

INTRODUÇÃO

O tecnicismo puro da ciência processual clássica tão preocupada em afirmar a sua autonomia em relação ao direito material revelou-se obsoleto e insustentável face ao imperativo constitucional de proteção aos direitos fundamentais e às crescentes aspirações por justiça social ínsitas às sociedades complexas e plurais. Conceitos e noções desenvolvidos em diferentes conjunturas históricas e sociais não são mais capazes de responder às exigências que irrompem nos Estados Constitucionais da atualidade.

Especificamente no tocante ao direito de ação a situação não é diversa. Com efeito, ainda que não se possa negar a indiscutível contribuição que as construções doutrinárias tradicionais trouxeram para a consolidação do atual estágio de desenvolvimento da doutrina processualística, impera reconhecer que as suas insuficiências não permitem que se proteja e realize adequadamente as potencialidades desse valioso direito assegurado pelas Constituições contemporâneas e posto a serviço da realização de todos os demais direitos: o direito fundamental de ação.

Consoante já afirmou KAZUO WATANABE:

Não se trata de negar os resultados alcançados pela ciência processual até esta data. O que se pretende é fazer dessas conquistas doutrinárias e de seus melhores resultados um sólido patamar para, com uma visão crítica e mais ampla da utilidade do processo, proceder ao melhor estudo dos institutos processuais – prestigiando ou adaptando ou reformulando os institutos tradicionais, ou concebendo institutos novos –, sempre com a preocupação de fazer com que o processo tenha plena e total aderência à realidade sócio-jurídica a que se destina, cumprindo sua primordial vocação que é a de servir de instrumento à efetiva realização dos direitos.¹

Nessa perspectiva, o presente estudo tem como escopo descortinar as implicações teóricas decorrentes da concepção do direito de ação como direito fundamental e as aptidões inerentes ao *status* que lhe foi conferido pela ordem constitucional.

¹ WATANABE, Kazuo. *Da Cognição no Processo Civil*. 3ª ed., São Paulo: Perfil, 2005, p. 22.

Na medida em que o direito fundamental de ação constitui-se em direito oponível contra o Estado, a compreensão do seu significado desponta como tarefa fundamental para que o legislador, bem como o juiz, possam adequar o sistema processual aos valores e princípios eleitos pelo constituinte como indissociáveis a um processo justo.

Para o melhor desempenho deste mister, é imperioso repensar-se o conteúdo do direito fundamental de ação a partir do estudo da teoria dos direitos fundamentais e de uma leitura constitucional voltada à efetiva realização dos valores e princípios erigidos como fundamentos de um Estado Democrático de Direito.

Muito embora tenha a Constituição Federal tratado de distintos aspectos relacionados ao direito fundamental de ação compreendidos na noção do devido processo legal, optou-se, no presente estudo, por focar o direito de ação sob as perspectivas da efetividade e tempestividade da tutela jurisdicional, tanto em razão da necessidade de se limitar o tema, quanto pelo caráter essencial dessa dupla dimensão para a configuração do conteúdo mínimo do direito de ação.

Nesse passo, a fim de que a matéria possa ser analisada tanto pelos aspectos processuais como constitucionais que lhe são inerentes, serão examinados, inicialmente, a evolução do conceito de ação ao longo da história, a questão do acesso à justiça e a concepção do direito de ação no Estado Constitucional contemporâneo. Passa-se a analisar, na seqüência, o fundamento constitucional do direito de ação e o seu conteúdo no que concerne às exigências de efetividade e tempestividade da tutela jurisdicional, conferindo-lhe, a seguir, adequado tratamento como consectário do seu enquadramento constitucional na categoria de direito fundamental. Por fim, serão estudadas as principais técnicas de concretização do direito fundamental de ação, com especial destaque para o primordial papel reservado aos juízes nessa tarefa, além dos limites e controle dessa atuação.

Pretende-se, portanto, através da presente investigação, evidenciar a premente necessidade de se conferir efetividade ao direito fundamental de ação na exata dimensão em que garantido constitucionalmente. Se, ao final, tiver-se logrado ao menos despertar a atenção para tão fecundo e instigante tema, acredita-se que se terá dado um importante passo rumo à concretização da promessa constitucional de um direito de ação efetivo e justo.

1 A EVOLUÇÃO DO DIREITO DE AÇÃO

1.1 AS TEORIAS ACERCA DA AÇÃO

O direito de ação tem as suas origens históricas na proibição da autotutela pelo Estado, que chamou para si a exclusividade do exercício da jurisdição. Assim, o dever estatal de prestar a tutela jurisdicional deu vida ao direito de ação conferido aos administrados, cuja natureza e características tornaram-se alvo de relevantes reflexões que acompanharam a evolução da doutrina processualística.

A noção do direito de ação acompanha a orientação política do Estado², bem como os escopos do processo vigentes em determinada época. Constitui-se, por isso, em objeto de significativas divergências doutrinárias até os dias de hoje, em torno do qual foram construídas as mais diversas teorias ao longo da história.³

A teoria civilista defendida pela Escola Clássica⁴, cujo principal expoente era SAVIGNY, concebia a ação como o próprio direito material em movimento, reagindo contra a ameaça ou a violação. Segundo essa corrente doutrinária, não haveria ação sem direito, ao mesmo tempo em que não existiria direito sem ação. Era perfeitamente aplicável, portanto, a clássica definição de CELSO

² CALAMANDREI, reportando-se aos ensinamentos de PEKELIS, afirma que a polémica sobre a ação “*non è stata che un aspetto, storicamente parallelo, della più vasta polemica sul problema dello Stato; e che di conseguenza il ciclo delle teorie sull’azione ha seguito la stessa cronologia della storia politica del secolo XIX*” (CALAMANDREI, Piero. *La Relatività del Concetto di Azione*. In: *Rivista di Diritto Processuale Civile*, Padova: Cedam, Volume XVI, Parte I, 1939, p. 24).

³ JOÃO BATISTA LOPES faz referência à existência de mais de cem teorias sobre a natureza do direito de ação (LOPES, João Batista. *Efetividade da Tutela Jurisdicional à luz da Constitucionalização do Processo Civil*. In: *Revista de Processo*, São Paulo: Editora RT, nº 116, 2004, p. 29). CALAMANDREI ressalta a relatividade das diversas teorias sobre a ação, na medida em que cada qual encontra sua justificativa nas circunstâncias históricas em que elaborada. Em suas palavras: “*Le varie teorie che ancora si contendono il campo intorno al concetto di azione trovino tutte quante la loro giustificazione storica nel momento presente, in quanto ciascuna di esse dev’essere intesa come relativa ad una tra le diverse concezioni (si potrebbe anche dire tra le diverse fasi di maturazione) dei rapporti tra cittadino e Stato, che si trovano oggi conviventi in zone limitrofe dello stesso ordinamento giuridico: sicchè ciascuna teoria non può essere detta in sé nè assolutamente vera, nè assolutamente falsa, perchè serve a cogliere da un diverso punto di vista una diversa paticella di verità, e a far brillare un istante, prima che sia superata, una delle innumerevoli sfaccettature di quel metallo ancora in fusione che si cola entro l’armatura dello Stato*” (CALAMANDREI, Piero. *La Relatività...*, obra citada, p. 26).

⁴ Consoante sintetiza ALFONSO LUZ YUNES: “*Bajo la denominación de escuela clásica podemos agrupar todas las doctrinas que, con diferencias de matices, configuran la acción como un atributo, un poder derivado y*

proveniente do Direito Romano, segundo a qual “*actio autem nihil aliud est quam ius persequendi in iudicio quod sibi debetur*”, ou seja, a ação nada mais é do que o direito de alguém perseguir em juízo o que lhe é devido.

Nesse contexto, a ação era inserida no âmbito da relação jurídica privada, voltada exclusivamente a atender o interesse particular do titular do direito.⁵

A noção de ação como direito autônomo e subjetivo somente começou a ser esboçada a partir da famosa polêmica travada entre WINDSCHEID e MUTHER, nos anos de 1856 e 1857.⁶

Ao publicar a monografia intitulada “*Die Actio des römischen Civilrechts vom Standpunkte des heutigen Rechts*”⁷, o alemão BERNHARD WINDSCHEID estabeleceu uma distinção entre o direito material, correspondente à *actio* romana, e o direito de o cidadão ir a juízo contra a sua violação. Negou a existência jurídica da *Klagerecht*, como direito do particular contra o Estado, destacando a existência de uma pretensão em sentido processual (*Anspruch*), equivalente ao direito do ofendido de impor ao ofensor a sua vontade pela via jurisdicional. Segundo WINDSCHEID, da violação de um direito não decorre necessariamente um direito de ação contra o Estado, mas sim uma pretensão contra o autor da violação, que se transforma em ação quando levada a juízo. A ação, portanto, seria a pretensão jurídica deduzida em juízo.⁸

Essa teoria de WINDSCHEID foi objeto de severas críticas por MUTHER, em obra publicada em 1857. MUTHER distinguiu, de um lado, o direito material violado e, do outro, a ação, reconhecendo-a como um direito público

acessorio del derecho subjetivo, o el simple medio de hacerlo valer en juicio” (YUNES, Alfonso Luz. *Estudio de La Accion Civil*, Universidad de Guayaquil, 1968, p. 46).

⁵ Cf. CALAMANDREI, Piero. *La Relatività...*, obra citada, p. 29/30.

⁶ Ver, sobre o tema, CHIOVENDA, Giuseppe. *La Acción en el Sistema de los Derechos*. In: *Ensayos de Derecho Procesal Civil*. Trad. de Santiago Sentís Melendo. Chile, Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, Bosch y Cía Editores, v. I, 1949, p. 08 e ss.

⁷ “A Ação no Direito Civil Romano desde o ponto de vista moderno”.

⁸ Cf. YUNES, Alfonso Luz. *Estudio de La Accion...*, obra citada, p. 48 e ss.

subjetivo. Dela derivaria tanto o direito do ofendido à tutela jurisdicional, oponível contra o Estado, quanto o direito do Estado de pôr termo à violação do direito, oponível contra o ofensor. Reconheceu a ambos os direitos natureza pública.

WINDSCHEID inicialmente contestou a tese de MUTHER, até que, posteriormente, veio a ela aderir, admitindo a existência de um direito de ação, oponível tanto contra o Estado quanto contra o ofensor.

A partir da polêmica travada entre WINDSCHEID e MUTHER, passou-se a reconhecer a ação como direito subjetivo público e autônomo, que se exerce contra o Estado e que não se confunde com o direito material oponível contra o particular.⁹

Sustentando a autonomia do direito de ação em face do direito subjetivo material, surgiram duas correntes: uma delas concebendo o direito à tutela jurisdicional como um direito concreto, e, a outra, como um direito abstrato.

Dentre os defensores da concretude do direito de ação destacou-se a construção teórica de ADOLPH WACH, para quem a ação constitui-se em direito subjetivo público, dirigido contra o Estado (ao qual cabe conceder a tutela jurídica) e contra o demandado (que deverá tolerar a tutela jurídica concedida), fazendo coexistir a relação processual e a relação de direito privado como duas realidades distintas. Todavia, para WACH, o direito de ação existe somente quando a sentença for favorável. Nesse passo, a despeito de a ação consubstanciar um direito autônomo, dissociado do direito material, ela era a ele condicionada, na medida em que deveria necessariamente conduzir a uma sentença favorável.

OSKAR VON BÜLLOW, que desenvolveu a idéia de uma relação jurídica processual autônoma em face da relação de direito substancial, concebeu a

⁹ Para um panorama histórico da evolução do direito de ação como direito subjetivo público, ver GRINOVER, Ada Pellegrini. *As Garantias Constitucionais do Direito de Ação*. São Paulo: Editora RT, 1973, p. 45 e ss.

ação como direito concreto, afirmando inexistir um direito à sentença antes do início do processo. Reconhece, porém, a existência de uma capacidade geral de todo titular de direitos de desencadear o processo, o que não configuraria propriamente um direito, mas apenas uma “possibilidade de agir”.¹⁰

CHIOVENDA definiu, em 1903, o direito de ação como um direito potestativo, consubstanciado no poder jurídico de realizar a condição necessária para a atuação da vontade da lei.¹¹ Para CHIOVENDA, a ação constitui-se em direito autônomo, dirigido contra o demandado e não contra o Estado¹², condicionado à existência da vontade concreta da lei, e, portanto, a uma sentença favorável. Enquanto poder, a ação não gera obrigação alguma ao adversário, apenas a sua sujeição aos seus efeitos jurídicos, decorrentes da atuação da lei.¹³

O direito de ação, para CHIOVENDA, pode ser tanto público quanto privado, pois acompanha a natureza do interesse a que se vincula.¹⁴ Já a relação processual, consubstanciada pelo exercício da função jurisdicional, possui caráter de direito público. Portanto, reconheceu CHIOVENDA a natureza pública do processo, cuja importância não está restrita ao interesse privado das partes, mas alcança o interesse público de administração da justiça.¹⁵ Nesse contexto, a atividade

¹⁰ Cf. CHIOVENDA, Giuseppe. *La Acción en el Sistema...*, obra citada, p. 34/35.

¹¹ CHIOVENDA, Giuseppe. *La Acción en el Sistema...*, obra citada, p. 06. Até 1900, CHIOVENDA identificava o direito de ação com o direito material.

¹² Nas palavras de CHIOVENDA, a ação é “*un derecho contra el adversario, consistente en el poder de producir frente a éste el efecto jurídico de la actuación de la ley. (...) Pero esta relación del titular del derecho con la ley y con los poderes del Estado actúa como medio en sus manos respecto a su relación con el adversario*” (CHIOVENDA, Giuseppe. *La Acción en el Sistema...*, obra citada, p. 18).

¹³ CHIOVENDA, Giuseppe. *La Acción en el Sistema...*, obra citada, p. 19.

¹⁴ CHIOVENDA, Giuseppe. *La Acción en el Sistema...*, obra citada, p. 21.

¹⁵ CALAMANDREI aponta como a grande novidade da teoria de CHIOVENDA “*nell’aver visto que l’azione, se pure si deve considerare come un diritto soggettivo di per se stante, non si presta ad essere inquadrata nello schema tradizionale del diritto soggettivo in senso civilistico, il cui fulcro è costituito dalla prestazione rispettivamente pretesa e dovuta, e in cui la prevalenza dell’interesse del creditore ha come sua immancabile contropartita il sacrificio dell’interesse del debitore. In realtà quando lo Stato rende giustizia, si muove non per rendere con proprio sacrificio un servizio a chi glielo chiede, ma per adempiere con ciò ad uno dei fini essenziali dello Stato, cioè per servire un interesse essenzialmente pubblico. L’interesse individuale e quello pubblico non si possono dunque considerare nel processo come due forze in contrasto, ma piuttosto come due aspirazioni alleate e convergenti, ciascuna delle quali, lungi dal cercare guadagno a scapito dell’altra, considera il soddisfacimento dell’altra come condizione del proprio*” (CALAMANDREI, Piero. *La Relatività...*, obra citada, p. 32/33).

jurisdicional não é concebida como uma prestação devida ao particular, mas como o exercício de uma função pública, de interesse do próprio Estado.

Denota-se que as teorias concretistas, apesar de reconhecerem a autonomia do direito de ação, não deixaram de condicionar a sua existência à do direito material. Percebeu-se, assim, a sua inaptidão para explicar o fenômeno da improcedência da ação. Com efeito, uma vez que a existência da ação estava condicionada ao julgamento de procedência, indaga-se: o que justificaria o fenômeno processual instaurado por alguém que, afirmando ter sido lesado em seu direito, movimenta a máquina judiciária, desencadeando a atividade jurisdicional do Estado, ainda que, ao final do processo, seja constatada a inexistência do direito material alegado?

Surgiram, então, inúmeras teorias sustentando a abstração do direito de agir e sua completa desvinculação com o resultado do processo.¹⁶ A teoria do direito abstrato de agir apregoa, essencialmente, a existência da ação independentemente da sentença ser favorável ou desfavorável, ou até mesmo em face de uma sentença injusta que acolhe o direito material do autor quando, na verdade, ele não existe.

CALAMANDREI vislumbra na teoria abstrata da ação um completo “*dissolvimento dell’interesse individuale nell’interesse pubblico*”. E fundamenta:

L’interesse che muove l’azione concepita in senso astratto non deriva, in modo specifico e concreto, dalla posizione individuale in cui l’attore si trova in un certo rapporto di diritto sostanziale intorno al quale egli possa sperare un provvedimento a sè favorevole, ma si confonde con quell’interesse generico e si potrebbe dire “disinteressato”, che ogni cittadino ha, come tale, al funzionamento della giustizia, e che rimane ugualmente appagato qualunque sia il contenuto del provvedimento che il giudice emana. Ma questo non sarebbe altro che lo stesso interesse dello Stato all’attuazione del diritto oggettivo: non sarebbe un interesse individuale convergente

¹⁶ Esclareça-se que a elaboração das teorias concretas e abstratas da ação não se sucederam linearmente no tempo, mas, ao contrário, coexistiram e se intercalaram num mesmo contexto histórico, embora sediadas em diversos países da Europa Continental e até da América Latina. A ordem utilizada para a apresentação das principais teorias não é cronológica, mas atende a uma necessidade meramente metodológica de facilitar a identificação das diferentes concepções de ação.

*con quello pubblico, ma sarebbe proprio lo stesso interesse pubblico, di cui il cittadino che esercita la azione si fa, uti civis, momentaneo portatore.*¹⁷

Importa considerar que essa completa indiferença da ação com relação ao direito substancial estava inserida num momento histórico no qual os processualistas procuravam enfatizar a natureza científica do processo e descontaminá-lo de quaisquer influências exercidas pelo direito material.¹⁸

Foi através da teoria de DEGENKOLB, datada de 1877, e de PLOSZ, em 1880, que se realçou a ação com o caráter de direito subjetivo público, enquanto direito pré-processual de buscar a prestação jurisdicional do Estado, independentemente da existência do direito material.¹⁹

CARNELUTTI concebeu a ação como um direito dirigido contra o juiz²⁰, ao qual incumbe entregar um provimento para a justa composição da lide, independentemente de qual seja o conteúdo da sentença. Portanto, o direito subjetivo de ação, segundo CARNELUTTI, tem como sujeito passivo os juízes, e não o Estado, já que este é o titular do interesse protegido.²¹

Para ALFREDO ROCCO, o direito de ação constitui-se em um direito cívico, pertencente a todo e qualquer cidadão, à prestação da atividade jurisdicional pelo Estado. Nessa perspectiva, portanto, o direito de ação seria abstrato e independente da existência do direito material. Estabelece-se uma relação jurídica entre o cidadão e o Estado, da qual derivam direitos e deveres. Segundo a teoria de

¹⁷ CALAMANDREI, Piero. *La Relatività...*, obra citada, p. 37.

¹⁸ Resgatando as influências filosóficas e políticas então vigentes, CALMON DE PASSOS destaca que a completa desconsideração do direito subjetivo material pelas teorias que pretenderam realçar a autonomia do direito de ação exprimem “as novas formas de filosofia política que o século XX experimentava e nas quais o Estado se punha como fim em si mesmo, o grupo aniquilando o indivíduo e a massa absorvendo o homem” (CALMON DE PASSOS, J. J. *A Ação no Direito Processual Civil Brasileiro*. Livraria Progresso Editora, 1961, p. 12).

¹⁹ Mais tarde, DEGENKOLB reposicionou-se, deixando de considerar o direito abstrato de agir como um verdadeiro direito, e passando a concebê-lo como mera faculdade decorrente do direito de personalidade.

²⁰ Melhor dizendo, consoante esclarece CARNELUTTI, “*più esattamente l'azione non è soltanto un diritto verso il giudice, ma verso tutti coloro, la cui attività è necessaria al processo, ufficiali del pubblico ministero, cancellieri, ufficiali giudiziari, periti, testimoni, terzi proprietari o detentori di cose, che debbono servire di prova per il giudizio o di beni da liquidare per l'espropriazione forzata*” (CARNELUTTI, Francesco. *Saggio di una Teoria Integrale dell'Azione*. In: *Rivista di Diritto Processuale*, Padova: Cedam, v. I, 1946, p. 11).

ROCCO, quando se pede ao Estado a tutela do interesse violado, nasce um interesse secundário a que o Estado preste a tutela solicitada.²²

No Uruguai, EDUARDO COUTURE identificou o direito de ação como espécie do direito de petição, que pode ser exercido por qualquer pessoa perante o Poder Judiciário. Na dicção do autor, “*un derecho de acudir al tribunal pidiendo algo contra un demandado, es un derecho de petición en el sentido que se da a este derecho en los textos constitucionales*”.²³

Como alternativa às teorias concreta e abstrata do direito de agir, LIEBMANN formulou a Teoria Eclética. Segundo essa concepção²⁴, o poder de agir genérico e abstrato assegurado pela Constituição como um direito cívico é pressuposto constitucional da ação, mas que não tem relevância prática para a teoria do processo. Para o direito processual, importa considerar a ação como um direito subjetivo abstrato instrumentalmente conexo a uma pretensão material.

Surge aí a noção de condições da ação²⁵, como requisitos constitutivos da ação. Diante da presença das condições da ação, passa a existir o direito a uma decisão de mérito, que poderá ser favorável ou desfavorável ao autor.^{26, 27}

O pensamento de LIEBMANN sobre a ação pode ser assim sintetizado:

²¹ CARNELUTTI, Francesco. *Saggio di una Teoria...*, obra citada, p. 10 e ss.

²² Cf. CINTRA, Antonio Carlos de Araújo, GRINOVER, Ada Pellegrini, DINAMARCO, Cândido R.. *Teoria Geral do Processo*. 10ª ed., São Paulo: Malheiros, 1994, p. 248.

²³ COUTURE, EDUARDO. *Introducción al Estudio Del Proceso Civil*, Buenos Aires: Editorial Depalma, 1949, p. 19.

²⁴ Ver LIEBMANN, Enrico Tullio. *Manual de Direito Processual Civil*. Trad. e notas de Cândido R. Dinamarco. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1985, v. I, p. 150 e ss.

²⁵ As condições da ação foram, num primeiro momento, definidas por LIEBMANN como legitimidade, interesse de agir e possibilidade jurídica do pedido. Posteriormente, ele reduziu as condições da ação às duas primeiras, inserindo a possibilidade jurídica do pedido no próprio conceito de interesse de agir. Assim, passou a considerar somente a legitimidade e o interesse de agir como condições para o exercício da ação (LIEBMANN, Enrico Tullio. *Manual de...*, obra citada).

²⁶ Aderindo a essa teoria, ver MICHELI, Gian Antonio. *Corso di Diritto Processuale Civile*, Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 1959, v. I, p. 16 e ss.

²⁷ O Código de Processo Civil adotou a Teoria de LIEBMANN, restringindo o direito ao julgamento do mérito às hipóteses em que estejam presentes as condições da ação. Atente-se para a dicção do artigo 267 do Código de Processo Civil: “Art. 267. Extingue-se o processo, sem julgamento do mérito: (...) VI – quando não concorrer

L'azione, cioè il diritto di promuovere il processo e di ottenere che il giudice provveda sulla domanda proposta, spetta naturalmente quando non si sa ancora se il giudice accoglierà o respingerà la domanda, anzi spetta appunto per ottenere che il giudice provveda, giudicando se essa è fondata o infondata. Essa è il diritto ad ottenere un provvedimento sul merito, non già un provvedimento di contenuto determinato (favorevole). Perciò essa viene qualificata come un diritto astratto, perchè astrae dalla sua fondatezza, è cioè indipendente dal fatto che l'attore abbia ragione o torto. E le condizioni che si richiedono perchè sussista l'azione sono del tutto diverse da quelle necessarie perchè sussista il diritto. Si può avere azione senza avere diritto e si può anche avere diritto senza avere azione (actio nondum nata).²⁸

De acordo com o entendimento de LIEBMANN, três são as situações em que poderão se enquadrar aqueles que pedem a tutela jurisdicional do Estado. Todos têm o direito genérico de propor uma demanda ao órgão judiciário e, deste, obter um provimento. Somente aqueles que têm ação no caso concreto, ou seja, que preenchem as condições da ação, obterão um provimento sobre o mérito. Já o direito à sentença favorável só se apresenta àqueles que têm razão, ou seja, quando o direito substancial alegado estiver presente.²⁹

Na medida em que o direito de ação é condicionado ao preenchimento das condições da ação no caso concreto, somente nesta hipótese, segundo LIEBMANN, pode-se afirmar que houve exercício da função jurisdicional. *Contrario sensu*, quando não estiverem presentes as condições da ação e for proferida sentença de carência de ação, não há processo, nem exercício da função jurisdicional.

LIEBMANN considera o direito de ação abstrato quanto ao seu resultado, já que não está condicionado ao julgamento de procedência, mas concreto quanto ao seu nascimento, pois só passa a existir quando concretamente estiverem presentes as condições da ação.³⁰

qualquer das condições da ação, como a possibilidade jurídica, a legitimidade das partes e o interesse processual; (...)"

²⁸ LIEBMAN, Enrico Tullio. *Corso di Diritto Processuale Civile*. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 1952, p. 33/34.

²⁹ LIEBMAN, Enrico Tullio. *Corso di...*, obra citada, p. 36.

³⁰ LIEBMAN, Enrico Tullio. *Corso di...*, obra citada, p. 35.

Cumpra ressaltar que, para LIEBMANN, as condições da ação não são analisadas com base apenas nas alegações do autor, mas considerando também o que for apurado durante a instrução do processo³¹, o que vem aproximar ainda mais a sua construção às teorias concretistas da ação. Nesse passo, permanece sem explicação a atividade desenvolvida pelo juiz que, durante o trâmite ou ao final do processo, constata a ausência de qualquer das condições da ação, deixando de se pronunciar sobre o mérito. A teoria de LIEBMANN, a despeito de não admitir nessas circunstâncias o exercício da função jurisdicional, descarta-se de elucidar qual seria a natureza do fenômeno judicial desencadeado com a instauração do processo pelo autor até o advento do provimento que declara a carência da ação.

Impende colacionar a teoria de SALVATORE SATTA, que embora reconheça a distinção entre a ação e o direito material, atribui a ambos a mesma natureza substancial, considerando-os como realidades indissociáveis. Para ele, não se pode vislumbrar a existência de um direito objetivo ou subjetivo “antes e além da ação”.³² A concretização do ordenamento, segundo SATTA, se dá através da ação, independentemente da sua procedência ou não. A ação é assim definida pelo autor:

(...) tudo aquilo que o ordenamento pode oferecer ao sujeito quando não sobrevém a sua natural concretização, sendo apenas o caso de aditar que não tem nenhuma importância que a ação tenha ou não fundamento. Essas são estimativas *a posteriori*, que constituem exatamente o juízo. Se o juiz disser que a ação não tem razão de ser, dirá que o ordenamento se concretizara (a ação do réu se era adequada), mas o dirá através de um juízo que será sempre aquele que concretizará o ordenamento.³³

No cenário nacional, merece menção a tese de CALMON DE PASSOS, para quem a ação consiste num poder genérico de provocar a atividade jurisdicional do Estado. Esse poder genérico, com a propositura da demanda, se transforma em direito

³¹ Segundo o entendimento da doutrina mais moderna, as condições da ação devem ser aferidas de acordo com a afirmação feita pelo autor na petição inicial. Se essa afirmação do autor corresponde à realidade, isso já constitui questão de mérito. Nessa linha de pensamento, pode-se sustentar que o direito à tutela jurisdicional não depende da existência do direito material, mas somente da afirmação do direito. Nesse sentido, MARINONI, Luiz Guilherme. *Novas Linhas do Processo Civil*. 4ª ed., São Paulo: Malheiros, 2000, p. 211/212. Para uma análise mais aprofundada da matéria, ver WATANABE, Kazuo. *Da Cognição...*, obra citada, p. 91 e ss.

³² SATTA, Salvatore. *Direito Processual Civil*. Trad. Luiz Autuori. 7ª ed., Rio de Janeiro: Editor Borsoi, 1973, v. 1, p. 162.

³³ SATTA, Salvatore. *Direito Processual...*, obra citada, p. 163.

subjetivo, fazendo nascer, em primeiro plano, a obrigação do juiz de prolatar uma decisão, e, em segundo plano, a sujeição do demandado ao poder jurisdicional do Estado. Nesse passo, o direito de ação não seria nem direito à sentença favorável, nem à sentença de mérito, mas, simplesmente, direito a uma decisão, com conteúdo variável conforme os elementos levados ao processo pelas partes.³⁴

A análise das diversas teorias desenvolvidas ao longo da história revela a importância da evolução doutrinária que culminou com o reconhecimento da autonomia do direito de ação em relação ao direito material. O direito de ação, nessa perspectiva, foi alçado à categoria de direito subjetivo público, não mais restrito à esfera de interesse particular do ofendido. Passou a consubstanciar, ao contrário, um direito oponível contra o próprio Estado, fazendo nascer o dever estatal de prestar a tutela jurisdicional reclamada.

Todavia, o debate travado entre as teorias concretistas e abstratas da ação, as quais, em síntese, admitiram a existência da ação ora como o direito a uma sentença de procedência, ora como o direito a uma sentença de mérito, ou, simplesmente, como o direito de ir a juízo pedir a tutela jurisdicional do Estado, demonstra a ausência de qualquer preocupação por parte da doutrina clássica com a necessidade de satisfação efetiva do direito material cuja violação era afirmada em juízo. A teoria abstrata da ação, aliás, ao proclamar a total desvinculação do direito de ação em relação a qualquer influência do direito material, veio apenas acentuar o abismo que isolou o direito material de qualquer consideração dos processualistas.

³⁴ CALMON DE PASSOS, J. J. *A Ação no Direito...*, obra citada. Como manifestação do direito de ação, CALMON DE PASSOS reconhece “uma ação de tutela meramente processual, que se exaure, desobrigando o órgão jurisdicional, com um provimento de inadmissibilidade; uma ação de tutela do direito objetivo material, que se exaure, desobrigando o órgão jurisdicional com a certificação do direito objetivo e sua conseqüente atuação; e uma ação de tutela do direito subjetivo material, que somente se exaure, desobrigando o órgão

1.2 O DIREITO DE ACESSO À JUSTIÇA

Com o advento do Estado Social, o direito de ação concebido como o direito subjetivo público do cidadão de pedir a tutela jurisdicional do Estado passou a sofrer o influxo de valores sociais e de justiça social que ultrapassavam as noções restritas de liberdade e igualdade formais ínsitas ao liberalismo, o que fez despertar o interesse da doutrina processual para a questão do acesso à justiça.

Percebeu-se, então, que a simples garantia formal do direito de ação nada significa se não forem assegurados mecanismos que possibilitem um acesso efetivo de todos os cidadãos ao Poder Judiciário para pedir a tutela dos seus direitos. Percebeu-se, mais ainda, que as desigualdades econômicas e sociais, além das precárias condições de funcionamento do sistema judiciário do Estado, representam obstáculos intransponíveis para o acesso efetivo e igualitário de todos à justiça, acirrando ainda mais o desnivelamento e a marginalização da sociedade.

Passou a doutrina, então, a se dedicar intensamente ao debate acerca da questão do acesso à justiça, compreendida a partir da exigência de se franquear a todos os cidadãos o acesso aos órgãos jurisdicionais para pleitear a tutela dos seus direitos, afastando-se os obstáculos sociais, econômicos e jurídicos a uma efetiva e equânime participação no procedimento instituído, de forma a influir na formação do convencimento do juiz.³⁵

As preocupações, nesse contexto, se concentram nos problemas relacionados ao custo do processo, à assistência jurídica gratuita³⁶, à ampliação dos entes legitimados para pleitear a tutela dos direitos difusos e coletivos, dentre outros.

jurisdicional, com a satisfação do direito subjetivo do demandante” (CALMON DE PASSOS, J. J. *A Ação no Direito...*, obra citada, p. 146).

³⁵ Ver CAPPELLETTI, Mauro, GARTH, Bryant. *Acesso à Justiça*. Trad. de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988; CAPPELLETTI, Mauro. *Accesso alla Giustizia come Programma di Riforma e come Metodo di Pensiero*. In: *Rivista di Diritto Processuale*. Padova: Cedam, nº 2, 1982, p. 233/245.

³⁶ O artigo 5º, LXXIV da Constituição Federal de 1988 assegura “assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos”. ARAKEN DE ASSIS estabelece clara distinção entre os institutos da assistência jurídica, da assistência judiciária e da justiça gratuita. “A assistência jurídica integral”, define o

Os intensos debates travados pela doutrina acerca dessas dificuldades foram fundamentais para que o legislador pátrio finalmente predispuesse mecanismos processuais voltados a tentar solucioná-las. Se não foi possível a eliminação total dos problemas, impende reconhecer que, ao menos para amenizar alguns deles, as inovações legislativas exerceram um importantíssimo papel.

Há que se destacar a importância, no Brasil, da instituição do Juizado Especial como procedimento voltado ao atendimento das questões de pessoas carentes.³⁷ Nas palavras de LUIZ GUILHERME MARINONI, “a previsão dessa espécie de procedimento revela um comprometimento real com o princípio da inafastabilidade, e o direito de ação, nessa dimensão, encontra a sua verdadeira dignidade social e política”.³⁸

Para a adequada tutela dos direitos coletivos, difusos e individuais homogêneos, alguns institutos processuais foram reestruturados para possibilitar a participação de todos no procedimento, ainda que mediante a representação de entes coletivos. A configuração da legitimidade ativa para a propositura de ações coletivas foi reformulada, dando-se novos contornos à eficácia das sentenças e à coisa julgada material.^{39, 40}

processualista, “compreende a consulta e a orientação extrajudiciais, representação em juízo e gratuidade do respectivo processo”. A assistência judiciária é concebida como “o serviço público organizado, consistente na defesa em juízo do assistido, que deve ser oferecido pelo Estado, mas que pode ser desempenhado por entidades não-estatais, conveniadas ou não com o Poder Público”. A justiça gratuita consiste na “gratuidade de todas as custas e despesas, judiciais ou não, relativas a atos necessários ao desenvolvimento do processo e à defesa dos direitos do beneficiário em juízo, objeto da Lei 1.060, de 05.02.1950, sucessivamente alterada” (ASSIS, Araken de. *Garantia de Acesso à Justiça: Benefício da Gratuidade*. In: *Garantias Constitucionais do Processo Civil*. Coord.: José Rogério Cruz e Tucci. São Paulo: Editora RT, 1999, p. 10/11).

³⁷ Como denunciam MAURO CAPPELLETTI e BRYANT GARTH, “os obstáculos criados por nossos sistemas jurídicos são mais pronunciados para as pequenas causas e para os autores individuais, especialmente os pobres; ao mesmo tempo, as vantagens pertencem de modo especial aos litigantes organizacionais, adeptos do uso do sistema judicial para obterem seus próprios interesses” (CAPPELLETTI, Mauro, GARTH, Bryant. *Acesso à Justiça...*, obra citada, p. 28).

³⁸ MARINONI, Luiz Guilherme. *Novas Linhas...*, obra citada, p. 206.

³⁹ Atualmente, a tutela jurisdicional dos direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos segue a disciplina conjunta da Lei da Ação Civil Pública (Lei 7.347/85) e do Código de Defesa do Consumidor (Lei 8.078/90).

⁴⁰ Acerca do papel desempenhado pelas ações coletivas para o descongestionamento do Poder Judiciário, ADA PELLEGRINI GRINOVER pontua: “A ação popular constitucional primeiro, a ação civil pública depois, passando pelo rico arsenal da Constituição de 1988, com o mandado de segurança coletivo, as ações coletivas de associações, sindicatos e outros corpos intermediários, a ampliação do objeto da ação popular e da ação civil

Quando se pensa em acesso a uma prestação jurisdicional efetiva, todavia, é forçoso reconhecer que o direito de acesso à justiça continua sendo amesquinhado pelas mazelas do sistema judiciário brasileiro, que acentuam cada vez mais a distância que separa o cidadão de uma “ordem jurídica justa”.

Nesse passo, os obstáculos a serem removidos para possibilitar a realização plena do acesso à justiça não se resumem àqueles relacionados ao direito do cidadão de ir a juízo pleitear a tutela do seu direito, mas, sobretudo, àqueles que impedem o órgão jurisdicional de entregar a ele uma tutela jurisdicional efetiva e adequada, realizando plenamente o seu direito fundamental de ação.⁴¹

A mera garantia de acesso ao Poder Judiciário nada significa se a tutela jurisdicional prestada não for apta a realizar efetivamente o direito material do autor. Fatores como a excessiva sobrecarga dos tribunais⁴², a morosidade processual e a inadequação dos mecanismos tradicionais de tutela constituem empecilhos que agravam de maneira alarmante a crise da justiça brasileira.⁴³

pública, para culminar em instrumentos novos, como as *class actions* para a defesa de direitos subjetivos homogêneos do Código de Defesa do Consumidor, tudo converge para a tentativa de desobstruir o Poder Judiciário, permitindo-lhe decidir globalmente as controvérsias, uma vez por todas, e oferecer-lhe instrumentos que neutralizem o fenômeno da chamada administrativização do direito” (GRINOVER, Ada Pellegrini. *A Crise do Poder Judiciário*. In: Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo. São Paulo: Centro de Estudos, nº 34, 1990, p. 14).

⁴¹ Ao discorrer sobre a crise da Justiça, ADA PELLEGRINI GRINOVER denuncia: “A Justiça é inacessível, cara, complicada, lenta, inadequada. A Justiça é denegação de Justiça. A Justiça é injusta. Não existe Justiça” (GRINOVER, Ada Pellegrini. *A Crise...*, obra citada, p. 12).

⁴² ADHEMAR FERREIRA MACIEL classifica as causas de emperramento do Judiciário em causas genéticas, estruturais e conjunturais. A causa genética deriva da formação romano-germânica do sistema jurídico brasileiro, fundado essencialmente na lei e nas codificações. A causa estrutural ou orgânica consiste no modelo federal adotado no Brasil, com concentração da competência legislativa nas mãos da União e conseqüente necessidade de se intensificar o controle sobre a observância da legislação federal pelos estados-membros, congestionando os Tribunais Superiores. Como causa conjuntural da crise do Poder Judiciário, cita o autor a redemocratização do país, que trouxe consigo uma maior conscientização dos cidadãos quanto aos seus direitos e a crescente utilização da via judicial na busca da sua concretização. O reduzido número de juízes que não acompanhou o crescimento da demanda, além da má-formação dos magistrados, que não foram preparados para a solução dos novos conflitos emergentes na sociedade de massa, são também apontados como fatores agravantes da crise, ao lado do excesso de formalismo que marca o nosso processo civil. A “profusão legislativa” e a incapacidade dos órgãos públicos de apresentarem solução aos litígios que se lhe apresentam também contribuem, segundo o autor, para o mau funcionamento do sistema (MACIEL, Adhemar Ferreira. *Considerações sobre as causas do emperramento do Judiciário*. In: Revista de Processo. São Paulo: Editora RT, nº 97, 2000, p. 18 e ss).

⁴³ “O estreitamento do canal de acesso à justiça, além de produzir o indesejável descrédito do povo nas instituições jurídicas, produz o agravamento da litigiosidade latente, ponto que tem preocupado de forma muito significativa, pelas profundas repercussões de ordem social que pode acarretar. A expansão da autotutela

Nesse particular, passa-se a analisar a seguir as limitações do procedimento ordinário clássico e o óbice que a sua universalização representa para a concretização do direito de ação.

1.3 O PROCEDIMENTO ORDINÁRIO CLÁSSICO COMO OBSTÁCULO PARA A CONCRETIZAÇÃO DO DIREITO DE AÇÃO

O procedimento ordinário previsto pelo legislador como procedimento padrão para a tutela dos direitos representa herança do Estado Liberal, cujos valores e aspirações eram substancialmente divergentes daqueles vigentes nos Estados Sociais contemporâneos.⁴⁴

Com efeito, o Estado Liberal, comprometido com o paradigma racionalista, tinha como fim maior preservar a igualdade formal e a liberdade individual dos cidadãos, com abstração das pessoas e dos bens, reservando ao juiz a função de mero aplicador da lei, despido de qualquer poder de *imperium*.

Consoante registra OVÍDIO BAPTISTA DA SILVA:

(...) a busca da *certeza do direito*, como ideal do racionalismo, exacerbada pela desconfiança com que a Revolução Européia encarava a magistratura, em virtude de seus compromissos com o *Ancien Régime*, que conduziu à era das grandes codificações do direito europeu, acabaram criando um *sistema burocrático* de organização judiciária que, por sua vez, contribuiu igualmente para a assimilação da função judicial à carreira de um funcionário público comum, rigorosamente submetido ao controle tanto das cortes judiciárias superiores quanto, especialmente, dos órgãos do Governo.⁴⁵

privada, com o recrudescimento da violência e o surgimento dos chamados ‘justiceiros’, que fazem a ‘justiça’ que reflete o empobrecimento do espírito solidarista da população, são expressões magnas deste problema” (MARINONI, Luiz Guilherme. *Novas Linhas...*, obra citada, p. 70).

⁴⁴ Para uma análise dos pressupostos filosóficos e políticos que fundamentam o procedimento ordinário, ver SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Jurisdição e execução na tradição romano-canônica*. 2ª ed., São Paulo: Editora RT, 1997, p. 102 e ss.

⁴⁵ SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Jurisdição e execução...*, obra citada, p. 103.

O procedimento ordinário clássico foi inspirado por uma concepção patrimonialista dos bens, segundo a qual qualquer direito violado poderia ser reparado pelo seu equivalente monetário. A intangibilidade da autonomia da vontade era cultuada e protegida a qualquer custo, ainda que, em seu nome, diversos direitos tivessem que ser sacrificados e convertidos em pecúnia.⁴⁶ Isso porque se considerava que o exercício de qualquer influência sobre a vontade do devedor para forçá-lo a cumprir a obrigação representava uma ameaça à liberdade individual, temida e rechaçada incondicionalmente. Por isso, o processo civil clássico tem toda a sua estrutura voltada para entregar ao jurisdicionado uma sentença condenatória⁴⁷, cuja execução é atuada mediante as técnicas de execução por sub-rogação em processo apartado. Ou seja, a tutela condenatória está intimamente ligada à tutela repressiva ou ressarcitória, a qual se contenta com a reparação do direito pelo equivalente pecuniário, sem qualquer preocupação com a sua tutela específica.⁴⁸

⁴⁶ Era incontestado, nesse período histórico, o “predomínio absoluto do valor *segurança*, em detrimento do valor *justiça*”, dando lugar à “completa submissão do pensamento jurídico aos métodos e princípios das ciências da natureza, ou das ciências lógicas, com a matemática” (SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Jurisdição e execução...*, obra citada, p. 104/105).

⁴⁷ A consagração da sentença condenatória, com a separação entre cognição e execução, encontra suas origens históricas na *actio* do direito privado romano, onde a função jurisdicional restringia-se à declaração do direito, dela excluindo-se o poder de império exercido pelos pretores nos *interdicta*, já que esses não estavam compreendidos no conceito de *iurisdictio*. Consoante anota Ovídio BAPTISTA DA SILVA, “esta concepção estreita de jurisdição, como simples *declaração de direitos*, estava firmemente consagrada em direito romano, como consequência da oposição entre os conceitos de *iurisdictio* e *imperium*, de modo que a jurisdição acabou sendo limitada ao *procedimento ordinário* – procedimento do *ordo iudiciorum privatorum* (...) Em última análise, *ordenar* não era faculdade ou poder que se incluísse no conceito de *iurisdictio*. Esta era a razão que impedia a inclusão dos interditos no conceito de jurisdição: a emanção dos interditos representava um *ato de vontade* do pretor, mais do que o *ato de inteligência*, que pudesse corresponder a uma declaração de existência do direito” (SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Jurisdição e execução...*, obra citada, p. 26/27).

⁴⁸ ARRUDA ALVIM aponta para a contradição que, nesse contexto, se verificava entre o princípio do *pacta sunt servanda*, assegurando a obrigatoriedade das cláusulas contratuais, e, de outro lado, a admissibilidade da conversão da obrigação em perdas e danos, o que, em última análise, significa uma autorização para que a obrigação contratual seja descumprida. Nas palavras do insigne processualista: “Poder-se-á, mesmo, vislumbrar certa incompreensão em relação a um ângulo do princípio *pacta sunt servanda*, pois que, *em termos práticos*, admitia-se o descumprimento do contrato ou da obrigação, ainda que coubessem perdas e danos. Por outras palavras, o *pacta sunt servanda* encontrava limite nesse entendimento da idéia e da *praxis* da liberdade. É certo que, conquanto extremamente valorizado, o princípio do *pacta sunt servanda*, há de reconhecer-se que, no plano da solução do inadimplemento, em relação às obrigações de fazer e de não fazer, não teriam sido conseqüentes os legisladores, pois que, se esse princípio era tão importante, constituindo-se mesmo, no referencial inafastável de todo o raciocínio, haver-se-ia, congruentemente, de ter dotado as ordens jurídicas de instrumentos aptos e eficientes para coarctar o inadimplemento dessas modalidades de obrigação, o que, de um modo geral, não ocorreu”. E arremata o mesmo autor: “Essa idéia de liberdade tão amplamente visualizada, portanto, permite que se afirme ter-se admitido e ainda admitir-se (em alguns sistemas, e, entre nós, até há pouco tempo) a própria ‘eficácia temporária e parcial do ilícito’, justamente porque, no inadimplemento, a solução era, sempre a das perdas e danos. Por isso mesmo, até a obtenção efetiva dessas perdas e danos, produzia efeito a determinação de não cumprir a obrigação ou o dever. Ou seja, não se obstava o ilícito, em si mesmo, senão que se convivia durante certo tempo com a lesão dele decorrente, ressarcindo-se a vítima do inadimplemento” (ARRUDA

Não havia, nesse contexto, lugar para a tutela preventiva, já que a violação de um direito material era tida como pressuposto indispensável para se reclamar a tutela jurisdicional do Estado.⁴⁹ Nessa ordem de idéias, é forçoso reconhecer que a tutela ressarcitória não só era tida como suficiente para atender aos interesses daqueles que iam buscar a tutela jurisdicional do Estado, mas era, sobretudo, desejada pela classe dominante como forma de preservar o *status quo*. A sociedade burguesa almejava nada mais do que a preservação da igualdade meramente formal entre os cidadãos.⁵⁰

O procedimento ordinário clássico só autorizava a prática de atos executivos ao cabo do processo de conhecimento, momento em que se acreditava ter alcançado a almejada “certeza do direito”. Vigia, portanto, o princípio da *nulla executio sine titulo*, de acordo com o qual somente após a formação do título judicial, que pressupõe cognição exauriente e plena observância do contraditório, poderia o réu ser submetido aos atos de execução forçada.

Nessa esteira, pode-se afirmar que a universalização do procedimento ordinário clássico representava no Estado Liberal a segurança de que o juiz atuaria com neutralidade, já que só lhe era autorizado julgar após obtida a certeza do direito.⁵¹

Cumprе salientar que a estruturação do procedimento ordinário clássico foi ambientada na época em que a escola sistemática chiovendiana proclamava a autonomia do direito processual e a sua total dissociação com relação ao direito material. Vale dizer, não existia qualquer comprometimento com a realização do

ALVIM. *Obrigações de Fazer e Não Fazer – Direito Material e Processo*. In: Revista de Processo. São Paulo: Editora RT, nº 99, 2000, p. 35).

⁴⁹ Cf. RAPISARDA, Cristina. *Premesse Allo Studio Della Tutela Civile Preventiva*. In: Rivista di Diritto Processuale. Padova: Cedam, nº 1, 1980, p. 108 e ss.

⁵⁰ Sobre as origens ideológicas da padronização do procedimento comum clássico para a tutela dos direitos no Estado Liberal, ver MARINONI, Luiz Guilherme. *Novas Linhas...*, obra citada, p. 37 e ss.

