

# O NOVO CPC, AS SÚMULAS DO STJ E O MODELO CONSTITUCIONAL DE PROCESSO

Luciano Picoli Gagno<sup>1</sup>

**RESUMO:** No presente artigo foi proposta problemática relativa à contribuição do novo CPC ao modelo constitucional de processo, tendo em vista, especialmente, os dispositivos processuais contidos nos artigos 1º e 3º do novo Código, falando a respeito da interpretação processual conforme a constituição e do princípio da inafastabilidade da tutela jurisdicional, bem como outros artigos que disciplinam as situações previstas nas sumulas nº 375 e 487 do STJ. Nesse sentido, a partir da constatação do direito de acesso à justiça como um direito fundamental, tanto numa perspectiva sistemática como numa perspectiva ontológica, continente de diversos direitos fundamentais de índole processual, propõe-se uma reflexão sobre os efeitos que tal constatação teria para o processo civil, e qual relação existe com o NCPC, especialmente no que diz respeito a mudanças específicas que foram promovidas. Como consequência, poderemos ter um processo mais justo e efetivo, e uma interpretação jurídica capaz de se desviar dos equívocos ocorridos, sempre que necessário à otimização do direito fundamental de acesso à justiça.

**PALAVRAS-CHAVES:** Novo CPC – modelo constitucional de processo – súmulas do STJ

**ABSTRACT:** In this article was proposal problematic about the new CPC contribution to the constitutional model of process, given especially the procedural provisions contained in articles 1 and 3 of the new Code, talking about the procedural interpretation according to the constitution and the principle of unremovable judicial protection, and other articles that drive situations preview on precedents nº 375 and 487 of STJ. In this sense, from the finding of the right of access to justice as a fundamental right, both on a systematic perspective as an ontological perspective, continent of many fundamental rights of a procedural nature, a reflection about the effects on the civil procedure is proposed, and what is the relation exist with the NCPC, especially about a specific changes. As a result, we could have a fairer and more effective process and a legal interpretation able to turn from misunderstandings or legal gaps to optimize the fundamental right of access to justice.

**KEYWORDS:** New CPC – constitutional model of process – precedents of STJ.

## SUMÁRIO

---

<sup>1</sup> Doutor em Direito Processual pela USP, mestre em Direitos e Garantias Fundamentais pela FDV, advogado e professor de Direito nos cursos de graduação e pós-graduação da FCB, FDV e FESV. Email: lucianogagno@hotmail.com

INTRODUÇÃO. 1. O DIREITO FUNDAMENTAL DE ACESSO À JUSTIÇA NUMA PERSPECTIVA SISTEMÁTICA. 2. ACESSO À JUSTIÇA COMO DIREITO HUMANO E FUNDAMENTAL NUMA PERSPECTIVA ONTOLÓGICA. 3. DIREITO FUNDAMENTAL DE ACESSO À JUSTIÇA E DEVER ESTATAL DE PRESTAÇÕES POSITIVAS. 4 O NOVO CPC, AS SÚMULAS DO STJ E O DIREITO FUNDAMENTAL DE ACESSO À JUSTIÇA. CONCLUSÃO. REFERÊNCIAS.

## INTRODUÇÃO

O novo CPC traz expressamente em seu artigo 1º, uma ordem para que o processo civil seja “interpretado conforme os valores e normas fundamentais estabelecidos na Constituição da República Federativa do Brasil”, prevendo ainda no *caput* do seu artigo 3º, o princípio da inafastabilidade da tutela jurisdicional, em total sintonia com o texto magno.

A eficácia de tais dispositivos não pode ser menosprezada – especialmente do artigo primeiro, uma vez que existe um simbolismo na sua colocação em primeiro plano no novo Código; com ela, o legislador deixou claro que se vive atualmente num paradigma jurídico que impõe a consideração das normas constitucionais como ponto de partida interpretativo de qualquer espécie normativa.

Outrossim, ao esculpir tal preceito especialmente no artigo primeiro do novo CPC, o legislador deu vazão a todas as reivindicações hermenêuticas, que a cultura jurídica já fazia há tempos em âmbito doutrinário e jurisprudencial, anunciando o influxo de uma era pós-positivista, marcada enfaticamente pelo fim da 2ª Guerra Mundial e pela retomada de um paradigma jurídica calcado nos direitos naturais e humanos.

Positivamente se pode constatar esse novo cenário no direito mundial, quando da elaboração de textos de tratados internacionais e de constituições que nasceram após esse período, trazendo em seu corpo valores como dignidade humana, justiça, solidariedade, liberdade e igualdade, espalhados expressa ou implicitamente em um tecido normativo enorme.

No julgamento de Nuremberg, quando alguns carrascos nazistas foram julgados pelos seus atos, esse conceito humanístico de direito ficou patente, pois a defesa dos mesmos fundava-se numa visão estritamente positivista do direito, desconstruída a partir de argumentos fulcrados nos direitos naturais e humanos.

Tais fatos marcaram o surgimento do pós-positivismo, momento em que não se abre mão da segurança jurídica trazida pelas ideias positivistas, mas também não se ignora a importância dos direitos naturais e humanos como um vetor que deve guiar a razão jurídica.

Importante salientar, que o Código de 73 não teve a oportunidade de se dar conta de tal perspectiva, sendo criado num contexto autoritário, de auge ditatorial, que se sustentava na Constituição de 67, emendada em 69.

Destaca-se ainda, que no NCPC pode ser notada uma influência das súmulas elaboradas pelo STJ – que muitas vezes se afastava por completo de uma interpretação meramente literal, despertando-nos a curiosidade sobre em que medida essa influencia aprimorou no novo processo em relação aos valores constitucionais de acesso à justiça, especialmente eficiência e segurança.

Pretende-se exemplificar essa situação trabalhando-se com as sumulas 375 e 487, que falam sobre a fraude à execução e a possibilidade de alegação de inexigibilidade de título judicial com base em julgado do STF.

Diante desse cenário hermenêutico, o problema que se visa a responder com a presente pesquisa, concerne a seguinte questão: a influência das sumulas nº 375 e nº 487 do STJ sobre o novo CPC permitiu um avanço qualitativo, tomando-se como critério, para tanto, os valores constitucionais de processo (eficiência e segurança), ligados ao direito fundamental de acesso à justiça?

Nesse contexto, passamos a analisar a questão, em busca de respostas que perpassem pelo roteiro acima descrito, partindo da compreensão do acesso à justiça como um direito humano e fundamental.

## 1 O DIREITO FUNDAMENTAL DE ACESSO À JUSTIÇA NUMA PERSPECTIVA SISTEMÁTICA

O maior sinal da irradiação sobre o Brasil das mudanças políticas e jurídicas ocorridas no século XX é, sem dúvida, a Constituição de 1988, por sua singularidade na lida com os Direitos Humanos, simbolizada mais expressivamente pela positivação da dignidade da pessoa humana como fundamento da República Federativa do Brasil.<sup>2</sup>

Traduzindo todos os acontecimentos globais mencionados, a Constituição pátria contém um arcabouço axiológico vasto, dominado por regras e princípios, que dispõem com acuidade tanto sobre a organização estatal, como sobre os Direitos Fundamentais.

Apesar da dignidade da pessoa humana ser um termo polissêmico, que até dispensaria algumas outras cláusulas garantidoras dos direitos fundamentais, o constituinte se deu ao trabalho de enumerar expressamente valores humanos, que eliminam maiores controvérsias sobre a sua essencialidade.

