, a Corte Suprema brasileira atua de modo alargar, de forma crescente, as suas competências institucionais. Tal processo significa uma centralização de poder em detrimento das demais instâncias do Poder Judiciário. Resulta essa dinâmica institucional, por exemplo, que, no universo do STF, se presencia esse “ativismo jurisdicional” conflituando com a judicialização política na primeira instância (notadamente na Justiça Federal).

Firmadas essas distinções no tocante a judicialização da política e ao ativismo judicial, tendo como base suas formas de atuação, em especial, na sociedade brasileira, é importante visualizar como a teoria processual instrumentaliza essa forma da presença da Poder Judiciário.

5. A teoria processual e a judicialização da política e o ativismo judicial:

A trajetória da materialização do direito ao longo desses setenta anos, marcados pelo maior protagonismo do Poder Judiciário, não poderia ser infensa a uma fundamentação mais interventiva e valorativa da teoria processual. Lembra Elio Fazzalari (1996), conforme quadro abaixo, que a inversão ocorrida no contexto do Estado de Bem-Estar Social, com a maior presença do direito e de demandas sociais, promove uma mudança radical no espaço institucional da teoria do processo. Dessa forma, o procedimento deixa de ter o mero caráter de conjunto de atos do processo e passa, em realidade, a assumir um outro contorno. Nesse sentido, hoje, segundo o processualista italiano, o procedimento é na verdade um gênero, compreendido a partir de certa perspectiva do seu sentido discursivo. Os procedimentos nas suas modalidades administrativa, legislativa e judicial objetivam, por meio de um contraditório, assegurar uma dinâmica democrática. Entretanto, Luiz Guilherme Marinoni (2008) adverte que a visão meramente discursiva de Fazzalari não seria capaz de assegurar o seu objetivo maior: a estruturação da democracia. Dessa forma, o processualista brasileiro defende uma teoria do processo lastreada tanto nesta perspectiva discursiva, quanto em uma dinâmica que assegure Direitos Fundamentais.

Insta verificar, ante as mudanças operadas no âmbito do Estado de Bem Estar Social, como se materializam os processos da judicialização da política e do ativismo social. Não devem ser desconhecidas, por outro lado, as conseqüências institucionais do protagonismo do Supremo Tribunal Federal, manifestadas a partir de novas formas de desenho institucional (GOODIN, 1996). Dessa forma, ao prosseguir a reflexão a respeito dessa temática da especificidade do ativismo na sociedade brasileira, cabe pontuar certas questões. Em certo modelo social de pluralismo e fragmentação social, como atua esse ativismo jurisdicional da Corte Maior e de outras instâncias do Poder Judiciário? Quais seriam os seus desempenhos institucionais?

Quadro: A trajetória da teoria do processo e sua contextualização político- institucional

	Liberal – Séc.XIX	Bem Estar Social Pós-45	Risco – Final do Séc.XX
Participantes	Individualismo	Interesse coletivo difuso	Pluralismo
Processo- Procedimento	Processo- Procedimento	Processo- Procedimento	Procedimento Argumentativo (Fazallari) Direitos Fundamentais – Processo (Marinoni)
Natureza da Teoria Processual	Autor-Réu Versão Clássica	Efetividade	Abertura para a sociedade

6. A judicialização da política e o ativismo judicial na agenda dos Direitos Fundamentais:

O desenvolvimento desse estudo demonstrou como no final do século XX, em meio a aplicação do texto constitucional de 1988, o Supremo Tribunal Federal tem atuado a partir de certo ativismo jurisdicional predominantemente formal, em contraposição a um diverso ativismo mais material, notadamente, na primeira instância da Justiça Federal, Não há dúvida, também, como o modelo mais presente, discursivo (FAZZALARI, 1996) e valorativo (MARINONI, 2008), reforçou esse desenho institucional da Corte Suprema (GOODIN, 1996), muitas vezes diverso do preconizado pela Constituição Federal de 1988.

Entretanto, nesses dois últimos anos, a agenda em destaque do Supremo Tribunal Federal foi marcada por uma maior preocupação com Direitos Fundamentais e garantias constitucionais. Agenda esta que se aproxima de pontos defendidos pela teoria do garantismo, de Luigi Ferrajoli (2002). Nesse transcurso dos vinte anos de vigência da Constituição Federal de 1988, nos quais as decisões da Jurisdição constitucional brasileira apresentam um formato institucional diferenciado para o Estado, merece uma reflexão se essa demanda por proteção constitucional de direitos individuais acarretaria uma mudança do já delineado perfil de ativismo jurisdicional. Deve-se explicitar os efeitos desse quadro de garantismo para a atuação presente do Supremo Tribunal Federal.

Para encontrar uma resposta essa indagação, a título de uma mais detida análise futura, far-se-á um estudo do denominado caso das algemas (HC 56.465-6) por parte da Corte maior e do voto relator num determinado recurso criminal da lavra do Desembargador Amilton Bueno no Tribunal do Estado do Rio Grande do Sul.

O denominado caso das algemas tem como matriz o HC 56.465-6 exarado pelo Ministro relator Cordeiro Guerra de trinta e um ano atrás. O citado voto relator, que não traz consistente fundamentação e se revela bastante sintético, conclui às fls. 418 da seguinte forma: "compete ao Juiz instrutor a disciplina das audiências e a condução dos trabalhos, de modo a preservar o respeito à justiça e a garantia da ordem". A ênfase na noção de ordem refere à época do voto, prolatado em 05 de setembro de 1978 própria ao contexto do regime autoritário de 1964.. A decisão mencionada é reiterada, outra vez, como se depreende da relatoria do Ministro Francisco Rezek, no HC 71195-2. O uso das algemas não "constituiu constrangimento ilegal", sendo, portanto, uma medida necessária, pondera o Ministro Francisco Rezek.

Numa das turmas do STF, em julgamento mais recente, encontra-se o HC 98.429-1 relativa à prisão provisória do Presidente do Tribunal de Contas do Estado de Rondônia, de 26 de agosto de 2006. A Ministra Carmen Lúcia fundamenta a sua relatoria na dogmática jurídica e doutrina de Cesare Beccaria (1738-1794). A mencionada ministra do STF não justifica o seu voto relator, por exemplo, com um direcionamento mais na teoria dos Direitos Fundamentais. Mesmo sem um maior horizonte doutrinário, a Ministra Carmen Lucia pronuncia-se no sentido de romper com os dois referidos precedentes favoráveis ao uso das algemas.

O julgamento do caso das algemas (HC 56.465-6) em 2008 ratificou a tendência jurisprudencial expressa na relatoria da Ministra Carmen Lúcia ao considerar, assim, como exceção, não regra, a utilização das algemas. Vale sublinhar, diante desse quadro dessa decisão que, na verdade, adensou essa modalidade de "ativismo de precedente" (Marshall,

2002) por parte do Supremo Tribunal Federal, ao romper com os precedentes da responsabilidade dos Ministros Cordeiro Guerra e Francisco Rezek. No gráfico abaixo, dentro desse alinhamento da Corte Maior de protagonismo, essa tipificação de “ativismo de precedente” foi denominado de formal em razão da pouca densidade teórica a favor dos Direitos Fundamentais por parte das decisões mais recentes do uso das algemas quer pela relatoria da Ministra Carmen Lucia (2006) ou quer no HC 56.465-6 do ano passado.

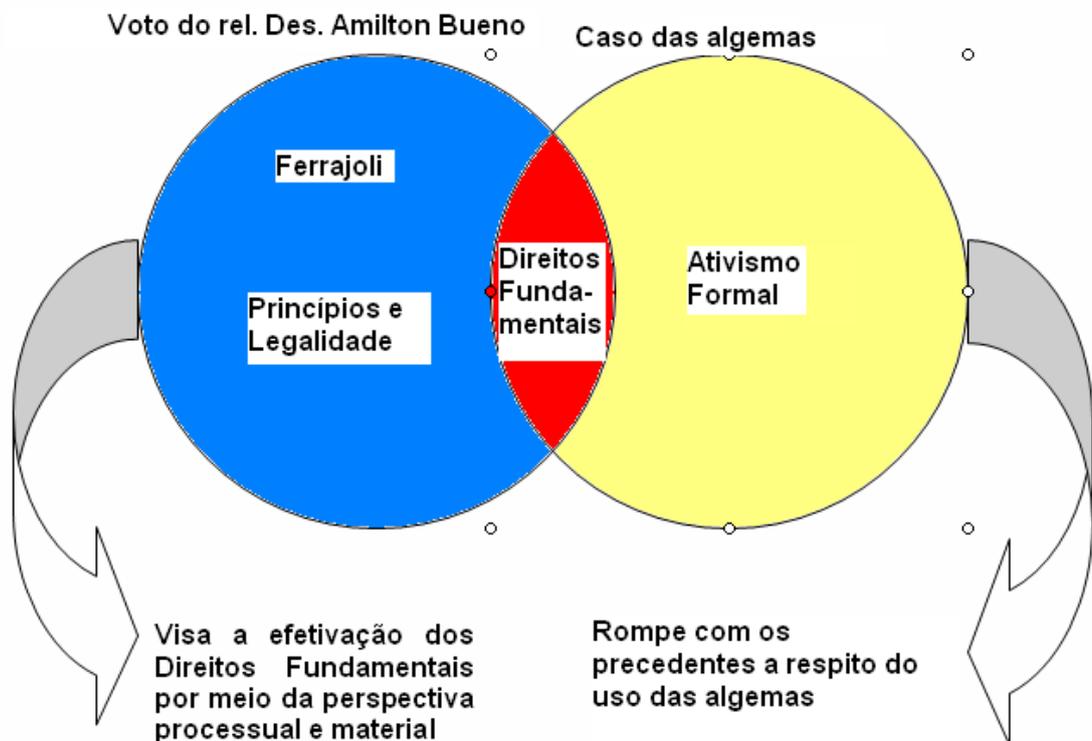
Não pode deixar de ser sublinhado o aspecto de que, mesmo com o distanciamento dos votos de relatoria dos Ministros Cordeiro Guerra e, respectivamente, de Francisco Rezek, a fundamentação doutrinária das decisões recentes do uso das algemas continuou muito próxima das noções de “segurança” e “ordem” adotadas por esses antigos integrantes do STF.

Outro ponto merecedor de destaque refere-se que “o ativismo de precedentes” ou formal consolidado no HC 56.465-6 acabou por traduzir uma violação a regra constitucional, disciplinada pelo artigo 2º da Lei nº 11.417/06 (TAVARES, 2007) no sentido de que a aprovação de súmula vinculante, como de fato ocorreu no uso das algemas, por parte do Supremo Tribunal Federal resultará de decisões reiteradas. Indaga-se essa modalidade de “ativismo de precedentes” não se coloca contra esse conjunto normativo mencionado?

A compreensão mais nítida dessa postura do Supremo Tribunal Federal com interfaces entre “ativismo de precedentes” ou formal pode ser mais visualizada, conforme gráfico abaixo, com uma decisão exarada numa Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul no primeiro semestre de 2009. Assim, o garantismo fundamentado na teoria de Luigi Ferrajoli expresso no voto do Desembargador Amilton Bueno, no HC 70029175668, está articulado, também, a uma forma de ativismo, possivelmente, de caráter “partisan” como é classificada na tipificação de W. Marshall. Com essa linha de raciocínio, é posta a questão se o garantismo no Brasil só é viável com essas referidas formas de ativismos. Ou que o caso das algemas em vez de assegurar um garantismo, sem um denso lastro doutrinário, por exemplo, no pensamento de Ferrajoli, está na verdade numa perspectiva mais formal, ao romper com os precedentes, como já foi referido anteriormente, mas sem uma real preocupação com os Direitos Fundamentais?

Na análise do gráfico abaixo, em termos de síntese, traça um comparativo da relatoria do Desembargador Amilton Bueno mais próxima ao quadro de reflexão de Luigi de Ferrajoli que, de forma pontual, aponta para um paradoxo. Isto é, ao assegurar a prevalência do Estado de Direito acaba por preconizar na sua decisão um ativismo judicial, afastando a efetivação de normas jurídicas. Quanto na outra parte do quadro, o Supremo

Tribunal Federal em termos de direitos fundamentais, na verdade, também atua tendo como referência uma instrumentalização do ativismo de ruptura com os precedentes reguladores do uso das algemas. A presença é mais “formal”, “prática” sem estar voltada a um adequado garantismo. O gráfico abaixo reproduz, dessa forma, de modo comparativo, os dois tipos de ativismo contidos no voto de relatoria do Desembargador Amilton Bueno e na decisão do caso das algemas (HC 56.465-6). Cabe ressaltar, ainda, que no referido julgamento do Supremo Tribunal Federal há uma interseção com certo discurso de Direitos Fundamentais, para justificar, como no caso examinado, a ruptura com os precedentes anteriores. São essas variáveis que se denotam do gráfico a seguir:



6. Conclusão:

Definidos os vetores de judicialização da política e sua distinção em referência do ativismo judicial, a reflexão desenvolvida pontua para a especificidade do caso brasileiro. Neste, encontra-se um verso de ativismo de natureza formal ou jurisdicional (Marshall) por parte do STF e um reverso devido as fortes demandas sociais na primeira instância por parte da Justiça Federal. Esse contexto político-institucional ficou mais fortemente estampado quando se examinou a interface entre o ativismo e a agenda recente de Direitos e garantias constitucionais no Brasil.

Nesse quadro de conflito e de questionamento de legitimidade da Corte Suprema, ao longo desses vinte anos de vigência da Constituição Federal de 1988, é que há necessidade de um maior interesse para a busca de novos desenhos institucionais (GOODIN, 1996) para o Estado brasileiro. Esses desenhos institucionais passam no sentido de que se tente delinear um constitucionalismo cooperativo (ROSALIND DIXON, 2007), de modo a contrapor a esse ativismo jurisdicional mais voltado para aspectos formais por parte do Supremo Tribunal Federal com a maior participação do Poder Legislativo. É, nesse contexto de um outro desenho institucional, possivelmente mais próximo aos anseios do Constituinte de 1987/1988, que poder-se-á visualizar, por exemplo, uma consolidação do processo discursivo e de Direitos Fundamentais (MARINONI, 2008).

Referências bibliográficas

BECK, Ulrico. *La Sociedad del Risco Global*. Trad. Jesus Alborés Rey. Madrid: Siglo Veintiuno de España Editores, 2002.

CARVALHO, Ernani Rodrigues de. Em busca da judicialização da política no Brasil: apontamentos para uma nova abordagem. *Revista de Sociologia e Política*, Curitiba, 23, p. 115-126, nov. 2004.

CASTRO, Marcos Faro. O STF e a judicialização da política. *Revista Brasileira de Ciências Sociais*, São Paulo, v. 12, n. 34, p. 147-156, junho de 1997.

DIXON, Rosalind. "Creating dialogue about socioeconomic rights: Strong-form versus weak-form judicial review revisited". *Int J Constitutional Law* 2007 5: 391-418.

FAZZALARI, Elio *Istituzioni di Diritto Processuale*. 7 ed. Milano: Cedam, 1996.

FERRAJOLI, *Direito e Razão. Teoria do Garantismo Penal*. Trad. Ana Paula Zomer e outros. São Paulo: RT, 2002.

HIRSCHL, Ran. *Towards juristocracy: the origins and consequences of the new constitutionalism*. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 2004.

JELLINEK, Georg, *Reforma y Mutacion de la constitucion*. Trad. Christian Förster. Madrid. Centro de Estudios Constitucionales, 1991.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Teoria Geral do Processo*. 3 ed. São Paulo: RT, 2008.

MARSHALL, Willian. *Conservatism and the Seven Signs of Judicial Activism*. Publicado pela University of Colorado Law Review, 2002. Disponível em: <http://ssrn.com/abstract_id=330266>. Acesso em: 02 de outubro de 2008.

SUNSTEIN, Cass. *Radicals in robes: why extreme right-wing Courts are wrong for America*. New York: Basic Books, 2005.

SWEET, Alec Stone. *Governing with judges: constitutional politics in Europe*. New York: Oxford University Press, 2000.

TATE, C.; VALLINDER, T. *The Global Expansion of Judicial Power*. New York University Press: New York, 1997.

TAVARES, André Ramos. *Nova Lei da Súmula Vinculante Estudos e Comentários à Lei 11.417 de 19.12.2006*. São Paulo: Método, 2007.

VIANNA, Luiz Werneck. BURGOS, Marcelo Baumann. SALLES, Paula Martins. *Dezessete anos de judicialização da política*. Cadernos CEDES, Rio de Janeiro, n. 8, p. 01-71, Dez. 2008.

VIANNA, Luiz Werneck; CARVALHO, Maria Alice R. de; MELO, Manuel P. Cunha; BURGOS, Marcelo Baumann. *A judicialização da política e das relações sociais no Brasil*. Rio de Janeiro: Revan, 1999.

JUSTIÇA CIVIL, ACESSO À JUSTIÇA E GARANTIAS

Leonardo Greco¹

Resumo: Visa o presente artigo analisar criticamente os paradigmas da processualística hodierna através da abordagem de premissas teóricas para solução de pontos de estrangulamento da máquina da justiça. Neste contexto, tem este estudo como objeto a análise comparada dos sistemas jurídicos contemporâneos *civil law* e *common law*, bem como suas respectivas influências no modo de funcionamento e papel do Estado na tentativa de melhoria da qualidade da prestação jurisdicional, concomitantemente à contextualização política e social do Direito influenciando, sobremaneira, na elevação do grau de exigência em relação ao desempenho do Poder Judiciário na busca pela efetividade de seus serviços, escopo do acesso à justiça no âmbito das sociedades contemporâneas.

Palavras-chaves: Sistemas Jurídicos Contemporâneos – Acesso à Justiça – Efetividade do Processo.

Abstract: The present article intends to analyze the paradigms of the today procedural critically through the approach of theoretical premises for solution of strangled points from justice machine. In this context, this study has as object the compared analysis of the contemporary juridical systems Civil law and Common law, as well as their respective influences in the operation way and role of the State in the attempt to improve the quality of the jurisdictional installment as well as to the political and social context of the Right influencing, excessively, in the elevation of the required degree in compare to the acting of the Judiciary Department in the search for the effectiveness of their services, mark of the access to justice in the contemporary societies extent.

Keywords: Contemporary Juridical systems - Access to Justice – Proceeding Effectiveness

¹ Doutor em Direito pela USP, advogado militante e Professor Titular de Direito Processual Civil da Faculdade Nacional de Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro e da Universidade Gama Filho.

1. PARADIGMAS DA JUSTIÇA CIVIL CONTEMPORÂNEA

O estudo do Direito Processual Civil deve ser iniciado pela análise da necessária correlação existente entre as características fundamentais das instituições públicas que administram a justiça e do seu modo de funcionamento e o papel que o próprio Estado desempenha na sociedade contemporânea. A obra mais importante para a compreensão dessa correlação e para possibilitar a necessária contextualização política e social do saber jurídico, cujo estudo vamos começar, é o livro de Mirjan Damaska, *The faces of justice and state authority*

Damaska, um pesquisador da Universidade de Yale, nos Estados Unidos, mas de origem iugoslava, melhor dizendo, sérvia, que, tendo convivido com os sistemas jurídicos da Europa continental e americano, fez penetrantes observações comparativas entre as duas grandes espécies de ordenamentos jurídicos, adotados em geral nos diversos países do Ocidente, a saber, os ordenamentos do sistema da *civil law* e os do sistema da *common law*.

O sistema da *civil law* é o sistema da tradição romano-germânica, que é adotado nos países do continente europeu, especialmente na Itália, na França, na Alemanha, na Espanha e em Portugal, assim como em toda América Latina colonizada por portugueses e espanhóis. O sistema da *common law* é o sistema do direito inglês, norte-americano, canadense, australiano etc, implantado principalmente em países oriundos das antigas colônias britânicas.

1.1 DISTINÇÃO ENTRE OS SISTEMAS DA CIVIL LAW E DA COMMON LAW

A principal distinção entre os dois sistemas é a de que o sistema da *civil law* é de direito escrito, enquanto o da *common law* é de direito costumeiro, aplicado pela jurisprudência. É válido lembrar que, no Canadá, que teve tanto colonização francesa quanto inglesa, em algumas regiões, como Québec, é adotado o sistema da *civil law*, o que também acontece nos Estados Unidos com o Estado da Louisiana.

A obra de Mirjan Damaska² expõe as principais diferenças que esses dois paradigmas apresentam na organização da justiça civil e no processo das respectivas

² DAMASKA, Mirjan R., *The Faces of Justice and State Authority*, Yale University Press, 1986 (tradução italiana: *I volti della giustizia e del potere*, Il Mulino, Bologna, 1991, com prefácio de Michele Taruffo).



causas. Na verdade, assentam eles em concepções diferentes da própria justiça. No sistema continental europeu (*civil law*), a função do Judiciário, o papel da justiça, tem sido o de atuação do direito objetivo, isto é, a aplicação da vontade concreta da lei aos casos que lhe são submetidos. A jurisdição, que por ora caracterizamos apenas como a função dos juízes, é vista como instrumento da lei, mesmo por aqueles autores que procuram dar ênfase aos reflexos que essa atividade produz na esfera subjetiva dos cidadãos e dos particulares que a ela recorrem.

Na *civil law*, que é o nosso sistema jurídico, a jurisdição tem sido estruturada preponderantemente com a finalidade de atuação do direito objetivo e por isso a administração da justiça adota o que Damaska denominou de modelo hierárquico, centralizador. Nesse sistema, os juízes são considerados a *boca da lei*, expressão usada por Montesquieu para justificar a idéia de que os poderes dos juízes decorrem da lei e à lei devem estar sempre subordinados. É imperioso que os juízes inferiores estejam rigidamente controlados pelos tribunais superiores para que se mantenham fiéis a essa missão de serem o instrumento de cumprimento da lei.

Já no modelo de administração da justiça dos países da *common law*, a função da justiça é, de modo preponderante, a de pacificação dos litigantes. A paz social na *civil law* é um objetivo remoto. Já na *common law*, a paz entre os litigantes, a rearmonização, a reconciliação é o seu objetivo direto, imediato. Na *common law*, pouco importa se a pacificação dos litigantes vai dar-se à luz da lei ou de outro critério qualquer que seja mais adequado ao caso concreto. O importante é harmonizar os litigantes. Isso porque a justiça da *common law* tem um profundo enraizamento na vida da comunidade e tem por função primordial preservar a coesão e a solidariedade entre os seus membros, interdependentes entre si.

Enquanto a justiça da *civil law* tem sido a justiça do rei, do soberano, do Estado, a justiça da *common law* é a justiça *paritária*, da comunidade. Daí resultam algumas características típicas da *civil law* que influenciam, como veremos, toda a nossa Teoria Geral do Processo, na medida em que a sua edificação se deu quase inteiramente pela doutrina dos países que adotam o sistema do direito escrito.

Cabe observar desde logo que a crise decorrente da crescente perda de credibilidade ou de confiança da sociedade na sua justiça e nos seus juízes, o que poderíamos também chamar de crise de legitimidade do poder jurisdicional, decorrente da elevação da consciência jurídica da população e do seu grau de exigência em relação ao desempenho do Judiciário, está levando a que a doutrina e os ordenamentos jurídicos dos países da *civil law* voltem os olhos para os da *common law*, procurando lá encontrar

soluções para problemas comuns através de institutos que não existem na *civil law*. O mesmo acontece, por sua vez, nos países da *common law*, que, para solucionar problemas não resolvidos através das suas técnicas, vêm também em alguns casos buscar soluções no nosso sistema.

Quando se fala da Teoria Geral do Processo como uma teoria que assenta e estrutura os princípios básicos de uma ciência ou de um ramo de uma ciência, temos de ter consciência de que essa teoria, entre nós difundida, é a do sistema jurídico romano-germânico, que está crescentemente em busca da efetividade do processo e, portanto, de soluções para os pontos de estrangulamento da máquina da justiça e para o déficit garantístico do processo, no sentido de insuficiência das suas técnicas para assegurar o respeito à dignidade humana de todos os seus atores e a qualidade e confiabilidade das suas decisões. Na busca dessas soluções, muitas vezes teremos de recorrer a institutos de outro modelo de justiça, de outro paradigma.

Assim, por exemplo, no Brasil, a criação dos juizados de pequenas causas – hoje com o infeliz nome de juizados especiais, porque especial é o que não é comum, geral, e, portanto, melhor seria que tivessem continuado a chamar-se juizados de pequenas causas – é proveniente do direito norte-americano, em busca de uma justiça mais pacificadora do que sentenciadora, o que evidencia esse intercâmbio de paradigmas.

Deficiências do sistema da *civil law* vão sendo resolvidas pela importação de mecanismos da *common law*. Assim, por exemplo, nos países da *civil law*, a defesa do interesse público, em juízo ou fora dele, incumbe ao próprio Estado e aos seus agentes, as autoridades, funcionários e procuradores das pessoas jurídicas de direito público, ou por particulares no exercício de funções delegadas do Poder Público. No entanto, no Brasil, como consequência da crise do Estado, que por múltiplas razões evidenciou a sua absoluta impotência, especialmente a partir da década de 70 do século passado, para prover à tutela do interesse público, foram criadas as ações coletivas, as ações civis públicas, originárias das *class actions* do direito norte-americano, nas quais uma associação ou um órgão público, no interesse geral da coletividade, provoca o Judiciário para que este adote as medidas que forem necessárias. A justiça civil passa a desempenhar, assim, pela via das ações coletivas, funções que tradicionalmente cabiam à Administração Pública e ao próprio Poder Legislativo, formulando juízos de conveniência e oportunidade destas ou daquelas providências, não mais sob a ótica do estrito cumprimento da vontade da lei, mas como porta-voz de uma vontade política, função para cujo exercício os juízes não tiveram qualquer espécie de formação, nem receberam qualquer mandato político.

Inversamente, em países do sistema da *common law*, como a Inglaterra, também as suas deficiências têm ido buscar soluções em técnicas adotadas em países da *civil law*. A reforma inglesa de 1998 abandonou as características do juiz inerte, da escolha de peritos pelas partes e da desvalorização das provas escritas, recorrendo ao modelo da *civil law*.(ANDREWS. 2008, p. 95-146.)

O moderno Direito Processual não está fechado para esse diálogo entre sistemas. Ao contrário, ele tem de estar aberto a essa troca. De qualquer modo, nossa doutrina toda foi concebida à luz do sistema continental europeu, do sistema hierárquico, do processo como instrumento do direito objetivo. As importações que se fazem de institutos da *common law* sempre entram no nosso sistema de uma forma um pouco extravagante, anômala e o sistema tem dificuldade de assimilar esses novos institutos ou até mesmo acaba por desvirtuar as suas finalidades ou características.

Concordando com Damaska, ao enumerar os traços mais marcantes do paradigma de justiça do modelo hierárquico (*civil law*), é importante ter em mente que esse modelo, embora não seja absoluto, é ligado à nossa civilização, à nossa cultura. Todavia, a globalizada sociedade do nosso tempo vai impondo a sua superação em alguns pontos em benefício do respeito aos valores humanitários constitucional e internacionalmente reconhecidos.

Esta abordagem da ciência jurídica e da Teoria Geral do Processo em função desses diferentes paradigmas é muito importante, para livrar-nos da falsa idéia de que o nosso modelo de justiça seja universal e de que as suas características tradicionais devam ser aceitas como absolutas e imutáveis. A própria idéia de direitos humanos é tipicamente ocidental. Embora os países do Extremo Oriente, como o Japão, por exemplo, tenham ratificado todos os tratados internacionais de direitos humanos, têm eles dificuldade em assimilá-los e respeitá-los como nós os concebemos. A ideologia dos direitos humanos foi imposta aos vencidos na Segunda Guerra, mas estes culturalmente têm dificuldade em incorporá-la ao seu modo de ser e de viver.

1.2 OUTRAS CARACTERÍSTICAS DOS DOIS MODELOS

Examinemos as características do modelo de justiça do sistema da *civil law* – modelo hierárquico, originário da tradição romano-germânica, que tem sido adotado pelos países do continente europeu e ibero-americanos – em comparação com os do sistema da *common law*, sem perder de vista que a evolução recente verificada de parte a parte vai tornando menos rígidas as suas diferenças e que características de um modelo são hoje também encontradas nos países do outro, com maior ou menor intensidade em um ou outro país

Nos países da *civil law* a jurisdição normalmente é exercida por juízes profissionais, escolhidos por critérios técnicos e que se tornam vitalícios para exercer a judicatura como atividade remunerada de caráter permanente. Diferentemente da *civil law*, na *common law* predominam juízes leigos ou juízes profissionais de investidura política.

No sistema da *civil law*, há uma tendência de especialização dos juízes, que julgam apenas determinadas matérias. Já na *common law*, não há tantas especializações.

Na *civil law*, o critério de decisão das causas é rigorosamente um critério de legalidade. Juízos discricionários do juiz são repudiados. As decisões judiciais são, em geral, consideradas atos vinculados, ou seja, atos cujos requisitos estão estabelecidos pela lei. Num espaço muito limitado e rigidamente previsto, a *civil law* admite atos discricionários ou juízos de equidade, a chamada *justiça do caso concreto*, como se vê nos artigos 126 e 127 do nosso Código de Processo Civil.

O juiz somente decidirá por equidade nos casos previstos em lei. A lei procura limitar juízos discricionários e eqüitativos. Então, quando a lei dos juizados especiais estabelece que o juiz pode decidir fora do critério de estrita legalidade (art. 6º da Lei 9.099/95), o que também se dá na chamada *jurisdição voluntária* (art. 1.109 do CPC), a doutrina tende a considerar que tais regras não possam ser levadas ao extremo de permitir que o juiz possa decidir fora ou contra a lei, mas que a lei lhe confere uma certa margem de escolha, que deve ser fundamentada, objetiva, a partir de certos critérios. Há uma resistência da *civil law* a juízos discricionários, ou seja, juízos fundados na conveniência e oportunidade e na equidade. Estes são sempre excepcionais e muito controlados.

A administração da justiça por equidade ou discricionariamente é excepcional. Um dos casos típicos de julgamento por equidade é o arbitramento de alimentos. A lei diz que o juiz decidirá sobre o provimento de alimentos de acordo com a necessidade do alimentando e a capacidade do alimentante (art. 1.694, § 1º, do Código Civil), ou seja, por equidade, de acordo com as exigências do caso concreto.

Quando se importa um instituto de um outro paradigma, de um outro modelo, essa importação pode dar-se de dois modos: ou se importam todas as características daquele paradigma ou se adapta aquele instituto ao seu próprio paradigma.

No caso dos juizados especiais, em que a Constituição (art. 98) prevê a sua composição por juízes togados ou togados e leigos, se o julgador é popular, ou seja, um juiz leigo escolhido pela comunidade, é natural que ele se preocupe mais em seguir os ditames da sua consciência e os sentimentos dessa comunidade do que em atuar como um cego instrumento da lei. Mas, se se trata de um juiz profissional, como na *civil law*, autorizá-lo a decidir fora da lei seria permitir julgamentos arbitrários. No Brasil, essa faculdade de

juízo por equidade sofre grande resistência em razão do nosso paradigma de justiça profissional, instrumento de revelação do direito objetivo. A própria Constituição Federal permitiu, entretanto, a ruptura desse paradigma, através da inclusão nos juizados especiais de juízes leigos, mas o corporativismo judiciário a rejeitou, impedindo, de um modo geral, a adoção de um sistema composto por verdadeiros juízes leigos, e em alguns Estados, como o Rio de Janeiro, criando falsos juízes leigos, que destes somente conservam o nome, porque na verdade são aprendizes de juízes profissionais, oriundos da escola da magistratura.

Na *civil law* há repetição de decisões. Casos idênticos acabam sendo decididos da mesma forma. Cria-se jurisprudência e, toda vez que há divergência entre a opinião dos juízes, ela é resolvida hierarquicamente, nos tribunais superiores, e assim o assunto é uniformizado.

Damaska diz que a jurisprudência tem mais força na *civil law* do que na *common law*. É fácil verificar esse entendimento pela importância que apresentam os recursos na *civil law*, tanto com relação à sua amplitude, quanto à quantidade.

As decisões judiciais no modelo da *civil law* têm uma tendência à manutenção da ordem jurídica e à uniformização das decisões através de um sistema de recursos bastante amplo. O principal recurso é a apelação, que permite que o tribunal de segundo grau, tribunal ou juízo *ad quem*, julgue novamente a causa como se fosse um juiz de primeiro grau, *a quo*, justamente para que este esteja sempre controlado por aquele. Por isso, Damaska o chama de modelo hierárquico, já que pouca é a liberdade do juiz de primeiro grau, porque aquilo que ele decide pode ser totalmente revisto.

Ainda sobre os recursos, na *civil law*, há o repúdio a recursos para o próprio juiz, enquanto na *common law* é comum o pedido de revisão para o próprio juiz ou para o próprio órgão que proferiu a decisão. Na *common law*, o juiz de primeiro grau tem muito mais poder do que os tribunais superiores, porque estes exercem uma supervisão muito distante e excepcional sobre a justiça ministrada pelos juízes do primeiro grau. A justiça de primeiro grau é considerada mais próxima dos cidadãos, como justiça da comunidade.

Uma das conseqüências dessa diferença de paradigmas é a de que os tribunais superiores no Brasil julgam um número infinitamente maior de recursos do que nos Estados Unidos e, de um modo geral, em países da *common law*. A Corte Suprema americana seleciona para decidir apenas algumas questões jurídicas (em torno de cem por ano) que entende mais relevantes e que estão a exigir um pronunciamento marcante como diretriz que deverá influir na evolução da ordem jurídica nacional. Não se preocupa em rever se as decisões dos juízes inferiores são justas ou não, porque, se estes órgãos são

representativos da comunidade, as suas decisões, de um modo geral, devem ser consideradas justas. O fundamental não é saber se a lei foi aplicada ou não, mas se o litígio foi resolvido com equidade, se as partes se rearmonizaram. Esse é o espírito predominante na justiça da *common law*.

Ao importarmos o arbítrio, o poder discricionário que tem a Corte Suprema dos Estados Unidos na escolha dos casos que vai julgar, o que fizemos recentemente com a criação, pela Emenda Constitucional nº 45/2004 e pela Lei 11.418/2006, do requisito de repercussão geral para a admissibilidade do recurso extraordinário para o Supremo Tribunal Federal, talvez estejamos esquecendo que essa é uma característica paradigmática do sistema norte-americano, e, assim, estamos importando a solução de um modelo sem importarmos o próprio modelo.

A decisão de primeiro grau na *civil law* é sempre provisória e, por isso, há aproximadamente dois mil anos a apelação tem efeito suspensivo e a execução provisória da decisão de primeiro grau se dá por conta e risco do exequente, de acordo com o atual artigo 475-O, inciso I, do Código de Processo Civil, porque parece que o vencedor está se antecipando, atropelando a justiça quando ele quer executar uma decisão que ainda pode ser reformada pelos tribunais superiores, ao contrário do que acontece na *common law*, em que as decisões de primeiro grau normalmente são definitivas.

Hoje, entre nós, já verificamos uma ruptura desse modelo, porque já se percebeu que a fragilização da decisão de primeiro grau favorece a procrastinação e a utilização dos recursos como instrumento protelatório.

Verifica-se, também, a tendência de ampliar os recursos sem efeito suspensivo, fortalecendo a execução imediata de decisões recorríveis. Paralelamente, são criados outros mecanismos de aceleração da prestação jurisdicional, como a tutela antecipada, prevista no artigo 273 do Código de Processo Civil. Estes são alguns exemplos de rupturas do paradigma tradicional, ditadas pela necessidade de ir em busca da melhoria da efetividade do processo, embora a sobrevivência do nosso paradigma hierárquico oponha sempre resistência a tais tipos de solução.

No modelo hierárquico da *civil law*, há uma prevalência das provas escritas, da documentação escrita, enquanto na *common law* prevalecem as provas orais, não documentadas ou documentadas singelamente.

Na *common law*, muitas vezes os próprios documentos devem ser ratificados pelos depoentes na audiência final, de nada valendo as declarações prestadas em fases anteriores do processo. É uma justiça em que toda a cognição fática se dá oralmente na



frente do julgador e ali se conclui. Até a prova pericial normalmente é prestada através de depoimentos orais.

Na *civil law*, tudo é documentado, para que o tribunal de segundo grau possa ter a mesma amplitude de cognição que tinha o juiz de primeiro grau, o juízo *a quo*. Isso é uma ilusão, porque evidentemente o papel não registra tudo, mas é uma reprodução pálida do que ocorreu nos atos orais, e é esse o motivo pelo qual a *common law* não confia na capacidade do sistema da *civil law* de apurar a verdade dos fatos e considera o sistema probatório da *civil law* formalista e distante da realidade da vida.

Claro que há rupturas em ambos os paradigmas. Por exemplo: recentemente, a lei norte-americana veio a permitir perícias através de laudos escritos, mas as notícias que temos de como essa e outras inovações estão sendo aplicadas são no sentido de que sofrem grande resistência, porque a tradição é mais forte do que a lei.

Nós também criamos a perícia oral em 1992, importando regra de outro paradigma (art. 421, § 2º, do Código de Processo Civil), uma vez que o laudo escrito retarda e encarece o processo. Entretanto, o nosso modelo paradigmático resiste e os juízes não fazem uso dessa faculdade que a lei veio a conferir-lhes.

Daí resulta que o processo na *civil law* é fragmentado, composto de atos sucessivos que passam pelas mãos do juiz inúmeras vezes, desde o despacho da petição inicial até a sentença. Entre nós, os processos passam pelas mãos dos juízes quantas vezes quiserem as partes. Na Alemanha, por exemplo, onde o sistema é o da *civil law*, diz-se que o processo normalmente passa pelas mãos do juiz cerca de três vezes, porque esse país foi fortemente influenciado pelo sistema da *common law*. Já na Suécia e na Noruega, que têm um sistema misto, o processo é, em geral, decidido em poucas semanas.

Na *civil law*, os advogados são impedidos de colaborar intensamente em atos de movimentação e em atos probatórios. Na *common law*, prevalece a iniciativa do advogado e o juiz permanece quieto, inativo enquanto as partes discutem as questões da causa. O advogado é o grande ator do processo, produzindo provas em seu escritório, intimando a parte contrária para comparecer, fornecendo documentos ao adversário, colhendo depoimentos, embora depois todas as provas devam ser repetidas na presença do juiz ou do júri. Nos países da *civil law*, a colaboração dos advogados nem sempre é vista com bons olhos, ocorrendo muitas vezes para suprir a incapacidade da máquina judiciária de dar vazão a tantos processos.

Na *civil law*, os peritos são considerados auxiliares da justiça, enquanto na *common law* eram originariamente testemunhas das partes. Nesse aspecto, nenhum dos dois sistemas é ideal, porque, no primeiro, o perito corre o risco de transformar-se no verdadeiro

juiz, já que este o escolhe e nele confia cegamente. Dificilmente o juiz se posiciona contra o laudo do perito que escolheu. No segundo, em contrapartida, a parte somente apresenta o perito que sabe que vai depor a seu favor.