⁵¹ Nesse aspecto, MARINONI denuncia: “Como a ‘busca da verdade’ é uma quimera, já que toda ‘certeza jurídica’, na perspectiva gnosiológica, sempre se resolve em mera verossimilhança, a idéia de ‘busca da verdade’ encobria o fato de que o juiz pode errar e, até mesmo, a obviedade de que o juiz possui valores pessoais e uma

direito reconhecido judicialmente. Procurava-se, ao contrário, isolar o máximo possível a regulação do processo de qualquer influência exercida pelo direito material.⁵²

Ao enfatizar a indiferença do procedimento ordinário clássico para com as necessidades do direito material, LUIZ GUILHERME MARINONI pontua:

(...) a idéia de abstração do direito processual do direito material, levada às últimas conseqüências, fez com que a doutrina confundisse instrumentalidade do processo com neutralidade do processo em relação ao direito material, supondo que o procedimento não deveria ser desenhado de acordo com as necessidades do direito substancial. Em outras palavras, a doutrina supôs que um procedimento indiferente ao direito material, ou um único procedimento, seria suficiente para garantir tutela adequada às mais diversas situações conflitivas concretas.⁵³

A sociedade moderna de massas assistiu ao surgimento de novos direitos sociais outrora inimagináveis no cenário individualista do Estado Liberal burguês. Ocorre que a nova roupagem assumida por esses direitos não mais se coaduna com os mecanismos tradicionais de tutela, nem com as limitações dos institutos processuais concebidos pela doutrina clássica.⁵⁴ Como pontifica ADA PELLEGRINI GRINOVER, “da declaração dos novos direitos era necessário passar à sua tutela efetiva, a fim de se assegurarem concretamente as novas conquistas da cidadania”.⁵⁵

Nesse passo, é lícito concluir que, se a tutela jurisdicional proporcionada pela universalização do procedimento ordinário, com o desprezo das peculiaridades do direito material em litígio, eram suficientes para atender aos interesses da sociedade

vontade inconsciente que, na maioria das vezes, ele próprio não consegue desvendar” (MARINONI, Luiz Guilherme. *Novas Linhas...*, obra citada, p. 43).

⁵² Nesse sentido, OVÍDIO BAPTISTA DA SILVA refere-se à “tirania exercida pelo Direito Processual sobre os ramos do Direito Material, a ponto de sujeitar todas as pretensões e ações de direito material ao tratamento uniforme e obsoleto da ação condenatória” (SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Jurisdição e execução...*, obra citada, p. 47).

⁵³ MARINONI, Luiz Guilherme. *Novas Linhas...*, obra citada, p. 40/41.

⁵⁴ Nessa perspectiva, a classificação trinária das sentenças, admitindo somente a existência de sentenças declaratórias, constitutivas e condenatórias, concebida na época do direito romano-canônico e embora ainda defendida por grande parte dos processualistas, mostrou-se inadequada e insuficiente para a tutela efetiva dos direitos (sobre o tema, ver item 4.2, infra).

⁵⁵ GRINOVER, Ada Pellegrini. *Significado Social, Político e Jurídico da Tutela dos Interesses Difusos*. In: Revista de Processo. São Paulo: Editora RT, nº 97, 2000, p. 10.

em um diverso contexto histórico-social, modernamente ela se revela ultrapassada e retrógrada, dada a evolução da própria noção de jurisdição.⁵⁶

Não se pode negar que os instrumentos clássicos de tutela dos direitos não vêm correspondendo às expectativas de realização do direito material e nem às exigências de efetividade indissociáveis do direito de ação no novo Estado Constitucional. Será este o tema explorado no item a seguir.

1.4 O DIREITO DE AÇÃO NO ESTADO CONSTITUCIONAL

Com o advento do Estado Constitucional e a conseqüente constitucionalização do ordenamento jurídico, o direito processual civil, assim como todos os demais ramos do direito, passaram a sofrer o influxo dos novos valores e ideais albergados pelas Constituições modernas, tornando imperativa a releitura dos institutos processuais tradicionais.⁵⁷

Consoante denuncia JOSÉ ROBERTO DOS SANTOS BEDAQUE, “a conscientização de que o processo vale não tanto pelo que ele é, mas fundamentalmente pelos resultados que produz, tem levado estudiosos a reexaminar os institutos processuais, a fim de sintonizá-los com a nova perspectiva metodológica da ciência”.⁵⁸

⁵⁶ OVÍDIO BAPTISTA DA SILVA denuncia o equívoco da doutrina contemporânea que se utiliza dos conceitos e institutos processuais tradicionais dissonantes dos valores vigentes na atualidade. E enfatiza: “A dramática distância entre direito, enquanto norma intemporal, e o fato social, o terrível descompasso entre direito e História entremostram-se em toda sua crueza quando se percebe que a doutrina limita-se a auto-reproduzir-se quase mecanicamente, sem sequer tematizar seus grandes fundamentos e sem libertar-se da teia ideológica que a prende ao racionalismo dos séculos passados. É sem dúvida irônico constatar que os regimes democráticos e populares modernos defendam com tanto ardor um instrumento de tutela jurisdicional concebido pelos regimes absolutistas, como se os valores fundamentais e os interesses de ambos fossem idênticos” (SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Jurisdição e execução...*, obra citada, p. 199).

⁵⁷ Como salienta JOÃO BATISTA LOPES, “os processualistas têm, em verdade, uma dívida com os constituintes: graças a eles, o estudo do direito processual tomou novos rumos para obrigar-nos à revisitação dos institutos fundamentais do processo civil como jurisdição, ação, processo etc.” (LOPES, João Batista. *Efetividade da Tutela...*, obra citada, p. 30).

Nessa perspectiva, o conceito de ação construído no modelo de Estado Liberal, inspirado pelos ideais de liberdade e de igualdade formal dos indivíduos, tornou-se anacrônico e obsoleto no moderno Estado Constitucional⁵⁹, cuja agenda passou a ser dominada por novos valores ligados à busca da realização da justiça social e à garantia da igualdade material, mediante a realização dos direitos fundamentais sociais e da garantia da dignidade da pessoa humana.

Com efeito, a noção do direito de ação como simples garantia de acesso ao Poder Judiciário para reclamar a tutela de um direito, concebida em meio ao tecnicismo puro da ciência processual clássica preocupada unicamente em afirmar a sua autonomia⁶⁰ e, por isso, desatenta ao resultado prático do processo, não se revela compatível com a relevante e urgente missão de transformação social reservada pelas novas Constituições à jurisdição.⁶¹

⁵⁸ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Direito e Processo. Influência do Direito Material sobre o Processo*. 2ªed., São Paulo: Malheiros, 1997, p. 15.

⁵⁹ Nesse sentido, PROTO PISANI afirma que “*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, studiando le tecniche attraverso le quali sia possibile consentire che il processo assolva la sua funzione istituzionale di strumento diretto a ‘dare per quanto è possibile praticamente a chi ha un diritto tutto quello e proprio quello ch’egli ha diritto di conseguire’ ai sensi del diritto sostanziale*”(PROTO PISANI, Andrea. *Lezioni di Diritto Processuale Civile*. Napoli: Jovene Editore, 1994, p. 56/57).

⁶⁰ CÂNDIDO DINAMARCO afirma que “a negação da natureza e objetivo puramente técnicos do sistema processual é ao mesmo tempo afirmação de sua permeabilidade aos valores tutelados na ordem político-constitucional e jurídico-material (os quais buscam efetividade através dele) e reconhecimento de sua inserção no universo axiológico da sociedade a que se destina” (DINAMARCO, Cândido R. *A Instrumentalidade do Processo*. 2ª ed., São Paulo: Editora RT, 1990, p. 21).

⁶¹ CÂNDIDO DINAMARCO, enfatizando o caráter instrumental do processo como meio para a realização dos escopos social, político e jurídico da jurisdição, preconiza que “hoje, todo estudo teleológico da jurisdição e do sistema processual há de extrapolar os lindes do direito e da sua vida, projetando-se para fora. É preciso, além do objetivo puramente jurídico da jurisdição, encarar também as tarefas que lhe cabem perante a sociedade e perante o Estado como tal” (DINAMARCO, Cândido R. *A Instrumentalidade...*, obra citada, p. 212/213). JOSÉ ROBERTO DOS SANTOS BEDAQUE destaca o escopo jurídico do processo, como instrumento voltado para a realização do direito material, e a sua importância para o alcance dos seus escopos sociais e políticos (BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Direito e Processo...*, obra citada, p. 50/51). SÉRGIO CRUZ ARENHART sugere que todos esses escopos sejam sintetizados em um único: a justiça. “Este é o objetivo final, último e maior do processo e da jurisdição, na medida em que com a justiça deveriam o Direito, o Estado e o processo manter suas relações mais estreitas” (ARENHART, Sérgio Cruz. *Perfis da Tutela Inibitória Coletiva*. São Paulo: RT, 2003, p. 38).

Nesse diapasão, LUIGI PAOLO COMOGLIO enfatiza a preocupação das Constituições modernas com o conteúdo, e não apenas com a forma da tutela jurisdicional, com vistas a satisfazer o direito a um “*equo processo*”.⁶²

Pode-se afirmar, portanto, que a ação, no Estado Constitucional, deixou de ser garantia de meio, adquirindo a configuração de garantia de resultado. Consoante acentua COMOGLIO, essa garantia deve ser capaz “*di assicurare al titolare il conseguimento di un certo risultato modale minimo, nell’ambito del processo*”.⁶³

CARLOS ALBERTO ÁLVARO DE OLIVEIRA observa, com propriedade, que “a perspectiva constitucional do processo veio a contribuir para afastar o processo do plano das construções conceituais e meramente técnicas e inseri-lo na realidade política e social”.⁶⁴

Com efeito, revelam-se de pouca relevância, na atualidade, as discussões teóricas e acadêmicas que foram objeto de intenso debate doutrinário ao longo da história, se for desviado o enfoque instrumental da ação enquanto direito voltado à realização dos direitos materiais de seus destinatários.⁶⁵

JOSÉ ROBERTO DOS SANTOS BEDAQUE denuncia ser “insuficiente afirmar que a Constituição assegura o denominado direito abstrato ou incondicionado de ação”. E complementa:

É preciso identificar o que isso efetivamente representa para o patrimônio jurídico da pessoa. Importante fixar que todos têm, independentemente de quaisquer condições pessoais, não a certeza ou a probabilidade de obter o reconhecimento de um direito, mas a possibilidade séria e real de contar com instrumentos adequados para alcançar

⁶² COMOGLIO, Luigi Paolo. *Principi Costituzionali e Processo di Esecuzione*. In: *Rivista di Diritto Processuale*. Padova: Cedam, n° 2, 1994, p. 452/453.

⁶³ COMOGLIO, Luigi Paolo. *Principi Costituzionali...*, obra citada, p. 453.

⁶⁴ OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de. *O Processo Civil na Perspectiva dos Direitos Fundamentais*. In: *Revista de Processo*. São Paulo: Editora RT, n° 113, 2004, p. 18.

⁶⁵ PROTO PISANI assevera que “*la teoria dell’azione è idonea a raccordare tutti i diritti previsti dalla legge sostanziale al processo, in quanto riconosce a tutti, per il semplice fatto di affermarsi titolari di un diritto sostanziale, il potere di agire in giudizio, di mettere in moto il processo. Nulla o poco la teoria dell’azione ci dice però circa le modalità ed il contenuto della tutela giurisdizionale chiesta attraverso l’esercizio del c.d. diritto di azione (...)*” (PROTO PISANI, Andréa. *Lezioni di...*, obra citada, p. 55).

esse objetivo. Significa, portanto, que a garantia constitucional de ação implica a existência de tutela jurisdicional adequada à proteção do direito demonstrado em sede processual, com todos os meios necessários a que isso ocorra.⁶⁶

Nessa esteira, e seguindo a tendência da moderna doutrina processualística, BEDAQUE também identifica o direito de ação como garantia não só de meio, mas também de resultado, “o que não significa identificação com o conteúdo variável pretendido pelos litigantes – o interesse material deduzido –, mas com o valor constante da efetividade instrumental”.⁶⁷

O direito de ação no Estado constitucional tem a sua configuração extraída das normas constitucionais.⁶⁸ Ou seja, o jurisdicionado tem direito de acesso ao Poder Judiciário, com a observância de todas as garantias conferidas pela Constituição, que lhe asseguram um processo justo⁶⁹ e apto a tutelar efetivamente o direito material eventualmente existente.⁷⁰

O processo, nessa perspectiva, passou a ser visto como instrumento para a realização do direito material.⁷¹ PROTO PISANI observa que a própria existência ou

⁶⁶ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Garantia da Amplitude de Produção Probatória*. In: *Garantias Constitucionais do Processo Civil*. Coord.: José Rogério Cruz e Tucci. São Paulo: Editora RT, 1999, p. 153.

⁶⁷ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Garantia da Amplitude...*, obra citada, p. 157.

⁶⁸ Referindo-se à instrumentalidade do processo em relação à ordem político-constitucional, CÂNDIDO DINAMARCO assevera que “o desvio das diretrizes processuais preestabelecidas e asseguradas constitucionalmente constitui perigoso caminho à violação de regras substanciais da própria Constituição” (DINAMARCO, Cândido R. *A Instrumentalidade...*, obra citada, p. 72).

⁶⁹ Referindo-se à noção de processo justo consoante a disciplina do artigo 111 da Constituição Italiana, NICOLÒ TROCKER define: “‘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 dalla collettività. E tale è il processo che si svolge davanti ad un giudice imparziale nel contraddittorio di tutti gli interessati in un tempo ragionevole” (TROCKER, Nicolò. *Il nuovo articolo 111 della costituzione e il “giusto processo” in materia civile: profili generali*. In: *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*. Milano: Giuffrè, n° 2, 2001, p. 386). FEDERICO CARPI enfatiza ser a efetividade do processo executivo indissociável da noção de processo justo (CARPI, Federico. *Riflessione sui rapporti fra l’art. 111 della Costituzione ed il processo esecutivo*. In: *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*. Milano: Giuffrè, n° 2, 2002, p. 390).

⁷⁰ Segundo LUIZ GUILHERME MARINONI, o direito de ação compreende três aspectos: “direito de acesso à jurisdição, direito ao processo justo e direito à técnica processual adequada”. E complementa o autor: “Nenhum desses aspectos, isoladamente considerado, comporta toda a complexidade do direito de ação; todos eles se complementam para definir adequadamente esse direito. Qualquer conceituação que ignore algum desses aspectos será necessariamente incompleta” (MARINONI, Luiz Guilherme. *Curso de Processo Civil: Teoria Geral do Processo*. São Paulo: Editora RT, 2006, v. 1, p. 211).

⁷¹ Uma análise completa e inovadora do tema é feita magistralmente por CÂNDIDO R. DINAMARCO, em *A Instrumentalidade...*, obra citada.

modo de existência do direito substancial, em termos de efetividade, depende da preordenação de procedimentos que possibilitem a sua adequada tutela jurisdicional.⁷²

E, para que logre êxito no cumprimento do seu papel de instrumento protetor dos demais direitos, é imprescindível que o processo esteja estruturado de molde a propiciar uma tutela jurisdicional efetiva a quem venha socorrer-se do Poder Judiciário afirmando a existência de um direito.

Por isso, a realização do direito de ação tal como garantido pela Constituição não prescinde de uma atenta e criteriosa análise da tutela prometida pela norma de direito material que se pretende proteger.

Nesse passo, é forçoso reconhecer que, apesar da inegável aproximação do direito de ação com o direito material perseguida pela teoria eclética⁷³, ela não se coaduna com a exigência de resultados efetivos imposta pelas Constituições modernas, na medida em que não manifesta qualquer comprometimento com a efetiva realização do direito material através da ação.

Como enfatiza MARINONI:

A teoria eclética procura aproximar o direito de ação do direito material, mas esquece do que é mais importante, isto é, de que o direito de ação deve garantir a realização da ação de direito material. A idéia de que todos têm direito a uma sentença de mérito, desde que presentes as condições da ação, ainda é fruto da confusão entre instrumentalidade do processo e neutralidade do processo em relação ao direito material. Não basta dizer que os jurisdicionados têm direito a uma sentença de mérito, pois o que importa é uma sentença de mérito capaz de realizar o direito material.⁷⁴

Portanto, não se pode aceitar a equiparação do direito de ação com o direito à obtenção de uma sentença, que pode ser favorável ou desfavorável ao autor,

⁷² PROTO PISANI, Andréa. *Lezioni di...*, obra citada, p. 6.

⁷³ Os fundamentos da teoria eclética foram analisados no item 1.1 supra.

⁷⁴ MARINONI, Luiz Guilherme. *Novas Linhas...*, obra citada, p. 212/213.

nem concordar com a afirmação de que basta o advento da sentença para satisfazer o direito de ação.⁷⁵

Ora, não se pode negar que a simples entrega da sentença pelo juiz nem sempre é capaz de satisfazer o direito de ação nos moldes em que prometido constitucionalmente. Nos casos em que o autor busca somente uma tutela declaratória ou constitutiva do direito afirmado, esse problema não existe, já que a declaração ou a constituição da situação jurídica contidas na sentença satisfazem plenamente a pretensão do autor. Todavia, o mesmo não se pode afirmar quando se trata de uma sentença condenatória. Nessas hipóteses, é intuitivo que a procedência da ação com a mera condenação do demandado a cumprir determinada prestação não é suficiente para tutelar efetivamente o direito material do autor. De nada adianta para ele obter uma sentença que reconheça a existência do seu direito sem que lhe seja proporcionada a satisfação efetiva desse direito no plano concreto. A simples condenação do réu a atender o direito do autor desacompanhada da determinação dos meios executivos adequados à tutela jurisdicional concedida é inócua para satisfazer o direito de ação garantido pela Constituição.

Nessa esteira, faz-se mister reconhecer que não basta se assegurar o direito a uma sentença de mérito se ela não for capaz de realizar o direito material reconhecido judicialmente. O direito de ação não se restringe a garantir que o Poder Judiciário aprecie a lesão ou ameaça a direito. Ele faz nascer para o Estado não só o dever de prestar a tutela jurisdicional, mas, sobretudo, o de prestar uma tutela jurisdicional apta a satisfazer efetivamente a tutela prometida pelo direito material.

⁷⁵ Tem-se, portanto, como insuficiente o conceito de ação desenvolvido por NELSON NERY JUNIOR: “Assim, podemos verificar que o direito de ação é um direito cívico e abstrato, vale dizer, é um *direito subjetivo à sentença tout court*, seja essa de acolhimento ou de rejeição da pretensão, desde que preenchidas as condições da ação. A realização de um direito subjetivo é alcançada quando se consegue o objeto desse mesmo direito. Como o objeto do direito subjetivo de ação é a obtenção da tutela jurisdicional do Estado, deve entender-se por realizado o direito subjetivo de ação assim que pronunciada a sentença, favorável ou não ao autor” (NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios do Processo Civil na Constituição Federal*. 7ª ed., São Paulo: Editora RT, 2002, p. 103/104).

Quando se pensa na questão da efetividade da tutela dos direitos, deve-se buscar uma teoria da ação que possibilite uma maior vinculação com o direito material. Surge então a noção de ação como direito à tutela jurisdicional adequada ao plano do direito material, de forma a garantir ao jurisdicionado a possibilidade de efetiva realização do direito reconhecido judicialmente. Pode-se afirmar, nesse passo, que a inexistência de tutela adequada corresponde à própria negação da tutela jurisdicional.⁷⁶

Insta enfatizar, portanto, que o direito constitucional de ação não se exaure com a entrega da sentença ao jurisdicionado, devendo-se atentar para o resultado efetivo que a tutela jurisdicional é capaz de realizar no plano concreto. E para que se possa identificar quando o direito de ação foi plenamente satisfeito, revela-se imperioso analisar as diversas situações concretas a fim de se verificar se as formas de tutela prometidas pelo direito material foram efetivamente cumpridas.⁷⁷

Nessa ordem de idéias, impende reconhecer a insuficiência da tradicional visão da questão do acesso à justiça apenas como direito de efetivo acesso aos órgãos judiciários para uma equânime participação no procedimento instituído. É inquestionável que esses aspectos são essenciais para possibilitar ao cidadão o exercício do seu direito fundamental de ação. Todavia, o acesso à justiça consagrado pelas Constituições contemporâneas é muito mais amplo do que isso. A interpretação moderna e consentânea com os valores constitucionais e sociais vigentes na atualidade permite afirmar que o direito de acesso à justiça, além de garantir o acesso de todos ao Poder Judiciário, consagra o direito a obter uma resposta efetiva, adequada e tempestiva ao seu pleito.

⁷⁶ Cf. MARINONI, Luiz Guilherme. *Novas Linhas...*, obra citada, p. 204.

⁷⁷ Na dicção de JOSÉ ROBERTO DOS SANTOS BEDAQUE, “quanto mais consciência tiver o estudioso de processo das necessidades verificadas em sede de direito material, mais possibilidade terá ele de adequar os modelos ao objeto. Deve haver compatibilização entre a técnica processual e o escopo do processo. O processualista moderno está comprometido com resultados. Não mais se aceitam a indiferença e a neutralidade quanto aos objetivos” (BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Direito e Processo...*, obra citada, p. 19).

É nesse sentido que TEORI ALBINO ZAVASCKI sustenta que “o direito fundamental à efetividade do processo – que se denomina também, genericamente, *direito de acesso à justiça ou direito à ordem jurídica justa* – compreende, em suma, não apenas o direito de provocar a atuação do Estado, mas também e principalmente o de obter, em prazo adequado, uma decisão justa e com potencial de atuar eficazmente no plano dos fatos”.⁷⁸

Nessa mesma ordem de idéias, LUIZ GUILHERME MARINONI salienta, com acuidade, que “não teria cabimento entender, com efeito, que a Constituição da República garante ao cidadão que pode afirmar uma lesão ou uma ameaça a direito apenas e tão-somente uma resposta, independentemente de ser ela efetiva e tempestiva”. E completa o seu raciocínio: “Ora, se o direito de acesso à justiça é um direito fundamental, porque garantidor de todos os demais, não há como imaginar que a Constituição da República proclama apenas que todos têm o direito a uma mera resposta do juiz. O direito a uma mera resposta do juiz não é suficiente para garantir os demais direitos e, portanto, não pode ser pensado como uma garantia fundamental de justiça”.⁷⁹

Assim, não basta ao Estado simplesmente assegurar ao jurisdicionado a participação no procedimento instituído.⁸⁰ Mais do que isso, é dever do Estado garantir

⁷⁸ ZAVASCKI, Teori Albino. *Antecipação de Tutela*. 3ª ed., São Paulo: Saraiva, 2000, p. 64. Seguindo essa mesma linha, ver BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Direito e Processo...*, obra citada, p. 43.

⁷⁹ MARINONI, Luiz Guilherme. *Garantia da tempestividade da tutela jurisdicional e duplo grau de jurisdição*. In: *Garantias Constitucionais do Processo Civil*. Coord. José Rogério Cruz e Tucci. São Paulo: Editora RT, 1999, p. 218.

⁸⁰ Acerca da dimensão do direito à participação no procedimento, LUIZ GUILHERME MARINONI pondera: “Há que se fazer um reparo à idéia de que o direito à tutela jurisdicional seria mero direito à participação no procedimento. Participar significa, como é sabido, tomar parte. A pergunta que se deve fazer, assim, é a seguinte: tomar parte em quê? Será que o direito à tutela jurisdicional é apenas o direito de participar no procedimento legalmente instituído, não importando a sua capacidade de atender de maneira idônea ao direito material? Não tem cabimento entender que há direito fundamental à tutela jurisdicional, mas que esse direito pode ter a sua efetividade comprometida se a técnica processual houver sido instituída de modo incapaz de atender ao direito material. Imaginar que o direito à tutela jurisdicional é o direito de ir a juízo através do procedimento legalmente instituído, pouco importando a sua idoneidade para a efetiva tutela dos direitos, seria inverter a lógica da relação entre o direito material e o direito processual. Se o direito de ir a juízo restar na dependência da técnica processual expressamente tipificada na lei, o processo é que dará os contornos do direito material. Mas deve ocorrer exatamente o contrário, uma vez que o primeiro serve para cumprir os desígnios do segundo” (MARINONI, Luiz Guilherme. *O direito à efetividade da tutela jurisdicional na perspectiva da teoria dos direitos fundamentais*. In: GENESIS – Revista de Direito Processual Civil. Curitiba: Genesis, nº 28, 2003, p. 305/306).

ao cidadão o acesso e a participação em um procedimento idôneo à efetiva tutela das diversas situações de direito material, no qual seja possível obter-se uma resposta de um juiz comprometido com a plena efetividade da tutela jurisdicional.

Perfilhando desse entendimento, LUIZ GUILHERME MARINONI denuncia:

(...) o direito à tutela jurisdicional não pode restar limitado ao direito de igual acesso ao procedimento instituído, ou ao conceito tradicional de direito de acesso à justiça. Não importa apenas dizer que todos (pobres ou ricos) devem ter iguais oportunidades de acesso aos procedimentos e advogados, mediante a efetiva possibilidade de argumentação e produção de prova. Deseja-se propor, agora, que o direito à tutela jurisdicional, ainda que sem perder sua característica de direito de iguais oportunidades de acesso à justiça, passe a ser visto como direito a prestações normativas instituidoras de técnicas processuais idôneas à efetiva tutela das situações de direito substancial.⁸¹

No mesmo diapasão, JOSÉ ROBERTO DOS SANTOS BEDAQUE preconiza que “muito mais do que prever mera formulação de pedido ao Poder Judiciário, a Constituição da República garante a todos o efetivo acesso à ordem jurídica justa, ou seja, coloca à disposição de todas as pessoas mecanismo destinado a proporcionar a satisfação do direito.”⁸² Nessa linha de raciocínio, o direito de acesso à justiça, ou do acesso à ordem jurídica justa, é sintetizado por BEDAQUE como a exigência constitucional de se “proporcionar a todos, sem qualquer restrição, o direito de pleitear a tutela jurisdicional do Estado e de ter à disposição o meio constitucionalmente previsto para alcançar esse resultado”.⁸³

Essa moderna e adequada leitura do direito de acesso à justiça leva à constatação de que a efetividade da tutela jurisdicional é assegurada a todo e qualquer jurisdicionado, esteja presente ou não o direito por ele afirmado perante o Poder Judiciário. Isso significa que o direito à tutela jurisdicional efetiva não está condicionado à existência do direito material afirmado, mas, independentemente dessa

⁸¹ MARINONI, Luiz Guilherme. *O direito à efetividade...*, obra citada, p. 306.

⁸² BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Garantia da Amplitude...*, obra citada, p. 151.

⁸³ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Garantia da Amplitude...*, obra citada, p. 158.

circunstância, reclama sejam aparelhados mecanismos aptos a dar proteção efetiva ao direito do autor porventura existente.

Nessa esteira, BEDAQUE enfatiza:

(...) a Constituição Federal não confere proteção apenas a quem efetivamente possui direito. Todos podem requerer a tutela jurisdicional, ainda que dela não sejam merecedores. O que está à disposição de qualquer pessoa, titular de direitos ou de meras pretensões infundadas, é o mecanismo previsto pelo legislador constitucional, por ele minuciosamente modelado, para viabilizar a tutela jurisdicional a quem efetivamente fizer jus a ela.⁸⁴

Assim, as técnicas processuais aparelhadas pelo legislador devem estar comprometidas com a adequada tutela jurisdicional do direito afirmado, mediante a previsão de mecanismos que possibilitem atender às exigências do direito material em litígio, com atenção à realidade social em que inseridas as partes. Almeja-se, em última análise, disponibilizar a todo e qualquer cidadão uma prestação jurisdicional compatível com as especificidades do caso concreto e com os valores albergados pela ordem constitucional.

⁸⁴ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Garantia da Amplitude...*, obra citada, p. 152.

2 O DIREITO DE AÇÃO NA CONSTITUIÇÃO DE 1988

2.1 FUNDAMENTO CONSTITUCIONAL DO DIREITO DE AÇÃO

A configuração do direito de ação conferido aos cidadãos em determinado Estado deve ser buscada na respectiva Constituição. Vale dizer, os contornos do direito de ação vigentes em um dado momento histórico são exatamente aqueles ditados pela Lei Maior de cada país.⁸⁵

Nessa perspectiva, o conteúdo do direito constitucional de ação, no direito brasileiro, deve ser construído a partir da análise sistemática das diversas normas esparsas pelo texto constitucional de 1988, que, em seu conjunto, revelam o exato enquadramento do direito conferido aos cidadãos de pedir a tutela jurisdicional do Estado.

O fundamento constitucional do direito da ação se encontra em alguns dos incisos do artigo 5º, inserido no Capítulo I, que trata dos direitos e deveres individuais e coletivos, bem como no Título II, referente aos Direitos e Garantias Fundamentais.

Portanto, a par das considerações concernentes à fundamentalidade material do direito de ação (que serão tecidas no item 3.3, *infra*), é inquestionável a sua natureza de direito fundamental, ao menos formalmente, em razão da sua localização topográfica no texto constitucional, inserido que está expressamente no rol de direitos e garantias fundamentais do cidadão.

O inciso XXXV do artigo 5º da Constituição Federal traz o substrato básico do direito de ação, ao consagrar o princípio da inafastabilidade da tutela

⁸⁵ ADA PELLEGRINI GRINOVER já disse, com propriedade, que “é na espécie de tutela constitucional que o Estado confere à ação que se pode encontrar seu correto enquadramento” (GRINOVER, Ada Pellegrini. *As garantias constitucionais...*, obra citada, p. 74).

jurisdicional, assegurando que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”.⁸⁶

Importa destacar que essa norma deve ser interpretada no sentido de que é a afirmação da lesão ou da ameaça a direito que não pode ser excluída da apreciação jurisdicional, afastando-se, assim, o risco de retorno aos equívocos da concepção imanentista da ação.⁸⁷

Na medida em que o direito de ir a juízo pleitear a tutela jurisdicional do Estado é garantido pela Constituição como direito fundamental, é vedado ao legislador ordinário suprimir ou condicionar o exercício desse direito.⁸⁸ Nessa seara, impende esclarecer que as condições da ação, definidas pelo artigo 267, VI, do Código de Processo Civil⁸⁹, não representam propriamente uma limitação ao direito constitucional de ação, mas consistem apenas em exigências processuais legitimamente instituídas pelo legislador para o exame do mérito pelo órgão jurisdicional.

É nesse sentido que JOÃO BATISTA LOPES apregoa que “não existem condições da ação, porque a ação, garantia constitucional, é incondicionada”. E

⁸⁶ Ao tecer comentários acerca dessa norma constitucional, NELSON NERY JUNIOR pontifica que “embora o *destinatário principal* desta norma seja o legislador, o comando constitucional atinge a todos indistintamente, vale dizer, não pode o legislador e ninguém mais impedir que o jurisdicionado vá a juízo deduzir pretensão” (NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios...*, obra citada, p. 98). No mesmo sentido, DIDIER JÚNIOR, Fredie. *Notas Sobre a Garantia Constitucional do Acesso à Justiça: o princípio do direito de ação ou da inafastabilidade do Poder Judiciário*. In: Revista de Processo. São Paulo: Editora RT, nº 108, 2002, p. 24/25.

⁸⁷ Nesse sentido, MARINONI, Luiz Guilherme. *Novas Linhas...*, obra citada, p. 207; DIDIER JÚNIOR, Fredie. *Notas Sobre a Garantia...*, obra citada, p. 23.

⁸⁸ Assim, por exemplo, a exigência de prévio depósito do valor do débito imposta pelo artigo 38 da Lei de Execuções Fiscais como condição para o ajuizamento de ação declaratória ou anulatória de débito fiscal é inconstitucional, pois viola do direito de ação. A interpretação que se dá a essa norma, para que ela guarde harmonia com a Constituição, é a de que a ausência do depósito não impede a propositura da ação, mas possibilita que a Fazenda Pública execute o débito ainda que pendente o processo. Esse é o entendimento manifestado pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, consoante se depreende da leitura da seguinte ementa: “Ação Anulatória de Débito Fiscal. Art. 38 da Lei 6.830/80. Razoável a Interpretação do aresto recorrido no sentido de que não constitui requisito para a propositura da Ação Anulatória de Débito Fiscal o depósito previsto no referido artigo. Tal obrigatoriedade ocorre se o sujeito passivo pretender inibir a Fazenda Pública de propor a Execução Fiscal. Recurso Extraordinário não conhecido” (STF, RE 105552/SP, Sexta Turma, Rel. Min. Djaci Falcão, julg. 02.08.1985, DJ 30.08.1985 - Disponível na Internet: <http://www.stf.gov.br/jurisprudência>, acesso em 28 de junho de 2006).

⁸⁹ “Art. 267. Extingue-se o processo, sem julgamento do mérito: (...) VI – quando não concorrer qualquer das condições da ação, como a possibilidade jurídica, a legitimidade das partes e o interesse processual; (...)”.

esclarece: “As chamadas condições da ação são, na verdade, requisitos de admissibilidade do exame do mérito (no processo de conhecimento), ou para a prática de atos coativos (na execução) ou, ainda, para obter tutela de segurança”.⁹⁰

Diversos autores vislumbram no direito ao devido processo legal, previsto no inciso LIV do artigo 5º da Constituição Federal⁹¹, o fundamento constitucional do direito de ação.⁹² Nessa esteira, LUIZ GUILHERME MARINONI pontifica: “Direito ao devido processo legal não quer dizer apenas direito ao processo que observa os vários princípios constitucionais comumente apontados pela doutrina (princípio do contraditório etc.) para dar corpo à cláusula do devido processo legal; direito ao devido processo legal significa, também, direito à tutela jurisdicional adequada às necessidades do direito material”.⁹³

Há ainda quem identifique o direito de ação como espécie do direito constitucional de petição previsto no artigo 5º, XXXIV, da Constituição Federal.⁹⁴

O inciso LXXVII, recentemente acrescentado ao artigo 5º pela Emenda Constitucional nº 45/2004, veio enunciar expressamente o direito à duração razoável do processo, ao determinar que “a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade da sua tramitação”.

Em diversos outros incisos do artigo 5º ou em dispositivos esparsos são encontradas garantias constitucionais do processo, asseguradas tanto ao autor quanto ao réu para que a função jurisdicional se desenvolva de forma justa e imparcial. Pode-

⁹⁰ LOPES, João Batista. *Efetividade da Tutela...*, obra citada, p.31.

⁹¹ “Art. 5º. (...). LIV - ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”.

⁹² Sustentando que o direito de ação, ou de acesso à justiça, é manifestação do princípio do devido processo legal, ver NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios...*, obra citada, p. 42; GRINOVER, Ada Pellegrini. *Os Princípios Constitucionais e o Código de Processo Civil*. São Paulo: Bushatsky, 1975, p. 18; CRUZ E TUCCI, José Rogério. *Garantia da prestação jurisdicional sem dilações indevidas como corolário do devido processo legal*. In: *Devido Processo Legal e Tutela Jurisdicional*. Rogério Lauria Tucci; José Rogério Cruz e Tucci. São Paulo: Editora RT, 1993, p. 107.

⁹³ MARINONI, Luiz Guilherme. *A Antecipação da Tutela*. 7ª ed., São Paulo: Malheiros, 2002, p. 159.

⁹⁴ Discordando desse entendimento, ver NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios...*, obra citada, p. 101 e ss.

se citar o princípio do juiz natural com assento nos incisos XXXVII e LIII, os quais dispõem, respectivamente, que “não haverá juízo ou tribunal de exceção” e “ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente”; o princípio do contraditório e ampla defesa, previsto no inciso LV, que reza que “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral, são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”; a proibição da prova obtida por meio ilícito garantida pelo inciso LVI; o princípio da publicidade dos atos processuais com assento no inciso LX; o direito à assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem carência de recursos assegurado pelo inciso LXXIV; o direito à fundamentação das decisões enunciado no artigo 93, inciso IX, além de outras garantias espalhadas pelo texto constitucional.

Embora se reconheça a relevância de cada uma dessas facetas e garantias inerentes ao direito de ação para o adequado exercício da função jurisdicional pelo Estado⁹⁵, a extensão de tão fecundo tema impõe sejam delimitados os aspectos a serem abordados no presente trabalho. Por essa razão, a análise ora empreendida partirá dos aspectos da efetividade e tempestividade da tutela jurisdicional, que permitirão uma melhor compreensão da essência do direito de ação, ingressando-se, na seqüência, no campo das suas potencialidades enquanto direito alçado à categoria de fundamental pela Constituição Federal de 1988.

⁹⁵ Oportuno colacionar o abalizado entendimento de LUIZ GUILHERME MARINONI, para quem “a norma constitucional que afirma que a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito (CF, art. 5º, XXXV) significa, de uma só vez, que: i) o autor tem o direito de *afirmar* lesão ou ameaça a direito; ii) o autor tem o direito de ver essa *afirmação apreciada* pelo juiz quando presentes os requisitos chamados de condições da ação pelo art. 267, VI, do CPC; iii) o autor tem o direito de pedir a apreciação dessa afirmação, ainda que um desses requisitos esteja ausente; iv) a sentença que declara a ausência de uma condição da ação não nega que o direito de pedir a apreciação da afirmação de lesão ou de ameaça foi exercido ou que a ação foi proposta e se desenvolveu ou for exercitada; v) o autor tem o direito de *influir* sobre o convencimento do juízo mediante alegações, provas e, se for o caso, recurso; vi) o autor tem o direito à *sentença e ao meio executivo* capaz de dar plena efetividade à tutela jurisdicional por ela concedido; vii) o autor tem o direito à antecipação e à segurança da tutela jurisdicional; e viii) o autor tem o direito ao *procedimento* adequado à situação de direito substancial carente de proteção” (MARINONI, Luiz Guilherme. *Curso de Processo Civil...*, obra citada, p. 221).

2.2 O DIREITO À TUTELA JURISDICIONAL EFETIVA

O direito de ação consagrado pela Constituição Federal traz implícita a exigência de que a tutela jurisdicional seja prestada pelo Estado de maneira efetiva, proporcionando-se ao autor a tutela adequada do direito material em consonância com as particularidades do caso concreto.⁹⁶

Na medida em que o Estado proibiu a autotutela, chamando para si a função de solucionar os conflitos de interesses que porventura surjam no seio da sociedade, outorgou aos jurisdicionados o direito fundamental a uma tutela jurisdicional efetiva, comprometendo-se a lhes propiciar tudo e exatamente aquilo a que teriam direito caso não tivesse ocorrido a violação ou a ameaça ao direito. Afinal, como assevera TEORI ALBINO ZAVASCKI, “o dever imposto ao indivíduo de submeter-se obrigatoriamente à jurisdição estatal não pode representar um castigo. Pelo contrário: deve ter como contrapartida necessária o dever do Estado de garantir a utilidade da sentença, a aptidão dela de garantir, em caso de vitória, a efetiva e prática concretização da tutela”.⁹⁷

O direito à prestação jurisdicional efetiva, portanto, consubstancia o direito a se dar vida a todos os demais direitos materiais previstos no ordenamento jurídico.

SÉRGIO CRUZ ARENHART destaca que a efetividade da tutela jurisdicional deve ser pensada a partir dos conceitos de pretensão de direito material e de ação de direito material, reportando-se aos ensinamentos de PONTES DE MIRANDA. A pretensão de direito material corresponde à “*exigibilidade* de uma certa conduta, decorrente, normalmente, de um direito subjetivo”.⁹⁸ Quando essa pretensão não é satisfeita espontaneamente pelo devedor, surge a ação de direito material. Essa

⁹⁶ Na definição de BARBOSA MOREIRA, “será efetivo o processo que constitua instrumento eficiente de realização do direito material” (BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Por um Processo Socialmente Efetivo*. In: Temas de Direito Processual. Oitava Série. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 15).

⁹⁷ ZAVASCKI, Teori Albino. *Antecipação...*, obra citada, p. 64.

⁹⁸ ARENHART, Sérgio Cruz. *Perfis da Tutela...*, obra citada, p. 49.

seria, então, a reação do direito material, ou seja, “a ‘conduta’ que o direito material adotaria para poder ser realizado concretamente diante de uma situação de perigo ou de agressão”.⁹⁹ Nos dias atuais, por deter o Estado o monopólio da jurisdição, a ação de direito material só pode ser realizada mediante a intervenção estatal, com exceção de algumas poucas situações previstas em lei, como é o caso do desforço imediato para a proteção da posse. A ação processual, por outro lado, é autônoma em relação à ação de direito material¹⁰⁰, pois exprime a pretensão à tutela jurídica. A efetividade do processo, nesse contexto, está intimamente ligada com a realização dos mesmos efeitos que a ação de direito material proporcionaria ao titular do direito, caso não tivesse sido vedada pelo Estado.¹⁰¹

Nessa mesma ordem de idéias, LUIZ GUILHERME MARINONI pondera:

Para que o processo possa, realmente, tutelar os direitos é necessário que a ação seja pensada na perspectiva de direito material. Se o processo objetiva tornar efetivo o direito material, o resultado da ação processual deve corresponder exatamente àquilo que se verificaria se a ação de direito material (= o agir) pudesse ser realizada. A ação processual, em outras palavras, deve ser uma espécie de realização da ação privada, ou seja, da ação que foi proibida quando o Estado assumiu o monopólio da jurisdição.¹⁰²

Não há como se negar que a própria existência de direitos materiais previstos no ordenamento jurídico já traz implícito o dever do Estado de proporcionar-lhes uma tutela jurisdicional efetiva, na hipótese de serem violados ou ameaçados. Como corolário, tem-se que o direito à efetividade da tutela jurisdicional já está contido na estrutura do direito material.

⁹⁹ ARENHART, Sérgio Cruz. *Perfis da Tutela...*, obra citada, p. 48.

¹⁰⁰ Há que se registrar a polêmica travada pela doutrina processualística a respeito da existência ou não de uma ação de direito material ao lado da ação processual. Sustentando a coexistência entre as duas categorias de ação, confira-se ainda: PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1974, tomo I. SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Jurisdição e execução...*, obra citada. Defendendo posição diversa, no sentido de que não se pode vislumbrar a existência de uma ação de direito material fora das hipóteses autorizadas pela lei: OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de. *O Problema da Eficácia da Sentença*. In: GENESIS - Revista de Direito Processual Civil. Curitiba: Genesis, n° 29, 2003, p. 437/449; AMARAL, Guilherme Rizzo. *A polêmica em torno da “ação de Direito material”*. In: GENESIS - Revista de Direito Processual Civil. Curitiba: Genesis, n° 33, 2004, p. 533/547.

¹⁰¹ ARENHART, Sérgio Cruz. *Perfis da Tutela...*, obra citada, p. 53/54.

Ao tratar da garantia de efetividade da tutela jurisdicional assegurada pela Constituição italiana, ANDOLINA e VIGNERA sustentam:

*(...) l'effettività del diritto ex art. 24, primo comma, Cost. implica non solo la possibilità di chiedere, ma anche quella di ottenere la tutela giurisdizionale dei propri interessi giuridicamente protetti: non solo, cioè, la garanzia di "accesso alle Corti", ma altresì quella dell'attuazione dei propri diritti in sede giurisdizionale (idest: indipendentemente dalla volontà del soggetto passivo del rapporto), con il conseguente dovere per il legislatore ordinario di predisporre adeguate misure attuative dei provvedimenti di condanna.*¹⁰³

A estrutura do processo, tal como concebido tradicionalmente, contém verdadeiros obstáculos à efetividade da tutela jurisdicional, aniquilando o direito material do autor, na razão inversamente proporcional ao benefício conferido ao réu inadimplente, que tem a seu favor o tempo do processo como justificativa para permanecer imune a qualquer providência executiva. Com vistas a neutralizar essa situação de desvantagem ao titular do direito violado ou ameaçado, CARLOS ALBERTO CARBONE defende a existência de um novo princípio geral de direito, a assegurar a efetividade da tutela jurisdicional: o de que o processo não deve ir contra o ator que tem razão.¹⁰⁴

Na medida em que as Constituições modernas passaram a albergar valores de efetividade e tempestividade da tutela jurisdicional, e diante das peculiaridades inerentes aos novos direitos emergentes na sociedade de massas, tem-se como insuficiente e superada a idéia de que todo direito lesado pode ser reparado pelo seu equivalente pecuniário.

¹⁰² MARINONI, Luiz Guilherme. *Novas Linhas...*, obra citada, p. 206.

¹⁰³ ANDOLINA, Ítalo, VIGNERA, Giuseppe. *Il Modello Costituzionale del Processo Civile Italiano*. Torino: G. Giappichelli Editore, 1990, p. 94. Acrescentam os ilustres processualistas italianos que essa obrigação do legislador “*dovrebbe, in particolare, concretizzarsi nella modificazione e/o integrazione legislativa del sistema delle 'misure coercitive civili' oggi vigente, che appare inadeguato soprattutto in relazione ai diritti il cui soddisfacimento comporta un altrui non facere ovvero un facere di natura infungibile*” (ANDOLINA, Ítalo, VIGNERA, Giuseppe. *Il Modello Costituzionale...*, obra citada, p. 94).

¹⁰⁴ “*El proceso no debe ir en contra del actor que tiene razón*” (CARBONE, Carlos Alberto. *Los procesos urgentes y la anticipacion de la tutela: hacia un nuevo principio general del derecho: “el proceso no debe ir en contra del actor que tiene razón*”. In: GENESIS - Revista de Direito Processual Civil. Curitiba: Genesis, nº 21, 2001, p. 593/604).

Há situações em que a sujeição às técnicas de tutela tradicionais significa uma negativa ao próprio direito material, o que representa total violação ao direito conferido constitucionalmente a todo cidadão de obter do Estado uma tutela jurisdicional efetiva. É o que ocorre, por exemplo, com aqueles direitos que necessitam de tutela específica e que não admitem conversão em pecúnia, podendo-se citar os direitos relacionados ao meio ambiente, ao consumidor, à saúde, dentre outros. Ademais, a demora inerente a qualquer procedimento jurisdicional muitas vezes impossibilita a realização dos direitos que exigem pronta solução, frustrando assim as expectativas de seu titular, que terá de contentar-se com o mero ressarcimento por perdas e danos.¹⁰⁵

É evidente que esse modelo não mais responde às necessidades de um Estado e de uma sociedade no atual estágio de desenvolvimento, cujos valores constitucionais clamam pela inafastabilidade de uma tutela jurisdicional efetiva, tanto diante da violação de um direito como da ameaça de violação desse direito. Nesse passo, tornou-se imperativa a reformulação das bases desse sistema estruturado nos moldes tradicionais, na busca de instrumentos que possibilitem a realização da tutela tal como prometida pelo direito material.

Sobre a obsolescência dos institutos processuais tradicionais e sua incapacidade para atender aos direitos emergentes na sociedade contemporânea, LEONARDO GRECO destaca:

Se o Estado e a Justiça estão em crise, conseqüentemente o Processo, como instrumento de solução de conflitos e de administração estatal de interesses privados, também está em crise, pois o sistema jurídico e os ordenamentos positivos, engendrados pela sua teoria geral em mais de cem anos, tornaram-se incapazes de atender às exigências de rapidez e eficiência na entrega da prestação jurisdicional e de instaurar um verdadeiro diálogo humano capaz de satisfazer às aspirações democráticas infundidas na consciência jurídica dos cidadãos do nosso tempo.¹⁰⁶

¹⁰⁵ Ver AMARAL, Rafaela Almeida do. *Tutela Inibitória e Concorrência Desleal*. In: GENESIS - Revista de Direito Processual Civil. Curitiba: Genesis, nº 21, 2001, p. 568.

¹⁰⁶ GRECO, Leonardo. *A Execução e a Efetividade do Processo*. In: Revista de Processo. São Paulo: Editora RT, nº 94, 1999, p. 35.

Não se pode mais admitir que as mazelas e deficiências decorrentes do procedimento legalmente instituído recaiam unicamente sobre os ombros do autor, que, na maioria das vezes, é privado de obter a adequada satisfação do seu direito, enquanto o demandado permanece na confortável e conveniente situação de espera pela efetivação dos atos de execução da prestação que lhe foi judicialmente imposta.¹⁰⁷ O direito constitucional de ação se torna letra morta quando a tutela jurisdicional concedida ao autor permanece apenas no papel, não encontrando efetiva realização no plano da realidade.