Dentro desse rol de direitos fundamentais insculpidos pelo constituinte de maneira expressa, destaca-se para o presente trabalho o Direito Fundamental de Acesso à Justiça, que não é mais discernido numa acepção exclusivamente formal, denotando atualmente uma garantia de justiça e efetividade, como se extrai dos dizeres de Bedaque:

Essa garantia representa, portanto, o direito de obter do Estado mecanismo eficiente de solução de controvérsias, apto a proporcionar a satisfação efetiva ao titular de um direito, bem como impedir a injusta invasão da esfera jurídica de quem não se acha obrigado a suportá-la.<sup>3</sup>

Como se pode ver, o acesso à justiça moderno é compreendido numa dimensão bilateral, preocupada com o demandante e o demandado, bem como com a

---

<sup>2</sup> BRASIL. Constituição Federal. **Códigos civil, comercial, processo civil e constituição federal**. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 9.

<sup>3</sup> BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Tutela cautelar e tutela antecipada: tutelas sumárias e de urgência**. (tentativa de sistematização). 3. ed. rev. e ampl., São Paulo: Malheiros, 2003, p. 74.

proteção efetiva dos direitos materiais e não apenas com a existência de qualquer acesso.

Nesse cenário, a doutrina tradicional se acostumou com o fato de se remeter sempre ao princípio da inafastabilidade da tutela jurisdicional, previsto no artigo 5º, XXXV da CRFB (e agora também no artigo 3º do novo CPC), como fonte dessa cláusula maior de acesso à justiça.<sup>4</sup>

Não obstante à correção de tal raciocínio, não se pode ficar preso às limitações por ele geradas, mesmo porque, tal engessamento não permite uma profunda compreensão do Direito Fundamental de Acesso à Justiça em toda a sua extensão e não condiz com a complexidade do sistema jurídico pátrio.

Dentro dessa proposta, parece razoável sustentar-se inicialmente, que o Direito Fundamental de Acesso à Justiça já decorreria naturalmente da singela previsão da dignidade humana como um dos pilares da República Federativa Brasileira, como afirmado, pois o acesso à justiça constitui o amplamente disseminado conteúdo mínimo da dignidade humana.<sup>5</sup>

A partir do momento em que se passa a pensar no homem como um ser dotado de dignidade, deve-se perguntar, logicamente, o que seria essa dignidade e qual seria a sua fonte, respostas estas que permitirão entender um pouco desse núcleo mínimo da dignidade.

A dignidade pode ser vista como um bem pertencente a todo ser, que, tendo consciência de si, do outro e do mundo em que vive, consegue, mediante o uso da razão, elaborar juízos de valor, tomar decisões, e estabelecer preceitos tendentes à direção de sua vida e de sua comunidade, ou seja, ser autônomo<sup>6</sup> e histórico.<sup>7</sup>

Essa autonomia e historicidade, conforme se vê, estão inextricavelmente ligadas ao valor liberdade e ao acesso à justiça, uma vez que, não sendo livre ou não tendo a quem recorrer para reivindicar a sua libertação, o homem jamais seria autônomo e,

---

<sup>4</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. **Curso de Processual Civil: Teoria Geral do Processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, v. 1, p. 462.

<sup>5</sup> BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana**. 2. ed. rev. e atual., Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 182.

<sup>6</sup> COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 3. ed. ver. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 21.

<sup>7</sup> FREIRE, Paulo. **Pedagogia da autonomia**. 37. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2008, p. 18.

assim, teria desrespeitado o maior patrimônio que a natureza lhe deu, fonte dessa autonomia e expressão de sua dignidade, qual seja: a sua racionalidade.

Percebe-se então, que o acesso à justiça mostra-se indispensável para a preservação da dignidade, sendo por esta causa, um direito inerente à natureza humana e decorrente da cláusula que prescreve essa dignidade como sustentáculo da República Brasileira, o que se verá com maior profundidade no tópico seguinte.

Da mesma maneira se relaciona o acesso à justiça com o modelo de Estado Democrático de Direito, mencionado no artigo 1º da Constituição como sendo o adotado pela República brasileira<sup>8</sup>, pois qualquer Estado de Direito tem que ter como pressuposto elementar o respeito aos respectivos direitos, ainda que coercitivamente, por meio do aparelho jurisdicional.

Não bastassem tais cláusulas, apresenta-se ainda inoxidável o papel do Direito de Petição, insculpido no art. 5º, XXXIV, a da CRFB<sup>9</sup>, que por razões sistêmicas, ou seja, se compreendido em conjunto com as demais cláusulas constitucionais, não poderá significar o direito a um mero ingresso com petições junto a um poder público, mas sim um direito a proteção efetiva dos direitos.

Mostra-se relevante também, dar destaque aos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, enfatizando-se entre eles o objetivo de construção de uma sociedade livre, justa e solidária.<sup>10</sup>

Apesar da doutrina mais conservadora considerar meramente programática tal norma, negando-lhe assim uma eficácia coativa, parece mais aceitável no atual contexto jurídico vivenciado, considerar-se a referida norma como um princípio, que além de colocar objetivos válidos para os legisladores e administradores, impõe também limites, não só para tais poderes, mas também para o Judiciário, que, vinculado a tal norma, deverá materializá-la diante dos casos concretos, seja determinando providências em casos omitidos pela lei, seja realizando interpretações consentâneas com seus mandamentos.

---

<sup>8</sup> BRASIL, op. cit. p. 9, nota 1.

<sup>9</sup> Ibid., p. 12.

<sup>10</sup> Ibid., p. 9.

Por fim, não se pode deixar de registrar a presença de outras normas, como: o devido processo legal<sup>11</sup> ou constitucional<sup>12</sup> – inteligido na substância ética que lhe pertine<sup>13</sup>, a razoável duração do processo, o contraditório e a ampla defesa, o juiz natural, a publicidade e a fundamentação dos julgados, normas estas que externam e densificam (dão substância)<sup>14</sup> os valores que permeiam a cláusula maior de acesso à justiça subjacente à tais comandos.

Constatada a presença de tais normas no ordenamento jurídico pátrio, mostra-se possível concluir juridicamente pela existência de um organismo normativo, tradutor de um anseio constitucional por Justiça, que moverá esta pesquisa em busca do conhecimento desse modelo constitucional de processo, anunciado pelo novo Código de Processo Civil simbolicamente em seu artigo primeiro, como sendo o prenúncio de uma nova visão sobre a ciência processual.

## 2 ACESSO À JUSTIÇA COMO DIREITO HUMANO E FUNDAMENTAL NUMA PERSPECTIVA ONTOLÓGICA

No presente, deve-se discernir racional e substancialmente o motivo de ser o acesso à justiça um direito fundamental, conformador do modelo constitucional de processo..

Para tanto, num primeiro momento pode-se fazer uso das lições de Schmitt, citada por Robert Alexy (que discorda em parte do referido posicionamento) e consubstanciada nas seguintes palavras:

Um critério que associa elementos substanciais e estruturais pode ser encontrado na definição de direitos fundamentais de Carl Schmitt, segundo a qual os direitos fundamentais são “apenas aqueles direitos

---

<sup>11</sup> TUCCI, José Rogério Cruz e. Garantia da prestação jurisdicional sem dilações ... In: TUCCI, José Rogério Cruz e; TUCCI, Rogério Lauria. **Devido processo legal e tutela jurisdicional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993, p. 107.

<sup>12</sup> BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Efetividade do processo e técnica processual**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 26.

<sup>13</sup> COMOGLIO, Luigi Paolo. **Ética e técnica del “giusto processo”**. Torino: G. Giappichelli, 2004, p. 48-49.