Na *civil law*, a defesa do interesse público é feita apenas pelos órgãos públicos, como se o Estado fosse o tutor exclusivo do interesse público, razão pela qual somente ele pode promovê-lo, através dos seus diversos agentes, como os seus procuradores, o Ministério Público ou o próprio juiz. Na *common law*, o sistema é mais aberto, porque a própria comunidade pode tomar a iniciativa da tutela do interesse público. Por isso, lá existem as ações de classe, *class actions*, movidas pelos particulares, assim como os *amici curiae*, pessoas desinteressadas que intervêm no processo somente para auxiliar, para que se obtenha uma boa decisão, transmitindo conhecimentos ou informações que podem ser úteis mesmo em processos privados. O Brasil importou de algum modo esse instituto, através da Lei 9.868/99, que regulamentou a ação declaratória de constitucionalidade e a ação direta de inconstitucionalidade, e mais recentemente, nas Leis 11.417 e 11.418/2006, respectivamente sobre a súmula vinculante e a repercussão geral como requisito de admissibilidade do recurso extraordinário para o Supremo Tribunal Federal.

Na *civil law*, há pouca possibilidade de atos de disposição das partes em relação ao processo. A suspensão do processo por convenção das partes é somente possível por seis meses (art. 265, § 3º, do CPC); o autor não pode mudar o pedido depois da citação, a não ser com a concordância do réu (art. 264 do CPC). Na *common law*, a disponibilidade é bem mais ampla.

Na *civil law*, há interesse público na validade do processo. Sendo a função jurisdicional típica de atuação da vontade da lei, da vontade do Estado, o juiz na *civil law* deve velar rigorosamente pela validade do processo e, portanto, tem o poder de decretar de ofício todas as chamadas nulidades absolutas (que são muitas). Na *common law*, isso não ocorre; o processo é encarado como uma relação preponderante de interesse privado dos litigantes.

Na *civil law*, o juiz é ativo, não é inerte, na busca da verdade, no suprimento das deficiências defensivas e probatórias das partes, no exercício de uma autêntica função assistencial. É também ativo na provocação de questões, especialmente quando se trata de questões de ordem pública. Busca-se, assim, a paridade de armas, superando os obstáculos econômicos, probatórios e postulatórios, com o intuito de dar efetividade à igualdade das partes em juízo.

Na *common law*, o juiz é inerte e, por isso, dizem eles, que o nosso sistema é inquisitório, autoritário e que o deles é mais democrático. Por outro lado, a inércia do juiz na

common law permite muitas manobras por parte dos advogados, especialmente em matéria penal, sofrendo a crítica de que, com frequência, a justiça é desvirtuada, transformando-se em um grande jogo.

Vê-se, pois, que os dois paradigmas têm qualidades e defeitos e que o processo ideal seria o que conseguisse conciliar as virtudes dos dois sistemas, minimizando os defeitos, o que as reformas processuais, nas últimas décadas, têm tentado realizar.

Entretanto, não é possível ignorar que o processo judicial é uma atividade prática, exercida repetitivamente todos os dias por pessoas, como juízes, advogados, promotores, serventuários, que, apesar da sua formação acadêmica, fazem parte de povos com costumes, tradições e experiências políticas e sociais muito diferentes. O processo é um fenômeno cultural, típico de cada povo e, até mesmo, de cada comunidade.

As reformas legais não conseguem transformá-lo da noite para o dia. Como leciona Oscar Chase, professor da Universidade de Nova Iorque:

Há uma interação contínua no processo entre a lei e a realidade. Uma influencia a outra e, por isso, a justiça ideal não será obra apenas dos legisladores, mas também e principalmente dos educadores e de todos os que possam contribuir para impregnar na consciência coletiva os valores humanitários sobre os quais a sociedade deve viver. (CHASE, 2005.)

1.3 ACESSO AO DIREITO E À JUSTIÇA

O acesso à justiça é apontado hodiernamente como uma das garantias fundamentais dos cidadãos no Estado Democrático de Direito. Na sua análise, é necessário ter consciência daquilo que o direito pode ou não fazer para assegurar a concretização dos valores e dos direitos fundamentais consagrados constitucionalmente.

Os manuais de Direito Processual em geral mostram uma perspectiva técnica do processo, valendo lembrar que o processo, como instrumento do acesso à justiça, é meio e não fim. Para tirar do processo o maior proveito possível nessa função, impõe-se a observação da realidade social e econômica do mundo atual, o que certamente permitirá ir em busca de mecanismos processuais mais eficazes do que aqueles que normalmente são apresentados pela doutrina tradicional. A justiça a todo momento se depara com essa realidade e as respostas que ela é capaz de dar geralmente ficam muito aquém das expectativas dos jurisdicionados, patenteadas no noticiário cotidiano dos órgãos de imprensa.

Mesmo adotando uma perspectiva exclusivamente processual, de qualquer modo transparece como indispensável a necessária associação da idéia de acesso à justiça à

idéia de acesso ao direito. Essa associação surgiu na Constituição Portuguesa de 1976, que, no seu artigo 20, estabeleceu que “a todos é assegurado o direito de acesso ao Direito e à Justiça”, o que significa que, antes de assegurar o acesso à proteção judiciária dos direitos fundamentais, o Estado deve dedicar-se diretamente à concretização da expectativa de gozo dos direitos dos cidadãos.

Assim, toda proteção judiciária através dos tribunais se equipara a um instrumento sancionatório, de segundo plano, acionável apenas quando ocorrer alguma lesão ou ameaça a um desses direitos.

1.3.1 PRESSUPOSTOS DO ACESSO AO DIREITO

O acesso ao direito, nas sociedades contemporâneas, depende de inúmeros pressupostos, vários deles extra-jurídicos. Assim, o ideal de realização do direito, como instrumento de convivência pacífica e harmoniosa de todos os cidadãos, depende de vários pressupostos que o Estado precisa prover. Daí a importância das eleições dos mandatários políticos, sem os quais de nada adianta ter uma boa Constituição Federal e até mesmo muitas boas leis.

Cumprе enumerar, neste passo, os principais pressupostos do acesso ao Direito.

1) O primeiro desses pressupostos é a educação básica, que forma os cidadãos, neles infundindo a consciência de seus direitos e também de seus deveres sociais, bem como os valores humanos fundamentais, que devem ser por todos respeitados na vida em sociedade. Aquele que não tem tal consciência, não pode ter acesso ao Direito. A educação básica corresponde ao ensino fundamental. Em um país onde milhões estão excluídos do acesso à educação, não cabe falar em cidadania, porque a ignorância os alija do conhecimento da sua própria dignidade humana e do acesso aos seus direitos. Não são capazes de exercê-los porque os desconhecem. A consciência de direitos exige também a de deveres, pois, se todos desrespeitam direitos alheios, ninguém tem direitos.

É uma ilusão pensar que o Judiciário garante a todos a eficácia de seus direitos, através do amplo acesso à justiça. No Brasil, o Estado investe muito pouco em educação. O próprio modelo constitucional adotado para o nosso sistema educacional é intrinsecamente equivocado, porque atribui a responsabilidade do ensino fundamental aos estados e municípios, quando essa responsabilidade deveria caber à União, que apenas faz as leis sobre esse nível de ensino e adota políticas de apoio às estruturas educacionais dos outros níveis de poder, sem ter o seu próprio sistema de ensino fundamental. A União Federal

cuida diretamente apenas das universidades, que são importantes, mas não são para todos e não formam cidadãos.

2) O segundo pressuposto extra-jurídico do acesso ao direito é o oferecimento a todos os cidadãos de condições mínimas de sobrevivência e de existência condignas, através do acesso ao trabalho produtivo, livremente escolhido e da percepção da correspondente remuneração capaz de prover ao sustento do trabalhador e de sua família.

O incapacitado para o trabalho, a criança, o idoso, o trabalhador eventualmente desempregado e aquele cuja remuneração não ofereça o mínimo para uma sobrevivência digna devem receber a proteção social do Estado e da própria coletividade. Num país com um número elevado de pessoas em situação de desproteção, deveriam existir programas institucionais de auxílios financeiros, como também amplos serviços de assistência social e políticas de mobilização da sociedade para ações de solidariedade.

Assim, não têm eficácia ou utilidade inúmeros direitos constitucionalmente assegurados para milhões de cidadãos que vivem na ignorância e na miséria, daí a importância social do trabalho. O cidadão desprovido dos meios de sobrevivência vive em condições selvagens, inúteis lhe são os direitos e não se sente vinculado a deveres, pois está sujeito à lei do mais forte.

A pobreza engendra inúmeras relações de dominação entre pessoas e grupos sociais: o mais pobre é forçado a se submeter àquele que pode lhe dar alguma coisa. As habitações subumanas das periferias das grandes cidades são verdadeiros quistos sociais, “terras sem lei”, controladas por xerifes ou quadrilhas de bandidos. Se o Estado não for capaz de dotar essas comunidades do acesso efetivo à educação, à saúde, à segurança, à paz pública e ao trabalho lícito, ele não estará lhes assegurando o acesso ao direito.

A população, brutalizada pela miséria e coagida pelo medo, não desfruta da eficácia concreta de seus direitos fundamentais. Uma política de urbanização das favelas, freqüentemente adotada, não deve apenas embelezar o lugar, mas servir como oportunidade para a implantação dos serviços públicos essenciais de que as comunidades necessitam.

3) Outro pressuposto do acesso ao direito é o fortalecimento dos grupos intermediários e do associativismo. Cappelletti, ao enumerar os desafios a que estão sujeitas as reformas processuais na sociedade contemporânea, dava grande relevo às novas exigências da “sociedade de massa”³. O cidadão não tem mais condições de defender-se individualmente das ameaças e lesões aos seus direitos, perpetradas por

³ Mauro Cappelletti, “Problemas de Reforma do Processo Civil nas Sociedades Contemporâneas”, in *Revista de Processo*, RT-SP, nº 65, ano 17, janeiro-março/92, págs. 127/143.

peças ou grupos que se encontram em posição de vantagem nas relações econômicas e sociais.

O indivíduo isolado é frágil. O sindicato tem de exercer esse papel de suporte ao mais fraco nas relações entre trabalhadores e empregadores, mas, hoje, as relações de dominação não são somente as do mundo do trabalho, pois se estendem a todas as áreas da atividade humana: relações entre o Estado e os cidadãos, relações de consumo, de vizinhança, internacionais etc.

Dificilmente o Estado tem condições de prover, pela legislação ou pela administração, à efetiva manutenção do equilíbrio nas relações jurídicas privadas. Esse equilíbrio necessário só se alcança pela articulação dos sujeitos que se encontram em posição de desvantagem em organizações e associações que, pela união de esforços, consigam compensar o desequilíbrio existente na sociedade e dar aos indivíduos integrantes de grupos mais frágeis a força necessária para se ombrearem aos seus adversários, e lutarem por seus direitos e interesses em igualdade de condições.

O Brasil possui um baixo índice de associativismo. Ahamos que o soberano, que hoje é o Estado, vai resolver todos os nossos problemas, mas o nosso soberano é frágil, e, muitas vezes, corrompido. Daí a importância da associação. Quem tem exercido esse papel de intervenção em relações jurídicas privadas e naquelas em que há um número elevado de pessoas que se encontram em condições de desvantagem é o Ministério Público, cuja atuação nesse campo tem caráter assistencial, que se justifica porque grande parte dos que necessitam de proteção não estão em condições sequer de se organizarem em associações, o que exige consciência de cidadania e educação.

Mas, essa intervenção do Ministério Público, que é importante para suprir a falta de espírito associativo, é um resquício do paternalismo estatal e com frequência se exerce para a defesa de interesses políticos e polêmicos, sem respeito ao princípio da subsidiariedade, que deve ditar a intervenção do Estado nas relações jurídicas privadas. Tão antidemocrático quanto privar o mais fraco do acesso ao direito é transformar o Ministério Público em juiz do bem e do mal.

É preciso ter consciência de que essa atuação do Ministério Público é necessária na sociedade carente em que vivemos, mas que ela pode se voltar até contra nós, pois transfere para o órgão do Ministério Público a responsabilidade de formular juízos políticos, de conveniência e oportunidade sobre questões que afetam diretamente o bem estar e a qualidade de vida das pessoas. O Ministério Público tem de ser atuante, mas, ao mesmo tempo, tem de ter consciência dos valores e interesses da comunidade e do caráter subsidiário e assistencial de sua atuação.

4) Também são pressupostos do acesso ao direito a responsabilidade do Estado, no cumprimento dos seus deveres para com os cidadãos, e a transparência do Estado no trato de questões que possam afetar a esfera de interesses dos cidadãos. A estes tem de ser assegurado o direito de influir nas decisões do Poder Público, através dos instrumentos de participação democrática.

Os constitucionalistas dizem que estamos numa democracia participativa, em que a Administração Pública tem de ser transparente, em que os interessados devem ter a capacidade de influir nas decisões estatais, o que ocorre muito pouco. O Estado continua fechado, sigiloso.

Mais importante ainda, no campo das relações Estado-cidadão, é o espontâneo e direto reconhecimento pelo Estado dos direitos dos cidadãos, a cujo respeito correspondam deveres, obrigações, serviços ou atividades do Estado e de seus agentes. O nosso Estado se acostumou a dizer “não” ao cidadão. Perdeu por completo a noção de que ele é o prestador de serviços à coletividade. Continua mantendo a relação autoritária de soberano a súdito, característica do absolutismo sepultado pela Revolução Francesa.

Hoje, a relação do Estado com os membros da sociedade é a relação Estado-cidadão, em que este tem direito de exigir daquele pleno respeito ao seu patrimônio jurídico. Se o próprio Estado perdeu a noção de que a sua função é a de prover ao bem comum da sociedade, do qual é ele servidor, e não cumpre os seus deveres para com os membros da sociedade, desrespeitando a todo momento os seus direitos, todo o tecido social se contamina e a ética do respeito aos direitos alheios em troca do recíproco respeito pelos outros aos seus é substituída pela prevalência da deslealdade e da esperteza, tanto em relação aos direitos dos concidadãos, mas também em relação aos do próprio Estado.

5) A visão deturpada do Estado e da sua responsabilidade distorceu também o papel da justiça, que deveria ser a guardiã das liberdades individuais e dos direitos dos cidadãos, e foi transformada em administradora da moratória do Estado e eficiente protetora do pagamento das dívidas públicas e do cumprimento de suas obrigações para com os cidadãos. Esse ritual kafkiano de inadimplência oficial é amplamente favorecido por inúmeros privilégios processuais que a lei e a Constituição Federal estabelecem em favor da Fazenda Pública.

Quando esses privilégios processuais não bastam para eternizar os processos, novas leis processuais são editadas no interesse do governo. Até 2001 o governo legislava, fazia leis processuais por medida provisória, e, com isso, mudava as regras do jogo processual de acordo com as suas conveniências. Hoje, ao governo, por força da Emenda

Constitucional 32, que alterou a disciplina constitucional das medidas provisórias, não é mais permitida a edição de medidas provisórias sobre matéria processual, mas, ainda assim, ele consegue aprovar no Congresso leis processuais que a ele beneficiam na Justiça.

A inadimplência estatal viciou a própria justiça e é grandemente favorecida pela impossibilidade de execução específica das condenações judiciais pecuniárias contra o Estado, em razão do regime dos precatórios, estabelecido no artigo 100 da Constituição Federal, geralmente descumprido pelas pessoas jurídicas de direito público, que não incluem, como manda a Constituição, as verbas no orçamento para o pagamento desses precatórios. Isso se agravou com a Emenda Constitucional nº. 30/2000, que permitiu o parcelamento desses pagamentos em dez anos.

Essas regras consagram, por via indireta, uma inaceitável imunidade do Estado ao cumprimento das condenações judiciais, porque verbas não são incluídas no orçamento, por ação ou omissão do Executivo ou do Legislativo. Ser credor do Estado não vale nada, pois ele não paga, a não ser fora da justiça, e muitas vezes com o emprego de expedientes escusos. No dia em que se acabar com essa imoral imunidade estatal, a corrupção cairá brutalmente.

6) O acesso ao direito também depende do oferecimento, pelo Estado, de aconselhamento jurídico aos pobres a respeito de seus direitos. A Constituição, em seu artigo 5º, se refere à assistência *jurídica* - e não apenas *judiciária* -, que é importante para todas as pessoas, porque hoje em dia até as pessoas menos favorecidas mantêm complexas relações jurídicas com instituições financeiras, fornecedoras de bens e serviços etc. O aconselhamento jurídico serve para ajudar essas pessoas a tomarem decisões. Assim sendo, o Estado deve assegurar esse direito ao pobre.

7) O último pressuposto do acesso ao direito é o acesso à justiça, no sentido de acesso a um tribunal imparcial, previamente instituído pela lei como competente para a solução de qualquer litígio a respeito de interesses que se afirmem juridicamente protegidos ou para a prática de qualquer ato que a lei subordine à aprovação, autorização ou homologação judicial. Se o cidadão tem consciência de seus direitos de cidadania, educação, trabalho, se o Estado lhe fornece todas as condições para livremente exercê-los, mas outro cidadão ou órgão do Estado impede ou dificulta esse exercício, cabe ao Poder Público pôr à disposição do cidadão lesado ou ameaçado a jurisdição necessária para assegurar o pleno acesso ao direito. A mesma faculdade deve ser conferida ao cidadão que se apresente como titular de um direito que está submetido à fiscalização judicial.

1.3.2 O ACESSO À JUSTIÇA

Os professores Mauro Cappelletti, da Universidade de Florença, e Bryant Garth, da Universidade de Stanford, coordenaram para as Nações Unidas, na década de 70 do século passado, um projeto de pesquisa para levantar as condições de acesso à justiça no mundo todo, o que resultou na publicação de vários relatórios nacionais e estudos. O principal deles tem justamente o título de “Acesso à justiça”⁴. Pequena parte dessa obra está traduzida para o português⁵.

Cappelletti diz que é preciso reconhecer que o acesso à justiça sofre hoje, para sua efetividade, três tipos de obstáculos: o econômico, o geográfico e o burocrático.

O econômico resulta do custo da justiça. As custas, os honorários advocatícios, além do risco de perder a causa e ter de pagar as custas antecipadas pela parte contrária, muitas vezes fazem com que o benefício econômico almejado através do processo seja inferior às despesas com este. Geralmente, os honorários da sucumbência, que o juiz fixa na condenação para pagar o advogado do vencedor, não cobrem os honorários contratuais. Os honorários periciais muitas vezes desestimulam a parte que teria que antecipar seu depósito, pois não sabe se vai ganhar a causa e reembolsá-lo.

Para cobrir esses gastos, os pobres dispõem da assistência gratuita, assegurada na Constituição (art. 5º, inc. LXXIV) e nas leis, que lhes conferem isenção de custas e o patrocínio gratuito por um advogado, que normalmente integra o serviço estatal da Defensoria Pública, também prevista na Constituição (art. 134).

A Defensoria Pública ainda não está bem estruturada em todo o país. Mas mesmo onde ela existe e é considerada eficiente, como na Justiça do Estado do Rio de Janeiro, a classe média fica excluída dos seus benefícios, tendo de arcar com despesas que pesam no seu orçamento, sem falar nas contribuições, que crescem às custas e que sustentam e beneficiam grupos como a caixa dos advogados, o instituto dos advogados, a associação dos magistrados etc., a meu ver, de flagrante inconstitucionalidade.

As barreiras geográficas são decorrentes da imensidão do território nacional e da impossibilidade de colocar pelo menos um juiz ao alcance de qualquer cidadão. Há muitos estados em que as partes têm de percorrer centenas de quilômetros para comparecerem à sede do juízo territorialmente competente, por meios de transporte precários e demorados.

⁴ Mauro Cappelletti (general editor), *Access to justice* (6 vols.), ed. Giuffrè, Milano/Sijthoff and Noordhoff, Alphenandenrijn, 1978.

⁵ Mauro Cappelletti e Bryant Garth, *Acesso à justiça*, trad. Ellen Gracie Northfleet, ed. Sérgio Antônio Fabris, Porto Alegre, 1988.

Na própria Justiça Federal é fato recente a criação de varas em municípios do interior. Justiça distante significa, em muitos casos, ausência da lei, porque violações de direitos são cometidas e é muito custoso e demorado acionar o aparelho judiciário.

Ademais, o juiz dificilmente tem condições de ir ao local dos fatos, que muitas vezes é um local por ele totalmente desconhecido, e de colher provas mais diretas em razão da distância. Somente a presença do Judiciário em todas as áreas habitadas no território nacional poderá assegurar o efetivo acesso à justiça a todos os cidadãos.

Têm sido feitas experiências de justiça itinerante, especialmente no âmbito dos Juizados Especiais. Na Amazônia, até de barco se deslocam esses órgãos julgadores. São iniciativas positivas que obrigam o juiz a reagir à inércia e ao espírito burocrático, indo ao encontro dos jurisdicionados e vivendo de perto a sua realidade e os seus problemas. Recentemente a Emenda Constitucional nº. 45/2004 (art. 125, § 7º) recomendou a ampliação dessa justiça itinerante.

Nas áreas em que não há população suficiente para que se justifique a presença permanente de juiz togado, deveria existir um juiz de paz ou outro tipo de órgão, com poder de julgar causas de menor complexidade e de conceder medidas provisórias urgentes. Entretanto, a Constituição (art. 98, inc. II) proíbe a outorga ao juiz de paz de qualquer poder decisório. Cappelletti mostra que foram os regimes autoritários que acabaram com essa justiça de leigos, dos juízes de paz, dos juízes da comunidade. Para as ditaduras, é mais fácil controlar os juízes togados, porque são juízes profissionais, do que os juízes leigos, que normalmente exercem a função em caráter altruístico. No entanto, as melhores justiças do mundo são aquelas que utilizam ao mesmo tempo juízes togados ou profissionais e juízes leigos. É o caso da justiça inglesa, que possui mais juízes leigos do que togados.

Essa presença permanente do juiz em todas as localidades também deveria ser assegurada pela residência obrigatória do juiz na comarca, determinada na Constituição (art. 93, inc. VII), mas não cumprida satisfatoriamente. Os magistrados resistem a morar nas comarcas pequenas sem condições satisfatórias de habitação e educação para os filhos, e, muitas vezes, nelas permanecem apenas alguns dias da semana e, nos restantes, a população fica abandonada. O juiz deve estar ao alcance da população a qualquer hora, regra imposta, inclusive, pela lei orgânica da Magistratura (art. 35, inc. IV, da Lei Complementar nº. 35/79).

Quanto aos obstáculos burocráticos, ninguém ignora o desaparecimento da máquina judiciária, decorrente da má remuneração e da falta de formação técnico-profissional dos serventuários, além da inadequação da estrutura judiciária para enfrentar a massa de demandas que lhe são submetidas. Despachos de expedientes, que deveriam ser

proferidos em dois dias, levam seis meses; a distribuição de recursos na secretaria de alguns tribunais chegou a demorar cinco anos antes da Emenda nº. 45/2004, que proibiu a retenção na distribuição; o Ministério Público muitas vezes retém autos para parecer durante meses; o mesmo ocorre com juízes para sentenças; petições protocoladas demoram três meses para serem juntadas aos autos do processo e assim por diante.

Assim, se o cidadão tem um problema e a justiça não o resolve através do direito, ele pode sentir-se impelido ou forçado a ir em busca da sua própria justiça, que se manifestará por meio da prevalência da vontade do mais forte. A justiça pelas próprias mãos é a negação do verdadeiro acesso à justiça. Mas o excesso de processos atualmente é apontado por muitos como o mais grave obstáculo a uma prestação jurisdicional rápida e eficiente.

Essas barreiras burocráticas tornaram vantajosa a posição de devedor, a litigância de má-fé, a inadimplência, a prática de atos procrastinatórios, especialmente pelas pessoas jurídicas de direito público, a produção de provas inúteis e a contestação de direitos incontestáveis, sobrecarregando a justiça e dificultando e retardando o acesso do cidadão ao pleno gozo individual de seus direitos.

Também é componente do acesso à justiça o direito do cidadão, em qualquer processo, se necessário, de entrevistar-se pessoalmente com o juiz, não apenas para ser ouvido sobre o que lhe for perguntado, mas para travar com o magistrado um diálogo humano. O processo escrito e o excesso de trabalho conduziram a um progressivo distanciamento entre o juiz e as partes, à criação de resistências e de dificuldades ao contato das partes com o julgador e de desvalorização da palavra oral, que é o meio de comunicação mais completo.

Por outro lado, não seria solução a simples multiplicação do número de juízes, pois a baixa qualidade do ensino fundamental e do ensino jurídico, assim como o alto custo decorrente do pagamento de salários elevados, criam uma impossibilidade material à sua implementação e tornam improvável por essa via a melhoria da qualidade da justiça.

1.3.3 CONTEÚDO DO ACESSO À JUSTIÇA

O acesso à justiça, como direito à tutela jurisdicional efetiva de todos os interesses dos particulares agasalhados pelo ordenamento jurídico, possui também alguns requisitos



essenciais. Um deles é o patrocínio por um advogado, como condição necessária para o exercício da chamada *defesa técnica*, componente do direito à mais ampla defesa, constitucionalmente assegurada (art. 5º, inc. LV).

Merece reflexão o papel do advogado no moderno processo judicial. Exercendo a referida defesa técnica, a presença do advogado tornou-se indispensável à administração da justiça, como reconhece o artigo 133 da Constituição.

Todavia, a sua contratação impõe ao cidadão um custo, nem sempre necessário e nem sempre recuperado. Na medida em que o processo se desformaliza e que se eleva a consciência jurídica do cidadão, certamente decairá a necessidade imperiosa da presença do advogado. Nos Juizados Especiais, nas causas até 20 salários mínimos, a sua presença já é facultativa. Em outras situações deve também ser avaliada a presença forçada do advogado. Ele tem de ser um custo necessário, ou então um custo dispensável. Mas, sem dúvida, nas causas em que a parte constitui um advogado, este deve gozar de absoluta competência e de total liberdade profissional, sem as quais a plenitude de defesa não será mais do que uma garantia de fachada.

O exercício profissional por pessoas incapacitadas é apontado, muitas vezes, como justificativa da concessão de poderes inquisitórios ao juiz, confrontada a triste realidade brasileira, em que muitos direitos legítimos são postos a perder pela incapacidade do advogado que, pela simples inscrição na Ordem dos Advogados do Brasil (OAB), está apto a atuar em qualquer causa, em qualquer tribunal.

Na defesa do pobre em juízo, fica clara a desvantagem do beneficiário de assistência judiciária gratuita, pela falta do vínculo de confiança entre ele e o seu advogado. O pobre deveria ter a mesma liberdade de escolha do seu advogado, como aquele que paga. A confiança no advogado permite a este um conhecimento mais perfeito das circunstâncias da causa, o que lhe possibilita articular de modo mais eficaz os instrumentos de defesa.

O pobre, defendido por um advogado dativo, está sempre em posição de inferioridade em relação ao adversário, no acesso à justiça. Portanto, o juiz deve exercer uma vigilância especial sobre os processos em que uma das partes é defendida por advogado dativo, para assegurar igualdade efetiva às partes, a chamada *paridade de armas*. Outra desvantagem que atinge o pobre é que os agentes que participam do processo – advogados privados, serventuários, peritos – são obrigados a servir sem qualquer remuneração. A lei brasileira deveria assegurar, de algum modo, a remuneração dos agentes dativos, ou os beneficiários da justiça gratuita estarão sempre em situação de inferioridade em relação aos seus adversários.

Outro requisito positivo do acesso à justiça é o contraditório participativo, como o direito de influir eficazmente na decisão através de um diálogo jurídico, com ampla oportunidade de oferecimento de alegações e de produção de provas, que sejam efetivamente consideradas pelo julgador.

Por outro lado, a justiça, como um instrumento de garantia da eficácia dos direitos dos cidadãos, somente cumprirá seu papel com decisões rápidas em prazo razoável.

E o acesso à justiça pressupõe juízes independentes e responsáveis, o que constitui um dos grandes desafios do nosso tempo. Somente eles podem exigir dos demais poderes do Estado o respeito aos direitos subjetivos dos cidadãos, assegurando a convivência de todos num verdadeiro Estado de Direito democrático. Eles não podem ser arbitrários ou corruptos, muito menos imunes a qualquer sanção, mas obedientes à lei e responsáveis civil, penal e disciplinarmente pelos abusos que cometerem.

São juízes com responsabilidade social, que não devem perder o entusiasmo em razão da rotina, que leva ao conformismo e à indiferença burocrática; que precisam avaliar permanentemente o desempenho do Judiciário e de si próprios, através de mecanismos apropriados; que precisam dedicar-se firmemente à revelação dos valores preponderantes na sociedade e atender prontamente aos cidadãos apesar dos obstáculos mencionados, por meio de tutelas diferenciadas e outros meios eficazes de composição de conflitos.

Não é também possível falar em acesso à justiça na vida democrática contemporânea sem mencionar o acesso à jurisdição constitucional, para que todos os direitos constitucionalmente assegurados encontrem em um tribunal constitucional a revelação do seu autêntico conteúdo e a garantia da sua plena eficácia.

Infelizmente, no Brasil, esse acesso, em caráter individual somente é facultado através de via recursal, tendo o interessado de percorrer todas as instâncias até chegar ao Supremo Tribunal Federal e, recentemente, através da Emenda Constitucional nº. 45/2004 e da Lei 11.418/2006, mesmo por essa via, apenas se a questão apresentar repercussão geral, reconhecida por esse mesmo Tribunal.

Por ora, compre referir que o seu conteúdo atual é implementado através das chamadas *garantias fundamentais do processo* ou do que vem sendo denominado de *processo justo*, que, conforme expus em outro trabalho, compreende todo o conjunto de princípios e direitos básicos de que deve desfrutar aquele que se dirige ao Poder Judiciário em busca da tutela dos seus direitos.

De acordo com a classificação proposta por Comoglio em obra coletiva recente⁶, essas garantias fundamentais podem ser *individuais* e *estruturais*, conforme se refiram à proteção dos direitos e interesses subjetivos de cada uma das partes nos casos concretos ou às condições prévias de que deve revestir-se a organização judiciária. Todavia, é impossível dizer que a observância das últimas não seja também pressuposto da tutela jurisdicional efetiva dos direitos e interesses de cada uma das partes nos casos concretos, embora num primeiro momento elas se destinem a definir o método de exercício da função jurisdicional no Estado Democrático de Direito.

Assim, as garantias individuais compreendem o *acesso à justiça em sentido estrito*, que constitui o direito de todas as pessoas naturais e jurídicas de dirigir-se ao Poder Judiciário e deste receber resposta sobre qualquer pretensão; a *imparcialidade do juiz*, como a equidistância deste em relação às partes e aos interesses a ele submetidos, examinando a postulação que lhe foi dirigida no intuito exclusivo de proteger o interesse de quem tiver razão, de acordo com a lei e as demais normas que disciplinem essa relação jurídica; a *ampla defesa*, como direito de apresentar todas as alegações, propor e produzir todas as provas que possam militar a favor do acolhimento da pretensão ou do não acolhimento da postulação do adversário; a *assistência jurídica aos pobres*, assegurando os direitos de agir e de defender-se perante qualquer jurisdição em igualdade de condições com quaisquer outros cidadãos; o *juiz natural*, entendido como o direito das partes ao julgamento de sua causa por um juiz abstratamente instituído como competente pela lei antes da ocorrência dos fatos originadores da demanda; a *inércia*, como interferência da jurisdição na vida privada e nas relações jurídicas das pessoas somente quando provocada por algum interessado; o *contraditório*, como a ampla possibilidade de influir eficazmente na formação das decisões que atingirão a esfera de interesses das partes; a *oralidade*, como direito ao diálogo humano e público com o juiz da causa; e, finalmente, a *coisa julgada*, como garantia da segurança jurídica e da tutela jurisdicional efetiva.

Por outro lado, têm-se compreendido como garantias estruturais a *impessoalidade da jurisdição*, impondo que esta seja exercida por juízes subordinados exclusivamente aos princípios e valores do Estado Democrático de Direito; a *permanência da jurisdição*, como o seu exercício por órgãos instituídos em caráter permanente e compostos por magistrados vitalícios ou temporários investidos na forma da lei; a *independência dos juízes*, como a absoluta independência em relação a qualquer outra autoridade pública, inclusive judiciária, e a qualquer tipo de pressão individual ou coletiva que possa comprometer a sua

⁶ Luigi Paolo Comoglio, Corrado Ferri e Michele Taruffo, *Lezioni sul processo civile - I. Il processo ordinario di cognizione*, 4ª ed., Il Mulino, Bologna, 2006.



impessoalidade; a *motivação das decisões*, como a justificação suficiente do seu conteúdo, evidenciando o respeito ao contraditório participativo através do exame e consideração de todas as alegações e provas pertinentes apresentadas pelas partes; a *inexistência de obstáculos ilegítimos*, impostos por interesses acessórios ou alheios ao exercício da jurisdição; a *efetividade qualitativa*, dando a quem tem direito tudo aquilo a que ele faz jus de acordo com o ordenamento jurídico; o *procedimento legal*, que deve ser *flexível* e *previsível*, objetivando assegurar a necessária paridade de tratamento de todos perante todos os órgãos jurisdicionais e regular de modo equilibrado o encadeamento lógico dos diversos atos a fim de garantir o respeito às regras mínimas de um processo justo; a *publicidade*, como o único instrumento eficaz de controle da exação dos juízes no cumprimento dos seus deveres e no respeito à dignidade humana e aos direitos das partes; o *prazo razoável*, impedindo que a demora no julgamento crie uma instabilidade na situação jurídica das partes, incompatível com a noção de segurança jurídica; o *duplo grau de jurisdição*, como direito a um segundo julgamento por órgão colegiado, composto por magistrados mais experientes; e, por fim, o *respeito à dignidade humana*, como o direito exigir do Estado o respeito aos seus direitos fundamentais.

Ficam assim delineadas as premissas teóricas do estudo do Direito Processual, em geral, e do Direito Processual Civil.



Referências Bibliográficas

ANDREWS, Neil. *The modern Civil Process - Judicial and Alternative Forms of Dispute Resolution in England*, ed. Mohr Siebeck, Tübingen, 2008.

CAPPELLETTI, Mauro e GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*, trad. Ellen Gracie Northfleet, ed. Sérgio Antônio Fabris, Porto Alegre, 1988.

CAPPELLETTI, Mauro (general editor), *Access to justice* (6 vols.), ed. Giuffrè, Milano/Sijthoff and Noordhoff, Alphenaaandenrijn, 1978.

CHASE, Oscar G., *Law, Culture and Ritual - disputing systems in cross-cultural context*, New York University Press, 2005.

COMOGLIO, Luigi Paolo. Corrado Ferri e Michele Taruffo, *Lezioni sul processo civile - I. Il processo ordinario di cognizione*, 4ª ed., Il Mulino, Bologna, 2006.

DAMASKA, Mirjan, R. Damaska, *The Faces of Justice and State Authority*, Yale University Press, 1986 (tradução italiana: *I volti della giustizia e del potere*, Il Mulino, Bologna, 1991, com prefácio de Michele Taruffo).

DIREITO FUNDAMENTAL À DURAÇÃO RAZOÁVEL DO PROCESSO

Luiz Guilherme Marinoni¹

Resumo: O presente artigo científico apresenta um estudo sobre o direito fundamental à duração razoável do processo, insculpido no inciso LXXVIII, do art. 5º, da Constituição Federal de 1988. Neste sentido, foi feita uma análise do aludido postulado constitucional, que traduz a obrigação de o Estado dar tempestividade à tutela jurisdicional, através de prestações dos poderes Executivo, Legislativo e Judiciário. Além disso, demonstra que o direito à duração razoável do processo não é sinônimo de celeridade processual, uma vez que compreende, além do direito à tutela jurisdicional tempestiva, direito ao prazo adequado para a prática de atos processuais e direito de não ter a esfera jurídica restringida por tempo desnecessário, denotando que a sua amplitude o faz incidir em todas as espécies de processo, judiciais ou não.

Palavras-chave: Direito Processual – Direitos Fundamentais – Duração razoável do processo

Abstract: The present scientific article presents a study on the fundamental right to the reasonable duration of the proceeding, present in the subsection LXXVIII, article 5, of the Federal Constitution. In this purpose, was made an analysis of the mentioned constitutional postulate that translates the obligation of the State to give timely to the jurisdictional protection, through installments of the Executive, Legislative and Judiciary departments. Besides, it demonstrates that the right to the reasonable duration of the proceeding is not synonymous of procedural velocity, once it comprehends, the right to the jurisdictional protection in time, also the right to the appropriate period for the practice of procedural actions and the right of not having the juridical range restricted by unnecessary time, denoting that it's enlarge happens in all of the proceeding species, judicial or not.

Keywords: Procedural Right - Fundamental Rights - Reasonable Duration of the Proceeding.

¹ Professor Titular de Direito Processual Civil da Universidade Federal do Paraná. Pós-Doutorado na Università degli Studi di Milano. Visiting Scholar na Columbia University School of Law. Email: guilherme@marinoni.adv.br ; Site: www.professormarinoni.com.br



1. Direito fundamental de ação e direito fundamental à duração razoável do processo e aos meios que garantam a celeridade da sua tramitação:

O direito de ação, na concepção clássica e ainda presente em grande parte da doutrina do processo, não é mais do que o direito à solução do litígio ou o direito a uma sentença sobre o mérito, seja ela de procedência ou de improcedência do pedido. Nesta dimensão, não há dúvida de que o direito de ação fica muito distante do direito à duração razoável do processo.

Porém, quando o direito de ação é compreendido como o direito às técnicas processuais idôneas à viabilidade da obtenção das tutelas prometidas pelo direito material², ele se aproxima do direito à duração razoável do processo. Isto porque quando se considera o direito à obtenção da tutela do direito material se toma em conta a sua “efetividade” que também reclama “tempestividade”. Ao se deixar de lado a concepção clássica de direito de ação, atribui-se a ele o significado de direito à tutela jurisdicional efetiva, inserindo-se no direito de ação o direito à tempestividade da prestação jurisdicional.

O inciso LXXVIII do art. 5º da Constituição Federal³, quando se refere ao direito à duração razoável do processo, expressa que este direito requer os meios que garantam a celeridade da sua tramitação. Assim, explicita-se que o direito à duração razoável exige prestações positivas do legislador, do administrador e do juiz.

Seria possível dizer que o conteúdo desta explicitação estaria embutido no próprio direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva (art. 5º, XXXV, CF) que, ao também garantir a tempestividade da tutela jurisdicional, obrigaria o legislador, o administrador e o juiz à prestação dos meios imprescindíveis à outorga de celeridade ao processo.

Não obstante, como a compreensão do direito de ação como direito à tutela jurisdicional efetiva (e tempestiva) constitui um processo de aprendizagem e de maturação, não há como deixar de ver a importância do inciso LXXVIII inserido no art. 5º pela Emenda Constitucional n. 45/2004.

² A ação atípica e abstrata apenas poderá constituir um direito capaz de dar efetividade ao direito material, deixando de ser uma mera proclamação retórica, quando permitir ao autor, durante o seu exercício, a utilização das técnicas processuais adequadas à situação concreta (Cf. Luiz Guilherme Marinoni, *Curso de Processo Civil - Teoria Geral do Processo*, v. 1, 3 ed. São Paulo, RT, 2008, p. 288).

³ Constituição da República Federativa do Brasil, Art. 5º, LXXVIII: “a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação”.

O direito à duração razoável é agora garantido por um postulado constitucional autônomo (inciso LXXVIII)⁴, tornando fora de dúvida o dever de o Estado dar tempestividade à tutela jurisdicional, mediante prestações do legislador, do administrador e do juiz.

De outra parte, é preciso atenção para a circunstância de que o inciso LXXVIII fala em duração razoável do processo e não em celeridade da tutela jurisdicional do direito. Ou melhor: a norma não garante apenas tutela jurisdicional tempestiva ao autor, mas também confere ao demandado e à sociedade o direito à duração razoável do processo.