Consoante enfatiza HUMBERTO THEODORO JÚNIOR:

O processo, hoje, não pode ser visto como mero rito ou procedimento. Mas igualmente não pode reduzir-se a palco de elucubrações dogmáticas, para recreio de pensadores esotéricos. O processo de nosso final de século é sobretudo um instrumento de realização efetiva dos direitos subjetivos violados ou ameaçados. E de realização pronta, célere e pouco onerosa. Enfim, um processo a serviço de metas não apenas legais, mas também sociais e políticas. Um processo que, além de legal, seja sobretudo um instrumento de justiça.¹⁰⁸

A efetividade da tutela jurisdicional também deve ser focalizada sob o aspecto social. Como preconiza BARBOSA MOREIRA, a efetividade social do processo pode ser vista consoante dois critérios. De um lado, “será socialmente efetivo o processo que se mostre capaz de veicular aspirações da sociedade como um todo e

¹⁰⁷ Obviamente que a efetividade do processo deve ser perseguida com harmonia e respeito a outros valores constitucionais. Nesse sentido, CARLOS ALBERTO ÁLVARO DE OLIVEIRA adverte para o risco de uma exacerbada valorização da efetividade do processo, vista como meta absoluta em detrimento de outros princípios e valores igualmente importantes no Estado democrático. Nas palavras do ilustre processualista: “A nosso entender, a efetividade só se revela virtuosa se não colocar no limbo outros valores importantes do processo, a começar pelo da justiça, mas não só por este. Justiça no processo significa exercício da função jurisdicional de conformidade com os valores e princípios normativos conformadores do processo justo em determinada sociedade (imparcialidade e independência do órgão judicial, contraditório, ampla defesa, igualdade formal e material das partes, juiz natural, motivação, publicidade das audiências, término do processo em prazo razoável, direito à prova). (...) Não desconheço, é claro, que o próprio valor justiça, espelhando a finalidade jurídica do processo, encontra-se intimamente relacionado com a atuação concreta e eficiente do direito material, entendido em sentido amplo como todas as situações subjetivas de vantagem conferidas pela ordem jurídica aos sujeitos de direito. Por isso mesmo, o acesso à justiça, elevado ao patamar de garantia constitucional na tradição jurídica brasileira, deve certamente compreender uma proteção juridicamente eficaz e temporalmente adequada. O que ponho em questão é a eficiência como fim, sem temperamentos, como meta absoluta, desatenta a outros valores e princípios normativos. O ponto é importante porque esses ditames axiológicos, além de se afinarem mais com a visão de um Estado democrático e participativo, poderão não só contribuir para a justiça da decisão como até para a própria efetividade” (OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de. *Efetividade e Processo de Conhecimento*. In: Revista de Processo. São Paulo: Editora RT, nº 96, 1999, p. 60/61).

de permitir-lhes a satisfação por meio da Justiça”. De acordo com o outro critério, será efetivo em sua dimensão social “o processo que consinta aos membros menos bem aquinhoados da comunidade a persecução judicial de seus interesses em pé de igualdade com os dotados de maiores forças – não só econômicas, senão também políticas e culturais”.¹⁰⁹

De toda sorte, é lícito afirmar que a efetividade da tutela jurisdicional para a plena realização do direito de ação em harmonia com os valores constitucionais não prescinde da consideração da natureza do direito material posto em jogo, nem tampouco da realidade social subjacente.¹¹⁰

Decorre daí a relevância de se identificar qual a tutela prometida pelo direito material, para então se perquirir se ela foi atingida no plano concreto. Nessa perspectiva, será a análise das necessidades do direito material que irá revelar qual a técnica processual apta a protegê-las.¹¹¹

Constitui-se em garantia do jurisdicionado ver o seu direito tutelado através da técnica processual adequada.¹¹² Conforme pontifica MICHELE TARUFFO, referindo-se ao princípio de adequação oriundo do sistema norte-americano, “a conexão entre situações substanciais carentes de tutela e técnicas de atuação executiva se coloca essencialmente na base do princípio de adequação, segundo o qual cada direito deve atuar através de um trâmite executivo mais idôneo e eficaz em função das

¹⁰⁸ THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Execução – Rumos Atuais do Processo Civil em face da Busca de Efetividade na Prestação Jurisdicional*. In: Revista de Processo. São Paulo: Editora RT, n° 93, 1999, p. 29/30.

¹⁰⁹ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Por um Processo...*, obra citada, p. 15/16.

¹¹⁰ Nesse sentido, MARINONI, Luiz Guilherme. *O direito à efetividade...*, obra citada, p. 306.

¹¹¹ Nesse sentido, MARINONI destaca a importância da classificação das tutelas de direito material, para que se identifique qual a técnica processual adequada a concretizá-las (MARINONI, Luiz Guilherme. *O direito à efetividade...*, obra citada, p. 309).

¹¹² Identificada a tutela de direito material pretendida pelo autor, deverá o juiz utilizar-se da técnica processual adequada à sua efetiva proteção. Nesse sentido, JOSÉ ROBERTO DOS SANTOS BEDAQUE destaca o caráter atípico do direito de ação, que se presta a perseguir a tutela jurisdicional de qualquer direito afirmado e protegido pelo ordenamento jurídico, pontificando: “É preciso que os operadores do Direito se conscientizem de que ação não tem nome. É suficiente a identificação, no plano do jurídico-material, do tipo de providência necessária à proteção do direito. Com tais dados, pleiteia-se a tutela jurisdicional adequada, mediante o exercício do direito constitucional de ação. Não se justifica a preocupação, muito comum entre os profissionais, sobre qual a ação a ser proposta, que nome atribuir-lhe. As circunstâncias inerentes ao direito material influem, muitas vezes, no tipo

específicas necessidades do caso concreto”.¹¹³ Essa adequação diz respeito ao procedimento¹¹⁴, à espécie de cognição¹¹⁵, à natureza do provimento e aos meios executórios, que devem se enquadrar devidamente à realidade de direito material que se pretende proteger.¹¹⁶

Merecem destaque os ensinamentos de LUIGI PAOLO COMOGLIO ao sublinhar a relevância da exigência constitucional de adequação da tutela jurisdicional com relação ao direito material em disputa:

*Se è vero che l'elemento teleologico attribuisce piena rilevanza costituzionale al fine della tutela (cioè alla protezione dei diritti o degli interessi legittimi), per il cui conseguimento si agisce e ci si difende dinanzi agli organi giurisdizionali, è pure vero che le condizioni di effettività di quella tutela non possono mai reputarsi soddisfatte, se non quando la tutela medesima – che tutti hanno il diritto di chiedere ed, in quanto possibile, di ottenere nel giudizio – riesca ad assicurare comunque, nella gamma di forme disponibili, un rimedio giurisdizionale adeguato alla variabile natura di quei diritti od interessi sostanziali da far valere (e da proteggere). Ciò significa, in particolare, che, laddove la tutela giurisdizionale realizzatasi nel processo di cognizione abbia assunto la forma tipica del provvedimento di condanna, essa non potrà mai dirsi effettiva se – nel difetto di un adempimento spontaneo dell'obbligato – chi l'ha ottenuta non disponga di efficaci ed adeguati strumenti di tutela esecutiva, capaci di dare concreta attuazione a quella condanna.*¹¹⁷

Importa salientar que o direito à tutela jurisdicional adequada, compreendido no direito de ação, é garantido ao jurisdicionado em toda e qualquer situação, independentemente da existência ou não do direito material afirmado. Vale dizer, ainda que ao final se constate que a pretensão do autor não encontra amparo no ordenamento jurídico, essa circunstância não afasta a garantia constitucionalmente assegurada de que sejam preordenados procedimentos adequados para a tutela jurisdicional do direito afirmado.

de processo, de procedimento ou de tutela, mas não na ação, que configura direito genérico e invariável” (BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Garantia da Amplitude...*, obra citada, p. 155/156).

¹¹³ TARUFFO, Michele. *A Atuação Executiva dos Direitos: Perfis Comparatísticos*. Trad. de Teresa Celina de Arruda Alvim. In: *Revista de Processo*. São Paulo: Editora RT, nº 59, 1990, p. 78.

¹¹⁴ Sobre o princípio da adequação do procedimento, enquanto derivado do princípio da adequação da tutela jurisdicional, ver DIDIER JR., Fredie. *Sobre dois importantes, e esquecidos, princípios do processo: adequação e adaptabilidade do procedimento*. In: *GENESIS - Revista de Direito Processual Civil*. Curitiba: Genesis, nº 21, 2001, p. 533.

¹¹⁵ Sobre a técnica processual da cognição, ver WATANABE, Kazuo. *Da Cognição...*, obra citada, p. 127 e ss.

¹¹⁶ Cf. PROTO PISANI, Andréa. *Lezioni di...*, obra citada, p. 34.

¹¹⁷ COMOGLIO, Luigi Paolo. *Principi Costituzionali...*, obra citada, p. 457.

Nesse sentido, merece transcrição a abalizada lição de LUIZ GUILHERME MARINONI quando afirma que “*não há razão, porém, para diferenciar direito de ação de direito à adequada tutela jurisdicional, pois não é verdadeira a premissa de que só tem direito à adequada tutela jurisdicional aquele que tem direito material*. Se é preciso garantir o direito ao procedimento adequado à tutela do direito, não é possível dizer que somente aquele que é amparado pelo direito material tem direito à adequada tutela jurisdicional”.¹¹⁸

Mais adiante, o autor complementa o seu raciocínio:

*A toda afirmação de direito deve corresponder uma tutela jurisdicional adequada. O direito à tutela não depende da existência do direito, até porque o que vale é a declaração da existência do direito material, e não a sua efetiva existência. O juiz declara a inexistência do direito após já ter permitido ao autor caminhar pelo procedimento adequado à tutela do direito afirmado, isto é, quando já permitiu ao autor realizar o seu direito à adequada tutela jurisdicional. O fato de a sentença ser de improcedência não retira do autor o direito à adequada tutela jurisdicional. Ele não obteve uma sentença de procedência porque não foi declarado o direito material afirmado. Entretanto, não é porque o direito material não é reconhecido que o Estado deixa de prestar a tutela jurisdicional adequada ao demandante vencido.*¹¹⁹

Há que se reconhecer, portanto, que o direito fundamental de ação não se restringe a garantir a efetiva proteção do direito reconhecido judicialmente, mas assegura também a tutela jurisdicional adequada como decorrência da mera afirmação de um direito em juízo. Nesse passo, o cidadão tem direito de acionar o Poder Judiciário, servindo-se de técnicas processuais adequadas à tutela efetiva do direito material afirmado.

A exigência de adequação da tutela em conformidade com as peculiaridades do direito material traz implícita a necessidade de utilização de tutelas diferenciadas¹²⁰ para atender a certos direitos.¹²¹

¹¹⁸ MARINONI, Luiz Guilherme. *Novas Linhas...*, obra citada, p. 214.

¹¹⁹ MARINONI, Luiz Guilherme. *Novas Linhas...*, obra citada, p. 215.

¹²⁰ “A tutela diferenciada”, define ARRUDA ALVIM, “deve ser compreendida a partir de uma reaproximação entre direito e processo” (ARRUDA ALVIM. *Obrigações de Fazer...*, obra citada, p. 36).

ARRUDA ALVIM enfatiza a necessidade da criação pelo legislador de tutelas diferenciadas capazes de dar proteção aos direitos materiais dotados de certas especificidades. “Precisamente porque uma dada situação de direito material é ou *vem a ser* superiormente valorizada pela sociedade”, esclarece o ilustre processualista, “deverá, em seu socorro acorrer o legislador, ‘privilegiando-a’, *inclusive no plano do direito material*, como também, esse mesmo legislador, *haverá de criar uma sistemática processual que melhor proteja essa realidade*. Muitas vezes é possível que apenas seja necessária uma situação processual *diferenciada*, sem alterações no direito substancial”.¹²²

A necessidade de instituição de procedimentos diferenciados faz-se presente tanto quando se consideram a natureza e a verossimilhança do direito material que se pretende proteger, como quando se parte da análise da realidade social, ambas incompatíveis com o tratamento uniforme e indiferente proporcionado pelo procedimento ordinário.¹²³

JOSÉ ROBERTO DOS SANTOS BEDAQUE e CARLOS ALBERTO CARMONA ressaltam os dois diferentes sentidos em que a expressão “tutela jurisdicional diferenciada” pode ser entendida. São eles: “a existência de procedimentos específicos, de cognição plena e exauriente, cada qual elaborado em

¹²¹ Sobre o princípio da adaptabilidade do procedimento às exigências do direito substancial, ver DENTI, Vittorio. *Il processo di cognizione nella storia delle riforme*. In: *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*. Milano: Giuffrè, 1993, p. 812 e ss.

¹²² ARRUDA ALVIM. *Anotações sobre alguns aspectos das modificações sofridas pelo processo hodierno entre nós: evolução da cautelaridade e suas reais dimensões em face do instituto da antecipação de tutela. As obrigações de fazer e de não fazer. Valores dominantes na evolução de nossos dias*. In: *Revista de Processo*. São Paulo: Editora RT, nº 97, 2000, p. 55.

¹²³ Cf. MARINONI, Luiz Guilherme. *O direito à efetividade...*, obra citada, p. 307. Como observa OVÍDIO BAPTISTA DA SILVA, “no procedimento ordinário, as coisas se passam como se todos os autores, independentemente do grau de verossimilhança de suas respectivas pretensões, tivessem índice zero de probabilidade de vitória na causa. Ficam vedados os *juízos de verossimilhança*, segundo o mítico princípio de que o juiz deve manter-se neutro até a decisão final da causa. É claro que essa pretensa neutralidade outra coisa não é senão a preservação do *status quo* em benefício do demandado, sendo a vedação dos *juízos de verossimilhança* a forma de impedir que o julgador disponha de algum poder discricionário, para conceder tutela processual ao autor, a quem, depois do exame exaustivo da prova, deve concluir-se que a ordem jurídica realmente protege. Imagina-se que a recusa da liminar ao autor não signifique a outorga de uma vantagem equivalente ao réu que desfrutará do ‘cômodo da posse’, até a decisão final da causa” (SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Jurisdição e execução...*, obra citada, p. 188/189).

função de especificidades da relação material; ou a regulamentação de tutelas sumárias típicas, precedidas de cognição não exauriente, visando a evitar que o tempo possa comprometer o resultado do processo”.¹²⁴

Todavia, é imperioso salientar que a previsão de procedimentos especiais pelo legislador deve buscar sua legitimação nas especificidades do direito material que se visa tutelar e nos valores albergados pela Constituição Federal. Não se pode admitir seja conferido tratamento privilegiado a determinadas situações de direito material cuja natureza não justifique o *discrímen*. Deve-se atentar para o respeito ao princípio da igualdade, o qual impõe seja dado tratamento diferenciado para situações desiguais, ao mesmo tempo em que veda a discriminação em face de situações iguais.¹²⁵

Como exemplo de procedimentos especiais instituídos para a tutela de determinados direitos cuja natureza não justifica a diversidade de tratamento conferida pelo legislador, incorporando verdadeiros privilégios ao patrimônio das instituições financeiras, pode-se citar o procedimento de execução previsto pelo Decreto-lei nº 70/66 e o de busca e apreensão instituído pelo Decreto-lei nº 911/69.¹²⁶

A respeito desse tratamento privilegiado injustificável, é oportuno transcrever os comentários tecidos por LUIZ GUILHERME MARINONI:

Nesse último caso (busca e apreensão do Decreto-lei 911/69), o réu, na contestação – segundo os termos do art. 3º, §2º. – só pode “alegar o pagamento do débito vencido ou o cumprimento das obrigações contratuais”. Como é óbvio, essa norma limita a defesa para imprimir maior celeridade ao procedimento. Essa rapidez é dada ao autor à custa do réu, que fica impedido – segundo o desejo da lei – de discutir as cláusulas do contrato, que consistem em matéria que poderia justificar o não pagamento das prestações. Trata-se de restrição à amplitude da defesa que não tem qualquer

¹²⁴ BEDAQUE, José Roberto dos Santos, CARMONA, Carlos Alberto. *A Posição do Juiz: Tendências Atuais*. In: Revista de Processo. São Paulo: Editora RT, nº 96, 1999, p. 106.

¹²⁵ Nesse sentido, LUIZ GUILHERME MARINONI pontifica: “É possível deixar claro, nessa linha de argumentação, que nem todo procedimento especial instituído pelo legislador é um procedimento legítimo à luz dos valores da Constituição. Também por uma razão óbvia: da mesma forma que não é correto tratar situações diferentes por meio de um único procedimento, não é possível conferir procedimentos distintos a situações que não merecem – à luz dos valores da Constituição – tratamento diversificado” (MARINONI, Luiz Guilherme. *O direito à efetividade...*, obra citada, p. 311).

¹²⁶ Vide, a respeito, os comentários de CARLOS ALBERTO ÁLVARO DE OLIVEIRA em *Procedimento e Ideologia no Direito Brasileiro Atual*. In: *Ajuris*. Porto Alegre, nº 33, 1985, p. 81 e ss.

justificativa, mas apenas a intenção de conferir uma justiça mais rápida às instituições financeiras. A restrição ao direito de defesa, aqui, não encontra legitimidade nos valores constitucionais.¹²⁷

Portanto, a instituição de procedimentos diferenciados com o fim de suprir as limitações do procedimento ordinário clássico revela-se essencial para a plena e satisfatória concretização do direito de ação, afastando e contornando os obstáculos procedimentais para a efetividade da tutela jurisdicional. Todavia, deve-se atentar para que discriminações injustificáveis não se coloquem a serviço de interesses ocultos e ilegítimos de poucos, atingindo exatamente o resultado que se almeja coibir, qual seja, o de acentuar ainda mais a desigualdade material das partes no processo.

2.3 O DIREITO À TEMPESTIVIDADE DA TUTELA JURISDICIONAL E À DURAÇÃO RAZOÁVEL DO PROCESSO

A tutela jurisdicional, para ser efetiva, exige celeridade e, muitas vezes, urgência na realização do direito material que se pretende proteger. É que existem situações de direito material que não se compadecem com o tempo necessário para o desenrolar do processo e para a obtenção da certeza do direito pelo órgão jurisdicional.¹²⁸

Por outro lado, a noção de tempo é indissociável do processo¹²⁹, já que a dimensão temporal é inerente à prática dos atos processuais e à observância das

¹²⁷ MARINONI, Luiz Guilherme. *O direito à efetividade...*, obra citada, p. 312.

¹²⁸ Segundo CANOTILHO, o direito à tutela jurisdicional compreende a garantia de uma proteção eficaz e temporalmente adequada dos direitos. Na dicção do autor, “ao demandante de uma proteção jurídica deve ser reconhecida a possibilidade de, em *tempo útil* (‘adequação temporal’, ‘justiça temporalmente adequada’), obter uma sentença executória com força de *caso julgado* – ‘a justiça tardia equivale a uma denegação da justiça’” (CANOTILHO, J.J. GOMES. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 6ª ed., Coimbra: Almedina, 2002, p. 495).

¹²⁹ Sobre as relações do processo com o tempo, lúcidas as palavras de ADOLFO GELSI BIDART: “*El derecho, el proceso, suponen la actuación de hombres, se dirigen a hombres. El proceso es obra humana y un cauce abierto por hombres para el tránsito ulterior de otros; se realiza por hombres que viven temporalmente, que realizan actividades que se desarrollan en el tiempo y, como obra humana, es ubicable en algún lapso – desde afuera – y, desde adentro, se desenvuelve en un tiempo propio*” (BIDART, Adolfo Gelsi. *El Tiempo y el Proceso*. In: Revista de Processo. São Paulo: Editora RT, nº 23, 1981, p. 100).

garantias constitucionais das partes que possibilitam ao juízo formar seu convencimento acerca da certeza do direito afirmado.

Nesse passo, o conflito entre os valores de celeridade e segurança é inexorável na relação processual.¹³⁰ Impõe-se, assim, a constante busca do equilíbrio entre eles, consoante preconiza JOSÉ ROGÉRIO CRUZ E TUCCI:

Não se pode olvidar, nesse particular, a existência de dois postulados que, em princípio, são opostos: o da segurança jurídica, exigindo, como já salientado, um lapso temporal razoável para a tramitação do processo (“tempo fisiológico”), e o da efetividade deste, reclamando que o momento da decisão final não se procrastine mais do que o necessário (“tempo patológico”). Obtendo-se um equilíbrio destes dois regramentos – segurança/celeridade – emergirão as melhores condições para garantir a justiça no caso concreto, sem que, assim, haja diminuição no grau de efetividade da tutela jurisdicional.¹³¹

Uma vez que se deve perseguir o equilíbrio entre a certeza e a celeridade, e considerando que não se podem extirpar os males provocados pelo tempo inerente ao processo, é inaceitável que os seus efeitos nefastos sejam suportados somente pelo autor, enquanto se permite ao réu colher serenamente os seus benefícios, prolongando a situação de inadimplência com o aval do próprio ordenamento jurídico que se visa atuar.

Ora, o direito fundamental de ação não pode ser aniquilado pela busca cega e incondicional da certeza do direito em litígio. A tutela jurisdicional intempestiva é inapta para a realização efetiva do direito do autor, assistindo, muitas vezes, ao perecimento do próprio direito objeto de tutela. Por outro lado, é forçoso reconhecer que, independentemente de tratar-se de situação de urgência, deve-se buscar a distribuição racional do ônus do tempo do processo entre as partes, sobretudo

¹³⁰ Como observou LUIZ GUILHERME MARINONI, “não há dúvida de que um dos principais *leitmotiv* recorrentes na história do processo seja o problema da relação entre a aspiração à certeza – a exigir a ponderação e a meditação da decisão no esforço de evitar a injustiça – e a exigência de rapidez na conclusão do próprio processo” (MARINONI, Luiz Guilherme. *Novas Linhas...*, obra citada, p. 32).

¹³¹ CRUZ E TUCCI, José Rogério. *Garantia do Processo sem dilações indevidas (responsabilidade do Estado pela intempestividade da prestação jurisdicional)*. In: Temas Atuais de Direito Processual Civil. FIUZA, César Augusto de Castro, SÁ, Maria de Fátima Freire de, DIAS, Ronaldo Brêtas C. (Coord.). Belo Horizonte: Del Rey, 2001, p.171.

nos casos em que o réu abusa do seu direito de defesa ou quando parcela da demanda é incontroversa.

Cumpre, a propósito, colacionar os esclarecedores ensinamentos de LUIZ GUILHERME MARINONI:

Pretender distribuir o tempo implica em vê-lo como ônus, e essa compreensão exige a prévia constatação de que ele não pode ser visto como algo neutro ou indiferente ao autor e ao réu. Se o autor precisa de tempo para receber o bem da vida a que persegue, é lógico que o processo – evidentemente que no caso de sentença de procedência – será tanto mais efetivo quanto mais rápido for. De modo que a técnica antecipatória baseada em abuso de direito de defesa ou em incontrovérsia de parcela da demanda possui o objetivo fundamental de dar tratamento racional ao tempo do processo, permitindo que decisões sobre o mérito sejam tomadas no seu curso, desde que presentes o abuso do direito de defesa ou a incontrovérsia de parcela da demanda. Para tanto, parte-se da premissa de que não é racional obrigar o autor a suportar a demora do processo quando há abuso do direito de defesa ou quando parcela da demanda pode ser definida desde logo.¹³²

Portanto, é inaceitável que os prejuízos decorrentes da dimensão temporal do processo sejam suportados apenas pelo autor, devendo, ao contrário, ser distribuídos entre as partes, priorizando-se a efetivação do direito evidente ou incontroverso em detrimento do propósito do réu de protelar o término do processo.¹³³

BARBOSA MOREIRA classifica as medidas legislativas empreendidas para contornar o problema da demora da prestação jurisdicional em dois grupos. De um lado, estão as medidas que imprimem maior celeridade ao processo sem reduzir o grau de cognição do juiz, mediante a criação de ritos especiais (por exemplo, procedimento sumário; procedimento dos Juizados Especiais) ou abreviando-se o próprio rito ordinário (a exemplo do julgamento antecipado da lide). De outro, estão as medidas que buscam o mesmo intento mediante a diminuição da atividade cognitiva

¹³² MARINONI, Luiz Guilherme. *O direito à efetividade...*, obra citada, p. 304.

¹³³ O direito à tempestividade da tutela jurisdicional nessas situações foi objeto de proteção normativa pelo legislador através do artigo 273 do Código de Processo Civil, que instituiu a técnica de antecipação da tutela tanto em face do fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação (inciso I), como nas hipóteses de abuso do direito de defesa (inciso II) e de incontrovérsia de parcela da demanda (§6º). “Art. 273. O juiz poderá, a requerimento da parte, antecipar, total ou parcialmente, os efeitos da tutela pretendida no pedido inicial, desde que, existindo prova inequívoca, se convença da verossimilhança da alegação e: I – haja fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação; ou II – fique caracterizado o abuso de direito de defesa ou o manifesto

do juiz, citando-se como exemplo a ação monitória e as técnicas de antecipação de tutela e tutela cautelar. No primeiro grupo, sintetiza o processualista, “se sumariza apenas o *procedimento*, ao passo que no segundo se sumariza *a cognição*”.¹³⁴

Além do tempo indispensável para a obtenção da certeza do direito e das manobras protelatórias do réu que adiam a solução do litígio, a demora do processo se agrava também devido a outros fatores, podendo-se citar o deficitário funcionamento da máquina judiciária, o excessivo número de processos¹³⁵, a distribuição irracional dos feitos entre os juízes, a deficiente formação técnica de alguns magistrados¹³⁶, dentre outros.

Todos esses fatores, em conjunto ou isoladamente, impedem que a atividade jurisdicional se desenvolva de maneira tempestiva, fazendo com que a solução dos processos se prolongue excessivamente no tempo, o que vem agravar ainda mais a caótica situação do Poder Judiciário.¹³⁷

A morosidade da justiça provoca um descrédito na função jurisdicional, desestimulando muitos cidadãos a buscar a realização de seus direitos através do Poder

propósito protelatório do réu. (...) §6º A tutela antecipada também poderá ser concedida quando um ou mais dos pedidos cumulados, ou parcela deles, mostrar-se incontroverso.(...)”.

¹³⁴ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Tutela de Urgência e Efetividade do Direito*. In: Temas de Direito Processual Civil, Oitava Série. São Paulo: Editora Saraiva, 2004, p. 91/92.

¹³⁵ Nesse particular, saliente-se que a transformação da sociedade, acompanhada pela multiplicação de conflitos intersubjetivos e pelo surgimento de conflitos coletivos e difusos emergentes na sociedade de massas, veio contribuir significativamente para intensificar a sobrecarga dos tribunais.

¹³⁶ “Os *errores in procedendo*”, afirma BARBOSA MOREIRA, “costumam gerar complicações e incidentes que procrastinam o desfecho do pleito e geram inconvenientes graves, inclusive aumentos de despesa, para o litigante que tem razão. Basta pensar em decisões equivocadas acerca de competência, às quais se segue quase sempre um cortejo de conflitos, recursos, decretações de nulidade, tudo com lamentável desperdício de tempo, energias e dinheiro”. E recomenda o processualista: “À semelhança do dolo, da fraude, da omissão ou do retardamento injustificável, previstos no art. 133, também o erro grosseiro na condução do feito deveria acarretar a responsabilidade do juiz pelas perdas e danos causados às partes” (BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Reformas Processuais e Poderes do Juiz*. In: Temas de Direito Processual, Oitava Série. São Paulo: Editora Saraiva, 2004, p. 65).

¹³⁷ A história política do Brasil revela como não são raras as vezes em que os detentores do poder não só se omitem para resolver o problema da morosidade da justiça, mas cultuam-na e valem-se dela propositadamente para atingir seus desígnios ilegítimos e arbitrários. Nesse sentido, importa citar o exemplo colacionado por MARINONI no tocante à lei que, na época do “Plano Collor”, proibiu a concessão de medidas liminares e a execução provisória das sentenças nas ações cautelares e nos mandados de segurança. Consoante anota o autor: “Nessa perspectiva até poderíamos dizer que nenhuma ‘justiça’ é boa ou má, ou efetiva ou inefetiva, já que ela sempre será da ‘forma’ que os detentores do poder a desejarem e, portanto, para alguns, sempre ‘boa’ e ‘efetiva’” (MARINONI, Luiz Guilherme. *Novas Linhas...*, obra citada, p. 33).

Judiciário, gerando a litigiosidade contida ou levando-os muitas vezes a “fazer justiça com as próprias mãos”.

A lentidão processual não é fenômeno exclusivo no Brasil, mas é recorrente em sistemas processuais de outros países, como Itália, Espanha e Argentina, por exemplo. Nesse contexto, a busca por uma justiça célere e sem delongas injustificadas tornou-se uma preocupação mundial.¹³⁸

A Convenção Européia para Salvaguarda dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais, de 04.11.1950, subscrita pelos países integrantes da Comunidade Européia, consagrou o direito humano à prestação da tutela jurisdicional em tempo razoável. O seu artigo 6º, I, tem a seguinte redação: “Toda pessoa tem direito a que sua causa seja examinada equitativa e publicamente num prazo razoável, por um tribunal independente e imparcial instituído por lei, que decidirá sobre seus direitos e obrigações civis ou sobre o fundamento de qualquer acusação em matéria penal contra ela dirigida”.¹³⁹

A Convenção Americana sobre Direitos Humanos de 1969, conhecida como Pacto de San José da Costa Rica, assegura, em seu artigo 8º, 1, o direito à duração razoável do processo, nos seguintes termos: “Toda pessoa tem direito a ser ouvida com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável por um Juiz ou Tribunal competente, independente e imparcial, instituído por lei anterior, na defesa de qualquer acusação penal contra ele formulada, ou para a determinação de seus direitos e obrigações de ordem civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza (...)”.

¹³⁸ Cf. BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *O futuro da justiça: alguns mitos*. In: Revista de Processo. São Paulo: Editora RT, nº 99, 2000, p. 142/143.

¹³⁹ CRUZ E TUCCI noticia que “na Europa Ocidental, embora tenha havido louváveis esforços para a introdução de medidas relativas à denominada regra da aceleração processual (*Beschleunigungs-prinzip*), a Corte Européia dos Direitos do Homem, durante os anos oitenta, reconhecendo o *direito ao processo sem dilações indevidas*, impôs reiteradas condenações a vários países, obrigando-os à indenização pelo dano moral derivante do estado de prolongada ansiedade pelo êxito da demanda” (CRUZ E TUCCI, José Rogério. *Garantia da prestação...*, obra citada, p. 103).

O Brasil aderiu ao Pacto em 25.09.1992, o qual foi incorporado ao ordenamento jurídico brasileiro através do Decreto 678, de 09.11.92.

Nesse passo, além do direito de ação englobar a garantia da tempestividade da tutela jurisdicional cujo fundamento constitucional se extrai do artigo 5º, XXXV, a duração razoável do processo no ordenamento jurídico brasileiro já encontrava respaldo no Pacto de San José da Costa Rica, em consonância com a norma do artigo 5º, §2º, da Constituição Federal, que reza: “Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”.

Contudo, a par da disciplina normativa já existente, a garantia de um processo célere que obedeça a um prazo razoável de duração passou a ser expressamente contemplada pela Constituição Federal no inciso LXXVIII acrescido ao artigo 5º pela Emenda Constitucional nº 45/2004, cuja redação é a seguinte: “a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação”.¹⁴⁰

Portanto, o direito a que a tutela jurisdicional seja prestada de forma tempestiva foi realçado expressamente pela Constituição Federal, o que vem espancar qualquer dúvida ou questionamento eventualmente existente acerca da sua eficácia normativa decorrente do *status* de direito fundamental¹⁴¹, agora categoricamente enfatizado pelo Poder Constituinte derivado.¹⁴²

¹⁴⁰ Diversos países introduziram em suas Constituições a garantia expressa da duração razoável do processo. Nesse sentido, pode-se citar os EUA (6ª Emenda à Constituição, que contém a “*speedy trial clause*”); Portugal (artigo 20 da Constituição); Itália (artigo 111 da Constituição); Espanha (artigo 24.2 da Constituição); México (artigo 17 da Constituição); Canadá (artigo 11, b, da Carta Canadense dos Direitos e Liberdades); Argentina (artigo 43 da Constituição); Colômbia (artigo 86 da Constituição) e Bolívia (artigo 16 da Constituição).

¹⁴¹ Discorrendo sobre a garantia constitucional da celeridade processual no Direito Italiano, ITALO ANDOLINA e GIUSEPPE VIGNERA preconizam: “*Anche la descritta garanzia di tempestività della tutela giurisdizionale è in grado di incidere sull’organizzazione tecnica del processo, sia de iure condendo sia de iure condito. Dal primo punto di vista, invero, il profilo in esame dell’art. 24, primo comma, Cost. comporta il dovere (che, purtroppo, è solo, ‘morale’) del legislatore ordinario di dare al processo un assetto strutturale idoneo ad assicurargli la maggiore rapidità di movimento possibile. De jure condito, poi, la garanzia costituzionale della speditezza del giudizio implica, per esempio, no solo l’illegittimità di quelle norme prescriventi termini dilatori*”.

É de se ressaltar, todavia, as dificuldades decorrentes da indeterminação do conceito de “razoável duração do processo”¹⁴³ para a aplicação dessa nova garantia constitucional com as implicações e conseqüências decorrentes da sua inobservância pelo Estado.¹⁴⁴

A rigor, a determinação do que seja prazo razoável varia de acordo com o caso concreto, não sendo possível fixar-se, *a priori*, qual a duração de um processo tida como razoável e aplicável a todos os casos indistintamente.¹⁴⁵ É forçoso reconhecer que o prazo para a conclusão de um processo pode revelar-se excessivo em um caso, mas razoável em outro, justificando-se em face da natureza do direito em litígio, bem como de outras circunstâncias envolvidas.¹⁴⁶

*privi di qualsivoglia giustificazione costituzionalmente rilevante; ma anche (ed indipendentemente da ogni disposizione legislativa ad hoc: v. però l'art. 175, primo comma, cod. proc. civ.) il dovere del giudice di esercitare le proprie attribuzioni di direzione processuale in maniera consentanea alla realizzazione dell'istanza in discorso: di tal che, per esempio, pur nel silenzio della legge (ma v. per il processo del lavoro l'art. 420, ultimo comma, cod. proc. civ.) le udienze di mero rinvio dovrebbero considerarsi sempre vietate” (ANDOLINA, Ítalo, VIGNERA, Giuseppe. *Il Modello Costituzionale...*, obra citada, p. 89).*

¹⁴² Na opinião de JOÃO BATISTA LOPES, a reforma processual introduzida pela EC 45 “pouco contribuirá para enfrentar o quadro de morosidade processual que se registra em várias partes do País”. Segundo o ilustre processualista, “à exceção da súmula vinculante, declaradamente introduzida para reduzir o congestionamento no STF, permanecem intangidas as principais causas da lentidão da Justiça, notadamente a falta de autonomia financeira do Poder Judiciário e o abandono a que está relegada a Justiça de primeira instância”. E prossegue o mesmo autor, afirmando que uma “análise isenta e equilibrada do novo texto torna patente que não houve preocupação com o acesso à Justiça e a efetividade do processo. A referência ao direito à *razoável duração do processo* (art. 5º, LXXVIII) constitui mera promessa, sem qualquer ressonância prática” (LOPES, João Batista. *Reforma do Judiciário e Efetividade do Processo Civil*. In: Reforma do Judiciário – Primeiras Reflexões sobre a Emenda Constitucional n. 45/2004. Teresa Arruda Alvim Wambier (...) (Coord.). São Paulo: Editora RT, 2005, p. 329/330). Nessa esteira, cumpre ressaltar o relevantíssimo papel reservado aos operadores jurídicos, aí incluídos os juízes, advogados, promotores e auxiliares da justiça, de dar correta e plena aplicação à norma constitucional, dela extraindo todas as conseqüências jurídicas decorrentes da sua força normativa.

¹⁴³ Sobre o tempo razoável de duração do processo, ver CRUZ E TUCCI, José Rogério. *Garantia do processo sem dilações indevidas*. In: Garantias constitucionais do processo civil. São Paulo: RT, 1999, p. 234/262.

¹⁴⁴ Sobre a responsabilidade do Estado pela demora injustificada do processo, com citação de vários acórdãos proferidos pelo Tribunal Constitucional Espanhol, ver TREPAT, Cristina Riba. *La Eficacia Temporal del Proceso. El Juicio sin Dilaciones Indevidas*. Barcelona: J.M. Bosch Editor, 1997; VIAGAS BARTOLOME, Plácido Fernandez. *El Derecho a Un Proceso sin Dilaciones Indevidas*. Madrid: Editorial Civitas, 1994.

¹⁴⁵ A Corte Européia dos Direitos do Homem utiliza os seguintes critérios para a aferição do prazo razoável: a) a complexidade do caso; b) o comportamento das partes; c) a conduta das autoridades competentes. Para CRUZ E TUCCI, “o reconhecimento desses critérios traz como imediata conseqüência a visualização das dilações indevidas como um conceito indeterminado e aberto, que impede de considerá-las como o simples desprezo aos prazos processuais prefixados” (CRUZ E TUCCI, José Rogério. *Garantia do Processo sem dilações indevidas (responsabilidade do Estado...)*, obra citada, p. 174).

¹⁴⁶ Segundo José Delgado, “o inciso LXXVIII do art. 5º da CF, ao assegurar a razoável duração do processo aos cidadãos, está vinculando a imperatividade dessa garantia ao princípio da razoabilidade” (DELGADO, José Augusto. *Reforma do Poder Judiciário - Art. 5º, LXXVIII, da CF*. In: Reforma do Judiciário – Primeiras Reflexões sobre a Emenda Constitucional n. 45/2004. Teresa Arruda Alvim Wambier, (...) (Coord.). São Paulo: Editora RT, 2005, p. 357).

Há que se atentar, portanto, para que a garantia da duração razoável do processo seja harmonizada com a busca da verdade e com a realização dos direitos ao contraditório e à ampla defesa. Assim, o prazo de duração de um processo não deixa de ser razoável apenas nas hipóteses de demora injustificada da prestação jurisdicional, mas também na hipótese em que uma causa que necessite de dilação probatória e não esteja ainda madura para julgamento seja decidida em prazo insuficiente e incompatível com a observância das demais garantias processuais.¹⁴⁷ Afinal, consoante adverte CANOTILHO, “a exigência de um *processo sem dilações indevidas*, ou seja, de uma protecção judicial em tempo adequado, não significa necessariamente ‘justiça acelerada’”. E justifica o constitucionalista português: “A ‘aceleração’ da protecção jurídica que se traduza em diminuição de garantias processuais e materiais (prazos de recurso, supressão de instâncias excessiva) pode conduzir a uma justiça pronta mas materialmente injusta”.¹⁴⁸

Denota-se, portanto, a extrema relatividade do conceito de duração razoável do processo, o que permite antever as dificuldades com que os operadores do direito certamente se depararão na prática forense para a aplicação da garantia constitucional. Mas essa circunstância absolutamente poderá servir de justificativa para a inoperatividade da norma e o conseqüente esvaziamento de sua força normativa. Afinal, uma vez que foi erigido à categoria de direito fundamental, a sua realização não poderá ser obstaculizada por eventuais imprecisões ou lacunas legislativas, devendo ser perseguida e concretizada através da atuação responsável do Poder Judiciário.¹⁴⁹

¹⁴⁷ JOSÉ CARLOS BARBOSA MOREIRA, ao mesmo tempo em que reconhece as mazelas da morosidade processual, adverte que a prestação jurisdicional célere não pode ser perseguida a qualquer preço, com abandono de outros valores igualmente relevantes para o processo. E assinala: “Se uma justiça lenta demais é decerto uma justiça má, daí não se segue que uma justiça muito rápida seja necessariamente uma justiça boa. O que todos devemos querer é que a prestação jurisdicional venha a ser *melhor* do que é. Se para torná-la melhor é preciso acelerá-la, muito bem: não, contudo, a qualquer preço” (BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *O futuro da justiça...*, obra citada, p. 145).

¹⁴⁸ CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria...*, obra citada, p. 495.

¹⁴⁹ Antes mesmo de ser introduzida expressamente a garantia da duração razoável do processo na Constituição Federal, EGAS DIRCEU MONIZ DE ARAGÃO, ao sugerir a sua inclusão na Lei Maior, já havia advertido que “apenas isso não é suficiente, em vista do ocorrido com o Estado espanhol, que a adotou, e assim mesmo a prática aponta em sentido oposto. O que realmente urge, portanto, a fim de equacionar e resolver o problema,

3 O DIREITO DE AÇÃO COMO DIREITO FUNDAMENTAL

3.1 A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO ORDENAMENTO JURÍDICO

Os direitos fundamentais constituem-se em pressuposto indissociável da noção de Constituição e do Estado de Direito.

Além de limitar o poder estatal, os direitos fundamentais atuam como critérios legitimadores desse poder, com assento na idéia de que o poder não pode ser considerado como fim em si mesmo, mas tem como fundamento a realização dos direitos do homem.

As normas que consagram direitos fundamentais podem ser vistas sob a perspectiva objetiva e subjetiva.

De acordo com a dimensão subjetiva, tem-se que as normas de direito fundamental podem ser referidas a um direito subjetivo. Os direitos fundamentais garantem aos seus titulares posições jurídicas complexas que exprimem distintas pretensões, as quais podem ser exigidas judicialmente.

Pela perspectiva objetiva, reconhece-se que as normas que agasalham os direitos fundamentais exprimem valores objetivos fundamentais da comunidade, os quais se irradiam por toda a ordem jurídica e vinculam todos os Poderes do Estado.

Nesse sentido, INGO SARLET afirma que “os direitos fundamentais (mesmo os clássicos direitos de defesa) devem ter sua eficácia valorada não só sob um ângulo individualista, isto é, com base no ponto de vista da pessoa individual e sua

além da inserção da garantia para o cidadão, é que o Poder Judiciário diagnostique urgentemente a causa de sua atuação não atingir o desejado grau de eficiência. Ninguém melhor do que ele próprio pode investigar honestamente os motivos de sua dificuldade em solucionar as pretensões que lhe são submetidas, em prazo compatível com a ânsia de justiça da população” (MONIZ DE ARAGÃO, E.D. *Garantias Fundamentais na Nova Constituição*. In: Revista de Direito Administrativo. Rio de Janeiro: Renovar, nº 184, 1991, p. 104).

posição perante o Estado, mas também sob o ponto de vista da sociedade, da comunidade na sua totalidade, já que se cuida de valores e fins que esta deve respeitar e concretizar”.¹⁵⁰

Destarte, as normas de direito fundamental, em decorrência de sua dimensão objetiva, consubstanciam valores objetivos que irradiam seus efeitos sobre todo o ordenamento jurídico.¹⁵¹

Como corolário desse efeito irradiante das normas de direito fundamental, assiste-se ao fenômeno da constitucionalização da ordem jurídica, com a propagação dos princípios e valores constitucionais por todos os âmbitos da regulação normativa do Estado.

Com efeito, o Estado Constitucional contemporâneo submete todo o poder do Estado, inclusive o Legislativo, à Constituição. Nela são consagrados princípios de justiça material que irão informar todo o ordenamento jurídico. Admite-se, assim, que algumas exigências de justiça material estariam acima das vontades individuais ou até mesmo da vontade da maioria, devendo, portanto, ser perseguidas pelo Estado por serem indisponíveis.¹⁵²

Como observa GUSTAVO ZAGREBELSKY, “*los principios de justicia vienen previstos en la Constitución como objetivos que los poderes públicos deben*

¹⁵⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. 2ª ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 146. No mesmo sentido, JOSÉ CARLOS VIERIA DE ANDRADE destaca que da dimensão objetiva dos direitos fundamentais decorre a idéia de que eles “não podem ser pensados apenas do ponto de vista dos indivíduos, enquanto faculdades ou poderes de que estes são titulares, antes valem juridicamente também do ponto de vista da comunidade, como valores ou fins que esta se propõe perseguir” (ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. Coimbra: Almedina, 1987, p. 144/145).

¹⁵¹ O Tribunal Constitucional Federal Espanhol reconhece o efeito de irradiação das normas de direito fundamental sobre a totalidade do sistema jurídico, utilizando-se do conceito de ordem valorativa objetiva. ROBERT ALEXY traz à colação a seguinte decisão do referido Tribunal: “*De acuerdo con la jurisprudencia permanente del Tribunal Constitucional Federal, las normas iusfundamentales contienen no sólo derechos subjetivos de defensa del individuo frente al Estado, sino que representan, al mismo tiempo, un orden valorativo objetivo que, en tanto decisión básica jurídico-constitucional, vale para todos los ámbitos del derecho y proporciona directrices e impulsos para la legislación, la administración y la justicia*” (ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997, p. 507).

perseguir. El cuadro no es estático, vuelto hacia el pasado, sino dinámico y abierto al futuro. El Estado no está llamado sólo a impedir, sino también a promover, empeñando positivamente para este fin sus propias fuerzas y las de los sujetos privados".¹⁵³

A vida coletiva, segundo ZAGREBELSKY, não se reduz ao conjunto dos direitos individuais e dos atos que o realizam, consistindo também numa ordem objetiva, em que imperativos objetivos de justiça estabelecem deveres.¹⁵⁴

Como resultado do denso conteúdo material constitucional, integrado por valores, princípios e direitos fundamentais, observa-se a onipresença da Constituição, com a conseqüente constitucionalização do ordenamento jurídico.¹⁵⁵ Assim, são raros os problemas jurídicos que não encontrem alguma referência ou valoração no texto constitucional.

Os reflexos da Constituição no ordenamento jurídico são assim retratados por RICCARDO GUASTINI: *“Un ordenamiento jurídico constitucionalizado se caracteriza por una Constitución extremadamente invasora, entrometida (pervasiva, invadente), capaz de condicionar tanto la legislación como la jurisprudencia y el estilo doctrinal, la acción de los actores políticos, así como las relaciones sociales*".¹⁵⁶

ROBERT ALEXY¹⁵⁷ enfatiza que a irradiação das normas jusfundamentais em todos os âmbitos do direito tem efeitos de grande importância para o sistema jurídico. Um dos efeitos arrolados pelo autor consiste na limitação dos

¹⁵² ZAGREBELSKY, Gustavo. *El Derecho Dúctil. Ley, derechos, justicia*. Trad. Marina Gascón. 3ª ed., Madrid: Editorial Trotta, 1999.

¹⁵³ ZAGREBELSKY, Gustavo. *El Derecho...*, obra citada, p. 93.

¹⁵⁴ ZAGREBELSKY, Gustavo. *El Derecho...*, obra citada, p. 95.

¹⁵⁵ A constitucionalização do ordenamento jurídico consiste num *“proceso de transformación de un ordenamiento al término del cual el ordenamiento en cuestión resulta totalmente ‘impregnado’ por las normas constitucionales*” (GUASTINI, Riccardo. *La “Constitucionalización” del Ordenamiento Jurídico: el caso italiano*. Trad.: José María Lujambio. In: Neoconstitucionalismo(s). Edición de Miguel Carbonell, Madrid: Editorial Trotta, 2003, p. 49).

¹⁵⁶ GUASTINI, Riccardo. *La “Constitucionalización”...*, obra citada, p. 49.

conteúdos possíveis de direito ordinário. A Constituição, enquanto Constituição mista material-procedimental, exclui alguns conteúdos como jusfundamentalmente impossíveis e exige outros como jusfundamentalmente necessários. Assim, o sistema jurídico é materialmente determinado pela Constituição. O segundo efeito consiste na abertura do sistema jurídico, que decorre da abertura semântica e estrutural das disposições jusfundamentais, bem como do caráter de princípio das normas jusfundamentais, que implica a necessidade de ponderações. O terceiro efeito refere-se à abertura do sistema jurídico frente à moral. Esse efeito pode ser verificado nos conceitos básicos jusfundamentais materiais, como os de dignidade, liberdade e igualdade. A precisão desses princípios e a ponderação entre eles conduz aos problemas da justiça. Assim, percebe-se também a irradiação da idéia de justiça em todos os âmbitos do direito.