<sup>14</sup> **MICHAELIS**: moderno dicionário da língua portuguesa. São Paulo: Melhoramentos, 1998, p. 654.

que constituem o fundamento do próprio Estado e que, por isso e como tal, são reconhecidos pela Constituição".<sup>15</sup>

No ensejo, cumpre consignar a título de esclarecimento, que para Alexy a definição de quais seriam os direitos fundamentais reconhecidos pela Constituição alemã deverá se alicerçar em algum ou alguns dos seguintes critérios: substancial, estrutural e formal, sendo este último, o que ganhou a adesão do referido autor.<sup>16</sup>

Para o presente estudo, todavia, o critério formal, utilizado de maneira isolada, não teria o condão de proporcionar uma resposta satisfatória à questão de ser ou não o acesso à justiça um direito fundamental, mesmo porque, para os homens, seres racionais, devem sempre existir razões substanciais, que justifiquem a forma e, nessas circunstâncias, não há como se ignorar o critério substancial manejado por Schmitt na elaboração de sua definição de direitos fundamentais.

Diante da lição supracitada, qual seja: a de que os direitos fundamentais são aqueles que constituem o fundamento do Estado, pode-se concluir que em qualquer Estado de Direito (ou Democrático de Direito, como a própria Constituição denomina o atual paradigma vivenciado<sup>17</sup>), o acesso à justiça será considerado também um direito fundamental, por ser um componente arquitetônico imprescindível, sem o qual não há como se pensar em Estado de Direito<sup>18</sup>, ao menos nos moldes em que foi forjado e vem se desenvolvendo desde a sua origem, ou seja, como um Estado em que existem normas pré-estabelecidas e onde todos se sujeitam a elas, independentemente das diferenças pessoais, mas proporcionalmente às diferenças materiais.<sup>19</sup>

Se a marca do Estado de Direito é a existência de normas pré-estabelecidas, às quais todos devem se submeter igualmente (igualdade formal e jurídica), como dizer, então, que o acesso à justiça para a proteção e imposição coercitiva desses direitos não seria um dos fundamentos desse Estado? Sem ele, de nada valeriam as suas principais características acima já mencionadas, ou seja, sem ele, não se poderia falar em Estado de Direito, só em Estado de Injustiças.

<sup>15</sup> SCHMITT, Carl. Grundrechte und Grundpflichten (1932). In: \_\_\_\_\_ Verfassungsrechtliche aufsätze. 2. ed., Berlin: Duncker & Humblot, 1973, p. 190, apud ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 66.

<sup>16</sup> Ibid., p. 65-69.

<sup>17</sup> BRASIL, op. cit. p. 9, nota 1.

<sup>18</sup> BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Tutela cautelar e tutela antecipada**: tutelas sumárias e de urgência. (tentativa de sistematização). 3. ed. rev. e ampl., São Paulo: Malheiros, 2003, p. 72.

<sup>19</sup> COMPARATO, op. cit. p. 132, nota 5.

Todavia, tais reflexões não respondem o porquê do Estado Moderno ter como um de seus fundamentos a proteção dos direitos, traduzida pelo acesso à justiça.

Mirando em uma resposta mais essencial, cabe registrar as lições de Comparato, que sem olvidar os ensinamentos de muitos pensadores alemães, que consideram os direitos fundamentais nada mais que direitos humanos positivados, os define utilizando-se de uma base jusnaturalística imprescindível à correta compreensão do tema, por entender que esse núcleo de direitos não está à disposição do Estado.<sup>20</sup>

Nesse sentido, ele ensina que os direitos humanos são direitos inerentes à natureza humana, somente a ela e a toda ela<sup>21</sup>, natureza que diferencia o homem de todos os demais animais e tem como indicador principal o uso da razão, que lhe permite ser conscientemente livre e igual<sup>22</sup>, capaz de contemplar a si, aos outros e ao mundo<sup>23</sup>, elaborando juízos de valor, conceitos e preceitos para a eles se submeter (autonomia e liberdade)<sup>24</sup>, característica que só pode ser exercitada com plenitude e universalidade se houver um órgão estatal imparcial, que se preocupe em garanti-la.

Não se mostra demasiado registrar, que tal predicado é que substancia a dignidade da pessoa humana, ou seja, a dignidade é também consequência dessa racionalidade, que propicia a consciência de si que os homens têm como seres livres e iguais, bem como naturalmente autônomos, dotados de livre arbítrio e historicidade.<sup>25</sup>

O Direito e a Justiça são institutos presentes em todas as civilizações, desde as mais primitivas até as mais modernas, ganhando contornos diferentes em cada uma delas, mas sempre presentes como consequência da racionalidade humana, que, permitindo ao homem ser consciente e contemplativo, lhe permite elaborar julgamentos e tomar decisões sobre sua vida e seus bens, aptidão que pode ser inviabilizada pela ausência de normas e meios de proteção a elas.

---

<sup>20</sup> Ibid., p. 57-59.

<sup>21</sup> Ibid., p. 57.

<sup>22</sup> Ibid., p. 21.

<sup>23</sup> FREIRE, Paulo. **Conscientização: teoria e prática da libertação.** Uma introdução ao pensamento de Paulo Freire. 3. ed. São Paulo: Moraes, 1980, p. 26.

<sup>24</sup> COMPARATO, op. cit. p. 62, nota 5.

<sup>25</sup> FREIRE, op. cit. p. 18, nota 6.

Prova dessa perenidade é a previsão já na Magna Carta Inglesa de 1215, do direito ao devido processo legal e a inafastabilidade da justiça, insculpidos respectivamente nos tópicos 39 e 40 de tal documento.<sup>26</sup>

O homem, ao se posicionar diante dos fatos naturais ou humanos, externa a sua historicidade, sua aptidão para conduzir sua própria vida e interferir nos rumos da humanidade e, por conseguinte, sua apetência natural por liberdade e justiça, justificando o caráter humanístico do direito de acesso a ela.

Por essa perspectiva perpassa o magistério de Comparato, no seguinte sentido:

Ora, a dignidade da pessoa não consiste apenas no fato de ser ela, diferentemente das coisas, um ser considerado e tratado, em si mesmo, como um fim em si e nunca como um meio para a consecução de determinado resultado. Ela resulta também do fato de que, pela sua vontade racional, só a pessoa vive em condições de autonomia, isto é, como ser capaz de guiar-se pelas leis que ele próprio edita.<sup>27</sup>

Tal autonomia, como se vê, é a tradutora da liberdade e igualdade humana, estando indissociavelmente ligada à racionalidade, ao direito e à justiça, pois, do contrário, se eles inexistissem, não seria possível ao homem perceber e apreciar as coisas, nem ditar conscientemente os próprios rumos, prevalecendo o instinto e a força, podendo-se concluir que a justiça serve para que a razão e a humanidade imperem.

Diante da constatação de que não há como se falar em humanidade e dignidade sem a possibilidade de proteção da autonomia humana, que se dá por meio dos direitos materiais e processuais, garantidos a todos os seres conscientemente livres e iguais, como um consectário de sua racionalidade, pode-se concluir, que não há como se contestar a ideia de que o acesso à justiça é um direito humano e fundamental.

Confirmando tal assertiva, constam na Constituição pátria (e aí aparece a importância do critério formal<sup>28</sup>, que robustece o discurso), justamente no espaço destinado aos direitos fundamentais, preceitos como: direito de petição, inafastabilidade do órgão jurisdicional, devido processo legal, contraditório, ampla defesa e juiz natural, como afirmado no tópico acima.