O réu também tem direito à celeridade do processo, embora o seu interesse não tenha a mesma qualidade do interesse do autor. O direito do demandado à celeridade do processo não pode ser extraído do direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva ou ser visto como seu corolário. O direito do réu, mais do que exigir prestações positivas do Estado, tem a configuração de direito de defesa, constituindo uma garantia do cidadão contra o Estado, precisamente uma garantia de que não será submetido ao poder estatal - jurisdicional ou administrativo - por mais tempo que o necessário.

A sociedade, ou aqueles que não participam do processo como partes, igualmente tem o direito de ver os processos desenvolvidos em tempo razoável. Pense-se, nesta perspectiva, em primeiro lugar, nas ações voltadas à tutela da coisa pública (ação popular) e à tutela dos direitos transindividuais (ação coletiva ou ação civil pública), e depois nas ações de improbidade e nos processos penal e eleitoral.

2. Destinatários do direito fundamental à duração razoável:

2.1. O legislador (o dever de proteção normativa):

O legislador é obrigado a dar proteção normativa ao direito fundamental à duração razoável em três dimensões.

i) Deve editar normas com o fim de regular a prática dos atos processuais em prazo razoável. Assim, deve estabelecer prazos que realmente permitam a prática dos atos processuais (preparação da defesa, interposição de recurso, produção de provas etc),

⁴ A Constituição Federal de 1934 dispunha, em seu art. 113, 35, primeira parte, que “a lei assegurará o rápido andamento dos processos nas repartições públicas...”. Esta norma foi inserida no Capítulo dos “direitos e garantias individuais”, no título com a epígrafe “Declaração de Direitos”. Dirigida especialmente ao legislador (a lei assegurará), entendeu-se que a norma garantia o “rápido andamento” dos processos administrativos e jurisdicionais, compreendendo-se que o termo “repartições públicas” representava não só os órgãos administrativos, mas também as “repartições judiciais” (Cf. Samuel Miranda Arruda, *O direito fundamental à razoável duração do processo*, Brasília, Brasília Jurídica, 2006, p. 43).



inclusive considerando as dificuldades concretas das partes (prazo diferenciado para a Fazenda Pública)⁵ e fixar sanções preclusivas diante da não observância dos prazos.

O legislador deve ainda editar normas para viabilizar a distribuição do ônus do tempo processual conforme as circunstâncias do caso concreto, bem como reprimir, mediante previsão de sanções, a atuação protelatória das partes (art. 14, II, IV e V e art. 17, IV e VII, CPC).

A norma do art. 273, I, do CPC, relativa à tutela antecipatória contra o perigo de dano, é exemplo de regra que viabiliza a obtenção da tutela jurisdicional de forma tempestiva, constituindo proteção imprescindível ao direito fundamental à duração razoável.

Neste sentido, mais clara ainda é a recente norma do §6º do artigo 273, que tornou o pedido passível de fragmentação no curso do processo, ou a cisão da definição do mérito conforme o instante em que a matéria de fato não mais necessita de prova para ser elucidada. Tal norma não viabiliza a tempestividade da tutela jurisdicional em virtude de uma circunstância externa, como o perigo de dano, mas simplesmente regula a marcha processual, impondo a definição do mérito no momento em que parcela do litígio, para ser resolvido, não mais requer a atividade jurisdicional probatória. O processo é, para a parte do litígio que restou incontroversa, não apenas inútil, como incompatível com o direito à tutela jurisdicional tempestiva. Assim, embora a cisão da definição do mérito tenha se tornado possível apenas em 2002, não há dúvida de que ela é logicamente inseparável da noção de processo.⁶

O legislador tem o dever de dar ao juiz o poder de distribuir o ônus do tempo do processo. Isto, é claro, pressupõe que o tempo seja compreendido como ônus, o que sequer é intuído pela doutrina processual tradicional. O tempo é visto pela doutrina clássica como algo neutro ou cientificamente não importante para o processo. Certamente por isso foi jogado nas costas do autor, como se ele fosse o culpado pela demora inerente à cognição dos direitos. Acontece que o tempo é uma necessidade do juiz, que dele precisa para formar a sua convicção, assim como uma necessidade democrática advinda do direito de as partes

⁵ Neste sentido Mario Chiavario, *Processo e garanzie della persona*, v. 2, Milano, Giuffrè, 1982, p. 153.

⁶ O critério básico para determinar o instante adequado para a solução do conflito e para a tutela jurisdicional do direito é o do exaurimento do contraditório. Quando os fatos litigiosos foram debatidos pelas partes e não mais precisam ser elucidados por prova, surge o momento para a definição do litígio e para a tutela do direito. Neste caso se pode dizer que o pedido está “maduro” para definição. A duração é desrazoável quando o pedido se torna maduro para julgamento e a sua definição é adiada. Se o pedido, depois de maduro, não é desde logo definido, a demora passa a violentar o direito fundamental à duração razoável. Como o direito à duração razoável exige que o julgamento do mérito e a tutela do direito ocorram quando o pedido se torna maduro para definição e a maturação da demanda pode se dar em parte no curso do processo, não há como deixar de concluir que a estrutura técnica do processo civil, para responder ao direito fundamental à duração razoável e aos meios que garantam a celeridade da sua tramitação, deve necessariamente possuir uma técnica processual que permita a definição da parte incontroversa da demanda no curso do processo (Cf. Luiz Guilherme Marinoni, *Abuso de defesa e parte incontroversa da demanda*, São Paulo, RT, 2007, p. 46-47).

participarem adequadamente do processo.

Ora, se o Estado tem o monopólio da jurisdição, o tempo para a distribuição da justiça somente pode ser problema seu e, deste modo, deve ser distribuído entre as partes para que o princípio da isonomia não reste ferido. A norma que permite a tutela antecipatória em caso de abuso de direito de defesa (art. 273, II, CPC) constitui o fundamento para a distribuição do ônus do tempo do processo de acordo com a evidência do direito afirmado pelo autor e a fragilidade da defesa.⁷

Sem tais normas o processo civil seria inconstitucional, por não viabilizar a realização do direito fundamental à duração razoável do processo e não tratar as partes de forma isonômica.

Como está claro, incumbe ao legislador traçar os procedimentos e as técnicas processuais idôneas a dar duração razoável ao processo. Para tanto, o legislador deve desenhar procedimentos especiais para determinadas situações, técnicas voltadas à aceleração do procedimento comum e ainda instituir regras processuais capazes de permitir à parte construir o procedimento adequado ao caso concreto⁸. Neste sentido, a incidência do direito fundamental à duração razoável sobre o legislador está expressa na segunda parte (os meios que garantam a celeridade de sua tramitação) do inciso LXXVIII. Não obstante, não há como esquecer que duração razoável também significa duração idônea à prática dos atos processuais – e, assim, direito ao prazo adequado à preparação da defesa, por exemplo -, o que evidencia que não há apenas direito aos meios que garantam a

⁷ O tempo do processo deve se voltar contra a parte que tem necessidade da instrução da causa para demonstrar a sua alegação. Se é preciso distribuir o tempo do processo de acordo com a necessidade da instrução probatória, esta distribuição pode ser feita através da concepção de um procedimento especial ou de uma técnica que atue no interior do procedimento comum. O procedimento especial, contudo, parte do pressuposto de que existe uma situação específica que requer tratamento processual diferenciado. Entretanto, se todos concordam que o autor não pode pagar pelo tempo que serve ao réu, não há como supor que apenas algumas situações específicas podem exigir técnica que permita a distribuição do ônus do tempo do processo. Melhor explicando: a necessidade de distribuição do ônus do tempo processual não constitui situação especial, mas sim algo absolutamente comum a toda e qualquer situação de direito substancial, motivo pelo qual o procedimento comum deve ser dotado de técnica processual capaz de permitir a distribuição do tempo do processo (Cf. Luiz Guilherme Marinoni, *Abuso de defesa e parte incontroversa da demanda*, cit., p. 109 e ss).

⁸ Não há dúvida de que o direito de ação é da titularidade de quem recebe, *ou não*, uma sentença favorável. O direito de ação, nesse sentido, é totalmente abstrato em relação ao direito material. Mas esse grau de abstração não responde ao direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva, pois dele decorre o direito a uma ação que seja estruturada de forma tecnicamente capaz de permitir a tutela do direito material, isto é, o direito à ação adequada à tutela do direito material. O direito à ação adequada, embora independente de uma sentença favorável ou da efetiva realização do direito, requer que ao autor sejam conferidos os meios técnicos idôneos à obtenção da sentença favorável e da tutela do direito. Porém, o direito de ação, hoje, é muito mais do que o direito à ação adequada ao plano do direito material. O legislador não se limitou – nem poderia – a estabelecer técnicas processuais adequadas ao plano do direito material, mas instituiu cláusulas gerais, assim como técnicas processuais dotadas de conceitos indeterminados, *com o objetivo de dar ao cidadão o direito de construir a ação adequada ao caso concreto* (Cf. Luiz Guilherme Marinoni, *Curso de Processo Civil - Teoria Geral do Processo*, v. 1, 3 ed. cit., p. 294).



celeridade da tramitação do processo, mas também direito aos meios que garantam a adequada participação no processo.

ii) Ademais, tem o legislador o dever de dar às partes meios de controle das decisões judiciais que violem as normas processuais destinadas a dar proteção ao direito fundamental à duração razoável, assim como formas de controle das decisões que, sem atentar contra regras infraconstitucionais, neguem diretamente o direito fundamental à duração razoável.

Esta última hipótese pode ocorrer quando, não obstante a ausência de regra infraconstitucional, seja possível à parte demonstrar a omissão do legislador - não admitida pelo juiz de 1º grau de jurisdição - em proteger o direito fundamental, ou ainda seja possível à parte evidenciar que o ato comissivo do juiz, apesar de não contrariar regra processual alguma, viola o direito fundamental à duração razoável. Note-se que, no primeiro caso, há, além de omissão do legislador, omissão judicial, enquanto que, no segundo, existe ato comissivo do juiz.

Nestas situações há que se conferir às partes meios para o controle dos atos judiciais. Trata-se de meios que são internos ao processo, como o agravo de instrumento, ao qual se pode agregar, com efeito benéfico, o pedido de tutela antecipatória recursal, quando se pretende corrigir um ato omissivo, ou o pedido de efeito suspensivo quando se almeja afastar um ato comissivo do juiz de 1º grau.

iii) Por fim, como a violação do direito fundamental à duração razoável pode trazer danos patrimoniais e não-patrimoniais, o legislador tem o dever de instituir meios processuais capazes de permitir o exercício da pretensão à tutela ressarcitória contra o Estado. Neste caso, torna-se importante estabelecer a competência para o julgamento da demanda ressarcitória. Não há racionalidade em dar a um juízo ou tribunal que apreciou a demanda em que ocorreu a violação do direito fundamental à duração razoável, ou que, ordinariamente, tem competência para apreciá-la, o poder de julgar a ação ressarcitória. Porém, isto não quer dizer que, enquanto não definida adequadamente a via e a competência para o exercício da pretensão ressarcitória, não possa o lesado exercitá-la, indicando o órgão competente de acordo com o sistema posto à luz da Constituição.

2.2. O Juiz (o dever de tutela jurisdicional em prazo razoável):

O Estado tem o dever de tutelar os direitos não apenas através da jurisdição, mas também mediante as atividades legislativa e administrativa. De qualquer forma, quando se

pensa em direito à duração razoável do processo, considera-se a tutela concedida através do processo, seja jurisdicional ou administrativo.

A questão temporal tem grande importância quando se está diante da tutela jurisdicional *dos direitos*. A jurisdição tem o dever de tutelar os direitos, fundamentais ou não. A tutela jurisdicional dos direitos é certamente indissociável da dimensão do tempo, pois tutelar de forma intempestiva equivale a não proteger ou a proteger de forma indevida.

Porém, o juiz tem o dever de prestar a tutela jurisdicional em prazo razoável não somente para tutelar os direitos, mas igualmente para que o réu tenha um processo justo. Não é justo submeter o réu aos males da pendência processual por um prazo desrazoável.

É preciso combater os atos judiciais que dilatam o processo de forma não razoável⁹. Tais atos podem ter natureza comissiva e omissiva. Assim, por exemplo, o juiz pode determinar a produção de prova sobre um fato incontrovertido ou impertinente, se omitir em apreciar pedido de tutela antecipatória, baseada em perigo de dano, antes da ouvida do réu (art. 273, I, CPC) e deixar de analisar pedido de cisão da definição do mérito (art. 273, §6º, CPC).

Além disto, a dilação indevida pode decorrer de uma escolha equivocada, ou melhor, da escolha de uma técnica processual inidônea a dar a devida tempestividade à tutela jurisdicional. É o que ocorre, por exemplo, quando o juiz determina a execução da tutela antecipatória de soma através das regras que servem à execução da sentença condenatória, desprezando a utilização da multa ou do desconto em folha ou de rendas periódicas.

O ato judicial, para importar em violação do direito fundamental, deve gerar “dilação injustificada”. A injustificativa da dilação é imanente ao ato comissivo ou equivocado que determina a utilização de uma técnica processual em lugar de outra. Mas há maior dificuldade diante de dilação omissiva. Se não há como admitir a demora na análise de pedido de tutela antecipatória, em relação a outras situações, como a da demora em realizar audiência de instrução, proferir sentença ou julgar um recurso torna-se difícil estabelecer quando a demora é injustificada ou não razoável. Fala-se que a demora não é injustificada

⁹ No direito italiano, sobre o art. 111 da Constituição da República e a idéia de “ragionevole durata” do processo, ver Giuseppe Tarzia, L’art. 111 Cost. e le garanzie europee del processo civile, *Rivista di Diritto Processuale*, 2001, p. 1 e ss.; Giuseppe Tarzia, Il giusto processo di esecuzione, *Rivista di Diritto Processuale*, 2001, p. 329 e ss.; Giuseppe Tarzia, Sul procedimento di equa riparazione per violazione del termine ragionevole del processo, *Giurisprudenza italiana*, 2001, p. 2430 e ss.; Sergio Chiarloni, Il nuovo art. 111 Cost. e il processo civile, *Rivista di Diritto Processuale*, 2000, p. 1010 e ss.; Vincenzo Caianiello, Riflessioni sull’art. 111 della Costituzione, *Rivista di Diritto Processuale*, 2001, p. 42 e ss.; e Mauro Bove, Art. 111 Cost. e “giusto processo civile”, *Rivista di Diritto Processuale*, v. 57, p. 479 e ss. No direito espanhol, acerca do art. 24, 2., da Constituição espanhola e o significado de “proceso público sin dilaciones indebidas”, ver Cristina Riba Trepal, *La eficacia temporal del proceso – El juicio sin dilaciones indebidas*, Barcelona, Bosch, 1997.

quando se equipara àquela que tem ocorrido em casos similares.¹⁰ Esse raciocínio já chegou a ser utilizado pelo Tribunal Constitucional Espanhol (STC 5/1985; STC 43/1985). Porém, entender que a duração é razoável quando se consome o tempo que em outros casos vem sendo gasto constitui pecado lógico, pois a prática reiterada do errado não o transforma em certo ou razoável. Note-se, por exemplo, que não é possível aceitar a demora derivada da substituição periódica de juízes, feita sem atenção a qualquer critério racional voltado à efetividade da distribuição da justiça.

De outro lado, a costumeira desculpa judicial de “acúmulo de trabalho”, se pode retirar a responsabilidade pessoal do magistrado pela demora do processo, constitui verdadeira confissão de que o Estado não está respondendo ao seu dever de prestar a tutela jurisdicional de modo tempestivo. Neste caso, surge ao cidadão o direito de invocar o direito fundamental à duração razoável, o que pode ocorrer quando a dilação está em curso ou já se consumou. A diferença é a de que, no caso em que a dilação está em curso, a parte terá que invocar o direito fundamental à duração razoável no próprio processo em que a demora injustificada está ocorrendo, ao passo que, quando a demora não razoável se consumou causando dano, terá que ser proposta ação ressarcitória contra o Estado.

Frise-se que duração razoável, como o próprio nome indica, nada tem a ver com duração limitada a um prazo certo ou determinado. Se essa confusão fosse aceita, não se trataria de “duração razoável”, mas de “duração legal”, ou do simples dever de o juiz respeitar o prazo fixado pelo legislador para a duração do processo. O direito à duração razoável faz surgir ao juiz o dever de, respeitando os direitos de participação adequada das partes, dar a máxima celeridade ao processo. E dar a máxima celeridade ao processo implica em não praticar atos dilatórios injustificados, sejam eles omissivos ou expressos.

Deixe-se claro, ainda, que o juiz tem o dever de controlar a constitucionalidade das regras processuais à luz do direito fundamental à duração razoável, podendo deixar de aplicá-las em sua literalidade mediante o emprego da técnica da “interpretação conforme”.

2.3. O Executivo (o dever de dotação):

A jurisdição, para se desincumbir do seu dever de prestar a tutela jurisdicional de modo tempestivo, necessita de boa estrutura administrativa, ou seja, pessoal qualificado, tecnologia e material de expediente idôneos.

¹⁰ Ver Cristina Riba Trepas, *La eficacia temporal del proceso – El juicio sin dilaciones indebidas*, cit., p. 232.

Para tanto, o Poder Judiciário necessita de orçamento adequado. O Estado é obrigado a reservar parte da sua receita para dotar o Judiciário de forma a lhe permitir prestar a tutela jurisdicional de forma efetiva e célere.

Portanto, o direito fundamental à duração razoável exige do Executivo uma prestação de caráter econômico. O Executivo, diante deste direito fundamental, é gravado por um dever de dotação.¹¹

Por outro lado, quando a execução da sentença judicial depende da participação do Executivo e esse deixa de colaborar, sem justificativa, para a efetivação da tutela jurisdicional do direito, a dilação indevida é da sua responsabilidade. Nesse caso, a prestação fático-administrativa do Executivo é imprescindível para a realização do direito fundamental à duração razoável.

3. Direito à tempestividade da tutela jurisdicional, direito ao prazo adequado e direito de não ser submetido ao processo, especialmente a atos processuais gravosos, por tempo desnecessário:

Direito à duração razoável não é sinônimo de direito à celeridade do processo, embora esta confusão possa decorrer, à primeira vista, da dicção da segunda parte do inciso LXXVIII que fala em “meios que garantam a celeridade de sua tramitação”.

Não há como pensar em duração razoável quando as partes não podem participar do processo de modo adequado. Note-se que não há aqui exclusiva preocupação com o réu, uma vez que não é apenas a defesa que depende de prazo hábil para a sua efetiva e real preparação. Os prazos devem permitir ao autor e ao réu a prática dos atos que estão localizados dentro do direito de influir sobre o convencimento judicial.

A parte não apenas tem o direito a prazo que lhe garanta tratamento isonômico diante do seu adversário (igual prazo para interpor e responder determinado recurso), mas, sobretudo, direito ao prazo que efetivamente lhe possibilite a prática do ato processual, independentemente deste ato estar inserido entre as posições processuais do autor ou do réu.¹²

As partes têm, em virtude do direito à duração razoável do processo, o direito ao prazo adequado. Vincenzo Vigoriti, no direito italiano, extrai o direito ao prazo adequado do *due process*.¹³ Este direito também poderia ser relacionado com o contraditório, garantido

¹¹ Cf. Samuel Miranda Arruda, *O direito fundamental à razoável duração do processo*, cit., p. 270 e ss.

¹² Cf. Nicolò Trocker, *Processo civile e costituzione*, Milano, Giuffrè, 1974, p. 370 e ss.

¹³ Vincenzo Vigoriti, *Garanzie costituzionali del processo civile*, Milano, Giuffrè, 1973, p. 64.



na Constituição Federal brasileira no art. 5º, LV, mas é inquestionável a sua derivação do direito à duração razoável do processo.

Além do direito à tempestividade da tutela jurisdicional e do direito ao prazo adequado, é necessário isolar o direito de o litigante não ser submetido ao processo, especialmente a atos processuais que interfiram na sua esfera jurídica por tempo superior ao necessário.

Alguns atos jurisdicionais, como o que concede tutela cautelar, restringem a esfera jurídica da parte antes da solução definitiva do litígio. Como a tutela cautelar restringe o direito do demandado com base em juízo de verossimilhança e, por isto, motivo é essencialmente provisória, os seus efeitos não podem perdurar além do tempo necessário à proteção de segurança.

A manutenção da tutela cautelar, além do tempo necessário ao alcance daquilo que foi pressuposto no momento da sua concessão, configura violação indisfarçável ao direito à duração razoável. O mesmo se pode dizer em relação à persistência no tempo da tutela antecipatória e de todas as liminares.

Lembre-se que o art. 811, II, do Código de Processo Civil, afirma que o autor responde objetivamente por perdas e danos quando, efetivada a liminar, o réu não é citado no prazo de cinco dias, constituindo exemplo da preocupação do legislador com o tempo de submissão do demandado a medidas restritivas à sua esfera jurídica tomadas no curso do processo.

Frise-se que tal situação também é peculiar ao processo penal, nas hipóteses de restrição de liberdade, indisponibilidade de bens, afastamento de cargo etc, antes da condenação definitiva. Aliás, revogar prisão por excesso de prazo é, ao mesmo tempo, constatar violação à duração razoável do processo.

Assim, o direito à duração razoável confere direito à tutela jurisdicional tempestiva, direito ao prazo adequado para a prática dos atos processuais e direito de não ter a esfera jurídica restringida por tempo superior ao devido. Como está claro, não há como confundir direito à duração razoável com direito à celeridade do processo.

4. O direito à duração razoável em confronto com o direito à adequada cognição do litígio:

O procedimento acelerado não se confunde com o procedimento de cognição sumária. O procedimento de cognição sumária restringe o direito à produção das provas

mais elaboradas, cujo tempo para produção é incompatível com aquele necessário à prestação da tutela urgente, conduzindo a uma decisão *fundada em probabilidade*. Já o procedimento acelerado pode limitar ou não a produção de provas, mas sempre culmina em sentença que, para definir o litígio, *não necessita de outras provas*.

Tanto o procedimento de cognição sumária quanto o procedimento acelerado são caracterizados pela brevidade, ambos permitindo uma tutela jurisdicional mais tempestiva do que a comumente outorgada.

Note-se que o procedimento caracterizado apenas pela aceleração dos atos processuais, praticados em espaço de tempo mais curto, não tem qualquer distinção, em termos de possibilidade de adequada cognição do objeto litigioso, em relação ao procedimento comum, formalmente mais lento. O procedimento que restringe a produção de provas, porém parte do pressuposto de que o objeto litigioso, para poder nele ser discutido, *não pode necessitar* de outras provas, igualmente não limita a cognição do litígio. É o que ocorre no mandado de segurança, procedimento que não admite prova diferente da documental. Caso o litígio posto no mandado de segurança exija provas diferentes da documental, reserva-se ao autor a possibilidade de discuti-lo mediante ação de conhecimento que a instrução probatória é plena.¹⁴

Porém, o procedimento de cognição sumária, além de restringir a produção de prova, limita a cognição *aprofundada* do litígio e assim não pode permitir a formação de um juízo que não seja de verossimilhança, embora suficiente para legitimar sentença de procedência.

No procedimento acelerado não há restrição ao direito à produção de prova, ao passo que, no procedimento de cognição sumária, as partes têm limitados os seus direitos de produzir prova em nome da necessidade de tutela jurisdicional urgente. Por isto mesmo, se a sentença proferida no procedimento acelerado faz coisa julgada material, a sentença prolatada no procedimento de cognição sumária não tem o condão de se tornar, por si só, imutável e indiscutível.

O procedimento de cognição sumária, na dimensão da duração razoável do processo, não pode dispensar outro procedimento em que as demais provas possam ser produzidas. O ônus de fazer instaurar este outro procedimento é, em regra, daquele que foi autor no procedimento de cognição sumária, a menos que alguma particular situação de direito substancial legitime a inversão do ônus de fazer instaurar o procedimento voltado a permitir o aprofundamento da discussão sobre o litígio já apreciado com base em verossimilhança.

¹⁴ Súmula n. 304, Supremo Tribunal Federal: “Decisão denegatória de mandado de segurança, não fazendo coisa julgada contra o impetrante, não impede o uso de ação própria”.

Contudo, além do procedimento de cognição sumária, há o procedimento de cognição parcial. No primeiro, diante da restrição à produção de provas, a cognição judicial é limitada no sentido vertical. No segundo, fica o demandado proibido, em virtude de regra processual definidora do desenho do procedimento, de alegar e discutir determinadas defesas de direito material.

O procedimento de cognição parcial, assim como o procedimento de cognição sumária, almeja maior celeridade. A diferença é que o procedimento de cognição parcial, ao buscar tempestividade, não abre mão da certeza, pois não se limita a um juízo de probabilidade ou de *fumus bonis iuris*. Este procedimento permite cognição exauriente sobre o mérito, mas afasta a cognição do juiz sobre a questão que a parte foi proibida de invocar.

O procedimento de cognição parcial conduz a uma sentença com força de coisa julgada material em tempo inferior ao que seria gasto para o exame de toda a extensão da situação litigiosa, mas não pode excluir da apreciação do Poder Judiciário a questão que não pôde ser discutida, dita, então, “questão reservada”.

Lembre-se que o Decreto-lei 3.365, de 21.6.41, afirma que a contestação só poderá versar sobre vício do processo judicial ou impugnação do preço e que qualquer outra questão somente poderá ser ventilada em ação própria (art. 20). A lei proíbe a discussão de qualquer questão de direito material que não diga respeito ao preço na ação de desapropriação. Mas, diante do direito à duração razoável, esta limitação obviamente não teria legitimidade caso o demandado não pudesse discutir as questões afastadas ou reservadas (o fundamento da desapropriação) mediante ação autônoma dirigida contra o Poder Público.

Não basta simplesmente admitir ação autônoma posterior para discutir a exceção afastada pelo legislador. Para se admitir a legitimidade da celeridade do procedimento que limita o âmbito de discussão da parte, é preciso verificar se o seu fundamento está de acordo com a Constituição Federal. Não estando, há violação ao direito à duração razoável. A legitimidade da restrição das alegações de defesa, mediante as regras instituidoras do procedimento, não se resolve a partir da verificação da possibilidade de o réu poder afirmar as alegações afastadas em ação autônoma, mas exige a aferição da racionalidade da inversão da oportunidade da alegação à luz das normas constitucionais.¹⁵

5. Âmbito de incidência do direito fundamental à duração razoável:

¹⁵ V. Luiz Guilherme Marinoni, *Antecipação da Tutela*, 10 ed., p. 35 e ss.

O direito à duração razoável incide sobre todas as espécies de processos jurisdicionais e, inclusive, sobre o processo administrativo, como deixa claro o próprio inciso LXXVIII.

No processo civil, o direito à duração razoável incide de forma diferenciada, segundo o processo seja de conhecimento, de execução ou cautelar ou um procedimento especial. É claro que o tempo e, assim, a demora, não possuem a mesma significação nos processos de conhecimento e cautelar. Do mesmo modo, conforme as peculiaridades do procedimento especial, a demora pode ter maior ou menor impacto.

Diante da natureza da tutela cautelar, o legislador resta obrigado a desenhar procedimento e a instituir técnica processual capazes de viabilizar a obtenção da tutela cautelar em prazo idôneo. Tal prazo deve guardar relação com a urgência inerente à natureza da tutela cautelar. Assim, o procedimento cautelar deve ser mais abreviado que o procedimento dirigido à tutela capaz de adquirir a qualidade de coisa julgada material.

Não obstante, a concessão da tutela cautelar - seja mediante decisão liminar ou sentença proferida no processo cautelar -, ao restringir a esfera jurídica do demandado, exige atenção para o tempo da duração dos seus efeitos. A tutela cautelar não pode perdurar além do tempo necessário à proteção de segurança. Caso isto aconteça, o demandado estará sendo submetido a processo com tempo desrazoável.

Lembre-se que a urgência pode exigir a execução da tutela cautelar antes da ouvida do réu. Alega-se, neste caso, que uma situação substancial ameaçada por perigo de dano iminente e irreparável pode tornar necessárias medidas imediatas sem um completo esclarecimento da situação fática e recorda-se, ainda, que a omissão da audiência prévia do réu pode ser ditada pelo objetivo de não colocar este último em condições de frustrar a eficácia prática do próprio provimento. A legitimidade destes motivos foi acolhida pelo *Bundesverfassungsgericht* alemão que advertiu, no entanto, que, tratando-se de uma ingerência na esfera jurídica da parte, uma derrogação ao princípio geral da audiência prévia somente pode ser admitida quando resultar indispensável para o alcance do escopo do provimento.¹⁶

¹⁶ Nicolò Trocker, *Processo civile e costituzione*, cit., p. 406. No direito italiano, a Corte Constitucional já afirmou que a tutela de urgência representa um componente essencial e ineliminável da tutela jurisdicional, nos limites em que é necessária para neutralizar um perigo de dano irreparável. A necessidade da ouvida do réu pode comprometer a efetividade não só da tutela cautelar, mas também da tutela antecipatória. V. Luiz Guilherme Marinoni, *Antecipação da Tutela*, São Paulo, Ed. RT, 2008, 10. ed, item 4.7.1; Vittorio Denti, “Intervento”, Atti del XV Convegno Nazionale, Bari, 4-5 ottobre 1985, *La tutela d’urgenza*, Rimini, Maggioli Editore, 1985, p. 164; Andrea Proto Pisani, “Intervento”, Atti del XV Convegno Nazionale, Bari, 4-5 ottobre 1985, *La tutela d’urgenza*, Rimini, Maggioli Editore, 1985, p. 118.



Se a execução de tutela cautelar *inaudita altera parte* pode ser necessária para assegurar a tutela do direito,¹⁷ a sua excepcionalidade decorre do fato de postergar o contraditório.¹⁸ Em nome da efetividade do contraditório, ao réu deve ser permitido demonstrar, com a maior brevidade possível, a eventual inexistência dos fundamentos que autorizaram a concessão da tutela cautelar e mesmo a sua impropriedade, por não representar a medida que produz a “menor restrição possível”.

Portanto, há razão para o legislador se preocupar em exigir a breve citação do réu quando a tutela cautelar é deferida *inaudita altera parte*, impondo ao autor responsabilidade objetiva pelo dano ocasionado pela execução da tutela cautelar liminar na hipótese de a citação não ter sido “promovida” no prazo de cinco dias.

Neste caso, o autor responde por perdas e danos, ainda que as sentenças do processo cautelar e do processo principal sejam de procedência. Além de uma medida cautelar não poder permanecer eficaz por tempo superior ao suficiente à tutela de segurança, esta não pode causar um gravame despropositado ao réu, devendo obedecer à regra da “menor restrição possível”. Isto para não falar que o réu tem direito à substituição da medida cautelar por caução ou outra medida menos gravosa, bastando que sejam, uma ou outra, suficientes para a tutela cautelar (art. 805, CPC).

Se a efetivação da liminar antes da ouvida do réu, porque representa derrogação do princípio geral de audiência prévia, somente é admitida em casos excepcionais, a não citação do réu em prazo breve impede o réu de exercer o seu direito à substituição da medida cautelar, assim como lhe retira a possibilidade de requerer a modificação da tutela cautelar ou a aplicação da regra menor restrição possível, o que torna excessivamente grave a postergação do contraditório.

A previsão de responsabilidade objetiva diante da não citação do réu no prazo de cinco dias é apenas um demonstrativo de que a regulação do procedimento deve estar atenta ao tempo em que o réu é submetido a uma decisão que restringe a sua esfera jurídica no curso do processo.

A execução civil, dada a sua particularidade para a efetividade da tutela do direito material, constitui um ponto muito sensível quando o processo é posto à luz do direito fundamental à duração razoável. A omissão dilatatória na prática dos atos executivos impede a tutela do direito no momento em que o direito já foi reconhecido, seja em decisão

¹⁷ V. Luigi Paolo Comoglio, *La garanzia costituzionale dell'azione ed il processo civile*, cit.

¹⁸ “Si è detto che il principio del contraddittorio è rispettato anche quando il provvedimento è pronunciato *inaudita altera parte*, purché prima che il provvedimento diventi definitivo, la parte contro cui è emesso abbia la possibilità di proporre le sue difese” (Giuseppe Martinetto, “Contraddittorio (Principio del)”, *Novissimo digesto italiano*, v. 4, p. 461).

interlocutória – ao conceder tutela antecipatória – em sentença executável na pendência do recurso ou mesmo em sentença transitada em julgado, por isto, a dilação omissiva na execução, especialmente no caso das tutelas jurisdicionais prestadas com base nos artigos 461 e 461-A, é facilmente caracterizável como demora injustificada.

O direito fundamental de ação garante a preordenação das técnicas processuais idôneas à viabilidade da obtenção da tutela do direito material. Não é por outra razão, aliás, que a ação não pode se exaurir na sentença condenatória transitada em julgado. A ação almeja a tutela do direito e essa não é prestada pela sentença condenatória, dependendo da execução, ou, mais precisamente, da idoneidade dos meios executivos. Assim, não há dúvida de que o direito ao meio executivo idôneo é corolário do direito fundamental de ação, garantido no inciso XXXV do art. 5º da Constituição Federal.

Se o direito ao meio executivo idôneo deriva do direito fundamental de ação, o direito ao meio executivo capaz de outorgar tempestividade à tutela do direito decorre do direito fundamental à duração razoável. Significa dizer que a lei não pode instituir qualquer meio executivo, mas apenas os meios executivos idôneos e aptos a dar tempestividade à efetivação da tutela jurisdicional do direito¹⁹. Nesta perspectiva, é fácil demonstrar, por exemplo, o equívoco em se rejeitar a penhora *on line* sob o argumento de que existem bens móveis ou imóveis que podem ser penhorados e o erro em se concluir que a tutela antecipada de soma em dinheiro apenas pode ser executada mediante os meios que servem à execução da sentença condenatória.

¹⁹ A doutrina espanhola, ao interpretar o art. 24 da sua Constituição, vem deixando de lado as velhas concepções de ação como mero direito de ir a juízo e como direito a uma sentença de mérito e frisando o significado de “tutela efectiva”. David Vallespín Pérez, por exemplo, assim escreve: “El derecho a la tutela judicial efectiva que consagra el art. 24 CE no agota su contenido en la exigencia de que el interesado tenga acceso a los Tribunales de Justicia, pueda ante ellos manifestar y defender su pretensión jurídica en igualdad con las otras partes y goce de la libertad de aportar todas aquellas pruebas que procesalmente fueran oportunas y admisibles, ni se limita a garantizar la obtención de una resolución de fondo, fundada en derecho, sea o no favorable a la pretensión formulada, si concurren todos los requisitos procesales para ello. *Exige también que el ‘fallo se cumpla’ y que el recurrente sea repuesto en su derecho y compensado, si hubiere lugar a ello, por el daño sufrido. Lo contrario sería convertir las decisiones judiciales y el reconocimiento de los derechos que ellas comportan en favor de alguna de las partes en meras declaraciones de intenciones*” (David Vallespín Pérez, *El modelo constitucional de juicio justo en el ámbito del proceso civil*. Barcelona, Atelier, 2002. p. 142-143). Diz o art. 24, I, da Constituição Espanhola: “Todas las personas tienen *derecho a obtener la tutela efectiva* de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión”. V. também Álvaro Gil-Robles, *Los nuevos límites de la tutela judicial efectiva*. Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1996. p. 85 e ss.

Referências bibliográficas:

ARRUDA, Samuel Miranda. O direito fundamental à razoável duração do processo. Brasília: Brasília Jurídica, 2006.

BOVE, Mauro. Art. 111 Cost. e “giusto processo civile”, Rivista di Diritto Processuale, v. 57.

CAIANIELLO, Vincenzo. Riflessioni sull’art. 111 della Costituzione, Rivista di Diritto Processuale, 2001.

CHIARLONI, Sergio. Il nuovo art. 111 Cost. e il processo civile, Rivista di Diritto Processuale, 2000.

CHIAVARIO, Mario Chiavario. Processo e garanzie della persona, v. 2. Milano: Giuffrè, 1982.

DENTI, Vittorio. “Intervento”, Atti del XV Convegno Nazionale. Bari, 4-5 ottobre 1985. La tutela d’urgenza. Rimini: Maggioli Editore, 1985.

GIL-ROBLES, Álvaro. Los nuevos límites de la tutela judicial efectiva. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1996.

MARINONI, Luiz Guilherme. Abuso de defesa e parte incontroversa da demanda. São Paulo: RT, 2007.

MARINONI, Luiz Guilherme. Antecipação da Tutela. 10 ed. São Paulo: RT, 2008.

MARINONI, Luiz Guilherme. Curso de Processo Civil - Teoria Geral do Processo, v. 1. 3 ed. São Paulo: RT, 2008.

PROTO PISANI, Andréa. “Intervento”, Atti del XV Convegno Nazionale, Bari, 4-5 ottobre 1985. La tutela d’urgenza. Rimini: Maggioli Editore, 1985.

TARZIA, Giuseppe. Il giusto processo di esecuzione, Rivista di Diritto Processuale, 2001.

TARZIA, Giuseppe. L’art. 111 Cost. e le garanzie europee del processo civile. Rivista di Diritto Processuale, 2001.

TARZIA, Giuseppe. Sul procedimento di equa riparazione per violazione del termine ragionevole del processo. Giurisprudenza italiana, 2001.

TREPAT, Cristina Riba. La eficacia temporal del proceso – El juicio sin dilaciones indebidas. Barcelona: Bosch, 1997.

TROCKER, Nicolò. Processo civile e costituzione. Milano: Giuffrè, 1974.

VALLESPÍN PÉREZ, David. El modelo constitucional de juicio justo en el ámbito del proceso civil. Barcelona: Atelier, 2002.

VIGORITI, Vincenzo. Garanzie costituzionali del processo civile. Milano: Giuffrè, 1973.

PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DIRETORES DA JURISDIÇÃO NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

Ronaldo Brêtas de Carvalho Dias¹

Resumo: O presente ensaio doutrinário estuda os princípios constitucionais diretores da função jurisdicional que a condicionam segundo as exigências de otimização do princípio maior do Estado Democrático de Direito, permitindo seja dita função do Estado prestada modeladamente ao sistema constitucional vigente, de sorte a legitimar as decisões proferidas nos processos como resultado final da atividade jurisdicional.

Palavras-chave: Princípios como normas jurídicas – Princípio do juízo natural – Princípio da vinculação da jurisdição ao Estado Democrático de Direito – Princípio da supremacia da Constituição – Princípio da reserva legal- Princípio do devido processo constitucional – Princípio da fundamentação das decisões jurisdicionais – Princípio da eficiência – Processo constitucional – Devido processo legal.

Abstract: The current doctrinal essay studies the guiding constitutional principles of the jurisdiction function, related to the optimizing requirements of the major principle of the Law Democate State, so that the function may be carried out modelling the current constitutional system and then legimate the decisions made in the processes as a final result of the jurisdictional activity.

Key words: Principles as law standards – Principles of the natural common sense – Principle of the linking of the jurisdiction to the Law Democratic State – Principle of the constitution supremacy – Principle of the legal reserve - Principle of the setting down of the jurisdictional decisions – Principle of the efficiency – Constitucional process – Due process of law.