Uma vez que toda a produção legislativa do Estado contemporâneo passou a estar condicionada ao direito previsto numa ordem hierárquica superior, desponta a função unificadora do ordenamento jurídico exercida pela Constituição. Os valores e princípios plasmados nas normas de direito fundamental traduzem um consenso social amplo sobre determinados assuntos relevantes para a organização e estrutura do Estado e da sociedade. Assim, a Constituição assumiu a função de unificar e conciliar a contradição inerente ao direito produzido pelo jogo de forças políticas e sociais heterogêneas.¹⁵⁸

Supera-se, portanto, a redução da justiça à lei, própria do positivismo jurídico do século XIX. Ao contrário, os conteúdos valorativos e principiológicos previstos na Constituição passam a condicionar toda a produção do direito, irradiando-

¹⁵⁷ ALEXY, Robert. *Teoría de Los Derechos...*, obra citada, p. 524/526.

¹⁵⁸ Consoante retrata ZAGREBELSKY: “*La ley, un tiempo medida exclusiva de todas las cosas en el campo del derecho, cede así el paso a la Constitución y se convierte ella misma en objeto de medición. Es destronada en favor de una instancia más alta. Y esta instancia más alta asume ahora la importantísima función de mantener unidas y en paz sociedades enteras divididas en su interior y concurrentes. Una función inexistente en otro tiempo, cuando la sociedad política estaba, y se suponía que era en sí misma, unida y pacífica. En la nueva situación, el principio de constitucionalidad es el que debe asegurar la consecución de este objetivo de unidad*” (ZAGREBELSKY, Gustavo. *El Derecho...*, obra citada, p. 40).

se por todo o ordenamento jurídico.¹⁵⁹ Por essa razão, afirma-se que o novo Estado Constitucional representa a mais cabal realização do Estado de Direito, na medida em que submete todo o poder do Estado, inclusive o Legislativo, à Constituição.¹⁶⁰

3.2 OS DIREITOS FUNDAMENTAIS COMO PRINCÍPIOS. A DISTINÇÃO ENTRE PRINCÍPIOS E REGRAS. OS CONFLITOS NORMATIVOS

ALEXY conceitua o direito fundamental como um feixe de posições definitivas e *prima facie* vinculadas reciprocamente numa relação de precisão, de meio/fim e de ponderação, adstritas a uma disposição de direito fundamental.¹⁶¹ Nesse passo, as disposições jusfundamentais apresentam, para ALEXY, caráter dúplice, uma vez que através delas se estatuem regras e princípios.¹⁶²

Dado o caráter principiológico dos direitos fundamentais, cumpre destacar o relevante papel atribuído aos princípios com o advento do Estado Constitucional, o qual conferiu-lhes força normativa e alçou-os à categoria de normas constitucionais, ao lado das regras.

¹⁵⁹ SUSANNA POZZOLO observa que, com a necessidade de observância dos valores constitucionalizados, a lei deixa de manifestar a livre expressão do poder político, convertendo-se em mero instrumento de concretização dos princípios constitucionais. Assim, segundo a autora, “*no habrá más espacio para meras políticas questions, puesto que cada elección legislativa, debiendo conformarse al desarrollo de los valores constitucionalizados, será necesariamente justiciable sobre la base de la ‘Constitución-norma’ que se ha afirmado como Derecho concreto*” (POZZOLO, Susanna. *Un Constitucionalismo Ambiguo*. Trad. Miguel Carbonell In: Neoconstitucionalismo(s). Edición de Miguel Carbonell, Madrid: Editorial Trotta, 2003, p. 193/194). Sob perspectiva diversa, ao analisar as características da lei no Estado Constitucional da atualidade, GUSTAVO ZAGREBELSKY enfatiza: “*La ley expresa, por el contrario, las combinaciones posibles entre los principios constitucionales, que se limitan a establecer los puntos irrenunciables de cualquier combinación. La ley mantiene así su carácter de acto creador de derecho y no viene degradada a mera ejecución de la Constitución. Se configura, sin embargo, como derecho particular y contingente, es decir, como derecho que refleja el punto de vista de los sujetos políticos que ocasional y temporalmente logran prevalecer en el proceso legislativo en virtud del principio de la mayoría. También desde esta perspectiva aparece claro el cambio respecto a las concepciones decimonónicas de la ley*” (ZAGREBELSKY, Gustavo. *El Derecho...*, obra citada, p. 97).

¹⁶⁰ SANCHÍS, Luis Prieto. *Neoconstitucionalismo e Ponderación Judicial*. In: Neoconstitucionalismo(s). Edición de Miguel Carbonell, Madrid: Editorial Trotta, 2003, p. 129.

¹⁶¹ ALEXY, Robert. *Teoria de Los Derechos...*, obra citada, p. 244.

¹⁶² Adverte, todavia, o autor alemão: “*El que las disposiciones iusfundamentales tengan un carácter doble no significa que también lo compartan las normas iusfundamentales. Por lo pronto, ellas son reglas (por lo general, incompletas) o principios. Pero, se obtienen normas iusfundamentales de carácter doble si se construye la norma iusfundamental de forma tal que en ella los dos niveles estén ensamblados. Una vinculación tal de ambos niveles surge cuando en la formulación de la norma iusfundamental se incluye una cláusula restrictiva referida*

Para o positivismo jurídico do século XIX, os princípios continham apenas fórmulas vagas, das quais não se podiam extrair conseqüências jurídicas concretas, sob pena de comprometer a segurança e estabilidade do ordenamento. Os princípios teriam apenas função supletiva e integradora das regras jurídicas, e atuariam apenas para resolver dúvidas interpretativas e suprir eventuais lacunas ou contradições entre regras que não pudessem ser solucionadas pelos métodos tradicionais.

O reconhecimento do caráter normativo dos princípios veio trazer profundas alterações no campo da aplicação do Direito no novo Estado Constitucional. Com efeito, enquanto no Estado Liberal do século XIX somente concebia-se o Direito como regra, no Estado Constitucional do novo século atribuiu-se enorme relevância ao Direito como princípio, o que trouxe implicações significativas para a jurisdição.¹⁶³ O Poder Legislativo deixou então de deter o monopólio da produção jurídica, sobrelevando a atuação do Poder Judiciário.

Nesse sentido, CANOTILHO afirma que “o direito do estado de direito do século XIX e da primeira metade do século XX é o *direito das regras dos códigos*; o direito do estado constitucional democrático e de direito *leva a sério os princípios*, é um *direito de princípios*”. E prossegue: “o tomar a sério os princípios implica uma mudança profunda na *metódica de concretização* do direito e, por conseguinte, na actividade jurisdicional dos juízes”.¹⁶⁴

Nesse contexto, as normas constitucionais passaram a ser vistas como gênero, do qual são espécies as regras e os princípios.

a principios y, por lo tanto, sujeta a ponderación” (ALEXY, Robert. *Teoría de Los Derechos...*, obra citada, p. 135).

¹⁶³ Conforme aduz ANA PAULA DE BARCELLOS, a força normativa da Constituição significa que todas as normas constitucionais são normas jurídicas, caracterizadas, portanto, pela imperatividade dos efeitos propostos. Isso significa que a realização de seus efeitos pode ser imposta de forma coativa. A eficácia jurídica de uma norma importa que, uma vez que essa norma seja desrespeitada, podem ser exigidas providências diante do Poder Judiciário (BARCELLOS, Ana Paula de. *A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais – O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana*. Rio de Janeiro, São Paulo: Renovar, 2002).

¹⁶⁴ CANOTILHO, J.J. Gomes. *A ‘princípioalização’ da jurisprudência através da Constituição*. In: *Revista de Processo*. São Paulo: Editora RT, nº 98, 2000, p. 84.

Os critérios para a distinção entre regras e princípios constitui-se em objeto de fervorosos debates na doutrina constitucionalista. Dentre os critérios utilizados, o da generalidade é o mais freqüente. Outros critérios de distinção relacionam-se com a determinabilidade dos casos de aplicação, a forma de sua gênese, o caráter explícito do conteúdo valorativo, a referência à idéia de direito ou a uma lei jurídica suprema, a importância para o ordenamento jurídico, a caracterização como regras ou fundamentos de regras, e como normas de argumentação ou de comportamento.¹⁶⁵

HUMBERTO ÁVILA¹⁶⁶ entende que um dispositivo pode gerar, simultaneamente, mais de uma espécie normativa, desde que o comportamento previsto seja analisado sob perspectivas diversas.

O autor apresenta os seguintes critérios de dissociação entre princípios e regras: critério da natureza do comportamento prescrito, critério da natureza da justificação exigida e critério da medida da contribuição para a decisão.

Segundo o primeiro critério, as regras são normas imediatamente descritivas, na medida em que descrevem a conduta a ser adotada, enquanto os princípios são normas imediatamente finalísticas, pois estabelecem um fim juridicamente relevante, para cuja realização é necessário determinado comportamento. Tanto as regras como os princípios podem ser analisados sob o aspecto comportamental e finalístico, pois enquanto as regras imediatamente estabelecem condutas que servem mediatamente à realização de fins, os princípios imediatamente prevêm fins, delineando mediatamente as condutas necessárias para a sua realização.

¹⁶⁵ Esses critérios de distinção entre regras e princípios utilizados por diferentes autores são noticiados por ROBERT ALEXANDER, em *Teoria de Los Derechos...*, obra citada, 1997.

¹⁶⁶ ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios – da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 3ª ed., São Paulo: Malheiros Editores, 2004.

Segundo o critério da natureza da justificação exigida, as regras se distinguem dos princípios na medida em que a interpretação das primeiras exige uma avaliação da correspondência entre o conceito dos fatos, o conceito da norma e da finalidade que lhe dá suporte, enquanto a interpretação dos princípios demanda uma avaliação da correlação entre os efeitos da conduta a ser adotada e o estado ideal das coisas.

Quanto ao critério da medida de contribuição para a decisão, os princípios constituem-se em normas com pretensão de complementaridade e de parcialidade, pois não pretendem gerar uma solução específica, mas apenas contribuir para a tomada de decisão, ao lado de outras razões. Já as regras são normas preliminarmente decisivas e abarcantes, na medida em que têm a aspiração de gerar uma solução específica para o conflito entre razões. Todavia, ÁVILA ressalta que as regras são apenas preliminarmente decisivas, pois, ainda que sejam preenchidas as suas condições de aplicabilidade, pode ocorrer que, por razões excepcionais que superem a razão que sustenta a aplicação normal da regra, ela deixe de ser aplicável no caso concreto (aptidão para cancelamento).

Outro critério que merece ser examinado é aquele proposto por ROBERT ALEXY.¹⁶⁷ Para o autor alemão, a distinção essencial entre regras e princípios consiste no fato de que os princípios são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível, dentro das possibilidades jurídicas e reais existentes. Assim, os princípios são mandatos de otimização, que podem ser cumpridos em diferentes graus, sendo que a medida devida de seu cumprimento depende não apenas das possibilidades reais, mas também das possibilidades jurídicas, sendo essas últimas determinadas pelos princípios e regras opostos. Já as regras são normas que somente podem ser cumpridas ou não. Se uma regra é válida, ela deve ser

¹⁶⁷ ALEXY, Robert. *Teoria de Los Derechos...*, obra citada.

obedecida.¹⁶⁸ A regra contém determinações no âmbito do que é fática e juridicamente possível.

Portanto, para ALEXY, a distinção entre regras e princípios é qualitativa, e não de grau. Toda norma é ou uma regra ou um princípio.¹⁶⁹

ALEXY aduz que entre o nível das regras e o nível dos princípios não existe uma relação estrita de precedência. O nível das regras precede ao dos princípios, a menos que as razões para determinações diferentes às tomadas no nível das regras sejam tão fortes que superem o princípio da sujeição ao texto da Constituição, o que será demonstrado através da argumentação jusfundamental.¹⁷⁰

Ao tratar do conflito entre regras e princípios, ÁVILA adverte que os obstáculos para a superação das regras são bem maiores do que aqueles existentes com relação aos princípios, só sendo admitida essa superação em face de razões suficientemente fortes, decorrentes tanto da própria finalidade subjacente à regra, como dos princípios a ela superiores. Para o afastamento de uma regra o ônus argumentativo seria bem maior do que o exigido para a superação de um princípio. Por isso, diante de um conflito real entre uma regra e um princípio de mesmo nível hierárquico, é aquela quem deverá prevalecer. Somente na hipótese de existir uma razão extraordinária impedindo a aplicação da regra é que o princípio constitucional prevalece. Por isso, ÁVILA destaca que descumprir uma regra é mais grave do que descumprir um princípio, pois nela o grau de conhecimento do dever a ser cumprido e o grau de pretensão de decidibilidade é muito maior do que nos princípios.¹⁷¹

Como se vê, embora a solução para um conflito entre uma regra e um princípio normalmente seja consubstanciada na prevalência da regra, ambos os autores

¹⁶⁸ Ressalte-se, todavia, que ALEXY admite a introdução de uma cláusula de exceção para a decisão de um determinado caso, quanto então a regra perde seu caráter definitivo (ALEXY, Robert. *Teoria de Los Derechos...*, obra citada).

¹⁶⁹ ALEXY, Robert. *Teoria de Los Derechos...*, obra citada.

¹⁷⁰ ALEXY, Robert. *Teoria de Los Derechos...*, obra citada.

¹⁷¹ ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios...*, obra citada.

admitem que, em situações excepcionais, a regra poderá deixar de ser aplicada, privilegiando um princípio oposto. Todavia, o afastamento de uma regra traz consigo um forte ônus argumentativo. Ou seja, através da argumentação jusfundamental deverão ser demonstradas as razões pelas quais, em determinado caso concreto, a regra constitucional deve ceder ante a presença de razões extraordinárias que imponham a prevalência de princípios opostos.

Analisadas as peculiaridades que distinguem os princípios em relação às regras e a solução para o conflito entre as duas espécies normativas, impende adentrar no exame da ponderação, como forma de solucionar a colisão entre os princípios.

Para o positivismo jurídico que imperava no Estado Legislativo, a aplicação do direito pelo juiz só poderia ser feita pelo método subsuntivo, mediante o emprego de silogismos, no qual o fato constituía-se na premissa menor e a regra jurídica na premissa maior. Assim, a aplicação do direito restringia-se à interpretação da regra jurídica, sem qualquer influência das circunstâncias do caso concreto nessa tarefa interpretativa. O juiz atuava a serviço do legislador, devendo desvendar, através da interpretação, o verdadeiro significado das regras jurídicas.

Contudo, o método da subsunção revelou-se inadequado para a aplicação dos princípios constitucionais. Com efeito, a Constituição pluralista da atualidade é resultado do compromisso assumido pelos diversos grupos sociais, que lutam através do jogo de forças sociais e políticas para ver reconhecidos os seus ideais de justiça na Carta Maior.¹⁷² Como consequência, tem-se que os direitos constitucionais são contraditórios entre si, consagrando valores conflitantes.

Nesse aspecto, insta reconhecer a inexistência de uma hierarquia formal entre os princípios e valores constitucionais. Portanto, para que seja possível a

¹⁷² Consoante aduz GUSTAVO ZAGREBELSKY: “No resulta muy difícil comprender que la dimensión del derecho por principios es la más idónea para la supervivencia de una sociedad pluralista, cuya característica es el continuo reequilibrio a través de transacciones de valores” (ZAGREBELSKY, Gustavo. *El Derecho...*, obra citada, p. 125).

convivência entre eles, deve-se afastar o seu caráter absoluto. Os princípios possuem uma dimensão de peso e de importância, que conduz à necessidade de ponderação quando entram em colisão.¹⁷³

É no plano concreto que se estabelece uma hierarquia axiológica entre os princípios em conflito, através da ponderação, na medida em que o intérprete estabelece uma relação valorativa entre eles. Essa hierarquia valorativa não existe abstratamente, mas apenas para solucionar o conflito entre princípios no caso concreto. Assim, a solução do conflito vigora apenas para determinado caso, podendo ocorrer que em casos futuros a solução seja outra, com prevalência do princípio que fora preterido em casos anteriores.

Destarte, no sopesamento de princípios opostos, pondera-se qual dos interesses, abstratamente de mesma hierarquia, possui maior peso no caso concreto. De sorte que, quando dois princípios entram em colisão, um deles tem que ceder frente ao outro, de acordo com as circunstâncias. ALEXY ressalta que somente princípios válidos podem entrar em colisão. Enquanto os conflitos de regras ocorrem na dimensão da validade, as colisões de princípios ocorrem na dimensão do peso.¹⁷⁴

ALEXY assevera que, para a solução da colisão, deve-se estabelecer entre os princípios uma relação de precedência condicionada. Essa relação é determinada pelas condições que, de acordo com o caso, fazem com que um princípio preceda ao outro. Diante de outras circunstâncias, a questão da precedência poderia ser solucionada diversamente.¹⁷⁵

¹⁷³ Já as regras, como sustentam a grande maioria dos doutrinadores, aplicam-se na maneira do “tudo ou nada”, ou seja, se a regra é válida ela deve necessariamente ser aplicada. Vale ressaltar o entendimento de ALEXY, que admite a introdução de uma cláusula de exceção para a solução de um determinado conflito entre regras, quando então a regra perde seu caráter definitivo (ALEXY, Robert. *Teoría de Los Derechos...*, obra citada). HUMBERTO ÁVILA, por sua vez, admite a ponderação de regras, afirmando que uma regra pode ser superada em face de razões suficientemente fortes, decorrentes tanto da própria finalidade a ela subjacente, como dos princípios a elas superiores (ÁVILA, Humberto. *Teoría dos Princípios...*, obra citada).

¹⁷⁴ ALEXY, Robert. *Teoría de Los Derechos...*, obra citada.

¹⁷⁵ A “Lei de Colisão” formulada por ALEXY enuncia: “*Las condiciones bajo las cuales un principio precede a otro constituyen el supuesto de hecho de una regla que expresa la consecuencia jurídica del principio precedente*” (ALEXY, Robert. *Teoría de Los Derechos...*, obra citada, p. 94). Como observa o autor, essa lei

Consoante salienta LUIS PRIETO SANCHÍS¹⁷⁶, a ponderação entre princípios não resulta necessariamente no equilíbrio entre eles, mas na prevalência de um em face do outro em dado caso concreto. Apenas no plano abstrato deverá existir um equilíbrio entre princípios, uma vez que entre eles não existe hierarquia axiológica.

O mesmo autor observa que a ponderação entre princípios não exclui a subsunção, tendo em vista que se constitui em premissa de toda ponderação a constatação de que dois ou mais princípios são aplicáveis ao caso concreto, o que se dá por meio do método subsuntivo.¹⁷⁷ Por outro lado, a subsunção também estaria presente após a ponderação entre princípios, na medida em que daí resulta uma regra que determina a prevalência de um princípio frente a outro em face das circunstâncias do caso concreto. Essa regra será objeto de subsunção.¹⁷⁸

Como critério ou parâmetro para a ponderação de princípios, têm a doutrina e a jurisprudência se utilizado do princípio da proporcionalidade¹⁷⁹, que estabelece uma relação de causalidade entre um meio e um fim, a partir da qual se procede a um exame da adequação, da necessidade e da proporcionalidade em sentido estrito.

reflete o caráter dos princípios como mandatos de otimização, entre os quais não existem relações absolutas de precedência, e que se referem a ações e situações que não são quantificáveis.

¹⁷⁶ Como conceitua o autor, “ponderar es, pues, buscar la mejor decisión (la mejor sentencia, por ejemplo) cuando en la argumentación concurren razones justificatorias conflictivas y del mismo valor” (SANCHÍS, Luis Prieto. *Neoconstitucionalismo...*, obra citada, p. 137).

¹⁷⁷ SANCHÍS, Luis Prieto. *Neoconstitucionalismo...*, obra citada, p. 144.

¹⁷⁸ SANCHÍS, Luis Prieto. *Neoconstitucionalismo...*, obra citada, p. 145. No mesmo sentido, ALEXY aduz que o resultado de toda ponderação jusfundamental correta conduz à formulação de uma norma de direito fundamental adstrita com caráter de regra, sob a qual pode ser subsumido o caso (ALEXY, Robert. *Teoría de Los Derechos...*, obra citada).

¹⁷⁹ Embora a grande maioria dos autores considere a proporcionalidade como um princípio, existem significativas divergências doutrinárias a respeito da sua natureza jurídica. ALEXY considera a proporcionalidade como regra, que deve ser aplicada sob a forma da subsunção (ALEXY, Robert. *Teoría de Los Derechos...*, obra citada). Seguindo a mesma linha de raciocínio, LUÍS VIRGÍLIO AFONSO DA SILVA entende que a proporcionalidade não pode ser considerada como um princípio, já que não produz efeitos em várias medidas, sendo aplicada de forma constante, sem variações. A proporcionalidade teria então, para o autor, a natureza de regra. O autor esclarece que a comunidade jurídica brasileira utiliza-se freqüentemente da expressão “princípio da proporcionalidade” referindo-se a um princípio como uma disposição fundamental, e não como um conceito contraposto ao de regra jurídica (SILVA, Luís Virgílio Afonso da. *O Proporcional e o Razoável*. In: Revista dos Tribunais. São Paulo: Editora RT, nº 798, 2002, p. 23/50). HUMBERTO ÁVILA, por sua vez, não concebe a proporcionalidade nem como regra, nem como princípio. Para ele, a proporcionalidade é classificada como um postulado normativo (ÁVILA, Humberto. *Teoría dos Princípios...*, obra citada, p. 88).

Na análise da adequação, perquire-se se um determinado meio é adequado para promover o fim visado. Para se saber se um meio é adequado à realização de um fim, deve-se examinar as relações existentes entre os vários meios disponíveis e o fim que se deve promover.¹⁸⁰

Essa análise, segundo ÁVILA, deve ser feita sob três aspectos, quais sejam: o quantitativo, o qualitativo e o probabilístico. E o autor esclarece: “Em termos quantitativos, um meio pode promover menos, igualmente ou mais o fim do que outro meio. Em termos qualitativos, um meio pode promover pior, igualmente ou melhor o fim do que outro meio. E, em termos probabilísticos, um meio pode promover com menos, igual ou mais certeza o fim do que outro meio”.¹⁸¹

O exame da adequação exige que seja escolhido, dentre os meios disponíveis, aquele que simplesmente promova o fim, mesmo que esse meio não seja o mais intenso, o melhor, nem o mais seguro de todos.¹⁸²

Superado o exame da adequação, e uma vez que o meio tenha sido considerado adequado para a realização do fim visado, passa-se ao exame da necessidade. Um meio é necessário se, dentre todos os meios igualmente adequados para promover o fim, for o que restringir com menor intensidade os direitos fundamentais.

Ocorre que muitas vezes os meios são diferentes não só no grau de restrição dos direitos fundamentais, mas também no grau de promoção da finalidade. Nessa hipótese, impõe-se a ponderação entre o grau de restrição do direito e o grau de

¹⁸⁰ ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios...*, obra citada.

¹⁸¹ ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios...*, obra citada, p. 117. ÁVILA traz o seguinte exemplo: “A escolha da Administração na compra de vacinas para combater uma epidemia pode envolver a comparação entre uma vacina que acaba com todos os sintomas da doença (superior em termos quantitativos) mas que não tem eficácia comprovada para a maioria da população (inferior em termos probabilísticos) e outra vacina que, apesar de curar apenas os principais efeitos da doença (inferior em termos quantitativos), já teve sua eficácia comprovada em outras ocasiões (superior em termos probabilísticos)” (ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios...*, obra citada, p. 117).

promoção da finalidade. É aí que se revela a importância da análise da proporcionalidade em sentido estrito.

Dentre os meios adequados e necessários, é proporcional em sentido estrito aquele com relação ao qual as vantagens causadas pela promoção do fim superam as desvantagens causadas pela adoção do meio. Deve-se comparar a importância da realização do fim com a intensidade da restrição dos direitos fundamentais.

Segundo ressalta LUIS VIRGÍLIO AFONSO DA SILVA, a adequação, a necessidade e a proporcionalidade em sentido estrito devem ser analisadas nessa ordem, e se relacionam de forma subsidiária entre si. Ou seja, a análise da necessidade só será exigível se a solução do caso já não tiver sido dada pela análise da adequação, assim como a análise da proporcionalidade em sentido estrito só se impõe se o caso não tiver sido solucionado com as análises da adequação e da necessidade.¹⁸³

Revela-se de extrema importância, portanto, a análise dos parâmetros e critérios fornecidos pelo princípio da proporcionalidade para a solução das colisões entre os princípios constitucionais que se apresentam nos casos concretos, sendo que a prevalência de um ou de outro será variável de acordo com as circunstâncias presentes em cada situação fática.

3.3 FUNDAMENTALIDADE DO DIREITO DE AÇÃO

A importância para o sistema jurídico das normas que veiculam direitos fundamentais resulta de sua fundamentalidade formal e material.

¹⁸² ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios...*, obra citada.

¹⁸³ SILVA, Luís Virgílio Afonso da. *O Proporcional...*, obra citada, p. 23/50.

A fundamentalidade formal decorre da localização dessas normas no ápice do ordenamento jurídico, vinculando tanto o legislador, o Poder Executivo e o Poder Judiciário.¹⁸⁴

Já a fundamentalidade material parte do pressuposto de que as normas de direitos fundamentais refletem decisões sobre a estrutura normativa básica do Estado e da sociedade.¹⁸⁵

JOSÉ CARLOS VIEIRA DE ANDRADE estabelece um tríplice critério para a definição da matéria que constitui a essência dos direitos fundamentais. O primeiro consiste no elemento subjetivo, na medida em que conferem “posições jurídicas subjetivas (universais e permanentes) a todas ou a certas categorias de indivíduos”. O segundo se relaciona com a sua função de proteger e garantir bens e posições jurídicas das pessoas. O terceiro critério consiste na intenção de regular diretamente aspectos essenciais relacionados ao “princípio da dignidade da pessoa humana”.¹⁸⁶

Da fundamentalidade material decorre a possibilidade de se erigirem à categoria de direitos fundamentais outros direitos que não somente aqueles expressamente consagrados como tal pela Constituição.¹⁸⁷

O direito de ação, tal como disciplinado pela Constituição Federal de 1988, constitui-se em direito fundamental tanto sob o ponto de vista formal como material.

A fundamentalidade formal decorre da sua consagração pela Constituição dentre os direitos e garantias fundamentais arrolados no Capítulo I do

¹⁸⁴ ALEXY, Robert. *Teoria de Los Derechos...*, obra citada, p. 503.

¹⁸⁵ ALEXY, Robert. *Teoria de Los Derechos...*, obra citada, p. 505.

¹⁸⁶ ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os Direitos Fundamentais...*, obra citada, p. 84/85.

¹⁸⁷ Especificamente no que pertine à Constituição brasileira, a abertura material dos direitos fundamentais encontra fundamento expresso no artigo 5º, §2º, que estabelece: “Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”.

Título II, na medida em que está enunciado pelo artigo 5º, inciso XXXV, da Lei Maior.¹⁸⁸

Uma vez que a fundamentalidade material dos direitos fundamentais decorre do seu conteúdo relacionado às decisões acerca da organização normativa essencial do Estado e da sociedade, tem-se que o direito de ação extrai a sua fundamentalidade material da relevância de seu papel de instrumento posto a serviço da realização de todos os demais direitos. Uma vez que o Estado proibiu a autotutela do direito material pelos cidadãos, monopolizando o exercício da jurisdição, assumiu o compromisso de entregar ao jurisdicionado tudo e exatamente aquilo que ele poderia obter caso o seu direito não tivesse sido ameaçado ou violado.

A eficácia jurídica¹⁸⁹ dos diversos direitos materiais assegurados pelo ordenamento jurídico relaciona-se à possibilidade daquele que se considera ofendido pleitear no Poder Judiciário a observância do direito pela parte adversa. Nesse contexto, é o direito de ação que irá viabilizar o acesso do cidadão ao Poder Judiciário, colocando à sua disposição técnicas processuais adequadas para que possa obter uma resposta efetiva do órgão jurisdicional.

O direito de ação, concebido como direito à efetividade da tutela jurisdicional, “não poderia deixar de ser pensado como fundamental”, assevera LUIZ GUILHERME MARINONI, “uma vez que o direito à prestação jurisdicional efetiva é decorrência da própria existência dos direitos e, assim, a contrapartida da proibição da autotutela”.¹⁹⁰

E complementa o autor seguindo a mesma linha de raciocínio:

O direito à prestação jurisdicional é fundamental para a própria efetividade do ordenamento jurídico, uma vez que esse último, diante das situações de ameaça ou agressão aos direitos, sempre resta na dependência da plena realização do primeiro.

¹⁸⁸ Sobre o fundamento constitucional do direito de ação, ver item 2.1, supra.

¹⁸⁹ No tocante às modalidades de eficácia jurídica das normas constitucionais, confira-se os ensinamentos de ANA PAULA DE BARCELLOS, em *A Eficácia Jurídica...*, obra citada.

¹⁹⁰ MARINONI, Luiz Guilherme. *O direito à efetividade...*, obra citada, p. 304.

Não é por outro motivo que o direito à prestação jurisdicional efetiva já foi proclamado como o mais importante dos direitos, por constituir o direito a fazer valer os próprios direitos.¹⁹¹

Nesse passo, é forçoso reconhecer que a fundamentalidade do direito de ação não engloba apenas a necessidade de concretização de outros direitos fundamentais¹⁹², mas também a sua indispensabilidade para assegurar a observância e realização de todo e qualquer direito assegurado pelo ordenamento, ainda que em nível infraconstitucional.¹⁹³

Feito o devido enquadramento do direito de ação como direito fundamental protegido constitucionalmente, cumpre, nessa condição, estudá-lo, interpretá-lo e aplicá-lo, considerando-se as propriedades e potencialidades que lhe são próprias.

3.4 FUNÇÕES DO DIREITO FUNDAMENTAL DE AÇÃO

Na época do constitucionalismo de matriz liberal-burguesa, os direitos fundamentais eram vistos apenas como direitos do particular de impedir a ingerência do Poder Público em sua esfera jurídica, ou seja, como direitos de defesa. Todavia, no Estado Constitucional atual, ganharam relevância os direitos a prestações, que estão ligados às novas funções do Estado diante da sociedade.¹⁹⁴

¹⁹¹ MARINONI, Luiz Guilherme. *O direito à efetividade...*, obra citada, p. 304/305.

¹⁹² Segundo CANOTILHO, o direito de acesso aos tribunais é um direito fundamental formal, cujo conteúdo será determinado por outros direitos fundamentais materiais (CANOTILHO, J.J. GOMES, *Direito Constitucional e Teoria...*, obra citada, p. 492).

¹⁹³ Nesse sentido, MARINONI, Luiz Guilherme. *Técnica Processual e Tutela dos Direitos*. São Paulo: Editora RT, 2004, p. 187 e ss.

¹⁹⁴ O reconhecimento dos direitos a prestações, englobando tanto as prestações sociais quanto as prestações fáticas e normativas necessárias para a proteção dos direitos e para a disciplina da organização e do procedimento, revela a insuficiência das concepções liberais de liberdade e igualdade formais, impondo ao Estado o dever de adotar uma postura ativa voltada à realização da dignidade do ser humano e à igualdade material entre eles. Como pondera INGO SARLET, “os direitos a prestações de modo geral (em sentido amplo e restrito) se encontram a serviço de uma concepção globalizante e complexa do ser humano e de sua posição no e perante o Estado, que justamente parte do pressuposto de que a proteção da igualdade e liberdade apenas faz sentido quando não limitada a uma dimensão meramente jurídico-formal, mas, sim, enquanto concebida como igualdade de oportunidades e liberdade real de exercício da autonomia individual e de efetiva possibilidade de participação na formação da vontade estatal e nos recursos colocados à disposição da comunidade” (SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia...*, obra citada, p. 193).

Nesse cenário, a doutrina moderna constatou que uma mesma norma de direito fundamental exerce diversas funções na ordem jurídica, não mais se restringindo à clássica função de direito de defesa contra os Poderes Públicos.

O reconhecimento da multifuncionalidade dos direitos fundamentais teve por base a teoria dos quatro *status* de JELLINEK.¹⁹⁵

O *status*, para JELLINEK, seria uma espécie de estado ou situação jurídica no qual se encontra o indivíduo na sua relação com o Estado. Os quatro *status* em que o cidadão pode ser enquadrado são os seguintes: *status* passivo ou *subjectionis*, *status* negativo ou *libertatis*, *status* positivo ou *civitatis* e *status* ativo ou da cidadania ativa. No âmbito do *status* passivo (ou *status subjectionis*), o indivíduo se encontra frente ao Estado numa posição de sujeição, sendo detentor apenas de deveres, decorrentes dos mandamentos e proibições emanados do Estado. O *status* negativo (ou *status libertatis*) consiste numa esfera de liberdade individual, que não está sujeita ao poder de império do Estado. No *status* positivo (ou *status civitatis*), o indivíduo possui pretensões positivas frente ao Estado, podendo dele exigir determinadas ações positivas. Ao *status* positivo do cidadão corresponde o *status* passivo do Estado. É aqui que se poderiam enquadrar os direitos a prestações sociais. O quarto *status* de JELLINEK corresponde ao *status activus*, que compreende as competências do indivíduo voltadas para a sua participação ativa na formação da vontade estatal, como, por exemplo, o direito de voto.¹⁹⁶

¹⁹⁵ Cf. ALEXY, Robert. *Teoria de Los Derechos...*, obra citada, p. 247 e ss.

¹⁹⁶ Essa teoria dos quatro *status* de JELLINEK vem sofrendo diversas críticas pela doutrina mais moderna. ROBERT ALEXY, acompanhado por INGO SARLET, alerta, por exemplo, para a necessidade de uma releitura do *status negativus* de JELLINEK. Uma vez que, para ele, as liberdades do indivíduo no *status negativus* são exercidas apenas no âmbito da lei, encontrando-se à disposição do legislador, essa concepção deve ser adaptada para o direito constitucional atual, onde não mais se concebe que as liberdades individuais estejam sujeitas à legislação infraconstitucional. A liberdade é protegida contra quaisquer intervenções inconstitucionais, estando o legislador vinculado às liberdades e aos direitos fundamentais (ALEXY, Robert. *Teoria de Los Derechos...*, obra citada). INGO SARLET fala também da necessidade de se reconhecer um *status positivus socialis*, consagrando-se os direitos sociais, econômicos e culturais de natureza prestacional (SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia...*, obra citada).

A teoria dos quatro *status* de JELLINEK foi sendo, ao longo do tempo, complementada pela doutrina, adaptando-se às funções que atualmente são atribuídas aos direitos fundamentais. E, na medida em que sofre críticas e reparos, vem servindo como referencial para a classificação dos direitos fundamentais com base no critério funcional.

Segundo CANOTILHO¹⁹⁷, os direitos fundamentais exercem quatro funções, quais sejam, a função de defesa, a função de prestação social, a função de proteção perante terceiros e a função de não discriminação.

A primeira corresponde à função de defesa da pessoa perante os poderes do Estado. Nessa seara, os direitos fundamentais cumprem a função de direitos de defesa dos cidadãos sob uma dupla perspectiva: (1) num plano jurídico-objetivo, impedem as ingerências dos poderes públicos na esfera jurídica individual; (2) num plano jurídico-subjetivo, implicam o poder de exercer positivamente direitos fundamentais (liberdade positiva) e de exigir omissões dos poderes públicos (liberdade negativa).

A função de prestação social consiste no direito do particular de obter prestações através do Estado.

A função de proteção perante terceiros corresponde ao dever do Estado de proteger os titulares de direitos fundamentais perante terceiros. A relação que aqui se estabelece é entre o titular do direito fundamental e outros indivíduos também titulares de direitos fundamentais.

E, finalmente, a função de não discriminação diz respeito ao dever do Estado de tratar igualmente os seus cidadãos. Essa função abrange todos os direitos. É

¹⁹⁷ CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria...*, obra citada, p. 407 e ss.

com base nela que se discute o problema das quotas e das ações afirmativas tendentes a compensar a desigualdade de oportunidades.

A classificação funcional formulada por ALEXY vincula-se a uma concepção dos direitos fundamentais como direitos subjetivos, que se distinguem de normas meramente objetivas, e podem englobar as seguintes posições jurídicas fundamentais: i) direitos a algo, ii) liberdades e iii) competências.¹⁹⁸ Assim é que os direitos fundamentais, para o constitucionalista alemão¹⁹⁹, dividem-se em direitos de defesa e direitos a prestações.

Enquanto os direitos de defesa (*status negativus*) se dirigem, em princípio, a uma posição de respeito e abstenção por parte dos poderes públicos, os direitos a prestações, que, de um modo geral, podem ser reconduzidos ao *status positivus* de JELLINEK, implicam uma postura ativa do Estado, no sentido de que este se encontra obrigado a colocar à disposição dos indivíduos prestações de natureza jurídica e material (fática). Assim, todo direito a um ato positivo, ou seja, a uma ação do Estado, é um direito a uma prestação. As ações positivas do Estado que podem ser objeto de um direito a prestação se estendem desde a proteção do cidadão frente a terceiros através de normas de direito penal, passando pela edição de normas de organização e procedimento, até prestações em dinheiro e em bens.

ALEXY divide os direitos a prestações em direitos a prestações em sentido amplo e direitos a prestações em sentido estrito. Esses últimos correspondem aos direitos às prestações sociais²⁰⁰, enquanto os primeiros subdividem-se em: direitos à proteção e direitos à organização e ao procedimento.

¹⁹⁸ Para uma análise mais detalhada, ver ALEXY, Robert. *Teoría de Los Derechos...*, obra citada, p. 186 e ss.

¹⁹⁹ ALEXY, Robert. *Teoría de Los Derechos...*, obra citada, p. 419 e ss. INGO SARLET apresenta uma proposta de classificação funcional dos direitos fundamentais seguindo o modelo classificatório defendido por ALEXY, destacando que a inclusão dos direitos fundamentais no grupo dos direitos de defesa ou no dos direitos a prestação “se baseia no critério da predominância do elemento defensivo ou prestacional, já que os direitos de defesa podem, por vezes, assumir uma dimensão prestacional, e vice-versa” (SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia...*, obra citada, p. 169).

²⁰⁰ Na definição de ALEXY, “los derechos a prestaciones en sentido estricto son derechos del individuo frente al Estado a algo que – si el individuo poseyera medios financieros suficientes y si encontrase en el mercado una

Os direitos à proteção, segundo ALEXY²⁰¹, correspondem aos direitos do indivíduo frente ao Estado para que este o proteja contra ingerências de terceiros. Nas palavras de ALEXY, “*los derechos a protección son derechos subjetivos constitucionales frente al Estado para que éste realice acciones positivas fácticas o normativas que tienen como objeto la delimitación de las esferas de sujetos jurídicos de igual jerarquía como así también la impositibilidad y la imposición de esta demarcación*”.²⁰² Ou seja, um bem protegido por normas de direito fundamental como direito de defesa, também se protege das ameaças provenientes de outros cidadãos ou de outros sujeitos de direito internacional.²⁰³

Essa proteção pode se realizar de diversas maneiras, seja através de normas penais, de normas de direito processual, de atos administrativos, ou mediante uma atuação concreta dos poderes públicos. Cabe ao Estado a opção discricionária da maneira que considerar mais adequada e oportuna para a efetivação do seu dever de proteção, de acordo com as diferentes alternativas de ação existentes e os meios disponíveis.

Já os direitos à organização e ao procedimento, na classificação de ALEXY²⁰⁴, compreendem tanto os direitos à emissão de determinadas normas procedimentais, dirigidas ao legislador, quanto os direitos a uma interpretação e aplicação concreta das normas procedimentais existentes em conformidade com a Constituição, dirigidos ao juiz.

oferta suficiente – podría obtenerlo también de particulares” (ALEXY, Robert. *Teoría de Los Derechos...*, obra citada, p. 482).

²⁰¹ ALEXY, Robert. *Teoría de Los Derechos...*, obra citada, p. 435.

²⁰² ALEXY, Robert. *Teoría de Los Derechos...*, obra citada, p. 436.

²⁰³ INGO SARLET afirma que o reconhecimento dos deveres de proteção é reflexo da perspectiva jurídico-objetiva dos direitos fundamentais. Ao Estado, em decorrência do dever geral de efetivação dos direitos fundamentais, incumbe zelar pela proteção dos direitos fundamentais dos indivíduos, tanto contra as ingerências indevidas por parte dos poderes públicos, como também contra agressões praticadas por particulares e até por outros Estados. Esse dever gera a obrigação do Estado de adotar medidas positivas com vista a garantir e proteger de forma efetiva a fruição dos direitos fundamentais (SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia...*, obra citada, p. 149/150).

²⁰⁴ ALEXY, Robert. *Teoría de Los Derechos...*, obra citada.

Dentre os direitos a organização e procedimento²⁰⁵, impende destacar os direitos aos procedimentos judiciais ou administrativos, ou ao procedimento em sentido estrito, dada a sua relevância para o desenvolvimento do tema da tutela jurisdicional efetiva.

Esses direitos ao procedimento em sentido estrito consistem, na formulação de ALEXY, nos direitos a uma “proteção jurídica efetiva”. Para que uma proteção jurídica seja efetiva, o resultado do procedimento deve garantir os direitos materiais do respectivo titular do direito. As exigências jusfundamentais do procedimento, segundo ALEXY, não podem substituir as exigências jusfundamentais do resultado. Todavia, ainda quando o procedimento não assegura a conformidade do resultado, ele aumenta a probabilidade de que o resultado seja conforme ao direito fundamental. Daí a importância dos procedimentos como meio para a proteção dos direitos fundamentais.²⁰⁶

ALEXY salienta que os direitos ao procedimento em sentido estrito servem para a proteção de posições jurídicas existentes frente ao Estado e a terceiros. Por isso, eles podem ser tratados também como direitos a proteção.²⁰⁷

²⁰⁵ Além dos direitos aos procedimentos judiciais e administrativos (procedimento em sentido estrito), ALEXY distingue ainda outros três grupos de direitos a organização e procedimento, considerando o seu objeto: 1) competências de direito privado; 2) organização em sentido estrito; 3) formação da vontade estatal. Os direitos a competência de direito privado são direitos frente ao Estado para que este formule normas que são constitutivas para as ações jurídicas de direito privado, criando, modificando e eliminando posições jurídicas privadas. Essas normas correspondem aos “institutos jurídicos”, tendo como exemplo as normas de direito dos contratos, da propriedade, do matrimônio, do direito sucessório e de associação. Os direitos a organização em sentido estrito do indivíduo frente ao legislador são direitos a que este edite normas de organização conformes ao direito fundamental, regulando a cooperação de pessoas orientada a determinados fins. Trata-se de exigências fundamentais a matérias jurídicas tais como o direito universitário e o direito de radiodifusão. Os direitos de formação da vontade estatal são direitos frente ao Estado a que este, através da legislação ordinária, institua procedimentos que possibilitem uma participação na formação da vontade estatal. Como exemplo, cita-se a competência para votar (ALEXY, Robert. *Teoría de Los Derechos...*, obra citada, p. 467 e ss.).

²⁰⁶ ALEXY, Robert. *Teoría de Los Derechos...*, obra citada, p. 473. CANOTILHO vislumbra na “participação no e através do procedimento” não apenas a função de garantia, mas também de integração e complementação do direito material. Nessa linha, “o direito procedimental/processual não é apenas um meio adequado de realização de um direito subjectivo-material preexistente, pois a relação entre direito processual/procedimental não se reduz a uma relação de meio/fim, antes se reconduz a uma relação de integração” (CANOTILHO, J.J. Gomes. *Tópicos de um Curso de Mestrado sobre Direitos Fundamentais, Procedimento, Processo e Organização*. In: Boletim da Faculdade de Direito. Universidade de Coimbra, v. LXVI, 1990, p. 158).

²⁰⁷ ALEXY, Robert. *Teoría de Los Derechos...*, obra citada, p. 474.

Os direitos à participação na organização e procedimento exigem uma participação direta dos cidadãos nas organizações, o que se daria através de procedimentos.²⁰⁸ Os cidadãos não podem permanecer afastados das organizações e dos processos de decisão, dos quais depende afinal a realização dos seus direitos.²⁰⁹

Reconhece-se, portanto, que as prestações estatais na esfera organizacional e procedimental são essenciais para a fruição e efetividade de outros direitos fundamentais.

Uma vez admitida a multifuncionalidade dos direitos fundamentais, impera destacar as diferentes funções exercidas pelo direito fundamental de ação.

Primeiramente, há que se enfatizar a função de proteção que se revela evidente no direito de ação, na medida em que assegura ao cidadão a obtenção da tutela jurisdicional do Estado apta a proteger o seu direito ameaçado ou violado.²¹⁰

Ao discorrer sobre o “*dever de uma garantia jurisdicional de justiça a cargo do Estado*”, CANOTILHO assevera:

Este dever resulta não apenas do texto da constituição, mas também de um princípio geral (“de direito”, das “nações civilizadas”) que impõe um dever de protecção através dos tribunais como um corolário lógico: (1) do monopólio de coacção física legítima por parte do Estado; (2) do dever de manutenção da paz jurídica num determinado território; (3) da proibição de autodefesa a não ser em circunstâncias excepcionais definidas na Constituição e na lei.²¹¹

²⁰⁸ CANOTILHO propõe a seguinte definição de procedimento: “procedimento é um complexo de actos juridicamente ordenado de tratamento e obtenção de informação que se estrutura e desenvolve sob a responsabilidade de titulares dos poderes públicos e serve para a preparação da tomada de decisões (legislativas, jurisdicionais, administrativas)” (CANOTILHO, J.J. Gomes. *Tópicos de...*, obra citada, p. 163).

²⁰⁹ Impende destacar a formulação de HÄBERLE acerca da existência de um *status activus processualis*, admitindo que a participação no procedimento de decisão exprime o exercício de um direito fundamental. Esse *status activus processualis* expressa a idéia de que “o cidadão, ao desfrutar de instrumentos jurídico-processuais possibilitadores de uma influência directa no exercício das decisões dos poderes públicos que afectam ou podem afectar os seus direitos, garante a si mesmo um espaço de real liberdade e de efectiva autodeterminação no desenvolvimento de sua personalidade” (cf. CANOTILHO, J.J. Gomes. *Tópicos de...*, obra citada, p. 155).

²¹⁰ Consoante leciona LUIZ GUILHERME MARINONI, “a ação, diante do direito à protecção estatal dos direitos fundamentais, tem grande importância para evitar a violação da norma de protecção ou para eliminar os efeitos concretos produzidos pelo ato que a violou e, ainda, para remediar a omissão de protecção do administrador e a própria omissão de protecção do legislador” (MARINONI, Luiz Guilherme. *Curso de Processo Civil...*, obra citada, p. 204).

²¹¹ CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria...*, obra citada, p. 492/493.

Nessa perspectiva, CANOTILHO concebe o direito de ação sob dupla dimensão: de um lado, como direito de defesa frente aos tribunais e contra atos do poder público; de outro lado, como um direito de proteção contra a violação de direitos por terceiros, oponível contra o Estado, dando origem a um dever de proteção do Estado, ao lado do direito do particular de exigir essa proteção.²¹²

Segundo o escólio de ALEXY, as formas de proteção conferidas pelos direitos fundamentais são variadas, podendo se dar através de normas de direito material, de direito processual, de ações administrativas e de atuações fáticas. Consoante define o autor, “*los derechos a protección son derechos subjetivos constitucionales frente al Estado para que éste realice acciones positivas fácticas o normativas que tienen como objeto la delimitación de las esferas de sujetos jurídicos de igual jerarquía como así también la imposibilidad y la imposición de esta demarcación*”.²¹³

Mais adiante, sintetiza o constitucionalista alemão: “*Los derechos a protección son, pues, derechos constitucionales a que el Estado organice y maneje el orden jurídico de una determinada manera por lo que respecta a la relación recíproca de sujetos jurídicos iguales*”.²¹⁴

Para que seja satisfeito esse direito à proteção preconizado por ALEXY, não serão suficientes as normas de conteúdo material. Será necessário também que normas processuais estruturem procedimentos aptos a dar efetiva proteção ao direito material. Conforme pontifica LUIZ GUILHERME MARINONI: “Isso quer dizer que o direito à proteção dos direitos fundamentais tem como corolário o direito à preordenação das técnicas adequadas à efetividade da tutela jurisdicional, as quais não são mais do que respostas do Estado ao seu dever de proteção”.²¹⁵

²¹² CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria...*, obra citada, p. 491.