---

<sup>26</sup> COMPARATO, op. cit. p. 83, nota 5.

<sup>27</sup> Ibid. p. 21.

<sup>28</sup> ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 68.

Esse conjunto de dispositivos conduz à crença insofismável, de que há uma preocupação axiológica do Diploma Político brasileiro com o acesso de todos os cidadãos aos direitos assegurados no ordenamento pátrio, pois um homem sem direitos ou num simulacro de direitos não será livre nem igual, não tendo a sua dignidade respeitada, ao contrário do que determina a sua natural condição de ser autônomo.

Essa preocupação vem cada vez mais sendo sentida pelo legislador infraconstitucional, que imbuído do anseio de enfatizar a importância da Constituição para a interpretação e proteção dos direitos, previu expressamente, no artigo primeiro do novo CPC, o dever que todo jurista moderno tem, de interpretar e aplicar o direito “conforme os valores e normas fundamentais da Constituição da República Federativa do Brasil”.

No ensejo, cumpre destacar, que mesmo quando o direito material tutelado não seja considerado um direito humano, por exemplo: no caso do cumprimento de uma obrigação de fazer uma benfeitoria voluptuária, ainda assim o acesso à justiça deverá ser visto como um direito fundamental, pois o que lhe empresta tal característica não é a natureza do direito material tutelado, mas sim a natureza humana que, insista-se, para ser plenamente, ao contrário dos demais animais, precisa de direitos e de sua efetivação (justiça), por mais singelos que sejam, pois estes consagram, ainda que indiretamente, a liberdade e a igualdade (autonomia humana).

Quando um homem é privado de qualquer direito, mesmo que seja de mero acesso a um bem material, perde um pouco de sua humanidade, não por deixar de ser humano, mas por deixar de ser tratado como um homem, como um ser racional, livre e consciente, que guia a si e a seus bens pela razoabilidade ética tangível a todo ser pensante e, assim, se distancia do arbítrio imanente à instintividade.

Tanto o direito, como a justiça, são instrumentos indispensáveis à proteção da liberdade humana, sendo a liberdade elemento essencial à própria concepção do ser humano.

### 3 DIREITO FUNDAMENTAL DE ACESSO À JUSTIÇA E DEVER ESTATAL DE PRESTAÇÕES POSITIVAS

Diante da constatação alcançada nos itens acima, de que não há liberdade nem igualdade sem o acesso à tutela dos direitos<sup>29</sup>, pode-se concluir, por consectário, que não basta somente a garantia formal de acesso à justiça, mediante enunciados normativos contidos no Diploma Político, tais como: todos têm o direito de peticionar ao Poder Público, pois este enunciado, se desvinculado de uma postura comprometida com os direitos fundamentais, seria quase equivalente a nada dizer, como bem ensina Bedaque ao afirmar que:

Em razão disso, a inafastabilidade do Poder Judiciário não pode representar garantia formal de exercício da ação. É preciso oferecer condições reais para a utilização desse instrumento, sempre que necessário. De nada adianta assegurar contraditório, ampla defesa, juiz natural e imparcial, se a garantia de acesso ao processo não for efetiva, ou seja, não possibilitar realmente a todos meios suficientes para superar eventuais óbices existentes ao pleno exercício dos direitos em juízo.<sup>30</sup>

De que adiantaria uma previsão expressa, no sentido de que o Estado, detentor do poder de tutelar os direitos, substituto da autotutela primitiva, se abstinhasse de tolher a possibilidade de proteção das pessoas e seus bens, sem que, em contrapartida, o mesmo Estado oferecesse uma instância equidistante das partes para solucionar os conflitos, se não fosse criado um procedimento normativo disciplinador desta atividade<sup>31</sup>, se não fosse garantido o direito pleno de defesa e se não fossem criados mecanismos aptos ao enfrentamento dos problemas inerentes à atividade de judicar, tais como: os recursos, a tutela antecipada, os meios de coerção judicial e outros?

Colaborando com a resposta a tal problema, Canotilho, um dos representantes da ideia de um direito fundamental a prestações de procedimento, ensina, com enfoque principalmente na realização do direito de defesa e de qualquer direito material, rememorando as lições de Goerlich, que:

Em termos teóricos, a existência de um *direito subjetivo no procedimento/processo* poderia desenvolver-se a partir da tese de GOERLICH: qualquer direito material postula uma dimensão procedimental/processual, e, por isso, reconhecer um direito material

<sup>29</sup> BEDAQUE, op. cit. p. 73, nota 17.

<sup>30</sup> Ibid., p. 73.

<sup>31</sup> ALEXY, op. cit. p. 473, nota 27.

constitucional implica necessariamente reconhecer um *direito subjectivo do procedimento/processo* indispensável para garantir a eficácia do direito material.<sup>32</sup> (grifos do autor)

Percebe-se assim, que somente com uma postura mais proativa, a cargo do Legislativo e do próprio Judiciário<sup>33</sup>, que se traduza não só na criação de toda uma técnica processual<sup>34</sup>, mas também na adequada compreensão e aplicação das normas jurídicas (escritas ou não)<sup>35</sup>, de maneira a atender a base axiológica constitucional pátria, se pode efetivamente satisfazer o Direito Fundamental de Acesso à Justiça.

Não custa insistir, que esse direito é extraído mediante uma interpretação teleológica e sistemática<sup>36</sup> dos direitos de petição, à inafastabilidade da tutela jurisdicional, ao contraditório, à ampla defesa, ao juiz natural, à motivação e à publicidade dos atos processuais, ou seja, de todo o arsenal ético-processual<sup>37</sup> armazenado pelo Diploma Político brasileiro no título dos Direitos e Garantias Fundamentais.<sup>38</sup>

Enveredando por rumo convergente, Alexy detecta, com apoio na jurisprudência do Tribunal Federal Constitucional alemão, uma inadequação na interpretação meramente literal das disposições de direitos fundamentais, razão pela qual, visando a superar este déficit hermenêutico, trabalha com a ideia de normas atribuídas, quais sejam: aquelas que se encontram subjacentes aos enunciados normativos (normas expressas), ensinando que os direitos fundamentais normalmente gozam de uma abertura semântica e estrutural, que não só permite como exige uma atribuição de sentido aos enunciados normativos.<sup>39</sup>

Essa abertura semântica (conceito semelhante ao de termos vagos) decorre da utilização de expressões excessivamente indeterminadas, tais como os termos:

---

<sup>32</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Constituição e défice procedimental. **Estudos sobre Direitos Fundamentais**. Coimbra: Coimbra, 2004, p. 78.

<sup>33</sup> ALEXY, op. cit. p. 474, nota 27.

<sup>34</sup> BEDAQUE, op. cit. p. 80, nota 11.

<sup>35</sup> HESSE, Konrad. **Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1998, p. 69.

<sup>36</sup> CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; DINAMARCO, Cândido Rangel; GRINOVER, Ada Pellegrini. **Teoria geral do processo**. 12. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 1996, p. 101.

<sup>37</sup> COMOGLIO, op. cit. p. 7, nota 12.

<sup>38</sup> BRASIL, op. cit. p. 10, nota 1.