¹ Advogado militante. Mestre em Direito Civil e Doutor em Direito Constitucional pela UFMG. Professor nos Cursos de Graduação e de Pós-graduação da Faculdade Mineira de Direito da PUC/Minas. Diretor Secretário Geral Adjunto da OAB/MG

1. À guisa de introdução: esboço de uma teoria dos princípios

Em noção ampla, os princípios de direito devem ser entendidos como normas jurídicas que exprimem, sob enunciados sintéticos, o conteúdo complexo de idéias científicas e proposições fundamentais informadoras e componentes do ordenamento jurídico. Tomando-se por base esta concepção doutrinária tradicional, pode-se dizer que os princípios jurídicos se caracterizam como diretrizes gerais induzidas e indutoras do direito, porque são inferidas de um sistema jurídico e, após inferidas, se reportam ao próprio sistema jurídico para informá-lo, como se fossem os alicerces de sua estrutura.²

Nessa noção esboçada, os princípios são considerados normas jurídicas, porque, ao que nos parece, depois das pesquisas analíticas desenvolvidas por JEAN BOULANGER, considerado o mais insigne precursor da normatividade dos princípios,³ seguidas das teorias formuladas por JOSEF ESSER em torno de uma reconstrução da principiologia jurídica, embora sofrendo algumas críticas por parte de KELSEN, posteriormente retomadas nos estudos atuais de ROBERT ALEXY, restou incontroverso o entendimento de que a expressão normas jurídicas, em sentido amplo, abarca as idéias de regras jurídicas (normas-regras, normas-disposições ou normas-preceitos) e de princípios jurídicos (normas-princípios). Esta a razão da afirmativa nos textos doutrinários, repetindo lição de ALEXY, de que “a distinção entre regras e princípios é, pois, uma distinção entre dois tipos de normas”. O que a doutrina discute são os critérios para se efetuar a distinção precisa entre regras e princípios, embora considerando ambas espécies do gênero normas jurídicas, o que tem suscitado debates e soluções variadas. Contra o critério da generalização, informador da doutrina tradicional, que considerava os princípios gerais de direito o resultado do processo de generalização crescente operado por outras normas do ordenamento jurídico (DEL VECCHIO), posicionou-se ESSER, sustentando que o princípio não se distingue da regra pelo caráter geral ou grau de abstração. Embora não negue que os princípios tenham grau maior de generalização, ao contrário das regras, aqueles não se formariam por meio de um processo de generalização crescente. O critério diferenciador residiria na possibilidade de se precisar os casos de incidência, ou seja, na determinabilidade exata de suas aplicações.

² Cf. ARCE Y FLÓREZ-VALDÉS, Joaquín. *Los principios generales del Derecho y su formulación constitucional*, p. 99. BARACHO, José Alfredo de Oliveira. Teoria geral da cidadania: a plenitude da cidadania e as garantias processuais e constitucionais. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa v. XXXVIII*, p. 46-47, 1997. DELGADO, Maurício Godinho. Princípios de Direito – clássicos e novos papéis. *Revista da Faculdade Mineira de Direito v. 4*, p. 151 e 162.

³ BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional Positivo*, p. 266.

Segundo ESSER, os princípios deveriam ser considerados normas jurídicas, não sendo somente mandamentos de conduta (*preceitos*), mas, também, fundamentos para a elaboração e a proteção do direito. Nessa mesma linha de pensamento, KARL LARENZ dissertou que, enquanto os princípios, mais vagos e indeterminados, não seriam normas imediatamente aplicáveis aos casos concretos, mas idéias diretrizes a exigirem mediações concretizadoras por parte do legislador ou do juiz, as regras seriam normas suscetíveis de aplicação imediata. Outro critério de diferenciação preconizado na doutrina estaria no grau de proximidade axiológica à idéia de direito, segundo o qual o princípio seria um modelo (*standard*) radicado na exigência de justiça ou de imparcialidade ou de qualquer outra dimensão de moralidade ou dos fins da comunidade, exprimindo os valores supremos de um determinado ordenamento jurídico, mas comportando exceções sua aplicação, ao contrário da regra, aplicada na base do “*ou tudo ou nada - applicable in an all-or-nothing fashion*” (RONALD DWORKIN). Para ALEXY, regras e princípios seriam normas jurídicas, mas o ponto decisivo para a distinção entre ambas as espécies estaria em que os princípios seriam aplicados na medida mais elevada possível, levando-se em conta as possibilidades jurídicas e fáticas consideradas (adequabilidade). Na hipótese de colisão ou conflito de princípios (tensão entre princípios), cada princípio teria de ceder perante o outro, de modo que ambos atuassem em termos ótimos, ou seja, o melhor possível. Assim, para ALEXY, os princípios seriam enunciados, preceitos ou mandados de otimização (*Optimierungsgebote*). Por outro lado, as regras conteriam determinações no âmbito do fático e juridicamente possível, porque seriam normas que só poderiam ser cumpridas ou não, no sentido de que, se uma regra fosse considerada válida, então dever-se-ia fazer exatamente o que ela exigiria, nem mais nem menos. Se uma regra fosse considerada um preceito para um juízo concreto do dever-ser, que teria de se pronunciar no caso de ser aplicada, sem qualquer exceção, tal regra seria, pois, um preceito definitivo (*definitive Gebote*). Ao contrário, os princípios, considerados em si próprios, seriam sempre preceitos *prima facie*, neste ponto reportando-se ALEXY à doutrina de ESSER, para aduzir que o princípio não é, em si próprio, diretriz, mas razão, critério e justificação da diretriz. Resumindo, esclarece ALEXY, os princípios seriam *preceitos à primeira vista (prima facie)* enquanto as regras seriam *preceitos definitivos*, não sendo os princípios aplicáveis integral e plenamente em qualquer situação. A diferença entre regras e princípios, segundo referido doutrinador, seria qualitativa e não de grau, porque, afinal de contas, conclui, toda norma é bem uma regra ou um princípio. Em nota de pé de página, ALEXY sustenta que a distinção por ele formulada se identifica com as idéias de DWORKIN, delas somente se distanciando, ao seu entendimento, quando

caracteriza os princípios como exigências, preceitos, mandamentos ou mandados de otimização.⁴

Ao que se percebe dessa extensa doutrina contemporânea colacionada, os princípios são havidos como proposições fundamentais do Direito e, via de consequência, considerados normas jurídicas e, ao lado das regras, com idêntica força vinculativa, integram o ordenamento jurídico.

A partir daí, pode-se examinar as funções desempenhadas pelos princípios, a fim de melhor situá-los como proposições que configuram a revelação, a interpretação, a aplicação e a fundamentação do direito.

Acompanhando tendência já firmada ao final do século passado, objeto de substanciosas exposições doutrinárias que aqui nos servem de segura orientação,⁵ podemos apontar as seguintes e principais funções exercidas pelos princípios jurídicos:

a)- função interpretativa (também chamada função descritiva ou informativa), segundo a qual os princípios não seriam fonte formal do direito, apenas cumprindo função considerada mais clássica, qual seja, a de permitir diretriz auxiliar e segura na revelação e compreensão do direito. A fonte formal seria a regra cuja interpretação estivesse sendo auxiliada pelo princípio considerado idôneo a tal objetivo. Nesta perspectiva, os princípios jurídicos seriam proposições ideais que contribuiriam para permitir a exata compreensão de alguma regra incorporada no ordenamento jurídico, revelando-lhe o sentido e a essência de forma integrada ao direito;

b)- função supletiva pela qual o princípio atua como fonte normativa subsidiária, em situações de lacuna ou omissão na regra de direito, situação que não é muito comum. A proposição fundamental contida no princípio incidiria na solução do caso concreto, valendo-

⁴ Cf. DEL VECCHIO, Giorgio. *Los principios generales del derecho*, p. 51. ESSER, Josef. *Principio y norma en la elaboración jurisprudencial del derecho privado*, p. 51-67, 146-152. LARENZ, Karl. *Metodología da ciência do direito*, p. 599. DWORKIN, Ronald. *Taking Rights Seriously*, p. 22-53. ALEXY, Robert. *Teoría de los Derechos Fundamentales*, p. 82-104. BONGIOVANNI, Giorgio. *Teorie "costituzionalistiche" del diritto. Morale, diritto e interpretazione in R. Alexy e R. Dworkin*, p. 87-88. KELSEN, Hans. *Teoría geral das normas*, p. 145-146. PEÑA FREIRE, Antonio Manuel. *La garantía en el Estado constitucional de derecho*, p. 116-118. CANOTILHO. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, p. 1.085-1.086, 1.107-1.109 e 1.177. MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*, t. II, p. 224. GALUPPO, Marcelo Campos. *Princípios jurídicos e a solução de seus conflitos – a contribuição da obra de Alexy. Revista da Faculdade Mineira de Direito v. 1*, p. 134-142.. A contribuição de Esser para a reconstrução do conceito de princípios jurídicos. *Revista de Direito Comparado da Pós-graduação da UFMG v. 3*, p. 227-243. Os princípios jurídicos no Estado Democrático de Direito: ensaio sobre o modo de sua aplicação. *Revista de Informação Legislativa v. 143*, p. 191-209. *Igualdade e diferença: Estado Democrático de Direito a partir do pensamento de Habermas*, p. 169-198. ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios*, p. 35-40 e 87-88.

⁵ ARCE Y FLÓREZ-VALDÉS, Joaquín. *Los principios generales del Derecho y su formulación constitucional*, p. 57-62. DELGADO, Maurício Godinho. *Princípios de Direito – clássicos e novos papéis*, *Revista da Faculdade Mineira de Direito v. 4*, p. 153-157. CANOTILHO. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, p. 1.086-1.087.

se o intérprete da técnica de integração do direito, em face da falta de regras de direito específicas que pudessem ser aplicadas na situação real sob exame. É com tal sentido que devem ser compreendidos os enunciados normativos do artigo 4º da Lei de Introdução ao Código Civil e do artigo 126 do Código de Processo Civil, ambos recomendando decisão jurisdicional conforme os princípios gerais de direito, em situações de omissão da lei (falibilidade normativa⁶), nas quais os princípios gerais de direito atuam como fontes formais do direito;

c)- função normativa própria, também qualificada de função normogênica, compreendida como informadora ou de fundamentação do ordenamento jurídico em toda sua extensão. Os princípios estariam na base e constituiriam a razão de todo o sistema jurídico, proporcionando-lhe fundamentação de direito, assumindo, portanto, a posição de normas jurídicas efetivas. A partir desta concepção teórica, tem-se o reconhecimento doutrinário da sua natureza normativa própria com força vinculante e não apenas simples enunciado programático. Em face desta nova diretriz doutrinária, já consolidada cientificamente ao final do século passado, utiliza-se a expressão norma jurídica como referência geral às disposições gerais, abstratas, impessoais e obrigatórias que disciplinam a atividade estatal e a vida em sociedade. Por tais razões, quando se fala em *norma jurídica* (em sentido amplo), nesta expressão estão contidas as idéias de *regra jurídica* (norma, em sentido estrito) e de *princípio jurídico*. Esta função maior dos princípios gerais ou essenciais do direito, agora realçada pela doutrina, sobrepondo-se às duas funções anteriores mais tradicionais, leva os doutrinadores a qualificá-los como “*superfontes ou fonte das fontes*” (ARCE Y FLÓREZ-VALDÉS), como verdadeiros “*mandados de otimização*” (ALEXY) ou como “*normas jurídicas impositivas de otimização*” (CANOTILHO).

Discorrendo sobre o assunto, MAURÍCIO GODINHO DELGADO acentua que, em face dessa função normativa própria, os princípios passam a ter importante diversidade de papéis conexos, com as seguintes explicações: “*em síntese, a possibilidade de extensão ou restrição de certa norma jurídica até o ápice de sua própria invalidação. Esta dimensão fundamentadora da ordem jurídica assumida pelos princípios (além das dimensões interpretativa e integrativa tradicionais), com ‘eficácia derogatória e diretiva’ (Frederico de*

⁶ Além dessas situações de *falibilidade normativa*, Barack Obama, Professor de Direito Constitucional na Faculdade de Direito da Universidade de Chicago, vislumbra, também, casos de *desgaste normativo*, no seguinte texto: “*Muitas vezes a lei é aprovada e entra em vigor, mas a vida apresenta novos problemas, e advogados, autoridades e cidadãos debatem o significado de termos que pareciam claros há alguns anos. No final das contas, as leis são apenas palavras impressas em papel – palavras que algumas vezes são maleáveis, imprecisas ou dependentes de contexto e confiança, assim como numa história, poema ou promessa a alguém, palavras cujos significados estão sujeitos ao desgaste, e que muitas vezes entram em colapso num piscar de olhos. (A audácia da esperança: reflexões sobre a conquista do sonho americano, p. 86-87).*”

Castro e Flórez-Valdés), teria se tornado, segundo análise de Paulo Bonavides, ‘sem dúvida a mais relevante, de enorme prestígio no Direito Constitucional contemporâneo’. Mas adverte DELGADO que a primazia dos princípios sobre as regras legais (*dimensão fundamentadora, com eficácia derogatória e diretiva*) é relativa, de modo a se evitar insegurança na ordem jurídica. Assim o é, porque, primeiro, não há princípios absolutos. Em segundo lugar, no caso de conflitos entre regras e princípios ou entre os próprios princípios, a solução não seria ditada por critério hierárquico rígido, mas orientada pelo “*critério matizador flexível*”, relacionado ao “*peso*” dos princípios. Este critério do peso - esclarece DELGADO - é defendido por DWORKIN e ALEXY e está fundado na idéia de *importância jurídica* dos princípios, vista sob duas dimensões, avaliadas em conjunto: 1ª)- a importância jurídica em certa época histórica (*importância ampla, no conjunto da fase que se vive na história*); 2ª)- a importância jurídica em certo confronto temático concreto (*importância circunstancial, no delimitado confronto de situações fático-jurídicas reais*). A relatividade da prevalência dos princípios sobre as regras legais, ainda segundo DELGADO, também encontra justificativa nas teorias de ALEXY, quando este jurista apregoa que os princípios não são comandos taxativos, “*mas comandos instigadores (mandados de otimização)*”, ou seja, “*normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível, dentro das possibilidades existentes*”. Por isto, conclui DELGADO, os princípios devem ser cumpridos em graus diferentes e a medida variável deste cumprimento depende das possibilidades fáticas e jurídicas examinadas, sendo que “*o âmbito das possibilidades jurídicas é determinado pelos princípios e regras opostos*”, ou seja, “*a força imanente aos princípios é relativa, levando em conta o fixado nos demais princípios e regras convergentes e divergentes*”.⁷

Trazendo valiosas contribuições às discussões doutrinárias em torno das funções dos princípios jurídicos e de sua importância no direito, MAURÍCIO GODINHO DELGADO ainda elabora novas teorias sobre as funções dos princípios, resultantes da fusão das funções interpretativa e normativa, qualificando-as de:

função normativa concorrente e de função simultaneamente interpretativa-normativa, sobre as quais formula as seguintes considerações: “Agregando ponderações ao debate acerca da nova concepção de princípios e de seu papel no direito, parece-nos adequado sustentar que os princípios, enquanto comandos juridicamente instigadores, além das tradicionais

⁷ Princípios de Direito – clássicos e novos papéis. *Revista da Faculdade Mineira de Direito v.4*, p. 154-156.

funções interpretativa e supletória, têm, na verdade, uma função normativa concorrente.

Trata-se de papel normativo concorrente, mas não autônomo, apartado do conjunto jurídico geral a ele contraposto. Esta última função atua, de maneira geral, em concurso com a interpretativa da regra analisada. Nesta atuação, ora estende o comando desta, ora o restringe, ora até mesmo esteriliza-o, a partir de uma absorção de seu sentido no âmbito mais abrangente cimentado pelos princípios correlatos. Nesta linha, se uma regra geral realiza o comando genérico contido em certo princípio, mas entra em choque com outro, pode prevalecer, sem dúvida, em face do peso do princípio realizado. Contudo, isso não significa que o princípio preterido não tenha certa influência na compreensão da norma enfocada, atenuando, adequadamente, seus efeitos pensados na origem. A clássica função interpretativa age, pois, em concurso com a função normativa, ajustando as regras do direito ao sentido essencial de todo o ordenamento. Por isso, se pode falar também em uma função simultaneamente interpretativa-normativa, resultado da associação das duas funções específicas (a descritiva e a normativa), que agem em conjunto, fusionadas, no processo de compreensão e aplicação do direito”.⁸

Observação também válida pela sua pertinência ao assunto é feita por MARCELO CAMPOS GALUPPO, ao frisar que, no Estado Democrático de Direito, a Constituição desempenha papel relevante em relação aos princípios jurídicos, porque, apesar de não poder ser reconhecida como único repositório deles, tem a missão precípua de indicar, sistematizar e preservar aqueles princípios de direito que o povo considerou mais importantes, cujo pensamento, nesta diretriz, foi captado pelo constituinte sensível às aspirações da sociedade.⁹

Entretanto, para que os princípios possam atuar eficazmente na elaboração do direito como enunciados-síntese das idéias fundamentais que a comunidade política do Estado (o povo) projetou sobre seu sistema jurídico-constitucional, orientando toda e qualquer atividade desenvolvida pelos órgãos estatais, é necessário que os operadores do sistema (advogados privados e públicos, membros do Ministério Público e juízes) evitem esforços para que os princípios jurídicos cumpram suas funções interpretativa, supletiva e normativa, esta última principalmente, aplicando-os de forma integrada, o que exige operacionalização por intermédio do processo, concebido como procedimento em contraditório.¹⁰

⁸ Princípios de Direito - clássicos e novos papéis, *Revista da Faculdade Mineira de Direito v. 4*, p. 156-157.

⁹ Os princípios jurídicos no Estado Democrático de Direito: ensaio sobre o modo de sua aplicação. *Revista de Informação Legislativa v.143*, p. 205. *Igualdade e diferença: Estado Democrático de Direito a partir do pensamento de Habermas*, p. 198.

¹⁰ A respeito, com razão Frederico de Andrade Gabrich, ao observar que: “*Infelizmente, ainda existe no ambiente jurídico brasileiro uma grande resistência ao reconhecimento do caráter normativo e*

Daí a importância da *perspectiva teórico-jurídica* de um sistema jurídico-constitucional acentuadamente *principlista*, defendida por CANOTILHO, objeto da seguinte explanação que desenvolve:

“o sistema jurídico necessita de princípios (ou os valores que eles exprimem) como os da liberdade, igualdade, dignidade, democracia, Estado de Direito; são exigências de otimização abertas a várias concordâncias, ponderações, compromissos e conflitos. Em virtude da sua ‘referência’ a valores ou da sua relevância ou proximidade axiológica (da ‘justiça’, da ‘idéia de direito’, dos ‘fins de uma comunidade’), os princípios têm uma função normogênica e uma função sistémica: são o fundamento de regras jurídicas e têm uma idoneidade irradiante que lhes permite ‘ligar’ ou cimentar objectivamente todo o sistema constitucional. Compreende-se, assim, que as ‘regras’ e os ‘princípios’, para serem activamente operantes, necessitem de procedimentos e processos que lhes dêem operacionalidade prática (Alexy: Regel/Prinzipien/Prozedur-Modell des Rechtssystems): o direito constitucional é um sistema aberto de normas e princípios que, através de processos judiciais, procedimentos legislativos e administrativos, iniciativas dos cidadãos, passa de uma law in the books para uma law in action para uma ‘living constitution’.”¹¹

2. A dimensão principiológica da Constituição Federal de 1988

A Constituição brasileira atual concede manifesto reconhecimento aos princípios como normas jurídicas impositivas, ao lado das regras, realçando a dimensão principiológica de seu sistema, quando, ao início, já no Título I, dispõe a respeito dos *princípios fundamentais* que regem a República Federativa do Brasil, referindo-se, em seguida, no seu artigo 1º, ao Estado Democrático de Direito, dado topológico este que, ao que entendemos, está a indicar a inclusão do Estado Democrático de Direito entre aqueles princípios fundamentais.

Essa articulação dos princípios do Estado de Direito e do Estado Democrático, obtida pelo entrelaçamento técnico e harmonioso das normas constitucionais, é classificada pela doutrina alemã como legitimação democrática do Estado de Direito e qualificada pela doutrina italiana como democracia constitucional. Assim o é, porque revela um sistema constitucional marcado acentuadamente pela associação do poder político legitimado do povo (democracia), daí a declaração enfática de que todo o poder emana do povo

impositivo dos princípios. Apesar de a Constituição da República adotar em todo o seu texto uma base principiológica para os diversos assuntos que disciplina, com destaque, dentre outros, para os direitos e garantias fundamentais (arts. 5º a 17), a organização da Administração Pública (art. 37) e a regulação da ordem econômica e financeira (arts. 170 a 192), há uma inegável insuficiência na utilização da força normativa dos princípios, quer no ambiente econômico, quer no âmbito do Poder Judiciário” (O caráter normativo dos princípios. MERITUM: Revista de Direito da FCH/FUMEC, p. 374.

¹¹ *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, p. 1.089.

(Constituição Federal, art. 1º, parágrafo único) com a limitação do poder estatal pelas normas jurídicas (Estado de Direito).

A Constituição Federal de 1988 utiliza claramente a expressão vocabular princípios em várias passagens de seu texto normativo, enumerando-os e às vezes estabelecendo-lhes nomenclatura própria, podendo ser catalogados, como exemplos, os seguintes enunciados normativos:

a)- artigo 4º, enumerando uma dezena de princípios que regem o Estado brasileiro nas suas relações internacionais, entre eles o princípio da prevalência dos direitos humanos (inciso II);

b)- artigo 37, enunciando explicitamente os princípios aos quais as atividades dos órgãos executivos, administrativos, legislativos e jurisdicionais do Estado brasileiro estão subordinadas, quais sejam, o princípio da legalidade, o princípio da impessoalidade, o princípio da moralidade, o princípio da publicidade e o princípio da eficiência;

c)- artigo 93, recomendando aos órgãos jurisdicionais observância a vários princípios ali enumerados, dentre eles o princípio da fundamentação das decisões jurisdicionais, ali denominado princípio da motivação (incisos IX e X);

d)- artigo 125, reconhecendo a competência dos Estados-membros para editarem normas relativas à organização judiciária, desde que observados os diversos princípios estabelecidos na própria Constituição;

e)- artigo 127, § 1º, estabelecendo os princípios institucionais do Ministério Público (princípio da unidade, princípio da indivisibilidade e princípio da independência funcional);

f)- artigo 170, relacionando, em seus incisos, nove princípios que disciplinam a ordem econômica;

g)- artigo 226, § 7º, declarando os dois princípios que orientam o planejamento familiar (princípio da dignidade da pessoa humana e princípio da paternidade responsável).

Concluídas essas noções básicas para a consecução do presente trabalho, passamos a focalizar os princípios que denominamos diretivos da função jurisdicional, encarados na sua ótica normativa própria, como base informadora e de fundamentação da atividade jurisdicional desenvolvida pelo Estado segundo a dimensão maior do Estado Democrático de Direito, considerados os chamados *princípios diretivos da função jurisdicional* verdadeiros elos de integração da jurisdição com o sistema constitucional.

3. Princípio do juízo natural



Inicialmente, cumpre-nos alinhar as razões de ordem terminológica que justificam nossa referência ao princípio do *juízo natural* no lugar da expressão *juiz natural*, esta majoritariamente adotada nos compêndios jurídicos. Por primeira, dito princípio tem assento constitucional, como se depreende da regra do inciso XXXVII, do artigo 5º da Constituição, ali se fazendo referência tecnicamente correta ao *juízo* - e não ao *juiz* - ao prescrever: “*não haverá juízo ou tribunal de exceção*”. Por segunda, há de se convir que a expressão *juízo* revela designação jurídica mais qualificada tecnicamente do órgão estatal incumbido de exercer a função jurisdicional (por isto, nomenclatura constitucional), enquanto o termo *juiz* indica o agente público investido pelo Estado do poder de julgar (por exemplo, enunciados do artigo 93, incisos I e VII, e do artigo 95 da Constituição Federal). Por terceira e última razão, louvamo-nos nas lições sempre fecundas de ROSEMIRO PEREIRA LEAL, ao lembrar, sob remissão à doutrina de AROLDO PLÍNIO GONÇALVES, que, desde o Congresso Internacional de Direito Processual de Gand, na Bélgica, realizado em 1977, “o provimento (sentença) já não é mais ato solitário do juiz, mas da jurisdição que se organiza [...] em grau de definitividade decisória, na órbita de toda a jurisdicionalidade estatal”.¹²

O qualificativo *natural*, agregado ao termo *juízo*, formando a expressão *juízo natural*, que serve de nomenclatura ao princípio, segundo esclarece ROSEMIRO PEREIRA LEAL, “só pode ser compreendido como indicativo da coexistência de Estado e jurisdição”. Tal argumento parece-nos lógico e convincente, merecendo nossa adesão, porque se apóia na idéia de que a concepção básica da criação do Estado de Direito exige concomitante implantação constitucional das suas funções jurídicas essenciais, dentre elas, a função jurisdicional ou, simplesmente, jurisdição. Por isto, bem justifica ROSEMIRO PEREIRA LEAL, “poder-se-ia dizer, então, que os órgãos jurisdicionais seriam naturais se, e somente se, surgidos com a criação jurídica do Estado”.¹³

A doutrina concebe o princípio do juízo natural (ou do juiz natural, como quer a maioria) com o significado de órgão jurisdicional competente predeterminado ou preestabelecido em lei, contrapondo-se ao juízo de exceção, este expressamente proibido no texto constitucional. Logo, o princípio do juízo natural é a antítese do juízo pós-constituído ou juízo de exceção, porque, em face de seu enunciado, o órgão estatal competente para o exercício da jurisdição tem de ser instituído, determinado e delimitado sob critérios gerais fixados *previamente* no ordenamento jurídico e jamais *posteriormente* a certas contingências ou a casos particulares ou a situações específicas que despertem a atenção do Estado. Entende-se por juízo e tribunal de exceção aqueles órgãos jurisdicionais

¹² *Teoria geral do processo: primeiros estudos*, p. 108.

¹³ *Teoria geral do processo: primeiros estudos*, p. 108.

criados ou designados, sob deliberação legislativa ou por ato arbitrário do governante, pouco importa, com o objetivo de julgarem casos específicos, tenham ou não ocorrido, segundo critérios subliminares convenientes ao Estado ou aos seus governantes.¹⁴

Mas, sem sombra de dúvida, em sede doutrinária, é ROSEMIRO PEREIRA LEAL quem apresenta idealização do princípio do juízo natural conectada ao Estado Democrático de Direito - exatamente por isto, o consideramos princípio diretivo da função jurisdicional - excerto que se transcreve, pela sua elevada precisão científica:

*“Um Estado que originariamente (naturalmente) não se manifestasse, de modo congênito, pela função de autocontrole jurisdicional e que nomeasse juízes para cada caso que lhe fosse submetido para julgar, não se legitimaria como Estado Democrático de Direito, porque o próprio Estado, em situações de conveniência e não por leis institutivas votadas pelo povo, por seus dirigentes, escolheria os juízes (tribunais de exceção) à medida das conjunturas e interesses governamentais. Daí se fala no requisito do **juízo natural** que estabelece, para garantia de direitos fundamentais de liberdade, dignidade e ampla defesa, a coexistência do Estado Democrático de Direito e de seus órgãos jurisdicionais, com competências predefinidas, ante os atos ou fatos a serem julgados. Não se trata de dizer que esse requisito assegura julgamento por juiz imparcial, porque a imparcialidade aqui não é qualidade intrínseca dos juízes, mas dever estatal constitucionalizado”.*¹⁵

Essa concepção do juízo natural sempre foi acolhida pelas Constituições brasileiras, cujos textos, tradicionalmente, têm preestabelecido os órgãos jurisdicionais competentes, razão de ser da referência terminológica ao princípio do *juízo constitucional*. Assim, na Constituição vigente, o princípio do juízo natural encontra-se albergado, como garantia fundamental do povo no conteúdo normativo do artigo 5º, inciso XXXVII, “*não haverá juízo ou tribunal de exceção*”, complementado pelo enunciado do inciso LIII, do mesmo artigo, “*ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente*”.

Por tais razões, os órgãos jurisdicionais do Estado brasileiro estão previamente constituídos pela regra do artigo 92 da Constituição atual, ou seja, os juízes e tribunais ali enumerados (órgãos judiciais), fixadas suas competências nas regras dos artigos subsequentes, além de outros órgãos (órgãos legislativos) aos quais atribuída função jurisdicional em situações particularizadas também já adredemente determinados e com suas competências definidas nos artigos 52 e 55 (Câmara dos Deputados e Senado

¹⁴ Cf. CAPPELLETTI. *Processo, ideologias, sociedade*, p. 108. LIEBMAN. *Manual de Direito Processual Civil*, p. 10. LAURIA TUCCI, Rogério e CRUZ E TUCCI, José Rogério. *Constituição de 1988 e processo: regramentos e garantias constitucionais do processo*, p. 28-30. GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Técnica processual e teoria do processo*, p. 184. NERY JÚNIOR, Nelson. *Princípios do Processo Civil na Constituição Federal*, p. 65. CRETELLA NETO, José. *Fundamentos principiológicos do processo civil*, p. 120.

¹⁵ *Teoria geral do processo: primeiros estudos*, p. 109.

Federal), o que indica um sistema jurisdicional plasmado no princípio constitucional do juízo natural.

4. Princípio da vinculação ao Estado Democrático de Direito

Pode-se afirmar que o princípio da vinculação da jurisdição ao Estado Democrático de Direito decorre de imperativo lógico do próprio sistema constitucional, pois se origina da ideia de uma ordem normativa jurídico-fundamental resultante da conexão interna entre democracia e Estado de Direito, princípios positivamente constitucionalizados, aos quais jungidas todas as funções e atividades exercidas pelos órgãos do Estado sem qualquer exclusão (Constituição Federal, artigo 1º).

Exatamente por isso, observa-se que, de forma incisiva, o ordenamento jurídico-constitucional brasileiro enunciou o princípio da vinculação dos órgãos legislativos ao Estado Democrático de Direito, quando lhes proibiu emendas à Constituição tendentes a abolir a forma federativa do Estado, o voto direto, secreto, universal e periódico, a separação das funções do Estado e os direitos e garantias fundamentais (artigo 60, § 4º), não se podendo supor, diante desta mensagem constitucional, por absurdo, que os demais órgãos do Estado, administrativos e jurisdicionais, à falta de menção explícita no texto da Constituição, estivessem desobrigados de observarem dito princípio.

Partindo-se dessas premissas, o princípio da vinculação das atividades dos órgãos estatais ao Estado Democrático de Direito encontra implícita recepção no texto constitucional, também se dirigindo aos órgãos jurisdicionais, atuando na função monopolizada por eles exercida, a jurisdição. Sua observância se faz necessária na prestação da atividade jurisdicional, viabilizada por meio do devido processo legal (garantia fundamental do povo), cujo resultado final é a sentença, ato do Estado qualificado por TERESA ARRUDA ALVIM WAMBIER, em razão disto, como *“síntese da função jurisdicional”*, visto ser considerada a sentença *“a própria finalidade do processo”*,¹⁶ pois nela se concretiza, em essência, a função jurisdicional exercida pelo Estado.

Assim, os órgãos jurisdicionais, ao proferirem suas decisões, cumprindo e finalizando a função jurisdicional, deverão fazê-lo direcionados pelo princípio da vinculação ao Estado Democrático de Direito. Este princípio se otimizará pela incidência articulada de dois outros princípios, ou subprincípios concretizadores (LARENZ) no ato estatal de julgar. Nesta ótica, os princípios concretizadores do princípio maior da vinculação da jurisdição ao Estado

¹⁶ ALVIM PINTO, Teresa Arruda. *Nulidades da sentença*, p. 187-188.

Democrático de Direito vêm a ser o *princípio da supremacia da Constituição* e o *princípio da reserva legal* (ou *princípio da prevalência da lei*).

4.1 – Princípio da supremacia da Constituição Federal

Desde a original teoria da pirâmide jurídica, elaborada por Kelsen, concebendo uma estrutura hierarquizada para as normas jurídicas, a Constituição passou a ser colocada no vértice do sistema normativo, fundamentando a unidade de todo o ordenamento jurídico. Referida teoria descreveu a ordem jurídica como uma pirâmide de normas hierarquizadas, de modo que cada uma destas regras extraísse sua força obrigatória em razão de sua conformidade com a norma imediatamente superior. Ainda segundo a teoria de Kelsen, no topo da pirâmide, depois de uma norma fundamental misteriosa, estaria a Constituição. Esta teoria foi o ponto de partida para se considerar a Constituição uma ordenação normativa fundamental revestida de supremacia em relação às demais normas (regras e princípios) que compõem o ordenamento jurídico do Estado. Logo, é pela observância do consequente princípio da supremacia normativa da Constituição – principalmente em relação às normas constitucionais declaratórias de direitos e garantias fundamentais - que o primado do Estado Democrático de Direito encontra sua primeira e maior expressão.¹⁷

Nesse passo, como lembra SIMONE GOYARD-FABRE, a idéia-força que domina a concepção jurídica do constitucionalismo:

“é a afirmação da supremacia do texto constitucional, que é visto como o fundamento de toda a ordem jurídica”. Sob a égide da Constituição – prossegue a autora – “a catedral jurídica se organiza em sistema; este, em seu significado filosófico, é a expressão jurídica de uma racionalidade lógico-formal; em sua eficiência prática, a ordem constitucional é portadora de normatividade, de modo que as regras de direito ganham figura, no âmbito estatal, de modelos de diretividade”.¹⁸

4.2 – Princípio da reserva legal

¹⁷ Cf. Kelsen. *Teoría general del Estado*, p. 325-327. BERGEL, Jean Louis. *Théorie générale du droit*, p. 86-87. CANOTILHO. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, p. 241 e 421. BARACHO. Jurisdição constitucional da liberdade. In: LEITE SAMPAIO, José Adércio (coord.). *Jurisdição Constitucional e Direitos Fundamentais*, p. 24. QUINTÃO SOARES, Mário Lúcio. Processo constitucional, democracia e direitos fundamentais. In: LEITE SAMPAIO, José Adércio (coord.). *Jurisdição Constitucional e Direitos Fundamentais*, p. 410. BARROSO, Luís Roberto. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição brasileira*, p. 286.

¹⁸ *Os fundamentos da ordem jurídica* [Les fondements de l'ordre juridique]. 1ª. ed. Trad. Claudia Berliner. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 111-112.

O princípio da vinculação ao Estado Democrático de Direito exprime-se também pelo princípio da reserva legal (ou princípio da prevalência da lei), este com recepção explícita no texto constitucional, pois solenemente declarado no elenco dos direitos fundamentais do povo: “ninguém será obrigado a fazer ou a deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei” (Constituição Federal, artigo 5º, inciso II).

A expressão *lei*, nesse enunciado normativo, tem o significado técnico-jurídico de *ordenamento jurídico*, na sua total extensão, isto é, conjunto de normas jurídicas constitucionais e infraconstitucionais vigentes no sistema jurídico brasileiro, repetindo-se que as normas jurídicas englobam as regras e os princípios (ver introdução), ambos com igual força vinculativa no plano decisório.¹⁹ Tal significa que os órgãos jurisdicionais devem irrestrita obediência ao ordenamento jurídico, sem perderem de vista a supremacia da Constituição como norma fundamental superior, razão pela qual não podem aplicar normas que a infringam. A legitimidade democrática das decisões jurisdicionais, comprometidas com o princípio do Estado Democrático de Direito, está assentada na exclusiva sujeição dos órgãos jurisdicionais às normas que integram o ordenamento jurídico, emanadas da vontade do povo, porque discutidas, votadas e aprovadas pelos seus representantes no Congresso Nacional.

Por conseguinte, se todo o poder emana do povo, em nome de quem os órgãos do Estado o exercem, inclusive os órgãos jurisdicionais, o que é fundamento básico do Estado Democrático de Direito, assim declarado no parágrafo único, do artigo 1º, do texto constitucional, está a exigir a Constituição de 1988 dos juízes e tribunais decisões conforme as normas constitucionais e as normas infraconstitucionais que integram o ordenamento jurídico. Somente assim poder-se-á falar em decisões jurisdicionais proferidas em nome do povo,²⁰ máxime no Brasil, onde o povo não elege os juízes, pois selecionados e nomeados

¹⁹ Cf. AGUIAR JÚNIOR, Rui Rosado de. Responsabilidade política e social dos juízes nas democracias modernas. *Revista da Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul*, p. 24-25. Invoca o autor a teoria da integridade do direito, elaborada por RONALD DWORKIN, para apontar “o equívoco dos positivistas em atribuir ao juiz, na falta de uma regra clara para a solução do caso, um poder criador discricionário”. A faina do juiz – aduz RUI ROSADO DE AGUIAR JÚNIOR – “está inserida no ordenamento vigente no país, que constitui um sistema não apenas composto de regras, mas também de princípios, os quais devem ser extraídos, ponderados e utilizados pelo juiz na solução do caso; para isso, será decisiva a escolha que ele fizer em favor do princípio que creia seja o melhor para atender ao espírito de unidade do sistema” (loc. cit.). Nessa linha de entendimento, considera MARCELO CUNHA DE ARAÚJO que os princípios supremos do ordenamento jurídico são os da constitucionalidade, da reserva legal e jurídico democrático (*O novo processo constitucional*, p. 79).

²⁰ Cf. BARACHO. Teoria geral da cidadania: a plenitude da cidadania e as garantias processuais e constitucionais. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa v. XXXVIII*, p. 44. GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Técnica processual e teoria do processo*, p. 50. MÜLLER. *Quem é o povo? A questão fundamental da democracia*, p. 60. LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria geral do processo: primeiros estudos*, p. 187. Nesse sentido, a Constituição italiana, cujo artigo 101 declara que “a justiça é administrada em nome do povo” (*la giustizia è amministrata in nome del popolo*). É

diretamente pelo Estado, ora por rigoroso concurso público, de provas e títulos, ora por *listas tríplices*, algumas, para desventura do mesmo povo, de triste memória.

Logo, os únicos critérios diretivos para o exercício da função jurisdicional que culmina quando os órgãos jurisdicionais proferem a decisão final (sentença, provimento), são os ditados pelo princípio da permanente vinculação dos atos da jurisdição ao Estado Democrático de Direito, quais sejam, rigorosa observância do ordenamento jurídico vigente (reserva ou prevalência da lei), visando à sua realização na maior medida possível, preservando-se, sempre, a supremacia do sistema constitucional, o que exige adequada e permanente interpretação das normas jurídicas em conformidade com o texto da Constituição.

Por essas razões, devem ser energicamente descartados quaisquer doutrinas e precedentes jurisprudenciais que sugiram aos órgãos estatais (juízes e tribunais) exercício da função jurisdicional sob critérios outros dissociados da constitucionalidade da jurisdição, porém, ao revés, marcados de forma inconstitucional e antidemocrática pela arbitrariedade, pela discricionariedade, pelo subjetivismo, pelo messianismo, pelas individualidades carismáticas ou pela patologia judiciária que denominamos *complexo de Magnaud*,²¹ como se colhe, por exemplo, com a devida vênia, do seguinte fragmento doutrinário:

interessante notar, conforme bem observa RICARDO FERREIRA SACCO, que essa idéia de exercício de poder pelo Estado em nome do povo, já em 1776, portanto, há 232 anos atrás, já era acolhida na Constituição da Virgínia, Estados Unidos da América do Norte, *verbis*: “SECTION 2. *That all power is vested in, and consequently derived from, de people; that magistrates are their trustees and servants, and all times amenable to them*”. Em vernáculo, segundo tradução feita pelo mesmo autor: “SEÇÃO 2. *Todo o poder é investido e conseqüentemente derivado do povo; os magistrados são seus curadores e servidores e, sempre acessíveis e sensíveis a ele*” (*Constitucionalismo e Ministério Público*, p. 39-40).