²¹³ ALEXY, Robert. *Teoría de Los Derechos...*, obra citada, p. 436.

²¹⁴ ALEXY, Robert. *Teoría de Los Derechos...*, obra citada, p. 436.

²¹⁵ MARINONI, Luiz Guilherme. *Técnica Processual...*, obra citada, p. 186.

Todavia, o direito à proteção oponível contra o Estado não é dirigido somente ao legislador, mas também ao juiz. Com efeito, ao lado do dever do legislador de instituir normas de direito material e técnicas processuais adequadas à tutela dos direitos encontra-se também o dever do juiz de, ao proferir sua decisão, dar proteção efetiva aos direitos fundamentais.

Nesse sentido posiciona-se LUIZ GUILHERME MARINONI, que adverte:

Todavia, o direito à tutela jurisdicional não só requer a consideração dos direitos de participação e de edição de técnicas processuais adequadas, como se dirige à obtenção de uma prestação do juiz. Essa prestação do juiz, assim como a lei, também pode significar, em alguns casos, concretização do dever de proteção do Estado em face dos direitos fundamentais. A diferença é que a lei é resposta abstrata do legislador, ao passo que a decisão é resposta do juiz diante do caso concreto. Ou seja, há direito, devido pelo Estado-legislador, à edição de normas de direito material de proteção, assim como de normas de direito instituidoras de técnicas processuais capazes de propiciar efetiva proteção. Mas o Estado-Juiz também possui dever de proteção, que realiza no momento em que profere a sua decisão a respeito dos direitos fundamentais.²¹⁶

A par da função de proteção, destaca-se outra relevante função do direito de ação, que consiste em viabilizar a participação do cidadão na esfera política, servindo como importante instrumento para a concretização dos ideais democráticos.

Nesse passo, o direito de ação, visto como direito político, confere ao titular o direito de participar do exercício do poder estatal, através da jurisdição.²¹⁷ Daí a importância de se estender o rol dos entes legitimados para agir no âmbito das ações coletivas, nas quais revela-se bastante acentuado o caráter de participação do cidadão na gestão da coisa pública.²¹⁸

²¹⁶ MARINONI, Luiz Guilherme. *Técnica Processual...*, obra citada, p. 186/187.

²¹⁷ INGO SARLET situa o direito de acesso à justiça previsto no artigo 5º, XXXV, da Constituição Federal como “típico direito prestacional *lato sensu*”, mais precisamente como direito à participação na organização e procedimento (SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia...*, obra citada, p. 199/200).

²¹⁸ Defendendo a necessidade de ampliação da legitimação ativa na ação popular, na ação civil pública e na ação direta de inconstitucionalidade, como exigência inerente à democracia participativa, ver MARINONI, Luiz Guilherme. *Novas Linhas...*, obra citada, p. 201.

CARLOS ALBERTO ÁLVARO DE OLIVEIRA registra que “a participação no processo para a formação da decisão constitui, de forma imediata, uma posição subjetiva inerente aos direitos fundamentais, portanto é ela mesma o exercício de um direito fundamental. Tal participação, além de constituir exercício de um direito fundamental, não se reveste apenas de caráter formal, mas deve ser qualificada substancialmente”.²¹⁹

Mais adiante, o ilustre processualista destaca o importante papel do processo na “formação do direito”:

(...) a participação no processo e pelo processo já não pode ser visualizada apenas como instrumento funcional de democratização ou realizadora do direito material e processual, mas como dimensão intrinsecamente complementadora e integradora dessas mesmas esferas. O próprio processo passa, assim, a ser meio de formação do direito, seja material, seja processual. Tudo isso se potencializa, quando se atenta em que o processo deve servir para a produção de decisões conforme a lei, corretas a esse ângulo visual, mas, além disso, dentro do marco dessa correção, presta-se essencialmente para a produção de decisões justas.²²⁰

Pode-se vislumbrar, ainda, a função de defesa exercida pelo direito fundamental de ação, na medida em que protege o particular contra investidas do Estado tendentes a vedar ou a dificultar o acesso à justiça, obstaculizando a apreciação pelo Poder Judiciário de uma lesão ou ameaça de lesão afirmada pelo cidadão. Portanto, a despeito da dimensão prestacional do direito de ação ser muito mais evidente, não se pode negar a existência de uma face defensiva preocupada em combater abusos do Poder Público, tão temidos e combatidos desde a época do Estado Liberal.

Cumprido, por fim, salientar a importante função publicística desempenhada pelo direito de ação, enquanto instrumento através do qual o Estado exerce a jurisdição e, conseqüentemente, logra atingir os seus escopos.²²¹ É lícito

²¹⁹ OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de. *O Processo Civil na Perspectiva dos Direitos Fundamentais*. Revista de Processo, nº 113, janeiro-fevereiro de 2004, p. 17.

²²⁰ OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de. *O Processo Civil...*, obra citada, p. 18.

²²¹ Nesse sentido, MARINONI, Luiz Guilherme. *Novas Linhas...*, obra citada, p. 199.

afirmar que somente a tutela jurisdicional prestada de maneira efetiva pode contribuir para que se alcance a pacificação social com justiça.²²²

Como se vê, as múltiplas funções exercidas pelo direito fundamental de ação evidenciam o seu importante papel como garantia individual do cidadão voltada à proteção dos demais direitos consagrados pelo ordenamento jurídico, além de servir como instrumento para o exercício da jurisdição, abrindo um relevante e indispensável canal de acesso para a participação do cidadão no exercício do poder.

3.5 EFICÁCIA DO DIREITO FUNDAMENTAL DE AÇÃO

A Constituição Federal de 1988 disciplina a aplicabilidade dos direitos fundamentais no §1º do artigo 5º, que dispõe: “As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”.

Consoante preleciona INGO SARLET, “apesar de inexistir norma constitucional destituída de eficácia jurídica, o fato é que o princípio da aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais diferencia – no sentido de uma juridicidade reforçada – esta categoria específica das normas constitucionais, outorgando-lhes, de tal sorte, uma qualidade comum e distintiva”.²²³

Fez questão, portanto, o constituinte, de realçar a autoaplicabilidade dos direitos fundamentais²²⁴, tornando incontroversa a sua aptidão para produzir efeitos imediatamente²²⁵, independentemente da intermediação do legislador ordinário. Esse,

²²² Nessa esteira, JOSÉ ROBERTO DOS SANTOS BEDAQUE observa que a efetividade do processo não se volta apenas “ao interesse privado das partes”, mas realiza também o “escopo de atuação da regra material e de pacificação social” (BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Garantia da Amplitude...*, obra citada, p. 163).

²²³ SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia...*, obra citada, p. 79.

²²⁴ Sustentando a aplicabilidade imediata de todos os direitos fundamentais, não apenas daqueles constantes do Catálogo dos artigos 5ª a 17 da Constituição Federal, mas também daqueles dispersos no texto constitucional, bem como os previstos em tratados internacionais, ver SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia...*, obra citada, p. 241.

²²⁵ Consoante adverte JOSÉ CARLOS VIEIRA DE ANDRADE, “a aplicabilidade directa dos preceitos relativos aos direitos, liberdades e garantias não visa, quanto a nós, apenas garantir a prevalência destes preceitos ao nível

ao contrário, ao lado dos demais poderes do Estado, é que tem a sua atuação condicionada à observância e concretização dos direitos fundamentais.

Tal como pondera INGO SARLET, “o postulado da aplicabilidade imediata das normas de direitos fundamentais (art. 5º, §1º, da CF) pode ser compreendido como um mandado de otimização de sua eficácia, pelo menos no sentido de impor aos poderes públicos a aplicação imediata dos direitos fundamentais, outorgando-lhes, nos termos desta aplicabilidade, a maior eficácia possível”.²²⁶ Decorre daí a eficácia vinculante dos direitos fundamentais, que se manifesta tanto no sentido negativo, impedindo os Poderes Públicos de investirem contra o sentido e a finalidade da norma de direito fundamental, quanto no sentido positivo, impondo a sua atuação para a concretização dos direitos fundamentais.²²⁷

Desse modo, há que se concluir que tanto o Poder Executivo, como o Legislativo e o Judiciário, devem respeitar e dar efetividade aos direitos fundamentais, seja abstendo-se de intervir na fruição dos direitos de liberdade pelos cidadãos, seja mediante uma atuação positiva que dê efetiva concretização aos direitos que exigem uma prestação estatal. Qualquer atuação incompatível com a realização dos direitos fundamentais será fulminada pelo vício de inconstitucionalidade.

No que pertine especificamente ao direito de ação, a conclusão não é diversa. Assim, toda atuação estatal deve estar vinculada à sua plena concretização, de forma a possibilitar a entrega ao jurisdicionado de uma tutela jurisdicional efetiva, tempestiva e adequada ao direito material afirmado. Nessa ordem de idéias, tem-se que tanto o Poder Legislativo, como o Judiciário e o Executivo, têm o dever constitucional de realizar adequadamente o direito fundamental de ação, com a observância de todas as garantias asseguradas pela Constituição.

da validade, mas também ao nível da aplicação, incluindo, portanto, sua eficácia imediata” (ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os Direitos Fundamentais...*, obra citada, p. 256).

²²⁶ SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia...*, obra citada, p. 326.

²²⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia...*, obra citada, p. 327.

Ao Poder Legislativo incumbe editar normas processuais que instituem técnicas idôneas a viabilizar a tutela efetiva do direito material.²²⁸

FREDIE DIDIER JR. observa que a “construção do procedimento deve ser feita tendo-se em vista a natureza e as idiossincrasias do objeto do processo a que servirá; o legislador deve atentar para estas circunstâncias, pois um procedimento inadequado ao direito material pode importar verdadeira negação da tutela jurisdicional”.²²⁹

A competência para instituir normas processuais consiste, na verdade, num poder-dever do legislador de estruturar o processo de molde a dar concretude aos princípios constitucionais da efetividade e tempestividade da tutela jurisdicional²³⁰, aparelhando técnicas processuais capazes de realizar o direito material reclamado pelo autor, independentemente da sua existência no plano concreto. Isso porque a simples afirmação do direito em juízo já se constitui em objeto de proteção pela Constituição Federal, que assegura a observância das garantias constitucionais em todo e qualquer processo judicial, independentemente da existência do direito afirmado.

Na esteira do pensamento de LUIZ GUILHERME MARINONI, “a ausência de técnica processual adequada para certo caso conflitivo concreto, representa hipótese de omissão que atenta contra o direito fundamental à efetividade da tutela jurisdicional”.²³¹

Como corolário do dever imposto ao Poder Legislativo de instituir técnicas processuais que dêem concretização ao direito de ação, pode-se afirmar que,

²²⁸ “As normas – constitucionais, internacionais e legais – garantidoras da *abertura* da via judiciária devem assegurar a *eficácia* da proteção jurisdicional”, afirma CANOTILHO. A garantia da proteção jurisdicional não pode ser negada em face da ausência de “determinação legal da via judicial adequada” (CANOTILHO, J.J. GOMES, *Direito Constitucional e Teoria...*, obra citada, p. 493).

²²⁹ DIDIER JR., Fredie. *Sobre dois importantes...*, obra citada, p. 532.

²³⁰ Reforçando esse dever de legislar, o artigo 7º da Emenda Constitucional nº 45/2004 dispôs: “O Congresso Nacional instalará, imediatamente após a promulgação desta Emenda Constitucional, comissão especial mista, destinada a elaborar, em cento e oitenta dias, os projetos de lei necessários à regulamentação da matéria nele tratada, bem como promover alterações na legislação federal objetivando tornar mais amplo o acesso à Justiça e mais célere a prestação jurisdicional”.

toda e qualquer lei que determine a realização de atos processuais que ensejem o retardamento indevido do processo ou, de alguma forma, venha a obstaculizar a efetividade da tutela jurisdicional sem respaldo no princípio da razoabilidade, revela-se inconstitucional.

A implementação do direito de ação pressupõe também uma prestação do juiz, ao qual se impõe o dever de bem conduzir o processo e determinar as providências necessárias para tornar efetiva a tutela jurisdicional. Para tanto, deverá ele interpretar a norma processual existente de forma a extrair dela a máxima potencialidade em favor da adequada realização do direito de ação.

Mais do que isso, a autoaplicabilidade imediata dos direitos fundamentais em face de todos os Poderes do Estado permite afirmar que o dever do juiz de entregar ao autor uma prestação jurisdicional efetiva e adequada impõe-se independentemente da disciplina normativa estabelecida pelo legislador. Isso implica reconhecer que, mesmo na hipótese de omissão do legislador ou de insuficiência da técnica processual instituída para atingir o fim almejado, ainda assim subsiste o dever do Poder Judiciário de atuar de forma a suprir as deficiências da lei.²³²

Conforme a lição de LUIZ GUILHERME MARINONI, “a norma do art. 5º, §1º, da CF já seria suficiente para demonstrar a tese de que o juiz não só deve interpretar a lei processual em conformidade com o direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva, como ainda deve concretizá-lo, por meio da via interpretativa, no caso de omissão ou de insuficiência de lei”.²³³

²³¹ MARINONI, Luiz Guilherme. *O direito à efetividade...*, obra citada, p. 306.

²³² Consoante sustenta CANOTILHO, a despeito dos Tribunais estarem mediatamente vinculados à lei, a vinculação imediata à Constituição impõe que, em face de conflito entre ambas, essa deva prevalecer em face daquela, o que se fará por meio: a) do controle judicial da constitucionalidade das leis; b) do “desenvolvimento jurisdicional a partir da Constituição”, que corresponde à criação do direito pelos juízes a partir da Constituição; c) da interpretação em conformidade com a Constituição (CANOTILHO, J.J. Gomes. *Tópicos de...*, obra citada, p. 196 e ss.). No mesmo sentido, INGO SARLET preconiza que os juízes dispõem “simultaneamente do poder e do dever de não aplicar os atos contrários à Constituição, de modo especial os ofensivos aos direitos fundamentais, inclusive declarando-lhes a inconstitucionalidade” (SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia...*, obra citada, p. 335).

Ao ressaltar a relevância do processo como instrumento voltado à proteção dos direitos consagrados pela Constituição, CARLOS ALBERTO ÁLVARO DE OLIVEIRA destaca que “não se trata mais, bem entendido, de apenas conformar o processo às normas constitucionais, mas de empregá-las no próprio exercício da função jurisdicional, com reflexo direto no seu conteúdo, naquilo que é decidido pelo órgão judicial e na maneira como o processo é por ele conduzido”.²³⁴

Por outro lado, impera reconhecer que o Poder Executivo, assim como os demais Poderes do Estado, também está adstrito ao cumprimento do direito fundamental de ação, mediante a realização de prestações fáticas voltadas a viabilizar o acesso do cidadão à ordem jurídica justa. Nesse sentido, pode-se citar a necessidade de se manter uma estrutura judiciária adequada, disponibilizando um efetivo de juízes em número compatível com o volume de processos distribuídos, além da implantação das medidas voltadas à diminuição das custas processuais e da assistência jurídica integral e gratuita.²³⁵

A análise da eficácia do direito fundamental de ação cingiu-se, até o presente momento, à perspectiva do Poder Público, ou seja, à chamada eficácia vertical. Todavia, importa considerar que a influência das normas de direito fundamental no sistema jurídico não se limita à relação entre o Poder Público e os particulares, podendo influir também nas relações jurídicas entre os particulares. Nesse caso, ambas as partes da relação jurídica são titulares de direitos fundamentais.²³⁶

²³³ MARINONI, Luiz Guilherme. *Técnica Processual...*, obra citada, p. 220/221.

²³⁴ OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de. *O Processo Civil...*, obra citada, p. 10.

²³⁵ “A garantia do acesso aos tribunais pressupõe também *dimensões de natureza prestacional*”, afirma CANOTILHO, “na medida em que o Estado deve criar órgãos judiciários e processos adequados (direitos fundamentais dependentes da organização e procedimento) e assegurar prestações (‘apoio judiciário’, ‘patrocínio judiciário’, dispensa total ou parcial de pagamento de custas e preparos), tendentes a evitar a denegação da justiça por insuficiência de meios económicos” (CANOTILHO, J.J. GOMES, *Direito Constitucional e Teoria...*, obra citada, p. 496/497). No mesmo sentido, JORGE MIRANDA ressalta: “para que a justiça não possa ser denegada ‘por insuficiência de meios económicos’, ela (*a Constituição*) impõe, outrossim, ao Estado *positivamente* que crie condições para que todas as pessoas singulares e colectivas tenham possibilidade efectiva de defender os seus direitos e interesses em tribunal (embora aqui a Constituição, ao invés do que acontece com outros direitos económicos, sociais e culturais, não predisponha incumbências específicas com vista à sua concretização)” (MIRANDA, Jorge. *A Tutela Jurisdicional dos Direitos Fundamentais em Portugal*. In: *Direito Constitucional: Estudos em Homenagem a Paulo Bonavides*. Eros Roberto Grau e Willis Santiago Guerra Filho (orgs.). 1ª ed., 2ª tiragem, São Paulo: Malheiros Editores, 2003, p. 302/303).

²³⁶ ALEXY, Robert. *Teoria de Los Derechos...*, obra citada, p. 511.

A eficácia dos direitos fundamentais nas relações entre particulares, também chamada de eficácia privada ou horizontal, constitui-se em objeto de significativas divergências doutrinárias, que são representadas por três teorias principais.²³⁷

A primeira teoria reconhece o seu efeito mediato nas relações entre particulares, na medida em que os direitos fundamentais, enquanto princípios objetivos, devem influir na interpretação do direito privado. Essa influência seria notada, sobretudo, na concreção das cláusulas gerais de direito privado, podendo até justificar, em casos especiais, decisões contrárias ao texto da lei. Não obstante a influência das normas de direito fundamental, as normas de direito privado não perderiam o seu caráter privatista. Para os partidários dessa teoria, a Constituição, ao proteger os direitos fundamentais, não gera diretamente direitos subjetivos aos particulares com eficácia nas relações privadas que mantêm entre si. Seria a atuação do legislador quem trasladaria os valores subjacentes aos direitos fundamentais às normas de direito privado. Essa eficácia mediata faz nascer para o juiz o dever de ter em conta os direitos fundamentais ao interpretar as normas de direito privado.

A segunda teoria sustenta que os direitos fundamentais têm efeito imediato nas relações entre particulares. Para essa corrente, as normas de direito fundamental não se restringem a afetar as relações entre os cidadãos através da interpretação das normas de direito privado como decorrência da sua natureza de princípio objetivo, mas atuam diretamente sobre os direitos privados subjetivos do indivíduo. Os direitos fundamentais têm um efeito absoluto, diretamente normativo, que modifica as normas de direito privado existentes ou criam outras normas novas. Significa, portanto, que os direitos fundamentais vinculariam diretamente os particulares, fazendo nascer direitos e deveres sem a necessidade de edição de lei pelo Poder Legislativo.

²³⁷ Cf. ALEXY, Robert. *Teoria de Los Derechos...*, obra citada, p. 511 e ss.

Defendendo a eficácia imediata dos direitos fundamentais sobre os particulares, RAFAEL NARANJO DE LA CRUZ preconiza:

*El análisis de los derechos fundamentales pasa de este modo a un primer plano, lo que implica que su estudio no se va a realizar únicamente en función de su relación con el Estado, sino que va a predominar la consideración de la dignidad y la libertad de la persona como núcleo central del ordenamiento, sobre el que ha de girar toda la vida jurídica, y a cuyo respeto están obligados, no sólo los poderes públicos, sino también todas las personas.*²³⁸

Mais adiante, fundamenta o mesmo autor: “*La negación de la incidencia de los derechos fundamentales en el espacio constituido por las relaciones privadas es una reminiscencia de este pensamiento liberal, que asignaba la regulación de la actuación del Estado al Derecho constitucional y reservaba al Derecho privado lo relativo al régimen jurídico de aquéllas*”.²³⁹

A Constituição portuguesa, aderindo à teoria da eficácia imediata dos direitos fundamentais sobre os particulares, afirma expressamente no art. 18, I, que “os preceitos constitucionais respeitantes aos direitos, liberdades e garantias são directamente aplicáveis e vinculam as entidades públicas e privadas”.

Consoante observa RAFAEL NARANJO DE LA CRUZ, a Constituição espanhola não contém preceito exposto sobre a vinculação dos particulares aos direitos fundamentais. Todavia, da análise conjunta de determinados preceitos constitucionais, pode-se deduzir a possibilidade da aplicação imediata dos direitos fundamentais nas relações entre particulares. Tanto a doutrina como a jurisprudência espanholas reconhecem aos direitos fundamentais a dupla condição de direito

²³⁸ LA CRUZ, Rafael Naranjo de. *Los Límites de los Derechos Fundamentales en las Relaciones entre Particulares: la Buena Fé*. Madrid: Boletín Oficial Del Estado y Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2000, p. 196.

²³⁹ LA CRUZ, Rafael Naranjo de. *Los Límites...*, obra citada, p. 198/199. CANARIS refuta a teoria da eficácia imediata em relação a terceiros, reconhecendo que os direitos fundamentais produzem efeitos perante os particulares de maneira mediata. Todavia, ao contrário do que sustenta a doutrina majoritária, afirma que a incidência de efeitos dos direitos fundamentais sobre os sujeitos privados não é decorrência da sua “eficácia de irradiação”, mas da função que exercem como imperativos de tutela. Nas palavras do autor, “o dever do Estado de proteger um cidadão perante outro cidadão, contra uma lesão dos seus bens garantidos por direitos fundamentais, deve ser satisfeito também – e justamente – ao nível do direito privado” (CANARIS, Claus-Wilhelm. *Direitos Fundamentais e Direito Privado*. Trad. de Ingo Wolfgang Sarlet e Paulo Mota Pinto. Coimbra: Almedina, 2003, p. 133).

subjetivo e de componente objetivo do ordenamento jurídico. Em razão disso, sustenta o autor, a normatividade imediata da Constituição no que respeita aos direitos fundamentais afeta a todos os setores do ordenamento, ou melhor, a todas as relações reguladas pelos mais diversos ramos do direito, sem necessidade de intermediação do legislador.²⁴⁰

De acordo com a terceira teoria, os efeitos sobre as relações entre os particulares decorrem da sujeição do Estado aos direitos fundamentais enquanto direitos subjetivos públicos.

ALEXY ressalta a incompletude de cada uma dessas teorias para explicar os efeitos dos direitos fundamentais em relação a terceiros. Propõe, então, um quarto modelo teórico que abarque todos os aspectos analisados pelas três teorias.²⁴¹

Esse modelo divide-se em três níveis, entre os quais se estabelece uma relação de reciprocidade. O primeiro nível é o dos deveres do Estado, no qual se situa a teoria do efeito mediato em terceiros. O Estado está obrigado a considerar as normas jusfundamentais, enquanto princípios objetivos, tanto na legislação como na jurisprudência civil. O segundo nível compreende os direitos frente ao Estado. Da relação entre o primeiro e o segundo níveis depreende-se que, ao violar o dever de ter em conta a ordem valorativa jusfundamental na interpretação e aplicação das normas de direito civil, o juiz lesiona direitos fundamentais sob a forma de direitos subjetivos. Esses direitos lesionados constituem-se em direitos do cidadão frente à administração da justiça, ou seja, frente ao Estado. O terceiro nível é o das relações jurídicas entre os sujeitos privados. Os princípios jusfundamentais conduzem a direitos e deveres em relações entre iguais. O efeito imediato em terceiros resulta da teoria dos efeitos mediatos em terceiros e dos efeitos em terceiros através da mediação do Estado.

²⁴⁰ LA CRUZ, Rafael Naranjo de. *Los Límites...*, obra citada, p. 210/211. Contra essa teoria, argumenta-se que a autonomia da vontade, como valor constitucionalmente protegido, impossibilita uma eficácia absoluta das normas de direitos fundamentais, própria das relações entre particulares e Estado. Outro argumento seria a independência do direito privado frente às normas constitucionais de direito fundamental.

²⁴¹ ALEXY, Robert. *Teoría de Los Derechos...*, obra citada, p. 515 e ss.

Na esteira do pensamento de ALEXY, o efeito imediato nas relações entre particulares só pode ser compreendido a partir dos outros dois níveis. Todos os níveis existem ao mesmo tempo, cada qual refletindo uma faceta do mesmo objeto. Nenhum deles tem primazia sobre os demais, e a definição de qual será adotado na fundamentação jurídica de cada caso concreto diz respeito a uma “questão de funcionalidade”.

A Constituição brasileira, ao contrário do que fez o texto constitucional português, não previu expressamente a vinculação das entidades privadas aos direitos fundamentais.

Por isso, as resistências doutrinárias para admitir-se a eficácia imediata dos direitos fundamentais sobre os particulares ainda são significativas. Todavia, não há como se negar ao menos a existência de uma eficácia mediata ou indireta no âmbito privado, como decorrência da eficácia irradiante inerente à perspectiva objetiva dos direitos fundamentais. Na lição de INGO SARLET, “isto significa, em última análise, que as normas de direito privado não podem contrariar o conteúdo dos direitos fundamentais, impondo-se uma interpretação das normas privadas (infraconstitucionais) conforme os parâmetros axiológicos contidos nas normas de direitos fundamentais, o que habitualmente ocorre quando se trata de aplicar conceitos indeterminados e cláusulas gerais do direito privado”.²⁴²

Há que se destacar ainda, na esteira do pensamento do mesmo autor, a necessidade de se equacionar o conflito eventualmente instaurado entre os direitos fundamentais e o princípio da autonomia privada, mediante uma ponderação no caso concreto dos valores envolvidos, buscando uma solução harmônica que acarrete o menor sacrifício possível do direito preterido.²⁴³

²⁴² SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia...*, obra citada, p. 343.

²⁴³ SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia...*, obra citada, p. 344.

Analisadas as principais correntes doutrinárias acerca da eficácia horizontal dos direitos fundamentais, chegou o momento de se verificar se o direito fundamental de ação incide sobre os particulares, e, em caso positivo, examinar de que maneira isso ocorre, ou seja, se de forma mediata ou imediata.

Consoante afirmado anteriormente, o direito fundamental de ação se realiza através de prestações do Estado, seja do Estado-legislador, seja do Estado-Juiz. Enquanto ao primeiro incumbe a pré-ordenação de técnicas processuais aptas a tutelar adequadamente o direito em litígio, ao segundo é imposto o dever de conduzir o processo de forma a possibilitar que se entregue ao autor uma prestação jurisdicional efetiva. Portanto, muito embora a decisão judicial venha inquestionavelmente a operar efeitos sobre a esfera jurídica dos particulares, ou seja, do réu, é forçoso reconhecer que este não sofre a incidência do direito fundamental de ação, que só pode ser compreendido a partir da atuação exigível do Poder Público.

LUIZ GUILHERME MARINONI adverte que não se deve confundir o direito fundamental à efetividade da tutela jurisdicional com os direitos que se submetem à apreciação e decisão do juiz. Enquanto esses têm eficácia perante o particular, aquele se dirige diretamente ao juiz, podendo ter eficácia apenas reflexa sobre o particular. Nas palavras do renomado processualista:

É essa a exata situação do juiz em relação ao direito fundamental à efetividade da tutela jurisdicional. Esse direito se dirige contra o juiz, não se confundindo com os outros direitos fundamentais que podem ser levados à sua *decisão*. Esses “outros direitos” têm eficácia perante o particular. Contudo, o direito fundamental à efetividade da tutela jurisdicional implica apenas na vinculação ou em um dever do juiz, não incidindo, antes ou depois da decisão, sobre o particular. Na realidade, o direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva, ao ser tomado em conta pelo juiz, pode *apenas repercutir* sobre o particular, *conforme a maior ou menor efetividade da técnica processual empregada no caso concreto, o qual pode nada ter a ver com um “outro direito fundamental”*.²⁴⁴

Portanto, na esteira do pensamento do autor, pode-se afirmar que a eficácia do direito fundamental objeto da decisão judicial é horizontal e incide

²⁴⁴ MARINONI, Luiz Guilherme. *Técnica Processual...*, obra citada, p. 244.

diretamente sobre os particulares, enquanto a eficácia do direito fundamental à efetividade da tutela jurisdicional incide verticalmente sobre a atividade do juiz, com repercussão apenas lateral sobre o réu.

Impera reconhecer que a construção teórica de MARINONI no tocante à eficácia vertical do direito fundamental de ação com repercussão lateral sobre as partes revela-se plenamente apta a explicar o fenômeno da oponibilidade e dos efeitos que o direito de ação produzem no mundo dos fatos, permitindo-se identificar precisamente de quem devem ser exigidas as prestações para a sua concretização, sem descuidar do inegável reflexo que seus efeitos exercem sobre a esfera jurídica do réu.

E, na medida em que se reconhece que o direito fundamental de ação produz efeitos reflexos sobre as partes, impende destacar que a atuação do legislador e do juiz em resposta ao seu dever de proporcionar ao autor uma tutela jurisdicional efetiva não pode prescindir da análise e observância dos direitos e garantias do réu. É o que se passará a examinar no tópico a seguir.

3.6 AÇÃO E DEFESA

Como contraponto ao direito de ação, a Constituição Federal assegura o direito de defesa do réu através do artigo 5º, inciso LV²⁴⁵, o qual está inserido no Título II, que consagra os direitos e garantias fundamentais.

Portanto, assim como o direito de ação, o direito de defesa²⁴⁶ constitui-se em direito fundamental assegurado constitucionalmente. O réu é titular do direito de defesa oponível contra o Estado, no sentido de que lhe deve ser oportunizada a apresentação de alegações e a produção de provas que possam influir na formação do

²⁴⁵ “Art. 5º. (...). LV – aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes;”.

²⁴⁶ Na opinião de JOSÉ ROBERTO DOS SANTOS BEDAQUE, o direito de defesa constitui-se em faceta da garantia constitucional de acesso à justiça, ao lado do direito de ação (BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Garantia da Amplitude...*, obra citada, p. 162).

convencimento do juiz. O contraditório é essencial para o advento de uma sentença justa, pois somente através dele chegarão ao conhecimento do juiz as razões de ambas as partes, tanto do autor quanto do réu.²⁴⁷

Ressalte-se, ademais, que o exercício da jurisdição é legitimado pela participação das partes em contraditório. Assim, a legitimidade do exercício do poder está condicionada à garantia da efetividade do direito de defesa.

Da mesma forma que o direito de ação não se constitui no direito a uma sentença de procedência, o direito de defesa não se exaure no direito a uma sentença de improcedência.²⁴⁸ O direito de defesa exige que seja assegurada ao réu a possibilidade de trazer ao processo as suas razões, oportunizando-lhe a produção das provas necessárias.

Vale trazer à colação os contornos do direito de defesa delineados por LUIZ GUILHERME MARINONI, que enfatiza a necessidade de que ele não seja apenas formal, mas efetivo:

Não basta afirmar, entretanto, que o direito de defesa é o direito a uma sentença que considere as razões do réu. O direito de defesa não pode ser apenas formalmente considerado; o que realmente vale é um direito de defesa efetivo e adequado. De qualquer forma, assim como o direito de ação, no nosso modo de ver, não se exaure com a simples propositura da ação, o direito de defesa não é apenas a apresentação da resposta, mas a possibilidade conferida ao réu de, efetivamente, reagir em juízo para que seja negada a tutela jurisdicional ambicionada pelo autor. Assim como o direito de ação, o direito de defesa se desdobra em um conjunto de garantias que confere ao réu a possibilidade de apresentar as suas alegações, produzir as suas provas, recorrer etc.²⁴⁹

Ocorre que a realização do direito de defesa do réu muitas vezes implica o amesquinamento e violação do direito de ação, solapando as exigências de efetividade e tempestividade da tutela jurisdicional prestada pelo Estado. Com efeito,

²⁴⁷ CARLOS ALBERTO ÁLVARO DE OLIVEIRA aponta para o duplo papel exercido pelo contraditório: “por um lado, garantir a igualdade entre as partes; por outro, satisfazer o interesse público na descoberta da verdade e realização da justiça” (OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de. *Do Formalismo no Processo Civil*. 2ª ed., São Paulo: Saraiva, 2003, p. 114).

²⁴⁸ MARINONI, Luiz Guilherme. *Novas Linhas...*, obra citada, p. 231.

não são poucas as vezes em que o tempo necessário para o exercício do direito de defesa pelo réu não se coaduna com a urgência do direito que se pretende tutelar. Insta, nesse passo, encontrar o ponto de equilíbrio entre os dois direitos fundamentais em colisão: de um lado, o direito de ação do autor, de outro, o direito de defesa do réu.²⁵⁰

Nessa perspectiva, impera admitir que a ponderação entre o direito de defesa e o direito à efetividade da tutela jurisdicional pode levar à restrição do primeiro, considerando-se as necessidades de direito material e os valores constitucionais vigentes.

A restrição ao direito de defesa pode ser aplicada tanto previamente pelo Poder Legislativo, quanto pelo Poder Judiciário.

O legislador pode limitar o exercício do direito de defesa, desde que para atender às necessidades de direito material e aos valores consagrados na Constituição. Isso porque existem determinadas situações de direito material que exigem limitação do exercício de defesa pelo réu, sob pena de o custo do processo ser suportado única e injustamente pelo autor.

Discorrendo sobre a possibilidade de restrição dos direitos fundamentais pelo legislador e a necessidade de preservação do seu conteúdo essencial, JOSÉ CARLOS VIEIRA DE ANDRADE pontifica:

O poder de restrição é um poder excepcional, não apenas porque necessita de ser autorizado, mas também porque não se justifica em regra (como regra). O legislador tem, por isso, de se basear (nas situações excepcionais ou casos especiais em que a restrição se torne necessária) num outro valor constitucional que imponha o sacrifício do direito fundamental. Se esse valor não existir ou não exigir tanto quanto o legislador alega, então a restrição não é legítima e viola o conteúdo essencial do preceito constitucional que prevê o direito fundamental em causa. Não se trata aqui de um limite abstracto fixo, de uma proibição absoluta, mas de uma proibição relativa,

²⁴⁹ MARINONI, Luiz Guilherme. *Novas Linhas...*, obra citada, p. 232.

²⁵⁰ “A difícil missão do processualista moderno”, preleciona JOSÉ ROBERTO DOS SANTOS BEDAQUE, consiste em “adequar o sistema processual às necessidades do direito material, que requer soluções cada dia mais rápidas, sem que isso implique, todavia, sacrifício indevido da posição de um dos sujeitos parciais da relação processual” (BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Garantia da Amplitude...*, obra citada, p. 165).

referida a um conteúdo essencial *elástico* e só em concreto determinável. Neste sentido, o conteúdo essencial dos preceitos relativos aos direitos, liberdades (*sic*) e garantias começa onde acaba a possibilidade (legitimidade) da sua restrição.²⁵¹

Nessa ordem de idéias, a restrição pelo legislador do direito de defesa deve respeitar o seu núcleo essencial, justificando-se somente enquanto necessária para tornar possível a realização do direito fundamental de ação, e na proporção dessa necessidade.

As tutelas diferenciadas predispostas pelo legislador para proteger adequadamente determinadas situações de direito material trazem consigo, na maioria das vezes, uma restrição ao direito de defesa do réu, seja limitando no plano horizontal a matéria que pode ser deduzida pela defesa, seja restringindo a produção de provas, seja, ainda, postergando o exercício do contraditório para momento posterior à concessão da tutela antecipada.²⁵² Perceba-se que, nessas hipóteses, embora o direito de defesa seja, de certa forma, mitigado pela lei, o seu núcleo essencial garantido constitucionalmente permanece íntegro.

Todavia, justamente porque o direito de defesa, assim como o direito de ação, é assegurado pela Constituição Federal, deve-se verificar se o tratamento privilegiado conferido a determinada situação de direito material encontra justificativa nos valores constitucionais e nas necessidades decorrentes da natureza do próprio direito. “O que importa saber, quando há limitação do direito de defesa”, pondera MARINONI, “é em nome do quê o legislador construiu o procedimento especial”. E arremata, com propriedade, o seu pensamento:

É necessário indagar, em outras palavras, se a situação de direito material privilegiada pelo legislador merece, de fato, tratamento diferenciado em face dos valores constitucionais e da própria peculiaridade do direito material a ser tutelado. Não basta

²⁵¹ ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os Direitos Fundamentais...*, obra citada, p. 239.

²⁵² “No concernente ao processo cautelar, assim como em todos os demais procedimentos em que haja a possibilidade de concessão de liminares *inaudita altera parte*, verifica-se igualmente um abrandamento do princípio do contraditório, diferindo-se a ouvida da contraparte para momento posterior à decisão jurisdicional, quase sempre com garantia de sua eventual e posterior modificação ou revogação. A exigência prática de tutela afina-se, aqui, com a estrutura do procedimento, fazendo prevalecer o acesso imediato à jurisdição, garantia que poderia ser prejudicada se ouvido previamente o interessado” (OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de. *Do Formalismo...*, obra citada, p. 122).

a simples e óbvia resposta de que o procedimento foi construído para propiciar a celeridade da justiça ou a efetividade do processo. Em nome da celeridade da justiça e da efetividade do processo não poucas injustiças podem ser cometidas. É necessário saber se o procedimento está de acordo como *due process of law* no sentido substantivo.²⁵³

O juiz também poderá limitar o exercício do direito de defesa desde que, no caso concreto, a ponderação entre os bens jurídicos em jogo aponte para a necessidade de imediata satisfação do direito do autor, sob pena de perecimento. Assim, ao interpretar a norma processual, o juiz deverá buscar o necessário equilíbrio entre o direito de ação e o direito de defesa mediante a aplicação do princípio da proporcionalidade, determinando a medida adequada, necessária e proporcional para a proteção do direito de maior peso no caso concreto.²⁵⁴

Impera concluir, portanto, que, enquanto a restrição do direito de defesa pelo legislador é resultado da operação de ponderação entre os direitos fundamentais das partes no plano abstrato, a restrição do direito de defesa pelo juiz decorre da tarefa de ponderação dos bens em jogo em face das circunstâncias do caso concreto que lhe é posto sob julgamento. Em ambos os casos, entretanto, impõe-se a obtenção do equilíbrio entre os direitos fundamentais de ação e de defesa, de forma a preservar o núcleo essencial de cada um e tornar possível a convivência harmônica entre eles. A restrição injustificada ou desproporcional tanto do direito do autor como do réu importará, na mesma medida, em grave violação da Constituição.

²⁵³ MARINONI, Luiz Guilherme. *Novas Linhas...*, obra citada, p. 234. Sobre a possibilidade de questionamento pelo juiz dos procedimentos especiais instituídos pelo legislador, LUIZ GUILHERME MARINONI, em outra passagem, destaca: “Se o procedimento ou a tutela antecipatória são postos em normas processuais específicas que incidem sobre os particulares (módulos legais), *presumem-se a sua legitimidade e um equilíbrio entre os valores*, de modo que somente poderão deixar de ser aplicados quando *essa presunção for destruída*, em razão de conterem limitações não fundadas na idéia que determina que a restrição deve estar amparada nos valores constitucionais” (MARINONI, Luiz Guilherme. *Técnica Processual...*, obra citada, p. 246).

²⁵⁴ Nessa seara, revela-se a importância da aplicação dos princípios de interpretação constitucional, como o princípio da concordância prática ou da harmonização, de acordo com o qual “o que se deve buscar, no problema a ser solucionado em face da Constituição, é confrontar os bens e valores jurídicos que ali estariam conflitando, de modo a que, no caso concreto sob exame, se estabeleça qual ou quais dos valores em conflito deverá (ão) prevalecer, preocupando-se, contudo, em otimizar a preservação, igualmente, dos demais, evitando o sacrifício total de uns em benefício dos outros” (GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Quadro Teórico Referencial para o Estudo dos Direitos Humanos e dos Direitos Fundamentais em Face do Direito Processual*. In: Revista de Ciências Jurídicas e Sociais da UNIPAR. Universidade Paranaense. Toledo: Unipar, nº 01, 2002, p. 270).

4 A CONCRETIZAÇÃO DO DIREITO DE AÇÃO

4.1 PANORAMA HISTÓRICO DO PAPEL DO PODER JUDICIÁRIO: DO ESTADO LIBERAL AO ESTADO SOCIAL

Profundas alterações no cenário político da separação dos poderes marcaram a passagem do Estado Liberal burguês ao Estado Social Moderno.²⁵⁵

O triunfo da ideologia burguesa na Revolução Francesa do século XVIII culminou com a estruturação de um Estado de modelo Liberal, em que a teoria da separação de poderes edificada por MONTESQUIEU representava a garantia das liberdades dos cidadãos contra o absolutismo do monarca. Nasce aí a primeira noção de Estado de Direito, cujo papel fundamental consistia na defesa da liberdade.²⁵⁶

Nesse Estado Liberal era nítida a supremacia do Parlamento sobre os demais poderes, uma vez que somente a lei poderia resguardar os direitos e liberdades individuais contra as investidas do poder estatal, garantindo a igualdade formal. Nesse passo, os Poderes Executivo e Judiciário tinham suas funções resumidas à cega obediência da lei, esta sim fruto das decisões tomadas pelos legítimos representantes do povo no Parlamento.²⁵⁷

Como conseqüência, vislumbra-se o total amesquinamento do Poder Judiciário frente ao Legislativo, reservando-se àquele a função de mero aplicador da lei, despido de qualquer liberdade interpretativa. MONTESQUIEU chegou mesmo a conceber o Poder Judiciário como um poder nulo.

²⁵⁵ Sobre as diferentes posições do Poder Judiciário frente aos demais poderes ao longo da história, ver STERN, Klaus. *O Juiz e a Aplicação do Direito*. In: *Direito Constitucional: Estudos em Homenagem a Paulo Bonavides*. Eros Roberto Grau e Willis Santiago Guerra Filho (orgs.). 1ª ed., 2ª tiragem, São Paulo: Malheiros Editores, 2003, p. 506 e ss.

²⁵⁶ Consoante afirma PAULO BONAVIDES: “Esse primeiro ‘Estado de Direito’, com seu formalismo supremo, que despira o Estado de substantividade ou conteúdo, e sem força criadora, reflete a pugna da liberdade contra o despotismo na área continental européia” (BONAVIDES, Paulo. *Do Estado Liberal ao Estado Social*. 4ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1980, p. 04).

No Estado Legislativo de Direito, portanto, as leis ocupavam a posição de supremacia no ordenamento jurídico, e por isso não estavam sujeitas a quaisquer limites. Dotadas de generalidade e abstração, as leis expressavam os interesses homogêneos da classe social que monopolizava politicamente a sociedade liberal do século passado. Daí decorre a unidade da legislação vigente naquela época.

A concepção de Direito que vigorava no Estado Liberal era o positivismo jurídico, que identificava o Direito com a lei. A validade do Direito era determinada pelo princípio da legalidade, não havendo qualquer consideração quanto à justiça de seu conteúdo. Nesse passo, os direitos não tinham conteúdo jurídico próprio, eram apenas garantias formais, previstas na lei.

A absoluta supremacia da lei, que não encontrava limites substanciais, possibilitou a legitimação de diversos regimes totalitários, tanto de direita como de esquerda, os quais valiam-se do manto protetor da lei para justificar o aniquilamento de direitos dos cidadãos. Com a derrocada desses regimes totalitários e após a cruel experiência vivida pela humanidade na Segunda Grande Guerra, adveio a preocupação com a proteção dos direitos. A partir de então, as democracias do Ocidente passaram a vivenciar profundas transformações constitucionais. Diante do contexto histórico que lhes servia de cenário, as Constituições passaram a contemplar direitos de cunho social e mecanismos para a efetiva realização das garantias constitucionais, vindo o Estado a assumir papéis sequer imagináveis no Estado Liberal clássico.

Como corolário, reservou-se ao Poder Judiciário um destacado papel na cena política, o qual passou a ser visto como um poderoso instrumento de proteção dos direitos dos cidadãos frente aos avanços do Estado, além de atuar como mediador das disputas travadas entre os demais poderes. O sistema da rígida separação dos poderes foi substituído pelo sistema de controles recíprocos. A eficácia jurídica reconhecida aos direitos fundamentais, tanto individuais como sociais, vinculando todos os Poderes

²⁵⁷ Ver, a respeito, os comentários de GUSTAVO ZAGREBELSKY, em *El Derecho...*, obra citada, p. 21 e ss.

do Estado, conferiu ao Poder Judiciário a relevante tarefa de dar atuação aos efeitos pretendidos pelas normas constitucionais.

A análise das modernas Constituições dos países democráticos revela o importante e saliente papel atribuído ao Poder Judiciário, que passou a estar munido de poderes e atribuições que, no passado, estavam muito distantes da sua esfera de atuação.

A abertura valorativa dos princípios e a tarefa de ponderação judicial que deve preceder a aplicação de princípios em colisão vêm revelar a excepcional importância assumida pela função jurisdicional no Estado Constitucional contemporâneo. Com efeito, a consagração de direitos fundamentais de inegável conteúdo valorativo, que devem informar toda a produção do Direito, e cuja aplicação pressupõe a ponderação judicial entre os princípios e valores em colisão, alçaram o Poder Judiciário a uma posição de destaque no cenário nacional, que sequer poderia ser cogitada no antigo Estado Liberal de Direito, em que a supremacia pertencia ao Poder Legislativo.

Como se vê, a concepção do Poder Judiciário sofreu significativas alterações no decorrer da história. E essa nova roupagem produziu importantes reflexos também no que concerne ao Direito Processual Civil, alterando profundamente a postura exigida do juiz na condução do processo. É o que se passará a analisar nos tópicos a seguir.

4.2 O JUIZ E AS TÉCNICAS PROCESSUAIS INSTITUÍDAS PELO LEGISLADOR

Como resposta ao seu dever constitucional de estruturar técnicas processuais aptas a tutelar com efetividade as diversas situações de direito material, finalmente o legislador pátrio, mediante sucessivas alterações introduzidas na

legislação processual²⁵⁸, veio estabelecer mecanismos voltados a conferir efetiva proteção a diversas situações carentes de tutela.

Essas técnicas previstas pelo legislador vieram, de certa forma, suprir as deficiências e limitações do procedimento ordinário, colocando à disposição dos juízes o instrumental necessário para a entrega ao jurisdicionado de uma prestação jurisdicional tal como garantida constitucionalmente. Isso implicou a outorga de maiores poderes ao juiz, conferindo a ele uma maior flexibilidade na aplicação da lei processual, permitindo-lhe conformar o procedimento e tomar providências necessárias para melhor atender às diferentes formas de tutela exigidas pelo direito material.

Nessa perspectiva, e para tornar possível a realização concreta da tutela jurisdicional concedida ao autor, concedeu-se ao juiz poderes que sequer poderiam ser cogitados no antigo modelo de Estado Liberal.

A técnica antecipatória autorizada pelo artigo 273 do Código de Processo Civil²⁵⁹, por exemplo, possibilitou ao juiz conceder a tutela pleiteada pelo

²⁵⁸ A par das alterações que instituíram as técnicas processuais que serão tratadas a seguir, cumpre fazer menção ao recente pacote de medidas legislativas que alteraram o Código de Processo Civil, trazendo importantes novidades com vistas a trazer agilidade e efetividade ao processo. Nesse passo, destaca-se a Lei nº 11.187, de 19.10.2005, que deu nova redação ao artigo 522 do CPC, alterando o regime do agravo, que passou a ser admitido somente na forma retida, “salvo quando se tratar de decisão suscetível de causar à parte lesão grave e de difícil reparação, bem como nos casos de inadmissão da apelação e nos relativos aos efeitos em que a apelação é recebida, quando será admitida a sua interposição por instrumento”. A Lei nº 11.232, 22.12.2005 extinguiu o processo autônomo de execução de título judicial, bem como os embargos do devedor, determinando que a execução das sentenças se dará no próprio processo de conhecimento em que proferidas, podendo ser impugnadas pelo devedor no prazo de 15 dias, sem efeito suspensivo, a não ser nas hipóteses em que forem “relevantes seus fundamentos e o prosseguimento da execução seja manifestamente suscetível de causar ao executado grave dano de difícil ou incerta reparação”. Foi prevista, ainda, a incidência de multa no percentual de 10% para as hipóteses em que o devedor, condenado ao pagamento de quantia certa, não cumprir a sentença no prazo de 15 dias. A Lei nº 11.277, de 07.02.2006, veio acrescentar o artigo 285-A ao CPC, dispondo que “quando a matéria controvertida for unicamente de direito e no juízo já houver sido proferida sentença de total improcedência em outros casos idênticos, poderá ser dispensada a citação e proferida sentença, reproduzindo-se o teor da anteriormente prolatada”.