<sup>39</sup> ALEXY, op. cit. p. 70-71, nota 27.

igualdade, liberdade, segurança, justiça, dignidade e outros, que precisam ser concretizados por regras semânticas criadas pelos exegetas.<sup>40</sup>

Já a abertura estrutural (conceito similar ao de cláusula geral) é um consectário da indeterminação dos resultados advindos da correta aplicação da norma, ou mesmo de sua desobediência, ou seja, existem normas que não contêm especificamente qual ação estatal deverá ser adotada em determinados casos, carecendo, por isto, de um maior esforço exegético para a sua implementação.<sup>41</sup>

Tal percepção é importante, pois o objeto do presente estudo também envolve duas disposições de direito fundamental com uma abertura estrutural (cláusulas gerais) nítida, qual seja: não se consegue, por meio de uma interpretação meramente literal, determinar todas as consequências das disposições de direitos fundamentais insculpidas no artigo 5º, incisos XXXIV, a e XXXV da CRFB de 1988, que disciplinam vagamente o direito de petição aos órgãos públicos e a inafastabilidade da tutela jurisdicional respectivamente.<sup>42</sup>

Em outras palavras, o que se quer dizer é que, apenas por meio de uma leitura fria de tais enunciados, não se consegue extrair com facilidade todas as suas consequências, que devem ser traduzidas num dever estatal de prestações que propiciem a resolução efetiva dos problemas levados ao seu crivo.

Não obstante, ignorando o contexto sistemático e finalístico onde os Direitos Fundamentais encontram-se inseridos, alguns poderiam reduzir o acesso à justiça a um dever estatal de mera disponibilização de um serviço de protocolo para o recebimento de reclamações, bem como de abstenção à imposição de obstáculos legais ao acesso à justiça, variando, por certo, conforme a ideologia do intérprete, ou seja, do sistema de ideias que conformam o seu pensamento<sup>43</sup>, que pode deitar suas raízes em posturas exclusivamente liberais, ou ter como meta o equilíbrio social e democrático, em consonância com uma liberdade substancial.

Nesse sentido, Alexy, utilizando-se de um exemplo contido na Constituição alemã, ensina que:

---

<sup>40</sup> Ibid., p. 70.

<sup>41</sup> Ibid., p. 71.

<sup>42</sup> BRASIL, op. cit. p. 12, nota 1.

<sup>43</sup> ZANETI JÚNIOR, Hermes. **Processo constitucional**: o modelo constitucional do processo civil brasileiro. Rio de Janeiro: *Lumen Juris*, 2007, p. 179.

A *abertura estrutural* característica de inúmeras disposições de direitos fundamentais, pode ser identificada no caso do art. 5º, § 3º, 1, da Constituição alemã na impossibilidade de se determinar, a partir do mero dever de que ciência, pesquisa e ensino sejam livres, se essa situação deve ser realizada por meio de ação estatal ou se exige abstenções estatais, e se a existência ou a realização dessa situação pressupõe ou não a existência de direito subjetivos do cientistas que digam respeito a liberdade científica.<sup>44</sup> (grifo do autor)

Feitas tais considerações, é possível consentir com o fato de as normas constitucionais anteriormente mencionadas serem, indiscutivelmente, normas com uma abertura estrutural tal, que demandem o estabelecimento pelo intérprete, mediante uma visão sistemática e teleológica, das providências estatais advindas de sua observância, para que não restem esvaziadas de eficácia.

Conclui-se a partir daí, que uma interpretação literal dessas normas, que conduza a um resultado meramente declaratório<sup>45</sup>, ou seja, que apenas reconheça um dever estatal formal de receber petições dos cidadãos e de não obstaculizar o ingresso de demandas judiciais, será insuficiente ou até inútil<sup>46</sup>, pois de tal forma haverá apenas um simulacro de acesso à justiça, de garantia da liberdade e da igualdade entre as pessoas.

A resposta ora obtida permite a afirmação, então, de que as normas em comento, relativas ao acesso à justiça, para cumprirem o seu escopo, permitindo uma proteção concreta da autonomia e da igualdade humana, devem ser compreendidas como deveres impostos ao Estado (legislador e juiz).<sup>47</sup>

Tal dever, de elaboração e constante aperfeiçoamento do acesso à justiça (que se dará pela interpretação das cláusulas gerais, a fim de serem criados mecanismos que maximizem a satisfação dos direitos fundamentais dentro das possibilidades fáticas e jurídicas existentes), permite que ele seja garantido na maior medida possível, conforme bem ensina Alexy, ao dissertar sobre as normas principiológicas, que constituem a maior parte dos direitos fundamentais, como mandados de otimização, senão observe:

O ponto decisivo na distinção entre regras e *princípios* é que princípios são normas que ordenam que algo seja realizado na maior

<sup>44</sup> ALEXY, op. cit. p. 71, nota 27.

<sup>45</sup> CINTRA; DINAMARCO; GRINOVER, op. cit. p. 102, nota 35.

<sup>46</sup> BEDAQUE, op. cit. p. 63, nota 17.

<sup>47</sup> ALEXY, op. cit. p. 474, nota 27.

medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes. Princípios são, por conseguinte, *mandamento de otimização*, que são caracterizados por poderem ser satisfeitos em graus variados e pelo fato de que a medida devida de sua satisfação não depende somente das possibilidades fáticas, mas também das possibilidades jurídicas. O âmbito das possibilidades jurídicas é determinado pelos princípios e regras colidentes.<sup>48</sup> (grifos do autor)

Esse ponto é de singular relevo para a correta compreensão da proposta ora espalhada, pois o que se pretende com a defesa de uma interpretação conforme a Constituição (art. 1º do novo CPC), bem como de deveres estatais concernentes a prestações positivas (decorrentes da interpretação das cláusulas gerais e termos vagos de direitos fundamentais), é a satisfação em maior medida do direito fundamental de acesso à justiça, fundado sobre princípios materializadores de valores como liberdade, igualdade, dignidade e justiça, que encerram direitos como: de petição ao Poder Público e à inafastabilidade da tutela jurisdicional.

Dessa forma, vistos tais princípios como mandamentos de otimização que devem ser atendidos em graus, na maior medida das possibilidades fáticas e jurídicas existentes, conclui-se também, que o dever estatal de prestações positivas aqui advogado não visa somente a eliminar do sistema jurídico as graves violações à ordem jurídica, mas também e principalmente, visa a satisfazer ao máximo possível essa natureza principiológica das normas constitucionais, que denotam uma preocupação com o acesso à justiça, criando-se técnicas que atendam em maior medida esse preceito.

O que se quer dizer com isto é que, ainda que exista uma técnica adotada na condução de um procedimento, seja ela formalmente reconhecida ou decorrente dos costumes, mesmo que ela aparentemente atenda ao anseio constitucional por justiça, o operador deve sempre se perguntar, em que medida ela atende a tal anseio e se seria possível satisfazê-lo em maior grau, com a adoção de uma técnica distinta, mais expedita e igualmente preservadora do valor segurança, ou mais segura e igualmente preservadora do valor celeridade, pois somente assim se atenderá ao anseio do novo CPC, de oferecer ao jurisdicionado um processo conforme os valores e normas fundamentais da Constituição.

---

<sup>48</sup> Ibid., p. 90.

No mesmo sentido, faltando técnica processual apta a tutela de uma situação jurídica, cabe ao Estado juiz o dever de agir para evitar que tal omissão viole a norma fundamental de acesso à justiça.

Nesse contexto, o direito fundamental de acesso à justiça, para que tenha a sua eficácia controlada pelos indivíduos e atendida pelo Judiciário, deve ser tido, também, como um direito subjetivo, exigível pelo cidadão das instâncias estatais (legislativo e judiciário), a quem compete à proteção de tal direito, sob pena do dever estatal correspondente não gozar de nenhum mecanismo institucional de exigência, o que seria inconcebível ante a sua auto aplicabilidade.<sup>49</sup>

Destarte, frente a tudo que foi exposto até aqui, já se mostra possível realizar, sem medo de equívocos, a seguinte afirmativa: a interpretação conforme a Constituição e o direito fundamental de acesso à justiça devem denotar uma justiça substancial e prestações positivas do Estado, e não o mero direito de ingresso com demandas.