²¹ Jean-Marie Bernard Magnaud foi o juiz que, na França, presidiu o Tribunal de Primeira Instância de Château-Thierry no período de 1899 a 1904, cujos julgamentos se tornaram célebres, mas assim sobressaindo porque subvertiam a ordem jurídica. Almejava ser o bom juiz, clemente com os miseráveis e severo com os poderosos. Apesar de bem redigidas, suas sentenças, muitas vezes, eram distanciadas das fontes do direito, sem qualquer preocupação com as regras e princípios jurídicos, com a doutrina ou com a jurisprudência. Algumas decisões por ele lavradas revelavam incerteza e insegurança jurídicas, formulando regras apoiadas unicamente no sentimentalismo e nos seus juízos e opiniões pessoais, que variavam em cada situação apreciada, ainda que semelhantes os casos julgados. Essas decisões assim proferidas simbolizavam anarquia jurídica, porque levavam em conta a classe, a mentalidade religiosa ou a ideologia política das pessoas que postulavam a jurisdição. Ao ditar suas sentenças, comportava-se Magnaud como se fosse a própria encarnação do direito, um misto de legislador, de vidente, de apóstolo e de evangelizador, dir-se-ia espécie mitológica do *Juiz-Zeus*. Para alguns doutrinadores, entretanto, Magnaud proferia suas sentenças com base na equidade (Cf. GÉNY, François. *Méthode d'interprétation et sources en droit privé*, p. 287-289. PERELMAN, Chaïm. *Lógica jurídica: nova retórica*, p. 97-98. GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Técnica processual e teoria do processo*, p. 45-46. MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*, p. 83. ARAÚJO, Francisco Fernandes de. *Responsabilidade objetiva do Estado pela morosidade da justiça*, p. 361).

*“Nunca poderá ser um grande juiz aquele que produz dentro de um sistema fechado, de plenitude hermética do direito. Grande só pode ser o juiz que disponha de liberdade para criar a solução que lhe pareça mais acertada e mais justa para o caso que tem de julgar. Toda atividade vinculada perde sua grandeza. Só mesmo o poder discricionário dá magnitude à tarefa do juiz, porque ele pode escolher entre várias soluções aquela que lhe pareça a melhor. [...]. Ora, a Justiça é o juiz. O que importa é a educação do juiz, a formação do jurista, nutrido por um sentimento comum de nacionalidade, um sentimento comum de amor a seu povo, seu meio, seu tempo, e ao espírito do seu Direito. [...]. A Justiça está na alma do Juiz. Não está nos Códigos. A Justiça é o Juiz”.*²²

É preciso que os órgãos jurisdicionais não descurem de levar a sério o princípio da reserva legal, ao contrário do que se nota, em algumas oportunidades, quando pesquisados repositórios de jurisprudência, porque, bem o disse HUMBERTO THEODORO JÚNIOR, “no Estado Democrático de Direito, os indivíduos são livres para governar sua conduta em sociedade e gozam da garantia de que apenas a lei poderá interferir para dimensionar e delimitar essa liberdade”.²³

Essa idéia da prevalência do ordenamento jurídico precisa ficar definitivamente arraigada junto aos práticos ou operadores do direito, pelo que invocamos a lição de ROSEMIRO PEREIRA LEAL, formulada sob remissão às doutrinas de JÜRGEN HABERMAS, de FRIEDRICH MÜLLER e de CATTONI DE OLIVEIRA, ao assinalar que, nas democracias, “nenhuma norma é exigível se seu destinatário não é o seu próprio autor”, isto porque, “se o povo real não legislou, o direito não existe para ninguém”, daí concluindo, “não há indagar se o que não é proibido é permitido, se o sistema é aberto ou fechado, mas, no direito democrático, o que não é provido pelo devido processo legislativo fiscalizável processualmente por todos (devido processo legal) não é juridicamente exigível”.²⁴

Na esteira de doutrina moderna, científica e seriamente comprometida com o princípio fundamental do Estado Democrático de Direito,²⁵ em definitivo, não pode haver

²² ROSA, Eliézer. *Novo Dicionário de Processo Civil*, p. 167 e 170. Ainda como exemplo de função jurisdicional exercida de forma desvinculada ao Estado Democrático de Direito, transcrevemos a seguinte concepção doutrinária: “O posicionamento livre e independente do juiz na formação de uma convicção que mais se enquadre à concepção ampla de justiça não induz à idéia de uma idiossincrasia.[...]. Tem que ser [o juiz] especial, equilibrado, ponderado, imparcial e sensível aos anseios da sociedade na apreciação do caso concreto levado à sua alta e peculiar consciência de julgador, de artesão da Justiça e do Direito” (ROMANI, Dagoberto. O juiz, entre a lei e o Direito. *Revista dos Tribunais* v. 633, p. 235). Com todo o respeito, como sustentamos neste trabalho, o princípio da vinculação da função jurisdicional ao Estado Democrático de Direito repudia essa figura retórica do “juiz artesão da Justiça e do Direito”.

²³ O juiz e a revelação do direito *in concreto*. *Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil* v. 14, p. 8.

²⁴ *Teoria Processual da Decisão Jurídica*, p. 39.

²⁵ Cf. THEODORO JÚNIOR, Humberto. O juiz e a revelação do direito *in concreto*. *Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil*, p. 14. LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria Processual da Decisão*

decisões jurisdicionais apoiadas nas noções vagas, imprecisas e fluídas de *justiça* e de *equidade*, vale dizer, “*ao alvedrio judiciário*”, buscando alcançar aquilo que, sob atecnia e de forma indefinida, costuma-se qualificar de *ideal de justiça* ou de *decisão justa*, construídas pelos devaneios inconsequentes dos adeptos do direito livre ou do direito alternativo, “*que transformam o juiz no ‘grande justiceiro do caso concreto’*, sujeitando-se, apenas, ao farol da *justiça*”, segundo crítica procedente de HUMBERTO THEODORO JÚNIOR, ou, em outros termos, “*convertendo o direito em esdrúxulo recinto de decisão personalista de um juiz clarividente*”, conforme censura inquestionável de ROSEMIRO PEREIRA LEAL.

Nossa crítica técnico-científica, entretanto, não se encerra aí, porque há outros conceitos vagos, captados de doutrinas tradicionais e adotados no exercício da função jurisdicional, baseados nas ideologias dos agentes públicos decisores (juizes), nas suas próprias concepções de vida, crenças e critérios pessoais ou nos seus particulares e talentosos sentidos de justiça, algumas vezes elevados à grandiosidade imperial, porque são aprovados com louvor em difíceis concursos públicos ou *escolhidos* pelas autoridades judiciais e governamentais por meio de inclusões de seus nomes em majestáticas listas tríplices, algumas de triste memória. Que o digam os valorosos advogados militantes, ao depararem com decisões jurisdicionais fundamentadas, por exemplo, nos critérios enigmáticos do “justo razoável”, do “ideal de justiça”, “do caráter instrumental do processo”, do “livre (ou prudente) arbítrio do juiz”, do “prudente critério do juiz”, do “processo justo”, da “interpretação mais razoável”, da “decisão mantida pelos seus próprios e jurídicos fundamentos”, além de outros tantos esquisitos fundamentos e expressões próprias de um autêntico festival de logomaquia, captados, às vezes, de aplaudidas doutrinas e de textos pretorianos repetitivos e grandiloqüentes, porém manifestamente incompatíveis com o princípio do Estado Democrático de Direito.

Neste novo milênio, esses apontados parâmetros são igualmente colidentes com o cenário sistêmico do Estado Democrático de Direito, abandonado pelos órgãos jurisdicionais, quando passam a formular juízos desvinculados do ordenamento jurídico que a norma constitucional lhes recomendou observar, justamente no título da Constituição que trata dos direitos fundamentais do povo, empreendendo uma proibida *atividade de manufaturação arbitrária do direito*, em outras palavras, *fabricando* direitos à margem do ordenamento jurídico vigente. Somente é direito o que como tal for produzido pelo órgão legislativo do Estado brasileiro (Congresso Nacional), composto de representantes eleitos pelo povo, tudo sob expressa autorização constitucional e pelo processo legislativo previsto

Jurídica, p. 70-71. PERELMAN, Chaïm. *Lógica jurídica: nova retórica*, p. 96-98. REIS FRIEDE, R. O poder do juiz. *Revista do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil v. 57*, p. 9.

constitucionalmente, sendo esta a estrutura de legitimação democrática do Estado de Direito, não podendo o órgão jurisdicional ignorá-la, a fim de exercer *função lúdica*, ou, como já foi bem dito, não podendo o juiz “*brincar de pretor romano*” (MÜLLER).²⁶

5. Princípio do devido processo constitucional

Contudo não é somente a obediência ao princípio da reserva da lei que permitirá o exercício constitucionalizado da função jurisdicional e a consequente decisão vinculada ao Estado Democrático de Direito. Adicione-se a esse desiderato a garantia do devido processo constitucional, que não pode ser olvidada. Assim o é, porque a decisão jurisdicional (sentença, provimento) não é ato solitário do órgão jurisdicional, pois somente obtida sob inarredável *disciplina constitucional principiológica* (devido processo constitucional), por meio da garantia fundamental de uma *estrutura normativa metodológica* (devido processo legal), a permitir que aquela decisão seja construída com os argumentos desenvolvidos em contraditório por aqueles que suportarão seus efeitos em torno das questões de fato e de direito sobre as quais controvertem no processo.

Reportando-nos à doutrina de AROLDO PLÍNIO GONÇALVES,²⁷ é importante perceber que a referida *estrutura normativa* consagra uma técnica de aplicação do direito desvinculada de elementos subjetivos do agente público julgador, proporcionando a qualquer pessoa do povo, ao postular a função jurisdicional, a mesma segurança de obter decisão conforme o ordenamento jurídico vigente (princípio da reserva legal), quer esteja diante de um juiz dotado de cultura jurídica, formação técnica, inteligência, sensibilidade e talento sobre-humanos (*juiz Hércules*²⁸), quer esteja diante de um juiz obtuso,

²⁶ Cf. LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria Processual da Decisão jurídica*, p. 70 e 112. GARCÍA DE ENTERRIA, Eduardo. *Democracia, jueces y control de la administración*, p. 126-127. MENEZES DIREITO, Carlos Alberto. A decisão judicial. *Revista Forense* v. 351, p. 28. MÜLLER, Friedrich. *Quem é o povo? A questão fundamental da democracia*, p. 60.

²⁷ *Técnica processual e teoria do processo*, p. 45-46.

²⁸ Criação de RONALD DWORKIN, com o propósito de ilustrar suas teorias quanto à atitude decisório-interpretativa ideal a ser seguida no ato estatal de julgar. Segundo as palavras do próprio jurista: “*Devo tentar expor essa complexa estrutura da interpretação jurídica, e para tanto utilizarei um juiz imaginário, de capacidade e paciência sobre-humanas, que aceita o direito como integridade. Vamos chamá-lo de Hércules*” (*O Império do Direito* [Law’s Empire], p. 287). Estamos de acordo com ANDRÉ CORDEIRO LEAL, quando observa que o *juiz Hércules* de Dworkin simboliza uma importância extrema do ato decisório em si, como se fosse ato solitário do órgão estatal julgador, monopolizando por completo a tarefa interpretativa, com isto desprezando a indispensável e importante contribuição argumentativa das partes no processo, concebido por FAZZALARI como procedimento em contraditório (*O contraditório e a fundamentação das decisões no direito processual democrático*, p. 61-62). Essas considerações reforçam a tese da indispensabilidade da presença do advogado no ato estatal de julgar, aliás preceito constitucional, trilhando-se o caminho doutrinário aberto por ROSEMIRO PEREIRA LEAL, para quem a jurisdição somente se realiza pelo processo



desatualizado, despreparado, desqualificado ou desmotivado para o exercício da função jurisdicional.

Temos sustentado que o devido processo legal, um dos alicerces do processo constitucional (ou modelo constitucional do processo), considerado este a estrutura metodológica normativa constitucional de garantia dos direitos fundamentais, deve ser entendido como um bloco aglutinante e compacto de vários direitos e garantias fundamentais inafastáveis, ostentados pelas pessoas do povo (partes) quando deduzem pretensão à tutela jurídica nos processos perante os órgãos jurisdicionais: a)- direito de amplo acesso à jurisdição prestada dentro de um tempo útil ou lapso temporal razoável; b)- garantia do juízo natural; c)- garantia do contraditório; d)- garantia da ampla defesa com todos os meios e recursos a ela (defesa) inerentes, aí incluído o direito à presença de advogado ou de defensor público; e)- garantia da fundamentação racional das decisões jurisdicionais com base no ordenamento jurídico vigente (reserva legal); f)- garantia de um processo sem dilações indevidas.²⁹

Dentro desse equacionamento democrático e constitucional, afastando-se, de uma vez por todas, a idéia de que a decisão jurisdicional deva ser orientada por hercúleos critérios subjetivos do julgador, dizem melhor as palavras de ROSEMIRO PEREIRA LEAL, forte na teoria estruturalista do processo, concebida por ELIO FAZZALARI, ao pontificar que, nos dias de hoje, no Estado Democrático de Direito, *decisão jurisdicional* significa *“julgamento vinculado ao espaço técnico-procedimental-discursivo do processo cognitivo de direitos, como conclusão co-extensiva da argumentação das partes”*, adquirindo, em razão disto, *“conotação de ato integrante final da estrutura do procedimento”*.³⁰

Para finalizar o presente segmento, uma derradeira observação se impõe, decisão jurisdicional que estiver totalmente desvinculada do princípio fundamental do Estado Democrático de Direito, hostilizando por completo o princípio da reserva legal, além de não se legitimar constitucionalmente, poderá configurar ato ilícito, passível de acarretar a

constitucionalizado, que se define pela coexistência dos princípios da ampla defesa (incluindo-se neste, necessariamente, o direito ao advogado), do contraditório e da fundamentação das decisões. Por isto, a decisão jurisdicional nunca será somente o resultado interpretativo hercúleo do juiz, mas, como aponta corretamente ROSEMIRO PEREIRA LEAL, *“conclusão co-extensiva da argumentação das partes”*. É de se ressaltar que esta argumentação é desenvolvida pelas partes que têm direito a uma defesa técnica conforme o ordenamento jurídico, por isto representadas por advogados, em contraditório, em torno das questões de fato e de direito discutidas no processo. Enfim, com aplausos, subscrevemos o seguinte texto doutrinário de MARCELO ANDRADE CATTONI DE OLIVEIRA: *“não é necessário ser Hércules (Dworkin), para se cumprir a tarefa jurisdicional”* (*Direito processual constitucional*, p. 154).

²⁹ Cf. BRÊTAS. *Responsabilidade do Estado pela função jurisdicional*, p. 111. As reformas do Código de Processo Civil e o processo constitucional. *Processo civil reformado*, p. 229.

³⁰ *Teoria Processual da Decisão Jurídica*, p. 26-27.

responsabilidade do agente público decisor que a tiver proferido (Lei Complementar nº 35, de 14/3/1979, que dispõe sobre a Lei Orgânica da Magistratura Nacional, artigo 49), desde que tenha causado prejuízos às partes.

6. Princípio da fundamentação das decisões jurisdicionais

A importância do princípio da fundamentação das decisões jurisdicionais é demonstrada ao se constatar sua recepção em enunciados normativos expressos nos ordenamentos jurídicos modernos, quer no plano constitucional, quer no plano infraconstitucional, impondo aos órgãos jurisdicionais do Estado o dever jurídico de motivarem seus pronunciamentos decisórios, visando a afastar o arbítrio judicial, caracterizado por anômalas ou patológicas intromissões de ideologias do julgador na motivação das decisões de forma incompatível com os princípios que estruturam o Estado Democrático de Direito.

Nesse sentido, fazendo-se breve incursão na legislação comparada, merece lembrança a Constituição da Itália, sempre apontada pela doutrina especializada como exemplo no assunto, por estabelecer normas sobre a função jurisdicional do Estado (*norme sulla giurisdizione*), prescrevendo, dentre elas, no seu artigo 111, que “*todos os provimentos jurisdicionais devem ser motivados*” (*tutti i provvedimenti giurisdizionali devono essere motivati*). Por sua vez, o Código de Processo Civil italiano, na esteira constitucional, ao dispor sobre o conteúdo da sentença (artigo 132), recomenda “*a concisa exposição do desenvolvimento do processo e dos motivos de fato e de direito da decisão*” (*la concisa esposizione dello svolgimento del processo e dei motivi in fatto e in diritto della decisione*). Na França, embora seu ordenamento constitucional não contemple semelhante recomendação, esta vem enunciada no Código de Processo Civil francês (regra do artigo 455), “*o julgamento deve ser motivado*” (*le jugement doit être motivé*). O mesmo ocorre na Alemanha, inexistente expresso preceito constitucional a respeito, mas, ao dispor o Código de Processo Civil alemão, na regra do seu § 313, sobre a forma e conteúdo da sentença, vê-se clara a influência do referido princípio no seu enunciado normativo, ao ordenar que a sentença deve incluir, em sua estruturação, os fatos (exposição sucinta das pretensões e dos meios de defesa) e os fundamentos jurídicos (resumo das considerações nas quais se baseia a decisão sob o ponto de vista de fato e de direito),³¹ o que traduz o dever do órgão

³¹ *Código Procesal Civil Alemán del 30 de enero de 1877 (hoja de la ley imperial 1 83) en la versión de la publicación del 12 septiembre de 1950 (hoja del Código Civil 1 533), modificada finalmente con la ley para la reforma del derecho matrimonial del 4 de mayo de 1998 (hoja del Código Civil 1 I 833).*

jurisdicional de motivá-la. O Código de Processo Civil português, embora não apresente boa sistematização técnica a respeito, começa por recomendar que as decisões proferidas sobre qualquer ponto controvertido (=questão) ou sobre alguma dúvida no processo sejam sempre fundamentadas (justificadas), proibindo a fundamentação (justificação) por *simples adesão* aos fundamentos constantes dos arrazoados das partes (art. 158º). Em outra parte, o Código lusitano prescreve que a sentença deverá indicar seus fundamentos, devendo o juiz, a tanto, discriminar os fatos que considerar provados e indicar, interpretar e aplicar as normas jurídicas correspondentes, resolvendo todas as questões que as partes tenham submetido à sua apreciação (arts. 659º e 660º).

O Estado brasileiro segue o modelo italiano, porque o princípio da fundamentação, assim expressamente considerado, tem enunciado normativo na regra do artigo 93, inciso IX, da Constituição Federal, ao dispor que todas as decisões dos órgãos jurisdicionais serão fundamentadas. No plano infraconstitucional, dito princípio surge informando as regras dos artigos 165 e 458 do Código de Processo Civil, ao incluírem, entre os requisitos estruturais da sentença, os fundamentos que abrangem a obrigatória análise das questões de fato e de direito discutidas pelas partes no processo e o dispositivo no qual o órgão jurisdicional resolverá ditas questões. De igual forma, o Código de Processo Penal, embora sem a precisão técnica do Código de Processo Civil, também prescreve que a sentença conterà a exposição sucinta da acusação e da defesa, a indicação dos motivos de fato e de direito em que se fundar a decisão e a indicação dos artigos de lei aplicados (artigo 381).

Nosso pensamento sobre o alcance do princípio em exame busca se harmonizar com o que entendemos ser jurisdição exercida de forma vinculada ou obediente ao princípio maior do Estado Democrático de Direito. Com efeito, se a jurisdição somente atua mediante o devido processo constitucional e se o processo é procedimento que se desenvolve em contraditório entre as partes, em condições de paridade, fundamentar a decisão jurisdicional é justificar o órgão estatal julgador no processo, as razões pelas quais a decisão foi proferida.³² Esta justificação, porém, não pode ser abstrata, desordenada, desvairada, ilógica, irracional ou arbitrária, formulada ao influxo das *ideologias*, do *particular sentimento jurídico* ou das *convicções pessoais* do agente público julgador, marginalizando as questões

Tradução espanhola de Emilio Eiranova Encinas e Miguel Lourido Míguez. Madrid: Marcial Pons, 2001.

³² No Estado de Direito, rememora JOSÉ CARLOS BARBOSA MOREIRA, invocando a doutrina alemã, todos os órgãos estatais sujeitam-se à lei, razão pela qual têm de justificar os atos que praticam, sobretudo os decisórios. Sendo assim, conclui: “*qualquer intromissão na esfera jurídica das pessoas deve, por isso mesmo, justificar-se, o que caracteriza o Estado de Direito como ‘rechtsfertiger Staat’, como ‘Estado que se justifica’*” (A motivação das decisões judiciais como garantia inerente ao Estado de Direito. In: *Temas de direito processual: segunda série*, p. 89).

e os argumentos posicionados pelas partes no processo, porque o julgador não está sozinho no processo, não é seu centro de gravidade e não possui o monopólio do saber.³³ No Estado Democrático de Direito, esta justificação tem de ser feita dentro de um conteúdo estrutural normativo que as normas processuais impõem à decisão, em forma tal que o agente público julgador lhe dê motivação racional sob a prevalência do ordenamento jurídico em vigor e indique a legitimidade das escolhas adotadas, em decorrência da obrigatória análise dos argumentos desenvolvidos pelas partes, em contraditório, em torno das questões de fato e de direito sobre as quais estabeleceram discussão. Portanto, a fundamentação da decisão jurisdicional será o resultado lógico da atividade procedimental realizada mediante os argumentos produzidos em contraditório pelas partes que suportarão seus efeitos.

Falamos em *argumentos* desenvolvidos em contraditório pelas partes, em torno das *questões* discutidas no processo, a exigir explicação e defesa desta posição assumida, o que nos apressamos em fazer. Pois bem, tomando-se por base a doutrina de CARNELUTTI, *ponto* é o fundamento da pretensão ou da defesa que surge indubitado ou incontroverso no processo. Quando as partes estabelecem discussão (controvérsia) em torno do *ponto*, este se converte em *questão*. Logo, para CARNELUTTI, *questão* é todo *ponto controvertido ou duvidoso* (de fato, de direito processual ou de direito material) que desponta no processo, objeto da discussão das partes e da decisão que será proferida. Por outro lado, esclarece LARENZ que *argumentar* é fornecer *argumentos* que *justifiquem* uma afirmação, tornando-a pertinente ou pelo menos discutível. Em face do caráter dialético do processo, os argumentos e contra-argumentos das partes são traços marcantes do procedimento em

³³ Algumas dessas “*ideologias*” surgem cogitadas em doutrinas prestigiadas. Por exemplo, preconiza-se, no ato estatal de julgar, a interferência das “*convicções sócio-políticas do juiz, que hão de refletir as aspirações da própria sociedade*” (DINAMARCO, Cândido Rangel. *A Instrumentalidade do Processo*, p. 274). Também, na motivação da sentença, muitas vezes, cogita-se da influência de um “*oculto sentimento*” do juiz, qual seja, “*simpatia, antipatia, desinteresse por uma questão ou argumentação jurídica*”, “*todas as variações dessa realidade misteriosa, maravilhosa e terrível que é o espírito humano*”, refletidas nos repertórios de jurisprudência (CAPPELLETTI, Mauro. *Processo, ideologias, sociedad*, p. 3-5). Entretanto, o entrelaçamento técnico dos princípios da reserva legal, do contraditório e da fundamentação, que se dá pela garantia do processo constitucional, tolhe a nefasta intromissão dessas “*ideologias*” no ato estatal de julgar, ultimamente em voga, eis que repudiadas pela configuração jurídico-fundamental do Estado Democrático de Direito, princípio ao qual a função jurisdicional está sempre vinculada. Daí a lição proficiente de ROSEMIRO PEREIRA LEAL: “*a reserva legal, como referente lógico-jurídico da legitimidade jurisdicional, erigiu-se em princípio constitucional de racionalidade na prolatação das decisões judiciais, o que torna imprescindível a fundamentação do ato jurisdicional em leis que lhe sejam precedentes*” (*Teoria geral do processo: primeiros estudos*, p. 110). Endossamos essa posição doutrinária, porque as partes, no processo, têm o direito de obter do Estado um provimento conforme o ordenamento jurídico vigente. Logo, a sentença tem de indicar com precisão as normas jurídicas (regras e princípios) que lhe serviram de base à fundamentação. Nessa linha de pensamento, poder-se-ia até mesmo sustentar a incidência do *princípio da precisão* (ou *determinabilidade*) das normas jurídicas, a informar a segurança jurídica do ato estatal de julgar.



contraditório. Os argumentos consistem, então, nas *razões de justificação* deduzidas pelas partes, no procedimento em contraditório, em torno das questões de fato e de direito processual ou material discutidas, com o objetivo de demonstrarem consequências ou conseguirem deduções. Acentua CARNELUTTI que a decisão é obtida resolvendo-se as *questões discutidas* no processo, razão pela qual *as questões a serem resolvidas* convertem-se em *razões da discussão* e estas serão as *razões da decisão*. Atentos a essas formulações teóricas,³⁴ na tentativa de se estabelecer distinção técnica entre *argumentos* e *questões* e suas correlações com os princípios do contraditório e da fundamentação, chegamos à conclusão de que, no processo, as *razões de justificação (argumentos)* das partes, envolvendo as *razões da discussão (questões)*, produzidas em contraditório, constituirão *base para as razões da decisão*, e aí encontramos a essência do dever de fundamentação, permitindo a geração de um pronunciamento decisório participado e democrático.

Para encerrar este segmento, consideramos que, no Estado Democrático de Direito, a exigência constitucional de fundamentação das decisões jurisdicionais tem assento em quatro razões lógicas e juridicamente relevantes:

a)- controle de constitucionalidade da função jurisdicional, permitindo verificar se o pronunciamento estatal decisório está fundado no ordenamento jurídico vigente (princípio da reserva legal);

b)- tolhimento da interferência de ideologias e subjetividades do agente público julgador no ato estatal de julgar;

c)- verificação da racionalidade da decisão, ao apreciar os argumentos desenvolvidos pelas partes em contraditório e ao resolver analiticamente as questões postas em discussão no processo, a fim de afastar os erros de fato e de direito cometidos pelos órgãos jurisdicionais, causadores de prejuízos às partes, ensejando a responsabilidade do Estado;

d)- possibilidade de melhor estruturação dos recursos eventualmente interpostos, proporcionando às partes precisa impugnação técnica e jurídica dos vícios e erros (de fato e

³⁴ Cf. CARNELUTTI, Francesco. *Instituciones del proceso civil*, p. 33-34. *Sistema de Derecho Processual Civil*, v. II, p. 39. LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*, p. 212. A doutrina de CARNELUTTI é acompanhada pela unanimidade dos processualistas brasileiros (por todos, cf. DINAMARCO, Cândido Rangel. *Fundamentos do processo civil moderno*, p. 189-190. CARREIRA ALVIM, José Eduardo. *Elementos de teoria geral do processo*, p. 167). Há certa confusão no Código de Processo Civil quanto às noções de *ponto* e de *questão*. Por exemplo, a regra do artigo 535, II, recomenda a interposição de embargos de declaração, quando for omitido *ponto* sobre o qual a sentença devia pronunciar-se. Na realidade, cogita-se aí de *questão* (*ponto* controvertido). As regras dos artigos 331 e 451 fazem referência a *pontos controvertidos*. Ora, *pontos controvertidos* são as *questões* discutidas no processo.

de direito) que maculam as decisões jurisdicionais, perante órgão jurisdicional diverso daquele que as proferiu, viabilizando a concretização dos princípios da recorribilidade e do duplo grau de jurisdição.

7. Conexão entre os princípios do contraditório, da congruência e da fundamentação das decisões jurisdicionais

A partir dessas concepções, nota-se um inegável entrelaçamento do princípio do contraditório com o princípio da fundamentação, propiciado pelo devido processo legal, o que foi alcançado por ANDRÉ CORDEIRO LEAL, em termos tecnicamente precisos:

“mais do que garantia de participação das partes em simétrica paridade, portanto, o contraditório deve ser efetivamente entrelaçado com o princípio [...] da fundamentação das decisões, de forma a gerar bases argumentativas acerca dos fatos e do direito debatido, para a motivação das decisões”, concluindo, “decisão que desconsidere, ao seu embasamento, os argumentos produzidos pelas partes no seu iter procedimental será inconstitucional e, a rigor, não será sequer pronunciamento jurisdicional, tendo em vista que lhe faltaria a necessária legitimidade...”³⁵

Essa idéia da repercussão direta do contraditório na fundamentação das decisões, pela sua magnitude, é acolhida na doutrina italiana mais atual, como se colhe das considerações de MICHELE TARUFFO, ao partir da constatação de que a dialética ocupa largo espaço e constitui importante fator dinâmico do processo. Por isto, sustenta TARUFFO que, na verdade, a decisão jurisdicional pode ser entendida como o resultado final da contraposição dialética travada entre as partes, que é o contraditório, sendo essenciais as argumentações fáticas e jurídicas que elas desenvolvem, visando à reconstrução do caso concreto no processo e à correta individualização das questões que serão julgadas. Ainda considera TARUFFO que o contraditório se configura *“como um momento fundamental da ‘racionalidade procedimental’ de que fala Habermas” (come un momento fondamentale della ‘razionalità procedurale’ di cui parla Habermas)*.³⁶

Nessa perspectiva, unem-se inseparavelmente o princípio do contraditório e o princípio da fundamentação, como se fossem irmãos siameses, ambos atuando na dinâmica argumentativa (fática e jurídica) do procedimento, de forma que propicie a geração democrática de uma decisão jurisdicional participada, em concepção renovada do processo, adequada ao Estado Democrático de Direito, idealizada a partir da confluência da *teoria*

³⁵ *O contraditório e a fundamentação das decisões no direito processual democrático*, p. 105.

³⁶ *Il controllo di razionalità della decisione fra logica, retorica e dialettica*. In: *L'attività del giudice: mediazione degli interessi e controllo delle attività*, a cura di Mario Bessone, p. 147-148.

discursiva do direito e da democracia (HABERMAS) com a *teoria do processo como procedimento em contraditório* (FAZZALARI), objeto de fecundos trabalhos doutrinários expostos por uma plêiade de notáveis processualistas mineiros.³⁷

Como já foi considerado, haverá inconstitucionalidade do julgamento, se a decisão do órgão julgador do Estado desconhecer essas premissas que, sob rigor técnico, não será pronunciamento jurisdicional, via de consequência, tratando-se de decisão absolutamente nula, eis que os efeitos da declaração de inconstitucionalidade de lei ou de qualquer ato do Estado, sobretudo ato decisório no processo, adentram no campo das nulidades.³⁸

Vale ainda consignar que o princípio da fundamentação das decisões jurisdicionais se perfaz pelo princípio da congruência, este significando correspondência entre o que foi pedido pelas partes e o que foi decidido, ou seja, deve existir correlação entre o objeto da ação que originou o processo e o objeto da decisão jurisdicional nele proferida. O princípio da congruência decorre do duplo dever do órgão julgador de se pronunciar sobre tudo o que as partes pediram e somente sobre o que foi por elas pedido.³⁹ A razão de ser do princípio da congruência, consoante o magistério de TERESA ARRUDA ALVIM WAMBIER, reside nas considerações de que a:

“intervenção do Estado, para realizar os interesses individuais tutelados pelo Direito material, depende da vontade do particular, que é o titular do interesse; e, evidentemente, só cabe à parte provocar ou não o exercício da função jurisdicional para realizar um interesse seu, tutelado, cabe a ela,

³⁷ CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. *Direito Processual Constitucional*, p. 198. Democracia e jurisdição constitucional, p. 108-109. LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria Processual da Decisão Jurídica*, p. 44. *Teoria geral do processo: primeiros estudos*, p. 41-43 e 49. GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Técnica processual e teoria do processo*, p. 192-194. LEAL, André Cordeiro. *O contraditório e a fundamentação das decisões no direito processual democrático*, p. 73-77 e 83-86. Em prefácio primoroso à obra de ANDRÉ CORDEIRO LEAL, à vista dessa produção científica colacionada, CATTONI DE OLIVEIRA fala em “*enfoque efetivamente inovador e renovador do Direito Processual, em total consonância com a Constituição Cidadã de 1988 e com o projeto aberto e, assim, permanente, de construção de um Estado Democrático de Direito entre nós, contribuindo, pois, para a consolidação de uma Escola Mineira do Direito Processual.*” Sobre as teorias mencionadas no texto, ver: HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia: entre facticidade e validade*, v. I, p. 139-147, 274 e 285-295. FAZZALARI, Elio. *Istituzioni di Diritto Processuale*, p. 7-8. Segundo HABERMAS, ao discorrer sobre a clarificação discursiva do processo: “*Os direitos processuais garantem a cada sujeito de direito a pretensão a um processo equitativo, ou seja, uma clarificação discursiva das respectivas questões de direito e de fato; deste modo, os atingidos podem ter a segurança de que, no processo, serão decisivos para a sentença judicial argumentos relevantes e não arbitrários*” (Ob. cit., p. 274, grifamos o original).

³⁸ Cf. BATTAGLINI, M. e NOVELLI, T. *Codice di Procedura Civile e leggi complementari con il commento della giurisprudenza della Cassazione*, p. 132. GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Nulidades no processo*, p. 115.

³⁹ Cf. CANOTILHO. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, p. 1.232. ALVIM PINTO, Teresa Arruda. *Nulidades da sentença*, p. 188. CRETELLA NETO, José. *Fundamentos principiológicos do processo civil*, p. 148-151.

também, invocar, ou não invocar, um fato jurídico de que crê decorrer seu direito, preparando os elementos aptos a convencer o juiz.”⁴⁰

8. Importante acórdão do Supremo Tribunal Federal sobre o processo constitucional

O Supremo Tribunal Federal, em sua composição plenária, ao julgar o Mandado de Segurança nº 24.268-0 – Minas Gerais, na data de 5/2/2004, nos termos do voto condutor do Ministro Gilmar Mendes, relator para o acórdão respectivo, publicado em 17/9/2004, emitiu importante pronunciamento sobre temas envolvendo o processo constitucional, no Estado Democrático de Direito, cujos fundamentos sufragam algumas das posições sustentadas neste trabalho, notadamente no que concerne à conexão entre o princípio da fundamentação das decisões jurisdicionais e o princípio do contraditório.⁴¹

Ora, se compete ao Supremo Tribunal Federal a guarda da Constituição Federal, na dicção de seu próprio texto normativo (art. 102, *caput*), deve-se entender, por consequência, que esse acórdão passa a ser o precedente jurisprudencial que os juízes e tribunais brasileiros têm de considerar, quando proferirem suas decisões, devendo os advogados colacioná-lo em seus arrazoados, postulando a entrega da atividade jurisdicional de forma vinculada ou obediente ao Estado Democrático de Direito, como ali se recomenda, o que, muitas vezes, não vem ocorrendo na prática do foro.

⁴⁰ ARRUDA PINTO, Teresa Arruda. *Nulidades da sentença*, p. 188-189.

⁴¹ Eis os excertos da ementa do acórdão: “3. *Direito de defesa ampliado com a Constituição de 1988. Âmbito de proteção que contempla todos os processos, judiciais ou administrativos, e não se resume a um simples direito de manifestação no processo.* 4. *Direito constitucional comparado. Pretensão à tutela jurídica, que envolve não só o direito de manifestação e de informação, mas também o direito de ver seus argumentos contemplados pelo órgão julgador.* 5. *Os Princípios do contraditório e da ampla defesa, assegurados pela Constituição, aplicam-se a todos os procedimentos administrativos.* 6. *O exercício pleno do contraditório não se limita à garantia de alegação oportuna e eficaz a respeito de fatos, mas implica a possibilidade de ser ouvido também em matéria jurídica.*” Supremo Tribunal Federal, Pleno. Mandado de Segurança nº 24.268-0 – Minas Gerais, Ementário nº 2.164-1, julgamento em 5/2/2004, publicado no Diário do Judiciário em 17/9/2004, Relator para o acórdão Ministro Gilmar Mendes. Aliás, em oportunidade anterior, na mesma diretriz, o Supremo Tribunal Federal teve a oportunidade de decidir: “A fundamentação constitui pressuposto de legitimidade das decisões judiciais. – A fundamentação qualifica-se como pressuposto constitucional de validade e eficácia das decisões emanadas do Poder Judiciário. A inobservância do dever imposto pelo art. 93, IX, da Carta Política, precisamente por traduzir grave transgressão de natureza constitucional, afeta a legitimidade jurídica do ato decisório e gera, de maneira irremissível, a conseqüente nulidade do pronunciamento judicial. A decisão judicial deve analisar todas as questões suscitadas pela defesa do réu. – Reveste-se de nulidade o ato decisório, que, descumprindo o mandamento constitucional que impõe a qualquer Juiz ou Tribunal o dever de motivar a sentença ou o acórdão, deixa de examinar, com sensível prejuízo para o réu, fundamento relevante em que se apóia a defesa técnica do acusado.” (Habeas corpus nº 74.073-I – Rio de Janeiro, Ementário nº 1.875-03, Primeira Turma, Relator Ministro Celso de Melo, julgamento em 20/5/1997, publicado no Diário do Judiciário de 27/6/1997.