²⁵⁹ O legislador veio disciplinar genericamente as técnicas de antecipação de tutela através da Lei 8.952/1994, que deu nova redação ao artigo 273 do Código de Processo Civil. Após algumas alterações, eis a atual dicção desse dispositivo legal: “Art. 273. O juiz poderá, a requerimento da parte, antecipar, total ou parcialmente, os efeitos da tutela pretendida no pedido inicial, desde que, existindo prova inequívoca, se convença da verossimilhança da alegação e: I – haja fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação; ou II – fique caracterizado o abuso de direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório do réu. §1º. Na decisão que antecipar a tutela, o juiz indicará, de modo claro e preciso, as razões do seu convencimento. §2º. Não se

autor antes mesmo da obtenção da certeza do direito, com base em mero juízo de verossimilhança, desde que presentes os requisitos legais de risco de dano irreparável ou de difícil reparação ao direito do autor ou abuso do direito de defesa do réu.

Consoante já analisado em capítulo próprio, o direito fundamental de ação garantido constitucionalmente engloba o direito à tutela de urgência, na medida em que a proteção ao direito material conferida pela Lei Maior não se restringe às hipóteses de violação, mas também de ameaça.²⁶⁰ Assim, como resposta ao seu dever de estruturar técnicas processuais aptas a dar adequada proteção aos direitos que, por sua natureza, não se coadunam com a demora do processo, o legislador instituiu a técnica antecipatória, cabível nas hipóteses em que houver receio de dano (art. 273, I), abuso do direito de defesa (art. 273, II) ou parcela incontroversa da demanda (art. 273, §6º).

Determinou o legislador que, nas hipóteses em que estiver presente o receio de dano, o juiz, mediante um juízo de verossimilhança, antecipará a concessão do bem da vida pretendido pelo autor, o que normalmente só seria possível ao final do processo, após a completa instrução probatória. Ou seja, com o intuito de impedir que o tempo do processo venha a acarretar o sacrifício do direito do autor, o legislador permitiu que a tutela pretendida seja concedida pelo juiz com base num juízo de cognição sumária, admitindo inclusive a postergação do direito de defesa, nas hipóteses em que tal providência seja indispensável para impedir o perecimento do direito.

concederá a antecipação da tutela quando houver perigo de irreversibilidade do provimento antecipado. §3º. A efetivação da tutela antecipada observará, no que couber e conforme sua natureza, as normas previstas nos arts. 588, 461, §§4º e 5º, e art. 461-A. §4º. A tutela antecipada poderá ser revogada ou modificada a qualquer tempo, em decisão fundamentada. §5º. Concedida ou não a antecipação da tutela, prosseguirá o processo até final julgamento. §6º. A tutela antecipada também poderá ser concedida quando um ou mais dos pedidos cumulados, ou parcela deles, mostrar-se incontroverso. §7º. Se ou autor, a título de antecipação de tutela, requerer providência de natureza cautelar, poderá o juiz, quando presentes os respectivos pressupostos, deferir a medida cautelar em caráter incidental do processo ajuizado.”

²⁶⁰ LUIZ GUILHERME MARINONI registra que a tutela de urgência tem assento no princípio constitucional da inafastabilidade da tutela jurisdicional, devendo ser prestada sempre que necessário para evitar o perecimento do direito, independentemente de previsão pelo legislador ordinário (MARINONI, Luiz Guilherme. *Novas Linhas...*, obra citada, p. 203).

Nas hipóteses de abuso do direito de defesa ou manifesto propósito protelatório do réu, a antecipação da tutela, também baseada num juízo de verossimilhança, não exige demonstração do perigo de dano, mas é autorizada com o intuito de distribuir entre as partes o ônus do tempo do processo, impedindo que o réu permaneça com o bem jurídico em litígio enquanto abusa do seu direito de defesa e protela injustamente o encerramento do processo. Pois, consoante afirma LUIZ GUILHERME MARINONI, “ainda que o autor não receie dano, é certo que aquele que procura a justiça não deve esperar mais do que o necessário para a realização do seu direito. Como o autor, em geral, procura uma modificação da realidade empírica, é natural que o réu, em muitos casos, sinta-se tentado a protelar o resultado do processo, pois o seu interesse, em regra, é o de manter o *status quo*”.²⁶¹

Já a antecipação de tutela fundada na incontrovérsia de um dos pedidos cumulados ou de parcela dele, ao contrário das hipóteses antecedentes, não se assenta num juízo de verossimilhança ou aparência, mas sim num juízo de certeza. Com efeito, uma vez que um dos pedidos ou parcela dele já se encontra maduro para julgamento, não seria racional nem razoável impedir que o autor possa usufruir imediatamente do bem da vida pretendido. Nessa perspectiva, a decisão, aqui, consiste mais propriamente em julgamento antecipado da lide, respaldado em cognição exauriente.²⁶²

Portanto, excetuada essa hipótese, impera reconhecer que a previsão de técnicas antecipatórias para contornar o risco de dano ou o abuso do direito de defesa do réu, por contentar-se com a mera verossimilhança do direito, vem revelar a prevalência dada pelo legislador ao valor da efetividade do processo em detrimento da segurança jurídica.

Segundo ARRUDA ALVIM, a antecipação de tutela traz consigo “um *sacrifício* da *certeza* e da *segurança*, em prol de uma maior celeridade, e, principalmente, de um *sentimento de justiça*, através do qual não se condescende com

²⁶¹ MARINONI, Luiz Guilherme. *A Antecipação...*, obra citada, p. 157.

a possibilidade da perda de um direito provável, em favor de uma situação oposta, que, por isso mesmo, se apresenta como ilícita e não merecedora de proteção”.²⁶³

A ponderação entre os valores da efetividade e segurança jurídica na técnica antecipatória é feita previamente pelo legislador, estando o juiz cingido a observá-la sempre que estiverem presentes os requisitos legais autorizadores da antecipação de tutela.

Em sentido diverso, TEORI ALBINO ZAVASCKI sustenta que na antecipação de tutela prevista no artigo 273 do Código de Processo Civil cabe ao juiz encontrar em cada caso concreto a solução mais adequada para o conflito entre os valores da efetividade e da segurança. “Em relação às situações de conflito entre efetividade e segurança”, assevera o autor, “não há, nem poderia haver, solução previamente estabelecida”. E prossegue:

Presente situação fática com tais características, caberá ao juiz a tarefa de criar topicamente a regra conformadora. Para isso tem arrimo constitucional e, embora desnecessariamente, também autorização expressa da lei processual ordinária. É o que claramente consta nos arts. 798 e 273 do Código de Processo Civil. Utilizando terminologia fluida e de conteúdo genérico (“fundado receio”, “lesão grave”, “difícil reparação”, “dano irreparável”, “abuso do direito de defesa”, “manifesto propósito protelatório”) aqueles dispositivos nada mais fazem senão descrever situações de possível confronto entre efetividade e segurança, abrindo campo para que o juiz formule, ele próprio, caso a caso, a solução mais adequada a manter vivos e concretamente eficazes os dois direitos fundamentais.²⁶⁴

Não obstante a inquestionável abertura e indeterminação dos conceitos empregados pelo legislador que conferem ao juiz uma maior flexibilidade para abrigar as situações que reclamam tutela de urgência, não parece possível negar que a ponderação entre os valores da segurança e da efetividade tenha sido feita previamente pelo legislador. Com efeito, ponderando os direitos fundamentais em jogo, ele considerou que, uma vez presente a verossimilhança do direito alegado, todas as

²⁶² MARINONI ressalta que a tutela antecipatória da parte incontroversa da demanda implica a superação do princípio da unidade e da unicidade do julgamento, que tradicionalmente caracterizavam a estrutura do processo civil brasileiro (MARINONI, Luiz Guilherme. *Técnica Processual...*, obra citada, p. 141 e ss.).

²⁶³ ARRUDA ALVIM. *Obrigações de Fazer...*, obra citada, p. 31.

²⁶⁴ ZAVASCKI, Teori Albino. *Antecipação...*, obra citada, p. 67.

situações nas quais a efetividade da tutela estiver ameaçada pelo fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação ou pelo abuso de direito de defesa do réu justificam a antecipação da tutela em detrimento do valor segurança jurídica, desde que não haja risco de irreversibilidade do provimento. De outro vértice, sempre que a situação fática se enquadrar nas hipóteses previstas pelo legislador, não cabe ao julgador proceder a qualquer juízo de ponderação, estando adstrito a cumprir o comando legal que impõe a antecipação da tutela em face da presença dos seus requisitos.

Há situações, todavia, em que cabe ao juiz ponderar no caso concreto qual dos valores deverá prevalecer em face de um conflito axiológico que não encontra na lei uma justa solução. Isso ocorre, por exemplo, nos casos em que a antecipação da tutela é vedada pelo legislador em face do perigo de irreversibilidade, nos termos do artigo 273, §2º, do Código de Processo Civil. Quando a negativa da antecipação de tutela puder, do mesmo modo, acarretar um dano irreversível ao autor, deverá o juiz sopesar no caso concreto, mediante a aplicação do princípio da proporcionalidade, qual dos direitos deverá privilegiar: se o direito provável do autor, com o sacrifício do direito improvável do réu, ou vice-versa. Obviamente que, nessa situação, a aparência do direito apresenta peso significativo para a solução do conflito. Acrescente-se que, na sua tarefa ponderativa, não poderá o juiz furtar-se de estabelecer uma hierarquia axiológica entre os bens em confronto, considerando as circunstâncias do caso concreto posto sob julgamento, de forma a concretizar os valores e princípios agasalhados pela Constituição.

Sobre o tema, importa transcrever as esclarecedoras considerações tecidas por LUIZ GUILHERME MARINONI:

O princípio da probabilidade não pode desconsiderar a necessidade da ponderação do valor jurídico dos bens em confronto, pois, embora o direito do autor deva ser provável, o valor jurídico dos bens em jogo é elemento de grande importância para o juiz decidir se antecipa a tutela nos casos em que há risco de prejuízo irreversível ao réu. No juízo sumário, o juiz ainda não sabe se o direito afirmado existe, embora possa saber que ele, por ser verossímil, merece tutela imediata, porque há fundado receio de dano. Há casos, porém, em que o magistrado percebe que, para tutelar o

provável direito do autor, provocará um risco de prejuízo irreversível ao réu. Nessas situações cabe ao juiz verificar se é justificável correr tal risco. À primeira vista seria fácil concluir que a tutela antecipatória não poderá ser concedida quando puder causar um dano maior do que aquele que pretende evitar. Contudo, para que o juiz possa concluir se é justificável ou não o risco, ele necessariamente deverá estabelecer uma prevalência axiológica de um dos bens em vista do outro, de acordo com os valores do seu momento histórico. Não se trata de estabelecer uma valoração abstrata dos bens em jogo, já que os bens têm pesos que variam de acordo com as diferentes situações concretas.²⁶⁵

A técnica antecipatória quebra a hegemonia do princípio da *nulla executio sine titulo* tão presente na doutrina processual clássica²⁶⁶, possibilitando ao juiz determinar a prática de atos executivos que invadem a esfera jurídica do réu com base em mero juízo de verossimilhança, durante o curso do processo, desde que presentes os requisitos exigidos pela lei, quais sejam, o risco de dano irreparável ou de difícil reparação ou o abuso do direito de defesa do réu.²⁶⁷

Insta ressaltar que a antecipação da tutela antes da apresentação da contestação pelo réu não representa uma limitação ao seu direito de defesa, mas apenas a sua postergação, já que o seu direito de exercer o contraditório em momento oportuno resta preservado.

Nesse sentido, LUIZ GUILHERME MARINONI argumenta: “Não há, obviamente, nestes casos, lesão ao princípio do contraditório, já que a liminar é, pela sua própria essência, sumária e, nesse sentido, provisória. A provisoriedade da liminar

²⁶⁵ MARINONI, Luiz Guilherme. *Novas Linhas...*, obra citada, p. 109/110.

²⁶⁶ “A universalização da tutela antecipada constitui mudança dos rumos ideológicos do processo, um rompimento definitivo da tradicional segmentação das atividades jurisdicionais, separadas, na estrutura original do Código, em ações e processos autônomos, de conhecimento, de execução e cautelar” (ZAVASCKI, Teori Albino. *Reforma do Sistema Processual Civil Brasileiro e Reclassificação da Tutela Jurisdicional*. In: Carta Jurídica – Revista de Informação e Debates. São Paulo: Editora Jurídica Brasileira, nº 01, 1999, p. 261).

²⁶⁷ LUIZ GUILHERME MARINONI preconiza que, ao invés de se vislumbrar nessa inovação legislativa uma autorização para a prática de atos de execução sem a presença de título executivo, deve-se proceder a uma releitura do que seja “título executivo”, deixando-se de atrelar o seu conteúdo a uma necessária e prévia cognição exauriente e definitiva. Nas palavras do processualista: “Nessa perspectiva, aliás, seria possível uma reconceituação de ‘título executivo’. Note-se que não há motivo que possa impedir um provimento sumário de constituir título executivo. O conflito executivo endoprocessual, derivado da disputa entre a necessidade de tutela imediata e o direito à adequada cognição, pode ser resolvido através de normas que atribuam a qualidade de título executivo judicial a provimentos de cognição sumária. Nada impede que o legislador atribua eficácia executiva a um provimento sumário, uma vez que o título executivo não deve ser visto como uma consequência lógica da existência do direito, mas sim como uma opção pela sua realização prática, ou, ainda, como o resultado de uma necessidade concreta de tutela jurisdicional” (MARINONI, Luiz Guilherme. *Novas Linhas...*, obra citada, p. 46/47).

permite que o réu apresente defesa e recurso contra o seu deferimento. A postergação do contraditório é legítima, pois atende a um princípio merecedor de atenção, isto é, à efetividade do direito de ação”.²⁶⁸

Não se pode negar, portanto, que a tutela antecipada do direito do autor concedida antes da manifestação do réu revela-se perfeitamente justificável em face do risco de dano irreparável decorrente da demora do processo. Entre sacrificar o direito do autor para que o réu possa apresentar defesa previamente, ou apenas postergar o exercício do contraditório para momento posterior, considerou o legislador mais razoável e menos gravosa a segunda opção. E nem poderia ser diferente, já que a ausência de previsão de técnicas adequadas às situações de urgência representaria, extreme de dúvida, grave afronta ao direito fundamental de ação.

De outro vértice, os artigos 461²⁶⁹ e 461-A²⁷⁰ do Código de Processo Civil e 84 do Código de Defesa do Consumidor, ao contemplarem as sentenças mandamental e executiva, permitiram ao juiz conferir efetividade à tutela dos direitos cuja realização dependem de um fazer, de um não fazer ou da entrega de coisa. Dada a sua extrema relevância para conferir efetividade à tutela jurisdicional, cumpre tecer algumas considerações no tocante a essas duas espécies de sentenças, identificando-as e delimitando o campo de atuação reservado a cada uma delas, de forma a colocar-se à mostra todas as suas potencialidades relacionadas à tutela dos direitos.

²⁶⁸ MARINONI, Luiz Guilherme. *Novas Linhas...*, obra citada, p. 239.

²⁶⁹ Eis a dicção do artigo 461 do Código de Processo Civil, cuja redação original era praticamente idêntica à do artigo 84 do Código de Defesa do Consumidor: “**Art. 461.** Na ação que tenha por objeto o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer, o juiz concederá a tutela específica da obrigação ou, se procedente o pedido, determinará providências que assegurem o resultado prático equivalente ao do adimplemento. §1º. A obrigação somente se converterá em perdas e danos se o autor o requerer ou se impossível a tutela específica ou a obtenção do resultado prático correspondente. §2º. A indenização por perdas e danos dar-se-á sem prejuízo da multa (art. 287). §3º. Sendo relevante o fundamento da demanda e havendo fundado receio de ineficácia do provimento final, é lícito ao juiz conceder a tutela liminarmente ou mediante justificação prévia, citado o réu. A medida liminar poderá ser revogada ou modificada, a qualquer tempo, em decisão fundamentada. §4º. O juiz poderá, na hipótese do parágrafo anterior ou na sentença, impor multa diária ao réu, independentemente de pedido do autor, se for suficiente ou compatível com a obrigação, fixando-lhe prazo razoável para o cumprimento do preceito. §5º. Para a efetivação da tutela específica ou a obtenção do resultado prático equivalente, poderá o juiz, de ofício ou a requerimento, determinar as medidas necessárias, tais como a imposição de multa por tempo de atraso, busca e apreensão, remoção de pessoas e coisas, desfazimento de obras e impedimento de atividade nociva, se necessário com requisição de força policial. §6º. O juiz poderá, de ofício, modificar o valor ou a periodicidade da multa, caso verifique que se tornou insuficiente ou excessiva”.

A doutrina tradicional sempre reconheceu a existência de três espécies de sentenças no que diz respeito ao seu conteúdo e efeitos típicos, quais sejam, as sentenças declaratórias, constitutivas e condenatórias. Enquanto a sentença declaratória limita-se a declarar a existência ou inexistência de determinada relação jurídica, a sentença constitutiva constitui, modifica ou desconstitui uma relação jurídica. A sentença condenatória, por seu turno, é aquela que constitui um título executivo, que deverá ser executado pelo credor em processo subsequente.²⁷¹

A doutrina mais moderna, no entanto, constatando a insuficiência da classificação tríplice²⁷² para dar conta dos diversos efeitos produzidos pelas sentenças, vem agregando às três espécies concebidas tradicionalmente as sentenças mandamentais e executivas.^{273, 274}

²⁷⁰ O artigo 461-A, §3º, do CPC, introduzido pela Lei 10.444, de 07.05.2002, estende às obrigações de entrega de coisa a disciplina dada pelo artigo 461 às obrigações de fazer e não fazer.

²⁷¹ A propósito das sentenças condenatórias, EDUARDO TALAMINI observa: “A incompleteza da proteção gerada pela sentença condenatória, em sua conformação tradicional, reside na exigência de que aqueles atos materiais ocorram em outro processo – e fiquem adstritos à tipicidade dos meios desse outro processo. Vale dizer: o processo condenatório é insuficiente porque se encerra sem a produção do resultado prático almejado pela parte – remetendo-a ao posterior processo executivo” (TALAMINI, Eduardo. *Tutela Relativa aos Deveres de Fazer e de Não Fazer*. 2ª ed., São Paulo: Editora RT, 2003, p. 190).

²⁷² A respeito da superação da classificação tríplice frente às novas situações carentes de tutela, merecem destaque as palavras de LUIZ GUILHERME MARINONI: “Reunir sob o rótulo de condenação as sentenças mandamental e executiva significa dar a novas realidades um nome que servia – e serve – para identificar outra. Ou muito pior: é eliminar os valores e as repercussões das novas realidades, espremendo-as para caberem em uma classificação antiga, como se as classificações fossem perenes. Seria absurdo dizer que a classificação trinária é errada ou falsa – uma vez que, como já foi demonstrado, as categorias da verdade e da falsidade não devem ser relacionadas com as classificações. Mas é inegável que essa classificação não tem a capacidade de explicar os valores, as diferenças e as implicações dos conceitos das sentenças condenatória, mandamental e executiva, ou, em outras palavras, a riqueza da distinção entre essas diversas formas para a prestação da tutela jurisdicional” (MARINONI, Luiz Guilherme. *As novas sentenças e os novos poderes do juiz para a prestação da tutela jurisdicional efetiva*. In: GENESIS – Revista de Direito Processual Civil. Curitiba: Genesis, nº 29, 2003, p. 553/554).

²⁷³ A classificação quinária das sentenças foi formulada por PONTES DE MIRANDA, o qual partiu do pressuposto de que uma mesma sentença possui eficácia múltipla, não produzindo apenas uma espécie de efeito isoladamente. Toda sentença produz, ao contrário, diferentes efeitos em graus ou pesos variáveis. O efeito que define a classe em que a sentença será enquadrada é o que prepondera, não se podendo perder de vista, todavia, pelo menos as duas eficácias com pesos imediatamente inferiores à eficácia preponderante, que correspondem à eficácia imediata e mediata, respectivamente (ver PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado das Ações*. São Paulo: Editora RT, 1970, t. 1, p. 122 e ss.) Assim, aplicando-se a teoria pontiana da classificação das sentenças a uma sentença tipicamente condenatória, tem-se que a sua eficácia preponderante é condenatória, a eficácia imediata é declaratória e a eficácia mediata é executiva. É por força dessa eficácia executiva que a sentença, que forma um título executivo, poderá ser executada em outro processo no caso de omissão do réu em cumprir a obrigação espontaneamente.

²⁷⁴ Parcela da doutrina rejeita a classificação quinária elaborada por PONTES DE MIRANDA, negando a existência de uma categoria autônoma das sentenças mandamentais. Nesse sentido, MARQUES, José Frederico. *Manual de Direito Processual Civil*. São Paulo: Saraiva, 1974, v. 2. Outros autores defendem a reunião das

Essas novas categorias de sentenças foram consagradas pelo legislador pátrio com o advento do Código de Defesa do Consumidor (artigo 84 da Lei nº 8.078, de 11.09.1990), e, posteriormente, com a redação dada ao artigo 461 do Código de Processo Civil pela Lei nº 8.952, de 13.12.1994, os quais introduziram a tutela específica das obrigações de fazer ou não fazer ou a possibilidade de obtenção do resultado prático equivalente ao do adimplemento.²⁷⁵

Registre-se, todavia, que a doutrina ainda não chegou a um consenso quanto ao conceito e contornos que caracterizam uma sentença como mandamental ou executiva e do exato enquadramento das sentenças e provimentos previstos nos artigos 461 do Código de Processo Civil e 84 do Código de Defesa do Consumidor.

Parcela da doutrina identifica na ordem dirigida ao réu o traço característico das ações e sentenças mandamentais. Nesse sentido, OVÍDIO BAPTISTA DA SILVA preleciona:

A ação mandamental tem por fim obter, como eficácia preponderante da respectiva sentença de procedência, que o juiz emita uma ordem a ser observada pelo demandado, em vez de limitar-se a condená-lo a fazer ou não fazer alguma coisa. É da essência, portanto, da ação mandamental que a sentença que lhe reconheça a procedência contenha uma ordem para que se expeça um mandado. Daí a designação de sentença mandamental. Nesse tipo de sentença, o juiz ordena, e não simplesmente condena. E nisso reside, precisamente, o elemento eficaz que a faz diferente das sentenças próprias do processo de conhecimento.²⁷⁶

sentenças condenatórias, executivas e mandamentais em uma única categoria. TALAMINI, a despeito de reconhecer a similaridade funcional entre esses provimentos, que têm como finalidade obter resultados que dependem de “alteração física do mundo dos fatos”, rejeita a tentativa de parcela da doutrina de reunir todos os provimentos com repercussão física sob a categoria dos condenatórios. Em suas palavras: “O problema, portanto, não é só terminológico ou classificatório. Não se combate o puro e simples uso do termo ‘condenatório’ para a denominação de todo e qualquer provimento com ‘repercussão física’. Tenta-se, isso sim, afastar a idéia de que a estrutura condenatória, tal como tradicionalmente concebida (mera sub-rogação; ausência de ordens ao executado; necessidade de outro processo), seria suficiente para todas as ‘situações carentes de tutela’ e, conseqüentemente, nos casos em que mecanismos sub-rogoratórios não tivessem como evitar ou interromper a violação do direito, bastaria o mero ressarcimento pecuniário” (TALAMINI, Eduardo. *Tutela Relativa...*, obra citada, p. 207).

²⁷⁵ Vale ressaltar, ainda, que o Código de Processo Civil passou a albergar expressamente o adjetivo “mandamental” após o advento da Lei nº 10.358, de 27.12.2001, que acrescentou o inciso V ao artigo 14, estabelecendo dentre os deveres das partes e de todos aqueles que participam do processo o de “cumprir com exatidão os provimentos mandamentais e não criar embaraços à efetivação de provimentos judiciais, de natureza antecipatória ou final”.

²⁷⁶ SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Curso de Processo Civil*. 5ª ed., São Paulo: Editora RT, 2002, v. 2, p. 336.

Na mesma esteira de pensamento, MALACHINI sustenta que a mandamentalidade da sentença extrai a sua essência da ordem emitida pelo juiz ao réu ou a terceiro²⁷⁷, e não da cominação que ela possa eventualmente conter. A cominação, ao contrário da ordem, não irá compelir o réu a cumprir a obrigação, cingindo-se a colocá-lo diante da alternativa de adimplir ou sofrer as conseqüências do inadimplemento.²⁷⁸ Já a ordem, completa MALACHINI, é peremptória, não oferecendo alternativa. O seu descumprimento caracterizará afronta à autoridade, sujeitando o réu a processo penal pelo crime de desobediência ou outro crime previsto em lei.²⁷⁹ Diante de uma ordem, não há alternativa, ela deve ser cumprida, independentemente de qualquer cominação expressa na sentença. Como reforço à ordem imposta ao réu na sentença, acrescenta MALACHINI, o juiz poderá fazê-la acompanhar de algum meio coercitivo, a incidir na hipótese de descumprimento. Mas, nesse caso, não será o simples fato de o meio de coerção atuar como reforço a uma ordem que fará com que a cominação da multa perca a sua natureza condenatória²⁸⁰, ou, mais especificamente, de adiantamento de condenação.²⁸¹

Sustentando a irrelevância da fixação do meio de coerção para a caracterização de uma sentença como mandamental, TALAMINI adverte que há provimentos que cominam multa para a hipótese de descumprimento da ordem e, apesar disso, não podem ser considerados como mandamentais, como é o caso da

²⁷⁷ EDUARDO TALAMINI também vê na ordem o traço distintivo das sentenças mandamentais em relação às demais espécies de sentenças, embora conceba que a ordem pode ser dirigida somente ao réu. Em suas palavras: “As sentenças mandamentais contêm ordem para o réu, a ser atendida sob pena de se caracterizar afronta à autoridade estatal e, eventualmente, crime de desobediência. Eis o aspecto diferencial, identificador dessa categoria” (TALAMINI, Eduardo. *Tutela Relativa...*, obra citada, p. 191).

²⁷⁸ MALACHINI, Edson Ribas. *As ações (e sentenças) condenatórias, mandamentais e executivas*. Não publicado, p. 19/20.

²⁷⁹ “A nosso ver, portanto, esse deve ser considerado um dos traços distintivos da decisão mandamental: o de gerar, seu descumprimento, responsabilidade penal para o destinatário da ordem” (MALACHINI, Edson Ribas. *As ações...*, obra citada, p. 45).

²⁸⁰ No mesmo sentido, JOSÉ MIGUEL GARCIA MEDINA sustenta que a decisão que ordena sob pena de multa é mandamental no tocante à ordem e condenatória na parte em que comina a multa (MEDINA, José Miguel Garcia. *Execução Civil: Teoria Geral – Princípios Fundamentais*. 2ª ed., São Paulo: Editora RT, 2004).

²⁸¹ Comentando a natureza da multa cominada para atuar como meio coercitivo ao cumprimento da obrigação, MALACHINI elucida: “Mas o que há de particular, quanto à multa cominada, é que a condenação ocorre antes; é condenação sob condição suspensiva: a de o réu, não se rendendo à ameaça contida na sentença, não cumprir o preceito, a disposição principal dela: a de realizar a prestação (positiva ou negativa). Não é outra, pois, a

sentença que acolhe o pedido formulado nos termos do artigo 287 do Código de Processo Civil, na redação anterior à reforma de 1994. Do mesmo modo, podem existir decisões que integram a categoria de mandamentais apesar de não cominarem uma medida de coerção como reforço à ordem fixada, a exemplo do mandado de segurança.²⁸²

De outro vértice, há autores que não vislumbram na imposição de uma ordem a característica essencial das sentenças mandamentais. Nessa linha, LUIZ GUILHERME MARINONI sustenta que uma sentença não será mandamental apenas por veicular formalmente uma ordem desacompanhada de medidas de coerção, já que o requisito para que uma sentença seja considerada como mandamental é que ela contemple um meio de coerção indireto. Nas palavras do insigne processualista:

Uma sentença não é mandamental apenas porque manda, ou ordena mediante mandado. A sentença que “ordena”, e que pode dar origem a um mandado, mas não pode ser executada mediante meios de coerção suficientes, não pode ser classificada como mandamental. A mandamentalidade não está na ordem, ou no mandado, mas na ordem conjugada à força que se empresta à sentença, admitindo-se o uso de medidas de coerção para forçar o devedor a adimplir. Só há sentido na ordem quando a ela se empresta força coercitiva; caso contrário, a ordem é mera declaração. Da mesma forma que a condenação só é condenação porque aplica a “sanção”, a sentença mandamental somente é mandamental porque há a coerção.²⁸³

MARINONI adverte para o equívoco daqueles que concebem a prisão penal de natureza punitiva como o elemento do qual decorre a mandamentalidade da ordem imposta na sentença, e atribuem à multa processual civil natureza condenatória.²⁸⁴ E conclui:

Se o que importa, para a definição de mandamentalidade, é a coerção, e esta decorre da natureza da multa processual civil, que foi instituída em razão da inefetividade da prisão penal, é completamente equivocado ver coerção civil na prisão penal e condenação na multa civil. Trata-se de um vício que se radica em uma visão patrimonialista do sistema processual civil ou que imagina que o objetivo da multa

conclusão: a cominação é adiantamento de condenação” (MALACHINI, Edson Ribas. *As ações...*, obra citada, p. 24).

²⁸² TALAMINI, Eduardo. *Tutela Relativa...*, obra citada.

²⁸³ MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela Inibitória: individual e coletiva*. São Paulo: Editora RT, 1998, p. 356.

²⁸⁴ Para uma análise da integralidade dos argumentos apresentados por LUIZ GUILHERME MARINONI em oposição à concepção de JOSÉ MIGUEL GARCIA MEDINA, ver MARINONI, Luiz Guilherme. *Técnica Processual...*, obra citada, p. 127 e ss.

coercitiva é dar dinheiro à parte. Como a finalidade da multa coercitiva não é essa, mas sim dar efetividade à tutela dos direitos – especialmente aos não-patrimoniais –, não há cabimento em pensar que o juiz, ao impor a multa, *condena* o demandado.²⁸⁵

Com efeito, se o que se busca através da sentença mandamental é possibilitar a efetividade da tutela dos direitos, afastando as falhas e fraquezas da sentença condenatória, forçoso é reconhecer que se deve privilegiar a construção teórica que melhor responda e se adapte às exigências do direito fundamental à efetividade da tutela jurisdicional, no qual está compreendido o direito à tutela específica dos direitos. Nessa perspectiva, não se pode deixar de admitir e enfatizar o caráter coercitivo da multa civil, que vem ao encontro da premente necessidade de se produzir resultados efetivos no mundo dos fatos, através de uma pressão consistente exercida sobre a vontade do réu, abandonando-se a ultrapassada idéia de intangibilidade da esfera de liberdade do demandado e a intolerável aceitação de que o recebimento do equivalente monetário, ainda que acrescido pelo valor da multa, é suficiente para satisfazer o autor e liberar o réu do adimplemento da sua obrigação.

Impera reconhecer, portanto, que a sentença mandamental contém meios de coerção indireta destinados a influir sobre a vontade do réu, de forma a forçá-lo a adimplir a sua obrigação. Daí a sua especial relevância no que pertine às obrigações infungíveis, que não admitem prestação alternativa àquela devida pelo próprio réu.²⁸⁶

O meio de coerção²⁸⁷ por excelência que acompanha a ordem dirigida ao réu é a multa²⁸⁸, a qual incide sobre o seu patrimônio. Pode o juiz, todavia, utilizar-se de outros meios de coerção que se mostrem efetivos no caso concreto, como por

²⁸⁵ MARINONI, Luiz Guilherme. *Técnica Processual...*, obra citada, p. 128/129.

²⁸⁶ Essa constatação não significa, obviamente, que a multa não possa ser utilizada em face de obrigações fungíveis. Nesse sentido, MARINONI, Luiz Guilherme. *Técnica Processual...*, obra citada, p. 132.

²⁸⁷ Sobre medidas coercitivas, ver PROTO PISANI, Andrea. *Lezioni di...*, obra citada, p. 178/179; CARPI, Federico. *Riflessione sui...*, obra citada, p. 393 e ss.

²⁸⁸ Fazendo referência ao modelo francês das *astreintes*, PROTO PISANI assevera que “*la somma di denaro non è commisurata ai danni eventualmente subiti dal creditore, ma all’entità ritenuta dal giudice capace di eliminare l’interesse dell’obbligato all’inadempimento e di spingerlo all’adempimento spontaneo: a tal fine può prevedersi che la somma aumenti via via che il ritardo o la violazione si protragga nel tempo. Secondo questo modello la somma di danaro non é dovuta allo Stato ma al creditore*” (PROTO PISANI, Andrea. *Lezioni di...*, obra citada, p. 178). Sobre as peculiaridades das *astreintes* do direito francês, confira-se, ainda, TARUFFO, Michele. *A Atuação Executiva...*, obra citada, p. 83 e ss.

exemplo, a interdição de direitos²⁸⁹, desde que respeitados os direitos fundamentais do executado. Há autores que admitem, inclusive, que a coerção se exerça através da determinação da prisão civil do réu, nos casos em que a multa se mostre insuficiente para forçá-lo a cumprir a obrigação.²⁹⁰

Na medida em que não são capazes de assegurar a realização do direito do autor sem que o demandado convença-se a cumprir a ordem judicial, as sentenças mandamentais dão ensejo à execução indireta. Esta se opõe à execução direta, que possibilita a realização do direito sem que para tanto precise contar com o adimplemento pessoal do réu.

A execução direta tem íntima relação com as sentenças executivas²⁹¹ e condenatórias, permitindo a realização forçada do direito do autor, sem que para tanto seja necessário contar com a colaboração do réu. A execução direta pode se dar por sub-rogação, quando os meios executivos substituem uma prestação do réu, ou ainda através da coerção direta, nas hipóteses em que não exista qualquer prestação devida pelo réu.²⁹² Na coerção direta, a realização do direito não pressupõe uma atuação do

²⁸⁹ SÉRGIO CRUZ ARENHART cita como exemplos de medidas de interdição de direitos a vedação de contratação com o poder público ou a cassação de licença especial (ARENHART, Sérgio Cruz. *Perfis da Tutela...*, obra citada, p. 384).

²⁹⁰ Nesse sentido, LUIZ GUILHERME MARINONI admite a prisão como meio de coerção indireta para forçar o réu a cumprir a determinação judicial e satisfazer o direito do autor, embora reconheça que a sua utilização deve ser excepcional, apenas nos casos em que a multa e as medidas de coerção direta não forem suficientes para o mesmo intento, e desde que o cumprimento da ordem judicial não envolva disposição do patrimônio. (MARINONI, Luiz Guilherme. *O direito à efetividade...*, obra citada, p. 319). MARCELO LIMA GUERRA considera “razoável entender-se que o §5.º do art. 461 constitui fundamento legal bastante para que o juiz possa decretar a prisão do devedor de obrigação não pecuniária, como medida destinada a compeli-lo a adimplir, sempre que essa medida se revele *a mais adequada*, dentro dos critérios já examinados, ao caso concreto” (GUERRA, Marcelo Lima. *Execução Indireta*. 1ª ed., 2ª tir. São Paulo: Editora RT, 1999, p. 246). JOÃO BATISTA LOPES sustenta a necessidade e a viabilidade da lei prever a prisão civil do devedor nos casos de atos atentatórios à dignidade da Justiça em decorrência do descumprimento de decisões judiciais, não vislumbrando aí qualquer inconstitucionalidade (LOPES, João Batista. *Efetividade do Processo e Reforma do Código de Processo Civil: como explicar o paradoxo processo moderno – Justiça morosa?* In: *Revista de Processo*. São Paulo: Editora RT, nº 105, 2002, p. 132). A doutrina, todavia, diverge substancialmente quanto à possibilidade da utilização da prisão como meio de coerção para o cumprimento de decisões judiciais. Para um apanhado dos argumentos utilizados a favor e contra a utilização da prisão civil como meio de coerção no direito brasileiro, ver ARENHART, Sérgio Cruz. *Perfis da Tutela...*, obra citada, p. 384 e ss., o qual posiciona-se favoravelmente à tese.

²⁹¹ EDUARDO TALAMINI aponta como nota característica das ações executivas a “‘atuação executiva’ – na acepção adotada pela doutrina dominante, de efetivação de uma sanção independentemente da participação do sancionado” (TALAMINI, Eduardo. *Tutela Relativa...*, obra citada, p. 192).

²⁹² Como observa LUIZ GUILHERME MARINONI, “em relação à *execução direta*, é preciso distinguir entre os meios executivos que substituem uma prestação da parte e os meios executivos que atuam quando essa prestação

demandado, sendo suficiente a expedição de um mandado executivo para satisfazer o direito do autor. É o que ocorre, por exemplo, nas ações que envolvem direitos reais, recuperação de coisa ou naquelas em que se busca a remoção do ilícito de eficácia continuada.²⁹³

Nessas hipóteses, os atos executivos praticados por auxiliares do juízo são suficientes para a tutela do direito, já que a sua satisfação não depende de uma prestação do demandado. Não ocorre aqui uma substituição do réu, mas a prática direta de atos que independem da sua participação. Uma vez que nesses casos não se faz necessário exigir do réu qualquer prestação, não há que se falar em condenação, dando lugar às sentenças executivas²⁹⁴, que determinam a prática de atos executivos capazes de, por si sós, satisfazer o direito do autor, independentemente de qualquer atuação do réu.²⁹⁵

Nesse contexto, MARINONI estabelece, com perspicácia, a distinção entre as sentenças consideradas executivas em decorrência da situação de direito material passível de ser tutelada através da coerção direta, daquelas que, relacionadas com os mecanismos de sub-rogação, admitem a concentração dos atos de execução no mesmo processo em que a sentença foi proferida, “por uma questão de política processual”.²⁹⁶

Analisados os traços que identificam e individualizam as sentenças mandamentais e executivas em relação às demais espécies de sentença, é possível

não existe. No primeiro caso, em que a execução substitui a prestação da parte, há *sub-rogação*, enquanto, no segundo, quando a atividade executiva não substitui a prestação devida (pois essa não existe), há *coerção direta*” (MARINONI, Luiz Guilherme. *Técnica Processual...*, obra citada, p. 132).

²⁹³ Nas palavras de LUIZ GUILHERME MARINONI, “se a sentença declara a prática do ato contrário ao direito, também nada precisa ser feito pelo demandado para que o direito seja tutelado. Basta a remoção do ato ilícito” (MARINONI, Luiz Guilherme. *Técnica Processual...*, obra citada, p. 133).

²⁹⁴ PONTES DE MIRANDA concebe as sentenças executivas como aquelas que produzem como resultado final a transferência do bem da vida do patrimônio do devedor para o do credor. Ao definir a ação executiva, cuja procedência dá ensejo à sentença executiva, o ilustre processualista destaca: “A ação executiva é aquela pela qual se passa para a esfera jurídica de alguém o que nela devia estar, e não está. Segue-se até onde está o bem e retira-se de lá o bem (ex-sequor, ex-secutio)” (PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado...*, obra citada, p. 122). No mesmo sentido, ver MALACHINI, Edson Ribas. *As ações...*, obra citada, p. 33 e ss.

²⁹⁵ MARINONI, Luiz Guilherme. *Técnica Processual...*, obra citada, p. 133/134.

²⁹⁶ MARINONI, Luiz Guilherme. *Técnica Processual...*, obra citada, p. 134.

afirmar que as sentenças proferidas nos moldes do artigo 461 e 461-A do Código de Processo Civil e artigo 84 do Código de Defesa do Consumidor assumem, por vezes, a natureza de mandamental, e, por outras, de executivas. São mandamentais quando impõem ao réu uma ordem para o cumprimento de obrigação de fazer, não fazer ou de entrega de coisa, acompanhadas do meio coercitivo voltado a exercer pressão sobre a sua vontade.²⁹⁷ Todavia, sempre que a tutela do direito do autor não depender de uma prestação do réu, podendo ser satisfeita através de mecanismos de coerção direta, é de sentença executiva que se está a tratar.²⁹⁸

As implicações que as sentenças mandamentais ou executivas previstas nos artigos 461 e 461-A do Código de Processo Civil e artigo 84 do Código de Defesa do Consumidor vêm trazer para a ampliação dos poderes do juiz na busca da efetividade da tutela jurisdicional atingem proporções inimagináveis num contexto histórico não muito remoto.

Com efeito, no intuito de forçar o réu a adimplir a sua obrigação, previu-se expressamente a possibilidade de o juiz editar ordem sob pena de multa, tanto em sede de sentença final como a título de antecipação de tutela, independentemente de pedido do autor.

Previu-se, ainda, que, para a obtenção de resultado prático equivalente, poderá o juiz impor ao réu um fazer ou um não fazer diverso do pedido. Atribuiu-se-

²⁹⁷ O artigo 287 do CPC, com a nova redação dada pela Lei nº 10.444, de 07.05.2002, também prevê a possibilidade da fixação de multa pecuniária para forçar o réu a adimplir obrigação de fazer, de não fazer e de entregar coisa. Na dicção do dispositivo legal: “Art. 287. Se o autor pedir que seja imposta ao réu a abstenção da prática de algum ato, tolerar alguma atividade, prestar ato ou entregar coisa, poderá requerer cominação de pena pecuniária para o caso de descumprimento da sentença ou da decisão antecipatória de tutela (arts. 461, §4º, e 461-A)”.

²⁹⁸ EDUARDO TALAMINI sustenta que o artigo 461 pode dar ensejo tanto a provimentos com eficácia mandamental, quando voltados para a obtenção da tutela específica, através de conduta do próprio réu, ou com eficácia executiva *lato sensu*, quando dirigidos à produção do “resultado prático equivalente” (TALAMINI, Eduardo. *Tutela Relativa...*, obra citada, p. 232). MALACHINI diverge desse entendimento, sustentando que as sentenças do artigo 461, quando se prestam à efetivação da tutela específica com a realização do fato pelo próprio réu, são cominatórias, cuja essência reside na imposição de um fazer ou não-fazer e cominação de pena pelo não cumprimento da decisão. Assim, o provimento judicial proferido com fundamento no artigo 461 do Código de Processo Civil, na parte em que ameaça o réu com multa, tem natureza condenatória, já que a cominação consistiria, em última análise, num adiantamento de condenação (MALACHINI, Edson Ribas. *As ações...*, obra citada).

lhe o poder de, oficiosamente ou a requerimento, determinar as medidas necessárias para conferir efetividade à sua decisão, podendo até mesmo alterar, na fase de execução, a modalidade executiva fixada na sentença, caso se revele insuficiente ou inapta para a tutela do direito em face das circunstâncias do caso concreto.

O legislador estabeleceu no artigo 461 do Código de Processo Civil o dever do juiz de sempre buscar a tutela específica ou a obtenção do resultado prático correspondente²⁹⁹, só podendo a obrigação ser convertida em perdas e danos diante da impossibilidade da concessão das tutelas anteriores ou mediante requerimento do autor.

Portanto, o juiz deve estar atento para as necessidades do direito material, para então definir qual será a espécie de tutela que deverá ser prestada no caso concreto, de forma a melhor atender à satisfação do direito do autor. Assim, diante da ameaça de prática, repetição ou continuação de um ato contrário ao direito, a tutela a ser prestada será a inibitória, visando-se prevenir a ocorrência ou a continuação do ilícito. Na hipótese do ato contrário ao direito já ter se realizado sem que ainda tenha ocorrido qualquer dano, a tutela cabível será a da remoção do ilícito, mediante a qual se afastará a violação do direito já consumada, impedindo-se o advento do dano. Somente nas hipóteses em que o dano já tiver se consumado é que será devida a tutela ressarcitória, a qual, em havendo possibilidade fática, deverá ser prestada na forma específica. E, apenas no caso de total impossibilidade de ressarcimento na forma específica, será admitida a conversão da obrigação em perdas e danos.³⁰⁰

²⁹⁹ MARCELO LIMA GUERRA destaca a artificialidade da diferenciação feita pela lei entre a tutela específica e o resultado prático equivalente ao adimplemento. Nas palavras do autor: “(...) ou se presta a tutela específica ou, se esta é impossível, resolve-se a obrigação em perdas e danos. *Tertius non datur*. Em outras palavras, não se vê como um resultado prático equivalente ao da obrigação, que não seja o seu equivalente pecuniário, não consista já na própria tutela específica” (GUERRA, Marcelo Lima. *Execução Indireta...*, obra citada, p. 45/46).

³⁰⁰ Cf. MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela Específica (arts. 461, CPC e 84, CDC)*. São Paulo: Editora RT, 2000, p. 67 e ss.

O próprio artigo 461 do CPC oferece todo o aparato necessário para tornar efetivas todas essas espécies de tutela dos direitos³⁰¹, tendo o juiz o dever de exercer os poderes que lhe foram outorgados para a prestação da tutela exigida pela situação concreta. Assim, os poderes executivos conferidos ao juiz constituem-se, na realidade, em poderes-deveres, uma vez que o magistrado tem o dever de os exercer com vistas a atingir a finalidade assegurada pela norma constitucional, qual seja, a prestação de uma tutela jurisdicional efetiva. Não se olvide que esse dever do juiz de buscar o meio executivo que confira maior efetividade à tutela jurisdicional existe independentemente da previsão pelo legislador, uma vez que decorre diretamente do dever de dar aplicabilidade imediata aos direitos fundamentais, nos termos do artigo 5º, §1º da Constituição Federal.

Por outro lado, consoante pondera MARINONI, “a legitimidade da escolha do autor diante de vários provimentos e meios executivos, bem como a legitimidade da preferência do juiz por provimento ou meio executivo diferente do solicitado, depende não só de sua ‘adequação’ para a efetivação da tutela do direito, mas também o de ser o ‘mais idôneo’ e ‘menos oneroso’ ao demandado”.³⁰²

Nesse passo, na tarefa de identificar qual meio executivo deverá ser fixado na sentença para que a tutela jurisdicional concedida ao autor se concretize no mundo dos fatos, não basta ao juiz encontrar um meio executivo idôneo para o

³⁰¹ O ordenamento jurídico italiano não contém previsão genérica das sentenças mandamentais e executivas como aquela prevista nos artigos 461 e 461-A do CPC e no artigo 84 do CDC no tocante às obrigações de fazer, não fazer e entrega de coisa. Daí a maior dificuldade enfrentada pela doutrina italiana para encontrar o fundamento legal que possibilite às sentenças condenatórias de se utilizarem de meios de coerção indireta para a tutela específica das obrigações infugíveis, cuja natureza não se coaduna com a execução forçada. Sobre o tema, vide PROTO PISANI, Andrea. *Lezioni di...*, obra citada, p. 170 e ss., que defende o abandono da tradicional concepção da correlação necessária entre condenação e execução forçada. Em sentido diverso, CRISANTO MANDRIOLI refuta a ampliação da noção de condenação, sustentando que a superação da tipicidade das formas de tutela executiva depende de explícita previsão legal (MANDRIOLI, Crisanto. *Sulla correlazione necessaria tra condanna ed eseguibilità forzata*. In: Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile. Milano: Giuffrè, 1976, p. 1.342/1.357). Já os sistemas da Common Law contam com a previsão de eficazes técnicas de tutela executiva dos direitos, além de uma ampla liberdade de atuação dos juízes para que possam encontrar o meio executivo adequado para cada situação concreta. Para um panorama da tutela executiva dos direitos nos sistemas da Common Law, ver TARUFFO, Michele. *A Atuação Executiva...*, obra citada, p. 73 e ss.