Tal exigência deverá recair principalmente sobre o Poder Judiciário, que é quem tem o dever primordial de proteger os direitos fundamentais, auto aplicáveis por natureza<sup>50</sup>, num constante aperfeiçoamento da prestação jurisdicional, através da utilização de técnicas processuais (inéditas ou adaptadas) mais aptas ao alcance de tal resultado, o que, por conseguinte, impõe o dever estatal de prestações positivas, compatível com uma postura preocupada com o modelo de processo encerrado pela Constituição pátria, ou seja, com um devido processo constitucional<sup>51</sup>, em total consonância com o artigo 1º do novo CPC.

Falando da necessidade de se enxergar o direito fundamental ao procedimento como uma importante forma de se atender ao arquétipo de um Estado efetivamente Democrático de Direito, mediante o qual as pessoas possam defender os seus direitos contra o Estado e contra particulares, Canotilho, apesar de trabalhar com a ideia de criação de procedimentos específicos, realiza uma constatação fundada em sustentáculos que também podem, sem sombra de dúvidas, alicerçar o já mencionado dever estatal de prestações positivas na efetivação do devido processo constitucional, que engloba o direito a uma concreta tutela jurídica:

---

<sup>49</sup> ALEXY, op. cit. p. 445, nota 27.

<sup>50</sup> BRASIL, op. cit. p. 15, nota 1.

<sup>51</sup> BEDAQUE, op. cit. p. 26, nota 11.

De qualquer forma, configurado subjectivamente como direito ou objectivado obrigatoriamente através do cumprimento de um *dever* pelo Estado, o processo torna-se indispensável para assegurar uma proteção eficaz dos direitos fundamentais. O que agora se pergunta não é o de saber se há direito ao processo/procedimento e ao correspondente dever do Estado, mas como definir, conformar e ordenar a dimensão processual dos direitos fundamentais.<sup>52</sup> (grifo do autor)

Somente com essa postura, que enxerga no acesso à justiça um “direito de obter concretamente os meios necessários à satisfação de um interesse protegido pelo legislador material”<sup>53</sup>, é que se poderá satisfazer de maneira plena o texto constitucional e o texto contido no novo CPC, arauto de um modelo constitucional de processo, baseado nos valores e nas normas fundamentais da Constituição da República Federativa do Brasil.

#### **4 O NOVO CPC, AS SÚMULAS DO STJ E O DIREITO FUNDAMENTAL DE ACESSO À JUSTIÇA**

No presente tópico será examinada a influencia de dois recentes enunciados de súmulas de julgamentos do STJ sobre o novo CPC, para que possamos entender se uma eventual interferência realizada por tais enunciados foram positivas para o sistema, aumentando o grau de satisfação do direito fundamental de acesso à justiça, por meio de prestações positivas de carácter normativo e procedimental<sup>54</sup>.

Seguindo uma ordem cronológica, examinaremos primeiro o enunciado nº 375, que fala a respeito da necessidade de registro da penhora do bem ou prova da má-fé do adquirente, para que seja considerada em fraude à execução, alienação ocorrida após a citação, em sentido diverso do que dispunha a literalidade do artigo 593, incisos I e II do CPC de 1973.

Conforme se extrai da literalidade do artigo mencionado, a fraude à execução poderia ser caracterizada simplesmente pela alienação de bem na pendência de demanda fundada em direito real ou que pudesse reduzir o alienante a insolvência.

---

<sup>52</sup> CANOTILHO, op. cit. p. 79, nota 31.

<sup>53</sup> BEDAQUE, op. cit. p. 67, nota 17.

<sup>54</sup> ALEXY, op. cit. p. 474, nota 27.

Não obstante, entendendo que a aplicação literal de tal dispositivo afrontaria princípios relevantes do sistema, tal como o que protege a boa-fé do terceiro adquirente, o STJ edificou o entendimento da súmula nº 375, por meio do qual se exige, para a caracterização da fraude, a comprovação do registro da penhora do bem alienado, ou a demonstração da má-fé do adquirente, por meio da demonstração de que este sabia da existência do processo que poderia resultar na constrição do bem.

Dessa forma, o STJ praticamente equiparou os requisitos para demonstração da fraude à execução e da fraude contra credores, com base na necessidade de preservação dos negócios celebrados em meio à boa-fé do adquirente do bem, o que se alinha também a ideia de segurança jurídica, pois a perda de um bem adquirido onerosamente e com boa-fé gera insegurança e desestímulo ao mercado imobiliário.

Parece-nos então, que apesar de um risco à celeridade processual para o credor, a súmula em foco representou um acréscimo a efetividade processual na medida em que propiciou mais segurança (um dos aspectos da efetividade<sup>55</sup>), especialmente aos terceiros que não participaram do processo nem da relação material litigiosa.

Na prática, efetivamente pensamos que seria injusto submeter um terceiro de boa-fé a perda de um bem, mesmo porque não é da praxe cotidiana, quando da compra de um bem, pedir certidões de distribuição de demandas cíveis envolvendo o alienante e seus bens, pensamento este similar ao estabelecido na súmula nº 84 do mesmo STJ, que confere valor ao compromisso de compra e venda sem registro no CRGI.

Geraria um altíssimo grau de insegurança no mercado imobiliário, caracterizando verdadeira afronta ao princípio da boa-fé e aos direitos resultantes de atos praticados com boa-fé, considerar como fraudulentas aquisições realizadas com base na certidão de ônus do bem, sem o registro de qualquer penhora, restrição ou advertência, por pessoas que desconhecem eventuais processos que o alienante responda.

Outrossim, a própria finalidade jurisdicional de pacificação social restaria comprometida, pois o reconhecimento da fraude nesses casos, ao resolver o

---

<sup>55</sup> BEDAQUE, op. cit. p. 49, nota 11.

problema para a parte, criaria um problema para terceiro, não alcançado assim o seu escopo social.

Nem mesmo o escopo jurídico da jurisdição seria alcançado, pois para a proteção de um direito estaria havendo o prejuízo alheio e o surgimento de um novo direito lesado.

Seguindo aparentemente esse entendimento, o novo CPC previu no artigo 792, incisos I ao III, hipóteses de fraude à execução que dependem da averbação da pendência de processo envolvendo o bem, processo de execução pelo qual o bem deve responder, ou de algum ato judicial construtivo que vincule o bem a uma obrigação.

Não obstante, o novel legislador estragou tudo e voltou à estaca zero quando previu, no inciso IV, a hipótese de fraude quando ao tempo da alienação corria contra o alienante demanda capaz de reduzi-lo à insolvência, o que nos faz questionar se com isto ele quis retornar ao estado anterior a edição da sumula nº 375, ou se houve um erro na redação do referido inciso, que simplesmente se esqueceu de dizer que além da pendência do processo, deveria haver ao menos a demonstração de má-fé do adquirente, com a prova de que este conhecia a existência do processo em tramite.

Parece-nos que a segunda hipótese, felizmente ou não, é a mais plausível, pelos argumentos já mencionados acima, que basearam o entendimento do STJ na construção do enunciado sumular em questão, contudo, tal equívoco cometido pelo novo legislador gera uma grave incerteza sobre a questão, que provavelmente deverá ser objeto de novas decisões pelo STJ.