Com efeito, nesse acórdão paradigma, em resumo, enfatizou e decidiu o Supremo Tribunal Federal que, há muito, o processo constitucional vem afirmando que o direito à tutela jurídica, que corresponde, exatamente, à garantia consagrada no art. 5º, LV, da Constituição Federal (garantias do contraditório e da ampla defesa), contém, entre vários direitos, o direito de ver a parte seus argumentos considerados em juízo, a exigir do julgador capacidade, apreensão e isenção de ânimo para contemplar as razões apresentadas pelas partes. Este direito de ver a parte seus argumentos apreciados pelo órgão estatal julgador corresponde, naturalmente, ao dever dos órgãos jurisdicionais de a eles conferir atenção, envolvendo, a um só tempo, o dever de tomar conhecimento e o de considerar, séria e detidamente, as razões apresentadas pela parte, do qual deriva seu dever constitucional de fundamentar as respectivas decisões.⁴²

⁴² Excertos do extenso voto do Ministro Gilmar Mendes, condutor do acórdão: *“Tenho enfatizado, relativamente ao direito de defesa, que a Constituição de 1988 (art. 5º, LV), ampliou o direito de defesa, assegurando aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes. Como já escrevi em outra oportunidade, as dúvidas porventura existentes na doutrina e na jurisprudência sobre a dimensão do direito de defesa foram afastadas de plano, sendo inequívoco que essa garantia contempla, no seu direito de proteção, todos os processos judiciais ou administrativos. Assinale-se, por outro lado, que há muito vem a doutrina constitucional enfatizando que o direito de defesa não se resume a um simples direito de manifestação no processo. Efetivamente, o que o constituinte pretende assegurar – como bem anota Pontes de Miranda – é uma pretensão à tutela jurídica (Comentários à Constituição de 1967/69, tomo V, p. 234). Observa-se que não se cuida aqui, sequer, de uma inovação doutrinária ou jurisprudencial. Já o clássico João Barbalho, nos seus Comentários à Constituição de 1891, asseverava, com precisão: ‘Com a plena defesa são incompatíveis, e, portanto, inteiramente, inadmissíveis, os processos secretos, inquisitoriais, as devassas, a queixa ou o depoimento de inimigo capital, o julgamento de crimes inafiançáveis na ausência do acusado ou tendo-se dado a produção de testemunhas de acusação sem ao acusado se permitir reinquiri-las, a incomunicabilidade depois da denúncia, o juramento do réu, o interrogatório dele sob coação de qualquer natureza, por perguntas sugestivas ou capciosas.’ (Constituição Federal Brasileira – Comentários, Rio de Janeiro, 1902, p. 323). Não é outra a avaliação do tema no direito constitucional comparado. Apreciando o chamado ‘Anspruch auf rechtliches Gehör (pretensão à tutela jurídica) no direito alemão, assinala o Bundesverfassungsgericht que essa pretensão envolve não só o direito de manifestação e o direito de informação sobre o objeto do processo, mas também o direito de ver os seus argumentos contemplados pelo órgão incumbido de julgar (cf. Decisão da Corte Constitucional alemã – BverfGE 70, 288-293; sobre o assunto, ver, também, Pieroth e Schlink, Grundrechte – Staatsrecht II, Heidelberg, 1988, p. 281; Battis, Ulrich, Gusy, Christoph, Einführung in das Staatsrecht, 3ª. edição, Heidelberg, 1991, p. 363-364). Daí afirmar-se, correntemente, que a pretensão à tutela jurídica, que corresponde exatamente à garantia consagrada no art. 5º LV, da Constituição, contém os seguintes direitos: 1) direito de informação (Recht auf Information), que obriga o órgão julgador a informar à parte contrária dos atos praticados no processo e sobre os elementos dele constantes; 2) direito de manifestação (Recht auf Ausserung), que assegura ao defendente a possibilidade de manifestar-se oralmente ou por escrito sobre os elementos fáticos e jurídicos constantes do processo; 3) direito de ver seus argumentos considerados (Recht auf Berücksichtigung), que exige do julgador capacidade, apreensão e isenção de ânimo (Aufnahmefähigkeit und Aufnahmebereitschaft) para contemplar as razões apresentadas (Cf. Pieroth e Schlink, Grundrechte – Staatsrecht II, Heidelberg, 1988, p. 281; Battis e Gusy, Einführung in das Staatsrecht, Heidelberg, 1991, p. 363-364; ver, também, Dürig/Assmann, in: Maunz-Dürig, Grundgesetz-Kommentar, art. 103, vol. IV, nº 85-99). Sobre o direito de ver os seus argumentos contemplados pelo órgão julgador (Recht auf Berücksichtigung), que corresponde, obviamente, ao*



Destacando a relevância desse acórdão, JOSÉ TARCÍZIO DE ALMEIDA MELO alude à “nova postura da jurisprudência brasileira”, fazendo-lhe o seguinte comentário:

*“O Ministro Gilmar Mendes enfatizou que a Constituição de 1988 (art. 5º, IV), ampliou o direito de defesa e assegurou aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral, o contraditório e a ampla defesa, a qual não se resume a um simples direito de manifestação no processo, porque, segundo Pontes de Miranda (Comentários à Constituição de 1967/69, tomo V, p. 234), o constituinte pretende garantir a pretensão à tutela jurídica, que significa não só os direitos de manifestação da opinião e de ser informado, como também o direito de ver os argumentos de defesa apreciados pelo órgão julgador”.*⁴³

A partir desse importante precedente do Supremo Tribunal Federal, estabelecendo conexão entre os princípios do contraditório, da ampla defesa e o da fundamentação das decisões judiciais, revelam-se desvinculados do Estado Democrático de Direito pronunciamentos jurisdicionais que entendam estar dispensado o órgão julgador de apreciar os argumentos e questões suscitados pelas partes, como, por exemplo, decidiu o Tribunal Regional Federal da 1ª. Região, sediado em Brasília (DF), em acórdão assim ementado: “Não se pode exigir que o órgão julgador aprecie todos os pontos elencados pelas partes para defesa de sua tese, bastando que indique os motivos que embasaram sua convicção”.⁴⁴

dever do juiz ou da administração de a eles conferir atenção (Beachtungspflicht), pode-se afirmar que envolve não só o dever de tomar conhecimento (Kenntnisnahmepflicht), como também o de considerar, séria e detidamente, as razões apresentadas (Erwägungspflicht) (Cf. Dürig/Assmann, in: Maunz-Dürig, Grundgesetz-Kommentar, art. 103, vol. IV, nº 97). É da obrigação de considerar as razões apresentadas que deriva o dever de fundamentar as decisões (Decisão da Corte Constitucional – BverfGE 11, 218 (218); cf. Dürig/Assmann, in: Maunz-Dürig, Grundgesetz-Kommentar, art. 103, vol. IV, nº 97).”

⁴³ *Direito Constitucional do Brasil*. Belo Horizonte, p. 406-407.

⁴⁴ Acórdão lavrado no julgamento dos embargos de declaração em apelação cível nº 2004.38.00.017114-9/MG, Relatora Juíza Federal Maria do Carmo Cardoso, Relator convocado Juiz Federal Mark Yshida Brandão, julgamento em 5/12/2006, publicado no Diário da Justiça, Brasília, em 5/3/2007. Nessa mesma linha anacrônica e misonéista, verdadeiro osso de megatério, para se dizer o mínimo, com todo o respeito, adotando tese contrária ao texto da Constituição Federal de 1988 e em aberto descompasso com a jurisprudência predominante no Supremo Tribunal Federal, acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça de Minas Gerais: “é cediço que o julgador não precisa manifestar-se a respeito de todas as teses levantadas pelas partes, bastando que se fundamente naquela que baseia seu entendimento” (embargos de declaração em apelação cível nº 1.0702.06.311446-7/002, Comarca de Uberlândia, julgamento em 29/5/2008, Relator Desembargador Antônio de Pádua). Esses fundamentos de decidir, a nosso ver, com a devida vênia, em face do que vem proclamando o Supremo Tribunal Federal, como visto no texto acima, agridem grosseiramente a garantia do devido processo constitucional e o princípio do Estado Democrático de Direito, que não permitem ao juiz pinçar ou selecionar as questões e argumentos que decidirá, segundo seu critério subjetivo, escolhendo aqueles que seus supostos dotes divinos ou intelectualmente superiores ou sua mente prodigiosa entendam sejam apreciáveis.

9. Princípio da eficiência

A Constituição Federal de 1988, em norma inserida no seu título III, que trata da organização do Estado brasileiro, traz recomendação expressa para que todos os seus órgãos administrativos obedeçam ao princípio da eficiência (artigo 37, *caput*), ao mesmo tempo em que impõe ao Estado a obrigação de manter serviços públicos adequados (artigo 175, parágrafo único, inciso II).

Primeiramente, observamos que não se pode compreender o princípio da eficiência somente recomendado aos órgãos administrativos, como estaria a indicar uma interpretação meramente literal do texto da Constituição, admitindo-se, a partir daí, de forma absurda, pudessem ser ineficientes os demais órgãos do Estado, ou seja, os órgãos legislativos e os órgãos jurisdicionais. Na realidade, se bem interpretado, o que o texto constitucional está preconizando - de forma abrangente - é a *eficiência do Estado*, princípio ao qual estão condicionados em razão disso, além dos órgãos administrativos também os órgãos legislativos e os órgãos jurisdicionais.⁴⁵

Reforça esse entendimento, sob interpretação lógico-sistemática do seu texto, a circunstância de que a Constituição Federal prescreve ao Estado brasileiro e aos seus órgãos o dever de prestar serviços públicos adequados (artigo 175, parágrafo único, inciso II), o que, ao nosso pensar, abrange a idéia de serviços públicos eficientes.

Por outro lado, seguindo as diretrizes constitucionais, as normas do artigo 22 e de seu parágrafo único da Lei nº 8.078, de 11/9/1990, conhecida como Código de Defesa do Consumidor, impõem ao Estado obrigação indenizatória quando os órgãos públicos causarem prejuízos aos particulares, nos casos em que deixarem aqueles de fornecer serviços adequados e eficientes a estes, incluindo-se no rol dos serviços públicos os serviços jurisdicionais, pois concebemos serviço público como toda e qualquer atividade exercida pelo Estado, por intermédio de seus órgãos, visando à satisfação dos interesses individuais e coletivos, não interessando se os órgãos prestadores de serviços são os administrativos, os legislativos ou os jurisdicionais.

Com efeito, se a jurisdição é função essencial e monopolizada do Estado, eis que não podem os particulares exercer arbitrariamente suas razões, realizando o ordenamento jurídico de mão própria em situações litigiosas, inexistindo doutrina que diga o contrário, não se pode negar à atividade jurisdicional o caráter de serviço público. Assim, o serviço

⁴⁵ Cf. GABARDO, Emerson. *Princípio constitucional da eficiência administrativa*, p. 18-19. LEOPOLDINO DA FONSECA, João Bosco. *Direito Econômico*, p. 35.



jurisdicional é espécie do gênero serviço público e não é por outra razão que, na França e na Bélgica, os doutrinadores daqueles países comumente se referem ao “*funcionamento do serviço público judiciário*” (*fonctionnement du service publique judiciaire*), ao “*funcionamento defeituoso do serviço da justiça*” (*fonctionnement defectueux du service de la justice*) ou aos “*serviços públicos jurisdicionais*” (*services publics juridictionnels*).⁴⁶

Em verdade, não se vê em outras Constituições recomendação rigorosamente igual a que consta no texto da Constituição brasileira, embora a Constituição da Itália, no seu artigo 97, imponha ao Estado o dever de assegurar “o bom andamento” (*il buon andamento*) dos serviços públicos administrativos, afluindo deste enunciado normativo, ao prescrever o dever constitucional de boa administração ao Estado italiano, segundo a doutrina daquele país,⁴⁷ a noção de *eficiência* como princípio técnico e jurídico que todos os órgãos estatais devem observar, ao prestarem seus serviços ao povo italiano. Também sob conteúdo normativo diverso dos textos constitucionais brasileiro e italiano, a Constituição espanhola, no seu artigo 103.1, recomenda que os órgãos da administração pública sirvam com objetividade os interesses gerais e atuem de acordo com os princípios da *eficácia*, hierarquia, descentralização, desconcentração e coordenação com submissão plena à lei e ao direito.

Consideramos que serviço público jurisdicional eficiente é aquele adequado, qualidades que se contrapõem à idéia de serviço público jurisdicional defeituoso, isto é, aquele que revelou mau funcionamento, falta de funcionamento diligente ou falta absoluta de funcionamento. A eficiência e a adequação do serviço público jurisdicional constituem dever jurídico do Estado por força de recomendação constitucional e pressupõem, por parte dos órgãos jurisdicionais, obediência ao ordenamento jurídico e utilização de meios racionais e técnicas modernas que produzam o efeito desejado, qual seja, serviço público jurisdicional prestado a tempo e modo, por meio da garantia constitucional do devido

⁴⁶ Cf. LAUBADÈRE, André de. *Traité de droit administratif*, p. 1.020. PAILLET, Michel. *La responsabilité administrative*, p. 175. ARDANT, Philippe. *La responsabilité de l'État du fait de la fonction juridictionnelle*, p. 122. RIGHETTI, Enrico. La responsabilità civile del giudice nel diritto francese. *Rivista di Diritto Processuale* v. 46, p. 202. SOYER, Jean-Claude et SALVIA, Michel de. *La Convention européenne des droits de l'homme: article 6*. Commentaire article par article sous la direction de PETTITI, Louis-Edmond; DECAUX, Emmanuel; IMBERT, p. 268. VANDERSANDEN, Georges; DONY, Marianne. *La responsabilité des États membres en cas de violation du droit communautaire: études de droit communautaire et de droit national comparé*, p. 245. SOUZA, José Guilherme de. A responsabilidade do Estado pelo exercício da atividade judiciária. *Revista dos Tribunais* v. 652, p. 31-32. DERGINT, Augusto do Amaral. *Responsabilidade do Estado por atos judiciais*, p. 110-115. LASPRO, Oreste Nestor de Souza. *A responsabilidade civil do juiz*. São Paulo, p. 172.

⁴⁷ Cf. MERCATI, Livia. *Responsabilità amministrativa e principio di efficienza*, p. 1-4.

processo legal, preenchendo sua finalidade constitucional, a de realizar imperativa e imparcialmente o ordenamento jurídico, apto a proporcionar um resultado útil às partes.

Assinalam os autores que discorrem sobre o assunto que o princípio da eficiência está conectado ao princípio da legalidade, este sendo a garantia daquele, em medida tal que nem sempre a violação de uma norma jurídica (regra ou princípio) provoca a ineficiência, mas sendo certo que a ineficiência sempre constitui violação de uma norma de direito, não podendo ser negado que estas considerações teóricas também se aplicam aos órgãos jurisdicionais. Por isto, além de rigorosa obediência ao ordenamento jurídico, sobretudo em relação aos prazos ali prescritos, a eficiência dos órgãos estatais no exercício da função jurisdicional exige atividade precisa e normal no sentido de cumprimento dos prazos legais e, sobretudo, do dever do impulso oficial, é o que está recomendado pelo Estado brasileiro aos seus juízes quando prestarem a jurisdição civil, na norma do art. 262 do Código de Processo Civil). A eficiência da função jurisdicional afasta o descaso do Estado na boa estruturação técnica de seus órgãos jurisdicionais, a lentidão, a negligência e a omissão daqueles órgãos estatais nos processos instaurados, o que gera a inobservância pelo Estado dos prazos processuais estabelecidos em lei, disto resultando dilações indevidas do processo, frustrando o resultado eficaz e útil dessa atividade estatal à pessoa interessada do povo que a postulou. A partir daí, observa a doutrina que a eficiência do Estado pode ser vista sob duas dimensões: *legalidade* – conformar-se externamente à lei – e *legitimidade* – atender ao interesse público.⁴⁸

É por isso que os Códigos processuais prescrevem prazos aos órgãos jurisdicionais e aos agentes públicos para a prática de atos a seu cargo nos processos instaurados, sobretudo os atos decisórios. Dentre outras situações, por exemplo, o Código de Processo Civil recomenda aos serventuários a prática de atos processuais em 48 horas (artigo 190) e ao juiz que profira despachos no prazo de 2 dias e decisões em 10 dias (artigo 189), podendo o agente público julgador exceder ditos prazos, por igual tempo, se houver motivo justificado (artigo 187). O Código de Processo Civil ainda determina que, nos processos de cognição sumária, a audiência de conciliação seja realizada 30 dias após o ajuizamento da ação, vale dizer, após o início do processo (artigo 277), devendo ser realizada a audiência de instrução e julgamento 30 dias após a primeira (artigo 278, § 2º). Aos tribunais, o mesmo Código determina que os recursos interpostos nas causas de cognição sumária sejam

⁴⁸ Cf. MERCATI, Livia. *Responsabilità amministrativa e principio di efficienza*, p. 22, 37, 52, 69, 73, 302 e 303. GABARDO, Emerson. *Princípio constitucional da eficiência administrativa*, p. 24, 92, 106, 125 e 127. MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo Moderno*, p. 152. BANDEIRA DE MELO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*, p. 92. CRUZ E TUCCI, José Rogério. *Garantia do processo sem dilações indevidas*, p. 238.

julgados dentro de 40 dias e que todos os acórdãos, após lavrados, devam ser publicados no órgão oficial dentro de 10 dias (artigos 550 e 564). Ainda exemplificando, o Código de Processo Penal assina ao juiz os prazos de 10 dias para proferir decisão definitiva ou interlocutória mista, de 5 dias para decisão interlocutória simples e de 1 dia para despacho, permitindo excesso, por igual tempo, em caso de motivo justo (artigo 800). O Código de Processo Civil também determina aos órgãos jurisdicionais do Estado obediência ao dever do impulso oficial (artigo 262), o que significa estar obrigado o órgão jurisdicional a zelar pela prática dos atos processuais nos prazos fixados em lei e imprimir regular movimentação aos processos, em direção à sentença de mérito, ou seja, obediência ao devido processo legal, garantia fundamental das pessoas do povo (partes) que deduzem pretensão à tutela jurídica nos processos.

Obviamente, quando os órgãos jurisdicionais descumprem essas normas do ordenamento jurídico, o que é prática ilícita corriqueira no Estado brasileiro, a jurisdição se apresenta morosa, intempestiva e ineficiente, ao contrário do que comumente se fala – “*processo moroso*” – de forma tecnicamente inadequada. Na realidade, não é o processo que se mostra moroso, mas morosa é a atividade essencial e monopolizada do Estado denominada jurisdição, até porque, normalmente, as partes cumprem os prazos que lhes são impostos, a fim de lhes afastar a inexorável preclusão temporal, que é a perda do direito à prática do ato processual pelo decurso do prazo. Os órgãos jurisdicionais do Estado brasileiro é que, sistemática e ilicitamente, não cumprem os prazos que o ordenamento jurídico lhes determina para a prática dos atos jurisdicionais nos processos, sem que nada aconteça aos agentes públicos julgadores infratores. Tem-se, então, nestes casos habituais, atividade estatal desempenhada com afronta manifesta ao princípio da eficiência e ao princípio da legalidade, ambos acolhidos na estruturação do Estado Democrático de Direito, daí a afirmação feita anteriormente, a de que a ineficiência da atividade estatal sempre implica em violação da lei, sobretudo a ineficiência da função jurisdicional, que é atividade monopolizada do Estado e sujeita a prazos que as normas jurídicas processuais impõe ao Estado, na prestação do serviço público jurisdicional.

À evidência, a crônica e enervante ineficiência dos serviços públicos jurisdicionais em nosso país, revelando seu mau funcionamento, ora em virtude da obtusidade ou da indolência dos agentes públicos julgadores (juízes), ora causada pela negligência do próprio Estado em prover adequadamente de recursos materiais e pessoais os órgãos jurisdicionais, ora pela ocorrência simultânea dos mencionados fatores, situações afrontosas à recomendação que o ordenamento jurídico fez ao Estado, a de prestar serviços públicos adequados e eficientes, é passível de acarretar sua responsabilidade, se disso resultar

prejuízos aos jurisdicionados, já que nenhum dano causado pelo Estado às pessoas do povo pode ficar sem reparação.

Esse entendimento já foi sufragado pelo Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, em acórdão lapidar, assim ementado:

*“Sendo o serviço judiciário um setor de funcionamento do Estado, como são todos os serviços públicos, distinguindo-se dos demais apenas pela função jurisdicional que realiza, não estando acima das leis, cuja fiel e exata aplicação tem como missão operar, a ele se aplica a norma do artigo 37, § 6º, da Carta Magna. Não sendo prestados com eficiência e eficácia os serviços judiciários, tal fato implica a responsabilização do Estado pelos danos causados à parte, decorrentes de seu mau funcionamento”.*⁴⁹

10. Conclusões

Do exposto, em breve resumo das idéias aqui desenvolvidas sobre o exercício da jurisdição segundo os fundamentos principiológicos da Constituição Federal de 1988, podemos alinhar as conclusões que se seguem.

Ao que se percebe de extensa doutrina produzida a partir da segunda metade do século XX, os princípios são havidos como proposições fundamentais do Direito e, via de consequência, considerados normas jurídicas, ao lado das regras, com idêntica força vinculativa, integrando o ordenamento jurídico.

A Constituição brasileira de 1988 concede manifesto reconhecimento aos princípios como normas jurídicas impositivas, ao lado das regras, princípios e regras compondo o ordenamento jurídico (= *lei*, na dicção constitucional, “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”), realçando a dimensão principiológica de seu sistema. Tal conclusão ganha reforço, ao se observar que a Constituição, já no seu início, dispõe a respeito dos *princípios fundamentais* que regem a República Federativa do Brasil (Título I), referindo-se, em seguida, no seu artigo 1º, ao Estado Democrático de Direito, dado topológico que indica a inclusão do Estado Democrático de Direito no rol dos princípios fundamentais que enumera.

O exercício da jurisdição pelo Estado, segundo a dimensão principiológica da Constituição Federal de 1988, exige a observância do princípio do juízo natural, do princípio

⁴⁹ Acórdão proferido no julgamento da apelação cível nº 139.720/7, em 10/6/1999, Relator Desembargador Monteiro de Barros, publicado no Diário do Judiciário de Minas Gerais, em 4/3/2000, p. 1.

da vinculação ao Estado Democrático de Direito, do princípio do devido processo constitucional, do princípio da fundamentação das decisões jurisdicionais e do princípio da eficiência.

O princípio da vinculação da jurisdição ao Estado Democrático de Direito, por sua vez, se concretiza pela incidência articulada dos princípios da supremacia da Constituição e da reserva legal (ou da legalidade).

O Supremo Tribunal Federal, em sua composição plenária, ao julgar o Mandado de Segurança nº 24.268-0 – Minas Gerais, na data de 5/2/2004, nos termos do voto condutor do Ministro Gilmar Mendes, relator para o acórdão respectivo, publicado em 17/9/2004, emitiu importante pronunciamento sobre temas envolvendo o processo constitucional no Estado Democrático de Direito, cujos fundamentos estabelecem conexão entre o princípio do contraditório, o princípio da ampla defesa e o princípio da fundamentação das decisões jurisdicionais, tal significando que as partes têm direito a que seus argumentos discutidos dentro da estrutura normativa e dialética (contraditório) do processo sejam considerados séria e detidamente pelos órgãos julgadores, os quais deverão manifestar-se sobre eles na sua total extensão.

A partir desse importante precedente do Supremo Tribunal Federal, revela-se desvinculada do Estado Democrático de Direito e do processo constitucional decisões jurisdicionais que entendam estar dispensado o órgão julgador de apreciar todos os argumentos e questões suscitados pelas partes, como encontradas frequentemente nos repositórios de jurisprudência.

11. Bibliografia

AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. *Responsabilidade política e social dos juízes nas democracias modernas*. Revista da Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul. Porto Alegre, v. 70, p. 7-33, jul. 1997.

ALEXY, Robert. *Teoría de los Derechos Fundamentales* [Theorie der Grundrechte]. Versión castellana: Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997.

ALMEIDA MELO, José Tarcízio de. *Direito Constitucional do Brasil*. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

ALVIM PINTO, Teresa Arruda. *Nulidades da sentença*. 3ª. ed. rev. ampl. São Paulo: RT, 1993.

ANDOLINA, Italo; VIGNERA, Giuseppe. *I fondamenti costituzionali della giustizia civile: il modelo costituzionale del processo civile italiano*. 2 ed. ampl. e atual. Torino: Giappichelli, 1979.

ARAÚJO, Francisco Fernandes. *Responsabilidade objetiva do Estado pela morosidade da justiça*. Campinas: Copola, 1999.

ARAÚJO, Marcelo Cunha de. *O novo processo constitucional*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003.

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios*. 7ª. ed. ampl. atual. São Paulo: Malheiros, 2007.

BRÊTAS C. DIAS, Ronaldo. *Responsabilidade do Estado pela função jurisdicional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

BRÊTAS C. DIAS. *As reformas do Código de Processo Civil e o processo constitucional*. In: BRÊTAS C. DIAS, Ronaldo; NEPOMUCENO, Luciana Diniz. *Processo Civil reformado*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 13ª. ed. São Paulo, Malheiros, 2003.

BONGIOVANNI, Giorgio. *Teorie "costituzionalistiche" del diritto. Morale, diritto e interpretazione*. Bologna: CLUEB, 2000.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 3ª. ed. Coimbra: Almedina, 1999.

CAPPELLETTI, Mauro. *Proceso, ideologias, sociedad*. Trad. Santiago Sentis Melendo y Tomás A. Banzhaf. Buenos Aires: EJEA, 1974.

CARNELUTTI, Francesco. *Instituciones del proceso civil*. Traducción de la quinta edición italiana por Santiago Sentis Melendo. Buenos Aires: EJEA, [s.d.], v. I.

CARREIRA ALVIM, José Eduardo. *Elementos de teoria geral do processo*. 7ª. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. *Direito Processual constitucional*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2001.

CRETELLA NETO, José. *Fundamentos principiológicos do processo civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

DELGADO, Maurício Godinho. *Princípios de direito – clássicos e novos papéis*. *Revista da Faculdade Mineira de Direito*. Belo Horizonte, v. 4, n. 7-8, p. 150-162, 1º e 2º sem. 2001.

DEL VECCHIO, Giorgio. *Los principios generales del derecho*. 2^a. ed. Barcelona: Bosch, 1948.

DERGINT, Augusto do Amaral. *Responsabilidade do Estado por atos judiciais*. São Paulo: RT, 1994.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do Processo*. São Paulo: RT, 1987.

DWORKIN, Ronald. *O Império do Direito* [Law's Empire]. Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

ESSER, Josef. *Principio y norma em la elaboración jurisprudencial del derecho privado* [Grundsatz und norm in der rechterlichen fortbildung des privatrechts]. Traducción del alemán por Eduardo Valenti Fiol. Barcelona: Bosch, 1961.

FAZZALARI, Elio. *Istituzioni di Diritto Processuale*. 6^a. ed. Padova: Cedam, 1992.

GABRICH, Frederico de Andrade. *O caráter normativo dos princípios*. *MERITUM: Revista de Direito da FCH/FUMEC*, v. 2, nº 2, p. 373-408, jul./dez. 2007.

GABARDO, Emerson. *Principio constitucional da eficiência administrativa*. São Paulo: Dialetica, 2002.

GALUPPO, Marcelo Campos. *Princípios jurídicos e a solução de seus conflitos – a contribuição da obra de Alexy*. *Revista da Faculdade Mineira de Direito*. Belo Horizonte, v. 1, n. 2, p. 134-142, 2^o sem. 1998.

GALUPPO, Marcelo Campos. *A contribuição de Esser para a reconstrução do conceito de princípios jurídicos*. *Revista de Direito Comparado da Pós-graduação da UFMG*. Belo Horizonte, v. 3, p. 227-243, maio 1999.

GALUPPO, Marcelo Campos. *Os princípios jurídicos no Estado Democrático de Direito: ensaio sobre o modo de sua aplicação*. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília, v. 143, p. 191-209, jul./set. 1999.

GALUPPO, Marcelo Campos. *Igualdade e diferença: Estado Democrático de Direito a partir do pensamento de Habermas*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.

GARCÍA DE ENTERRIA, Eduardo. *Democracia, jueces y control de la administración*. 2 ed. ampl. Madrid: Civitas, 1996.

GÉNY, François. *Méthode d'interprétation et sources en droit privé*. 2 ed. Paris: [s.e.], 1919, v. 2.

GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Técnica processual e teoria do processo*. Rio de Janeiro: Aide, 1992.



- GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Nulidades no processo*. Rio de Janeiro: Aide, 1993.
- GOYARD-FABRE, Simone. *Os fundamentos da ordem jurídica* [Les fondements de l'ordre juridique]. Trad. Claudia Berliner. São Paulo: Martins Fontes, 2002.
- HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia: entre facticidade e validade*. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, v. I.
- KELSEN, Hans. *Teoria general del Estado*. Traducción directa del alemán por Luis Legaz Lacambra. Mexico: Nacional, 1979.
- KELSEN, Hans. *Teoria geral das normas* [Allgemeine Theorie der Normen]. Trad. José Florentino Duarte: Fabris, 1986.
- LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito* [Methodenlehre der rechtswissenschaft]. Trad. José Lamego. 3 ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.
- LASPRO, Oreste Nestor de Souza. *A responsabilidade do juiz*. São Paulo: RT, 2000.
- LAUBADÈRE, André de. *Traité de droit administratif*. 15 éd. Paris: LGDJ, 1999, t. I
- LAURIA TUCCI, Rogério; CRUZ E TUCCI, José Rogério. *Constituição de 1988 e processo: regramentos e garantias constitucionais do processo*. São Paulo: Saraiva, 1989.
- LEAL, André Cordeiro. *O contraditório e a fundamentação das decisões no direito processual democrático*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.
- LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria geral do processo: primeiros estudos*. 3. Ed. rev. ampl. Porto Alegre: Síntese, 2000.
- LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria Processual da Decisão Jurídica*. São Paulo: Landy Editora, 2002.
- LEOPOLDINO DA FONSECA, João Bosco. *Direito Econômico*. 4 ed. 3 tir. Rio de Janeiro: Forense, 2001.
- LIEBMAN, Enrico Tullio. *Manual de Direito Processual Civil* [Manuale di Diritto Civile]. Trad. Cândido Rangel Dinamarco. Rio de Janeiro: Forense, 1984, v. I.
- MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. 9 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1979.

MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo Moderno*. 5 ed. São Paulo: RT, 2001.

MENEZES DIREITO, Carlos Alberto. *A decisão judicial*. *Revista Forense*. Rio de Janeiro, v. 351, p. 19-30, jul./set. 2000.

MERCATI, Livia. *Responsabilità amministrativa e principio di efficienza*. Torino: Giappichelli, 2002.

MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. 4ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1996, t. II.

MÜLLER, Friedrich. *Quem é o povo? A questão fundamental da democracia*. Trad. Peter Naumann. São Paulo: Max Limonad, 1998.

NERY JÚNIOR, Nelson. *Princípios do Processo Civil na Constituição Federal*. 5 ed. São Paulo: RT, 1999.

OBAMA, Barack. *A audácia da esperança: reflexões sobre a reconquista do sonho americano*. [The audacity of hope: thoughts on reclaiming the american dream]. Trad. Candombá. São Paulo: Larousse, 2007.

PAILLET, Michel. *La responsabilité administrative*. Paris: Dalloz, 1996.

PEÑA FREIRE, Antonio Manuel. *La garantía en el Estado constitucional de derecho*. Madrid: Trotta, 1997.

PERELMAN, Chain. *Lógica jurídica: nova retórica* [Logique juridique]. Trad. Vergínia K. Pupi. 3 tir. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

QUINTÃO SOARES, Mário Lúcio. *Processo constitucional, democracia e direitos fundamentais*. In: LEITE SAMPAIO, José Adércio (Coord.). *Jurisdição Constitucional e Direitos Fundamentais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

REIS FRIEDE, R. O poder do juiz. *Revista do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil*. Brasília, v. 57, p. 9-10, mai. 1992/mar. 1994.

RIGHETTI, Enrico. La responsabilità civile del giudice nel diritto francese. *Rivista di Diritto Processual*. Padova, v. 46, n. 1, p. 178-224, jan./mar. 1991.

ROMANI, Dagoberto. *O juiz, entre a lei e o direito*. *Revista dos Tribunais*. São Paulo, v. 633, p. 234-236, jul. 1988

ROSA, Eliézer. *Novo Dicionário de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1986.



SACCO, Ricardo Ferreira. *Constitucionalismo e Ministério Público*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2008.

SOUZA, José Guilherme. *A responsabilidade do Estado pelo exercício da atividade judiciária*. *Revista dos Tribunais*. São Paulo, v. 652, p. 29-49, fev. 1990.

SOYER, Jean-Claude; SALVIA, Michel de. *La Convention européenne des droits de l'homme: article 6. Commentaire article par article sous la direction de PETTITI*, Louis-Edmond;

DECAUX, Emmanuel; IMBERT, Pierre Henri. Paris: Economica, 1999.

TARUFFO, Michele. *Il controllo di razionalità della decisione fra logica, retorica e dialettica*. In: *L'attività del giudice: mediazione degli interessi e controllo delle attività*, a cura di Mario Bessone. Torino: Giappichelli Editore, 1997.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *O juiz e a revelação do direito in concreto*. *Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil*. Porto Alegre, v. 14, p. 5-17, nov./dez. 2001.

VANDERSANDEN, Georges; DONY, Marianne. *La responsabilité des États membres en cas de violation du droit communautaire: études de droit communautaire et de le droit national comparé*. Bruxelles: Bruylant, 1997.

A APLICAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS ENTRE PARTICULARES: UM CONTRIBUTO CONSTITUCIONAL À SATISFAÇÃO DOS DIREITOS

Wesllay Carlos Ribeiro¹

Resumo: Com a Constituição da República de 1988 os Direitos Fundamentais passam a gozar de uma possibilidade de aplicação e valoração nunca antes alcançada. Neste novo panorama jurídico a aplicação dos Direitos Fundamentais nas relações entre privados tem ganhado espaço e reconhecimento nas decisões do Judiciário e na Doutrina. Este estudo buscará por meio de revisão bibliográfica analisar tal possibilidade.

Palavras-chaves: Direitos Fundamentais – Relações Privadas – Constituição.

Abstract: With the Republican Constitution of 1988 the Fundamental Rights start to enjoy an new application possibility and a worth never before reached. In this new juridical view the application of the Fundamental Rights in the relationships among private has been winning space and recognition in the decisions of the Judiciary and in the Doctrine. This study will go through a bibliographical revision to analyze such possibility.

Keywords: Fundamental Rights – Private Relationships - Constitution.

¹ Mestre em Direito pela Universidade Estácio de Sá, UNESA, Brasil. Coordenador do Curso de Direito da FESA/JF. Membro do Conselho de Ensino, Pesquisa e Extensão – CONSEPE. Consultor Jurídico. e-mail: wesllay@estacio.br.

1. INTRODUÇÃO

Com a promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil, de 05 de outubro de 1988, apelidada de 'Constituição Cidadã' pelo então presidente do Congresso, Deputado Ulisses Guimarães, além da redemocratização do país, que superou o governo militar, instituído pelas Cartas Políticas de 1967 e 1969, foram estabelecidos novos paradigmas de Justiça e de Direito. O sistema jurídico passa a ter como vigas mestras a soberania, a cidadania, a dignidade da pessoa humana, os valores sociais, a livre iniciativa e o pluralismo político².

A Carta Magna inaugurou um panorama estrutural de Estado, nos moldes do Estado Social e Democrático de Direito, abrindo espaço, em paralelo à livre iniciativa e concorrência, ao ideário de igualdade, proporcionalidade e razoabilidade nas ações estatais³.

2. UMA NOVA INSPIRAÇÃO CONSTITUCIONAL

Com o fim do período de autoritarismo, veio à tona o respeito ao homem que, finalmente, tem resgatado seu lugar, como razão e fim do Estado Democrático de Direito. Nesse passo, a nova dinâmica Constitucional consagrou o princípio da dignidade pessoa humana⁴, como fundamento hermenêutico que dá coesão ao ordenamento jurídico vigente desde então.

Na atualidade, a luta pela concretização dos preceitos constitucionais encontra-se na dependência da forma pela qual o Poder Judiciário e os demais poderes atuam no sentido da aplicação da nova sistemática Constitucional.

² BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil, 05 de outubro de 1988. Artº. 1º

³ "A compreensão implica sempre uma pré-compreensão que, por sua vez, é prefigurada por uma tradição determinada em que vive o interprete e que modela os seus preconceitos. A pré-compreensão constitui-se aleatoriamente pela integração de múltiplos fatores biológicos, psicológicos, sociais e culturais que, em conjunto, compõem a personalidade concreta de cada indivíduo, como unidade complexa e dinâmica, em permanente configuração. Nesse sentido, o homem não é, ele vai sendo isto e aquilo, porque está sujeito a constantes transformações, uma realidade que é, precisamente, nosso privilégio ontológico. Ninguém se banha duas vezes no mesmo rio." COELHO, Inocêncio Mártires. A dimensão normativa da interpretação constitucional. Revista de Direito Público, Porto Alegre, 2008, n. 22, jul/ago de 2008, p. 105.

⁴ NUNES, Jorge Amaury Maia. Princípios Constitucionais: interpretação visando à efetividade dos Direitos Fundamentais. Revista de Direito Público, Porto Alegre, 2008, n. 19, p. 95-112, jan./fev. de 2008, p. 97.

No caso do judiciário, as regras de interpretação da norma em sua evolução, quase que dogmática, passou pela superação do jusnaturalismo moderno⁵, considerado metafísico e anticientífico, (embora não se possa negar sua contribuição para a conquista das liberdades civis e políticas do Estado moderno⁶), pelo positivismo no século XIX, que, por sua vez, perdeu terreno após a segunda grande guerra.

A superação do movimento positivista, em grande parte justificada pelo declínio do fascismo na Itália e do nazismo na Alemanha⁷, foi o ponto de partida para o reconhecimento da dignidade da pessoa humana nas Constituições Europeias, conforme destacado anteriormente. Tal iniciativa foi muito relevante para reaproximar o Direito da ética e da moral, reavaliando a interpretação das normas no arcabouço jurídico da sociedade⁸.

Inaugura-se o chamado 'pós-positivismo'⁹, corrente teórica que busca estabelecer e definir a relação entre valores, princípios e regras. Privilegia de forma nunca antes vista a

⁵ Que teve início e apogeu no século XVI e, contraditoriamente, queda em meados do século XIX.

⁶ "Embora o moderno constitucionalismo represente, pois, em certo sentido, uma superação da doutrina jusnaturalista que, de fato, estava destinada a desaparecer e com frequência ser menosprezada justamente no século XIX e na primeira metade do século XX – no entanto, não se pode negar algum fundamento a quanto hoje escreve um agudo filósofo do Direito, ou seja, que, sob determinado prisma, 'as liberdades civis e políticas sobre as quais o Estado moderno se funda são conquistas do jusnaturalismo', porque foi a doutrina jusnaturalista que assentou os alicerces do moderno Estado de Direito. Não se pode negar, em particular, o fato de que também o constitucionalismo americano e, em geral, o constitucionalismo moderno, de que uma expressão fundamental é, sem dúvida, o sistema do controle judicial das leis, também ele teve uma antiga matriz histórica, como precisamente procurei ainda que, sumariamente demonstrar. Por isso, diante do entusiasmo, de resto não injustificado, do jurista norte-americano, orgulhoso da grande inovação trazida à ciência política pelo sistema da 'judicial review', o homem prudente da velha Europa poderia ser, talvez, tentado a repetir, ainda mais uma vez, o antigo céptico motejo, sempre verdadeiro, se bem que sempre apenas parcialmente verdadeiro: 'nihil sub sole novi' – nada de novo para o Velho Mundo." CAPPELLETTI, Mauro. O controle judicial de constitucionalidade das leis no Direito comparado. 2ª ed. Reimpressão. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1992, p. 77.

⁷ SILVA, Virgílio Afonso da Silva. Interpretação constitucional e sincretismo metodológico. Interpretação Constitucional. Teoria & direito público. 1ª ed., 2ª tiragem. São Paulo: Malheiros, 2007, p.117.

⁸ "A superação histórica do jusnaturalismo e o fracasso político do positivismo abriram caminho para um conjunto amplo e ainda inacabado de reflexões acerca do Direito, sua função social e sua interpretação. O pós-positivismo é a designação provisória e genérica de um ideário difuso, no qual se incluem a definição das relações entre valores, princípios e regras, aspectos da chamada *nova hermenêutica constitucional* e a teoria dos direitos fundamentais, edificada sobre o fundamento da dignidade humana. A valorização dos princípios, sua incorporação, explícita ou implícita, pelos textos constitucionais e o reconhecimento pela ordem jurídica de sua normatividade fazem parte desse ambiente de reaproximação entre direito e ética." SILVA, *ibidem*.

⁹ Sobre o termo 'pós-positivismo' ver entre outros STRECK, Lenio Luiz. Jurisdição Constitucional e Hermenêutica. Rio de Janeiro: Forense, 2003 e JACINTHO, Jussara Maria Moreno. Dignidade Humana Princípio Constitucional. Curitiba: Juruá, 2006.

doutrina dos princípios¹⁰, que passam então a ter forte influência na interpretação das normas aos casos concretos¹¹.

De maneira explícita, a Constituição de 1988, fortemente calcada no princípio da dignidade da pessoa humana, dá lugar ao novo sistema interpretativo alicerçado em normas de sentido aberto e em fundamentos principiológicos norteadores da interpretação e decisão dos litígios levados ao judiciário. Em outras palavras, a teoria dos princípios¹² passou de elemento meramente inspirador de aplicação de regras para a sua efetivação como norma posta no caso concreto.