³⁰² MARINONI, Luiz Guilherme. *O direito à efetividade...*, obra citada, p. 319.

adimplemento da obrigação, devendo buscar uma medida que, além do aspecto da idoneidade, cause o menor sacrifício possível ao réu.³⁰³

Nesse contexto, não será razoável, por exemplo, a decisão judicial que, visando fazer cessar a emissão de gases poluentes por uma fábrica, determine o encerramento definitivo de suas atividades, quando restar evidente que a simples instalação de um filtro seria suficiente para solucionar o problema da poluição.

Percebe-se, portanto, que, de um juiz que em tempos remotos era tido como mero aplicador da lei em relação ao qual se esperava uma postura passiva diante da realidade subjacente ao processo, passou-se a exigir um juiz ativo, atento às situações carentes de tutela e à realidade econômica das partes, e, acima de tudo, engajado com a entrega de uma prestação jurisdicional que efetivamente dê proteção ao direito substancial contextualizado no caso concreto.

4.3 AS NORMAS PROCESSUAIS ABERTAS

As formas processuais não podem ser vistas como fins, mas como instrumento para a realização da Justiça no caso concreto. Nessa perspectiva, o procedimento deve ser construído a partir das necessidades de direito material, de forma a viabilizar a sua concretização no plano da realidade.

Com o espírito voltado às exigências de adequação do procedimento às peculiaridades do direito material objeto de tutela, introduziu o legislador mecanismos capazes de possibilitar ao juiz a captação das carências da vida real e, de acordo com elas, conformar o procedimento, viabilizando assim uma adequada solução do litígio pelo Poder Judiciário.

³⁰³ Consoante preconiza MARINONI, “tanto o autor quanto o réu podem controlar a escolha do juiz, pois se o autor tem direito à efetividade da tutela do seu direito, e assim ao meio executivo idôneo, o réu tem direito que esse meio seja aquele que lhe cause a menor restrição possível” (MARINONI, Luiz Guilherme. *Técnica Processual...*, obra citada, p. 247).

Trata-se das cláusulas gerais, também chamadas de normas processuais abertas, que consubstanciam uma significativa transformação em relação à tradicional técnica legislativa casuística.³⁰⁴

As normas processuais abertas são caracterizadas pela vagueza semântica, ensejando a possibilidade de que determinado enunciado legal abarque diferentes soluções para as variadas situações submetidas à decisão judicial. As cláusulas gerais proporcionam abertura e flexibilidade do sistema jurídico, possibilitando a adequação valorativa aos casos concretos. Atribuem uma maior liberdade ao juiz para a criação da norma, ao mesmo tempo em que a ele servem de referência, possibilitando a individualização das situações com a aplicação do direito do caso.

O enunciado das cláusulas gerais, veiculado através de conceitos jurídicos indeterminados, permite a incorporação de princípios, valores e diretrizes constitucionais, possibilitando ao juiz a construção de diferentes normas, cujo conteúdo é variável de acordo com as especificidades do caso concreto.³⁰⁵

Através das cláusulas processuais abertas, o legislador remete ao juiz a tarefa de sopesar os interesses das partes, conformando o procedimento de acordo com o correto equacionamento entre os princípios em conflito.³⁰⁶ Isso porque é impossível para o legislador antever abstratamente, em todos os casos, qual a providência adequada para a proteção das inúmeras situações de direito material que despontam no

³⁰⁴ Sobre as Cláusulas Gerais no Direito Civil, ver NALIN, Paulo. *Cláusula Geral e Segurança Jurídica no Código Civil*. In: Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná. Curitiba: SER/UFPR, 2004, p. 85/98.

³⁰⁵ Nesse sentido, PAULO NALIN observa que “a técnica de cláusula geral será decisiva para uma construção do sistema jurídico comprometido com a realidade social concreta e contemporânea” (NALIN, Paulo. *Cláusula Geral...*, obra citada, p. 97).

³⁰⁶ Nesse sentido, CARLOS ALBERTO ÁLVARO DE OLIVEIRA observa: “Atualmente, pode-se até dizer do ponto de vista interno que a conformação e a organização do processo e do procedimento nada mais representam do que o equacionamento de conflitos entre princípios constitucionais em tensão, de conformidade com os fatores culturais, sociais, políticos, econômicos e as estratégias de poder em determinado espaço social e temporal. Basta pensar na permanente disputa entre os princípios da efetividade e da segurança jurídica” (OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de. *O Processo Civil...*, obra citada, p. 09).

plano da realidade. Afinal, como adverte MICHELE TARUFFO, “a eficácia da tutela executiva não é um objetivo que possa ser alcançado por meio de tipologias abstratas e isto aparece de forma evidente na análise dos problemas colocados com relação à atuação dos assim chamados ‘novos direitos’”.³⁰⁷

Impende ressaltar também o importante papel desempenhado pelas normas processuais abertas para possibilitar ao cidadão a construção da ação adequada à tutela do direito afirmado.³⁰⁸ Assim, de acordo com a situação concreta levada a juízo e com base na causa de pedir da ação, o autor poderá postular a utilização das técnicas processuais que entenda adequadas à efetiva proteção do direito material em litígio.

Nesse contexto, evidencia-se mais uma vez a relevância das normas instituídas pelos artigos 461 do Código de Processo Civil e 84 do Código de Defesa do Consumidor, as quais contêm cláusulas gerais que possibilitam ao autor e ao juiz escolher a medida executiva que melhor atenda às necessidades do direito material de acordo com a situação concreta.

Essas normas processuais, que se aplicam para o cumprimento das obrigações de fazer, tanto fungíveis quanto infungíveis, de não fazer e de entrega de coisa, inauguraram técnicas de extrema relevância para a efetiva proteção dos direitos, contendo ferramentas poderosíssimas a serem manejadas pelo juiz. A partir da leitura desses dispositivos legais, pode-se extrair todo o instrumental necessário para a concessão de tutelas específicas dos direitos, as quais possibilitam a entrega ao autor do exato bem da vida pretendido, permitindo-se que se abandone a ultrapassada concepção de que a resposta jurisdicional a toda e qualquer violação ou ameaça de violação a um direito deve tomar a forma de sentença condenatória, convertendo-se em perdas e danos.

³⁰⁷ TARUFFO, Michele. *A Atuação Executiva...*, obra citada, p. 90.

³⁰⁸ Nesse sentido, ver MARINONI, Luiz Guilherme. *Curso de Processo Civil...*, obra citada, p. 290 e ss.

Conforme exposto anteriormente, as normas instituídas pelos artigos 461 e 461-A do Código de Processo Civil e 84 do Código de Defesa do Consumidor introduziram de maneira genérica no ordenamento jurídico a previsão de sentenças executivas e mandamentais no tocante às ações que tenham por objeto obrigações de fazer, não fazer e entrega de coisa. Supriu-se, dessa forma, a insuficiência da sentença condenatória para a adequada tutela do direito do autor, pelo menos no que diz respeito às obrigações que tenham por conteúdo um fazer, um não fazer, ou entregar coisa.

Sendo assim, a tutela ressarcitória deixou de ser a única forma de tutela jurisdicional prevista pelo legislador, passando, ao contrário, a ser admitida somente nas hipóteses em que requerida pelo autor ou quando não seja possível a tutela específica do direito ou a obtenção do resultado prático correspondente. Portanto, está o juiz circunscrito a proferir o provimento apto a dar adequada proteção ao direito material por ele reconhecido. Nesse passo, sempre que a tutela do direito material assim exigir, deverá o juiz emitir uma ordem ao réu ou determinar a realização dos meios executivos necessários para a efetiva satisfação do direito do autor, seja impedindo a sua violação, seja fazendo-a cessar, antes mesmo de verificar-se a produção do dano.³⁰⁹

CANOTILHO enfatiza que “a existência de uma protecção jurídica eficaz pressupõe o direito à execução das sentenças (‘fazer cumprir as sentenças’) dos tribunais através dos tribunais (ou de outras autoridades públicas), devendo o Estado fornecer todos os meios jurídicos e materiais necessários e adequados para dar cumprimento às sentenças do juiz”.³¹⁰ Adverte o constitucionalista português que a

³⁰⁹ Consoante assevera EDUARDO TALAMINI, “não existe ordem prévia e abstrata de preferência entre meios de sub-rogação e de coerção. A escolha entre a via da ‘tutela específica’ e a do ‘resultado prático correspondente’ haverá de ser feita conforme os valores envolvidos no caso concreto (sempre à luz dos princípios da máxima efetividade da tutela jurisdicional e do menor sacrifício do réu). As eficácias mandamental e executiva estarão presentes no provimento antecipatório ou final ex art. 461. No entanto, o efetivo emprego de cada uma dessas eficácias – a transformação da eficácia (potencialidade de produção de efeitos) em efeitos – dependerá das circunstâncias concretas” (TALAMINI, Eduardo. *Tutela Relativa...*, obra citada, p. 284).

³¹⁰ CANOTILHO, J.J. GOMES, *Direito Constitucional e Teoria...*, obra citada, p. 496.

decisão judicial que reconhece um direito do particular faz nascer para ele um direito subjetivo público de ver realizado o seu direito.³¹¹

Nesse contexto, importa destacar o poder-dever conferido ao juiz pelos artigos 461 do Código de Processo Civil e 84 do Código de Defesa do Consumidor de determinar, tanto liminarmente como na sentença, as providências que assegurem efetividade à sua decisão, de forma a obter diretamente o resultado pretendido ou incidindo como meio de coerção indireta sobre a vontade do demandado. Com efeito, o §5º do artigo 461 traz um rol de medidas que podem ser determinadas pelo juiz, de ofício ou a requerimento do autor, com vistas a tornar efetiva a tutela específica ou a obtenção do resultado prático equivalente. São elas: “imposição de multa por tempo de atraso, busca e apreensão, remoção de pessoas e coisas, desfazimento de obras e impedimento de atividade nociva, se necessário com requisição de força policial”. Ressalte-se que tais medidas são apenas exemplificativas³¹², podendo o juiz determinar qualquer outra providência que se revele, no caso concreto, necessária e eficaz para a tutela do direito material do autor.³¹³

Nessa esteira, além da necessária adequação da sentença à tutela do direito material pretendida pelo autor, cabe ao julgador fixar os meios executivos aptos a conferir a ela efetividade.³¹⁴ O §6º do artigo 461 do CPC permite ao juiz, na fase executiva, de ofício ou a requerimento da parte, modificar o valor ou a periodicidade da multa fixada na sentença, caso constate a sua insuficiência ou excessividade. Concede-se ao juiz, ainda, o poder de alterar a modalidade executiva determinada na

³¹¹ CANOTILHO, J.J. GOMES, *Direito Constitucional e Teoria...*, obra citada, p. 496.

³¹² Cf. GUERRA, Marcelo Lima. *Execução Indireta...*, obra citada, p. 62.

³¹³ “Usando da criatividade – e tendo como limite restrições de ordem legal e mesmo constitucional (a exemplo das prescrições das regras previstas na Constituição Federal nos art. 5º, XX, XLVII, LI, LXVII, 6º, XXXIII, 15, entre outros) – dispõe o juiz de amplos poderes para fixar o meio coercitivo mais idôneo para atingir a efetividade da ordem emanada” (ARENHART, Sérgio Cruz. *Perfis da Tutela...*, obra citada, p. 383).

³¹⁴ De acordo com MARINONI, as sentenças e os meios executivos constituem-se em “técnicas para uma adequada prestação da tutela jurisdicional” (MARINONI, Luiz Guilherme. *O direito à efetividade...*, obra citada, p. 308).

sentença caso ela se revele inadequada para a tutela efetiva do direito, desde que acompanhada da devida justificativa.³¹⁵

É forçoso reconhecer que os poderes outorgados ao juiz pelas normas processuais abertas são de tal monta que implicam o abandono do princípio da tipicidade absoluta dos meios de execução³¹⁶, substituindo-o pela possibilidade de o juiz encontrar o meio executivo que melhor atenda às necessidades do caso concreto. A necessidade de propositura do subsequente processo de execução para que a sentença proferida no processo de conhecimento possa produzir efeitos sobre a esfera jurídica do réu não se faz mais presente, na medida em que se admite que a execução se opere no mesmo procedimento, independentemente de pedido expresso do autor.³¹⁷

Como conseqüência, verifica-se também a mitigação do princípio processual da congruência, de acordo com o qual o juiz deve estar adstrito ao que fora pedido pelo autor.³¹⁸ O que importa, na nova sistemática processual, é que o juiz confira efetividade às suas decisões. Assim, se a sentença mandamental lhe parecer mais adequada para a tutela do direito, poderá emitir a ordem acrescida do meio de coerção, ainda que o autor tenha pedido uma providência executiva, ou vice-versa. Do mesmo modo, o conteúdo da obrigação imposta ao demandado poderá ser distinto

³¹⁵ Ver MARINONI, Luiz Guilherme. *Técnica Processual...*, obra citada, p. 138 e ss. O autor admite a possibilidade de o juiz alterar, na fase executiva, o conteúdo do fazer ou não fazer fixado na sentença, somente nas hipóteses em que o réu deixar de atender à sentença, fazendo com que o fazer determinado judicialmente deixe de ser o meio mais idôneo “por sua própria culpa”. Como exemplo, MARINONI observa que “se o réu não instalar o equipamento antipolvente imposto na sentença, o juiz não é obrigado a determinar que esse equipamento seja instalado por terceiro – alterando apenas o meio executivo –, mas fica com a possibilidade de determinar a interdição da fábrica”. Fora daí, vedada está a rediscussão sobre a adequação, idoneidade e proporcionalidade do fazer ou não fazer determinado na sentença, pois esse resulta do contraditório entre as partes, estando acobertado pela coisa julgada material (MARINONI, Luiz Guilherme. *Técnica Processual...*, obra citada, p. 139).

³¹⁶ MARCELO LIMA GUERRA salienta que o sistema de tutela executiva no direito brasileiro tem, atualmente, natureza mista, “ou seja, um sistema onde convivem meios executivos *típicos* com aqueles que podem, *atipicamente*, ser determinados pelo juiz” (GUERRA, Marcelo Lima. *Execução Indireta...*, obra citada, p. 64).

³¹⁷ Cumpre repisar que a recente Lei nº 11.232, de 22.12.2005, veio alterar a sistemática tradicional da execução de títulos judiciais em geral, estendendo para todas as sentenças, inclusive às que condenam a pagar quantia certa, a possibilidade de execução no mesmo processo em que proferidas, nos moldes já disciplinados pelos artigos 461 e 461-A do CPC no tocante às obrigações de fazer, não fazer e entrega de coisa.

³¹⁸ Antes da inovação legislativa do artigo 461, o princípio da congruência vinha agasalhado pelo Código de Processo Civil, tanto em seu artigo 128, segundo o qual “o juiz decidirá a lide nos limites em que foi proposta, sendo-lhe defeso conhecer de questões, não suscitadas, a cujo respeito a lei exige a iniciativa da parte”, como no artigo 460, que diz ser “defeso ao juiz proferir sentença, a favor do autor, de natureza diversa da pedida, bem como condenar o réu em quantidade superior ou em objeto diverso do que lhe foi demandado”.

daquele pleiteado pelo autor, desde que se mostre idôneo e suficiente para a obtenção do resultado prático equivalente ao do adimplemento. Na hipótese, já referida anteriormente, de o autor solicitar o encerramento das atividades de uma determinada fábrica para fazer cessar a poluição ao meio ambiente, poderá o juiz determinar ao réu a instalação de um filtro, caso verifique que tal providência revela-se suficiente para impedir a propagação dos efeitos nocivos ao meio ambiente, ao mesmo tempo em que possibilita a continuidade das atividades da empresa.

Tanto o princípio da tipicidade dos meios de execução como o da congruência entre o pedido e a sentença foram concebidos no Estado Liberal, como resultado da íntima ligação com os valores da liberdade individual e da segurança jurídica nele consagrados. A necessidade de condicionar a produção de efeitos da sentença condenatória a um subsequente processo de execução, somada à exigência de tipificação legal dos meios de execução, atendia plenamente aos valores liberais vigentes na época. Nesse passo, o que importava era limitar os poderes do juiz na execução, vinculando-o ao que fora pedido pelo autor e aos meios executivos previstos pela lei, ausente qualquer preocupação quanto à efetiva realização do direito material.

Nesse diapasão, o abandono dos postulados processuais da congruência e da tipicidade dos meios de execução consubstancia a resposta do legislador aos princípios e valores constitucionais que consagraram o direito à efetividade da tutela jurisdicional como direito fundamental.

A disciplina normativa do procedimento através das cláusulas gerais revela a tomada de consciência pelo legislador acerca da inaptidão de um único modelo procedimental para proteger adequadamente toda e qualquer situação submetida à tutela jurisdicional do Estado, confiando-se ao juiz a tarefa de encontrar o provimento e o meio executivo idôneos para proteger efetivamente o direito material do autor, de acordo com a sua natureza e com a realidade social subjacente ao processo. Trata-se, portanto, de louvável avanço legislativo rumo à efetiva concretização do direito fundamental de ação.

4.4 A ATUAÇÃO DO JUIZ EM FACE DA INEXISTÊNCIA OU INSUFICIÊNCIA DAS TÉCNICAS PROCESSUAIS

Consoante examinado anteriormente, instituiu o legislador mecanismos processuais de extrema relevância para possibilitar ao juiz a adequada e efetiva proteção do direito objeto de tutela.

Todavia, é intuitivo que a lei não seja capaz de abarcar todas as situações que florescem nos mais diversos aspectos e segmentos da vida em sociedade, o que faz com que inúmeros direitos permaneçam carentes de proteção efetiva, diante da omissão do legislador em estruturar técnicas processuais capazes de atender às suas especificidades.

Ainda que, na maioria das hipóteses, os poderes conferidos ao juiz para tornar possível a prestação de uma tutela jurisdicional efetiva decorram das técnicas processuais instituídas pelo legislador infra-constitucional, não se pode olvidar que o fundamento último da outorga desses poderes decorre da própria fundamentalidade do direito de ação.

Sendo assim, insta reconhecer que os poderes do juiz para imprimir efetividade à tutela jurisdicional decorrem da própria Constituição, como corolário do dever de dar aplicabilidade imediata aos direitos fundamentais, conforme enunciado no artigo 5º, §1º, da Carta Magna. Com efeito, esse preceito constitucional faz nascer o dever de todos os Poderes do Estado de conferir a concreta e imediata realização dos direitos fundamentais, independentemente da existência ou do conteúdo de lei que venha a ser editada pelo legislador infra-constitucional para regulamentar o exercício desses direitos.

Não restam dúvidas, portanto, de que o juiz tem o dever de interpretar as normas processuais de forma a imprimir a maior efetividade possível à tutela

jurisdicional, concretizando o direito de ação tal como prometido pela Constituição da República. Nesse passo, não será nem a previsão pelo legislador de procedimentos obstaculizadores da proteção efetiva ao direito material, nem a omissão dele em instituir técnicas processuais aptas a conferir efetividade à tutela dos direitos, que irão permitir ao juiz permanecer inerte na busca da efetividade da tutela jurisdicional.³¹⁹ O dever de concretização desse direito fundamental decorre diretamente da própria Constituição.³²⁰

Analisando-se as situações não contempladas pelas novas técnicas processuais à luz do direito fundamental a uma tutela jurisdicional efetiva, torna-se inevitável concluir que, mesmo diante de uma lacuna legislativa, o juiz tem o dever de interpretar as normas processuais presentes no ordenamento jurídico de forma a extrair delas a máxima potencialidade em dar proteção adequada aos direitos.³²¹

JOSÉ CARLOS VIEIRA DE ANDRADE vai mais além, afirmando que, mesmo em face da existência de lei que regulamente o exercício de um direito fundamental, “os juízes, tendo em conta a sua competência para o controle da constitucionalidade das leis, podem (devem) aplicar os preceitos constitucionais *contra* a lei e *em vez* da lei”.³²² E prossegue o constitucionalista português: “Não se limitam, nesta sua actividade de controle, a avaliar da ‘compatibilidade’ da lei com os preceitos constitucionais, antes apreciam a ‘conformidade’ intrínseca das normas legais com o

³¹⁹ Consoante pondera BARBOSA MOREIRA: “É em juízo que primeiro repercutem determinadas carências. Quem sente necessidade de proteção nem sempre renuncia a pleiteá-la por causa da mera inexistência ou insuficiência de textos legais; o juiz, por sua vez, nem sempre se deixa paralisar no impulso para fazer justiça pelo simples fato de não encontrar no receituário oficial o medicamento específico apropriado. Ambos procuram remédio no similar que estiver mais à mão” (BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Tutela de Urgência...*, obra citada, p. 98).

³²⁰ MARINONI, Luiz Guilherme. *Técnica Processual...*, obra citada, p. 220 e ss.

³²¹ Nesse sentido, MARINONI preconiza: “Na hipótese que o Estado se omite em editar técnica processual adequada à efetiva prestação da tutela jurisdicional, o juiz deve justificar que a sua aplicação é necessária em face das necessidades do direito material (das tutelas que devem ser prestadas para que ocorra a efetividade do direito). Partindo-se da premissa de que não há dúvida de que o juiz deve prestar a tutela efetiva, é fácil justificar, em conformidade com a Constituição, que determinada técnica é imprescindível à tutela da situação concreta” (MARINONI, Luiz Guilherme. *Técnica Processual...*, obra citada, p. 233).

³²² ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os Direitos Fundamentais...*, obra citada, p. 259.

conteúdo concretizado daqueles preceitos, reavaliando assim em toda a sua extensão o juízo do legislador”.³²³

Nessa esteira, impende destacar que a atuação do Poder Judiciário para suprir as falhas e insuficiências da lei não se impõe apenas em face do seu dever genérico de respeitar a Constituição e de conferir eficácia aos direitos fundamentais, mas também da função que lhe foi expressamente atribuída pela Lei Maior para o controle da constitucionalidade das leis.³²⁴

Assim, se um dado procedimento instituído por lei não atende às necessidades do direito material, reconhece-se ao juiz o poder de conformar o procedimento³²⁵ de acordo com as exigências do caso concreto, de maneira a conferir efetividade à tutela jurisdicional.³²⁶

Contudo, consoante preconiza LUIZ GUILHERME MARINONI, “não se trata de aplicar a idéia, já intuída há muito tempo, de adaptação do procedimento ao caso concreto.” E explicita a sua linha de pensamento:

Deixar um espaço de ação para o juiz melhor aplicar a técnica processual nada mais é do que ter consciência de que, diante de determinadas situações, não há como antever a forma procedimental adequada. No entanto, se essa adaptação somente pode ser feita dentro de limites previamente considerados, *aqui se vai além*. O que se deseja evidenciar é a necessidade de o juiz conformar o procedimento ao caso concreto em todos os casos em que a técnica processual não for capaz de atender ao direito

³²³ ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os Direitos Fundamentais...*, obra citada, p. 259.

³²⁴ Nesse sentido, ver ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os Direitos Fundamentais...*, obra citada, p. 269.

³²⁵ A adequação do procedimento pelo juiz foi expressamente autorizada pelo artigo 265-A do Código de Processo Civil português, que dispõe: “Quando a tramitação processual prevista na lei não se adequar às especificidades da causa, deve o juiz oficiosamente, ouvidas as partes, determinar a prática dos atos que melhor se ajustem ao fim do processo, bem como as necessárias adaptações”.

³²⁶ FREDIE DIDIER observa que, por vezes, a própria lei prevê técnicas que permitem ao juiz adaptar o procedimento para adequá-lo à situação de direito material que se visa tutelar. Como exemplo, cita o autor o julgamento antecipado da lide, consoante autorizado pelo artigo 330 do CPC; a inversão da regra do ônus da prova nos processos que versam sobre relações de consumo, nos termos do artigo 6º, VIII, do Código de Defesa do Consumidor; a dispensa da Audiência Preliminar quando se tratar de direito indisponível. Todavia, adverte o processualista que, “como se trata de um desvio (previsível e permitido) da rota originariamente traçada, o magistrado sempre deve avisar antes às partes de sua intenção, de modo a garantir a higidez do contraditório; somente com o prévio anúncio podem os litigantes comportar-se processualmente de acordo com as novas regras. Pensar o contrário seria permitir surpresas processuais, em afronta direta aos princípios da lealdade e da cooperação” (DIDIER JR., Fredie. *Sobre dois importantes...*, obra citada, p. 535).

material e à realidade social. Nesse caso, o juiz deverá considerar as tutelas prometidas pelo direito material, a realidade social e os valores da Constituição.³²⁷

NELSON NERY JUNIOR ressalta o dever do Poder Judiciário fornecer ao jurisdicionado a tutela adequada, ainda que para tanto seja preciso utilizar-se de técnicas processuais não previstas pelo legislador, até mesmo quando essas técnicas tenham sido por ele expressamente proibidas.³²⁸ A lei, complementa o processualista, deverá ser interpretada conforme a Constituição, a fim de que seja realizado o “princípio constitucional do direito de ação”.³²⁹

CARLOS ALBERTO ÁLVARO DE OLIVEIRA destaca a importância do princípio da adequação formal na busca pela efetividade do processo, “facultando ao juiz, obtido o acordo das partes, e sempre que a tramitação processual prevista na lei não se adapte perfeitamente às exigências da demanda aforada, a possibilidade de amoldar o procedimento à especificidade da causa, por meio da prática de atos que melhor se prestem à apuração da verdade e acerto da decisão, prescindindo dos que se revelem inidôneos para o fim do processo”.³³⁰

O consagrado processualista, em outra oportunidade, preconizou que o juiz deve dar à lei processual a interpretação mais favorável aos direitos fundamentais, podendo, através dela, inclusive corrigir possíveis falhas da lei:

Às vezes, mostra-se necessária até a correção da lei pelo órgão judicial, com vistas à salvaguarda do predomínio do valor do direito fundamental na espécie em julgamento. Já não se cuida, então, de mera interpretação “conforme à Constituição”, mas de correção da própria lei, orientada pelas normas constitucionais e pela primazia de valor de determinados bens jurídicos dela deduzidos, mediante *interpretação mais favorável aos direitos fundamentais*. Significa isto que, havendo dúvida, deve prevalecer a interpretação que, conforme o caso, restrinja menos o direito fundamental, dê-lhe maior proteção, amplie mais o seu âmbito, satisfaça-o em maior grau.³³¹

³²⁷ MARINONI, Luiz Guilherme. *Técnica Processual...*, obra citada, p. 224.

³²⁸ E exemplifica: “Quando a tutela adequada para o jurisdicionado for medida urgente, o juiz, preenchidos os requisitos legais, tem de concedê-la, independentemente de haver lei autorizando, ou, ainda, que haja lei proibindo a tutela urgente” (NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios...*, obra citada, p. 100).

³²⁹ NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios...*, obra citada, p. 100.

³³⁰ OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *Efetividade...*, obra citada, p. 66.

MARCELO LIMA GUERRA sustenta que a aplicação imediata das normas de direitos fundamentais sobre a atividade jurisdicional submete a tutela executiva a três princípios:

a) o juiz tem o *poder-dever* de negar a aplicação de qualquer restrição imposta por norma infraconstitucional que limite o uso de meios executivos (sub-rogatórios e coercitivos) de maneira a comprometer-lhes a eficácia; b) na prestação de tutela executiva, nas questões que envolvam o cabimento e a escolha de meio executivo mais adequado à execução forçada do direito, o juiz, ao resolvê-las, deve ter presente o princípio da *interpretação conforme a Constituição*, o que implica adequar, o máximo possível, os resultados práticos ou concretos da decisão às exigências de garantia dos direitos fundamentais em jogo; c) o juiz tem o *poder-dever* de, mesmo e principalmente no silêncio da lei, determinar os meios executivos que se revelem necessários para melhor atender à exigência de prestação de tutela executiva *eficaz*.³³²

LUIZ GUILHERME MARINONI acentua a importância da interpretação de acordo com a Constituição, da interpretação conforme a Constituição e da declaração parcial de nulidade sem redução de texto para a concretização pelo juiz do direito à tutela jurisdicional efetiva.³³³ Enquanto a primeira constitui-se em método de interpretação da lei³³⁴, as outras duas se relacionam com o controle da constitucionalidade das leis e atos normativos.³³⁵

Mediante a aplicação dessas técnicas, permite-se ao juiz interpretar as leis processuais de forma a harmonizá-las às normas constitucionais e exercer, de forma difusa, o controle da sua constitucionalidade³³⁶, com vistas a suprir, nos casos

³³¹ OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de. *O Processo Civil...*, obra citada, p. 16.

³³² GUERRA, Marcelo Lima. *Execução Indireta...*, obra citada, p. 57.

³³³ MARINONI, Luiz Guilherme. *Técnica Processual...*, obra citada, p. 229 e ss.

³³⁴ A interpretação de acordo com os direitos fundamentais é decorrência da sua dimensão objetiva e da eficácia irradiante dela decorrente (MARINONI, Luiz Guilherme. *Técnica Processual...*, obra citada, p. 233).

³³⁵ Explicita o ilustre processualista que “a interpretação conforme deve ser utilizada nos casos de leis *manifestamente inconstitucionais* e a declaração parcial de nulidade sem redução de texto nas hipóteses de leis *em princípio compatíveis* com a Constituição. A interpretação conforme estabelece uma única interpretação *conforme* a Constituição, declarando que *todas as outras são com ela incompatíveis*. Na declaração parcial de nulidade, declara-se a inconstitucionalidade de *algumas interpretações*, preservando-se a literalidade do texto legal. Na declaração parcial de nulidade, os órgãos do Poder Judiciário e da Administração Pública ficam proibidos de *realizar determinadas interpretações*, enquanto, na interpretação conforme, *estabelece-se uma única interpretação cabível*” (MARINONI, Luiz Guilherme. *Técnica Processual...*, obra citada, p. 230).

³³⁶ “No controle difuso, o juiz poderá deparar-se com lei processual (por exemplo) substancialmente inconstitucional ou com lei processual substancialmente constitucional, mas com possíveis interpretações inconstitucionais. Na primeira hipótese, verificando o juiz que a lei não é inconstitucional quando interpretada em um determinado sentido, deve adotá-la expressamente como razão para decidir. Quando o juiz conclui que algumas interpretações da lei processual são inconstitucionais, além de declará-las, deve apontar a interpretação que irá pautar o julgamento, embora possa existir outra compatível com a Constituição” (MARINONI, Luiz Guilherme. *Técnica Processual...*, obra citada, p. 231).

que lhe são submetidos a julgamento, as falhas e insuficiências da lei obstaculizadoras de uma prestação jurisdicional efetiva.

FREDIE DIDIER JR. aponta como exemplo de “adequação jurisprudencial da tutela jurisdicional” com vistas a viabilizar uma efetiva proteção do direito material as cautelares satisfativas, muito utilizadas antes do advento da norma do artigo 273 do CPC, que passou a autorizar a antecipação da tutela no processo de conhecimento. Segundo o processualista:

Essa utilização desvirtuada do procedimento cautelar deu-se em virtude da inexistência de norma que autorizasse a concessão de provimentos urgentes de mérito; isso até o caso do ano de 1994, quando se instituiu a antecipação dos efeitos da tutela para a generalidade dos direitos, com a nova redação dada ao artigo 273 do Código de Processo Civil. Ora, diante de situações fáticas que exigiam um provimento judicial célere, aliado ao fato de que ao judiciário incumbe prestar a tutela de maneira efetiva, não houve alternativa para os operadores do direito senão desnaturar o conceito de tutela cautelar – elastecendo-o – para, assim, não deixar ao largo legítimos interesses vindicados em juízo.³³⁷

Vale lembrar ainda a hipótese em que o juiz conforma o procedimento para possibilitar a execução imediata da sentença mesmo nos casos em que a lei impõe que o recurso de apelação deve ser recebido nos efeitos devolutivo e suspensivo. Com efeito, o artigo 520 do Código de Processo Civil prevê como regra o recebimento da apelação em ambos os efeitos, estabelecendo algumas exceções nas quais exclui o efeito suspensivo. Eis a dicção do mencionado dispositivo legal:

Art. 520. A apelação será recebida em seu efeito devolutivo e suspensivo. Será, no entanto, recebida só no efeito devolutivo, quando interposta de sentença que:

- I – homologar a divisão ou a demarcação;
- II – condenar à prestação de alimentos;
- III – julgar a liquidação de sentença;
- IV – decidir o processo cautelar;
- V – rejeitar liminarmente embargos à execução ou julgá-los improcedentes;
- VI – julgar procedente o pedido de instituição de arbitragem;
- VII – confirmar a antecipação dos efeitos da tutela.

³³⁷ DIDIER JR., Fredie. *Sobre dois importantes...*, obra citada, p. 534/535.

Portanto, o legislador permite a execução provisória da sentença na pendência do recurso de apelação apenas nas hipóteses expressamente contempladas.³³⁸

Contudo, não é raro acontecer que, ainda que não tenha sido concedida a antecipação da tutela durante o trâmite do processo, o juiz, ao proferir sentença, convença-se da existência do direito do autor, bem como da necessidade de proporcionar-lhe imediato cumprimento para que o direito reconhecido seja adequadamente tutelado. Nessas hipóteses, como forma de contornar a vedação legal, a prática judiciária vem valendo-se da antecipação dos efeitos da tutela na própria sentença, enquadrando a decisão no inciso VII do artigo 520 supracitado, de forma a possibilitar o recebimento da eventual apelação no efeito apenas devolutivo, autorizando a execução provisória da sentença.³³⁹

Portanto, com vistas a contornar a deficiência da técnica processual que não permite a execução provisória da sentença em casos em que ela se revela necessária, os juízes são levados a antecipar os efeitos da tutela na própria sentença, tornando o instituto essencialmente contraditório, já que, se a sentença foi prolatada, nada mais, pela lógica, haveria que ser antecipado.

³³⁸ LUIZ GUILHERME MARINONI defende a adoção da execução imediata da sentença como regra para que o ônus do tempo processual seja distribuído de forma equânime entre as partes (ver MARINONI, Luiz Guilherme. *Garantia da tempestividade...*, obra citada, p. 224). Adverte o processualista, todavia, que a previsão da execução imediata da sentença deve ser excetuada nas “causas relativas ao estado e à capacidade das pessoas”, e, ainda que seja admitida como regra nos demais casos, não pode prescindir de mecanismos que possibilitem ao juiz ou ao tribunal impedir ou suspender a execução da sentença em face de “relevantes motivos”, devendo ser exigida a prestação de caução de maneira geral (MARINONI, Luiz Guilherme. *Garantia da tempestividade...*, obra citada, p. 229/231).

³³⁹ MARINONI observa que de nada adianta que a execução imediata da sentença seja realizada de maneira incompleta, sem a satisfação do direito material reconhecido pela sentença ao autor. Nesse sentido, a execução provisória autorizada pelo Código de Processo Civil brasileiro nas hipóteses em que haja recurso pendente de julgamento garante apenas a segurança do juízo, deixando de lado a preocupação com a tempestividade e efetividade da tutela jurisdicional. E acrescenta: “Se é verdade que a execução na pendência do recurso, para corresponder à necessidade de efetividade da tutela jurisdicional, não pode limitar-se a ‘garantir o juízo’, é importante esclarecer que é um grande equívoco supor que toda execução fundada em título provisório tenha que ser limitada ou ‘incompleta’. Ora, se a sentença ainda depende de confirmação pelo tribunal, o que é provisório é o título, já que a execução em si pode, ou não – a questão é de política legislativa –, realizar imediatamente o direito do credor” (MARINONI, Luiz Guilherme. *Garantia da tempestividade...*, obra citada, p. 227/228).

Como exemplo prático da necessidade de o juiz conformar o procedimento para o caso concreto, suprindo as deficiências da técnica instituída pelo legislador, oportuno colacionar a hipótese referida por LUIZ GUILHERME MARINONI de execução da tutela antecipada para o pagamento de soma em dinheiro.³⁴⁰ Uma vez que essa técnica processual não vislumbra a possibilidade de aplicação de pena de multa (já que não está compreendida nas tutelas aparelhadas nos artigos 461 do CPC e 84 do CDC), tem-se que a obtenção de um provimento antecipado que determine ao réu o pagamento de soma em dinheiro não trará qualquer utilidade prática para o autor, que, mesmo diante do perigo da demora da prestação jurisdicional, não poderá obter o bem da vida pretendido antes da realização de todo o processo de execução, que se dará mediante a expropriação de bens do devedor. Tal situação, segundo MARINONI, representa grave negação ao direito fundamental à efetividade da tutela jurisdicional, pois, se o juiz concedeu a antecipação de tutela, o fez porque estava presente a necessidade de sua concessão no plano do direito material, o que somente ocorre quando a urgência do autor em obter a soma em dinheiro tenha sua causa relacionada com o ato praticado pelo réu, que se pretende corrigir através da tutela final. De nada adianta o legislador ter estruturado uma determinada técnica de tutela (tutela antecipatória de pagamento de soma em dinheiro), sem que seja permitido ao juiz tornar efetiva essa tutela para atender a uma necessidade real. Afinal, o direito à técnica antecipatória, segundo MARINONI, “é o direito à técnica processual capaz de viabilizar a antecipação da tutela”. E explicita: “o direito à tutela antecipatória não é apenas o direito à obtenção de decisão concessiva de tutela antecipatória, mas sim o direito ao bem da vida outorgado por essa decisão. Ou seja, pensar em direito à tutela antecipatória implica em falar na sua plena e integral efetivação”.³⁴¹

³⁴⁰ MARINONI, Luiz Guilherme. *O direito à efetividade...*, obra citada, p. 314 e ss.

³⁴¹ MARINONI, Luiz Guilherme. *O direito à efetividade...*, obra citada, p. 313. Não obstante, o autor adverte que “a ‘execução’ sob pena de multa somente tem sentido em relação ao devedor que possui patrimônio suficiente para responder ao crédito. Na hipótese de devedor sem patrimônio, não cabe, como é óbvio, a ‘execução’ sob pena de multa. Assim, na hipótese de antecipação da ‘execução’, o juiz deve dar ao réu a oportunidade de justificar o não adimplemento. Além disso, é fundamental que o juiz estabeleça prazo suficiente para o réu adimplir, sendo que a sua justificativa também pode ser no sentido de que necessita de mais tempo para cumprir a obrigação” (MARINONI, Luiz Guilherme. *A Antecipação...*, obra citada, p. 247).

Diante disso, preconiza MARINONI, surge para o juiz o dever de adequar o procedimento ao caso concreto, mediante uma interpretação das normas processuais à luz dos valores constitucionais, o que lhe permite utilizar técnicas mandamentais ou executivas para a efetivação da decisão judicial. Poderá ele, por exemplo, de acordo com a situação apresentada, impor ao réu o pagamento de multa para compeli-lo ao cumprimento da decisão judicial, ou ainda determinar o desconto em folha de pagamento, conforme previsão do artigo 734 do CPC.³⁴²

³⁴² MARINONI, Luiz Guilherme. *Técnica Processual...*, obra citada, p. 203 e ss. Acerca da possibilidade de utilização de medidas coercitivas para conferir efetividade à execução por quantia certa, ver GUERRA, Marcelo Lima. *Execução Indireta...*, obra citada, p. 252. Seguindo essa mesma linha de pensamento, oportuno transcrever o teor do voto de CARLOS ALBERTO ÁLVARO DE OLIVEIRA, na Ação Rescisória nº 599263183, TJRS, 6ª CC, Rel. Des. Osvaldo Stefanello, julgada em 26.04.2000, admitindo a imposição de multa para forçar o réu a cumprir sentença de condenação ao pagamento de soma em dinheiro: **“DES. CARLOS ALBERTO ALVARO DE OLIVEIRA (REVISOR)”** – O pedido formulado na inicial da demanda que culminou com a sentença rescindenda exibia inafastável conteúdo condenatório, referindo-se a quantia certa em dinheiro, *in verbis*: “condenar a (...) a devolver ao requerente conforme lhe faculta a Lei nº 9.364/96, a quantia de R\$ 13.135,03 (...)” (f. 13). Assim sendo, com a devida vênua do eminente Relator, não vislumbro aí obrigação de fazer nem de não fazer, mas de dar, a que corresponde, no plano do direito processual, à execução por quantia certa ou para entrega de coisa certa. A nota distintiva essencial é que na obrigação de fazer a prestação é um fato, e esse fato, *ex hypothesis*, não corresponde a coisa, nem a dinheiro. Ora, a satisfação da condenação de prestação em dinheiro independe da realização de fato por parte do devedor, vinculada apenas à transmissão da posse sobre a coisa ou à alienação dos bens do devedor para que deles se extraia o valor do crédito. Daí estatuir o art. 591 do CPC que “O devedor responde, para o cumprimento de suas obrigações, com todos os seus bens presentes e futuros.” Todavia, nada obstante entenda afastada a caracterização do direito reconhecido na sentença rescindenda como obrigação de fazer, revela-se indispensável verificar se houve realmente violação de lei capaz de justificar o pedido de rescisão. Lembro que o provimento judicial, depois de condenar a ré a pagar ao autor o valor reclamado na inicial, impôs a *astreinte* solicitada, nestes termos: “Fixo multa diária para o caso de inadimplemento em 01 (um) salário mínimo, a contar do trânsito em julgado” (f. 26). E a questão que se coloca é se é possível em caso de condenação em quantia certa estabelecer tal tipo de sanção. Para o autor, a sentença ao assim entender teria violado texto de lei, pois somente em se tratando de obrigação de fazer ou não fazer seria lícita a fixação de multa diária. Esse modo de ver entra em aberto conflito, no entanto, com uma visão mais atualizada do exercício da jurisdição. Nos dias atuais, as medidas coercitivas vêm se caracterizando como instrumento de concretização do direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva, de tal sorte que o seu emprego não pode ser excluído de maneira apriorística. Como bem pondera Marcelo Lima Guerra (*Execução Indireta*, São Paulo, RT, 1998, p. 54), “o juiz tem o poder-dever de, mesmo e principalmente no silêncio da lei, determinar as medidas que se revelem necessárias para melhor atender aos direitos fundamentais envolvidos na causa, a ele submetida”. E o Jurista, com toda pertinência, invoca o ensinamento de Vieira de Andrade (*Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, p. 256), no sentido de que na falta de lei que concretize determinado direito fundamental, “o princípio da aplicabilidade directa vale como indicador de exequibilidade imediata das normas constitucionais, presumindo-se a sua perfeição, isto é, a sua auto-suficiência baseada no carácter líquido e certo do seu conteúdo de sentido. Vão, pois, aqui incluídos o dever dos juízes e dos demais operadores jurídicos de aplicarem os preceitos constitucionais e a autorização para com esse fim os concretizarem por via interpretativa”. Tal significa, no âmbito do processo de execução, que o juiz tem o poder-dever de, mesmo e principalmente no silêncio da lei, determinar os meios executivos que se revelem necessários para melhor atender à exigência de prestação de tutela executiva eficaz (Marcelo Guerra, *ob. cit.*, p. 57). No campo da execução por quantia certa não se passa de modo diverso, justificando-se o emprego de medidas coercitivas, como a *astreinte*, por concretizar o valor constitucional protegido da efetividade da tutela jurisdicional. Por tal razão, o uso de tais medidas não pode ser obstado nem por expressa disposição infraconstitucional, muito menos pelo silêncio dessa legislação. Dessa forma, como observa ainda aqui Marcelo Guerra (*ob. cit.*, p. 186), “sempre que a aplicação de alguma medida coercitiva, inclusive a multa diária, revelar-se capaz de superar esses obstáculos e contribuir para uma satisfação mais pronta e efetiva do crédito objeto da execução, ela pode ser utilizada, desde que, é óbvio, não se violem outros bens constitucionalmente protegidos.” E em abono da tese o doutrinador cita o escólio de Michele Taruffo (*Note sul diritto alla condanna e*

Essa hipótese lembrada por MARINONI retrata com clareza situação em que as técnicas processuais existentes não conferem a devida proteção ao direito do autor, impedindo o juiz de lhe proporcionar a exata tutela prometida pelo direito material. Mas, se o direito à obtenção de uma tutela jurisdicional efetiva não pode ter a sua eficácia condicionada à legislação infra-constitucional, na medida em que decorre diretamente da Constituição, sendo inclusive qualificado pela auto-aplicabilidade que se opõe a todos os Poderes do Estado, cabe ao juiz interpretar a legislação processual com os olhos voltados aos valores constitucionais e às peculiaridades do caso concreto, de modo a se desincumbir adequadamente do dever que a Constituição Federal lhe impõe de concretizar o direito fundamental de ação.

Essa postura exigida do juiz de forma alguma pode ser interpretada como incompatível com a sua necessária imparcialidade. O que importa aqui é abandonar a idéia de neutralidade judicial, uma vez que o juiz não pode permanecer indiferente em face das diversas situações carentes de tutela, exigindo-se, ao contrário, o seu engajamento na busca da efetividade da tutela jurisdicional dos direitos.

Esclareça-se, por outro lado, que o ativismo judicial aqui defendido não significa o menosprezo às regras processuais instituídas pelo legislador, indispensáveis para o bom andamento do processo e para a própria segurança jurídica das partes.³⁴³ O juiz deve, sim, obediência à regra processual, desde que ela seja compatível com a Constituição. Isso porque a vinculação do juiz ao direito fundamental de ação se sobrepõe às eventuais normas processuais infraconstitucionais que atentem contra os valores constitucionais de efetividade da tutela jurisdicional. Nesse passo, incumbe ao julgador interpretar a norma processual de acordo com a Constituição e exercer o

all'esecuzione, p. 666-668). Com essas considerações, estou também julgando improcedente a ação rescisória. Estou de pleno acordo com o eminente Relator. É o voto." (Disponível na Internet: <http://www.tj.rs.gov.br>, acesso em 28 de junho de 2006).

³⁴³ Nesse sentido, FRITZ BAUR sustenta que "a simplificação do processo e a atenuação do formalismo não podem significar, portanto, a renúncia à fixação, na lei, de regras processuais aplicáveis e cogentes de maneira geral. Um processo demasiado informal é incompatível com o fim do direito processual civil" (BAUR, Fritz. *Transformações do Processo Civil em Nosso Tempo*. In: Revista Brasileira de Direito Processual. Uberaba: Editora Vitória, nº 7, 1976, p. 60).

controle difuso de sua constitucionalidade, de forma a harmonizá-la com o direito fundamental do autor a uma prestação jurisdicional efetiva.

Nada obstante, é forçoso reconhecer que a atuação judicial voltada para a efetiva proteção do direito tutelado de maneira alguma pode justificar o aniquilamento dos direitos fundamentais do réu, que também recebem especial proteção da Lei Maior. Daí a necessidade de se exercer um rigoroso controle sobre as decisões judiciais, coibindo eventuais abusos ou equívocos que possam sacrificar injustamente o direito de qualquer das partes.

4.5 LIMITES E CONTROLE DAS DECISÕES JUDICIAIS. O PRINCÍPIO DEMOCRÁTICO

A outorga de poderes ao juiz para a concretização do direito fundamental de ação traz como contraponto a necessidade de se instituir mecanismos de controle das suas decisões diante de cada caso concreto. Isso porque a busca de uma tutela jurisdicional efetiva, a despeito de se constituir em direito fundamental do jurisdicionado, não pode ser perseguida a qualquer custo, ainda que para tanto seja necessário atropelar outros direitos fundamentais protegidos constitucionalmente.

Compete ao juiz, atento às necessidades do direito material existentes numa dada situação concreta, interpretar e aplicar as normas processuais à luz dos valores constitucionais e dos direitos fundamentais, utilizando os poderes que lhe foram outorgados na exata medida do necessário para a adequada tutela dos direitos. As garantias processuais do réu devem ser preservadas, cabendo ao juiz sopesar os direitos em confronto, de forma a proporcionar ao autor uma tutela jurisdicional efetiva, causando a menor restrição possível à esfera jurídica do réu.