Nesse caso, podemos concluir que o legislador não andou em convergência com o direito fundamental de acesso à justiça, pois ao realizar prestação positiva de cunho procedimental e normativo visando a assegurar direitos envolvidos num litígio, não alcançou seu escopo, deixando mais trabalho ao STJ, que terá o dever de equacionar esse problema e colocar a aplicação do processo de novo nos moldes constitucionais exigidos pelo artigo 1º do NCPC.

Finalizando essa passagem sobre a análise da influencia das súmulas do STJ no novo CPC, examinaremos como esse diploma interagiu com o enunciado sumular nº

487, onde, ao contrário do enunciado anterior, havia-se estabelecido um entendimento muito criticável, sensivelmente alterado pelo novo diploma de maneira positiva, de modo a aprimorar o grau de satisfação do direito fundamental de acesso à justiça.

Segundo a literalidade da súmula nº 487 do STJ, a possibilidade de se alegar a inexigibilidade de uma sentença, transitada em julgada, mas baseada em norma ou interpretação declarada inconstitucional pelo STF, só se verificaria nos casos em que o trânsito em julgado ocorresse posteriormente à vigência da lei que previu tal hipótese de sentença inconstitucional, qual seja: lei 11.232/2005.

Para tanto, o STJ se baseia na ideia de que uma regra que relativize uma garantia constitucional, qual seja: da coisa julgada, deve ser interpretada com eficácia restritiva, como é de costume em relação a toda norma que restringe direitos.

Contudo, o que o STJ parece não ter percebido, foi que o legislador relativizou o direito constitucional à imutabilidade das decisões jurisdicionais, com o fim de que outros direitos constitucionais, de similar estatura, fossem igualmente protegidos, alcançando-se assim uma justiça substancial, mais condizente com o direito fundamental de acesso à justiça.

A coisa julgada é uma garantia formal, que em nada tem a ver com a justiça substancial das decisões, preocupação que parece ter norteado o comportamento do legislador que criou a mencionada regra.

Quando se afasta uma decisão transitada em julgado, por conta da declaração de inconstitucionalidade da lei na qual se baseou essa decisão, se afasta uma garantia formal, de justiça externa, para se tentar proporcionar uma justiça substancial, interna, que se aproxime ao máximo da constituição e dos seus valores.

Mesmo quando o fundamento da inconstitucionalidade declarada pelo STF é um vício formal, na medida em que se usa essa decisão para se afastar os resultados materiais de outra decisão, baseados em lei formalmente nula de pleno direito, obtém-se a satisfação em maior medida do acesso à justiça, pela maior justiça material ou substancial que será alcançada, ao contrário do que se obteria se, por razões formais de coisa julgada não se pudesse rever tal resultado.

É claro que uma possibilidade ilimitada de revisão não satisfaria a ideia de justiça, pois geraria insegurança jurídica, com o desrespeito de situações consolidadas e de fatos consumados, o que não é desejável pelo nosso sistema, já que o tempo também é um fator de dissuasão dos conflitos.

Todavia, o que estamos falando não é de uma possibilidade ilimitada de revisão da coisa julgada, mas sim uma hipótese excepcional, já que só ocorrerá quando o STF declarar inconstitucional uma lei ou sua interpretação, o que é exceção e não regra, e deve sim interferir sobre as coisas julgadas dentro um limite temporal, já estabelecido pelos prazos prescricionais ou decadenciais (inclusive para o uso da rescisória), sem a necessidade de entendimentos ainda mais limitadores.

Muito pior e mais incompatível com a nossa Constituição e os seus direitos fundamentais, parece-nos ser vedar a revisão da coisa julgada inconstitucional, pelo fato da lei processual que prevê tal possibilidade ter sido criada posteriormente a coisa julgada, o que reflete um pensamento excessivamente legalista e formal do Direito, que o reduz a leis e prazos, o que não se pode aceitar na atual era pós-positivista<sup>56</sup>.

Nesse caso se prestigiaria um aspecto formal de justiça em detrimento de um aspecto material, o que nos parece errado.

Outrossim, mesmo que não houvesse lei para tanto já poderíamos admitir tal controle, especialmente via ação rescisória e mais excepcionalmente via *querella nulitatis* em casos de maior relevância.

O problema é que a rescisória só poderia ser utilizada até dois anos e o cumprimento de sentença pode ser realizado em até cinco anos – prazo prescricional, de modo que, em alguns casos, o credor de uma obrigação poderia esperar os dois anos de rescisória para executar a sentença sem que o devedor possa alegar a sua inconstitucionalidade, se esta tiver transitado em julgado antes da inovação legal em questão.

---

<sup>56</sup> BARROSO, Luis Roberto. **Fundamento teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro (pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo)**. In: BARROSO, Luis Roberto (Org.). A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas. Rio de Janeiro: Renovar, p. 1-48, 2006, p. 28.

Não se pode esquecer ainda, que a lei processual é ultra-ativa e se aplica de imediato a todos os processos pendentes, respeitando-se apenas os atos já regularmente praticados sob a vigência da lei anterior, ou seja, a regra em questão deveria beneficiar a todos que ainda não haviam apresentado impugnação ou embargos, e não somente aqueles que tiveram decisões transitadas em julgado posteriormente.

Não se pode ignorar também, a possibilidade de interpretativamente se concluir, mesmo antes da lei, que por inexigibilidade da obrigação já pudesse ser entendida a sentença inconstitucional.

Nesses termos, parece-nos totalmente equivocado o entendimento firmado na sumula nº 487, já que ela subordina a busca pela justiça material das decisões em prestígio a uma questão exclusivamente formal, fincada em aspectos puramente temporais e o que é pior, de maneira divorciada do nosso sistema jurídico.

Nesse cenário, quando o legislador de 2015 previu a possibilidade de se relativizar a coisa julgada inconstitucional, sem excluir expressamente os casos de coisa julgada anterior à lei, parece-nos que quis prestigiar a aplicação de tal ferramenta em qualquer impugnação, pois do contrário, poderia ter registrado que tal situação só ocorreria se o trânsito em julgado ocorresse posteriormente à previsão legal.

Outrossim, além de não ter feito isso, expressamente ele previu o cabimento de tal relativização, via rescisória, quando a decisão do STF for posterior ao trânsito em julgado da sentença em cumprimento e mais, estabeleceu como termo a quo para contagem do prazo da rescisória, a decisão do STF, o que reforça ainda mais a tendência de preocupação com a justiça substancial da decisão, pois amplia as possibilidades de se rescindir a sentença inconstitucional em relação ao sistema de 73, tudo conforme § 15 do artigo 525 do NCPC, podendo o STF modular os efeitos de sua decisão de inconstitucionalidade, quando houver risco à segurança jurídica ou ao interesse social.

Se não houvesse essa previsão e o termo inicial fosse o trânsito em julgado o uso da rescisória seria bem mais restrito, especialmente se lembrarmos, que o cumprimento de sentença pode ser feito dentro do prazo prescricional de cinco anos (enquanto a rescisória tem prazo de 02 anos), ou seja, se não houvesse esse texto

legal haveria hipóteses em que o prazo já teria se expirado quando da decisão do STF, mesmo que ainda pendesse o cumprimento de sentença.

Tal comportamento do legislador demonstra maior convergência com o modelo constitucional de processo anunciado no artigo 1º do NCPC e corrige possíveis distorções que poderiam ser geradas pelo enunciado sumular em questão.