Cumprindo acrescentar que, sob influência do pós-positivismo, que privilegiava a teoria dos princípios, as constituições modernas passam a ter normas de caráter abstrato, com sentido amplo e instigantes ao exercício de interpretação de seu aplicador ao caso concreto. Eros Grau¹³ reforça essa inferência ao afirmar que “a interpretação do direito deve ser dominada pela força dos princípios; são eles que conferem coerência ao sistema”.

Conforme entendimento de Juarez Freitas¹⁴ “os princípios aparecem como diretrizes peculiares, geradoras de direitos individuais”.

Como resultado do novo ‘status’ atribuído aos princípios, o método de interpretação clássica no formato subsuntivo – fundada no processo silogístico no qual a premissa maior é a lei, premissa menor é o fato e a conclusão é a sentença -, bem como a hermenêutica

¹⁰ FREITAS, Juarez. A melhor interpretação Constitucional versus a única resposta correta. Interpretação Constitucional. Teoria & direito público. 1ª ed., 2ª tiragem. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 318.

¹¹ “É na fase pós-positivista, com as reiteradas críticas que o positivismo flexível vai colecionando, que a doutrina dos princípios assume proporções até então inimagináveis, não apenas assumindo seu papel estruturante da ordem jurídica – simultaneamente com a sua vocação hermenêutica – como também passa a rivalizar em importância com a regra de direito, na sua função de comando dirigido à regulação direta da conduta humana. O papel estruturante dos princípios tem sido cada vez mais acentuado, especialmente quando estudado à sombra da vinculação que existe entre a jurisprudência dos valores, a jurisprudência dos problemas e a jurisprudência dos princípios.” JACINTHO, Jussara Maria Moreno. Dignidade Humana Princípio Constitucional. Curitiba: Juruá, 2006, p.70.

¹² “A Constituição passa a ser, em toda a sua substancialidade, o *topos* hermenêutico que conformará a interpretação jurídica do restante do sistema jurídico. A Constituição é, assim a materialização da ordem jurídica do contrato social (...). A partir disso, os princípios valem enquanto valores fundamentais, governam a Constituição, o regime e a toda a sua extensão, substancialidade, plenitude e abrangência. Os princípios se medem normativamente, e a importância vital que assumem para os ordenamentos se torna cada vez mais evidente, sobretudo se lhes examinarmos a função e presença no corpo das Constituições contemporâneas, onde aparecem como os pontos axiológicos de mais alto destaque e prestígio.” STRECK, Lenio. Decisionismo e discricionariedade judicial em tempos pós-positivistas: O solipsismo hermenêutico e os obstáculos à concretização da Constituição no Brasil. Coimbra: Almedina, 2008, 16.

¹³ GRAU, Eros Roberto. Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 55.

¹⁴ FREITAS, Juarez. A melhor interpretação Constitucional versus a única resposta correta. Interpretação Constitucional. Teoria & direito público. 1ª ed., 2ª tiragem. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 321.

tradicional, principalmente para o direito privado¹⁵, mostra-se insuficiente para o alcance da pretensão constitucional.

Luis Roberto Barroso¹⁶ leciona que a nova interpretação constitucional não importa em abandono do método subsuntivo ou dos elementos tradicionais da hermenêutica – gramatical, histórica, sistemática e teleológica -, que continuam a ter papel relevante na solução do caso concreto. O que ocorre segundo o autor, é que eles se tornaram insuficientes.

Seguindo essa linha de análise, não se trata, portanto, de uma ruptura ou de se abandonar a interpretação clássica subsuntiva ou de negar a hermenêutica tradicional, que continua com aplicação no terreno das regras¹⁷, mas de se pensar em uma nova forma de interpretar a Constituição.

Trata-se também da possibilidade de aplicação de princípios que resgatem o mundo prático (faticidade)¹⁸, negada até então pelo positivismo. Conferindo relevo aos princípios, procura-se superar o distanciamento entre Direito e realidade, preponderante sob o manto do positivismo¹⁹.

Com essa evolução, os princípios servem de bússola para que se possa perseguir os ideais morais, éticos e justos no Direito.

¹⁵ “Esse sistema de valores, que tem como ponto central a personalidade humana e sua dignidade, que se desenvolve livremente dentro da comunidade social, precisa valer enquanto decisão constitucional fundamental para todas as áreas do direito; Legislativo, Administração Pública e Judiciário recebem dele diretrizes e impulsos. Desta forma, ele influencia obviamente o direito civil. Nenhuma norma do direito civil pode contradizer esse sistema de valores, cada norma precisa ser interpretada segundo o seu espírito.” MARTINS, Leonardo. Cinqüenta Anos de Jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão. Montevideo: Konrad- denauer-Stiftung, 2008.

¹⁶ BARROSO, Luis Roberto. BARCELLOS, Ana Paula. O começo da história. A nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no Direito Brasileiro. Crise e desafios da Constituição. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, pág. 472.

¹⁷ “Regras e princípios funcionam diferentemente. As regras são normalmente aplicadas de forma peremptória, num ‘tudo-ou-nada’. Dados os fatos as regras devem ser aplicadas de forma implacável, consideradas as exceções por elas próprias estabelecidas. Os princípios, por sua vez, contam com razões que de devem levar o juiz a uma determinada decisão, mas não exigem uma única conclusão. Diferentemente das regras, não são razões determinantes, pois pode haver outros princípios que apontem em direção oposta. Quando se diz que um princípio faz parte do Direito o que se pretende é que ele seja levado em conta por aquele que tem a responsabilidade de tomar a decisão. Ao julgado cabe avaliar o peso do princípio, de que forma ele pode cooperar na compreensão do sentido que deve ser dado a uma determinada norma e como, num caso concreto, princípios concorrentes devem ser harmonizados.” VIEIRA, Oscar Vilhena. A Constituição e sua reserva de justiça: um ensaio sobre os limites materiais ao poder de reforma. São Paulo: Malheiros, 1999, p. 56.

¹⁸ STRECK, Lenio. Decisionismo e discricionariedade judicial em tempos pós-positivistas: O solipismo hermenêutico e os obstáculos à concretização da Constituição no Brasil. Coimbra: Almedina, 2008, p. 275.

¹⁹ Ora, a tradição (compreendida no sentido estipulado por Gadamer) nos mostra que, definitivamente, não havia espaço para o mundo prático no positivismo. Não havia espaço para a discussão de conflitos sociais, que não eram “assunto” para o direito. Com efeito, isso não era pauta para a Constituição e, portanto, para o direito. STRECK, *ibidem*, p. 276.

Ao tratar da importância dos princípios da atual organização constitucional, Clèmerson Merlin Clève²⁰ afirma que há no direito constitucional contemporâneo duas correntes doutrinárias: a primeira chamada de dogmática da razão do Estado e a segunda dogmática constitucional emancipatória.

Cabe destacar que a primeira assume uma visão positivista do Direito e leva em consideração apenas a dimensão política do Direito Constitucional. A segunda busca o Direito como efetivação da dignidade da pessoa humana, que se realiza por meio da aplicação dos princípios na realidade existencial²¹.

Abordando o tema, Lenio Streck saliente que os princípios passam a ter um novo papel no sistema de interpretação da norma:

Os princípios passam a ter uma função antitética aos velhos princípios gerais de Direito; enquanto estes tinham a função de assegurar/incrementar o exercício da discricionariedade interpretativo-judicial, aqueles vêm para “fechar” as “possibilidades advindas da abertura semântica dos textos”, a partir da introdução do mundo prático no direito. Assim, se tanto o positivismo (em suas variadas faces) como o pós-positivismo aposta(va)m nos princípios, essa aposta acontece em pólos opostos, isto é, de um lado, reforçando a delegação em favor dos postulados solipsistas, e, de outro, institucionalizando um (providencial) grau de autonomia para o direito, agora preocupado com o “mundo da vida”.

²⁰ CLÈVE, Clèmerson Merlin. A eficácia dos direitos fundamentais sociais. Revista Crítica Jurídica, n. 22, jul/dez 2003. Disponível em: <www.juridicas.unam.mx>. Acesso em: 09 mar. 2009.

²¹ “A dogmática da razão do Estado estuda o direito constitucional como qualquer outro domínio do direito, prendendo-se, muitas vezes, a conceitos teóricos anteriores à Constituição Federal de 1988 e a uma espécie de interpretação retrospectiva da ordem constitucional que é indiferente e insensível aos institutos que vieram para transformar a nova ordem constitucional. Referida vertente encontra-se, em geral, ainda que inconscientemente, ligada à manutenção do status quo, daí a razão pela qual foca sua visão teórica na idéia de Estado, procurando desenvolver esforços para legitimar a atuação do Poder Político, qualquer que seja ele. O Estado assume, nesse contexto, absoluta centralidade, sendo que o discurso constitucional experimentado como disciplina voltada exclusivamente ao estudo da normatividade do espaço político sendo negligenciado o espaço societário extra-estatal. Na moderna concepção do direito constitucional desenvolveu-se uma renovada linha doutrinária, conhecida como dogmática constitucional emancipatória, tendo, esta vertente, o objetivo de estudar o texto constitucional à luz da idéia de dignidade da pessoa humana. Consiste em formação discursiva que procura demonstrar a radicalidade do Constituinte de 1988, tendo em vista que o tecido constitucional passou a ser costurado a partir de uma hermenêutica prospectiva que não procura apenas conhecer o direito como ele é operado, mas que, conhecendo suas entranhas e processos concretizadores, ao mesmo tempo fomenta uma mudança teórica capaz de contribuir para a mudança da triste condição que acomete a formação social brasileira. O foco desta dogmática não é o Estado, mas, antes, a pessoa humana exigente de bem-estar físico, moral e psíquico. Esta dogmática distingue-se da primeira, pois não é positiva, embora respeite de modo integral a normatividade constitucional, emergindo de um compromisso principialista e personalizador para afirmar, alto e bom som, que o direito Constitucional realiza-se, verdadeiramente, na transformação dos princípios constitucionais, dos objetivos fundamentais em verdadeiros dados inscrito e nossa realidade existencial.” CLÈVE, *ibidem*.

A evolução do sistema interpretativo encontra especial relevância nas doutrinas de Ronald Dworkin²² e Robert Alexy²³. Este último confere ênfase ao que designou como 'colisão de direitos fundamentais'²⁴ estabelecendo um sistema interpretativo baseado na ponderação²⁵ que busca relacionar os princípios em debate com o caso concreto, de forma a encontrar a regra mais justa de aplicação dos princípios ao fato jurídico. Como se depreende, o autor em tela defende que a aplicabilidade dos princípios é realizável mediante a ponderação dos princípios na adequação ao caso concreto.

3. OS PRINCÍPIOS E OS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Inobstante a valiosa e inquestionável decisão pela ponderação como meio de solução da colisão de direitos fundamentais, esta orientação perderá sentido quando estiver em discussão o princípio da dignidade da pessoa humana²⁶. Cabe sublinhar que a Constituição de 1988 elevou o dito princípio ao nível de norte hermenêutico e princípio fundamental (art. 1º, III, CRFB/88) que dá coesão e sistematiza o ordenamento constitucional. A Carta Maior concedeu um 'plus' à dignidade da pessoa humana, criando um 'superprincípio', segundo o qual deve ser visto todo o arcabouço normativo.

Elevado a princípio superior e de imperativa interferência no sistema valorativo das normas constitucionais, soa controverso que uma possível colisão entre este princípio e

²² VIEIRA, Oscar Vilhena. A Constituição e sua reserva de justiça: um ensaio sobre os limites materiais ao poder de reforma. São Paulo: Malheiros, 1999, p.61.

²³ SILVA, José Afonso da. Poder Constituinte e Poder Popular: estudos sobre a Constituição. 1. ed. 3. tir. São Paulo, Malheiros, 2007, p. 35.

²⁴ "O conceito de colisão de direitos fundamentais pode ser compreendido estrita ou amplamente. Se ele é compreendido estritamente, então são exclusivamente colisões nas quais direitos fundamentais tomam parte colisão de direitos fundamentais. Pode-se falar aqui de colisões de direito fundamentais em sentido estrito. Em uma compreensão ampla são, pelo contrário, também colisões de direitos fundamentais com quaisquer normas ou princípios, que têm como objeto bens coletivos, colisões de direitos fundamentais. Isso é o conceito de colisão de direito fundamentais em sentido amplo. Ambos os tipos de colisão são temas centrais da dogmática dos direitos fundamentais. Sua análise conduz a quase todos os problemas dessa disciplina." ALEXY, Robert. Colisão de Direitos Fundamentais e realização de Direito Fundamentais no Estado de Direito Democrático. Palestra proferida na sede da Escola Superior de Magistratura Federal (ESMAFE), no dia 07 de dezembro de 1998.

²⁵ "O procedimento para a solução de colisões de princípios é a ponderação. Princípios e ponderações são dois lados do mesmo objeto. Um é do tipo teórico-normativo, o outro, metodológico. Quem efetua ponderações no direito pressupõe que as normas, entre as quais é ponderado, têm a estrutura de princípios e quem classifica normas como princípios deve chegar a ponderações. A discussão sobre a teoria dos princípios é, com isso, essencialmente, uma discussão sobre a ponderação." ALEXY, Robert. Teoría de los derechos fundamentales. Madrid: Centro de estudios políticos y constitucionales, 2007, p.115.

²⁶ Sobre dignidade da pessoa humana dentre muitos ver SARLET, Ingo Wolfgang. Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007; e JACINTHO, Jussara Maria Moreno. Dignidade Humana Princípio Constitucional. Curitiba: Juruá, 2006.



outro qualquer, colocado a teste pela referência da ponderação possa resultar na contrariedade ou prevalência deste sobre aquele. Em outras palavras, o princípio da dignidade da pessoa humana atua como ápice no novo sistema hermenêutico Constitucional. Assim, não é possível a sua ponderação frente a qualquer outro, como de fato parece ser a posição do Tribunal Constitucional Federal Alemão²⁷.

Decorre dessa premissa a relevância de que se estabeleçam mínimos elementares para a configuração do princípio da dignidade da pessoa humana. Tal análise acredita-se requer obrigatoriamente a definição e delimitação de seu alcance, estabelecendo-se o que se poderia chamar de núcleo essencial²⁸ que deve compor os elementos configurativos de sua área mínima de atuação.

Analisando o princípio da dignidade humana, Jacintho²⁹ assim define o seu núcleo essencial:

a dignidade humana como direito material apresenta um núcleo essencial cujos elementos integradores são – sem exclusão de outros que possam ser assim apresentados – a liberdade de crença, e os direitos à saúde, educação, moradia e alimentação.

Nessa acepção, o núcleo essencial da dignidade da pessoa humana repousa na liberdade de crença e nos direitos à saúde, à educação, à moradia e à alimentação.

Pode-se inferir que o desatendimento a qualquer desses direitos constitui violação ao princípio da dignidade humana e, portanto, não haveria, ao menos em tese, possibilidade de ponderação que obtivesse como resultado a sua inaplicabilidade.

O Supremo Tribunal Federal, ao analisar a Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 319-4, que trata de pedido da Confederação Nacional dos Estabelecimentos de Ensino - CONFENEM para declarar inconstitucional a Lei 8.039, de 30 de maio de 1990, que dispõe

²⁷ “(...) pois a dignidade humana como raiz de todos os direitos fundamentais não é ponderável [comparável] com nenhum direito fundamental isolado [tendo sempre primazia, primazia abstrata]. Mas como não são apenas direitos fundamentais isolados, mas todos eles são concretizações do princípio da dignidade humana, sempre é necessária uma fundamentação cuidadosa quando se defende a tese de que o uso de um direito fundamental se chocou com a dignidade humana intangível.” MARTINS, Leonardo. Cinquenta Anos de Jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão. Montevideo: Konrad- denauer-Stiftung, 2008, p.357.

²⁸ “(...) prefere chamá-lo de ‘núcleo consistente’ em contraposição as teorias do ‘núcleo duro ou absolutas’ que seria delimitado em abstrato para cada direito e a teoria ‘relativa’ que sustenta que o conteúdo do direito fundamental somente pode ser visualizado diante do caso concreto. A mencionada autora não segue nenhuma dessas teorias preferindo adotar uma teoria mista chamada, por ela, de teoria do ‘núcleo consistente’ que estabeleceria que por meio precedentes judiciais fosse se construindo sentidos próprios de cada direito fundamental, propondo parâmetros. Tais parâmetros passariam a funcionar como um limite para atuação e do intérprete e como proteção a manutenção dos direitos fundamentais contra decisões arbitrárias e abusivas.” BARCELLOS, Ana Paula de. Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p.68.

²⁹ JACINTHO, Jussara Maria Moreno. Dignidade Humana Princípio Constitucional. Curitiba: Juruá, 2006, p. 148.

sobre critérios de reajuste das mensalidades escolares e dá outras providências, acabou por analisar a ordem constitucional econômica, conferindo-lhe fortes traços sociais, realçando o respeito aos direitos fundamentais, em especial à dignidade da pessoa humana. Como exemplo, é pertinente refletir sobre o voto do Ministro Moreira Alves³⁰, expresso nos seguintes termos:

Ora, sendo a justiça social a justiça distributiva – e por isso mesmo é que chega à finalidade da ordem econômica (assegurar a todos existência digna) por meio dos ditames dela -, e havendo a possibilidade de incompatibilidade entre alguns dos princípios constantes dos incisos desse art. 170, se tomados em sentido absoluto, mister se faz, de que, em conformidade com os ditames da justiça distributiva, seja assegurado a todos – e, portanto, aos elementos de produção e distribuição de bens e serviços e aos elementos de consumo deles – existência digna.

(...)

Ademais, entre os novos princípios que estabelece para serem observados pela ordem econômica, coloca o da defesa do consumidor (que ainda está, como direito fundamental, no art. 5º, inciso XXXII) e o da redução das desigualdades sociais.

O Acórdão aqui mencionado demonstra a necessidade de nova abordagem hermenêutica das questões que envolvam direitos Constitucionais, como a educação e a saúde³¹, reforçando o entendimento esboçado anteriormente sobre a questão do núcleo essencial do princípio da dignidade da pessoa humana.

Para se entender a força motivadora promovida pela dignidade da pessoa humana nas Constituições contemporâneas, é necessário destacar parte do voto proferido pelo Tribunal Constituição Federal Alemão no famoso caso Wilhelm Elfes³²:

Ignora-se, porém, neste ponto, que o Poder Legislativo, segundo a Grundgesetz, está submetido a limites mais severos do que estava sob a vigência da Constituição de 1919 [da República de Weimar]. Na época, não apenas diversos direitos fundamentais estavam realmente “esvaziados” pela reserva legal geral, à qual qualquer lei constitucionalmente promulgada correspondia; o legislador podia superar a qualquer momento, também no caso concreto e por meio de uma lei promulgada pela maioria necessária para a emenda constitucional, qualquer limitação constitucional que se lhe opusesse. Por sua vez, a Grundgesetz estabeleceu uma ordem axiológica que limita o poder público. Por meio dessa ordem, a autonomia, a responsabilidade pessoal e a dignidade humana devem estar garantidas no Estado (BVerfGE 2 , 1 [12 et seq .]; 5, 85 [204 et seq.]). Os princípios

³⁰ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 319-4. Requerente: Confederação Nacional dos Estabelecimentos de Ensino – CONFENEM e requeridos: Congresso Nacional e Presidente da República. Relator: Ministro Moreira Alves. Brasília, Distrito Federal, 03/03/1993. D.J. 30/04/1993.

³¹ Art. 6.º São direitos sociais a educação, a saúde, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e a infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição. BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. 05 de outubro de 1988.

³² MARTINS, Leonardo. Cinquenta Anos de Jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão. Montevideo: Konrad- denauer-Stiftung, 2008, p. 456.



superiores dessa ordem de valores são protegidos contra emendas constitucionais (Art. 1, 20, 79 III GG). Rompimentos com a Constituição não são [mais] possíveis; a jurisdição constitucional fiscaliza a subordinação do legislador aos parâmetros constitucionais. Assim, as leis não são “constitucionais” somente por terem sido produzidas formalmente de acordo com a ordem constitucional. Elas têm de estar materialmente de acordo com os valores básicos superiores da ordem democrática livre, mais do que da ordem de valores constitucional, bem como corresponder aos princípios constitucionais elementares não escritos e às decisões básicas da Grundgesetz, especialmente ao princípio do Estado de direito e do Estado social. Sobretudo, as leis não podem, por isso, ferir a dignidade humana, que é o valor maior da Grundgesetz, mas também não podem restringir a liberdade humana intelectual, política e econômica de forma a atingir tais liberdades em seu conteúdo essencial (Art. 19 II, Art. 1 III, Art. 2 I GG). Daí resulta que ao cidadão está constitucionalmente reservada uma esfera de vida privada, existindo, portanto, um último âmbito intangível de liberdade humana que não se submete à ação do poder público como um todo. Uma lei que interviesse no aludido último âmbito nunca poderia ser elemento da “ordem constitucional”; teria que ser declarada nula pelo Tribunal Constitucional Federal. Disso resulta que uma norma jurídica, somente quando atende a todas essas exigências, e também quando se torna elemento da “ordem constitucional”, limita efetivamente o âmbito da capacidade de ação geral do cidadão. Processualmente isso significa: Qualquer um pode, por meio da Reclamação Constitucional, alegar que uma lei que limite sua liberdade geral de ação não faz parte da ordem constitucional, porque estaria se chocando contra certas disposições constitucionais (na forma ou conteúdo) ou princípios constitucionais gerais. Em sendo assim, [também] seu direito fundamental previsto no Art. 2 I GG estaria sendo violado.

Além disso, cabe destacar a posição defendida por Ingo Sarlet³³:

Os direitos fundamentais, que o art. 5º da Constituição Federal de 1988 considera invioláveis, são inerentes à dignidade da pessoa humana, neles se traduzem e concretizam as faculdades que são exigidas pela dignidade, assim como circunscrevem o âmbito que se deve garantir à pessoa para que aquela se torne possível...

A dignidade da pessoa humana foi pela Constituição concebida como referência constitucional unificadora de todos os direitos fundamentais. E, como tal, lança seu véu por toda a tessitura condicionando a ordem econômica, a fim de assegurar a todos existência digna (art. 170).

Como já foi salientado, a nova hermenêutica constitucional elevou os princípios à categoria de normas e como tal podem e devem ordenar o arcabouço jurídico³⁴.

Sob esse aspecto, Lenio Streck³⁵ alerta que os princípios na nova acepção implantada pelo sistema jurídico constitucional tem função diversa daquela apresentada

³³ SARLET, Ingo Wolfgang. Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 57.

³⁴ VIEIRA, José Ribas. A noção dos princípios no Direito Público do Estado Democrático. Os princípios da Constituição de 1988. Rio de Janeiro, Lumen iuris, 2006, p. 121.

pelos princípios gerais de Direito, vez que, enquanto estes asseguravam e incrementavam o exercício da discricionariedade do magistrado, aumentando sua liberdade, a nova função dos princípios é “fechar” as “possibilidades advindas da abertura semântica dos textos, a partir da introdução do mundo prático no direito”.

É o pós-positivismo, que tem na relação entre valores, princípios e regras³⁶ a busca do ideal normativo para aplicação no caso concreto. Dito de outra maneira os princípios passam a ser considerados como normas³⁷.

Neste sentido, os princípios Constitucionais estão na mais alta escala normativa, tornando-se, como destaca Gesta Leal³⁸, a “normas da normas”:

De tal sorte, como lembra Paulo Bonavides, os princípios estatuidos nas Constituições – agora princípios constitucionais -, postos no ponto mais alto da escala normativa, eles mesmos, sendo normas, tornam-se, doravante, as normas supremas do ordenamento, servindo de pautas ou critérios, por excelência, para avaliação de todos os conteúdos constitucionais e infraconstitucionais. Acrescente-se que os princípios, desde sua constitucionalização, recebem, como instância máxima, ‘status’ constitucional, rodeados do prestígio e da hegemonia que se confere às normas inseridas na Lei das leis. Com esta relevância adicional, os princípios se convertem, igualmente, em normas das normas.

Em outras palavras, princípios como estes fazem transparecer uma superlegalidade material, tornam-se fonte primária do ordenamento e se apresentam como efetivos valores elegidos pela comunidade política local e, enquanto tais, afiguram-se como a pedra de toque ou critério com que se aferem os conteúdos constitucionais em sua dimensão normativa mais elevada.

Se são normas e tem aplicação efetiva, estes devem ser aplicados sempre que possível³⁹, vez que traduzem, por meio de normas abertas, o espírito e o ideal buscado pelo texto Constitucional⁴⁰.

³⁵ STRECK, Lenio. Decisionismo e discricionariedade judicial em tempos pós-positivistas: O solipismo hermenêutico e os obstáculos à concretização da Constituição no Brasil. Coimbra: Almedina, 2008, p. 09.

³⁶ ÁVILA, Humberto. Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. São Paulo: Malheiro, 2008, p.31.

³⁷ “É com o pós-positivismo que, finalmente, se reconhece a normatividade dos princípios constitucionais. Os princípios passam a ser considerados normas, isto é, não se pode mais considerá-los divagações filosóficas do legislador ou do constituinte. Os padrões definidos pelos mesmos têm de ser obedecidos, até porque, como será exposto a seguir, os princípios se constituem em normas fundamentadoras da ordem jurídica.” QUARESMA, Regina. GUIMARAENS, Francisco de. Princípios fundamentais e garantias constitucionais. Os princípios da Constituição de 1988. Rio de Janeiro, Lumen iuris, 2006, p. 454.

³⁸ LEAL, Rogério Gesta. Perspectivas Hermenêuticas dos Direitos Humanos e Fundamentais no Brasil. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000, p. 166.

³⁹ “El punto decisivo para la distinción entre reglas y principios es que los principios son normas que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible, dentro de las posibilidades jurídicas y

Esta questão ganha relevo, pois como se sabe os direitos fundamentais foram concebidos como direitos de defesa do cidadão em face da ação estatal⁴¹, pensado na acepção de um recente Estado Liberal. Tal concepção tinha fé na crença que somente o Estado poderia lesar o particular, já que nas relações inter-privadas vigeria a igualdade entre as partes, o que poderia ser auto-regulado pela autonomia da vontade. Situação relacional que começa a se alterar durante o Estado Social de Direito⁴².

4. DIREITOS FUNDAMENTAIS E RELAÇÕES PRIVADAS

De fato com a evolução social, a massificação do consumo⁴³, o desenvolvimento tecnológico, pode-se verificar que o poder não está apenas nas mãos do Estado, mas disperso na sociedade como um todo. Não é somente o Estado que detém o poder, este também pode estar nas mãos de particulares. A relação inter-privada se tornou desigual e em razão disso os direitos fundamentais⁴⁴, especialmente em razão do império da dignidade humana, devem regular e equilibrar também as relações privadas⁴⁵.

A temática tem sido motivo de debates entre os doutrinadores⁴⁶, bem como na jurisprudência, criando teorias que expliquem a chamada eficácia⁴⁷ dos direitos fundamentais^{48/49} na órbita do direito privado⁵⁰.

reales existentes.” ALEXY, Robert. Teoría de los derechos fundamentales. Madrid: Centro de estudios políticos y constitucionales, 2007, p. 67.

⁴⁰ QUARESMA, Regina. GUIMARAENS, Francisco de. Princípios fundamentais e garantias constitucionais. Os princípios da Constituição de 1988. Rio de Janeiro, Lumen iuris, 2006, p.65.

⁴¹ CITTADINO, Gisele. Princípios Constitucionais, Direitos Fundamentais e História. Os princípios da Constituição de 1988. Rio de Janeiro, Lumen iuris, 2006, p. 103.

⁴² MINARDI, Fábio Freitas. Direitos fundamentais, dignidade da pessoa humana e a aplicação da teoria da eficácia horizontal. Revista Direitos Fundamentais & Democracia. Vol. 4, 2008. Disponível em: <WWW.revistaeletronicardfd.unibrasil.com.br>. Acesso em: 20 fev. 09.

⁴³ TEPEDINO, Gustavo. A incorporação dos direitos fundamentais pelo ordenamento brasileiro: sua eficácia nas relações jurídicas privadas. Revista Jurídica, Porto Alegre, 2006, n. 341, p. 11-26, março de 2006, p.13.

⁴⁴ ZAIDAN DE CARVALHO, Alexandre Douglas. A efetividade dos Direitos Fundamentais de caráter positivo e o princípio da Dignidade da Pessoa Humana. Revista de Direito Público, Porto Alegre, 2008, n. 19, p. 27 a 42, jan/fev de 2008, p. 31.

⁴⁵ NEVES, Gustavo Kloh Muller. Os princípios entre a teoria geral do Direito e o Direito Civil Constitucional. Os princípios da Constituição de 1988. Rio de Janeiro, Lumen iuris, 2006, p. 473.

⁴⁶ LIMA, Henrique. Efeitos horizontais dos direitos fundamentais . Jus Navigandi, Teresina, ano 12, n. 1812, 17 jun. 2008. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=11392>>. Acesso em: 02 fev. 2009.

⁴⁷ STEINMETZ, Wilson. Princípio da proporcionalidade e atos de autonomia privada restritivos de direitos fundamentais. Interpretação constitucional. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 13.

⁴⁸ SOMBRA, Thiago. A eficácia dos direitos fundamentais nas relações jurídico-privadas. Revista CEJ, America do Norte, janeiro de 2008. p. 824.

⁴⁹ VALE, André Rufino do. Aspectos do neoconstitucionalismo. Direito Público. N. 14, out/Nov/dez de 2006, p. 48.

Sobre a questão, Canotilho⁵¹ leciona que:

É crescente o número de trabalhos dedicados às relações entre o direito constitucional e o direito civil. (...) Haja vista o problema da eficácia dos direitos fundamentais na ordem jurídica privada (Drittwirkung), o problema da privatização de funções e procedimentos públicos, o problema da renúncia a direitos fundamentais, o problema da responsabilidade patrimonial dos entes públicos. Poderemos afirmar, com relativa segurança, que, hoje, um dos temas mais nobres da dogmática jurídica diz respeito às imbricações complexas da irradiação dos direitos fundamentais constitucionalmente protegidos (Drittwirkung) e do dever de proteção de direitos fundamentais por parte do poder público em relação a terceiros (Schutzpflicht) na ordem jurídico-privada dos contratos.

Analisando o tema, Canaris⁵² entende que a vinculação dos particulares aos direitos fundamentais seria bastante facilitada se pudessem ser respondidas três questões:

Em primeiro lugar: quem é o destinatário dos direitos fundamentais - apenas o Estado ou também os sujeitos jusprivatistas? Em segundo lugar: de quem é o comportamento objeto do exame realizado com base nos direitos fundamentais - o comportamento de um órgão público ou o de um particular? E, por fim: em que função se aplicam os direitos fundamentais - como proibições de intervenção e direitos de defesa contra o Estado (Abwehrrechte) ou como mandamentos (deveres) de proteção?

O mesmo autor esclarece que estas questões são o pano de fundo da discussão entre eficácia externa mediata e eficácia externa imediata. A eficácia externa por si considerada quer significar a eficácia em relação a terceiros, no caso entre os sujeitos do direito privado. Significando, por sua vez, a expressão 'imediata' que os direitos fundamentais teriam como destinatário não só o Estado, mas também o ente privado. Tal vinculação, na acepção de Canaris⁵³, contraria a própria concepção do direito privado, nega os séculos de evolução e põe fim à autonomia privada, o que contradiz, em última análise, os próprios direitos fundamentais, razão pela qual esta teoria não pode ser admitida.

Por outro lado, a eficácia externa mediata⁵⁴ admite que o único destinatário dos direitos fundamentais é o Estado, mas simultaneamente reconhece que eles produzem

⁵⁰ MINARDI, Fábio Freitas. Direitos fundamentais, dignidade da pessoa humana e a aplicação da teoria da eficácia horizontal. Revista Direitos Fundamentais & Democracia. Vol. 4, 2008. Disponível em: <www.revistaeletronicardfd.unibrasil.com.br>. Acesso em: 20 fev.09.

⁵¹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Estudos Sobre Direitos Fundamentais. Dogmática de direitos fundamentais e direito privado. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 191.

⁵² CANARIS, Claus-Wilhelm. A influência dos direitos fundamentais sobre o direito privado na Alemanha. Revista Jurídica, Porto Alegre, 2003, n. 312, p. 07- 22, outubro de 2003, p. 09.

⁵³ CANARIS, ibidem.

⁵⁴ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Estudos Sobre Direitos Fundamentais. Dogmática de direitos fundamentais e direito privado. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 67.

efeitos também nas relações (inter)privadas, e, por tal razão, o Estado é obrigado a proteger o cidadão contra outro cidadão nas suas relações.

Para Tepedino⁵⁵ na era da massificação do consumo e da globalização pouca serventia têm os direitos fundamentais se as políticas públicas e a atividade econômica ficarem fora do seu espectro de efetividade. Ainda destaca que várias agressões à dignidade humana têm sido registradas devido à insuficiência da legislação infraconstitucional e à tacanha menção que a magistratura tem feito na relação entre direitos fundamentais⁵⁶ e o direito privado⁵⁷. Situação também mencionada por José Ribas Vieira⁵⁸.

Nesse sentido, é valiosa a lição de Sarlet⁵⁹ que analisando detidamente o tema, expõe:

Das considerações tecidas até o presente momento, já se poderia, salvo melhor juízo, sustentar que uma vinculação direta dos particulares aos direitos fundamentais, à exceção das hipóteses nas quais o destinatário

⁵⁵ “Acrescente-se que, na democracia capitalista globalizada, de pouca serventia mostram-se os refinados instrumentos de proteção dos direitos humanos, postos à disposição pelo direito público, se as políticas e a atividade econômica privada escaparem aos mecanismos de controle jurídico, incrementando a exclusão social e o desrespeito à dignidade da pessoa humana. Com efeito, as conquistas seculares do direito público, que produziram sucessivas gerações de direitos e garantias fundamentais do cidadão perante o Estado, tornar-se-iam inoperantes, para as transformações sociais pretendidas, não fosse a incidência da norma constitucional nas relações privadas.” TEPEDINO, Gustavo. A incorporação dos direitos fundamentais pelo ordenamento brasileiro: sua eficácia nas relações jurídicas privadas. Revista Jurídica, Porto Alegre, 2006, n. 341, p. 11-26, março de 2006, p. 21.

⁵⁶ “Preparado somente para lidar com questões rotineiras e triviais, nos planos cíveis, comercial, penal, trabalhista, tributário e administrativo, por tratar o sistema jurídico com um rigor lógico-formal tão intenso que inibe os magistrados de adotar soluções fundadas em critério de racionalidade substantiva, o Judiciário se revela tradicionalmente hesitante diante das situações não-rotineiras; hesitação essa que tende a aumentar à medida que, obrigados a interpretar e aplicar os direitos humanos e sociais estabelecidos pela Constituição, os juízes enfrentam o desafio de definir o sentido e o conteúdo das normas programáticas que expressam tais direitos ou de considerar como não-vinculante um dos núcleos centrais do próprio texto constitucional.” FARIA, José Eduardo. Direitos Humanos, Direitos Sociais e Justiça. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 105.

⁵⁷ “Na realidade brasileira, inúmeras hipóteses de agressão à pessoa humana foram registradas em face da insuficiência da legislação infraconstitucional, associada à timidez da magistratura em valer-se diretamente dos princípios fundamentais. A interposição de princípios constitucionais nas vicissitudes das situações jurídicas subjetivas deve significar uma alteração valorativa que modifica o próprio conceito de ordem pública, tendo na dignidade da pessoa humana o valor maior, posto no ápice do ordenamento. Se a proteção aos valores existenciais configura momento culminante da nova ordem pública instaurada pela Constituição, não poderá haver situação jurídica subjetiva que não comprometa com a realização do programa constitucional.” TEPEDINO, Gustavo. A incorporação dos direitos fundamentais pelo ordenamento brasileiro: sua eficácia nas relações jurídicas privadas. Revista Jurídica, Porto Alegre, 2006, n. 341, p. 11-26, março de 2006, p. 22.

⁵⁸ VIEIRA, Oscar Vilhena. A Constituição e sua reserva de justiça: um ensaio sobre os limites materiais ao poder de reforma. São Paulo: Malheiros, 1999, p. 89.

⁵⁹ SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos Fundamentais e Direito Privado: algumas considerações em torno da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais. A Constituição concretizada: Construindo pontes com o público e o privado. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000, p. 148.



precípua das normas (e do direito subjetivo nelas embasado) é o poder público, ainda que se possa partir da premissa de que o *modus vinculanti* e o papel do legislador, assim como o do Juiz, seja diverso, de acordo com o caso concreto.

E ainda completa:

Com efeito, tal conclusão se impõe seja em virtude da existência de norma de direitos fundamentais, sem em razão de que estas normas integram o rol das “cláusulas pétreas”, ao menos, no que diz com o seu conteúdo em dignidade humana. Para além disso, resulta evidente que a dignidade humana não se encontra sujeita apenas às agressões oriundas do Estado, mas também dos particulares, já que, em verdade, pouco importa de quem provém a “bota no rosto do ofendido.”

Canaris⁶⁰ salienta que na Alemanha esta questão tem tal relevância que existe um recurso constitucional que busca assegurar a inviolabilidade dos direitos fundamentais, pouco importando se o caso vem da esfera civil ou não, vez que mesmo as decisões de última instância (Supremo Tribunal Federal) em matéria civil podem ser submetidas à reapreciação daquele Tribunal Constitucional Alemão.

Para reforçar a posição acima, Canaris⁶¹ cita um famoso caso apreciado pelo Tribunal Constitucional Alemão e que serviu de paradigma para várias outras decisões de

⁶⁰ CANARIS, Claus-Wilhelm. A influência dos direitos fundamentais sobre o direito privado na Alemanha. Revista Jurídica, Porto Alegre, 2003, n. 312, p. 07 a 22, outubro de 2003, p 17.

⁶¹ “Uma sentença do Tribunal Constitucional Federal, que versou sobre uma colisão entre o direito delitivo (da responsabilidade por atos ilícitos) e a liberdade de opinião, passou a ser de fundamental importância para o tratamento da relação entre direitos fundamentais e Direito Privado na Alemanha. No caso em exame, um particular (um cidadão de nome Lüth, que ingressou por força dessa sentença na história do direito alemão), apelara, em 1950, aos proprietários e freqüentadores de salas de cinema ao boicote de um novo filme, argumentando que o diretor do mesmo rodara um filme anti-semita durante o período nacional-socialista. Os tribunais cíveis consideraram o apelo um ato ilícito, por ofensivo aos bons costumes no sentido do estabelecido pelo § 856 do BGB (Código Civil Alemão), condenando, por conseguinte, o Sr. Lüth a não repeti-lo. Em resposta ao recurso constitucional impetrado pelo Sr. Lüth, o Tribunal Constitucional Federal cassou a sentença do tribunal cível, pois este teria, na aplicação do § 826 do BGB, violado o direito fundamental à liberdade de opinião do Sr. Lüth, assegurado pelo artigo 5º, inciso I, da LF. Aqui, o Tribunal Constitucional Federal utilizou-se, pela primeira vez, da formulação, entrementes célebre, de que a Lei Fundamental “erigiu na seção referente aos direitos fundamentais uma ordem objetiva de valores (...), que deve valer enquanto decisão fundamental de âmbito constitucional para todas as áreas do Direito”. Disso seguiria que o sistema de valores dos direitos fundamentais “obviamente também influi no Direito Civil (e) nenhuma prescrição juscivilista pode estar em contradição com ele, devendo cada qual ser interpretada à luz do seu espírito (scil. do sistema de valores - PN)”. Tendo em conta essa jurisprudência, o próprio Tribunal Constitucional Federal cunhou a expressão, entrementes também célebre, do “efeito de irradiação” dos direitos fundamentais sobre o Direito Privado, que abordarei em pormenores mais além. Na opinião do Tribunal Constitucional Federal, oferecem-se para a efetivação desse efeito, pela via da interpretação, sobretudo as cláusulas gerais do Direito Privado, às quais pertence o § 856 do BGB, em virtude da sua referência aos “bons costumes”. CANARIS, *ibidem*.”

mesma espécie, o chamado caso 'luth'⁶², quando o Tribunal Constitucional entendeu que as normas de direitos fundamentais podem ser aplicadas nas relações entre os particulares.