LUIZ GUILHERME MARINONI delinea com propriedade a necessidade de ponderação entre os direitos fundamentais das partes pelo juiz:

Quando o juiz presta a tutela jurisdicional, seja exercendo a escolha da modalidade executiva adequada, seja suprindo eventual omissão legislativa, deve aplicar as sub-regras da adequação e da necessidade. Isso porque o exercício do poder jurisdicional, ainda que resulte de um direito fundamental, pode afetar não somente o titular desse direito, mas também direito fundamental de particular que a ele se contraponha, vale dizer, *direito fundamental do réu*. Além disso, ainda que existindo regra expressa sobre a aplicação de determinada técnica processual, ela obviamente não pode deixar de ser valorada nessa perspectiva.³⁴⁴

MARCELO LIMA GUERRA adverte que os poderes outorgados ao juiz para a escolha das medidas coercitivas que melhor atendam às necessidades do caso concreto não pode dar ensejo à arbitrariedade judicial. E explicita:

(...) a atividade judicial deve aí desenvolver-se segundo critérios racionais, que possibilitem o controle objetivo daqueles poderes do juiz. Isso se consegue com o reconhecimento de que é imperativo para o juiz considerar as eventuais limitações a direitos fundamentais do devedor, ao decidir sobre o cabimento e a escolha de medida coercitiva. E, depois, com a adoção do princípio da proporcionalidade como critério que compatibilize, naquela decisão, a preservação máxima dos valores em conflito.³⁴⁵

Destacando a necessidade da ponderação pelo juiz entre os princípios constitucionais em jogo, com os olhos voltados para as exigências do direito material que irrompem na realidade da vida, CARLOS ALBERTO ÁLVARO DE OLIVEIRA aponta:

(...) garantismo e eficiência devem ser postos em relação de adequada proporcionalidade, por meio de uma delicada escolha dos fins a atingir e de uma atenta valoração dos interesses a tutelar. E o que interessa realmente é que nessa difícil obra de ponderação sejam os problemas da justiça solucionados num plano diverso e mais alto do que o puramente formal dos procedimentos e transferidos ao plano concernente ao interesse humano objeto dos procedimentos: um processo assim na medida do homem, posto realmente ao serviço daqueles que pedem justiça.³⁴⁶

MARINONI observa que os novos poderes conferidos ao juiz vieram alterar a forma de controle que deve ser exercido sobre eles. E esclarece:

Se antigamente ele era feito pela lei – *daí pensar no princípio da tipicidade dos meios executivos, na separação entre conhecimento e execução e na congruência entre o*

³⁴⁴ MARINONI, Luiz Guilherme. *Técnica Processual...*, obra citada, p. 245/246.

³⁴⁵ GUERRA, Marcelo Lima. *Execução Indireta...*, obra citada, p. 178.

³⁴⁶ OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de. *O Processo Civil...*, obra citada, p. 21.

pedido e a sentença –, atualmente esse controle deve ser realizado pela *regra da proporcionalidade*. Ou seja, o aumento do poder do juiz, relacionado com a transformação do Estado, implicou na eliminação da submissão do Judiciário ao Legislativo ou da idéia de que *a lei seria como uma vela a iluminar todas as situações de direito substancial*, e na necessidade de um *real envolvimento do juiz com o caso concreto*. Ora, a proporcionalidade é regra hermenêutica adequada para o controle do poder do juiz diante do caso concreto.³⁴⁷

Argumenta-se, por outro lado, que o caráter subjetivo da atividade de ponderação entre princípios cede espaço à discricionariedade judicial, na medida em que a hierarquia axiológica estabelecida entre os princípios em conflito passa a vincular-se a um juízo de valor do intérprete.

ALFONSO GARCÍA FIGUEROA ressalta a natureza bifronte dos princípios, pois, ao mesmo tempo em que representam um limite que decorre do seu núcleo de significado irrenunciável, possibilitam uma maior margem de discricionariedade através da ponderação. Daí resulta uma maior liberdade ao juiz na aplicação do Direito.³⁴⁸

Com efeito, não se pode negar o caráter valorativo e a discricionariedade ínsitos ao juízo de ponderação. Todavia, como adverte LUIS PRIETO SANCHÍS, as críticas de subjetivismo devem ser matizadas, pois ainda que a ponderação não indique somente uma solução para todo caso concreto, indica que a argumentação deve se orientar para a justificação da preferência de um princípio em função do grau de sacrifício de um bem e o grau de satisfação do outro.³⁴⁹

Além da atividade ponderativa reservada aos juízes, não se pode olvidar que, por ocupar a posição de guardião da Constituição, o Poder Judiciário ganhou legitimidade para realizar o controle de constitucionalidade das leis, restando sujeita ao seu crivo toda a atividade exercida pelo Poder Legislativo.

³⁴⁷ MARINONI, Luiz Guilherme. *Técnica Processual...*, obra citada, p.137.

³⁴⁸ FIGUEROA, Alfonso García. *La Teoría del Derecho en Tiempos de Constitucionalismo*. In: Neoconstitucionalismo(s). Edición de Miguel Carbonell, Madrid: Editorial Trotta, 2003, p. 168.

³⁴⁹ SANCHÍS, Luis Prieto. *Neoconstitucionalismo...*, obra citada, p. 152.

Nesse passo, diante do destacado papel conferido ao Poder Judiciário para a concretização do direito fundamental de ação, com a previsão de cláusulas gerais e admitindo-se inclusive a possibilidade de o juiz conformar o procedimento em face da omissão ou insuficiência das técnicas processuais instituídas pelo legislador, mediante o controle da constitucionalidade das leis, é inegável a tensão que se instaura entre a imposição constitucional de efetivação dos direitos fundamentais e o princípio democrático. De um lado, tem-se a Constituição como um repositório de princípios, valores e direitos fundamentais dotados de eficácia normativa, cabendo ao Poder Judiciário a tarefa de garantir e assegurar a observância das suas normas. De outro, tem-se o princípio democrático, que concebe a lei como expressão de direitos políticos, devendo por isso ser reconhecida como valor em si mesma. Nesse aspecto, a supremacia constitucional implicaria restrições às decisões da maioria.

Em face disso, travou-se entre os doutrinadores contemporâneos o debate acerca da legitimidade do Poder Judiciário, que não é representativo e nem politicamente responsável, para dar a última palavra nas questões constitucionais, inclusive para anular uma lei aprovada pelos representantes da maioria.

CARLOS SANTIAGO NINO não reconhece a legitimidade do controle judicial de constitucionalidade, pois estaria em conflito com uma teoria deliberativa de democracia. Nesse sentido, assevera:

La perspectiva usual de que los jueces están mejor situados que los parlamentos y que otros funcionarios elegidos por el pueblo para resolver cuestiones que tengan que ver con derechos, parece ser la consecuencia de cierto tipo de elitismo epistemológico. Este último presupone que, para alcanzar conclusiones morales correctas, la destreza intelectual es más importante que la capacidad para representarse y equilibrar imparcialmente los intereses de todos los afectados por la decisión.^{350, 351}

³⁵⁰ NINO, Carlos Santiago. *La Constitución de La Democracia Deliberativa*. Trad. Roberto P. Saba. Barcelona: Gedisa editorial, 1997, p. 260. O autor admite o controle de constitucionalidade apenas como exceção, em três situações: para o controle do procedimento democrático, para a tutela da autonomia pessoal e para a preservação da Constituição como prática social. E justifica: “*En su parte central, esta concepción del control judicial de constitucionalidad refleja la relación compleja entre la democracia deliberativa y las otras dos dimensiones del constitucionalismo, que son el reconocimiento de los derechos individuales y la preservación de una práctica constitucional. Un reconocimiento del valor epistémico de la democracia deliberativa implica la creencia en la primacía del proceso de discusión colectiva y decisión mayoritaria por sobre cualquier otro procedimiento para determinar soluciones moralmente aceptables a conflictos sociales, incluso aquellos que involucran derechos. Sin embargo, una forma matizada de control judicial de constitucionalidad puede asegurar que los resultados*”

LUIS PRIETO SANCHÍS admite que a idéia de princípios e ponderação judicial representa uma “abertura ao judicialismo”, e, conseqüentemente, um risco para a regra da maioria, que constitui fundamento da democracia. Mas, segundo o autor, trata-se de um risco inevitável na cultura do neoconstitucionalismo³⁵², onde se pretende que a Constituição não se limite a disciplinar as fontes do Direito, mas possa gerar diretamente direitos e obrigações.³⁵³ Todavia, adverte o autor para a necessidade de uma “*depurada teoría de la argumentación capaz de garantizar la racionalidad y de suscitar el consenso en torno a las decisiones judiciales*”.³⁵⁴

Para viabilizar a convivência entre Constituição e democracia, GUSTAVO ZAGREBELSKY propõe a seguinte leitura constitucional:

El reconocimiento de la legislación como función originaria y no derivada depende necesariamente de que la Constitución se conciba no como un sistema cerrado de principios, sino como un contexto abierto de elementos, cuya determinación histórico-

epistémicos que surgen del proceso democrático resulten combinados con las demandas que provienen de la constitución ideal de los derechos y de la constitución histórica” (NINO, Carlos Santiago. *La Constitución...*, obra citada, p. 293).

³⁵¹ ROBERTO GARGARELLA também destaca o caráter contramajoritário do Poder Judiciário, propondo novos limites e diretrizes para a tarefa judicial, considerando-se que todos os possíveis afetados pela decisão devem participar do processo decisório. A proposta do autor para o controle das leis pode ser assim sintetizada: a tarefa do órgão de controle legislativo se concentra na proteção dos procedimentos democráticos, promovendo a discussão pública e conseqüentemente a tomada de decisões imparciais em questões de moral pública, sempre respeitando a autonomia dos indivíduos. O órgão de controle legislativo teria a função de apontar a invalidez de normas que possam desvirtuar a discussão sobre questões vinculadas com a moral pública. Mas isso não significa que ele deva dar a última palavra no controle dos procedimentos. Ele não pode se substituir às maiorias na determinação do conteúdo das leis, devendo contribuir com elas para que sejam produzidas leis imparciais. Assim, a tarefa do órgão de controle diante de uma lei que viole os procedimentos democráticos poderia consistir em reenviá-la ao Parlamento, obrigando-o a discuti-la outra vez, até que seja aprovada com uma maioria especial. No tocante às questões de moral privada, a única ingerência possível da justiça seria no sentido de afastar as leis “perfeccionistas”, através das quais o Poder Público pretende impor aos sujeitos pautas acerca de como levar a sua vida (GARGARELLA, Roberto. *La Justicia Frente al Gobierno – Sobre el carácter contramayoritario del poder judicial*. Barcelona: Editorial Ariel, 1996).

³⁵² O Neoconstitucionalismo constitui-se no novo paradigma de Direito Constitucional, no qual o culto incondicional à lei do antigo Estado de Direito Liberal foi substituído pela supremacia absoluta da Constituição, com a propagação de seus valores e princípios por todo o ordenamento jurídico. O perfil desse novo constitucionalismo é assim sintetizado por LUIS PRIETO SANCHÍS: “*más principios que reglas; más ponderación que subsunción; omnipresencia de la Constitución en todas las áreas jurídicas y en todos los conflictos mínimamente relevantes, en lugar de espacios exentos en favor de la opción legislativa o reglamentaria; omnipotencia judicial en lugar de autonomía del legislador ordinario; y, por último, coexistencia de una constelación plural de valores, a veces tendencialmente contradictorios, en lugar de homogeneidad ideológica en torno a un puñado de principios coherentes entre sí y en torno, sobre todo, a las sucesivas opciones legislativas*” (SANCHÍS, Luis Prieto. *Neoconstitucionalismo...*, obra citada, p. 131/132).

³⁵³ SANCHÍS, Luis Prieto. *Neoconstitucionalismo...*, obra citada, p. 157.

³⁵⁴ SANCHÍS, Luis Prieto. *Neoconstitucionalismo...*, obra citada, p. 157.

*concreta, dentro de los límites de elasticidad que tal contexto permite, se deja al legislador. Sólo así es posible que la existencia de una Constitución que contiene principios sustantivos no contradiga el pluralismo, la libertad de la dinámica política y la competición entre propuestas alternativas. Pensar lo contrario no sólo representa una manifestación de soberbia de los juristas, sino que constituye también un riesgo “holístico” de asfixia política por saturación jurídica. La Constitución se situaría contra la democracia.*³⁵⁵

ZAGREBELSKY sustenta a possibilidade de integração judicial do ordenamento em face da ausência de lei que discipline direitos reconhecidos na Constituição, sob pena de esvaziamento do conteúdo dos direitos constitucionais. Todavia, adverte o autor que a liberdade de apreciação política do legislador não pode ser excluída, sendo inadmissível num Estado Democrático a “juridificação” e a “constitucionalização” da vida política.³⁵⁶ Ao delinear o papel do legislador no atual Estado Constitucional, o autor esclarece:

*(...) el legislador debe resignarse a ver sus leyes tratadas como “partes” del derecho, y no como “todo el derecho”. Pero puede pretender, tanto de los jueces como de la Corte constitucional, que se mantengan abiertas las posibilidades de ejercitar su derecho a contribuir políticamente a la formación del ordenamiento jurídico. Si este derecho no se respetase, tal vez tendríamos un Estado más constitucional, pero desde luego ya no un Estado constitucional democrático.*³⁵⁷

ALEXY reconhece que os direitos fundamentais são, ao mesmo tempo, profundamente democráticos e antidemocráticos. São democráticos na medida em que, ao garantirem os direitos de liberdade e igualdade, asseguram as condições para o funcionamento do processo democrático. Sua face antidemocrática está na

³⁵⁵ ZAGREBELSKY, Gustavo. *El Derecho...*, obra citada, p. 152.

³⁵⁶ Segundo ZAGREBELSKY, “se justifican así las reservas no sólo en relación con las llamadas sentencias-ley, mediante las cuales la Corte constitucional determina la norma conforme con la Constitución que debe sustituir a la declarada inconstitucional, sino también en relación con las motivaciones de las sentencias constitucionales que constriñen y limitan excesivamente la pluralidad de elecciones legislativas futuras y en relación con los ‘mandatos’ dirigidos al legislador que a veces establecen los jueces constitucionales” (ZAGREBELSKY, Gustavo. *El Derecho...*, obra citada, p. 152).

³⁵⁷ ZAGREBELSKY, Gustavo. *El Derecho...*, obra citada, p. 153. Não obstante a inegável relevância da tarefa jurisdicional no modelo de Estado Constitucional, o mesmo autor adverte que não se pode conceber os juízes como os atuais “senhores do direito”, posição ocupada pelo legislador no Estado Legislativo do século XIX. Em suas palavras: “Hoy, ciertamente, los jueces tienen una gran responsabilidad en la vida del derecho desconocida en los ordenamientos del Estado de derecho legislativo. Pero los jueces non son los señores del derecho en el mismo sentido en que lo era el legislador en el pasado siglo. Son más exactamente los garantes de la complejidad estructural del derecho en el Estado constitucional, es decir, los garantes de la necesaria y dúctil coexistencia entre ley, derechos y justicia. Es más, podríamos afirmar como conclusión que entre Estado constitucional y cualquier ‘señor del derecho’ hay una radical incompatibilidad. El derecho no es un objeto propiedad de uno, sino que debe ser objeto del cuidado de todos” (ZAGREBELSKY, Gustavo. *El Derecho...*, obra citada, p. 153).

desconfiança que representam à democracia, já que submetem ao Tribunal Constitucional a decisão da maioria parlamentar.³⁵⁸

Buscando uma posição intermediária entre as concepções extremas, ALEXY propõe uma possível conciliação entre o princípio democrático e os direitos fundamentais. Nesse passo, sustenta que a interpretação dos direitos fundamentais deve proteger aquilo que os cidadãos consideram de uma importância tal que não possa ser confiado à decisão da maioria simples do Parlamento.³⁵⁹ Todavia, a definição acerca de quais seriam essas questões tão importantes que não podem ser decididas pelo Legislador não deve basear-se nas concepções morais de cada cidadão, mas sim naquilo que os cidadãos racionais com distintas concepções pessoais de bem consideram com condições para a justa cooperação social.³⁶⁰

ALEXY enfatiza que, ao passo em que os cidadãos são representados politicamente no Parlamento, eles são representados argumentativamente nos Tribunais. Desse modo, a reconciliação entre os direitos fundamentais e a democracia torna-se possível quando o Tribunal Constitucional logra representar argumentativamente os cidadãos.³⁶¹

OVÍDIO BAPTISTA DA SILVA considera que o Poder Judiciário, “em nossas circunstâncias históricas, tornou-se o mais democrático dos três ramos do Poder estatal, já que, frente ao momento de crise estrutural e endêmica vivida pelas

³⁵⁸ ALEXY, Robert. *Los Derechos Fundamentales en el Estado Constitucional Democrático*. Trad. Alfonso García Figueroa. In: Neoconstitucionalismo (s). Edición de Miguel Carbonell, Madrid: Editorial Trotta, 2003, p. 38. Diversamente, KLAUS STERN entende que a competência do Poder Judiciário para o exame de constitucionalidade das leis “atende ao princípio democrático e à divisão dos Poderes” (STERN, Klaus. *O Juiz...*, obra citada, p. 512).

³⁵⁹ ALEXY aduz que os direitos fundamentais, enquanto direitos do particular frente ao legislador, são posições que fundamentam deveres do legislador e limitam suas competências. Se a Constituição garante ao indivíduo direitos frente ao legislador, prevendo um Tribunal Constitucional para a garantia desses direitos, então a intervenção do Tribunal Constitucional no âmbito da legislação não só não é inconstitucional como está ordenada pela Constituição. Para o autor, portanto, não se discute se o Tribunal Constitucional possui competência para o controle da legislação, mas acerca do alcance desse controle (ALEXY, Robert. *Teoría de Los Derechos...*, obra citada).

³⁶⁰ ALEXY, Robert. *Los Derechos Fundamentales...*, obra citada, p. 40.

³⁶¹ ALEXY, Robert. *Los Derechos Fundamentales...*, obra citada, p. 40.

democracias representativas, o livre acesso ao Poder Judiciário, constitucionalmente garantido, é o espaço mais autêntico para o exercício da verdadeira cidadania”.³⁶²

Não restam dúvidas, todavia, na esteira do pensamento de ALEXY, de que o elemento argumentativo é inafastável das decisões judiciais, pois será através da justificação racional apresentada pelo juiz que será aferida a legitimidade da sua atuação. Daí a relevância de uma teoria da argumentação jurídica³⁶³, viabilizando um controle racional da atividade de ponderação, ao mesmo tempo em que afasta o perigo de arbitrariedade judicial.

Nesse contexto, a dimensão do poder conferido ao magistrado para a concretização do direito fundamental de ação, a quem incumbe harmonizar e ponderar direitos fundamentais em conflito, bem como efetuar o controle da constitucionalidade das leis para afastar as insuficiências e deficiências das técnicas processuais previstas pelo legislador, fazem avultar a importância da fundamentação que necessariamente deve acompanhar a decisão judicial, de forma a tornar transparentes as razões que incidiram na formação do convencimento do julgador, levando-o a privilegiar a realização do direito de uma das partes, com restrições ou sacrifícios ao da outra.³⁶⁴

³⁶² SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Jurisdição e execução...*, obra citada, p. 219. Vale colacionar as razões arroladas por ANA PAULA DE BARCELLOS para reforçar a legitimidade do Poder Judiciário para atuar na realização dos princípios ligados à dignidade humana: 1) o Judiciário foi criado pela própria Constituição, daí derivando a sua autoridade como Poder Político Nacional, ao lado do Executivo e do Legislativo; 2) os órgãos de cúpula do Judiciário são formados pela vontade conjunta do Executivo e do Legislativo, daí resultando significativo grau de representatividade em sua formação; 3) os magistrados são dotados de prerrogativas capazes de assegurar a sua independência; 4) a atividade jurisdicional desenvolve-se sempre com fundamento e limite na Constituição ou na lei, que são fruto de uma manifestação majoritária. Além disso, o Judiciário deve motivar as suas decisões pública, explícita, racional e logicamente, ao contrário do que ocorre com as decisões puramente políticas; 5) como regra, a decisão judicial será revista por órgãos superiores, o que assegura a possibilidade de correção de eventuais erros; 6) o processo jurisdicional é o mais participativo de todos os processos públicos, em decorrência da garantia do contraditório assegurada às partes; 7) os grupos minoritários, que não tiveram acesso ao processo político, sempre terão acesso ao Judiciário para preservar seus direitos (BARCELLOS, Ana Paula de. *A Eficácia Jurídica...*, obra citada).

³⁶³ “La teoría de la argumentación jurídica constituye así un elemento indispensable para la legitimación del discurso jurídico y político en las sociedades postmetafísicas, pero además es un elemento esencial para la reconciliación del principio democrático y la tutela de los derechos fundamentales en la institucionalización de los derechos humanos del Estado constitucional democrático” (FIGUEROA, Alfonso García. *La Teoría...*, obra citada, p. 170). Sobre argumentação jurídica e argumentação jusfundamental, ver ALEXY, Robert. *Teoría de Los Derechos...*, obra citada.

³⁶⁴ Destacando a importância da fundamentação para a legitimação da atuação judicial em face das cláusulas gerais, PAULO NALIN pondera: “Não há razão para se desconfiar da atuação do juiz, ao gosto de uma mofada exegese positivista, a qual, em verdade, depositou toda a sua confiança no legislador e, por oposição, sua absoluta desconfiança na atividade do magistrado. A técnica de cláusula geral não renuncia ao garantismo da

Há que se concluir, portanto, que a contrapartida do destacado papel ocupado pelo Poder Judiciário no Estado contemporâneo está na exigência de uma robusta e adequada argumentação que deverá legitimar as decisões judiciais, de forma a viabilizar a realização simultânea tanto do princípio democrático como dos direitos fundamentais dos cidadãos. Somente um Poder Judiciário responsável e ciente do seu papel no atual Estado Constitucional será capaz de contribuir para a busca da justiça e da efetiva realização dos direitos fundamentais, tornando possível a atuação do direito em prol do ideal democrático.

fundamentação dos atos decisórios previsto pela Carta (art. 93, IX). E, assim, não haverá conduta abusiva por parte de magistrado, desde que ele fundamente sua decisão, como de costume, seguindo os passos anteriormente sugeridos” (NALIN, Paulo. *Cláusula Geral...*, obra citada, p. 96).

CONCLUSÕES

A evolução da ciência processual e da sociedade que a circunda vem expor as mazelas e insuficiências de antigos conceitos e noções que, se num determinado contexto histórico, político e social eram tidos como verdades incontestáveis, passaram a ter sua validade questionada por não mais corresponderem à atual realidade das Democracias contemporâneas.

Foi o que ocorreu com o direito de ação, cuja concepção vigente em um passado não tão remoto revelou-se totalmente vazia e anacrônica em face das exigências impostas pelas Constituições da atualidade, que não mais se contentam com enunciados normativos nominais abonadores de direitos meramente formais, assumindo a missão de atuar concreta e ativamente para a construção de uma sociedade justa e igual, na qual todos os cidadãos tenham garantidas as condições para uma existência digna.

Nesse contexto, a leitura do direito de ação como direito formal de pedir a tutela jurisdicional do Estado, ou como direito a uma sentença, seja favorável, desfavorável ou de mérito, não mais se compatibiliza com a nova realidade constitucional comprometida com a efetiva proteção dos direitos fundamentais do cidadão. Para que o Estado se desincumba do seu dever de proteção através da jurisdição, não se pode mais conceber o direito de ação como uma entidade apartada e indiferente ao direito material que se pretende proteger. A necessária autonomia da ação conquistada pelos processualistas da era chiovendiana de maneira alguma pode significar desprezo e neutralidade em relação ao direito material, sob pena de se renegar o seu papel de instrumento para a realização de um fim e se cair no equívoco de aceitá-lo como um fim em si mesmo.

A consagração do direito de ação pela Constituição Federal de 1988 como um direito fundamental trouxe consigo a necessidade de se reformularem velhos conceitos que não mais se compatibilizam com a nova ordem constitucional. Com

efeito, ao enunciar o princípio da inafastabilidade da tutela jurisdicional, a Lei Maior consagrou o direito fundamental oponível contra o Estado de obtenção de uma tutela jurisdicional efetiva, adequada e tempestiva. Ou seja, não é apenas o direito de acesso à justiça concebido em seu sentido tradicional de participação que está assegurado constitucionalmente, mas, sobretudo, o direito à obtenção de uma tutela jurisdicional que realize integralmente a tutela prometida pelo direito material.

Assim, a garantia do direito fundamental de ação estende o dever de proteção reservado pela Constituição à jurisdição para além dos direitos fundamentais materiais, alcançando todos os demais direitos materiais previstos em nível constitucional ou infraconstitucional. Denota-se, nesse passo, a extrema relevância do direito fundamental de ação para a proteção jurisdicional de todos os direitos consagrados pelo ordenamento jurídico.

É lícito afirmar, portanto, que viola frontalmente a Constituição a entrega ao cidadão de uma prestação jurisdicional incapaz de dar efetiva proteção ao seu direito no caso concreto, seja em decorrência do aparelhamento de técnicas processuais inidôneas para conferir a ele exatamente aquilo que lhe é prometido por determinada norma de direito material, seja em face de uma atuação judicial insatisfatória e descomprometida com os valores constitucionais de efetividade.

Analisando-se o direito fundamental de ação como um direito oponível contra o Estado, tem-se que ele não pode ser visto apenas como um direito de defesa, mas, sobretudo, como um direito a prestações estatais positivas. Visto sob essa perspectiva, o direito fundamental de ação faz nascer, de um lado, o dever do legislador de instituir técnicas processuais adequadas à tutela dos diversos direitos conforme as necessidades do plano material, e, do outro lado, o dever do juiz de interpretar a norma processual levando em conta as necessidades do caso concreto, de maneira a conferir efetividade aos princípios constitucionais e aos direitos fundamentais.

O legislador pátrio, mediante sucessivas reformas processuais, introduziu no sistema processual brasileiro importantes técnicas voltadas a tornar efetiva a tutela jurisdicional dos direitos. Instituído mecanismos que vieram colocar em xeque tradicionais axiomas relacionados ao procedimento ordinário clássico, o legislador outorgou ao juiz relevantes poderes que sequer poderiam ser cogitados no cenário político do Estado Liberal burguês. Técnicas como a antecipação de tutela, as sentenças mandamentais e executivas e as cláusulas processuais abertas conferiram ao juiz uma maior liberdade para possibilitar uma efetiva tutela jurisdicional dos direitos em litígio, ao mesmo tempo em que determinaram o abandono de velhos conceitos e a releitura da prestação jurisdicional a partir das necessidades de direito material, de forma a conferir-lhe a tão propalada efetividade.

Por outro lado, a aplicabilidade imediata do direito fundamental de ação conduz à conclusão de que, mesmo na hipótese de omissão do legislador em instituir um procedimento idôneo para a proteção de determinada situação concreta, ainda assim remanesce o dever do magistrado de concretizá-lo, seja mediante uma adequada interpretação das normas processuais existentes em consonância com os princípios constitucionais, seja mediante o controle difuso da constitucionalidade das leis que eventualmente estejam a inviabilizar uma prestação jurisdicional efetiva.

Não se pode abdicar, todavia, do rigoroso controle a ser exercido sobre os poderes do juiz, de forma a se impedir que eles sejam utilizados de forma excessiva e desarrazoada, com injustificável sacrifício aos direitos do réu. Cabe ao juiz, nesse passo, fundamentar adequadamente as suas decisões, demonstrando, à luz do princípio da proporcionalidade, que a providência determinada mostra-se idônea e necessária para tutelar o direito do autor, sem, todavia, causar uma privação excessiva à esfera jurídica do réu.

Nesse contexto, a argumentação jusfundamental mostra-se decisiva para legitimar as decisões judiciais, tornando possível a concretização efetiva do direito

fundamental de ação, sem que para tanto se tenha que pagar o árduo preço da abnegação do princípio democrático.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. *Los Derechos Fundamentales em el Estado Constitucional Democrático*. Trad. de Alfonso García Figueroa. In: *Neoconstitucionalismo(s)*. Edición de Miguel Carbonell, Madrid: Editorial Trotta, 2003, p. 31/47.

_____. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997.

AMARAL, Guilherme Rizzo. *A polêmica em torno da “ação de Direito material”*. In: GENESIS - Revista de Direito Processual Civil. Curitiba: Genesis, n° 33, p. 533/547, 2004.

AMARAL, Rafaela Almeida do. *Tutela Inibitória e Concorrência Desleal*. In: GENESIS - Revista de Direito Processual Civil. Curitiba: Genesis, n° 21, p. 567/592, 2001.

ANDOLINA, Ítalo, VIGNERA, Giuseppe. *Il Modello Costituzionale del Processo Civile Italiano*. Torino: G. Giappichelli Editore, 1990.

ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. Coimbra: Almedina, 1987.

ARENHART, Sérgio Cruz. *Perfis da Tutela Inibitória Coletiva*. São Paulo: RT, 2003.

ARRUDA ALVIM. *Anotações sobre alguns aspectos das modificações sofridas pelo processo hodierno entre nós: evolução da cautelaridade e suas reais dimensões em face do instituto da antecipação de tutela. As obrigações de fazer e de não fazer. Valores dominantes na evolução de nossos dias*. In: Revista de Processo. São Paulo: Editora RT, n° 97, p. 51/106, 2000.

_____. *Obrigações de Fazer e Não Fazer – Direito Material e Processo*. In: Revista de Processo. São Paulo: Editora RT, n° 99, p. 27/39, 2000.

ASSIS, Araken de. *Garantia de Acesso à Justiça: Benefício da Gratuidade*. In: Garantias Constitucionais do Processo Civil. Coord.: José Rogério Cruz e Tucci. São Paulo: Editora RT, 1999, p. 09/46.

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios – da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 3ª ed., São Paulo: Malheiros Editores, 2004.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *O futuro da justiça: alguns mitos*. In: Revista de Processo. São Paulo: Editora RT, nº 99, p. 141/150, 2000.

_____. *Por um Processo Socialmente Efetivo*. In: Temas de Direito Processual. Oitava Série. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 15/27.

_____. *Reformas Processuais e Poderes do Juiz*. Temas de Direito Processual, Oitava Série. São Paulo: Editora Saraiva, 2004, p. 53/67.

_____. *Tutela de Urgência e Efetividade do Direito*. In: Temas de Direito Processual Civil, Oitava Série. São Paulo: Editora Saraiva, 2004, p. 89/105.

BARCELLOS, Ana Paula de. *A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais – O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana*. Rio de Janeiro, São Paulo: Renovar, 2002.

BAUR, Fritz. *Transformações do Processo Civil em Nosso Tempo*. In: Revista Brasileira de Direito Processual. Uberaba: Editora Vitória, nº 7, p. 57/68, 1976.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Direito e Processo. Influência do Direito Material sobre o Processo*. 2ª ed., São Paulo: Malheiros, 1997.

_____. *Garantia da Amplitude de Produção Probatória*. In: Garantias Constitucionais do Processo Civil. Coord.: José Rogério Cruz e Tucci. São Paulo: Editora RT, 1999, p. 151/189.

_____, CARMONA, Carlos Alberto. *A Posição do Juiz: Tendências Atuais*. In: Revista de Processo. São Paulo: Editora RT, nº 96, p. 96/112, 1999.

BIDART, Adolfo Gelsi. *El Tiempo y el Proceso*. In: Revista de Processo. São Paulo: Editora RT, nº 23, p. 100/121, 1981.

BONAVIDES, Paulo. *Do Estado Liberal ao Estado Social*. 4ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1980.

CALAMANDREI, Piero. *La Relatività del Concetto di Azione*. In: Rivista di Diritto Processuale Civile, Padova: Cedam, Volume XVI, Parte I, p. 22/46, 1939.

CALMON DE PASSOS, J. J. *A Ação no Direito Processual Civil Brasileiro*. Livraria Progresso Editora, 1961.

CANARIS, Claus-Wilhelm. *Direitos Fundamentais e Direito Privado*. Trad. de Ingo Wolfgang Sarlet e Paulo Mota Pinto. Coimbra: Almedina, 2003.

CANOTILHO, J.J. Gomes. *A 'principlialização' da jurisprudência através da Constituição*. In: Revista de Processo. São Paulo: Editora RT, nº 98, p. 83/89, 2000.

_____. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 6ª ed., Coimbra: Almedina, 2002.

_____. *Tópicos de um Curso de Mestrado sobre Direitos Fundamentais, Procedimento, Processo e Organização*. In: Boletim da Faculdade de Direito. Universidade de Coimbra, v. LXVI, 1990.

CAPPELLETTI, Mauro. *Accesso alla Giustizia come Programma di Riforma e come Metodo di Pensiero*. In: Rivista di Diritto Processuale. Padova: Cedam, nº 2, p. 233/245, 1982.

_____, GARTH, Bryant. *Acesso à Justiça*. Trad. de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988.

CARBONE, Carlos Alberto. *Los procesos urgentes y la anticipacion de la tutela: hacia un nuevo principio general del derecho: "el proceso no debe ir en contra del actor que tiene razón"*. In: GENESIS - Revista de Direito Processual Civil. Curitiba: Genesis, nº 21, p. 593/604, 2001.

CARNELUTTI, Francesco. *Saggio di una Teoria Integrale dell'Azione*. Rivista di Diritto Processuale, Padova: Cedam, v. I, p. 05/18, 1946.

_____. *Scuola Italiana del Processo*. Rivista di Diritto Processuale, Vol. II, Parte I, Padova: Cedam, 1947, p. 233-247.

CARPI, Federico. *Riflessione sui rapporti fra l'art. 111 della Costituzione ed il processo esecutivo*. In: *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*. Milano: Giuffrè, n° 2, p. 381/407, 2002.

CHIOVENDA, Giuseppe. *La Acción en el Sistema de los Derechos*. In: *Ensayos de Derecho Procesal Civil*. Trad. de Santiago Sentís Melendo. Chile, Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, Bosch y Cía Editores, v. I, 1949.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo, GRINOVER, Ada Pellegrini, DINAMARCO, Cândido R.. *Teoria Geral do Processo*. 10ª ed., São Paulo: Malheiros, 1994.

COMOGLIO, Luigi Paolo. *Principi Costituzionali e Processo di Esecuzione*. In: *Rivista di Diritto Processuale*. Padova: Cedam, n° 2, p. 450/469, 1994.

COUTURE, Eduardo. *Introducción al Estudio Del Proceso Civil*, Buenos Aires: Editorial Depalma, 1949.

CRUZ E TUCCI, José Rogério. *Garantia da prestação jurisdicional sem dilações indevidas como corolário do devido processo legal*. In: *Devido Processo Legal e Tutela Jurisdicional*. Rogério Lauria Tucci; José Rogério Cruz e Tucci. São Paulo: Editora RT, 1993, p. 99/107.

_____. *Garantia do processo sem dilações indevidas*. In: *Garantias constitucionais do processo civil*. São Paulo: RT, 1999, p. 234/262.

_____. *Garantia do Processo sem dilações indevidas (responsabilidade do Estado pela intempestividade da prestação jurisdicional)*. In: *Temas Atuais de Direito Processual Civil*. FIUZA, César Augusto de Castro, SÁ, Maria de Fátima Freire de, DIAS, Ronaldo Brêtas C. (Coord.). Belo Horizonte: Del Rey, 2001, p. 167/200.

DELGADO, José Augusto. *Reforma do Poder Judiciário - Art. 5º, LXXVIII, da CF*. In: *Reforma do Judiciário – Primeiras Reflexões sobre a Emenda Constitucional n. 45/2004*. Teresa Arruda Alvim Wambier, Luiz Rodrigues Wambier, Luiz Manoel Gomes Jr., Octavio Campos Fischer, William Santos Ferreira (Coord.). São Paulo: Editora RT, 2005, p. 355/371.

DENTI, Vittorio. *Il processo di cognizione nella storia delle riforme*. In: *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*. Milano: Giuffrè, p. 805/816, 1993.

DIDIER JR., Fredie. *Notas Sobre a Garantia Constitucional do Acesso à Justiça: o princípio do direito de ação ou da inafastabilidade do Poder Judiciário*. In: Revista de Processo. São Paulo: RT, nº 108, p. 23/31, 2002.

_____. *Sobre dois importantes, e esquecidos, princípios do processo: adequação e adaptabilidade do procedimento*. In: GENESIS - Revista de Direito Processual Civil. Curitiba: Genesis, nº 21, p. 530/541, 2001.

DINAMARCO, Cândido R. *A Instrumentalidade do Processo*. 2ª ed., São Paulo: Editora RT, 1990.

FIGUEROA, Alfonso García. *La Teoría del Derecho en Tiempos de Constitucionalismo*. In: Neoconstitucionalismo(s). Edición de Miguel Carbonell, Madrid: Editorial Trotta, 2003.

GARGARELLA, Roberto. *La Justicia Frente al Gobierno – Sobre el carácter contramayoritario del poder judicial*. Barcelona: Editorial Ariel, 1996.

GRECO, Leonardo. *A Execução e a Efetividade do Processo*. In: Revista de Processo. São Paulo: Editora RT, nº 94, p. 34/66, 1999.

GRINOVER, Ada Pellegrini. *A Crise do Poder Judiciário*. In: Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo. São Paulo: Centro de Estudos, nº 34, p. 11/25, 1990.

_____. *As Garantias Constitucionais do Direito de Ação*. São Paulo: Editora RT, 1973.

_____. *Os Princípios Constitucionais e o Código de Processo Civil*. São Paulo: Bushatsky, 1975.

_____. *Significado Social, Político e Jurídico da Tutela dos Interesses Difusos*. In: Revista de Processo. São Paulo: Editora RT, nº 97, p. 09/15, 2000.

GUASTINI, Riccardo. *La “Constitucionalización” del Ordenamiento Jurídico: el caso italiano*. Trad: José María Lujambio. In: Neoconstitucionalismo(s). Edición de Miguel Carbonell, Madrid: Editorial Trotta, 2003.

GUERRA, Marcelo Lima. *Execução Indireta*. 1ª ed., 2ª tir.. São Paulo: Editora RT, 1999.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Quadro Teórico Referencial para o Estudo dos Direitos Humanos e dos Direitos Fundamentais em Face do Direito Processual*. In: Revista de Ciências Jurídicas e Sociais da UNIPAR. Universidade Paranaense. Toledo: Unipar, nº 01, p. 261/270, 2002.

LA CRUZ, Rafael Naranjo de. *Los Límites de los Derechos Fundamentales en las Relaciones entre Particulares: la Buena Fé*. Madrid: Boletín Oficial Del Estado y Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2000.

LEITE, Eduardo de Oliveira. *A Monografia Jurídica*. 3ª ed., São Paulo: Editora RT, 1997.

LIEBMAN, Enrico Tullio. *Corso di Diritto Processuale Civile*. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 1952.

_____. *Manual de Direito Processual Civil*. Trad. e notas de Cândido R. Dinamarco. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1985, v. I.

LOPES, João Batista. *Efetividade da Tutela Jurisdicional à luz da Constitucionalização do Processo Civil*. Revista de Processo, São Paulo: Editora RT, nº 116, p. 29/39, 2004.

_____. *Efetividade do Processo e Reforma do Código de Processo Civil: como explicar o paradoxo processo moderno – Justiça morosa?* In: Revista de Processo. São Paulo: Editora RT, nº 105, p. 128/138, 2002.

_____. *Reforma do Judiciário e Efetividade do Processo Civil*. In: Reforma do Judiciário – Primeiras Reflexões sobre a Emenda Constitucional n. 45/2004. Teresa Arruda Alvim Wambier, Luiz Rodrigues Wambier, Luiz Manoel Gomes Jr., Octavio Campos Fischer, William Santos Ferreira (coord.). São Paulo: Editora RT, 2005, p. 327/330.

MACIEL, Adhemar Ferreira. *Considerações sobre as causas do emperramento do Judiciário*. In: Revista de Processo. São Paulo: Editora RT, nº 97, p. 17/26, 2000.

MALACHINI, Edson Ribas. *As ações (e sentenças) condenatórias, mandamentais e executivas*. Não publicado, p. 01/53.

MANDRIOLI, Crisanto. *Sulla correlazione necessaria tra condanna ed eseguibilità forzata*. In: *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*. Milano: Giuffrè, p. 1.342/1.357, 1976.

MARINONI, Luiz Guilherme. *A Antecipação da Tutela*. 7ª ed., São Paulo: Malheiros, 2002.

_____. *As novas sentenças e os novos poderes do juiz para a prestação da tutela jurisdicional efetiva*. In: *GENESIS – Revista de Direito Processual Civil*. Curitiba: Genesis, nº 29, p. 548/564, 2003.

_____. *Curso de Processo Civil: Teoria Geral do Processo*. São Paulo: Editora RT, 2006, v. 1.

_____. *Garantia da tempestividade da tutela jurisdicional e duplo grau de jurisdição*. In: *Garantias Constitucionais do Processo Civil*. Coord. José Rogério Cruz e Tucci. São Paulo: Editora RT, 1999, p. 207/233.

_____. *Novas Linhas do Processo Civil*. 4ª ed., São Paulo: Malheiros, 2000.

_____. *O direito à efetividade da tutela jurisdicional na perspectiva da teoria dos direitos fundamentais*. In: *GENESIS – Revista de Direito Processual Civil*. Curitiba: Genesis, nº 28, p. 298/338, 2003.

_____. *Técnica Processual e Tutela dos Direitos*. São Paulo: Editora RT, 2004.

_____. *Tutela Específica (arts. 461, CPC e 84, CDC)*. São Paulo: Editora RT, 2000.

_____. *Tutela Inibitória: individual e coletiva*. São Paulo: Editora RT, 1998.

MARQUES, José Frederico. *Manual de Direito Processual Civil*. São Paulo: Saraiva, 1974, v. 2.

MEDINA, José Miguel Garcia. *Execução civil: Teoria Geral - Princípios Fundamentais*. 2ª ed, São Paulo: Editora RT, 2004.

MIRANDA, Jorge. *A Tutela Jurisdicional dos Direitos Fundamentais em Portugal*. In: *Direito Constitucional: Estudos em Homenagem a Paulo Bonavides*. Eros Roberto Grau e Willis Santiago Guerra Filho (orgs.). 1ª ed., 2ª tiragem, São Paulo: Malheiros Editores, 2003, p. 284/304.

MICHELI, Gian Antonio. *Corso di Diritto Processuale Civile*, Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 1959, v. I.

MONIZ DE ARAGÃO, E.D. *Garantias Fundamentais na Nova Constituição*. In: *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar, nº 184, p. 97/105, 1991.

_____. *O Estado de Direito e o Direito de Ação (a extensão de seu exercício)*. *Revista Brasileira de Direito Processual*. Uberaba: Forense, v. 16, 1978, p. 69/91) .

NALIN, Paulo. *Cláusula Geral e Segurança Jurídica no Código Civil*. In: *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná*. Curitiba: SER/UFPR, p. 85/98, 2004.

NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios do Processo Civil na Constituição Federal*. 7ª ed., São Paulo: Editora RT, 2002.

NINO, Carlos Santiago. *La Constitucion de La Democracia Deliberativa*. Trad. Roberto P. Saba. Barcelona: Gedisa editorial, 1997.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de. *Do Formalismo no Processo Civil*. 2ª ed., São Paulo: Saraiva, 2003.

_____. *Efetividade e Processo de Conhecimento*. In: *Revista de Processo*. São Paulo: Editora RT, nº 96, p. 59/69, 1999.

_____. *O Problema da Eficácia da Sentença*. In: *GENESIS - Revista de Direito Processual Civil*. Curitiba: Genesis, nº 29, p. 437/449, 2003.

_____. *O Processo Civil na Perspectiva dos Direitos Fundamentais*. In: *Revista de Processo*. São Paulo: Editora RT, nº 113, p. 09/21, 2004.

_____. *Procedimento e Ideologia no Direito Brasileiro Atual*. In: *Ajuris*. Porto Alegre, nº 33, p. 79/85, 1985.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1974, tomo I.

_____. *Tratado das Ações*. São Paulo: Editora RT, 1970, t. 1.

POZZOLO, Susanna. *Un Constitucionalismo Ambiguo*. Trad. Miguel Carbonell. In: *Neoconstitucionalismo(s)*. Edición de Miguel Carbonell, Madrid: Editorial Trotta, 2003.

PROTO PISANI, Andrea. *Lezioni di Diritto Processuale Civile*. Napoli: Jovene Editore, 1994.

RAPISARDA, Cristina. *Premesse Allo Studio Della Tutela Civile Preventiva*. In: *Rivista di Diritto Processuale*. Padova: Cedam, nº 1, p. 92/154, 1980.

SANCHÍS, Luis Prieto. *Neoconstitucionalismo e Ponderación Judicial*. In: *Neoconstitucionalismo(s)*. Edición de Miguel Carbonell, Madrid: Editorial Trotta, 2003.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. 2ª ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SATTA, Salvatore. *Diritto Processual Civile*. Trad. Luiz Autuori. 7ª ed., Rio de Janeiro: Editor Borsoi, 1973, v.1.

SILVA, Luís Virgílio Afonso da. *O Proporcional e o Razoável*. In: *Revista dos Tribunais*. São Paulo: Editora RT, nº 798, p. 23/50, 2002.

SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Curso de Processo Civil*. 5ª ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, v. 2.

_____. *Jurisdição e execução na tradição romano-canônica*. 2ª ed., São Paulo: Editora RT, 1997.

STERN, Klaus. *O Juiz e a Aplicação do Direito*. In: *Direito Constitucional: Estudos em Homenagem a Paulo Bonavides*. Eros Roberto Grau e Willis Santiago Guerra Filho (orgs.). 1ª ed., 2ª tiragem, São Paulo: Malheiros Editores, 2003, p. 505/515.

TALAMINI, Eduardo. *Tutela Relativa aos Deveres de Fazer e de Não Fazer*. 2ª ed. São Paulo: Editora RT, 2003.

TARUFFO, Michele. *A Atuação Executiva dos Direitos: Perfis Comparatísticos*. Trad. de Teresa Celina de Arruda Alvim. In: *Revista de Processo*. São Paulo: RT, nº 59, p. 72/97, 1990.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Execução – Rumos Atuais do Processo Civil em face da Busca de Efetividade na Prestação Jurisdicional*. In: *Revista de Processo*. São Paulo: Editora RT, nº 93, p. 28/44, 1999.

TREPAT, Cristina Riba. *La Eficacia Temporal del Proceso. El Juicio sin Dilaciones Indebidas*. Barcelona: J.M. Bosch Editor, 1997.

TROCKER, Nicolò. *Il nuovo articolo 111 della costituzione e il “giusto processo” in materia civile: profili generali*. In: *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*. Milano: Giuffrè, nº 2, p. 381/410, 2001.

TUCCI, Rogério Lauria. *Jurisdição, Ação e Processo Civil (Subsídios para a Teoria Geral do Processo Civil)*. *Revista de Processo* nº 52, out/dez. 1988, p. 07/40.

VIAGAS BARTOLOME, Plácido Fernandez. *El Derecho a Un Proceso sin Dilaciones Indebidas*. Madrid: Editorial Civitas, 1994.

WATANABE, Kazuo. *Da Cognição no Processo Civil*. 3ª ed., São Paulo: Perfil, 2005.

YUNES, Alfonso Luz. *Estudio de La Accion Civil*, Universidad de Guayaquil, 1968.

ZAGREBELSKY, Gustavo. *El Derecho Dúctil. Ley, derechos, justicia*. Trad. Marina Gascón. 3ª ed., Madrid: Editorial Trotta, 1999.

ZAVASCKI, Teori Albino. *Antecipação de Tutela*. 3ª ed., São Paulo: Saraiva, 2000.

_____. *Reforma do Sistema Processual Civil Brasileiro e Reclassificação da Tutela Jurisdicional*. In: Carta Jurídica – Revista de Informação e Debates. São Paulo: Editora Jurídica Brasileira, nº 01, p. 255/262, 1999.