Nesse sentido, restam demonstrados alguns aspectos interessantes da interação entre o NCPC, a súmula do STJ e o direito fundamental de acesso à justiça, que ao menos em um caso foi prejudicado pelo novel texto legal, mas em outro foi beneficiado, em plena demonstração de que uma fonte como a outra precisarão do esforço exegético do operador jurídico, para que se obtenham os melhores resultados e, assim, se alcance em maior medida a satisfação do direito fundamental de acesso à justiça, por meio de prestações positivas, procedimentais e normativas, ligadas a uma interpretação do direito conforme a Constituição.

## **CONCLUSÃO**

Nesse contexto, podemos definir, como conclusão geral ora alcançada, que o novo CPC exige do interprete um discernimento das normas processuais em total convergência com o direito fundamental de acesso à justiça.

Isso redundará numa nova postura dos operadores do direito, mais preocupada com o dever estatal de prestações positivas, tendente a satisfação em maior grau dos direitos fundamentais, especialmente do direito a um processo efetivo, ainda que se tenha por objeto uma norma processual equivocada ou lacônica.

Outrossim, se compararmos o texto do NCPC com os enunciados sumulares de nº 375 e 487, poderemos visualizar que houve acréscimo de qualidade ao direito fundamental de acesso à justiça, especialmente no que tange a ampliação da possibilidade de alegação de inexigibilidade de obrigação com base em sentença do STF, em sede de impugnação ao cumprimento de sentença.

Todavia, visando a calcar tal premissa em bases sólidas, podemos erigir as seguintes conclusões específicas:

1 – O acesso à justiça deve ser compreendido, numa visão sistemática, como um direito fundamental continente e consectário de vários outros direitos fundamentais, tais como: dignidade da pessoa humana, inafastabilidade da tutela jurisdicional, direito de petição, devido processo legal, duração razoável, contraditório, ampla defesa, juiz natural, publicidade e fundamentação.

2 – Numa perspectiva ontológica, o acesso à justiça se justifica como direito fundamental, pois a possibilidade de acessar ao Judiciário visando à proteção de direitos, ainda que se trate de direito comum, constitui uma parcela do núcleo mínimo de direitos fundamentais, sem a qual o ser humano perde a sua liberdade e igualdade (autonomia), e o Estado perde a sua condição de Estado de Direito.

3 - Nesse cenário, o direito fundamental de acesso à justiça deve ser compreendido de forma a possibilitar uma proteção efetiva por parte do Estado, para que ele não reste esvaziado, em ofensa ao núcleo mínimo dos direitos fundamentais, bem como a valores essenciais tais como liberdade, igualdade, dignidade e justiça.

4 – O tratamento do direito fundamental de acesso à justiça como sendo um direito a uma justiça efetiva, impõe ao Estado (Legislativo, Executivo e Judiciário) o dever de assumir prestações positivas – e não de simples abstenção, que propiciem uma satisfação substancial de tal preceito.

5 – As normas que traduzem o anseio constitucional por acesso à justiça possuem uma estrutura principiológica, com abertura estrutural (cláusulas gerais) que impõe a complementação do seu sentido e corrobora a necessidade de prestações positivas para a sua implementação.

6 – Encarados como mandado de otimização, que impõem a feitura de algo na maior medida das possibilidades fáticas e jurídicas, o direito fundamental de acesso à justiça impõe ao Judiciário o seu atendimento na maior medida do possível, cumprindo-lhe o dever de prestações positivas capazes de propiciar esse resultado, seja mediante a interpretação da lei processual em conformidade com a Constituição, seja mediante a supressão de lacunas.

7 – O dever de prestações positivas do Estado para oferecimento de um acesso à justiça substancial encontra-se hoje traduzido também no novo CPC, em seu artigo 1º e 3º, *caput*, que impõem uma interpretação das normas processuais em

convergência com os valores e normas fundamentais da Constituição, dentre elas a norma de inafastabilidade da tutela jurisdicional.

8 – Na interpretação da norma processual, o juiz irá adequar a forma ao resultado que a Constituição espera com seu arsenal axiológico, especialmente nas hipóteses em que uma interpretação literal conduzir a resultados equivocados ou insuficientes, devendo adotar técnicas processuais conforme o modelo constitucional de processo, mesmo que estas não estejam expressamente previstas no novo Código.

9 – No que tange à súmula 375 do STJ, o NCPC deixou a desejar com o seu novo artigo 792, tendo em vista que se aproximou do entendimento da Corte Superior, mas no final do artigo previu dispositivo que torna obscura as verdadeiras intenções do sistema sobre a questão.

10 – Já quanto à súmula 487, o NCPC andou bem em não aderir expressamente a ela, na medida em que aderiu a previsões mais confluentes com o direito fundamental de acesso à justiça, que contribuirão para um ganho de qualidade nas decisões judiciais (justiça material), em detrimento de uma ideia apenas formal de justiça.

11 – Quando o NCPC previu expressamente o cabimento de rescisória contra coisa julgada inconstitucional, com prazo de 02 anos contados da decisão do STF e não do trânsito em julgado, ampliou as possibilidades de se modificar a coisa julgada apenas nos casos em que ela conflitar com decisão do STF, em flagrante prestígio à justiça substancial, ainda assim, com limites temporais que mantenham preservado o valor segurança jurídica.

## REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2008.

BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana**. 2. ed. rev. e atual., Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

- BARROSO, Luis Roberto. **Fundamento teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro (pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo)**. In: BARROSO, Luis Roberto (Org.). A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas. Rio de Janeiro: Renovar, p. 1-48, 2006.
- BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Efetividade do processo e técnica processual**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.
- BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Tutela cautelar e tutela antecipada: tutelas sumárias e de urgência**. (tentativa de sistematização). 3. ed. rev. e ampl., São Paulo: Malheiros, 2003.
- BRASIL. Constituição Federal. **Códigos civil, comercial, processo civil e constituição federal**. São Paulo: Saraiva, 2007.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Constituição e défice procedimental. **Estudos sobre Direitos Fundamentais**. Coimbra: Coimbra, 2004.
- CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; DINAMARCO, Cândido Rangel; GRINOVER, Ada Pellegrini. **Teoria geral do processo**. 12. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 1996.
- COMOGLIO, Luigi Paolo. **Ética e técnica del "giusto processo"**. Torino: G. Giappichelli, 2004.
- COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direito humanos**. 3. ed. ver. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2003.
- FREIRE, Paulo. **Conscientização: teoria e prática da libertação**. Uma introdução ao pensamento de Paulo Freire. 3. ed. São Paulo: Moraes, 1980.
- FREIRE, Paulo. **Pedagogia da autonomia**. 37. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2008.
- HESSE, Konrad. **Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1998.
- MARINONI, Luiz Guilherme. **Curso de Processual Civil: Teoria Geral do Processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, v. 1.

**MICHAELIS:** moderno dicionário da língua portuguesa. São Paulo: Melhoramentos, 1998.

SCHMITT, Carl. Grundrechte und Grundpflichten (1932). In: \_\_\_\_\_  
Verfassungsrechtliche aufsätze. 2. ed., Berlin: Duncker & Humblot, 1973, p. 190,  
apud ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais.** São Paulo: Malheiros,  
2008.

TUCCI, José Rogério Cruz e. Garantia da prestação jurisdicional sem dilações ... In:  
TUCCI, José Rogério Cruz e; TUCCI, Rogério Lauria. **Devido processo legal e  
tutela jurisdicional.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.

ZANETI JÚNIOR, Hermes. **Processo constitucional:** o modelo constitucional do  
processo civil brasileiro. Rio de Janeiro: *Lumen Juris*, 2007.