Em julgamento histórico⁶³, o Supremo Tribunal Federal, ao analisar a situação de um compositor que foi desligado dos quadros da União Brasileira dos Compositores – (UBC), entendeu que se tratava de relação entre privados (pessoa física e pessoa jurídica de direito privado). Nesse aspecto, a grande discussão que se travou naquele que ficou conhecido como “caso UBC” foi no sentido de existir a possibilidade de que os direitos fundamentais do compositor afastado fossem efetivos em sua relação com outra pessoa jurídica de direito privado, ou seja, a possibilidade de que os direitos fundamentais fossem aplicados e efetivos nas relações entre privados.

Gilmar Mendes⁶⁴, em seu voto-vista, ensina que a discussão sobre a efetividade dos direitos fundamentais nas relações privadas (eficácia horizontal dos direitos fundamentais) é tema complexo e tormentoso ocupando boa parte do discurso jurídico na Europa e nos Estados Unidos da América. Ainda, segundo ele⁶⁵, mesmo no período o Estado Social os direitos fundamentais tinham nítido caráter de proteção contra os atos do Estado.

O mesmo Ministro afirma também em seu voto vista que a ideia segunda a qual os direitos fundamentais imporiam uma limitação à autonomia das partes⁶⁶ é bastante necessário, se imaginar que o particular teria um campo de atuação livre de qualquer atuação do Estado, poderiam se criar situações contrárias à própria ordem jurídica vigente. Por tal motivo, sustenta que também os direitos privados estão vinculados aos direitos fundamentais.

⁶² Sobre o caso ver entre outros MARTINS, Leonardo. Cinquenta Anos de Jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão. Montevideo: Konrad- denauer-Stiftung, 2008, p. 459.

⁶³ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Recurso extraordinário 201.819-8/RJ. Relatora originária Ministra Ellen Gracie, Relator para o acórdão Ministro Gilmar Mendes. Recorrente: União Brasileira de Compositores – UBC. Recorrido: Arthur Rodrigues Villarinho. Publicado no Diário da Justiça em 27/10/2006.

⁶⁴ “A questão relativa à eficácia dos direitos fundamentais no âmbito das relações particulares marcou o debate doutrinário dos anos 50 e do início dos anos 60 na Alemanha. Também nos Estados Unidos, sob o rótulo da ‘state action’, tem-se discutido intensamente a aplicação dos direitos fundamentais às relações privadas.” SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, *ibidem*.

⁶⁵ “É fácil ver que a doutrina tradicional dominante do século XIX e mesmo ao tempo da República de Weimar sustenta orientação segundo a qual os direitos fundamentais destinam-se a proteger o indivíduo contra eventuais ações do Estado, não assumindo maior relevância para as relações de caráter privado. Dois direitos fundamentais com notória eficácia para os entes privados (art. 118, 1, 1. período – liberdade de opinião; art. 159, 2. período – liberdade de coalizão) extraiu-se um *argumentum e contrario*.” SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, *ibidem*.

⁶⁶ “Um entendimento segundo o qual os direitos fundamentais atuam de forma unilateral na relação entre o cidadão e o Estado acaba por legitimar a ideia de que haveria para o cidadão sempre um espaço livre de qualquer ingerência estatal. A adoção dessa orientação suscitaria problemas de difícil solução tanto no plano teórico, como no plano prático.” SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, *ibidem*.

Já, Joaquim Barbosa⁶⁷, em seu voto, entende que a aplicação dos direitos fundamentais na órbita privada decorre de vários fatores, entre eles a supremacia da Constituição e a chamada constitucionalização do direito privado com a queda das barreiras que separam o direito público do privado.

Por sua vez, Celso de Mello⁶⁸, acompanhando o entendimento de Barbosa e Mendes, entende que também a autonomia privada encontra limitações na ordem positiva constitucional.

Na apreciação do caso, o Supremo Tribunal Federal decidiu da seguinte forma:

SOCIEDADE CIVIL SEM FINS LUCRATIVOS. UNIÃO BRASILEIRA DE COMPOSITORES. EXCLUSÃO DE SÓCIO SEM GARANTIA DA AMPLA DEFESA E DO CONTRADITÓRIO. EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES PRIVADAS. RECURSO DESPROVIDO. I. EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES PRIVADAS. As violações a direitos fundamentais não ocorrem somente no âmbito das relações entre o cidadão e o Estado, mas igualmente nas relações travadas entre pessoas físicas e jurídicas de direito privado. Assim, os direitos fundamentais assegurados pela Constituição vinculam diretamente não apenas os poderes públicos, estando direcionados também à proteção dos particulares em face dos poderes privados. II. OS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS COMO LIMITES À AUTONOMIA PRIVADA DAS ASSOCIAÇÕES. A ordem jurídico-constitucional brasileira não conferiu a qualquer associação civil a possibilidade de agir à revelia dos princípios inscritos nas leis e, em especial, dos postulados que têm por fundamento direto o próprio texto da Constituição da República, notadamente em tema de proteção às liberdades e garantias fundamentais. O espaço de autonomia privada garantido pela Constituição às associações não está imune à incidência dos princípios constitucionais que asseguram o respeito aos direitos

⁶⁷ “O fato é que, entre nós, a aplicabilidade dos direitos fundamentais na esfera privada é consequência de diversos fatores, muitos deles observáveis na prática jurídica contemporânea, inclusive entre nós. O primeiro deles, o paulatino rompimento das barreiras que separavam até final do século XIX o direito público e o direito privado. Por outro lado, um fenômeno facilmente observável em sistemas jurídicos dotados de jurisdição constitucional – a chamada “constitucionalização do direito privado”, mais especificamente do direito civil. Noutras palavras, as relações privadas aquelas que há até bem pouco tempo se regiam exclusivamente pelo direito civil, hoje sofrem o influxo dos princípios de direito público, emanados predominantemente das decisões proferidas pelos órgãos de jurisdição constitucional. De fato, uma das consequências inelutáveis da aceitação quase universal da supremacia da Constituição e da jurisdição constitucional como instrumento destinado a assegurá-la reside no fato de que os direitos fundamentais, imperativo indeclinável de todas as democracias, não mais se concebem como limitações impostas única e exclusivamente ao Estado. Na Europa e até mesmo nos Estados Unidos, onde são feitos grandes esforços hermenêuticos visando à superação da doutrina da state action, as relações privadas não mais se acham inteiramente fora do alcance das limitações impostas pelos direitos fundamentais. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, *ibidem*.”

⁶⁸ É por essa razão que a autonomia privada – que encontra claras limitações de ordem jurídica – não pode ser exercida em detrimento ou com desrespeito aos direitos e garantias de terceiros, especialmente aqueles positivados em sede constitucional, pois a autonomia da vontade não confere aos particulares, no domínio de sua incidência e atuação, o poder de transgredir ou de ignorar as restrições postas e definidas pela própria Constituição, cuja eficácia e força normativa também se impõem, aos particulares, no âmbito de suas relações privadas, em tema de liberdades fundamentais. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, *ibidem*.

fundamentais de seus associados. A autonomia privada, que encontra claras limitações de ordem jurídica, não pode ser exercida em detrimento ou com desrespeito aos direitos e garantias de terceiros, especialmente aqueles positivados em sede constitucional, pois a autonomia da vontade não confere aos particulares, no domínio de sua incidência e atuação, o poder de transgredir ou de ignorar as restrições postas e definidas pela própria Constituição, cuja eficácia e força normativa também se impõem, aos particulares, no âmbito de suas relações privadas, em tema de liberdades fundamentais. III. SOCIEDADE CIVIL SEM FINS LUCRATIVOS. ENTIDADE QUE INTEGRA ESPAÇO PÚBLICO, AINDA QUE NÃO-ESTATAL. ATIVIDADE DE CARÁTER PÚBLICO. EXCLUSÃO DE SÓCIO SEM GARANTIA DO DEVIDO PROCESSO LEGAL. APLICAÇÃO DIRETA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS À AMPLA DEFESA E AO CONTRADITÓRIO. As associações privadas que exercem função predominante em determinado âmbito econômico e/ou social, mantendo seus associados em relações de dependência econômica e/ou social, integram o que se pode denominar de espaço público, ainda que não-estatal. A União Brasileira de Compositores - UBC, sociedade civil sem fins lucrativos, integra a estrutura do ECAD e, portanto, assume posição privilegiada para determinar a extensão do gozo e fruição dos direitos autorais de seus associados. A exclusão de sócio do quadro social da UBC, sem qualquer garantia de ampla defesa, do contraditório, ou do devido processo constitucional, onera consideravelmente o recorrido, o qual fica impossibilitado de perceber os direitos autorais relativos à execução de suas obras. A vedação das garantias constitucionais do devido processo legal acaba por restringir a própria liberdade de exercício profissional do sócio. O caráter público da atividade exercida pela sociedade e a dependência do vínculo associativo para o exercício profissional de seus sócios legitimam, no caso concreto, a aplicação direta dos direitos fundamentais concernentes ao devido processo legal, ao contraditório e à ampla defesa (art. 5º, LIV e LV, CF/88). IV. RECURSO EXTRAORDINÁRIO DESPROVIDO.

Para Gaio Júnior⁶⁹ o Supremo Tribunal Federal reconheceu claramente que os direitos fundamentais podem e devem ser aplicados nas relações entre particulares e incidir não somente no âmbito das relações jurídicas processuais, mas em qualquer ambiente onde esteja presente a violação dos mencionados direitos.

O Tribunal Federal Constitucional Alemão⁷⁰ parece ter entendimento bastante similar, no sentido de que o conteúdo normativo dos direitos fundamentais também se desenvolve no âmbito do Direito Privado.

⁶⁹ “A idéia do processo como entidade democrática e instrumento de perquirição pela busca do justo, deve refletir como fundamento principal, seja em qualquer ambiente em que se busque através do mesmo, a solução de pretensões relativas a direitos resistidos ou não.” GAIO JÚNIOR, Antônio Pereira. Direito Processual Civil: Teoria Geral do Processo, Processo de Conhecimento e Recursos. V. 1, 3 ed., Belo Horizonte: Del Rey, 2009, p.82.

⁷⁰ “O conteúdo normativo dos direitos fundamentais enquanto normas objetivas desenvolve-se no direito privado por intermédio do veículo (Medium) das normas que dominem imediatamente aquela área jurídica. Assim como o novo direito precisa estar em conformidade com o sistema axiológico dos direitos fundamentais, será, no que tange ao seu conteúdo, o direito pré-existente direcionado a esse sistema de valores; dele flui para esse direito pré-existente um conteúdo constitucional específico, que a partir de então fixará a sua interpretação. Uma lide entre particulares sobre direitos e obrigações decorrentes destas normas comportamentais do direito civil influenciadas pelo direito



A Constituição Portuguesa⁷¹, por sua vez, em seu art. 18, n. 1, determina expressamente que os direitos fundamentais sejam aplicados às relações privadas.

5. CONCLUSÃO

Não é objetivo do presente estudo negar a autonomia privada ou afirmar que os princípios funcionarão como uma limitação a tal autonomia, mas com fundamento no que foi exposto é de se entender que os princípios de direitos fundamentais que buscam efetivar a dignidade da pessoa humana produzem eficácia nas relações entre os particulares, posto que os direitos fundamentais como expressão da dignidade humana atuarão como elementos de concretização dessa dignidade sempre que ocorrer a sua violação.

Sendo assim, parece perfeitamente coerente a aplicação e adoção da teoria da eficácia horizontal dos direitos fundamentais no sistema jurídico brasileiro.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXY, Robert. *Colisão de Direitos Fundamentais e realização de Direito Fundamentais no Estado de Direito Democrático*. Palestra proferida na sede da Escola Superior de Magistratura Federal (ESMAFE), no dia 07 de dezembro de 1998.

_____. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de estudios políticos y constitucionales, 2007.

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. São Paulo: Malheiro, 2008.

BARCELLOS, Ana Paula de. *Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

fundamental permanece, no direito material e processual uma lide cível. Interpretado e aplicado deve ser o direito civil, ainda que sua interpretação tenha que seguir o direito público, a Constituição. A influência dos critérios axiológicos do direito fundamental se faz notar sobretudo em face daquelas normas do direito privado que encerrem direito cogente e que constituam assim uma parte da ordem public lato sensu, i.e., junto aos princípios, os quais, em razão do bem comum, devam ser vigentes também na formação das relações jurídicas entre os particulares e por isso sejam retirados do domínio da vontade privada. Estas normas têm, em razão de seu propósito, um grau de parentesco próximo ao direito público, ao qual elas se ligam de maneira complementar. Elas precisam estar submetidas de modo intenso à influência do direito constitucional." MARTINS, Leonardo. Cinquenta Anos de Jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão. Montevideo: Konrad- denauer-Stiftung, 2008, p.567.

⁷¹ PORTUGAL, Constituição da República Portuguesa. 02/04/1976. <http://www.portugal.gov.pt>, 2009. Disponível em: <<http://www.portugal.gov.pt>>. Acesso em: 28 jan. 09.



BARROSO, Luis Roberto. BARCELLOS, Ana Paula. *O começo da história. A nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no Direito Brasileiro. Crise e desafios da Constituição*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

BRASIL, *Constituição da República Federativa do Brasil*, 05 de outubro de 1988.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 319-4. Requerente: Confederação Nacional dos Estabelecimentos de Ensino – CONFENEM e requeridos: Congresso Nacional e Presidente da República. Relator: Ministro Moreira Alves*. Brasília, Distrito Federal, 03/03/1993. D.J. 30/04/1993.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. *Recurso extraordinário 201.819-8/RJ. Relatora originária Ministra Ellen Gracie, Relator para o acórdão Ministro Gilmar Mendes. Recorrente: União Brasileira de Compositores – UBC. Recorrido: Arthur Rodrigues Villarinho*. Publicado no Diário da Justiça em 27/10/2006.

CANARIS, Claus-Wilhelm. *A influência dos direitos fundamentais sobre o direito privado na Alemanha*. Revista Jurídica, Porto Alegre, 2003, n. 312, p. 07-22, outubro de 2003.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Estudos Sobre Direitos Fundamentais. Dogmática de direitos fundamentais e direito privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

CAPPELLETTI, Mauro. *O controle judicial de constitucionalidade das leis no Direito comparado*. 2ª ed. Reimpressão. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1992.

CITTADINO, Gisele. *Princípios Constitucionais, Direitos Fundamentais e História. Os princípios da Constituição de 1988*. Rio de Janeiro, Lumen iuris, 2006.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. *A eficácia dos direitos fundamentais sociais*, Revista Crítica Jurídica, nº. 22, jul/dez 2003. Disponível em: <www.juridicas.unam.mx>. Acesso em: 09 mar. 2009.

COELHO, Inocêncio Mártires. *A dimensão normativa da interpretação constitucional*. Revista de Direito Público. Porto Alegre, n. 22, p. 105-118, jul/ago de 2008.

FARIA, José Eduardo. *Direitos Humanos, Direitos Sociais e Justiça*. São Paulo: Malheiros, 2005.

FREITAS, Juarez. *A melhor interpretação Constitucional versus a única resposta correta. Interpretação Constitucional. Teoria & direito público*. 1ª ed., 2ª tiragem. São Paulo: Malheiros, 2007.

GAIO JÚNIOR, Antônio Pereira. *Direito Processual Civil: Teoria Geral do Processo, Processo de Conhecimento e Recursos*. V. 1, 3 ed., Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

GRAU, Eros Roberto. *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

JACINTHO, Jussara Maria Moreno. *Dignidade Humana Princípio Constitucional*. Curitiba: Juruá, 2006.

QUARESMA, Regina. GUIMARAENS, Francisco de. *Princípios fundamentais e garantias constitucionais. Os princípios da Constituição de 1988*. Rio de Janeiro, Lumen iuris, 2006.

LEAL, Rogério Gesta. *Perspectivas Hermenêuticas dos Direitos Humanos e Fundamentais no Brasil*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

LIMA, Henrique. *Efeitos horizontais dos direitos fundamentais . Jus Navigandi, Teresina, ano 12, n. 1812, 17 jun. 2008*. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=11392>>. Acesso em: 02 fev. 2009.

MARTINS, Leonardo. *Cinqüenta Anos de Jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão*. Montevideo: Konrad- denauer-Stiftung, 2008.

MINARDI, Fábio Freitas. *Direitos fundamentais, dignidade da pessoa humana e a aplicação da teoria da eficácia horizontal*, *Revista Direitos Fundamentais & Democracia*. Vol. 4, 2008. Disponível em: <www.revistaeletronicardfd.unibrazil.com.br>. Acesso em: 20 fev. 09.

NEVES, Gustavo Kloh Muller. *Os princípios entre a teoria geral do Direito e o Direito Civil Constitucional. Os princípios da Constituição de 1988*. Rio de Janeiro, Lumen iuris, 2006.

NUNES, Jorge Amaury Maia. *Princípios Constitucionais: interpretação visando à efetividade dos Direitos Fundamentais*, *Revista de Direito Público*. Porto Alegre, n. 19, p. 95-112, jan./fev. de 2008.

PORTUGAL, *Constituição da República Portuguesa*. 02/04/1976. Disponível em: <<http://www.portugal.gov.pt>>. Acesso em: 28 jan. 2009.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

SILVA, José Afonso da. *Poder Constituinte e Poder Popular: estudos sobre a Constituição*. 1. ed. 3. tir. São Paulo, Malheiros, 2007.

SILVA, Virgílio Afonso da Silva. *Interpretação constitucional e sincretismo metodológico. Interpretação Constitucional. Teoria & direito público*. 1ª ed., 2ª tiragem. São Paulo: Malheiros, 2007.

SOMBRA, Thiago. *A eficácia dos direitos fundamentais nas relações jurídico-privadas*. *Revista CEJ, America do Norte*, janeiro de 2008.

STEINMETZ, Wilson. *Princípio da proporcionalidade e atos de autonomia privada restritivos de direitos fundamentais. Interpretação constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2007.

STRECK, Lenio Luiz. *Decisionismo e discricionariedade judicial em tempos pós-positivistas: O solipismo hermenêutico e os obstáculos à concretização da Constituição no Brasil*. Coimbra: Almedina, 2008.

_____. *Jurisdição Constitucional e Hermenêutica*. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

TEPEDINO, Gustavo. *A incorporação dos direitos fundamentais pelo ordenamento brasileiro: sua eficácia nas relações jurídicas privadas*, Revista Jurídica. Porto Alegre, 2006, nº. 341, p. 11-26, março de 2006.

VALE, André Rufino do. *Aspectos do neoconstitucionalismo*. *Direito Público*. Nº. 14, out/nov/dez de 2006.

VIEIRA, José Ribas. *A noção dos princípios no Direito Público do Estado Democrático. Os princípios da Constituição de 1988*. Rio de Janeiro, Lumen iuris, 2006.

VIEIRA, Oscar Vilhena. *A Constituição e sua reserva de justiça: um ensaio sobre os limites materiais ao poder de reforma*. São Paulo: Malheiros, 1999.

ZAIDAN DE CARVALHO, Alexandre Douglas. *A efetividade dos Direitos Fundamentais de caráter positivo e o princípio da Dignidade da Pessoa Humana*, Revista de Direito Público. Porto Alegre, 2008, n. 19, jan/fev de 2008.

WEBER, Ricardo H. *A defesa do consumidor constitucional*, Revista Jurídica. Rio Grande do Sul, 2006.

PRIMEIRAS REFLEXÕES SOBRE O INSTITUTO DA REPERCUSSÃO GERAL À LUZ DE RECENTES JULGADOS DO STF

Leonardo Costa Fernandes¹

Orientador: Professor Pós-Doutor Antônio Pereira Gaio Jr.²

Resumo: As recentes reformas processuais levadas a efeito pelo legislador pátrio têm-se pautado na criação de institutos que visam a conferir, ao processo, efetividade e celeridade. O presente artigo tem por finalidade o estudo da repercussão geral, recente requisito de admissibilidade do recurso extraordinário introduzido pelo constituinte no art. 102, §3º, da Carta Magna, e regulamentado pela Lei nº 11.418/06. Nessa perspectiva, buscou-se abordar referido instituto através da análise da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, que vem, periodicamente, julgando as matérias que apresentam repercussão geral, sob o prisma da relevância e da transcendência.

Palavras-chave: Direito processual – Recurso Extraordinário – Repercussão geral

Abstract: *The recent procedural reforms accomplished by the national legislator have been ruled in the creation of institutes that intends to grant, to the process, effectiveness and celerity. The present paper has for purpose the study of the “general repercussion”, recent requirement of the extraordinary recourse to the Brazilian Supreme Court introduced by the constituent in art. 102, §3º, of the Federal Constitution, and regulated for by the Law n.º 11.418/06. In this perspective, was searched to approach mentioned institute through the analysis of the jurisprudence of the Supreme Federal Court, who comes, periodically, judging subjects that present general repercussion, under the prism of the relevance and transcendence.*

Keywords: Procedural law – Extraordinary Recourse – General repercussion

¹ Graduando em Direito pela Faculdade Estácio de Sá – Juiz de Fora. E-mail: leocfern@gmail.com

² Pós-Doutor em Direito pela Universidade de Coimbra – PT. Doutor em Direito pela Universidade Gama Filho. Mestre em Direito pela Universidade Gama Filho. Pós-Graduado em Direito Processual pela Universidade Gama Filho. Professor da Faculdade Estácio de Sá – JF. E-mail: profgaio@gaiojr.adv.br. Site: www.gaiojr.adv.br

1. Introdução:

É da sabença dos cultores das letras jurídicas que a Emenda constitucional nº. 45 acrescentou o §3º à redação do art. 102 da Constituição Federal, assentando, em síntese, que a admissibilidade do recurso extraordinário submete-se à comprovação da repercussão geral da matéria discutida.

Referida inovação legislativa, segundo abalizada doutrina, tem esteio nas premissas orientadoras das reformas processuais hodiernas, máxime da efetividade da prestação jurisdicional e da celeridade processual, que buscam, em última análise, a consagração do direito a um processo justo. Conforme magistério de GAIO JÚNIOR:

Observa-se como ponto comum no corpo das últimas reformas legislativas operadas no campo do processo civil pátrio, a presença constante, até porque igualmente necessária em nosso sistema, do binômio 'celeridade-efetividade', traduzindo-se aí na preocupação do legislador em enfrentar patologias em constante crescimento (GAIO JÚNIOR, 2009, p. 366-367).

Assim, buscando o enfrentamento do instituto, o presente artigo acadêmico foi elaborado com a finalidade de analisar, concretamente, a incidência da repercussão geral nas demandas judiciais levadas à apreciação da Corte Constitucional por meio de recurso extraordinário.

Nesse vértice, foram selecionadas duas recentes decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, em que restou reconhecida a existência de repercussão geral sobre a matéria constitucional objurgada, sendo nosso mister, com base nas premissas que regem o instituto, obtemperar os fundamentos que levaram a mencionada corte a reconhecer a existência de questão com relevância econômica, jurídica, social ou política *ultra partes*.

Impende gizar, preambularmente que até o dia 12 de agosto de 2008, o Supremo Tribunal Federal, por oportunidade do aviamento de recursos extraordinários, reconheceu a existência de repercussão geral em sessenta e sete matérias. Veja-se: RE-RG-575144, RE-RG-575089, RE-RG-574706, RE-RG-572052, RE-RG-570177, RE-RG-569056, RE-RG-567932, RE-RG-567454, RE-RG-564413, RE-RG-562980, RE-RG-575093, RE-RG-576967, RE-RG-579648, RE-RG-582525, RE-RG-559943, RE-RG-565048, RE-RG-566622, RE-RG-568396, RE-RG-570122, RE-RG-563965, RE-RG-572762, RE-RG-573202, RE-RG-573675, RE-RG-573872, RE-RG-576189, RE-RG-576920, RE-RG-577025, RE-RG-583955, RE-RG-584100, RE-RG-585535, RE-RG-568596, RE-RG-577302, RE-RG-577494, RE-RG-579951, RE-RG-561836, RE-RG-566471, RE-RG-573232, RE-RG-561158, RE-RG-561574, RE-RG-564132, RE-RG-565089, RE-RG-565160, RE-RG-583834, RE-RG-587365, RE-RG-561908,

RE-RG-565886, RE-RG-560900, RE-RG-563708, RE-RG-565714, RE-RG-567110, RE-RG-567985, RE-RG-568647, RE-RG-570392, RE-RG-570908, RE-RG-586482, RE-RG-566259, RE-RG-570680, RE-RG-572884, RE-RG-573540, RE-RG-576155, RE-RG-578695, RE-RG-564354, RE-RG-576847, RE-RG-562045, RE-RG-559607, RE-RG-567801, RE-RG-576464.

Devido à natureza de pressuposto de admissibilidade recursal atribuída à repercussão geral pelo constituinte derivado – dotado, inclusive, de caráter de prejudicialidade em relação aos demais pressupostos –, o juízo tendente à verificação de sua existência se faz independentemente do posicionamento adotado pela Corte Constitucional em relação ao direito material da parte que recorre. O entendimento aqui aventado emerge da exegese do já mencionado §3º, do art. 102, da Constituição Federal, norma que regula a competência do Supremo Tribunal Federal, dispondo que:

Art. 102 – Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe:

(...)

§3º - No recurso extraordinário o recorrente deverá demonstrar a repercussão geral das questões constitucionais discutidas no caso, nos termos da lei, a fim de que o Tribunal examine a admissão do recurso, somente podendo recusá-lo pela manifestação de dois terços de seus membros.

Esclareça-se, de antemão, que a expressão “nos termos da lei” utilizada pelo constituinte remete o exegeta à Lei nº. 11.418/06, diploma regulamentador do multicitado dispositivo legal. Por meio deste, foram acrescentados os arts. 543-A e 543-B ao Código de Processo Civil, estabelecendo o procedimento atinente à verificação da existência de repercussão geral.

Art. 543-A - O Supremo Tribunal Federal, em decisão irrecorrível, não conhecerá do recurso extraordinário, quando a questão constitucional nele versada não oferecer repercussão geral, nos termos deste artigo.

§ 1º - Para efeito da repercussão geral, será considerada a existência, ou não, de questões relevantes do ponto de vista econômico, político, social ou jurídico, que ultrapassem os interesses subjetivos da causa.

§ 2º - O recorrente deverá demonstrar, em preliminar do recurso, para apreciação exclusiva do Supremo Tribunal Federal, a existência da repercussão geral.

(...).

Exsurge, pois, que a controvérsia constitucional sob exame somente possuirá repercussão geral quando: a) for econômica, política, social ou juridicamente relevante; b) ultrapassar os interesses subjetivos da causa, vale dizer, extrapolar o âmbito dos sujeitos parciais do recurso (recorrente e recorrido) que integram a relação jurídica processual.

Consigne-se, ainda, que o juízo de admissibilidade mencionado amiúde, consoante preleção de GAIO JÚNIOR, busca apenas e tão-somente a constatação de que, abstratamente, a temática possui a relevância e a transcendência a que alude a norma (GAIO JÚNIOR, 2009). Desta feita, por se tratar de questão preliminar, não é lícito ao Tribunal Constitucional – a quem incumbe exclusivamente tal verificação, uma vez que não há previsão legal para a realização de juízo de admissibilidade atinente à repercussão geral pelo Tribunal *a quo* – ingressar em questão de mérito.

2. A repercussão geral no recurso extraordinário nº 564.132.-5:

Sob o prisma da repercussão geral, colhe-se do julgado que a controvérsia supedâneo da interposição do recurso extraordinário concerne à possibilidade de se executar, autonomamente, o valor contido em título executivo judicial representativo de obrigação da Fazenda Pública, para pagamento de honorários advocatícios, e se dita medida rende ensejo à conclusão de que houve fracionamento da execução, afrontando o preceito constitucional plasmado no §4º, do art. 100, da Constituição Federal. Outrossim, se o caso sob análise traduz-se em hipótese de incidência da regra que veda a emissão de precatórios sucessivos, considerando que os honorários advindos da condenação possuem natureza alimentar.

De início, cumpre consignar que os honorários advocatícios – regulado pelos arts. 22 a 26 da Lei nº. 8.906/94 – possuem natureza jurídica de alimentos, compreendendo uma contraprestação pecuniária pelos serviços profissionais prestados durante o patrocínio da causa, e destinados à subsistência do profissional liberal, uma vez que o mesmo não percebe salário, vencimento ou provento em virtude de sua atividade laborativa. Ainda, seguindo a *ratio essendi* das normas que regem os honorários advocatícios, tem-se que estes, enquanto gênero, possuem duas espécies: a) honorários contratuais; b) honorários sucumbenciais.

Os honorários contratuais são decorrência da relação contratual existente entre o profissional regularmente inscrito na Ordem dos Advogados do Brasil e aquele que lança mão de seus serviços, antes mesmo do início da defesa deste em juízo, açambarcando a remuneração avençada entre tais sujeitos, com base, sobretudo, na complexidade do objeto do contrato.

Lado outro, os honorários sucumbenciais, que guardam imediata pertinência temática com o recurso extraordinário sob testilha, compreendem a verba remuneratória a que faz jus o advogado legalmente constituído acaso sobrevenha condenação da parte *ex*

adversa ao pagamento das verbas oriundas da sucumbência, nos moldes do art. 20 do Código de Processo Civil. Destarte, não se pode olvidar que o direito a sua percepção está rigorosamente adstrito ao êxito na demanda da parte assistida.

Já, quanto ao suposto fracionamento da execução – expressamente vedado pelo art. 100 da Carta Magna – insta ponderar se, no caso vertente, a execução autônoma consubstancia, verdadeiramente, cisão do valor total devido, permitindo a classificação de parte do crédito como sendo de pequeno valor. Isto porque se pode excogitar que o título executivo judicial consolida, a rigor, dois direitos: a) o que toca diretamente à pretensão deduzida; e b) o que atine à percepção das verbas de sucumbência, de titularidade do procurador da parte vencida. Nada obstante, tangente ao procedimento, impingir-se-á a racionalidade esposada alhures.

Ainda no que pertine à aludida classificação do crédito, considerando que o objeto do presente trabalho não é tratar com detalhes as formas de satisfação das obrigações pecuniárias da Fazenda Pública, senão a análise da repercussão geral nos casos selecionados, remetemos o leitor à Lei nº. 10.099/00, que regulamenta o §3º, do art. 100, da Constituição Federal, estabelecendo parâmetros objetivos para o enquadramento de determinado crédito na categoria de “pequeno valor”.

De qualquer sorte, não é forçoso reconhecer a transcendência e relevância da matéria, porquanto a solução da controvérsia afetará toda execução fundada em título executivo via da qual se perscruta a satisfação forçada, pelo advogado postulante, dos honorários sucumbenciais devidos pela Fazenda Pública no âmbito de qualquer dos entes federativos, seja submetendo-a às regras ordinárias dos precatórios, seja reconhecendo a natureza alimentar do crédito, possibilitando a sua subsunção à exceção prevista na Constituição, ou, ainda, obliterando a execução autônoma, acaso se entender que há afronta à vedação constitucional do fracionamento do valor executado.

Noutro verso, há que se ressaltar a possibilidade de existência de uma multiplicidade de recursos que versem controvérsia idêntica àquela esgrimida no recurso extraordinário levado à apreciação do Supremo Tribunal Federal. Assim ocorrendo, aplicar-se-á o procedimento previsto no art. 543-B do Código de Processo Civil, que enuncia, *in verbis*:

Art. 543-B - Quando houver multiplicidade de recursos com fundamento em idêntica controvérsia, a análise da repercussão geral será processada nos termos do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, observado o disposto neste artigo.

§ 1º - Caberá ao Tribunal de origem selecionar um ou mais recursos representativos da controvérsia e encaminhá-los ao Supremo Tribunal Federal, sobrestando os demais até o pronunciamento definitivo da Corte.

§ 2º - Negada a existência de repercussão geral, os recursos sobrestados considerar-se-ão automaticamente não admitidos.



§ 3º - Julgado o mérito do recurso extraordinário, os recursos sobrestados serão apreciados pelos Tribunais, Turmas de Uniformização ou Turmas Recursais, que poderão declará-los prejudicados ou retratar-se.

§ 4º - Mantida a decisão e admitido o recurso, poderá o Supremo Tribunal Federal, nos termos do Regimento Interno, cassar ou reformar, liminarmente, o acórdão contrário à orientação firmada.

§ 5º - O Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal disporá sobre as atribuições dos Ministros, das Turmas e de outros órgãos, na análise da repercussão geral.

No caso sob apreço, portanto, as execuções em curso que tenham por objeto a persecução de verbas honoríficas decorrentes de sucumbência da Fazenda Pública serão sobrestadas até que o STF se pronuncie sobre o mérito do recurso representativo da controvérsia, processando-se a análise da repercussão geral de acordo com o seu Regimento Interno.

Nessa toada, havendo multiplicidade de recursos sobre os quais sobrepairam controvérsia idêntica, as possíveis situações a que se pode chegar após o julgamento de mérito do recurso-paradigma, com a conseguinte apreciação, pelos Tribunais *a quo*, dos recursos detidos, são: adequação do posicionamento ao do Supremo Tribunal Federal (retratação), caso o acórdão recorrido verse tese contrária ao da Corte Maior; b) declaração de que estes, após o julgamento de mérito do recurso remetido ao STF, restaram prejudicados, na hipótese de estarem em descompasso com o *decisum*; e c) manutenção do acórdão, dando azo à sua cassação ou reforma, de imediato (liminarmente), pelo Supremo Tribunal Federal, nos termos do seu Regimento Interno.

Frise-se, em remate, que por força da previsão contida no §1º, do art. 543-B, do Código de Processo Civil, a escolha do recurso que melhor espelha a controvérsia é de competência do Tribunal *a quo*.

3. A repercussão geral no recurso extraordinário nº 560.900-6:

Analisando o presente recurso extraordinário, depreende-se que a matéria constitucional que se controverte toca à validade da vedação de participação em concurso público para ingresso na carreira policial dos pretensos candidatos que respondam a processo no âmbito criminal.

Destaca-se, de início, que no acórdão que rendeu ensejo ao aviamento do recurso extraordinário debate-se a restrição imposta a policiais militares que estejam respondendo criminalmente pela prática de delitos, consistente na impossibilidade de freqüentarem curso de formação que poderá redundar na promoção dos mesmos. Contudo, parece-nos que, em sede de recurso extraordinário, houve uma ampliação da matéria posta em discussão,



porquanto se estendeu a análise da validade do impedimento a todos os concursos públicos realizados em território nacional, consoante manifestação do Ministro relator Joaquim Barbosa:

É inequívoco que a definição acerca da validade da restrição posta aos candidatos à aprovação em concurso para provimento de cargo ou função pública, fundada na existência de denúncia criminal transcende o interesse subjetivo das partes, *pois interessa a todos os entes federados e a todas as entidades submetidas à feitura de certames públicos para contratação de pessoal* (destacou-se).

De qualquer modo, esteja a discussão adstrita aos concursos públicos levados a efeito pelas corporações militares ou se dê de forma mais abrangente, açambarcando todo e qualquer certame que vise à contratação de pessoal, é indubitoso que a matéria controvertida transcende o interesse das partes envolvidas no processo, uma vez que, deveras, projeta reflexos na esfera jurídica de terceiros que não figuram como partes na relação processual.

Na mesma perspectiva, o julgamento da matéria esgrimida em sede recursal se mostra relevante, porquanto o deslinde da discussão, ademais de interessar a uma pluralidade de sujeitos, engendrará considerável repercussão jurídica, social e quiçá econômica, na medida em que servirá de paradigma para a realização de concursos públicos que visem à contratação de pessoal, indicando ao órgão responsável pela elaboração de suas regras se é lícito ou restringir a participação de indivíduos que porventura estejam sendo processados criminalmente.

Em suas razões, argumenta o recorrente que a restrição imposta é consectário dos princípios da hierarquia e disciplina inerentes à carreira militar, sendo, desse modo, legitimada pela Carta Magna, visando a impedir que militares investigados ou denunciados pela prática de infrações penais sejam promovidos.

Vê-se do acórdão recorrido que o juízo *a quo* – Tribunal de Justiça do Distrito Federal – houve por bem elidir a vedação, com base na invocação do princípio da presunção de inocência, previsto no inciso LVII, do art. 5º, da Constituição Federal, que, enquanto garantia processual penal, assegura ao indivíduo a manutenção do seu estado de inocência até que venha a ser prolatada sentença penal condenatória atestando a sua culpabilidade pela prática de determinada conduta subsumível a algum tipo penal e, por conseguinte, passível de sancionamento.

Consoante COSTA, a garantia constitucional da presunção de inocência, por um lado, norteia o legislador ordinário em relação à elaboração de normas que tenham por objeto o tratamento processual do réu. Por outro:

(...) atua intra-processualmente. Ele orienta o processo penal no sentido de que a presunção de inocência acompanha o acusado até o trânsito em julgado da sentença. Ou seja, durante toda a sucessão de atos integrados em diferentes fases, que constitui o processo penal, é negada a possibilidade de qualquer ato que faça presumir culpado o réu (COSTA, 2006, p. 411).

Transluz de forma diáfana, pois, que, a controvérsia sob apreço repousa na dicotomia entre os princípios mencionados, situando-se, ambos, no mesmo patamar, na medida em que decorrem de normas plasmadas na Constituição Federal. Nesse compasso, impõe-se a conformação, no caso concreto, dos preceitos constitucionais referidos, sem poder se olvidar que sobre a matéria controvertida repousa o apanágio da repercussão geral.

4. Conclusão:

À vista de todo o exposto, percebe-se que o instituto da repercussão geral, ensejador de novo requisito de admissibilidade no âmbito dos recursos extraordinários, cuja competência para processar e julgar é do Supremo Tribunal Federal, nos termos do art. 103, da Constituição Federal, tem por objetivo desafogar a Corte Constitucional, por meio da “filtragem” de recursos que não apresentem, em seu objeto, os atributos da relevância e da transcendência.

Com efeito, busca-se, com o festejado instituto, legitimar a função constitucional do STF, reservando-lhe, tão-somente, competência para solucionar controvérsias que, ademais de possuírem importância para uma pluralidade de sujeitos, que extrapolam os integrantes da relação processual, tenham aptidão para projetar reflexos de grande monta, seja do ponto de vista jurídico, econômico, político ou social, perquirindo, de tal modo, a concretização dos imperativos de celeridade e efetividade, ínsitos à função jurisdicional.



Referências bibliográficas:

COSTA, Breno Melaragno. Princípio constitucional da presunção de inocência. In: GUERRA, Isabella Franco; NASCIMENTO FILHO, Firly; PEIXINHO, Manoel Messias (orgs.). Os princípios da Constituição de 1988. 2 ed. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2006, p. 407 e ss.

GAIO JÚNIOR, Antônio Pereira. Direito Processual Civil, v. 1, 3 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>>. Acesso em 12 de agosto de 2008.